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

**Universidad
Nacional
de La Plata**

ANALES

DIRECTOR

JUAN CARLOS CORBETTA

**AÑO 14
/ N° 47
2017**

ISSN 0075-7411

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Abog. Vicente Santos ATELA
Decano

Dr. José ORLER
Secretario de Asuntos Académicos

Abog. Mariano Salgado
Secretario de Investigación Científica

Abog. Valeria HUENCHIMAN
Secretaria de Posgrado

Abog. Adolfo BROOK
Secretario de Extensión Universitaria

Abog. Joaquín Eliseche
Secretario de Asuntos Estudiantiles

Cdor. Hernán Navamuel
Secretario Económico Financiero

Abog. Javier MOR ROIG
Secretario de Relaciones Institucionales

Consejeros Directivos
Titulares

Claustro docente
Hernán Rodolfo GÓMEZ
Marcelo Adolfo KRIKORIAN
Juan Carlos MARTÍN
Rita Marcela GAJATE
Amos Arturo GRAJALES
Gilda Isabel MALTAS
Marcelo Cristian SENA

Claustro de Graduados
Adolfo Eduardo BROOK

Jefe de Trabajos Prácticos
Juan Manuel HITTERS

Auxiliares Docentes
Sandra Silvina PARIS

Claustro No Docente
Vilma Edith SANDE

Claustro Estudiantil
Agustina María José BALBÍN
Juan Ignacio JACOB
Denise OTTO
Candela MARENNA
Julieta María VISCONTI

ANALES

Calle 48 entre 6 y 7. Edificio Sergio Karakachoff, Piso 7, Oficina 716.

E-mail:

revista-anales@jursoc.unlp.edu.ar

revista.anales.unlp@gmail.com

DIRECTOR

Prof. Juan Carlos CORBETTA (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

CONSEJO EDITORIAL

EDITORA: Lic. María Luciana ALI (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

ASISTENTES DE EDICIÓN: Abog. Silvina Laura SARTELLI (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)
Fabián AMARILLO (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof. Juan Carlos CORBETTA (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Abog. Rita M. GAJATE (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Dr. Ricardo Sebastián PIANA (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Lic. María Luciana ALI (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

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

Este volumen de Anales Nº 47 de 2017 nos depara la satisfacción de poder publicar cuarenta y tres trabajos de Profesores y Docentes de nuestra Casa de Estudios, de las Facultades Nacionales de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Mar del Plata; del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires y de la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes) como así también de las Universidades del exterior: de España, Brasil, Chile, Colombia; Cuba, México y de la República Oriental del Uruguay. Nuestro sincero agradecimiento a todos los autores por sus destacados aportes.

Asimismo expresamos nuestra gratitud al Profesor Extraordinario Emérito Dr. Roberto Berizonce, que nos compartió un importante homenaje al distinguido Jurista Profesor Dr. Amílcar Mercader, quién fuera también Decano de nuestra Facultad, eximio procesalista y destacado Magistrado. A muchos de nosotros que fuimos sus alumnos nos llevó a rememorar aquellos años de juventud, entusiasmados por el sincero deseo de aprender que se conjugaba con la esperanza de una Argentina más justa, más libre y más próspera en bien de todos sin exclusiones de ninguna naturaleza; un ambiente y un clima que el Dr. Berizonce logra recrear en este sugestivo y lúcido homenaje.

Un especial reconocimiento a la Dra. Silvia Nonna, que pese a sus incontables trabajos y compromisos académicos como Profesora Regular Titular y Secretaria Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, aceptó colaborar con un trabajo de su especialidad.

También, al Profesor Extraordinario Carlos Bisso, cuya reseña bibliográfica sobre el período histórico comprendido entre 1930 y 1943 y su clase política, resulta sumamente importante. Aportes como éstos revalorizan esta particular Sección de la revista Anales destinándola como un espacio necesario para exponer los

avances de la gran cantidad de publicaciones argentinas y extranjeras que resultan valiosas para conocer y difundir.

Manifestamos nuestro especial agradecimiento al Dr. Tulio Ortiz, Profesor Emérito Titular, Vicepresidente del Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja y Director del Seminario Permanente de Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por la difusión otorgada al Número Extraordinario II de Anales: "1816-2016. Bicentenario de la Independencia argentina".

Como siempre nuestro agradecimiento a todos aquellos que desde diversas modalidades hicieron posible la continuidad de Anales y nuestra más ferviente invitación a continuar colaborando con la publicación académica de nuestra Facultad.

¡Muchas gracias!

Juan Carlos Corbetta

Director

SUMARIO

HOMENAJE

Amílcar Ángel Mercader: el legado de un maestro

POR ROBERTO OMAR BERIZONCE XIII

DERECHO ADMINISTRATIVO

Lineamientos elementales de la acción originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires

POR ÁLVARO BAUTISTA FLORES 1

DERECHO AGRARIO

Las limitaciones en el ejercicio del Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños en Cuba

POR ALEXEY BERENGUER SÁNCHEZ , IRLIET MATOS REY Y MARY DENNIS LONDRES OSORIO 19

DERECHO AMBIENTAL

La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina

POR SILVIA NONNA 39

Importancia de la protección patrimonial local: herramientas del Derecho Ambiental aplicables al patrimonio cultural edificado

POR LILIANA ZENDRI Y PEDRO SISTI 69

DERECHO CIVIL

Análisis metodológico del Código Civil y Comercial de la Nación

POR ESTEBAN CENTANARO 93

El Tercer Sector y el altruismo responsable (perspectivas de las Entidades sin fines de lucro)	
POR LUIS ALBERTO VALENTE	117
La determinación de la capacidad jurídica, principios y procesos	
POR RUBÉN MARCELO GARATE	152
DERECHO CONSTITUCIONAL	
Educación en Argentina: ¿pública y laica? Los casos de las provincias de Salta y Mendoza	
POR MARIANA GUADALUPE CATANZARO ROMÁN	190
La moralidad objetiva como principio del Estado constitucional en Colombia	
POR EDUARDO ANTONIO PALENCIA RAMOS	213
DERECHO COMERCIAL	
La ley 27.271 y los futuros inmobiliarios. Cuestiones del mercado inmobiliario en Argentina	
POR JUAN JOSÉ ZANDRINO	240
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN	
Institucionalidad en el Mercosur: actualidad y trascendencia de la “Cláusula democrática”	
POR ALEJANDRO CÓRDOBA SOSA Y MIRTA LUISA JURIO	260
Integración regional: movimientos sociales y agenda financiera	
POR EUGENIA C. PARDO	278
DERECHOS HUMANOS	
“Entre el texto y la realidad”. Los estándares internacionales de derechos humanos ¿son de utilidad para las mujeres?	
POR CLAUDIA HASANBEGOVIC	297
Derechos Humanos, una reflexión para su análisis y enseñanza desde una perspectiva crítica	
POR EMANUEL DESOJO	341
DERECHO FINANCIERO	
Características generales de la tributación en España y Argentina	
POR JOSÉ MARÍA PÉREZ ZÚÑIGA	358

Presupuesto público y medio ambiente. Gasto público ambiental. Ley de Presupuesto Público de la provincia de Buenos Aires POR MÓNICA BARIGGI	384
---	-----

DERECHO INTERNACIONAL

Algunas hostilidades de Estados Unidos hacia el Derecho Internacional POR CARLOS CERDA DUEÑAS	410
--	-----

El jurado como garante de la justicia en los Estados Unidos de América POR FERNANDO MORALES FLORES Y CARLOS MANUEL ROSALES	430
---	-----

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Armonizando el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea: el Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales POR MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS	441
--	-----

DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

La teoría del derecho de propiedad y el ejercicio de la función notarial POR SEBASTIÁN JUSTO COSOLA	459
--	-----

DERECHO PENAL

Niños envueltos (Entre leyes y relatos en fueros de infancia en la provincia de Buenos Aires) POR ERNESTO E. DOMENECH	496
--	-----

Debates preliminares para una nueva Ley de Responsabilidad Penal Juvenil POR MARÍA JOSÉ LESCANO	523
--	-----

La faz práctica de la suspensión del juicio a prueba POR NATALIA LORENA ARGENTI	537
--	-----

Responsabilidad de Jefes de Estado por su participación en crímenes internacionales (Sobre la posibilidad de juzgar penalmente a los “líderes públicos criminales”) POR FAVIO FARINELLA	573
--	-----

La propiedad industrial en el ámbito del Derecho penal cubano POR ALEXEYS GONZÁLEZ MEDINA , JUAN CARLOS MENDOZA PÉREZ Y YALENNIS ARIAS HERNÁNDEZ	601
---	-----

Alternativas interpretativas, dogmática y decisión política en torno al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos POR JOSÉ LUIS ENNIS	615
---	-----

DERECHO POLÍTICO

Litigio y apelación: aportes para un análisis procedimental del Estado de derecho POR CLAUDIO CONTRERAS	630
--	-----

Faustino J. Legón: la primera comunidad epistémica del Derecho Político en Argentina y la introducción del Derecho Político en la Universidad Nacional de La Plata POR RAÚL ARLOTTI	653
--	-----

¿Qué es la Democracia? Diferentes aproximaciones al concepto. La Democracia como Régimen Político POR FEDERICO SAGGESE	669
---	-----

DERECHO PRIVADO

Constitucionalización del derecho privado y sus implicancias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en especial los derechos reales POR DIEGO DE ROSA	690
---	-----

DERECHO PROCESAL CIVIL

La obligatoriedad de la mediación ¿es necesario revisar el modelo vigente? POR LEANDRO J. GIANNINI	710
La defensa de las relaciones de poder y una deuda pendiente del legislador procesal POR BELÉN MASCI	724

DERECHO ROMANO

La donación en la concepción romana y su recepción en el Derecho Argentino POR JUAN CARLOS MARTIN	739
--	-----

El Corte furtivo de árboles e intervenciones de la <i>Lex Aquilia</i> y la <i>Lex</i> de las XII tablas en Paul., 9 <i>ad Sab.</i> , Digesto 47. 7. 1 POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU	751
--	-----

Los juristas romanos como inspiradores de los jueces del siglo XXI POR SERGIO NICOLÁS JALIL	766
--	-----

DERECHO SOCIAL

La movilidad jubilatoria en la provincia de Buenos Aires POR ADOLFO NICOLÁS BALBÍN	787
Legislación Argentina sobre violencia laboral en organismos estatales POR VERÓNICA ITATÍ GONZÁLEZ	812

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Derecho, comunidades interpretativas y movimientos sociales: una fisura en la ortodoxia POR LUIS MELIANTE GARCE	833
Tres modelos de postpositivismo jurídico POR RICARDO MARQUISIO	864

ENSEÑANZA DEL DERECHO

Enseñanza y evaluación de la traducción jurídica POR ROBERTO PUIG	886
<i>¡Pay Attention, Please!</i> POR MÓNICA LAURA GALARZA	905

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

<i>La clase política argentina, 1930-1943. La oposición ausente y la pérdida de poder</i> de Luis Ernesto Blacha POR CARLOS E. BISSO	919
---	-----

Pautas Editoriales e Instrucciones para los Autores	923
---	-----

HOMENAJE

Amílcar Ángel Mercader: el legado de un maestro

En el cincuentenario de su fallecimiento ()*

POR **ROBERTO OMAR BERIZONCE (**)**

Las personalidades más destacadas, quienes dejaron huellas profundas, imperecederas, a través de su vida, resisten el paso inexorable del tiempo. Porque son prototípicas de su época, sus logros y mensajes sobre todo en los terrenos del pensamiento, las ideas y los valores, perduran duraderamente para nutrir las simientes más jóvenes.

Los homenajes, espontánea y fraternal manifestación de gratitud, son actos de agradecimiento compartidos. Es que sentimos la necesidad, como decía André Maurois en sus *“Destinos ejemplares”*, de que nuestra vida esté jalonada de admiraciones. Por eso mismo, este reconocimiento que se brinda a Amílcar Ángel Mercader tiene el alto sentido de un gozoso testimonio colectivo que —me-

(*) Texto corregido de la disertación pronunciada en ocasión del acto académico organizado por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, con el auspicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebrado en La Plata el 5 de junio de 2017.

(**) Prof. Extraordinario Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

dio siglo después de su muerte— nos hermana en la memoria de un maestro ejemplar.

Debemos rememorar para los más jóvenes, siquiera sucintamente, en grandes pinceladas, lo que fuera la vasta y tan fructífera trayectoria de una personalidad multifacética, en la que sobresalió sin duda su legado académico y universitario.

Mercader lideró, durante una década, entre mediados de los años 50 y 60, la cátedra de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Ese magnífico grupo de hombres, a los que unía un espíritu profundamente renovador, impregnado de los valores de la época, fue innovador en la disciplina procesal y llegó a conformar una verdadera Escuela, que aún perdura. La denominada “Cátedra de Oro” platense estaba integrada además, por otros grandes maestros de su tiempo: Santiago Sentís Melendo, Augusto Mario Morello y Lino Enrique Palacio.

Amílcar Ángel Mercader había nacido en La Plata el 9 de agosto de 1896 y desempeñó toda su dilatada actividad no solo en el terreno académico, sino que se destacó con singular brillo como hombre público y por su vocación y compromiso político que lo llevaron a ocupar numerosos cargos en los distintos poderes del Estado.

Se había recibido de abogado en aquella Casa en 1916, logrando el doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales en 1943. Fue discípulo de Salvador de la Colina, expresión señera del procedimentalismo tradicional, el primer profesor de Derecho Procesal de la Universidad de J. V. González. Se formó con Tomás Jofré y David Lascano, exponentes tempranos de la procesalística científica en nuestro medio, recogiendo y perfeccionando las enseñanzas de los más destacados maestros de la época, especialmente de Hugo Alsina. Dejó su impronta en la ciencia procesal con numerosos trabajos donde resplandecía su espíritu crítico y profundamente innovador.

Incurción en la carrera judicial tempranamente entre 1918 y 1921, como Secretario de Primera Instancia en la justicia bonaerense. Regresó años después como Ministro de la Suprema Corte de Justicia en 1955. Se había destacado antes cuando ocupó el cargo de Presidente del Tribunal de Cuentas provincial, entre 1924 y 1930.

Involucrado apasionadamente en la actividad política, militó en la Unión Cívica Radical, desempeñándose entre otras actividades relevantes como diputado provincial hasta 1955 y convencional constituyente de la nación en 1949. Durante el gobierno constitucional presidido por Arturo H. Illia, fue Procurador General del Tesoro de la Nación y, por último, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de

la Nación hasta 1966. Fue una constante de su vida pública el firme compromiso con la institucionalidad republicana y democrática.

Estuvo siempre estrechamente ligado a la Facultad platense, donde culminó su carrera al ser elegido por los claustros como Decano en 1959. Sus pares constituían una pléyade de maestros de la talla de Boffi Boggero, Cueto Rúa, Ambrosioni, Galli, Salas, Alberto G. Spota, Molinario, Fassi, Alconada Aramburú, Orione, Sánchez Viamonte, Oyhanarte, Fayt, Erro, Dum, Linares Quintana, Marienhoff, Fiorini, Ramos Mejía, Peco, Lascano, Deveali, Alfredo L. Palacios, entre los más recordados. Ellos lo encumbraron eligiéndolo para ejercer la máxima responsabilidad académica.

Siendo director del Instituto de Derecho Procesal dirigió la elaboración de los Anteproyectos de los Códigos Procesal Civil y Código Procesal Penal de 1961, como también del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, todos para la Provincia de Buenos Aires. Cuerpos orgánicos que han servido y siguen siendo imprescindibles como inspiración directa para sucesivos proyectos y reformas.

La obra procesal del Maestro trascendió largamente las fronteras nacionales, participando activamente en múltiples Jornadas y Congresos internacionales, recordándose especialmente su actuación en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal (México, 1960) y sus contribuciones al Centro de Estudios Procesales de la ciudad de Buenos Aires, que lo contara entre sus miembros más destacados.

Amílcar Ángel Mercader falleció en su ciudad natal a los 70 años, el 5 junio de 1967.

A lo largo de todos estos años se le tributaron inúmeros reconocimientos memorando su sapiencia y su conducta inculdicable, su humanismo “renacentista”, sus típicas actitudes quijotescas. Augusto Mario Morello, su discípulo más comprometido y consecuente, se ocupó durante toda su existencia de guardar y difundir celosamente el riquísimo acervo académico del Maestro (1). Fue, sobre

(1) Morello fue el impulsor de la reunión de diversos trabajos de Mercader hasta entonces dispersos y que se publicaron con el título *Estudios de Derecho Procesal*, obra fundamental para calibrar los más lúcidos aportes del maestro. Tiene prólogo de sus colegas de cátedra Santiago Sentís Melendo, Lino Enrique Palacio y el propio Morello. La única edición que viera la luz en 1964, como es sabido, prácticamente se perdió por efecto de un devastador incendio cuando los ejemplares no habían salido de imprenta. Se salvaron solo unos pocos.

todo, el albacea de su inmenso legado jurídico (2) tanto como de su ejemplaridad y calidad vital (3).

Nos parece conducente en esta nueva ocasión tan particular para la evocación, poner específicamente en foco el legado académico de Mercader, tan lozano y perdurable. Nada mejor, después de todo lo dicho y escrito sobre ello, que recurrir a su propio discurso, tan inflamado, punzante, a menudo provocador, por siempre noble, abierto, desprejuiciado. Nada mejor que saborear su verbo encendido, su prosa galana.

La trayectoria universitaria de don Amílcar se inició, podría aseverarse, con el magnífico discurso pronunciado en representación de los egresados en el acto de colación de grados de su promoción realizado el 24 de mayo de 1917 —hace exactamente 100 años— en presencia de las autoridades universitarias presididas por el Rector Dr. Joaquín V. González (4). Expresó entonces, en lo medular:

Señor presidente, señoras y señores:

Depurado de sus solemnidades anacrónicas, el oficio de esta tarde es el mismo solemne oficio con que consagraban a los suyos los institutos medioevales.

(2) A poco de su deceso, le dedicó un sentido homenaje en “Amílcar A. Mercader en la cultura jurídica argentina”, JA 1967-VI-839, sec. doct., “el razonador disidente”. Después escribió “Mercader en el recuerdo”, en *Problemática actual del Derecho Procesal* (1971), Platense, con coordinación y prólogo del mismo Morello, pp. 21 y ss.; obra colectiva en la que participaron sus amigos, grandes procesalistas de la época, junto con aventajados discípulos y fieles seguidores de su pensamiento: *Problemática actual del Derecho Procesal*, op. cit. Años después, con el sello de la Fundación Jus, publicó y prologó dos estudios fundamentales del maestro, *El ser del proceso y la unidad del orden jurídico*, “uno de sus aportes más luminosos” (La Plata, 1999) y *Contribución al estudio del concepto de soberanía* (La Plata, 2000), reconstrucción del propio Morello del borrador manuscrito y ordenado de una conferencia que don Amílcar había pronunciado cuatro décadas atrás en sede partidaria y que le había entregado pocos meses antes de su fallecimiento, dejándola en sus manos como “depositario, una suerte de custodia”. Otra muestra, si era necesaria, de la devoción del discípulo.

(3) El discípulo, maestro al fin, no dejó nunca de honrar su memoria. Incansablemente volvió una y otra vez sobre las ideas perdurables del hombre que admiraba. Siguió brindando testimonio y reconocimiento durante toda su vida. Así, en sus obras bibliográficas: *Lo hecho 1940-1996. Una retrospectiva no solo jurídica* (1996), La Plata: LEP, donde recrea *Mercader abogado; ideario de actualidad; id., Memorias. Bases de una vocación* (2006), La Plata: LEP-LEH, cuando memora a la cátedra de Derecho Procesal Civil platense a partir de la convocatoria que le efectuara Mercader, en 1956, “dorado período” en que frecuentaron una gran amistad hermanados en “un humanismo solidario” (pp. 30-31). En *Procesalistas inolvidables* (2001), Buenos Aires: Hammurabi, renueva la evocación, junto a otras personalidades descollantes, del “razonador disidente” y su lección de vida acaso más valiosa: *una lección de humildad* (pp. 83-84 y nota al pie).

(4) Publicado en *Problemática actual del Derecho Procesal*, op. cit., pp. 33 y ss.

Vive en él un poco de las profundas sensaciones de toda despedida y le asiste ese sentimiento, más tierno todavía, con que se desborda el corazón cuando llega la hora de las grandes transiciones en la ruta del destino.

Sin embargo, una gravedad más íntima y propicia ha reemplazado el ceremonial faranduloso de la ingenua algarabía de la víspera que en otra hora lo caracterizaba. No se realiza ya bajo el sagrado auspicio de los templos —como Córdoba lo efectuara hace poco— pero en cambio quiero creer que en este acto perdura todavía esa misma mística pureza transfigurada en el espíritu de la madre, de la novia, de la amiga o de la hermana aquí presentes. Por ello agradezco esos concursos y con verdadera unción depongo antes ellas un cordialísimo homenaje.

Hoy día resulta la universidad un templo laico por excelencia, a donde convergen las palpitaciones de la vida universal, en demanda de una acción reguladora que encauce sus ritmos y presida sus orientaciones.

Las antiguas universidades, vuelta la cara hacia el pasado, hacían de él un culto histórico, lleno de aspiraciones retóricas y fórmulas dogmáticas, que exigían de cada alumno agilidad máxima en el manejo de silogismos y de las erudiciones profundas sobre la antigüedad clásica.

Las modernas, en cambio, orientadas más hacia el porvenir, sólo recogen del pasado la parte positiva y experimental de sus enseñanzas, que pueden proyectarse y combinarse sobre la incertidumbre misma del futuro.

Las universidades no son instituciones que otorguen títulos con los cuales han de perseguirse los intereses sórdidos de un lucro demasiado mezquino y personal. En nombre de la pureza que suponen nuestros corazones jóvenes, repudio todo exclusivismo materialista y reclamo las graves cargas de las clases dirigentes.

De cada uno de nosotros las universidades, que son los instrumentos de la acción social, deben hacer algo más que un diplomado.

En estas tierras americanas atraviesa por sus períodos de gesta una raza nueva, que ha de ser, quizá, la raza del porvenir.

Esos estados maleables de la futura raza son los que nuestras universidades deben moldear en crisoles de su aspiración más pura.

Pobre del país que no reciba de esos institutos más que interesados profesionales. Verá renovarse la lucha de clases, y en vez de una legión de hombres de ciencia tendrá —como se ha dicho— una casta de mandarines.

Por lo que a mí toca, sé decirlo que me siento pleno de entusiasmo y que he de ir al encuentro de esas tareas con la misma grave unción con que un soldado —en tiempos de peligro— va a buscar su puesto de combate en las filas de la patria.

Oigámosle ahora, en su pensamiento maduro, discurrir una vez más sobre la función de la universidad y el *alma mater studiorum*, en el mensaje pronunciado en enero de 1961, dirigido a sus colegas profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (5):

Señores del claustro: el decano, que es tan solo uno más entre todos, cree que este es un momento propicio para proponer que sus colegas vuelvan la vista sobre el plan de estudios en vigencia y que, al hacerlo, no se excluya el propósito de mantenerse prevenidos contra la inmoderada gravitación de lo consuetudinario. Porque bien pudiera ser que la autoridad de las tradiciones, al arrastrar consigo la inerte densidad de sus muchos dogmas y prejuicios exclusivos de la ciencia puramente positiva, se haya doblado en daño de la libertad especuladora exigida sin embargo por las ideas del siglo en curso.

*Piensa el decano que hasta ahora —queriéndolo, o acaso desde la transconciencia— se ha tenido por verdad axiomática y consecuentemente apriorística que la mejor enseñanza depende, en grado inexorable, del mayor número de conocimientos suministrados. Esto sí porque al suponerse con desmedida ufanía que la ciencia era un fin, y no un medio, ha tenido que llegarse a la conclusión de que todo dependía entonces de la cantidad de los conocimientos. Pero lo que se ha ignorado, en cambio, es que no es posible conocer mientras no se establezcan relaciones conceptuales y se logre diferenciar los conceptos en la medida indispensable para su adecuado manejo especulativo. Por ese motivo en los planes de estudio faltan aún márgenes suficientemente categóricos y proporcionados para la reflexión comparativa de los conceptos jurídicos. Se ha menospreciado este quehacer sin cuyo auxilio —sin embargo—, cada conocimiento quedaría aislado y sin destino útil. Sobre la base de esta premisa tan importante para el *modus cognoscendi* como actividad preferible al *modus essendi* de los objetos del universo jurídico, el decano confiesa que aspira a que el claustro ambicione un ordenamiento mejor y se disponga a crearlo sin demoras. En tan generosa hipótesis la divisa sería: *Incipit vita nova*.*

La misma línea de sentido sin duda, proyectada ya nítidamente en el discurso de 1917.

Nos toca ahora apreciar la obra jurídica y los estudios del maestro. Los que desvelaron a Mercader y a los que dedicó infinitos y sesudos esfuerzos, fueron, entre otros, aquellos de la unidad del ordenamiento jurídico; el derecho material y procesal; la acción, jurisdicción y proceso; la sentencia constitutiva; el fundamento de las costas; la intervención del tercero en el proceso; los hechos y el derecho en casación.

(5) Publicado en op. cit., pp. 55 y ss.

Volcó las ideas en sus obras principales que fueron, entre las más destacadas: *Poderes de la Nación y de las Provincias para instituir normas de procedimientos* (1939); *Abogados* (1943); *La acción (su naturaleza dentro del orden jurídico)* (1944); *El silencio en el proceso*, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de H. Alsina*; *El tercero en el proceso* (prólogo de Santiago Sentís Melendo, 1960); *Estudios de Derecho Procesal* (con prólogo de S. Sentís Melendo, Lino Enrique Palacio, Augusto Mario Morello, 1964).

La unidad del ordenamiento jurídico, el derecho material y el ser del proceso, fue sin duda uno de los principales aportes de Mercader a la ciencia jurídica. Ideas que desarrolló trabajosa y pacientemente a lo largo de su vida en sucesivos aportes (6).

El ordenamiento jurídico —decía— se configura como un plexo integral y armónico que descarta parcialidades o individualidades separadas y fragmentadas, que se conjuga como un todo a partir del reconocimiento y sometimiento, de todas y cada una de sus partes (instituciones, reglas, procedimientos), a los principios y valores de matriz suprema. Así como no se admiten regímenes sustantivos separados, disociados y aislados del todo y sujetos a reglas específicas de espaldas a los principios fundantes de jerarquía superior, tampoco, mucho menos, se concibe ya un doble ordenamiento jurídico material y formal, desde que éste no podría ser instituido como un mecanismo con resortes dislocados por un sistema de reglas heterogéneas. Ha sido el excesivo celo de la doctrina clásica procesal por la apetecida autonomía de la disciplina, de sabor propedéutico, lo que ha llevado a sustentar una divisoria de aguas, más artificial que real y práctica, no solo entre el derecho material y el procesal, sino también, entre normas sustantivas y procesales. Por su natural inseparabilidad que impide desacoplarlas, se impone por el contrario bregar por la síntesis acumulativa de preceptivas que se integran y, en conjunto, son imprescindibles para avanzar hacia el objetivo de la eficaz realización del derecho y sus valores (7).

Todo lo anterior lleva a concluir —sostenía Mercader (8)— que los códigos nacionales, por el destino que originariamente les atribuye el espíritu de la Constitución que los individualiza como factores de la unidad jurídica argentina, aparecen

(6) “Poderes de la Nación y de las Provincias para instituir normas de procedimiento, 1939. La unidad del derecho y el proyecto de Código Civil de 1936”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, 1940. “Unificación de la legislación procesal en Argentina” (1960), México, y reproducida en *Estudios de Derecho Procesal*, op. cit., pp. 69 y ss. “Ubicación ontológica del proceso en el plexo jurídico” reproducida en: *Estudios de Derecho Procesal*, op. cit., pp. 326-330.

(7) Así lo expresaba también Morello A. M., *Derecho material y derecho procesal. Senderos bifurcados...*, op. cit., pp. 11-12.

(8) Mercader, A. A., *La unidad del derecho y el proyecto...*, op. cit., pp. 579 y ss., especialmente pp. 617-618.

en una situación dominante respecto de las leyes de procedimiento. Es que el Congreso es quien debe crear el orden jurídico pleno y uniforme para todo el país, que es un verdadero principio constitucional.

Al mismo tiempo se despliega otra cuestión singular, más propia de nuestro régimen federal de atribución de competencias para legislar la materia procedimental. Se trata de la idea de la unificación procesal —defendida por Mercader—, que parte de la premisa que razones de igualdad jurídica por la aplicación uniforme de las leyes sustantivas, sustentan la convivencia y necesidad de unificar las normas procesales civiles —no así, las orgánico-funcionales— nacionales (originariamente, federales) y provinciales, en un ordenamiento único que sustituiría el sistema de pluralidad de leyes.

Restaría decir, por nuestra parte, que el notorio avance ahora del nuevo Código Civil y Comercial con la incorporación de numerosísimas normas procesales a la legislación sustantiva, de algún modo, puede sostenerse, ha venido a consagrar aquel viejo anhelo de Mercader y de la doctrina tradicional de la unificación procesal. Claro que tomando el atajo de la utilización de los poderes del Congreso para, de hecho, lograr aquel objetivo.

Podría afirmarse que, clausurada la vía constitucional por imposibilidad de la reforma y dificultades históricas del federalismo de concertación en esta materia, el propio Congreso Nacional, a través del Código Civil y Comercial ha avanzado por el camino de la unificación con el irrefutable argumento —el mismo que esgrimió Mercader— de la unidad del ordenamiento jurídico como requisito indefectible para el logro de la seguridad jurídica. Una enseñanza, la del maestro, que constituye, quizás, la joya más preciada de su inmenso legado jurídico.

Epílogo. Mercader, el hombre

Su gran amigo, Ceferino P. Merbilhaa, supo interpretar cabalmente el espíritu de Mercader cuando escribió (9): “Sus virtudes estaban llenas de defectos, y sus defectos plenos de virtudes”. Esa era su esencia espiritual.

- Era demasiado bondadoso para ser siempre justo,
- Harto valiente para obrar con prudencia,
- Excesivamente generoso para darse sin pasión,

(9) Merbilhaa, C. P., “Semblanza de Mercader”, en: *Problemática actual del Derecho Procesal*, op. cit., pp. 3 y ss.

— Demasiado sensible y conocedor de nuestro propio barro para limitar o condicionar su ayuda al prójimo descarriado.

— Estos excesos mantenían a sus virtudes en una dimensión terrena, las hacían cálidas y benéficas y le impedían convertirse en uno de esos arquetipos típicamente puros.

— En cuanto a las *virtudes de sus defectos* consistían en que éstos eran gratuitos, desinteresados, sin sentido para la concepción industriosa de la vida; en que eran el reflejo de un lujo prohibido en nuestras existencias.

Amílcar Mercader —podemos nosotros sostener como síntesis— fue un hombre cabal, de férreas convicciones, luchador incansable e ineludible, celoso defensor y custodio de las instituciones de la República, abogado de raza, jurista notable. Nos ha legado no solo la claridad de sus ideas jurídicas, sino el testimonio de una conducta forjada en el corazón mismo de la Universidad. Fue un universitario cabal, paradigma del hombre justo.

Escribió e investigó el derecho con ahínco, lo ejerció como hombre honrado, lo administró juiciosamente, pero fundamentalmente lo defendió porque Mercader fue, por sobre todas las cosas, un abogado de raza.

El espíritu liberal clásico que iluminara a J. V. González y a los reformistas de 1918, pervivió en él alcanzando las más altas cumbres. Cabalga sobre su inconfundible figura espigada el *espíritu del Quijote*, por la nobleza de la entrega y el compromiso, por una visión ética de la vida en la que la *persona del otro* es lo que vale y merece ser defendido. *No su patrimonio material ni su posición social*. Por ese meridiano pasaron todos sus aportes al derecho y a la justicia.

Mercader encarnó el hilo conductor del *alma mater universitaria*, recibió de sus maestros y mantuvo con pulso firme, la lámpara votiva encendida en la Casa de Joaquín V. González. La entregó intacta, enriquecida, ennoblecida y brillante como nunca, en las manos de sus discípulos y continuadores.

Cinco décadas después el Maestro continúa a nuestro lado en el recuerdo y en la admiración, contribuyendo con sus ilusiones a dibujar un futuro mejor, a marcar el rumbo de nuestra esperanza.

Lineamientos elementales de la acción originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires

POR **ÁLVARO BAUTISTA FLORES** (*)

Sumario: I. Introducción. Propuesta metodológica.— II. El control constitucional en el Sistema Bonaerense.— III. La acción originaria de inconstitucionalidad. Aspectos preliminares. El Tribunal competente para radicarla.— IV. Legitimación activa.— V. Objeto. Tipo de normas impugnables.— VI. La confección de la demanda.— VII. Legitimación Pasiva. La contestación de la demanda.— VIII. Plazo para deducir la acción.— IX. Supuestos excluidos.— X. La sustanciación y conclusión del proceso. Contenido de la sentencia.— XI. Bibliografía.

Resumen: la acción originaria de inconstitucionalidad se erige como una de las herramientas procesales que posee el Sistema Constitucional Bonaerense, para el ejercicio del control de constitucionalidad. Esta acción —contemplada en el artículo 161 inc. 1 de la Constitución Bonaerense— permite a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires —en forma directa y originaria— expedirse acerca de la constitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas y todo tipo de norma que constituya un mandato abstracto y general. Su inclusión, representa un rasgo característico de la Constitución histórica, y se constituye como uno de sus puntales en la amplitud de vías para garantizar la supremacía constitucional en la Provincia.

Palabras claves: Derecho Constitucional - Derecho Administrativo - Derecho Procesal

Elementary guidelines of the Original Action of Unconstitutionality in the Province of Buenos Aires

Abstract: *the original action of unconstitutionality stands as one of the procedural tools that the Constitutional System of Buenos Aires possesses for the exercise of constitutionality control. This action —contemplated in Article 161 inc. 1 of the Buenos Aires Constitution— allows the Supreme Court of the Province of Buenos Aires, in a direct and original way, to issue on the constitutionality of laws, decrees, ordinances and all kinds of rules that constitute an abstract and general mandate.*

(*) Prof. Adscripto a la Cátedra 2 de Derecho Administrativo II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

Its inclusion, represents a characteristic feature of the historical Constitution of Buenos Aires, and is one of its pillars in the breadth of ways to guarantee constitutional supremacy in the Province.

Keywords: *Constitutional Right - Administrative Law - Procedural Law*

I. Introducción. Propuesta metodológica

En este breve artículo intentaremos brindar un panorama sobre la actualidad de la Acción Originaria de Constitucionalidad prevista en el Sistema Jurídico de la provincia de Buenos Aires. Para ello, abordaremos los contornos que reviste dicha Acción a partir del análisis de la Constitución Provincial y el Código de Procedimiento Civil y Comercial (en adelante CPCC), confrontada con la opinión de la doctrina y la abundante jurisprudencia de la Suprema Corte Bonaerense.

A través de la hermenéutica de los textos constitucionales y legales involucrados, buscaremos introducir a los interesados en los lineamientos básicos y elementales involucrados, con el objeto de aportar al lector las herramientas necesarias para comprender el deslinde de la Acción bajo tratamiento, con los restantes institutos procesales que se insertan en el sistema de justicia bonaerense, que recordemos, se cimienta en el principio basal de la *“tutela judicial continua y efectiva”* (Conf. artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

II. El Control constitucional en el Sistema Bonaerense

Un adecuado enfoque del tema que nos convoca, en forma inevitable, debe comenzar a desarrollarse sobre la base del sistema de Control Constitucional que se inserta en nuestra Provincia, el cual representa una de las cualidades distintivas de cualquier Estado Constitucional de Derecho.

La Constitución de la provincia de Buenos Aires y la legislación procedimental han moldeado diversas vías tendientes a garantizar la supremacía del contenido del texto constitucional, en aras de obtener la unidad del ordenamiento jurídico local. La piedra angular está constituida por el valioso artículo 57, el cual consagra lo siguiente:

“Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones

por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado” (Constitución de la provincia de Buenos Aires).

En tal contexto, las particularidades del sistema de control constitucional bonaerense —que buscarán ser tratadas en este punto—, le imprimen las siguientes características (Hankovits, 2004):

- a) completo;
- b) positivo;
- c) expreso;
- d) judicial;
- e) mixto;
- f) reparador;
- g) concreto;
- h) incondicionado;
- i) amplio;
- j) con efectos retroactivos.

En el seno de los caracteres citados, para el tópico que nos convoca, es indispensable detenerse en la calidad de “judicial” y “mixto” que detenta el Control de Constitucionalidad Bonaerense. De acuerdo a los amplios contornos de los poderes provinciales, los cuales se presumen originarios e indefinidos (Fallos 321: 1052; Fallos 338: 362) cuyos cimientos se asientan en los artículos 5, 121 y 122 de la Constitución Nacional, el sistema constitucional bonaerense —tanto el histórico como el actual— han perfilado una gran variedad de instrumentos destinados a proteger uno de los puntales del Estado de Derecho.

En efecto, el carácter judicial y mixto (que comprende y supera el control difuso propio del Sistema Constitucional Nacional) de nuestro sistema, trae aparejada la existencia de diversas herramientas procesales enderezadas a garantizar la preeminencia de la carta magna local.

Como bien lo destaca Berizonce (2005), para resguardar dicha prevalencia, el texto constitucional contempla como conductos procesales de contralor a las siguientes herramientas:

- A) la acción originaria de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 161 inc. 1 de la CPBA;
- B) el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, también establecido en el artículo 161 inc. 1 de la CPBA;
- C) el recurso extraordinario de nulidad, reglado en los artículos 161 inc. 3, 168 y 171 de la CPBA;
- D) la acción amparo, contemplada en el artículo 20 inc. 2 *in fine* de la CPBA, reglamentado por la ley provincial 13.928 (y las modificaciones de la ley 14.142);
- E) el Hábeas Corpus, consagrado en el artículo 20 inc. 1 de la CPBA;
- F) el Hábeas Data (artículo 20 inc. 2), reglamentado por conducto de la ley 14.214;
- G) la Acción Declarativa de Certeza, prevista en el artículo 322 del CPCC.

Además de las herramientas mencionadas, la última reforma constitucional bonaerense —en 1994—trajo importantes innovaciones en el sistema jurisdiccional —bajo el prisma del acceso irrestricto a la justicia previsto en el nuevo artículo 15 de la CPBA— que han tenido reflejo en el esquema del Control de Constitucionalidad.

En el contexto antedicho, la nueva configuración de la justicia administrativa bonaerense —amparada en el artículo 166 párrafo quinto de la CPBA—, además de ampliar los contornos de la competencia contencioso administrativa (con sustento en el “ejercicio de la función administrativa”, dejando atrás el esquema anterior de revisión de actos administrativos o “juicio al acto”) y de descentralizar el acceso a la justicia con la creación del fuero en la materia, ha extendido notablemente las posibilidades de ejercitar los mecanismos jurisdiccionales tendientes a garantizar la supremacía constitucional.

A este razonamiento es posible arribar, atento a que, a través del régimen de unidad de acción y pluralidad de pretensiones (Cassagne y Perrino, 2006) que rige en el Código Contencioso Administrativo Bonaerense (CCA) (Ref. ley 12.008 y sus modificatorias;) en su artículo 12 y concordantes, las posibilidades de los justiciables de obtener un decisorio expreso acerca de la constitucionalidad de cualquier norma que integre el ordenamiento jurídico provincial o municipal se han incrementado. Con antelación al novel diseño del contencioso administrativo, la jurisdicción originaria que ejercía la Suprema Corte en esta materia, había concluido que —mediante la acción contenciosa— no se podrían ventilar cuestiones de naturaleza constitucional (Tribiño, 1977).

Confrontado con el ya citado artículo 57 de la CPBA, el criterio dejaba de lado los principios de control de constitucionalidad tanto en la órbita provincial como federal, que como ya destacáramos, es de carácter difuso lo cual implica que el respectivo control está en cabeza de todos los jueces, sea cual fuere su tipo de competencia material.

En aras de reforzar este postulado, la redacción del actual CCA ha incluido un artículo cuyo contenido pareciera incluir una cuestión obvia que, sin embargo, traduce una evolución trascendental con respecto a las restricciones que por vía jurisprudencial se le había atribuido a la justicia administrativa. El artículo 3 establece:

“Artículo 3. Planteo y resolución de cuestiones constitucionales. La competencia contencioso-administrativa no quedará desplazada aún cuando para la resolución del caso fuere necesario declarar la inconstitucionalidad de leyes, de ordenanzas municipales o de actos administrativos de alcance general o particular”.

El criterio adoptado, el cual ya se encontraba en sintonía con la superación de la anacrónica postura que rigió con anterioridad en la jurisprudencia de la SCBA a partir de la causa “Cebitronic” (B. 51.686), permite el ejercicio del control de constitucionalidad en los casos sometidos a su jurisdicción (Conf. artículo 4, artículo 50 inc. 4 CCA).

Finalmente, no debemos olvidar la evolución experimentada a nivel federal y bonaerense en torno a la admisión del control de constitucionalidad (y convencionalidad) de oficio. En tal sentido, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia iniciada en las causas “Mill de Pereyra”, “Banco Comercial de Finanzas” y “Rodríguez Pereyra” ha consagrado expresamente las facultades de los jueces para expedirse —*ex officio*— sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas.

La jurisprudencia de la Suprema Corte, disminuyendo la estrictez de sus exigencias referidas a aspectos rituales (Terrier, 2010), incorporó paulatinamente el criterio antedicho. A partir de las causas “Barone” (L. 69.523) y “Zaniratto” (L. 83.781), comenzó a consolidarse el criterio proclive a la admisión del control de constitucionalidad de oficio en la provincia de Buenos Aires, el cual —a la fecha— no ha sido mantenido sin sufrir modificación alguna (Conf. SCBA A 70.619; L. 116.859).

III. La acción originaria de inconstitucionalidad. Aspectos preliminares. El Tribunal competente para radicarla

La breve introducción planteada en el punto anterior, nos permite abocarnos al análisis de la demanda originaria de inconstitucionalidad. Tal como se

referenciara anteriormente, la piedra angular de esta acción haya sustento en el actual artículo 161 inc. 1 de la CPBA, el cual estatuye lo siguiente:

“Artículo. 161: La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones:

1. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada”.

A partir de esta cláusula, cobra sentido la regulación llevada a cabo por los artículos 683 a 688 del CPCC, los cuales —como veremos a lo largo de este artículo— contienen los requisitos propios de esta acción.

En palabras del Máximo Tribunal Provincial, podemos decir que se erige como un proceso especial que tramita en única instancia, ante el Tribunal Superior de la Provincia de Buenos Aires, es decir, la Suprema Corte de Justicia (SCBA, I.2297).

Huelga decir que, conteste al carácter mixto del sistema de control bonaerense, la jurisdicción del Supremo Tribunal no desplaza a las potestades de los demás estrados judiciales de la Provincia para expedirse sobre la constitucionalidad de las normas que componen el ordenamiento jurídico bonaerense. Por lo tanto, esta demanda representa solamente una de las diversas alternativas para lograr la supremacía de la Carta Magna local.

IV. Legitimación activa

El texto constitucional bonaerense en el mencionado artículo 161 establece que la acción a entablarse deberá ser impetrada por *“parte interesada”*, por tal motivo, su análisis constituye un presupuesto ineludible para analizar la procedencia de esta vía. Si bien el CPCC no replica este aspecto, corresponde señalar que —de acuerdo al criterio de la Corte— *“(...) la controversia por parte interesada constituye un requisito necesario para interponer la demanda originaria de inconstitucionalidad”* (Conf. SCBA I.1465, I.1315).

Sobre este punto, a los efectos de desentrañar la existencia del *“interés”* —y por añadidura la configuración de un caso o controversia— es menester que el mismo revista la calidad de ser *“particular”* y *“directo”*. Al respecto, corresponde indicar que las características mencionadas se configuran cuando el ejercicio del derecho constitucional de quien deduce la acción se halla afectado o ha de ser ineludiblemente lesionado (Conf. SCBA I.2339, I.2340, I.2175). Esto apunta a que, el interés invocado debe estar inexorablemente vinculado con el reconocimiento o protección del derecho vulnerado de quien acciona (Conf. Causa I. 68.475).

Es importante señalar que el adecuado desempeño del servicio de justicia requiere la existencia de un caso, causa o controversia, cuya manifestación típica podrá variar según la materia que informa al conflicto. A raíz de ello, no debemos dejar de resaltar los avances experimentados en materia de legitimación colectiva, los cuales tienen acogida desde el plano constitucional en los artículos 41 y 43 de la CN, y en los artículos 28, 36, y 38 de la CPBA. En tal sentido, la jurisprudencia de la CSJN en los casos “Halabi”, “PADEC”, “Consumidores Financieros”, “Colegio de Abogados de Tucumán”, entre otros, no puede ser desconocida al momento de analizar la viabilidad de la legitimación en este tipo de pretensiones. Una interpretación contraria o restrictiva colisionaría con el mandato expreso que ha estipulado el constituyente en el artículo 15 de la Constitución Provincial.

En consecuencia, la flexibilización de los estándares en materia de legitimación importa repensar sus alcances en esta materia. Por ende, cabe advertir que la noción “derechos de incidencia colectiva” —prevista en el artículo 43 CN— no se limita a la más tradicional de sus versiones (habitualmente conocida como 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 previstos en las normas de rito, tales como litisconsorcio, intervención de terceros, acumulación de acciones, etcétera.

De este modo, la legitimación colectiva reconocida constitucionalmente para la defensa de prerrogativas de incidencia colectiva, comprende también la categoría de derechos individuales homogéneos.

Esta posición, que si bien encuentra su germen a nivel jurisprudencial provincial en la causa “Cámara Argentina de Salas de Bingo” (B. 66.095) se consolida con la expresa recepción de los estándares amplios de legitimación por la SCBA en la causa “López” (C. 91.576). Específicamente, en lo que atañe a la aplicación de estos principios a la acción originaria de inconstitucionalidad, vale mencionar que en la Causa I.73.296, la SCBA ha entendido que: “(...) en algunos supuestos, como cuando se halla comprometida la defensa de los bienes de interés público (*v.gr.* los derechos de incidencia colectiva en general, artículo 43, primer párrafo, de la Constitución nacional) la legitimación ofrece mayor amplitud (...)”.

En cualquier supuesto, entendemos que la cuestión debe ser inscripta en el Registro de Procesos Colectivos creado en virtud de la Acordada 3660/2013 de la SCBA.

V. Objeto. Tipo de normas impugnables

Tanto el artículo 161 inc. 1 de la CPBA como el artículo 683 del CPCC estipulan que la acción bajo estudio recaerá sobre leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos

que estatuyan sobre materias regidas por la Constitución Bonaerense. A mayor abundamiento, el mencionado artículo dispone:

“Artículo 683. Objeto del juicio. De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la Provincia, se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuya sobre materia regida por aquélla, debiendo observarse el siguiente procedimiento”.

Es pacífica la jurisprudencia del Máximo Tribunal Bonaerense, al sostener que la acción que nos convoca tiene por objeto exclusivo aquellos ordenamientos jurídicos generales, abstractos e impersonales dirigidos a toda la comunidad, sea municipal o provincial respectivamente, independientemente de la denominación que adoptaren (Causas I. 2.171, I. 2.297, I. 73 429). A nuestro juicio, a través de esta hermenéutica se pretende efectuar una exégesis acerca de la validez en abstracto de las normas tachadas de inconstitucionalidad, sin que esto implique desatender la situación fáctica en la que habrá de ser incoada, la cual será determinante —como vimos *ut supra*— para configurar la existencia del “caso o controversia”.

Bajo estos alcances, diversas clases de normas han sido englobadas dentro del objeto previsto por el constituyente y el legislador. Conforme a lo expuesto, atendiendo a la naturaleza general que revisten, las Acordadas emitidas por el Supremo Tribunal también han quedado comprendidas dentro del objeto de la acción originaria de inconstitucionalidad (Causa I. 1.229).

En el marco de la Contratación Pública, en donde resulta indispensable garantizar sus principios rectores (publicidad, transparencia, igualdad, competencia, concurrencia, entre otros), las normas con carácter general que son emitidas en el marco de los procedimientos de selección queda incluidas potencialmente bajo el alcance de la acción de inconstitucionalidad. En virtud de ello, los Pliegos de Bases y Condiciones Generales —por su calidad de reglamentos— (Causa I. 71.904), como así también los Pliegos de Condiciones Particulares —considerado como un Acto General no normativo— y el acto que autoriza el llamado a una Licitación efectuado por conducto de Ordenanzas Municipales (Causa I. 68.276).

Como contrapartida, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los proyectos de ley que contaren con la aprobación en alguna de las Cámaras o en ambas, en caso de no mediar promulgación y/o publicación (Conf. Causa I. 1512, I. 2.145), los actos administrativos particulares o de aplicación (Conf. Causas I. 1.602, I. 72.580, B. 72.507, I. 71.618, I. 71.908, I. 71.848), las Ordenanzas municipales dirigidas a sujetos determinados, o bien las sentencias judiciales. Tales normas se encuentran excluidas de este control, existiendo —por otro lado— vías que permiten buscar su corrección (Camps, 2012).

Tampoco ingresan en los contornos objetivos de la acción las resoluciones emanadas de organismos paraestatales —lo que comúnmente se conoce como Entes Públicos No Estatales— (*Ej.*: Cajas de previsión social, Colegios profesionales, partidos políticos) al no equipararse con dispositivos u ordenamientos emanados del poder público (SCBA Ac. y Sent. 1974-I-278).

Un aspecto que ha suscitado interés en el último tiempo es el referido a si las leyes que se encuentran dirigidas a regir un supuesto determinado y particular (v.gr. una ley declarativa de utilidad pública) pueden ser atacadas por la vía procesal sujeta a análisis. Dicha cuestión, pareciera encontrarse zanjada a partir del precedente “O’Connor” (Causa I. 2.107) —la cual fuera mencionada en otro capítulo— en donde la SCBA admitió la aplicación de esta herramienta procesal para objetar la constitucionalidad de una ley declarativa de utilidad pública, no obstante la peculiar naturaleza de la misma, la cual —en principio— no sería un mandato abstracto y general (Rapallini, 2014).

Asimismo, cabe advertir que el remedio judicial bajo trato no es procedente por violación de normas legales que solamente provocarían una transgresión constitucional en forma refleja (Morello y otros, 1999) esto es, cuando sólo media quebrantamiento de una norma inferior de las disposiciones legales a las que está subordinada (Ac. y Sent. 1963-II-932, Causa I. 1.329).

Finalmente, es destacable que a partir de la Causa “Boese” (I. 1.440), la Suprema Corte admitió la acumulación de la pretensión de inconstitucionalidad con otro tipo de pretensiones, como por ejemplo, la resarcitoria. Asimismo, la utilización de esta vía procesal tampoco limita la petición y eventual dictado de medidas cautelares.

VI. La confección de la demanda

La declaración de inconstitucionalidad de una norma se erige como una decisión de gravedad y trascendencia institucional, al encontrarse en juego el principio de división de los poderes que cimienta el sistema republicano de gobierno. Por tales motivos, es considerada como la última *ratio* del orden jurídico (Causas I. 3.106, entre muchas otras).

Esta cuestión preliminar, tiene una incidencia profunda en la labor del letrado al momento de optar por esta vía procesal, además de cumplimentar con los extremos indicados en el artículo 330 y ss. del CPCC Como bien lo destaca Camps (2012), un planteo de esta índole debe tener un sólido desarrollo argumental y contar con un no menos sólido fundamento para ser atendida (Causa I. 2.169).

De acuerdo a lo expuesto, las cargas específicas de la admisibilidad de la demanda (Hankovits, 2004) fijadas por la jurisprudencia del Máximo Tribunal Bonaerense exigen la demostración de una relación concreta de las cláusulas superiores que se dicen transgredidas y la normativa puesta en tela de juicio, atento a que no basta para la suficiencia de la vía —en cuanto a la debida fundamentación exigida— la mera enunciación genérica de las normas constitucionales presumiblemente violadas (Causa I. 1.552). Específicamente, la Suprema Corte en forma inveterada ha considerado que los requisitos de la demanda de inconstitucionalidad deberán incluir:

“(...) la indicación del derecho o garantía constitucional que se dice agraviado, la exposición clara y precisa del modo en que el precepto cuestionado quebrantaría las cláusulas constitucionales invocadas y la demostración de una relación directa entre estos y aquel” (Causa I. 72.036).

A raíz de ello, el litigante tiene el deber de inexorablemente individualizar y citar las normas constitucionales provinciales infringidas, y asimismo, indicar de qué modo quebranta a la norma impugnada (Conf. Ac. y Sent. 1969-334; B. 49.340).

En otro orden de ideas, resta mencionar que la acción originaria de inconstitucionalidad no está exenta de la tributación de la tasa de justicia, aún cuando se interponga con carácter preventivo (Conf. Causas I. 1.534 interlocutoria, I 1.598 interlocutoria). Estas apreciaciones resultan de aplicación para aquellos supuestos que se encuentren por fuera de los previstos por la ley 12.200, la cual prevé la gratuidad de los trámites para los empleados públicos en el marco de las tramitaciones o acciones erigidas contra el Estado.

VII. Legitimación pasiva. La contestación de la demanda

La legitimación pasiva de la acción bajo análisis, estará dirigida a las autoridades públicas estatales que hayan dictado las normas que componen el objeto de la demanda. En tal sentido, la pretensión será entablada contra la Provincia de Buenos Aires o sus entes autárquicos o descentralizados, y contra las municipalidades que componen el territorio bonaerense. En suma, a diferencia de lo que acontece con la determinación de la competencia en el fuero contencioso administrativo, en la acción originaria de inconstitucionalidad —en todos los supuestos— la demanda estará dirigida contra un Ente Público Estatal, quedando excluidas las “otras personas” (*Ej.*: Personas públicas no estatales, Concesionarios de servicios públicos, etc.) que menciona el artículo 166 párrafo quinto de la CPBA.

Es importante destacar que, cuando es demandado el Estado Provincial, a diferencia de lo que acontece cuando se lo demanda en el fuero civil, laboral y

contencioso administrativo (en donde la defensa en juicio la asume el Fiscal de Estado), será el Asesor General de Gobierno el encargado de comparecer en juicio y contestar demanda (Conf. artículo 686 inc. 1 CPCC). Si bien el Código ritual indica que su actuación procedería cuando se atacan actos provenientes del Poder Ejecutivo y Legislativo, también se ha extendido su intervención en los supuestos en los cuales se controviertan Acordadas emitidas por la SCBA (Conf. Causa I. 1.229).

La participación de la Asesoría General de Gobierno en este tipo de pleitos se justifica a raíz de la insoslayable intervención previa que tiene dicho órgano en la confección de proyectos legislativos, de decretos, y de reglamentos y/o actos administrativos, tal como se desprende en la actualidad de las competencias atribuidas por la Ley de Ministerios 14.853 (Título XI, artículos 40 a 47).

En lo que respecta a las municipalidades, los encargados de contestar las demandas incoadas serán los correspondientes representantes legales (artículo 686 inc. 2 CPCC), que según la Ley Orgánica Municipal (decreto-ley 6769/58 y sus modificatorias, artículos 108 incisos 10 y 11) es el Titular del Departamento Ejecutivo, es decir, el Intendente Municipal.

En todos los supuestos, el plazo para contestar la demanda será de quince (15) días (Conf. artículo 686 CPCC), y deberá adecuarse a los contornos indicados en los artículos 352 y ss. del CPCC. Esta es otra diferencia sustancial con el régimen contencioso administrativo, en el cual se suelen incoar los juicios contra el Estado provincial y municipal, debido a que en aquel fuero —por regla— el plazo para contestar demanda es de cuarenta y cinco (45) días, de acuerdo a lo previsto en el artículo 38 del CCA.

Resta señalar que en los casos en que las normas objetadas repercutan en la labor y el funcionamiento de algún sujeto privado o público no estatal (*v.gr.* Cajas de previsión social, Colegios profesionales), la intervención de aquellos en la causa deberá sustanciarse en calidad de terceros, en los términos de los artículos 89 y ss. del CPCC (Conf. Causa I. 1.502).

Por otra parte, es menester considerar que un eventual allanamiento del legitimado pasivo, en virtud de la particular naturaleza que revisten las cuestiones objeto de debate, no vincula ni obliga al tribunal a declarar la inconstitucionalidad requerida y consentida (Hankovits, 2004; Causa I. 1.285).

VIII. Plazo para deducir la acción

El artículo 686 del CPCC estipula que el plazo con el que cuentan los interesados para deducir la demanda originaria de inconstitucionalidad. Su texto estatuye lo siguiente:

“Artículo. 686. Plazo para demandar. La demanda se interpondrá ante la Suprema Corte de Justicia dentro del plazo de treinta días, computados desde que el precepto impugnado afecte concretamente los derechos patrimoniales del actor.

Después de vencido el plazo, se considerará extinguida la competencia originaria de la Suprema Corte, sin perjuicio de la facultad del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados”.

El contenido de la primera parte del artículo mencionado, nos obliga a reflexionar sobre dos aspectos. En primer término, la limitación temporal que impone el ordenamiento ritual únicamente resulta aplicable cuando el objeto de la acción consiste en cuestiones estrictamente patrimoniales. Como veremos luego, el plazo de caducidad no rige cuando en el marco de la pretensión, se ventilan cuestiones de carácter “no patrimonial”.

El segundo tópico a considerar, se encuentra dado por la interpretación que se le debe asignar al momento en el cual tiene inicio el transcurso del plazo de treinta días. Al respecto, la doctrina legal de la SCBA ha indicado que ello ocurre cuando se produce la aplicación de la disposición cuestionada (Causas I. 1.451, I. 1.616, I. 1.655, I. 2.160, I. 2.270, entre otras).

Cabe señalar que los casos más comunes se originan ante la impugnación de las Ordenanzas Impositivas y Fiscales de los Municipios bonaerenses, o para objetar las Leyes impositivas dictadas por la Legislatura provincial. En estos supuestos, la SCBA tiene dicho que el plazo se contará a partir de la fecha en que se puso en conocimiento la normativa cuestionada (v.gr.: fecha de publicación en el B. O., de acuerdo a lo sentenciado en la Causa I. 3.230), o desde el acto aplicativo (*Ej.*: día en que se labró el acta por la cual se dispuso una clausura, conforme a lo sentado en la Causa I. 1.607.).

El curso del plazo de caducidad no se suspende por la interposición de recursos administrativos, y por añadidura —por tratarse de pretensiones diversas— la demanda originaria no está sujeta a la realización del agotamiento de la vía (Causa I. 2.151).

La expiración del plazo fijado en el CPCC extingue la competencia de la Suprema Corte, dejando subsistentes las vías procesales ordinarias para proceder a la defensa de sus intereses patrimoniales (Conf. artículo 684 segundo párrafo). Entre las restantes vías encontramos a las herramientas procesales que hemos sucintamente tratado en el acápite II.

IX. Supuestos excluidos

El recaudo temporal exigido para la procedencia de esta acción, queda expresamente atemperado por la estipulación de supuestos que permiten soslayar la interposición de la demanda dentro del plazo fijado por el CPCC. En relación a ello, el artículo 685 prevé:

“Artículo 685. Excepciones. No regirá dicho plazo, cuando se trate de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos, de carácter institucional o que afecten derechos de la personalidad no patrimoniales.

Tampoco regirá cualquiera sea la naturaleza de los preceptos impugnados, cuando éstos no hayan sido aún aplicados al demandante y la acción se ejercite con finalidad preventiva”.

Como se colige de la norma transcripta, cuando el objeto de la pretensión abarca cuestiones vinculadas con derechos de la personalidad no patrimoniales, o se discutan normas de carácter institucional, el plazo fijado en el artículo 684 queda excluido para estos casos.

La casuística emanada de la jurisprudencia de la SCBA ha considerado englobado en estos supuestos a los embates realizados contra normas que regulan el goce de beneficios previsionales (Causas I. 2.075, I. 1.931, I. 2.005, I. 2.024), o cuando se objetaron normas referidas al acceso a la información pública (Causa I. 73.783).

La restante excepción en materia de plazos tiene cabida cuando la acción se incoa cuando los preceptos de la norma no han sido aplicados o si se ejercita con una finalidad “preventiva” (conf. artículo 685 párr. 2º). Esta modalidad es aplicable a todo tipo de supuestos, sean cuestiones patrimoniales, institucionales o en donde se discutan derechos personalísimos.

El carácter preventivo se configura las normas que componen el objeto de la acción se encuentran conformadas definitivamente (sancionada, promulgada y publicada) pero aún sin entrar en vigencia (*Ej.*: cuando su aplicación queda diferida a una reglamentación por parte del Poder Ejecutivo, o cuando la misma norma estipula que su vigencia se producirá en un plazo determinado).

X. La sustanciación y conclusión del proceso. Contenido de la sentencia

A través de las disposiciones del artículo 687 del CPCC, será el Presidente del Máximo Tribunal el encargado de ordenar la apertura a prueba de la causa, estipulando el plazo máximo para su producción. En todo lo demás, resultan de entera aplicación las disposiciones previstas en el artículo 358 y ss. del Código de rito.

Una vez concluida la etapa probatoria —“concluida para definitiva”—, se dará vista al Procurador General. En relación a esta intervención, la Corte ha entendido que si bien es esencial, está limitada a la de emitir su dictamen con la finalidad de asesorar o ilustrar al tribunal acerca de la cuestión que debe decidir (Causa B. 1.065).

En lo que atañe a la sentencia, el artículo 688 del CPCC consagra:

“Si la Suprema Corte estimase que la ley, decreto, ordenanza o reglamento cuestionados, son contrarios a la cláusula o cláusulas de la Constitución que se citaron, deberá hacer la correspondiente declaración sobre los puntos discutidos. Si por el contrario, no halla infracción constitucional, desechará la demanda”.

Los alcances de la sentencia para este tipo de procedimientos, se compadecen con las características inherentes de nuestro sistema constitucional, en virtud de que el fallo recaído únicamente tendrá efectos *inter partes* (y por lo tanto no *erga omnes*) y no derogatorio.

Las normas objetadas (y eventualmente tachas de inconstitucionalidad) no perderán su operatividad y validez, conservando su plena vigencia, sin perjuicio de que recaigan otros pronunciamientos semejantes en los casos concretos que en adelante se sometan.

XI. Reflexiones finales

En el desarrollo de los acápites anteriores hemos intentado exponer los aspectos salientes de la acción originaria de inconstitucionalidad, en aras de resaltar su cabal importancia (histórica y actual) para garantizar la supremacía constitucional en el ámbito bonaerense.

Como se ha procurado desentrañar en estas breves anotaciones, la procedencia formal (y eventualmente sustancial) de este carril jurisdiccional se encuentra sujeta al cumplimiento estricto de las requisitorias procesales fijadas por el ordenamiento jurídico bonaerense. A raíz de ello, cobra singular relevancia la profusa jurisprudencia emanada por la Suprema Corte de la Provincia, la cual en ajustada síntesis, ha sido seleccionada y clasificada para erigirse como un aporte o ayuda para los operadores jurídicos.

Finalmente, resta aclarar que, ante la eventual improcedencia de esta vía —a partir del desarrollo saludable del Control Constitucional en la Provincia— la tutela judicial no queda desguarnecida, atento a las diversas variantes que en la actualidad ofrece el sistema jurisdiccional bonaerense.

XII. Bibliografía

BERIZONCE, Roberto O. (2005). “La acción declarativa originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires”, en: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/8.pdf>

CAMPS, Carlos E. (2012). *Código Procesal Civil y Comercial. Anotado, comentado y concordado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 1857 y ss.

CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E. (2006). *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

HANKOVITS, Francisco A (2004). “La demanda originaria de inconstitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires”, en: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 211 y ss.

MORELLO, Augusto y otros (1999). *Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación*. Buenos Aires: Librería Platense-Abeledo-Perrot. T. VII-B. p. 451.

OROZ, Miguel H. E. (2011). “Competencia y análisis de admisibilidad en la acción originaria de inconstitucionalidad bonaerense. Denegación de justicia por partida doble”, en: *Revista Jurídica La Ley* 2011-A-239. Buenos Aires: La Ley.

RAPALINI, Gustavo Germán (2014). “La acción originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires para actos normativos. ¿‘Generales’?”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley, pp. 1163 y ss.

RIVAS, A. (2001). “Acción Originaria de Inconstitucionalidad”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 2001-E-1097.

TERRIER, Francisco (2007). “La declaración de Inconstitucionalidad de oficio de Leyes y Reglamentos. Evolución y estado actual de la jurisprudencia. Efectos *inter* o *ultra partes* en el caso de los Reglamentos”, en: Diego P. Isabella (dir.), *Código Administrativo de la Provincia de Buenos Aires -La Justicia Administrativa-*. Buenos Aires: RAP, pp. 389 y ss.

TRIBIÑO, Carlos A. (1977). “El planteo de cuestiones constitucionales en el proceso contencioso administrativo”, en: *Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Platense. N° 25.

TRIBIÑO, Carlos A. y PERRINO, Pablo E. (1995). *La justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Depalma.

VALCARCE, Arondin (2003). "El control de constitucionalidad en la provincia de Buenos Aires. Acción declarativa de inconstitucionalidad (arts. 683/688, CPCC)", p. 51 y ss. en: Adolfo A. Rivas (dir.) y Fernando M. Machado Pelloni (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Legislación

Constitución Nacional.

Constitución Provincial.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.

Ley N° 13.928, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11/02/2009.

Ley N° 14.214, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 14/01/2011.

Acordada N° 3660/2013, disponible en: www.scba.gob.ar/digesto/digestome-nu.asp

Jurisprudencia

Fallos 321:1052.

Fallos 338:362.

Fallos 324:973.

Fallos 327:3117.

Fallos 332:111.

Fallos 335:2333.

CSJN, 519/2012 (48-C) "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros" del 21/08/2013.

CSJN, 22/2009 (45-C) "Recurso de hecho deducido por la demandada en los autos Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro" del 14/04/2015.

Suprema Corte de Justicia Bonaerense

Acuerdos y Sentencias: 1963-II-932.

Acuerdos y Sentencias: 1969-334.

Acuerdos y Sentencias: 1974-I-278.

Causa A. 70.619 "Avelleyra", del 11/02/2016. Causa B. 66.095.

Causa B. 49.340.

Causa B. 72.507.

Causa C. 91.576.

Causa I. 1.229.

Causa I. 1.598 interlocutoria.

Causa I. 1.229.

Causa I. 1.285.

Causa I. 1.329.

Causa I. 1.440.

Causa I. 1.465.

Causa I. 1.502.

Causa I. 1.512.

Causa I. 1.534 interlocutoria.

Causa I. 1.552.

Causa I. 1.616.

Causa I. 1.655.

Causa I. 1.931.

Causa I. 1315.

Causa I. 2.005.

Causa I. 2.024.

Causa I. 2.107.

Causa I. 2.145.

Causa I. 2.151.
Causa I. 2.160.
Causa I. 2.169.
Causa I. 2.171.
Causa I. 2.175.
Causa I. 2.270.
Causa I. 2.297.
Causa I. 2.297.
Causa I. 2.339.
Causa I. 2.340.
Causa I. 3.106.
Causa I. 71.618.
Causa I. 71.848.
Causa I. 71.904.
Causa I. 71.908.
Causa I. 72.036.
Causa I. 72.580.
Causa I. 73 429.
Causa I. 73.296.
Causa I.68.475.
Causa I. 1.451.
Causa I. 1.602.
Causa I. 2.075.
Causa L. 83.781.
Causa L. 69.523.
Causa L. 116.859.

Fecha de recepción: 30-04-2017 Fecha de aceptación: 31-07-2017

Las limitaciones en el ejercicio del Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños en Cuba

POR **ALEXEY BERENGUER SÁNCHEZ** (*), **IRLIET MATOS REY** (**) Y **MARY DENNIS LONDRES OSORIO** (***)

Sumario: I. Notas introductorias.— II. El Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños, características y su regulación actual.— III. Limitaciones de interés privado en el ejercicio del Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños.— IV. Análisis y propuestas modificativas en materia agraria sobre las facultades en el ejercicio del derecho de los agricultores pequeños en Cuba.— V. Conclusiones.— VI. Bibliografía.

Resumen: las normas legales que rigen el derecho de propiedad de los agricultores pequeños en Cuba conllevan necesariamente al análisis de las limitaciones de interés privado que restringen sus facultades e impiden un pleno goce del uso, posesión, disfrute y disposición de las tierras y de determinados bienes que legalmente les pertenecen, con la inclinación de reconocer el derecho de la propiedad que la propia le concede y a la vez obstaculiza. Por tanto, se entiende que las facultades de la persona sobre un objeto que la ley otorga en propiedad, pueda disponer a su voluntad, a pesar de destacarse que esta situación jurídica no acepte este reconocimiento tan ilimitado debido a la forma de producción que emana en nuestra sociedad; teniendo que imponer limitaciones razonables, pero que éstas no deberían obstruir algunas acciones voluntarias, del derecho de propiedad de estos tenedores legales sobre la tierra y determinados bienes agropecuarios.

(*) Prof. Principal de Derecho Agrario, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Guantánamo. Jefe del Dpto. Jurídico, Universidad de Guantánamo, Cuba. Presidente de la Sociedad Científica de Derecho Agrario, Provincia de Guantánamo. Vicepresidente de la Junta de la UNJC, Guantánamo, Cuba.

(**) Prof. Principal de Derecho Económico del Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas adscripta a la Universidad de Guantánamo, Cuba. Miembro efectivo de la Sociedades Científicas de Derecho Agrario y Derecho Económico de la Unión Nacional de Jurista de Cuba. Juez Profesional del Tribunal Provincial de Guantánamo, Cuba.

(***) Prof. Principal de Derecho Internacional Público del Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas adscripta a la Universidad de Guantánamo, Cuba. Miembro efectivo de la Sociedades Científicas de Derecho Agrario y Derecho Internacional de la Unión Nacional de Jurista de Cuba. Asesora Jurídica de la entidad.

Palabras claves: propiedad agraria - limitaciones-agricultores pequeños - bienes agropecuarios

The limitations on the exercise of the property right of small farmers in Cuba

Abstract: *the legal norms that govern the right of ownership of small farmers in Cuba necessarily imply the analysis of the limitations of private interest that restrict their powers and impede the full enjoyment of the use, possession, enjoyment and disposal of lands and certain property that legally They belong to them, with the inclination to recognize the right of the property that the own grants and at the same time obstructs. Therefore, it is understood that the faculties of the person over an object that the law gives in property, can be disposed to his will, despite emphasizing that this legal situation does not accept this recognition so unlimited due to the form of production that emanates in our society; Having to impose reasonable limitations, but that these should not obstruct some voluntary actions, the right of ownership of these legal holders on land and certain agricultural goods.*

Keywords: *agrarian property - constraints - small farmers - agricultural goods*

I. Notas introductorias

La Reforma Agraria en Cuba, fue parte de la revolución social que acontecía en el país, la que se relacionó a la transformación de la sociedad cubana en su conjunto a una real redistribución de la riqueza y a la supeditación de toda propiedad al interés social, así lo asumió el pueblo, teniendo, entre otros el propósito de otorgarle la propiedad de la tierra a sus poseedores y asegurar un mayor aprovechamiento del recurso (1).

Aparejado a los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobado en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba y ratificados en el VII Cónclave Partidista, con el objetivo de actualizar el modelo económico cubano, los números 1 y 2, obedece examinar una nueva forma de ver las cosas, según su pronunciamiento, dirigida a favorecer nuestro sistema económico y social. 1. El sistema de planificación socialista continuará siendo la vía principal para la dirección de la economía nacional, y debe transformarse en sus aspectos metodológicos, organizativos y de control. La planificación tendrá en cuenta el mercado, influyendo sobre el mismo y considerando sus características. 2. El modelo de gestión reconoce y promueve, además de la empresa estatal socialista, que es la forma principal en la economía nacional, las modalidades de inversión extranjera previstas en la ley (empresas mixtas, contratos de asociación económica

(1) Primera y Segunda Ley de Reforma Agraria de fecha 17 de mayo de 1959 y 3 de octubre de 1963 respectivamente.

internacional, entre otras), las cooperativas, los agricultores pequeños, los usufructuarios, los arrendatarios, los trabajadores por cuenta propia y otras formas, todas las que, en conjunto, deben contribuir a elevar la eficiencia.

El presente trabajo está dirigido a realizar análisis razonables en normas legales que rigen el derecho de propiedad de los agricultores pequeños, con el objetivo de fortalecer el estudio a la flexibilización de las limitaciones de interés privado, sin perjuicio social. Esto con fin de dinamizar las relaciones de producción que sustentan y condicionan los agricultores pequeños. En ese sentido, romper nexos que dificultan la actividad agropecuaria y exista un pleno goce del uso, la posesión, el disfrute y la disposición de los mismos con la inclinación de reconocer el referido derecho que la propia le concede y a la vez obstaculiza, lo que no significa que desaparezcan las limitaciones de interés privado que encauzan la realización de estos derechos sino que se contextualicen y ajusten a la realidad y se actualizase el modelo económico y el ordenamiento jurídico cubano en la actividad agraria.

II. El Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños, características y su regulación actual

En América Latina, uno de los institutos del Derecho Agrario más importantes, es la propiedad agraria y en los distintos ordenamientos jurídicos encontramos características específicas con rasgos de organicidad, que permiten diferenciarlas de otras formas de propiedad (Colectivo de Autores, 2007: 39).

Aramburu y Machado, citado por Dorta Duque; Duque y Ortiz, y por Colectivo de Autores (2007), plantea que *la propiedad agraria tiene como característica esencial, el cumplimiento obligado de su función social, pues los bienes agrarios, por su naturaleza de bienes productivos, deben ser adecuadamente explotados. Por tanto, al ser una propiedad activa, tiene que cumplirse el deber de cultivación de las fincas rústicas con capacidad productiva, el deber de cultivación o conducción directa de la empresa agraria, la prioridad de uso agrícola de la tierra cultivable y los criterios de eficiencia y racionalidad.*

En sentido genérico fue definida por primera vez en la Constitución de la República Cuba de 1976 en su artículo 19, señalando que "el Estado reconoce la propiedad sobre las tierras que legalmente les pertenecen y los demás bienes inmuebles y muebles que le resulten necesarios para la explotación a que se dedican conforme a lo que establece la ley.

A diferencia de otras formas de propiedad reconocidas en la Carta Magna de Cuba y en el Código Civil Cubano, ley 59 de 1987, la propiedad de los agricultores pequeños no está constituida por un solo bien, sino por el conjunto de elementos que forman el todo de esa forma de propiedad.

La ley 59 de 1987 “Código Civil Cubano” en su artículo 150 establece que “la propiedad de los agricultores pequeños, es la que recae sobre los bienes destinados a la explotación agropecuaria a que se dedican, mediante la cual contribuyen a aumentar el fondo de consumo social y, en general, al desarrollo de la economía nacional”.

De esta forma no queda clara la definición la cual ha traído grandes dificultades, ya que existen bienes que pueden ser utilizados tanto para la explotación agrícola como para la vida común, como pueden ser los medios de transporte, que si solo se circunscriben al uso agrícola que se les pueda dar, de forma inmediata dejan de ser propiedad personal y por ende no es posible aplicar la legislación sucesoria común, para su transmisión a la muerte de su titular.

En este sentido es bueno destacar que si bien existen bienes que pueden ser utilizados tanto en labores agrícolas como en la vida común, poder discernir a cuál de los dos pertenecen no resulta nada fácil, y si se hace una interpretación extensiva, podrían entonces considerarse otros bienes de uso personal, como agropecuarios y no es así.

Es necesario por tanto, que sea más clara la determinación de cuáles serán los bienes que integran la propiedad del agricultor pequeño, y no señalarlos en sentido general, pudiendo traer esto consecuencias nefastas y conflicto familiares.

La propiedad de la tierra ha sido considerada como la propiedad por excelencia, pues durante un gran período de la historia constituyó el bien productivo de mayor importancia y por tanto, fundamento económico de la jerarquía social y política de la sociedad (Velazco Mugarra, 2015: 12).

Aunque la función social de la propiedad aparece por primera vez regulada en Cuba, en el artículo 87 de la Constitución de 1940. El artículo 82 constitucional mantuvo la integridad de la propiedad privada como derecho subjetivo y no es hasta la promulgación de la Ley de Reforma Agraria que se establece la función social de la propiedad condicionada a la explotación racional de la tierra (Velazco Mugarra, 2015: 16). En tal sentido, las limitaciones a la propiedad del agricultor pequeño reguladas en la normativa agraria se fundamentan en la referida función social. Las regulaciones sustantivas recogidas en el vigente decreto-ley 125/1991 encuentran sustento en los principios de la Ley de Reforma Agraria enarbolando aquel de que la tierra pertenece a quien la trabaja.

Tanto en Cuba como en Iberoamérica, el estatuto de la propiedad de la tierra agraria se encuentra cada vez más próximo al estatuto de la base material del ejercicio de una actividad económica organizada, y, por consiguiente, a la actividad empresarial agraria, lo que ha dado lugar al nacimiento y constitución del Derecho Agrario que en principio se ha derivado del Derecho Civil (Velazco Mugarra, 2015: 18).

La Constitución de la República de Cuba, al regular el derecho de propiedad lo ubica dentro de los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado y no dentro del Capítulo VII sobre “Deberes, derechos y garantías fundamentales”, lo que obedece al papel predominante en la sociedad cubana de las formas de propiedad pública y sociales sobre las individuales y privada (Easy Porro, 2009).

II.1. Regulación actual

La **Primera y Segunda Ley de Reforma Agraria** del 17 de mayo de 1959 y del 3 de octubre de 1963 respectivamente establecen el reparto de tierra, específicamente la que podía tener una persona natural o jurídica. Al dictarse la Primera, se basó en reconocer en el artículo 1, treinta caballerías. Estableciendo en el artículo 16 como mínimo vital para una familia campesina de cinco personas, una extensión de dos caballerías de tierra fértil, sin regadío, distante de los centros urbanos y dedicados a cultivos de rendimiento económico medio. Para su efecto reconocía la propiedad privada en el artículo 6 y la propiedad agrícola en su Capítulo III.

Posterior, pero en 1963, específicamente el 3 de octubre, se dicta la Segunda Ley de Reforma Agraria, la que reduce de 30 a 5 caballerías todas las fincas rústicas, también en su artículo 1. Relacionada a reducir la extensión de tierra a poseer por cada persona natural a 5 caballerías, superior a esta, sería objeto de adjudicación al estado, teniendo prerrogativa con la vivienda si no tuviera donde vivir y la indemnización del valor de la finca.

La Constitución de la República de Cuba de 1976: como Ley fundamental admite la propiedad de los agricultores pequeños sobre las tierras que legalmente les pertenecen y los demás bienes inmuebles y muebles que les resulten necesarios para la explotación a que se dedican, conforme a lo que establece la ley, según dispone su artículo 19. A su vez, la Ley 59, “Código Civil de Cuba” del 16 de julio de 1987, en su libro segundo, Capítulo II, Sección cuarta acepta y dispone el régimen de la propiedad de los agricultores pequeños, estableciendo la definición, los bienes que pueden ser de su propiedad, y otros requisitos de obligatorio cumplimiento y el perjuicio por su incumplimiento.

II.2. Respecto al Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de las tierras y demás bienes agropecuarios

El decreto ley 125 del Consejo de Estado, “Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios” del 30 de enero de 1991, en su Capítulo I, Disposiciones Generales, artículo 1, dispone que su objeto es regular el régimen antes dicho que pertenezcan, entre otras, a agricultores pequeños. Contemplando la Parcelación y Transmisión de Tierra por Agricultores Pequeño; y las

Transmisión de Tierra y Bienes Agropecuarios o su Precio, por Fallecimiento de un Agricultor Pequeño, especificando los su contenido en el Capítulo IV.

La resolución 24 del Ministro de la Agricultura, “Reglamento del régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios,” del 19 de marzo de 1991, en su Capítulo V regula la Adjudicación de la tierra y bienes agropecuarios propiedad del agricultor pequeño fallecido.

La resolución 180/96 del Ministro de la Agricultura, del 17 de abril de 1996, modifica el primer párrafo del artículo 5 de la resolución 24/91, regula las permutas y otros traspasos de áreas a ejecutar entre agricultores pequeños o entre éstos y una cooperativa u otra entidad es facultad de los Delegados Territoriales del Organismo.

II.3. Respecto al sistema registral

La inscripción registral permite que el acto inscripto tenga eficacia respecto a terceros y desde el punto de vista social, “completada con los catastros y modernos estudios estadísticos la publicidad, especialmente la inmobiliaria, debe considerarse el elemento de riqueza y bienestar general, que permitirá al Estado cumplir fines estadísticos, ejercer sus actividades de planificación territorial así como actos de expropiación, compra e intervención en el proceso de transmisión de los bienes. Será también un instrumento para la parcelación, para ejecutar la política prohibitiva de los latifundios o de los minifundios, o para asegurar la distribución o asignación de tierras a los agricultores o a las cooperativas de producción agropecuarias (Rapa Álvarez, 1984: 166).

La normativa vigente regula este particular mediante la resolución 288/90 del Ministro de la Agricultura, del 15 de mayo de 1990, reglamento para el funcionamiento del Registro de la Tenencia de la Tierra, el que comprende al agricultor pequeño como tenedor individual de tierra. Establece lo referente al registro de tractores en la resolución 163/98 del Ministro de la Agricultura, del 24 de marzo de 1998, que expresa la Consideración de la acreditación de la propiedad o posesión legal de un tractor o máquina cosechadora y la resolución conjunta 01/98 del Ministerio de la Agricultura del 24 de marzo de 1998 que dispone la autorización a las personas naturales propietarios o poseedores legales de tractores para realizar su trámite de inscripción.

II.4. Respecto al ganado mayor

La ley 1279 del 9 de octubre de 1974 expresa los registros pecuarios y el registro nacional de animales de razas puras y sus cruzamientos, entendiéndose en

el capítulo 1, Parte General, artículo 4, incisos (b, d, e, f y h) a los efectos legales como: b) Propietario: toda persona natural o jurídica que posea ganado mayor y que lo hubiere inscrito a su nombre en el Registro Pecuario; d) Privado: el propietario particular de ganado mayor; e) Campesino: aquel propietario privado de ganado mayor que obtiene su subsistencia de la actividad agropecuaria de una finca o parcela de la que es ocupante legal, dedicada en todo o en parte a la producción agropecuaria; asimismo aquel que ha integrado sus tierras a planes estatales y dispone de un área de autoconsumo; f) Privado con tierras: es aquel propietario particular de ganado mayor ocupante legal de finca o parcela, pero que sus ingresos fundamentales no provienen de la actividad agropecuaria; h) Poseedor: toda persona natural o jurídica del sector privado que tenga en su poder ganado mayor no inscrito.

II.5. Respecto a las viviendas rurales

La ley 65: “Ley General de la Vivienda” del 23 de diciembre de 1988 regula en el artículo 104 que establece: si los agricultores pequeños hubieran cedido al Estado tierras de su propiedad, mediante indemnización o sin ella, recibirán la propiedad de la vivienda que ocupan. El artículo 107 admite que los agricultores pequeños que en 1985 poseían en propiedad, como residencia permanente, una vivienda ubicada en la finca rústica de que son propietarios y otra en un área urbana, esta última se considerará como su vivienda de descanso a los efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2.

III. Limitaciones de interés privado en el ejercicio del Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños

A partir del análisis minucioso de la normativa vigente, así como de los criterios especializados al respecto ya abordados consideramos que las principales limitaciones que están presentes en la actualidad se reflejan en las siguientes cuestiones esenciales:

1. La impugnabilidad al proceso de expropiación forzosa de las tierras y demás bienes relacionados con la producción agropecuaria y forestal. Artículo 10 párrafo 3ro decreto ley 125 de 1991.
2. La incorporación de sus tierras únicamente a cooperativas de producción agropecuarias; venderlas, permutarlas o transmitir las por otro título al Estado o a la Cooperativa de Producción Agropecuaria o a agricultores pequeños en los casos que establece la ley, sin perjuicio del derecho preferente del Estado a su adquisición, mediante el pago de su justo precio. Artículo 19 de la Constitución de la República de Cuba; 153 de la ley 59 de 1987 “Código Civil Cubano” y 13 del decreto ley 125 de 1991.

3. Prohíbe el arrendamiento, la aparcería, los préstamos hipotecarios y cualquier acto que implique gravamen o cesión a particulares de los derechos emanados de la propiedad de los agricultores pequeños sobre sus tierras. Artículo 19 de la Constitución de la República; 154 de la ley 50 de 1987 “Código Civil Cubano” y 9, inciso e) del decreto ley 125 de 1991.
4. Inembargabilidad u otra medida de aseguramiento a las tierras, las edificaciones e instalaciones existentes en ellas, y los instrumentos de trabajo y demás medios necesarios para la explotación de la unidad de producción. Artículo 155 de la ley 50 de 1987 “Código Civil Cubano”.
5. Indivisibilidad de las tierras, sólo se podrá dividir con autorización previa del Ministerio de la Agricultura, cuando el objetivo de la división sea entregar a una cooperativa la parte perteneciente a un copropietario, o aportarla al Estado por cualquier título, o cuando haya otro interés social debidamente fundamentado. Artículo 6 del decreto ley 125 de 1991; 4. Resolución 24 de 1991.
6. El empleo de mano de obra asalariada con infracción de las disposiciones dictadas al efecto por el Ministerio de la Agricultura; la no venta a las entidades estatales correspondientes de las producciones susceptibles de ser acopiadas; la comercialización ilícita de las producciones agropecuarias; no utilizarlas en la línea fundamental de producción establecida. Artículo 9 del decreto ley 125 de 1991.
7. Los agricultores pequeños sólo podrán parcelar sus tierras con autorización del Ministerio de la Agricultura, y con cumplimiento previo de los requisitos legales exigidos. Artículo 12 del decreto ley 125 de 1991.
8. La comprensión de la totalidad de la tierra para su transmisión a una entidad estatal o una cooperativa, ya sea por compraventa, o mediante la integración del agricultor pequeño a una cooperativa como miembro de ésta; con excepción, y cuando convenga a una entidad estatal o una cooperativa, con la autorización expresa del Ministerio de la Agricultura, oído el criterio de la Asociación Nacional de agricultores pequeños se podrá adquirir parte de la tierra de un agricultor pequeño. Artículo 15 del decreto ley 125 de 1991.
9. La condición inapelable a que solo tienen derechos a heredar la tierra y bienes agropecuarios que hayan sido propiedad y estado en posesión de un agricultor pequeño fallecido, y a su adjudicación en proporciones iguales, sus hijos, padres, hermanos y el cónyuge sobreviviente, siempre que hayan

trabajado la tierra en forma permanente y estable desde cinco años antes de la muerte del causante.

Los nietos y sobrinos siempre que reúnan los requisitos establecidos en el párrafo anterior se considerarán con derecho cuando sus progenitores hayan fallecido, o cuando éstos vivos no tengan derecho a la tierra. Artículo 18 del decreto ley 125 de 1991.

10. El derecho absoluto al cobro del precio de la tierra, y de los bienes agropecuarios a las personas a que se refiere el Artículo 18 que no estuvieran trabajando la tierra en el momento del fallecimiento del agricultor pequeño, cuando carezcan de ingresos propios y hayan tenido dependencia económica desde cinco años antes de dicho fallecimiento del agricultor pequeño, y hayan mantenido dicha dependencia hasta la fecha de la adjudicación, comprendiéndose en estos casos los siguientes:

- El cónyuge sobreviviente; los padres, las hijas o las hermanas del causante; los impedidos temporalmente para trabajar la tierra por causa ajena a su voluntad, siempre que antes del impedimento lo hayan hecho por un término no inferior de cinco años; los que por causas físicas o mentales estén totalmente impedidos para el trabajo; y los que hayan arribado o no a la edad laboral legalmente establecida, dentro del término de cinco años anteriores al fallecimiento del causante;
- Los que, aun disponiendo de ingresos económicos y no estando dedicados al trabajo de la tierra en el momento del fallecimiento del agricultor pequeño, estén en alguna de las situaciones siguientes;
- Cumpliendo el Servicio Militar General o misiones internacionalistas, siempre que antes de su incorporación a esas tareas hayan trabajado la tierra y la suma del tiempo trabajado, y el del que se encuentre prestando el servicio o la misión, sea no menor de cinco años; teniendo edad laboral estén cursando estudios en la educación general, politécnica y laboral, o en la educación técnica y profesional, dentro de los límites de edad establecidos; y habiendo egresado de centros superiores estén cumpliendo el servicio social;
- A los que por razón de su edad no se les pueda exigir el término de cinco años sólo será necesario que acrediten su dependencia económica. Artículo 20 al 22 del decreto ley 125 de 1991; 28. Resolución 24 de 1991.

11. Al ausentarse por causa ajena a su voluntad por el término de un año sin trabajarla la tierra contado a partir de la fecha en que dejara de hacerlo,

tiene derecho a su propiedad; transcurrido, el Estado podrá proceder a su adquisición mediante compra, incluidos los demás bienes agropecuarios. Artículo 29 del decreto ley 125 de 1991.

12. Término de 90 días siguientes al fallecimiento de un agricultor pequeño para las personas que consideren tener derecho sobre la tierra y bienes agropecuarios propiedad del fallecido, deberán presentar ante la representación territorial del Ministerio de la Agricultura su solicitud de declaración de derechos y adjudicación, y demás documentos que sustenten su petición, según haya establecido dicho organismo. Artículo 30 del decreto ley 125 de 1991; 24 y 37. Resolución 24 de 1991.
13. Comprende a productores individuales con cifras aprobadas y bajo el contrato para entrega de carne vacuna y bufalina en balance nacional, para su consumo interno o para la venta en divisas, sacrificaran los animales en mataderos de la Industria Cárnica y otros autorizados por el Instituto de Medicina Veterinaria. Capítulo VI. Artículo 24 de la resolución 492 de 2012.

En este caso ni la ley 1279 de 1974 que regula el Registro pecuario y nacional de animales de razas puras y sus cruzamientos ni la referida resolución 492, dentro de sus contenidos comprenden a los productores individuales o al menos no precisa quienes optan por esa condición, siendo una laguna e interpretación abierta, donde se puede comprender sea una Granja Estatal, una Unidad Básica de Producción Cooperativa, una Cooperativa de Producción Agropecuaria, una Cooperativa de Créditos y Servicios o cualquier otra forma de gestión económica, incluyendo al agricultor pequeño.

IV. Análisis y propuestas modificativas en materia agraria sobre las facultades en el ejercicio del derecho de los agricultores pequeños en Cuba

La impugnabilidad al proceso de expropiación forzosa de las tierras y demás bienes relacionados con la producción agropecuaria y forestal. Párrafo 3° del artículo 10 del decreto-ley 125 de 1991.

Ninguna acción, aun y cuando fuera justa por la autoridad competente debe impedir al propietario de una acción defensiva, aunque no tenga la razón. En este caso, si un agricultor pequeño, por las causas que sea, sus tierras van ser objeto de expropiación tiene derecho a defenderse de una denuncia, sea de cualquiera su condición, es una acción justa del hombre, partiendo del derecho individual de la persona. La propuesta modificativa trata de reconocer el derecho a los agricultores pequeños de impugnar el proceso de expropiación forzosa de las tierras y demás bienes agropecuarios.

La incorporación de sus tierras únicamente a cooperativas de producción agropecuarias; venderlas, permutarlas o transmitir las por otro título al Estado o a la Cooperativa de Producción Agropecuaria o a agricultores pequeños en los casos que establece la ley, sin perjuicio del derecho preferente del Estado a su adquisición, mediante el pago de su justo precio. Artículo 19 de la Constitución de la República de Cuba, artículo 153 de la ley 59 “Código Civil Cubano y artículo 13 del decreto ley 125 de 1991.

Los trámites para las ventas o cobro del valor de las tierras de un agricultor pequeño son complejos, en ocasiones morosos. Ahora bien, cuando el Estado entrega tierras en usufructo y estas poseen bienhechurías, quien la recibe tiene que pagar las mismas, ¿qué objeción tiene admitir la compraventa de las tierras y bienes agropecuarios propiedad de un agricultor pequeño o del Estado por una persona natural?, en este caso se haría algo similar a la operación realizada en las tierras entregada en usufructo, que puede ser campesino o no, siempre que cumpla los requisitos que se determinan, más otros que se enuncien, al precio que se le adjudique, sea o no poseedor legal de tierras. La propuesta modificativa: requisitos para la venta de las tierras propiedad de un agricultor pequeño o del Estado. Tener en cuenta los siguientes requisitos y otros que comprenda la Ley:

- a. Tener la edad establecida para adjudicarse el derecho de propiedad (18 años de edad en lo adelante);
- b. Intencionalidad de trabajar la tierra directamente (expresión tácita del interesado);
- c. Ser ciudadano cubano con residencia permanente (vivir en la zona donde están enclavadas las tierras, ya sea, Consejo Popular, Municipio o Provincia);
- d. Contar con medios o implementos necesarios para la explotación de la tierra (lo que expresa el mismo);
- e. No estar vinculado laboralmente (lo que expresa el mismo);
- f. De poseer tierra en propiedad, usufructo o ambas, se tendrá en cuenta la extensión de tierra autorizada a ceder a una persona natural (no puede ser superior a las 5 caballerías);
- g. Que las tierras y demás bienes agropecuarios propiedad de un agricultor pequeño fallecido no sea interesada por un familiar (preferencia al familiar que la solicite y/o poseedor legal);

- h. Que las tierras interesadas para su otorgamiento en propiedad, no sean de las interesadas para otros fines por el Estado (según se define en el mismo);
- i. Procedencia lícita del dinero a utilizar para el pago del valor de las tierras y bienhechurías.

Indivisibilidad de las tierras, sólo se podrá dividir con autorización previa del Ministerio de la Agricultura, cuando el objetivo de la división sea entregar a una cooperativa la parte perteneciente a un copropietario, o aportarla al Estado por cualquier título, o cuando haya otro interés social debidamente fundamentado. Artículo 6 del decreto ley 125 de 1991, artículo 4 de la resolución 24 de 1991.

¿Cómo se acabarían los conflictos entre familiares de los agricultores pequeños por adjudicarse estos bienes?

Permitiéndosele en vida disponer la división de la tierra para cada uno de sus familiares o no, que así quisiera el agricultor pequeño, lo que puede decidir cuando no pueda trabajar las tierras por su avanzada edad o por qué decidió retirarse de la actividad, y a los efectos quiere ceder este derecho a sus hijos o a otra persona que así decida. También, por razones de incompatibilidad entre sus familiares, los que por su conducta no le pueden asegurar al agricultor pequeño su descanso y decida venderla, y que los familiares interesados quieran adquirirla con el pago de su precio y haya que dividirla. Por tanto, se propone la siguiente propuesta modificativa.

Admitir la partición de las tierras propiedad de los agricultores pequeños, teniendo como requisito que por cada interesado la proporción no sea inferior a las 2.5 h, asumiendo los requisitos para el otorgamiento en propiedad y para su venta.

La comprensión de la totalidad de la tierra para su transmisión a una entidad estatal o una cooperativa, ya sea por compraventa, o mediante la integración del agricultor pequeño a una cooperativa como miembro de ésta; con excepción, y cuando convenga a una entidad estatal o una cooperativa, con la autorización expresa del Ministerio de la Agricultura, oído el criterio de la Asociación Nacional de agricultores pequeños se podrá adquirir parte de la tierra de un agricultor pequeño. Artículo 15 del decreto-ley 125 de 1991.

No es justo, un agricultor pequeño es un ser humano, razonablemente envejece más rápido que otros que realizan otras tareas, por razones diversas y justificadas, quiere vender parte de sus tierras debido a que no puede atenderla. Sería razonable comprender su venta en este sentido. La propuesta modificativa plantea: incluir la venta de parte de las tierras propiedad de los agricultores pequeños que no puedan ni quieran atenderla por su avanzada edad u otros motivos justificados.

La condición inapelable a que solo tienen derechos a heredar la tierra y bienes agropecuarios que hayan sido propiedad y estado en posesión de un agricultor pequeño fallecido, y a su adjudicación en proporciones iguales, sus hijos, padres, hermanos y el cónyuge sobreviviente, siempre que hayan trabajado la tierra en forma permanente y estable desde cinco años antes de la muerte del causante. Los nietos y sobrinos siempre que reúnan los requisitos establecidos en el párrafo anterior se considerarán con derecho cuando sus progenitores hayan fallecido, o cuando éstos vivos no tengan derecho a la tierra. Artículo 18 del decreto ley 125 de 1991.

Al cobro del precio de la tierra, y de los bienes agropecuarios, las personas a que se refiere el artículo 18 que no estuvieran trabajando la tierra en el momento del fallecimiento del agricultor pequeño, cuando carezcan de ingresos propios y hayan tenido dependencia económica desde cinco años antes de dicho fallecimiento del agricultor pequeño, y hayan mantenido dicha dependencia hasta la fecha de la adjudicación, el cónyuge sobreviviente; los padres, las hijas o las hermanas del causante; los impedidos temporalmente para trabajar la tierra por causa ajena a su voluntad, siempre que antes del impedimento lo hayan hecho por un término no inferior de cinco años; los que por causas físicas o mentales estén totalmente impedidos para el trabajo; y los que hayan arribado o no a la edad laboral legalmente establecida, dentro del término de cinco años anteriores al fallecimiento del causante, los que, aun disponiendo de ingresos económicos y no estando dedicados al trabajo de la tierra en el momento del fallecimiento del agricultor pequeño, estén en alguna de las situaciones siguientes, cumpliendo el Servicio Militar General o misiones internacionalistas, siempre que antes de su incorporación a esas tareas hayan trabajado la tierra y la suma del tiempo trabajado, y el del que se encuentre prestando el servicio o la misión, sea no menor de cinco años; teniendo edad laboral estén cursando estudios en la educación general, politécnica y laboral, o en la educación técnica y profesional, dentro de los límites de edad establecidos, y habiendo egresado de centros superiores estén cumpliendo el servicio social.

A los que por razón de su edad no se les pueda exigir el término de cinco años sólo será necesario que acrediten su dependencia económica. Artículos desde el 20 al 22 del decreto ley 125 de 199 y artículo 28 de la resolución 24 de 1991.

El criterio recae en que el derecho civil en esta parte actúa de una forma muy injusta, ya que no debería exigirse este término como requisito para heredar, sí para favorecer a él o los más privilegiados, de donde se determinaría la mayor cantidad equivalente a los otros que tengan derecho, que también se debe marcar una antigüedad, que según esta, sería el derecho sobre las tierras y demás bienes, y el cobro de su valor, no cerradamente como lo refiere.

Este derecho debe ser para todos los familiares del causante, no solamente para el que haya trabajado la tierra durante 5 años antes de su fallecimiento, ni quien dependa económicamente de él, ya que los bienes lo creó el hombre, quien a su deceso dejó un número de familiares, que por causas diversas no dependían económicamente de él ni estuvieron trabajando la tierra cinco años antes de su muerte, ya sea porque estudió o es un maestro, un médico, militar etcétera, ¿por qué excluirlo de esos derechos?, si es razonable que en la participación de la partición de la herencia no debe ser igual al que realmente estuvo y esté trabajando en la tierra.

La Propuesta modificativa expresa: admitir la posibilidad de comparecer, según el orden de los llamados para heredar las tierras, demás bienes agropecuarios y el cobro del valor de estos bienes, a cualquier familiar, siempre y cuando cumpla los requisitos previstos en la propuesta modificativa 2 antes referida en los incisos (a, b y c) de los familiares que se interesen por adjudicarse las tierras y demás bienes agropecuarios, además de los siguientes requisitos:

- a. tener en cuenta lo previsto por la ley en los casos de los herederos especialmente protegidos;
- b. en el caso de los hijos o demás descendientes y la viuda que hayan estado trabajando la tierra antes del fallecimiento del agricultor pequeño, heredaran las tierras y demás bienes agropecuarios en las proporciones establecida para ellos, según lo prevé la ley para estos casos o la decisión voluntaria de los implicados, después de deducido los interés del restos de los herederos con derecho;
- c. a los que no las hayan trabajado, y en consecuencia estén cumpliendo misión, cualquiera que sea, estudiando o en el desempeño de una tarea que le impide trabajar la tierra y vivan en las tierras, también tendrán los mismos derechos que los antes dichos, pero sobre el cobro del valor de los bienes agropecuarios según la partición que disponga la ley, también de trabajar la tierra si así lo quisiera, además de adquirir otros bienes comunes a los que tenga derecho e ir en representación de cualquiera de los que no puedan acudir por las causas que establece la ley;
- d. respecto a los descendientes que no guardan relación con los incisos anteriores, tendrán derecho a adquirir un porcentaje/división del valor total de una parte de los bienes agropecuarios de valor y la partición de los bienes comunes en iguales proporción de todos los que acudan en su orden, así como podrá representar a cualquiera de los que no puedan acudir por las causas que dispone la ley;

- e. otros familiares, podrán acudir por derecho propio o por representación por las causas que dispone la ley.

Al término de 90 días siguientes al fallecimiento de un agricultor pequeño para las personas que consideren tener derecho sobre la tierra y bienes agropecuarios propiedad del fallecido, deberán presentar ante la representación territorial del Ministerio de la Agricultura su solicitud de declaración de derechos y adjudicación, y demás documentos que sustenten su petición, según haya establecido dicho organismo. Artículo 30 del decreto-ley 125 de 1991; 24 y 37 de la resolución 24 de 1991. Sería bueno que estos 90 días se establecieran para realizar la reclamación a la adjudicación, pero que el derecho sobre las tierras y demás bienes sea más prologado o con prerrogativas más amplias.

La Propuesta modificativa expresa: las reclamaciones para adjudicarse el derecho sobre las tierras y demás bienes agropecuarios o el cobro del valor de estos bienes o ambas, estará sujeta a razones justificadas de el o los interesados o ajena a la voluntad del hombre, quienes en un término no superior a los 90 días después de ser notificado el inicio de los trámites de herencia para adjudicación de las tierras y demás bienes agropecuarios, deben presentar la solicitud de declaración de derechos y adjudicación, y demás documentos que sustenten su petición.

Comprende a productores individuales con cifras aprobadas y bajo el contrato para entrega de carne vacuna y bufalina en balance nacional, para su consumo interno o para la venta en divisas, sacrificaran los animales en mataderos de la Industria Cárnica y otros autorizados por el Instituto de Medicina Veterinaria. Capítulo VI. Artículo 24 de la resolución 492 de 2012.

En este caso ni la ley 1279 de 1974 que regula el Registro pecuario y nacional de animales de razas puras y sus cruzamientos ni la referida resolución 492, dentro de sus contenidos comprenden a los productores individuales o al menos no precisa quienes optan por esa condición, siendo una laguna e interpretación abierta, donde se puede comprender sea una Granja Estatal, una Unidad Básica de Producción Cooperativa, una Cooperativa de Producción Agropecuaria, una Cooperativa de Créditos y Servicios o cualquier otra forma de gestión económica, incluyendo al agricultor pequeño. No obstante esta observación, lo que se pretende es adentrar el interés de beneficiar a este último con el producto final del ganado vacuno (su carne), del cual, durante toda su etapa de desarrollo este campesino no obtiene beneficio alguno. ¿Cómo lograr este objetivo?, la propuesta modificativa es la siguiente:

Otro elemento esencial radica los fines cuando estamos en presencia de la agricultura, es el de tener en cuenta los fines que aquélla persigue y el medio (económico-social y ecológico) en que se desarrolla y que necesariamente está presente

el agricultor pequeño, los cuales han determinado y deben continuar determinando que se la someta a un régimen jurídico especial. En correspondencia con ello los diferentes actores que intervienen en la agricultura son para producir alimentos que son absolutamente esenciales para la vida del hombre, así como materias primas que son igualmente esenciales para múltiples procesos industriales. Económicamente, la agricultura tiene características que la sitúan en notoria desventaja frente a la industria y el comercio, las cuales son sintetizadas y analizadas por autores como López Valdivia (1974: 48).

Teniendo en cuenta que toda producción agrícola en Cuba, proporcionalmente se planifica en el año o en los períodos comprendidos en este último, a los agricultores pequeños que por la planificación realizada y contratada con el Estado, cumpla las entregas prevista, esté asociado o no a una Cooperativa, tendrá derecho a que se les venda un porcentaje/división de carne por cada cabeza de ganado entregada, para el consumo familiar, equilibrando su venta por los meses siguientes al cumplimiento de la entrega, y en los casos de accidente que le prive la vida o por el cual haya que sacrificarlo y donde no tenga responsabilidad el propietario, la venta de también. En este caso mantener lo previsto en dicha norma para las autoridades autorizadas a sacrificar.

A tales efectos, en el presente capítulo se deja con claridad la intensión de las propuestas modificativas a las normas que regulan el Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños, que en todo momento van dirigida a flexibilizar las limitaciones de interés privado que reducen facultades, que hoy, en el curso de la actualización del modelo económico cubano, puede existir una evaluación de estas normas, que al final conllevaría al desarrollo agrario en nuestro país, destinado a favorecer, en todo caso, al agricultor pequeño, también, estas propuesta en nada perjudican ni ponen en peligro la estabilidad del estado, ya que el campesino, en este caso el agricultor pequeño antes y durante la lucha armada por el triunfo de la Revolución Cubana fue una de las fuerza protagonista, hoy, es un eslabón principal en la economía nacional, ya que como lo dice la propia ley 59 de 1987 Código Civil Cubano, con la explotación de la tierra y demás bienes agrícolas, contribuye al abastecimiento del consumo social y a la eficiencia económica.

V. Conclusiones

Al terminar el estudio sobre las regulaciones de las limitaciones de interés privado en el ejercicio del Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños en el Derecho Civil vigente en nuestro país podemos decir que:

La naturaleza jurídica de las limitaciones de interés privado en el ejercicio del Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños en el Derecho Civil

vigente en Cuba ha transitado por diferentes concepciones teórico doctrinales, llegando a nosotros, sobre la base de los planteamientos expuestos, a afiliarnos a aquellas posiciones más avanzadas y actuales que enmarcan las mencionadas limitaciones que permiten flexibilizar este Derecho de propiedad sobre la posesión, uso, disfrute y disposición, y con ellos romper los nexos que dificultan las actividades agropecuarias. Además, que se concrete una efectiva actividad dominical sobre las tierras y determinados bienes agrarios, lo que no significa que desaparezcan estas limitaciones racionales que encauzan de estos derechos, sino que se contextualicen y ajusten a la realidad y actualización del modelo económico cubano.

El sector normativo que regula el Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños en la Constitución de la República de Cuba y el Código Civil Cubano presenta limitaciones que no permite ejercer un adecuado derecho real en las propiedades que la propia ley reconoce a los que tienen este derecho y trae consigo lagunas para los operadores con incidencia en los niveles de eficacia que debe presidir a este ordenamiento jurídico.

Lo anterior se pone de manifiesto en que la denominación que tiene en la sistemática de dichos cuerpos legales no se corresponde con la naturaleza jurídica del Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños en su concepción más moderna, lo cual impide el conocimiento de los fundamentos teóricos en que se sustenta la materia. No refleja con suficiente nitidez las teorías o criterios de regulación a tener en cuenta para la valoración de los niveles de tolerancia de las inmisiones en sentido estricto en la solución de los conflictos familiares, así tampoco establece la conexión con las reglamentaciones especiales y administrativas que complementan la materia y la falta de precisión e inconcreción de algunos términos utilizados en los preceptos que provocan deficiencia en el lenguaje técnico jurídico, tales como: omisiones, lagunas, vaguedad y ambigüedad que al mismo tiempo conllevan a la falta de conexión, sistematicidad y completamiento.

En el análisis realizado se comprobó que la eficacia de las normas valoradas está en el orden de los niveles que la califican de baja, como resultado de que también lo son la calidad técnico jurídica y la funcionalidad de las mismas y porque de ello se derivan consecuencias desfavorables en la concepción de dichas normas.

Del estudio realizado se evidencia la necesidad de una modificación del contenido de las normas que regulan el Derecho de Propiedad de los agricultores pequeños decreto ley 125/199, en la Constitución de la República de Cuba y en la ley 59 de 1987 “Código Civil Cubano” vigente con expresa remisión a la norma administrativa complementaria y como resultado de ello, su perfeccionamiento.

VI. Bibliografía

COLECTIVO DE AUTORES (2007). *Temas de Derecho Agrario Cubano*. La Habana: Editorial Félix Varela, T. I. II. V.I. II.

DE VIDAL, Maria Mariani (2004). *Derechos Reales*. Buenos Aires: Zavalía, T. I.

EASY PORRO, Arisyennys Yakelín; CABANES ESPINO, Iris y SELPA MARTÍNEZ, Yelena (2009). *El objeto de la propiedad estatal y dominio público del estado en el derecho cubano*. Universidad de Camagüey. Disponible en: http://biblioteca.utec.edu/siab/virtual/elibros_internet/55853.pdf

FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio (2005). *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*. La Habana: Editorial Félix Varela.

GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H. (1901). *El Derecho Real*. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

LÓPEZ VALDIVIA, Javier (1974). “El proceso de la reforma agraria peruana y las empresas campesinas”, en: *Desarrollo Rural de las Américas*, Vol. VI, N° 1, IICA. Turrialba.

MAGALLÓN, Jorge Mario (2000). *Derechos del Propietario*. México: Editorial Raúl Márquez Romero.

MOLINARIO, Alberto D. (1965). *Derecho Patrimonial y Derecho Real*. Argentina: Editorial Buenos Aires.

PARTIDO COMUNISTA DE CUBA (2012). *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados en el VI Congreso*. Holguín. Impreso en ARGRAF.

RAPA ÁLVAREZ, Vicente (2012). “La publicidad de los hechos y actos jurídicos”, en: *Revista Jurídica*, N° 5 oct.-dic. Editorial del MINJUS.

RODÓN CABRERA, Soel M. (2013). *Orden Público al Ejercicio del Derecho de la Propiedad de los agricultores pequeños en Cuba*. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos97/orden-publico-al-ejercicio-del-derecho-propiedad-agricultores-pequenos-cuba/orden-publico-al-ejercicio-del-derecho-propiedad-agricultores-pequenos-cuba.shtml>

VALDÉS DÍAS, Caridad del Carmen (2006). *Derecho Civil*. La Habana: Editorial Félix Varela.

VELAZCO MUGARRA, Miriam (2015). “Limitaciones a la propiedad de los agricultores pequeños”, en: *Revista Cubana de Derecho*. No. 46 julio—diciembre. La Habana: Editorial UNIJURIS.

Legislación

Constitución de la República de Cuba del 24 de febrero 1976. Libro Editora del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, 01/01/2004.

Primera Ley de Reforma Agraria, Gaceta Oficial de Cuba, 17/05/1959.

Segunda Ley de Reforma Agraria, Gaceta Oficial de Cuba, 03/10/1963.

Ley N° 1279. Registros pecuarios y el Registro nacional de animales de razas puras y sus cruzamientos. Gaceta Oficial de Cuba, 09/10/1974.

Ley N° 59 de fecha 17 de julio de 1987. Código Civil Cubano. Libro Editora del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, 01/01/2004.

Ley N° 65. Ley General de la Vivienda, Gaceta Oficial de Cuba, 23/12/1963.

Decreto-ley N° 125. Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de la Tierra y bienes Agropecuarios, Gaceta Oficial de Cuba, 30/01/1991.

Decreto-ley N° 233. Modificativo del artículo 108 de la Ley General de la Vivienda, permitiendo a familiares y otras personas vinculadas a dichas fincas, construyan vivienda dentro del dicho límites de propiedad. Gaceta Oficial de Cuba, 2/07/2003.

Decreto N° 179. Protección, uso y conservación de los suelos, y sus contravenciones, Gaceta Oficial de Cuba, 02/02/1993.

Decreto N° 203. Contravención del Régimen de posesión, propiedad y herencia de las tierras y bienes agropecuarios, y del Registro de tenencia de la tierra. Gaceta Oficial de Cuba, 21/11/1995.

Decreto N° 225. Contravenciones personales de las regulaciones para el control y registro de ganado mayor y de las razas puras. Gaceta Oficial de Cuba, 29/10/1997.

Decreto N° 229. Crea al Registro de Tractores y Cosechadoras autopropulsadas, su control técnico, explotación, registro y contravenciones. Gaceta Oficial de Cuba, 30/01/1998.

Resolución N° 288. Reglamento para el funcionamiento del Registro de la Tenencia de la tierra. Gaceta Oficial de Cuba, 15/05/1990.

Resolución N° 24. Reglamento del decreto-ley 125 enunciado. Gaceta Oficial de Cuba, 19/05/1991.

Resolución N° 180. Modificativa del primer párrafo del artículo 5 de la Resolución 24 de 1991. Permutas y otros traspasos de áreas a ejecutar entre agricultores pequeños. Gaceta Oficial de Cuba, 17/04/1996.

Resolución Conjunta N° 1. Dispone la autorización a las personas naturales propietarios o poseedores legales de tractores para realizar su trámite de inscripción. Gaceta Oficial de Cuba, 24/03/1998.

Resolución Conjunta Ministerio de la Agricultura y el Instituto Nacional de la Vivienda. Delega en los Delegados Territoriales y Direcciones Municipales de la Asociación Nacional de agricultores pequeños a autorizar a familiares u otras personas vinculadas a la producción de dicha finca a construir vivienda dentro de los límites de la propiedad del agricultor pequeño. Gaceta Oficial de Cuba, 19/05/2004.

Resolución. Autoriza a los agricultores pequeños comercializar directamente los productos agropecuarios en pesos (CUP) con los establecimientos hoteleros y gastronómicos del sector turístico. Gaceta Oficial de Cuba, 04/09/2013.

Resolución N° 170 del 2017, Gaceta Oficial de Cuba, edición ordinaria La Habana, miércoles 28/06/2017.

Resolución N° 352. Autoriza a establecer los precios por acuerdo entre las partes, en las ventas que realicen; entre otros, los agricultores pequeños, reteniendo el 5% del valor del pago de las referidas compras en pesos (CUP), por concepto de importe mínimo del impuesto sobre los ingresos personales a que están obligados estos productores. Gaceta Oficial de Cuba, 02/09/2013.

Fecha de recepción: 31-03-2017 Fecha de aceptación: 23-06-2017

La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina

POR SILVIA NONNA (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Protección constitucional del ambiente. Artículo 41 de la Constitución Nacional. Distribución de competencias. Regulación de los recursos naturales y protección del ambiente. Recursos Naturales, dominio y jurisdicción. Federalismo de concertación.— III. Leyes de presupuestos mínimos. Residuos Industriales. PCBs. Política Ambiental. Gestión Ambiental de Aguas. Información Pública Ambiental. Residuos Domiciliarios. Bosques Nativos. Control de Actividades de Quema. Preservación de Glaciares y Ambiente periglacial. Manejo del Fuego. Envases vacíos de Fitosanitarios.— IV. Normativa ambiental vigente, necesaria armonización, desafíos y propuesta. Proyecto de Investigación.— V. Reflexiones finales.— VI. Bibliografía.

Resumen: el objetivo de este trabajo es presentar y comentar aspectos constitucionales de la protección ambiental y del uso de los recursos naturales. Introducir el nuevo esquema constitucional de reparto de competencias y de las leyes de presupuestos mínimos dictadas al amparo de lo dispuesto por la Constitución Nacional. Plantear algunos desafíos y propuestas y hacer una reseña de una investigación proyectada con el objeto de aportar algunas soluciones y propuestas para la armonización de la normativa ambiental vigente en Argentina.

Palabras claves: ambiente - recursos naturales - Constitución Nacional - presupuestos mínimos

The protection of the constitutional environment and budgetary minimums in Argentina

(*) Abogada. Doctora en Leyes, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Recursos Naturales, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Comercio Internacional de Hidrocarburos, Facultad de Ingeniería, Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Derecho Ambiental, Universidad Austral. Environmental Research Fellow, George Washington University, Estados Unidos. Secretaría Académica de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Prof. Titular de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Prof. Titular de Derecho Ambiental, Universidad Abierta Interamericana.

Abstract: *the aim of this paper is to present and comment constitutional aspects for environmental protection and use of natural resources. Introduce the new scheme of constitutional distribution of competencies and minimum standards legislation. Identify challenges and proposals, with a brief overview of a research project with the aim of bringing certain solutions and proposals for the harmonization of environmental legislation in Argentina.*

Keywords: *environment - natural resources - National Constitution - minimum standards*

I. Introducción

El impulso hacia el institucionalismo ambiental moderno en la Argentina y otros países latinoamericanos comenzó con la Cumbre de la Tierra en 1992 (1). La mayoría de los países han establecido los ministerios como la máxima autoridad ambiental (2), dentro de un proceso diseñado para dar a la gestión ambiental la naturaleza integral necesaria para mejorar la eficiencia.

Los nuevos acuerdos internacionales mundiales resultantes de la Conferencia de Río de 1992 también han dado lugar a una serie de importantes cambios institucionales y han fomentado el desarrollo de nuevos mecanismos de cooperación. El progreso en el campo institucional se ha extendido a la integración supranacional, subregional y de cooperación a través del establecimiento de una agenda que contempla instancias de debate y trabajo.

En Argentina, particularmente, como país federal, resulta de extrema importancia la relación que existe entre los recursos naturales y el hombre que los modifica para satisfacer sus necesidades, y el ambiente.

La reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 contempla específicamente el tema de los recursos naturales en cuanto a su dominio y uso racional, como así también la cuestión ambiental desde una perspectiva integral y moderna incluyendo el derecho a un ambiente sano siguiendo la Declaración de Estocolmo del año 1972 (3).

(1) Conferencia de las Naciones Unidas en Río de Janeiro 1992.

(2) En Argentina se crea en enero de 2016 el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable por decreto PEN 13/2015 (Boletín Oficial —BO— 11/12/2015) modificado por decreto PEN 223/2016 (BO 20/01/2016).

(3) La Declaración de Estocolmo en 1972 reconoce formalmente por primera vez el derecho a un ambiente sano. Desde entonces, el derecho ha ganado mayor reconocimiento como derecho universal que se identifica desde Argentina hasta Zambia.

II. Protección constitucional del ambiente. Artículo 41 de la Constitución Nacional. Distribución de competencias. Regulación de los recursos naturales y protección del ambiente. Recursos Naturales, dominio y jurisdicción. Federalismo de concertación

A partir de la reforma constitucional de 1994 y a través del artículo 41 de la Constitución Nacional (CN)⁽⁴⁾ queda consagrado el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado. Entre otras disposiciones, la Constitución Nacional ha incorporado el concepto de desarrollo sostenible. Reconoce el derecho humano al ambiente, definiéndolo como “saludable y equilibrado (...)”.

Además, fija un objetivo a través del tiempo ya que prevé la satisfacción de las “necesidades (...) de las generaciones futuras”, incorporando la noción del desarrollo sostenible. Se refiere a las actividades productivas y se centra en un modelo de desarrollo que hace que la vida sea viable en nuestro planeta tanto hoy como en el futuro. Tiene un impacto directo en cuanto a que hay que tener en consideración el ambiente al momento de tomar decisiones para el desarrollo de una comunidad organizada.

Impone obligaciones a las autoridades en cuanto al ejercicio de ese derecho, el uso racional de los recursos naturales y la garantía imprescindible de proveer a la educación y a la información ambiental.

La CN adopta el concepto nuevo y globalizador como es el del “Ambiente” entendido como el entorno en el que se vive y en el que desarrollamos todas nuestras actividades, en el cual interactuamos con otros componentes. Se considera al ambiente como un sistema complejo en el que interactúan y se interrelacionan de manera condicionada los distintos elementos que lo componen, entre ellos los recursos naturales, el hombre que los transforma, los recursos culturales que resultan de esa transformación, y finalmente los residuos que en consecuencia se generan.

El artículo 41 de la Constitución Nacional nos brinda una base sólida y duradera para los derechos humanos de tercera generación. Significa, sin duda, un

(4) Artículo 41 CN: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

paso fundamental para lo que solemos denominar la “constitucionalización del ambiente”. Pero, esto no implica haberlo logrado y necesitamos seguir trabajando para consolidar valores que apuntan a la equidad, a la solidaridad, la cooperación en el marco de un plexo normativo complejo que requiere de consensos y participación.

II.1. Artículo 41 de la Constitución Nacional

El artículo 41 de la CN se divide en 4 párrafos:

1er párrafo: Los constituyentes de 1994 dispusieron que el ambiente debe respetar las cualidades de sano y equilibrado. El concepto de “sano” en un amplio sentido y como requisito indispensable para lograr la calidad de vida de los habitantes de nuestro país, lo que implica mucho más que la preservación o no contaminación de los elementos que componen el ambiente. En cuanto al calificativo de “equilibrado” apunta a la protección del ambiente y su conservación al mismo tiempo el ser humano pueda satisfacer sus necesidades y desarrollarse.

Ambos adjetivos contribuyen a definir las características que el ambiente debe necesariamente tener para proporcionar una adecuada calidad de vida.

La Constitución Nacional incorpora el concepto de desarrollo sostenible cuando dispone que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin perjudicar las de las generaciones futuras.

El artículo 41 no sólo consagra el derecho sino también el correlativo deber de preservarlo. La reforma introduce la obligación de reparar el daño causado como una prioridad, en cuanto a la restauración del ambiente a su anterior estado. Lo hace refiriéndose a la recomposición, algo que no siempre, o en realidad solo pocas veces, puede lograrse. Sustenta el principio de “contaminador pagador”, dejando librado a una ley posterior la implementación del mismo, o sea, la forma en que se recompondrá/reparará/restaurará o se compensará el ambiente dañado. Ocho años después de la reforma constitucional, la ley 25.675 (5) —General de Ambiente— que se comentará en los próximos puntos, pone contenido concreto a esta manda.

2do párrafo: se establece la obligación por parte de las autoridades de proveer a la protección del derecho a vivir en un ambiente sano. Como así también se les impone proveer al uso racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la biodiversidad.

(5) Ley General de Ambiente 25.675. BO 28/11/2002.

Es ahora sabido que la naturaleza es finita, que los recursos naturales son escasos, y que el sistema económico moderno depende cada vez más de la utilización y transformación de esos recursos. Reservas limitadas y distribución poco equitativa de los recursos naturales coexisten con un incremento pronunciado en cuanto a su consumo.

Corresponde a las autoridades desarrollar estrategias e implementar políticas a través de planificación y programación para organizar ese consumo y evitar la sobre explotación, con criterios de razonabilidad eficiencia y producción más limpia.

La última parte del segundo párrafo del artículo 41 CN resulta fundamental. Impone a las autoridades la obligación de proveer a la información y educación ambientales, pilares de la estructura democrática que garantizan la participación y el compromiso ciudadano.

3er párrafo: en cuanto a este párrafo del artículo 41 la CN se dispone un nuevo esquema de distribución de competencias para la protección del ambiente. Para asegurar un piso común y uniforme se establece que la Nación dictará normas de presupuestos mínimos y que las provincias podrán, sobre esa base mínima o legislación básica, dictar normas complementarias.

La doctrina ha interpretado en forma no siempre coincidente el concepto de presupuestos mínimos y el cambio introducido por la reforma constitucional (Nonna, 2008):

- Para Guido S. Tawil, se trata de un cambio sustancial que ha invertido el esquema anteriormente vigente (6).
- Para el constituyente Natale, las normas que contengan los presupuestos mínimos serán legislación federal común para todo el país (7).
- Según Felipe González Arzac, la reforma ha innovado al consagrar un régimen específico de distribución de competencias para la protección ambiental e instituir en esta materia un método de reparto novedoso para la Constitución argentina, pero al obrar de tal modo no se habría apartado del marco de posibilidades que ya existía bajo el texto de 1853 en cuanto al modo de regulación nacional de materias concurrentes ni ha declinado la vigencia de otras potestades federales en relación con la protección ambiental (8).

(6) Cassagne, Juan Carlos (dir.) (1995). "La cláusula ambiental en la Constitución Nacional", en: *Estudios sobre la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

(7) "Protección del medio ambiente en la reforma constitucional", en: *La Ley*, 22/12/1994.

(8) Taller de Gestión Ambiental, Secretaría de Desarrollo Sustentable y Política Ambiental/Fundación Pro Tigre, 16/04/2001.

- Beltrán Gambier y Daniel Lago (1995) opinan que, si bien el artículo 41 parece haber establecido un nuevo criterio en la materia, al asignar decididamente a la Nación la regulación de los “presupuestos mínimos de protección”, en realidad, sin abandonar el criterio de concurrencia, el constituyente lo ha modificado al tomar la decisión de promover una legislación uniforme en materia de mínimos de protección.
- Germán Bidart Campos (2001) abordó el tema como un caso singular de concurrencia de competencias. En este esquema, el sistema de derechos de la constitución federal obliga a las provincias, que no pueden disminuir el sistema, pero pueden mejorarlo y ampliarlo (1995).
- Daniel Sabsay (1995), en una nota señera sobre el artículo 41, señala la dificultad que representa definir los alcances de la delegación que han realizado las provincias de sus facultades a partir de la reforma de 1994. Definir esta medida divisoria o *quantum* de atribuciones que han cedido las provincias a la Nación, constituye la “verdadera pregunta del millón” en el campo de la organización institucional ambiental.
- Amílcar Moyano que los presupuestos mínimos que pueda establecer la Nación, son los umbrales de protección al ambiente adecuado para la vida, los niveles mínimos, el estándar que cada Provincia pueda aceptar sin que se altere su dominio de los recursos naturales, ni se altere su jurisdicción sobre los mismos. Por el artículo 16, la igualdad jurídica que tienen las Provincias y la posible inclusión de la Ciudad de Buenos Aires, no implica que los presupuestos mínimos sean iguales para todos, porque de Misiones a Tierra del Fuego podrán haber circunstancias diferentes (9).

Por su parte, y como manifestación concreta de la opinión de las provincias, el Consejo Federal de Medio Ambiente se ha expedido al respecto, a través de la resolución 92/05 (10), cuyo artículo 1º en sus partes pertinentes dice:

“(...) Se entiende por presupuesto mínimo al umbral básico de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación y que rige en forma uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable que garantiza a todo habitante una protección ambiental mínima más allá del sitio en que se encuentre. Incluye aquellos conceptos y principios

(9) Moyano, Amílcar (2003). “Aplicabilidad de las normas ambientales que se sancionan en cumplimiento de los mandatos contenidos en el artículo 41 de la Constitución Nacional”, en: *Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la Resolución 68/03 del COFEMA*. Mendoza. Diciembre.

(10) Resolución COFEMA N° 92/04. Ushuaia 17/9/2004.

rectores de protección ambiental y las normas técnicas que fijen valores que aseguren niveles mínimos de calidad. La regulación del aprovechamiento y uso de los recursos naturales, constituyen potestades reservadas por las Provincias y por ello no delegadas a la Nación. En consecuencia el objeto de las leyes de presupuestos mínimos debe ser el de protección mínima ambiental del recurso y no el de su gestión, potestad privativa de las provincias (...). El mandato del artículo 41 de la CN está otorgado a la 'Nación' y consiste en el dictado de 'normas'. De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 75, inc. 32, 76 y 99, 2º párrafo del inc. 3º de la Constitución Nacional, debe entenderse que la referencia a Nación es al Congreso de la Nación, único Poder con facultades legislativas. En consecuencia el concepto normas corresponde al de leyes, que por su naturaleza son dictadas por el Congreso de la Nación (...). Toda interpretación que se haga debe tener carácter restrictivo lo que implica que su objetivo debe mantener una relación directa y concreta con la finalidad de protección ambiental sin desvirtuar las competencias reservadas a las provincias, vaciando de contenido a los artículos 122 y 124 CN (...)"

Queda así planteado, a nivel doctrinario, un escenario interpretativo disímil en cuanto al alcance de los presupuestos mínimos consagrados y las competencias asignadas a nivel constitucional.

Una interpretación sostiene que las provincias pierden sus facultades de dictado de normas ambientales y en este aspecto, de manera extrema, las normas ambientales provinciales vigentes al momento de sanción de la Constitución reformada, habrían perdido tal vigencia, generándose como consecuencia lagunas normativas hasta la sanción de las normas cuya sanción queda exclusivamente reservada al Congreso de la Nación.

Otra interpretación sostiene que habiendo sido sancionadas por el Congreso de la Nación, las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, se considerarán derogadas aquellas partes de las normas locales que se opongan a la federal, quedando por su parte subsistentes aquellas partes que se consideren complementarias.

Finalmente, como criterio mayoritario, se considera que el Congreso Nacional es competente para el dictado de la legislación mínima, delimitando en forma clara y precisa el ámbito de competencia complementaria o remanente que le corresponde a las provincias. La efectiva recepción de este último criterio a través de una correcta técnica legislativa evitará lagunas, vacíos, superposiciones y contraposiciones y peligrosas transiciones en la aplicación de las normas.

Conviene en este punto tener especialmente en cuenta que, desde 2002 contamos con un concepto claro y concluyente del término “presupuesto mínimos” y de su alcance, que no admite cuestionamiento alguno por cuanto está definido en la Ley General de Ambiente 25.675 que en su artículo 6 dice:

“Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”.

La delimitación de jurisdicciones se presenta como un problema en nuestro sistema federal. Dificultad que lejos de ser un obstáculo insalvable, es un desafío que merece el esfuerzo que signifique alcanzarlo, para lograr la definición y posterior aplicación de una política para todo el territorio nacional. Para que el derecho a vivir en un ambiente sano, no sea algo meramente programático.

4to párrafo: el último párrafo del artículo 41 CN establece claramente una prohibición constitucional para el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de residuos radioactivos.

La prohibición de ingreso al país de residuos peligrosos ya había sido dispuesta por ley 24.051 (11) de Residuos Peligrosos y en consonancia con la Convención de Basilea (12) de la cual Argentina es parte. Pero era necesario dar rango constitucional a la prohibición y ampliarla a los residuos radioactivos que están excluidos de la ley 24.051.

II.2. Distribución de competencias. Regulación de los recursos naturales y protección del ambiente

En los albores de 1990, la mayoría de las provincias argentinas ya habían incorporado el principio de protección del ambiente en sus respectivas Constituciones. Además, la mayoría de ellas regularon la materia ambiental a través de normas

(11) Ley 24.051 (BO 17/01/1992) Generación, tratamiento y disposición final de Residuos Peligrosos.

(12) Convenio de Basilea para el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y otros desechos. Adoptado el 22 de Marzo de 1989 en Basilea, Suiza. Aprobado por ley 23.922.

particulares, ya sea leyes generales de protección ambiental, o mediante normativa específica para la evaluación del impacto ambiental (13).

Si nos referimos a la distribución clásica de competencias constitucionales identificamos a aquellas que corresponden a la Nación ya sea porque les están expresamente atribuidas o porque se les han delegado, las que les corresponden a las Provincias por que las conservan o porque les están reservadas y las concurrentes que corresponden las ejercen en conjunto Nación y Provincias.

Siguiendo el espíritu de federalismo ya consagrado y arraigado en nuestro país, la Constitución de 1994 reafirma el dominio original de las Provincias sobre sus recursos naturales. Y al mismo tiempo, distingue la regulación de la protección del ambiente a través de normas de presupuestos mínimos dictadas por la Nación.

Recordemos por otra parte que, conforme el artículo 121 (14) de la CN los poderes no delegados específicamente están reservados a las provincias. Esto significa que la regla es la regulación por parte de las provincias y por excepción la Nación.

Pero, específicamente refiriéndonos al ambiente, el mandato general está sujeto a los “presupuestos mínimos” de protección ambiental establecidos en el artículo 41 CN. La Constitución de 1994 llama a un consenso en el cual la política ambiental se basa en normas comunes y mínimas que surgen de un proceso que garantice la negociación a nivel federal entre Nación y Provincias y Provincias entre sí.

Siguiendo a Rosatti (2007):

“(...) se reconoce una pluralidad jerárquica sustantiva en los niveles de regulación de la materia ambiental. Pluralidad porque tienen capacidad normativa sobre la materia tanto la Nación como las provincias y jerárquica porque dicha atribución no es indistinta o integral para cada jurisdicción (una se encarga de establecer los niveles mínimos y otra los niveles complementarios) y sustantiva porque tanto Nación como provincias comparten la responsabilidad de lograr —en conjunto— la protección integral del ambiente.

Esto permite asegurar un mínimo común denominador de protección para todos los habitantes de la Nación garantizando la vigencia del principio de igualdad porque es el que permite conjugar la interjuris-

(13) Para ampliar ver Nonna, Silvia, *Evolución del Derecho Ambiental en Argentina* Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-derecho-ambiental-S02.php>

(14) “Artículo 121 CN: Las provincias conservan todo el poder no delegado por ésta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

diccionalidad propia de las cuestiones ambientales en un concepto moderno de federalismo participativo dado que las provincias participan tanto en la formulación de los niveles mínimos de protección nacional (a través de sus representantes en el Congreso) cuanto en la definición de los niveles complementarios de protección local”.

En forma concordante con lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se pronunció en el sentido de que:

“En el campo ambiental, como hemos visto, se ha producido una delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de los presupuestos mínimos para su protección, las provincias han renunciado así a importantes competencias originarias, en excepción al principio receptado por el artículo 121, reservándose exclusivamente las facultades necesarias para dictar normas complementarias, conservando el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (conforme artículo 124)” (15).

II.3. Recursos Naturales. Dominio y Jurisdicción

Cabe hacer una consideración especial al tema del dominio y la jurisdicción de los recursos naturales y la interpretación de la respuesta constitucional a favor del “dominio originario” de las provincias en el artículo 124 (16) de la Constitución Nacional. Conviene recordar, a los efectos de esclarecer este tema, la diferencia jurídica existente entre dominio y jurisdicción.

La distinción entre dominio y jurisdicción es graficada por Frías (1985) en estos términos: “el dominio se ejerce sobre las cosas; la jurisdicción sobre las relaciones”, concluyendo que “el dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o excluye”, pero “la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado la distinción entre dominio y jurisdicción, ratificando que “puede existir uno sin la otra y viceversa” (Fallos 154:312).

Hemos sostenido (17) que la palabra “originario” que complementa, adjetiva o califica al vocablo “dominio” debe ser entendida como una reivindicación

(15) *In re* “COPETRO SA c/ Municipalidad de Ensenada s/ Inconstitucionalidad de la Ordenanza 1887/95”, recaído en Acuerdo del 20 de marzo 2002, según el voto del Juez doctor Juan C. HITTERS, publicado en el BO, DJJ, boletín 26/09/02, Año LXI, T° 163, N° 1304.

(16) “Artículo 124 CN: (...) Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

(17) Savino, Atilio A.; Nonna, Silvia C. y Alves Esteban, Rosa. “La postura de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable sobre los presupuestos mínimos de protección ambiental”, en: *La Ley Suplemento de Derecho Ambiental*, Año XI N° 3. SIN 0024-1636.

histórica, derivada de la preexistencia de los entes territoriales locales al Estado Nacional (“originario” connota en este sentido a “previo” y evoca lo “ancestral”); y también como una advertencia a los titulares del dominio, en el sentido de que tal titularidad no conlleva la facultad de explotación local desligada de las necesidades del país (“originario” connota aquí a “no absoluto” y evoca lo “no definitivo”). De modo que, a partir de lo señalado, es posible desdoblar —en materia de recursos naturales— la titularidad del dominio y el ejercicio de la jurisdicción. No cabe duda, en función del texto expreso del artículo 124 de la Ley Fundamental, que el dominio es provincial, pero ello no invalida la jurisdicción nacional en la materia por razones de planificación y como garantía del uso racional de los recursos y de la sustentabilidad ambiental.

“Más que multiplicarse las cosas —dice Frías—, hoy se multiplican las relaciones que se descubren o se establecen entre las cosas, y éstas son las que reclaman una disciplina innovadora, un nuevo comportamiento donde nociones como ‘escala’, ‘coordinación’, ‘planificación global’, etcétera, no se sujetan a la órbita del dominio originario. Este fenómeno de aceleración de las interrelaciones, sumado al de la especialización y planeamiento, provoca la creciente disociación del dominio y la jurisdicción. Y correlativamente, por razones de innovación, de escala y de centralización virtual, este proceso se cumple a pesar del dominio provincial y a favor de la jurisdicción nacional”.

Desde ya, cabe resaltar que, para que el proceso hasta aquí expresado no conduzca a abusos o simplificaciones, es necesario que se lleve a cabo garantizando la necesaria participación de las provincias al momento de decidir una política global que contemple la protección de los recursos naturales existentes en sus territorios.

Participación que aparece como garantizada en el Consejo Federal de Medio Ambiente, sus competencias y funciones, y en las atribuciones expresas que cada una de las normas de presupuestos mínimos les asignan tanto al COFEMA como las provincias, en el marco de lo establecido por la Constitución Nacional.

II.4. Federalismo de concertación

Un nuevo e inevitable consenso ambiental institucional ha emergido en Argentina, representado por el Consejo Federal de Medio Ambiente en el que las autoridades nacionales y provinciales deben alcanzar acuerdos para la planificación de políticas públicas federales ambientales. Asimismo, y a nivel legislativo a través de las normas de presupuestos mínimos dictadas por el Congreso Nacional en el que todas las provincias debaten, analizan y consensúan a través de sus representantes democráticamente elegidos.

Hemos dicho (Nonna; Waitzman y Dentone, 2011: 191) que es necesario moverse dentro de las bases del concepto que Frías dio en llamar “federalismo de concertación”, para el diseño de un sistema adecuado de distribución eficaz de competencias ambientales. A partir de la segunda mitad del siglo XX se ha venido configurando esta moderna técnica de llevar adelante el federalismo como “(...) una relación participativa de los niveles de gobierno, central y provinciales, que deje de lado la confrontación, dando lugar a la programación interjurisdiccional de áreas temáticas que afectan a distintas unidades territoriales o niveles gubernamentales” (Frías, 1994: 1122-1126).

Este “federalismo de concertación” en materia ambiental fue receptado en nuestro ordenamiento jurídico (*v.* artículo 41, CN y artículo 23 de la ley 25.675) (18), bajo cuyo marco el COFEMA debe asumir un “rol” fundamental, la autoridad ambiental nacional debe cumplir con el debido proceso de reglamentación de las leyes de presupuestos mínimos dando participación real a las jurisdicciones locales, últimas ejecutoras de estas normas, lo cual permite identificar los intereses y necesidades locales, estableciendo las bases de un nuevo tipo de relación entre los diferentes niveles gubernamentales. No perdamos de vista que la cuestión ambiental no reconoce límites ni divisiones políticas, ni plazos temporales y que se debe respetar el derecho de las generaciones futuras a gozar de un ambiente sano.

Coincidiendo con Sabsay y Di Paola cuando dicen que:

“parece fácil llegar a un planteo teórico de la cuestión, la que luego se verá entorpecida cuando de lo que se trata es de transformar en normas concretas los objetivos del constituyente. ¿Cuál será la línea divisoria entre las potestades nacionales y las provinciales?, este interrogante constituye de alguna manera la pregunta clave en este campo. Parece difícil el logro de una respuesta válida a ella si con anterioridad no se construye un mínimo consenso entre niveles de gobierno. Esta necesidad nos parece auspiciosa en la medida que nos ubica en el marco de un federalismo de ‘concertación’ a favor del cual nos pronunciamos, no sólo por un problema de fidelidad con determinadas convicciones, sino fundamentalmente porque creemos que este es el modelo que asegura mayor eficacia en la aplicación y la observancia de las normas ambientales”(2002: 47-54).

(18) “Ley 25.675. Artículo 23. Se establece el Sistema Federal Ambiental con el objeto de desarrollar la coordinación de la política ambiental, tendiente al logro del desarrollo sustentable, entre el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y el de la Ciudad de Buenos Aires. El mismo será instrumentado a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)”

III. Leyes de presupuestos mínimos. Residuos Industriales. PCBs. Política Ambiental. Gestión Ambiental de Aguas. Información Pública Ambiental. Residuos Domiciliarios. Bosques Nativos. Control de Actividades de Quema. Preservación de Glaciares y Ambiente periglacial. Manejo del Fuego. Envases vacíos de Fitosanitarios

Las normas de presupuestos mínimos representan un nuevo sector de competencias delegadas, del ordenamiento jurídico nacional. En ese orden de ideas, nos encontramos con un nuevo ámbito competencial, de reparto de poderes, que avanza sobre temas antes reservados por las provincias, en ámbitos que antes de la reforma, eran propios de su jurisdicción.

Según lo dispuesto por la Constitución Nacional, será el Congreso de la Nación el órgano que determinará cuáles son las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, dejando a las provincias el dictado de las normas complementarias. Esas normas nacionales deberán contener principios y directrices para la regulación de la relación ambiental, que se consideren fundamentales para garantizar una base jurídica en todo el territorio nacional.

Las autoridades provinciales toman como base mandatoria las leyes nacionales de presupuestos mínimos, teniendo por su parte, facultades normativas para complementar las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental y para dictar los reglamentos que sean necesarios para la ejecución tanto de las leyes nacionales de presupuestos mínimos como de las respectivas normas complementarias.

Entendiendo que, para el caso que existan normas locales menos restrictivas que una ley de presupuestos mínimos, aquéllas deberán adecuarse a ésta. Como así también que respecto de las normas locales vigentes y preexistentes a las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, aquéllas mantendrán su vigencia en la medida que no se opongan a éstas ni resulten menos exigentes.

En este sentido la SCJN ha expresado: “Ahora las provincias pueden complementarla como, asimismo según hemos visto los municipios y aún aumentar las condiciones impuestos por la Nación pero nunca deben ser menores ni oponerse a ellos” (19).

(19) “COPETRO SA c. Municipalidad de Ensenada s/ Inconstitucionalidad de la Ordenanza 1887/95”, recaído en Acuerdo del 20 de marzo 2002. Voto Doctor Juan C. Hitters, BO, DJJ, boletín 26/09/02, Año LXI, Tº 163, Nº 1304.

Ha sostenido el destacado constitucionalista Germán Bidart Campos (1998) al referirse al Sistema de Derechos y el Constitucionalismo Provincial cuando considera que:

“(...) el techo federal que dimana de la legislación del Congreso dictada en consecuencia de la Constitución no siempre inhibe las competencias provinciales, con lo que la regla será la siguiente: la relación de subordinación impide al constitucionalismo provincial invadir la materia legislada por el Congreso, o resultarle contrario: pero en cuanto, sin incurrir en interferencia ni el violación, facilite, promueva y desarrolle las mejores posibilidades de su aplicación en jurisdicción local por todos los órganos del gobierno provincial, no es inconstitucional o, al menos goza de una presunción de constitucionalidad”.

Desde la reforma de la Constitución en 1994 y recién a partir del año 2002 a la fecha, se han dictado 11 leyes de presupuestos mínimos bajo el amparo del tercer párrafo del artículo 41 de la CN. Y abarcan un amplio y variado rango de temas ambientales específicos. Estas normas de presupuestos mínimos junto con la normativa complementaria local más detallada o procedimental, constituyen el marco moderno para la protección ambiental en Argentina.

Sin ánimo de hacer un análisis de las 11 leyes de presupuestos mínimos dictadas desde 2002 a la fecha, a continuación, se agrega un breve comentario de cada una de ellas, tal como fueron cronológicamente sancionadas.

III.1. Ley 25.612 Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio (20)

La ley 25.612 para la Gestión Integral de los Residuos Industriales y Actividades de Servicio es la primera norma de presupuestos mínimos para la protección del ambiente de competencia delegada en la Nación por la reforma constitucional de 1994.

Quizás por el hecho de ser la primera, muchas son las críticas que la norma merece, y muchos son los interrogantes y vacíos que la misma ha generado. De una ley perfectible que necesitaba ser actualizada y adecuada al nuevo régimen constitucional como lo es la ley 24.051 (21) de Residuos Peligrosos, pasamos a una

(20) Ley 25.612. Presupuestos Mínimos para la Gestión Integral de los Residuos Industriales y de actividades de Servicio. BO 29/07/2002. Promulgada parcialmente por Decreto 1343/02. BO 25/07/2002.

(21) Ley 24.051. Generación, manipulación, transporte y tratamiento de Residuos Peligrosos. BO 17/01/1992.

ley más imperfecta de lineamientos generales para la gestión de Residuos Industriales y de Actividades de Servicio.

Se ha generado en consecuencia, una situación de inseguridad jurídica en la que coexistirán distintos regímenes legales de diferentes categorías, jerarquías y alcances, en la mayoría de los casos superpuestos, en otros contrapuestos y en muy pocos complementarios. Se produjeron asimismo, lagunas, zonas grises y vacíos normativos que seguramente suscitarán situaciones de colisión e incompatibilidad.

La ley 25.612, resulta una ley desprovista de los aportes que, desde la práctica, pudieron haberse recogido como bagaje surgido del abordaje del tema, en el marco del cumplimiento de la nutrida normativa vigente, fundamentalmente la de la ley 24.051.

En síntesis, a pesar de contar a la fecha con una ley de presupuestos mínimos para la protección ambiental en materia de residuos industriales, no podemos decir que contemos con los lineamientos legales básicos que permitan asegurar una adecuada y completa gestión ambientalmente racional de los residuos peligrosos.

Sigue entonces vigente y plenamente operativa la ley 24.051 de Residuos Peligrosos que por sus características de norma mixta dictada antes de la reforma de 1994 no puede considerarse como una ley que integre el nuevo plexo normativo planificado por los constituyentes. No obstante lo cual, resaltemos que la efectiva vigencia y aplicación de esta ley y sus numerosas normas complementarias, han permitido regular una materia tan sensible y con consecuencias ambientales indiscutibles como lo es la gestión de los residuos peligrosos.

III.2. Ley 25.670 de Gestión y Eliminación de PCBS(22)

La ley 25.670 regula la gestión de los bifenilospoliclorados —PCBs su sigla en inglés— como sustancia y al mismo tiempo le otorga la categoría de residuo peligroso al momento de su eliminación. Segunda en la saga de sanción de leyes de presupuestos mínimos, presenta un esquema diferente de deslinde de competencias, más similar al sistema de adhesión que al de presupuestos mínimos. Siendo su autoridad de aplicación el organismo de la Nación de mayor nivel jerárquico con competencia ambiental, creándose el Registro Nacional Integrado de Poseedores de PCBs en el que deberán inscribirse los fabricantes y comercializadores de PCBs y todos los poseedores de PCBs.

(22) Ley 25.670. Sancionada: 23/10/2002. Publicada: 18/11/2002.

Son finalidades de la ley:

- Fiscalizar las operaciones asociadas a los PCBs,
- descontaminación o eliminación de los aparatos que contengan PCBs,
- eliminación de los PCBs usados y
- prohibición de ingreso al país de PCBs como así también,
- la prohibición de su producción y comercialización.

Queda prohibido por la ley:

- la importación y el ingreso a todo el territorio de la Nación de PCB y equipos que contengan PCBs,
- la instalación de equipos que contengan PCBs y
- la producción y comercialización de PCBs en el país.

La última y difícil etapa de la gestión integral es la eliminación ambientalmente racional de los PCBs, lo que implica una prolija planificación, que incluya pasos a seguir y plazos a cumplir. Resulta imprescindible planificar, programar y actuar con criterio integral. La oportunidad está en el Plan Nacional de Minimización y Eliminación de PCBs cuya formulación e implementación está prevista en la ley como una de las obligaciones de la autoridad de aplicación nacional en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente.

III.3. Ley 25.675 de Política Ambiental (23)

Esta ley, conocida como Ley General de Ambiente o LGA, marca tal como su título lo indica la política ambiental nacional. A poco de su promulgación, la norma se ha constituido en base y fundamentos para las numerosas decisiones judiciales que la reconocen como tal.

La ley 25.675 provee la estructura institucional básica, sobre la cual debe organizarse, sancionarse, interpretarse y aplicarse la normativa específica. Establece objetivos claros, contiene principios rectores y prioritarios y delinea instrumentos de política ambiental nacional, que resulten fundamentales para la toma de

(23) Ley 25.675. Sancionada: 06/11/2002. Promulgada parcialmente decreto 2413/02: 27/11/2002. Publicada BO 28/11/2002.

decisiones y para el ejercicio del poder de policía ambiental que compete a las respectivas autoridades tanto nacionales como provinciales y municipales.

Se trata de una ley marco a cuyas disposiciones deberán ajustarse las normas específicas. Las provincias deben respetar los presupuestos establecidos por la ley nacional, deben aplicar todas sus disposiciones, y deben establecer todo lo necesario para asegurar la implementación de la norma desarrollando las instituciones y procedimientos que así lo garanticen. Lo que no obsta a que las provincias sean más estrictas en su jurisdicción y superen el alcance de la ley nacional de manera más protectora.

La ley sienta el concepto de Presupuesto Mínimo establecido en artículo 41 de la CN al entender que es "(...) toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental". Se completa el concepto estableciendo que la norma de presupuesto mínimo debe prever en su contenido "(...) las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable".

El bien jurídico protegido por la ley es el ambiente, considerado en su sentido amplio, atendiendo a una gestión sustentable, a la preservación y protección de la diversidad biológica y a la efectiva implementación del desarrollo sustentable.

La inclusión de principios en la ley constituye un destacable avance y desde ya una acierto. Son principios de la política ambiental nacional: Congruencia, Prevención, Precautorio, Progresividad, Responsabilidad, Equidad intergeneracional, sustentabilidad, Subsidiariedad, Solidaridad y Cooperación.

Acertadamente, la ley señala con claridad cuáles son las herramientas de las que será necesario valerse para poder alcanzar los objetivos de la política ambiental nacional en el marco de los principios establecidos. En este sentido, enumera y luego desarrolla en capítulos individuales, distintos instrumentos como: Ordenamiento Ambiental del Territorio, Evaluación de Impacto Ambiental, Sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, Educación Ambiental, Sistema de Diagnóstico e Información Ambiental, Régimen Económico de promoción del Desarrollo Sustentable.

En materia de Participación Ciudadana, a Ley de Ambiente apunta al derecho que tiene toda persona a opinar en los procesos de toma de decisión y en segunda instancia al acceso a la justicia en relación con el daño ambiental de incidencia colectiva. Toda persona tiene derecho a opinar en procedimientos relacionados con la protección del ambiente, sean estos de incidencia general o particular y de

alcance general. Especialmente deberá asegurarse la participación en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y la planificación del ordenamiento territorial, para lo cual las autoridades deben institucionalizar procedimientos de consulta o audiencias públicas previas a la autorización de actividades que puedan producir efectos negativos sobre el ambiente.

También resulta prioritario el Sistema Federal Ambiental que instituye la ley con el objetivo de formalizar la coordinación de la política ambiental y cuyo contexto natural es el Consejo Federal de Medio Ambiente que adquiere un rol relevante también en la implementación de la mayoría de las herramientas establecidas por la ley.

III.4. Ley 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (24)

La ley 25.688 tiene por objeto establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. Define conceptos como agua, cuenca hídrica, principio de unidad de cuenca, comités de cuenca.

Se establecen los presupuestos mínimos en cuanto al régimen de utilización de las aguas, disponiendo, como es habitual en esta materia, un sistema de “usos y permisos”.

La ley 25.688 está vigente, aunque resulte incipiente su nivel de operatividad toda vez que la norma aún no ha sido reglamentada. A nivel jurisprudencial, la norma ha tenido aplicación en causas de importancia jurídica para nuestro país como ser la causa “Mendoza” por contaminación ambiental de la cuenca Matanza Riachuelo (25).

III.5. Ley 25.831 de Información Pública Ambiental (26)

La ley 25.831 establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de libre acceso a la información pública ambiental.

El derecho al acceso a la información ambiental encuentra primariamente fundamento en los presupuestos de todo Estado de derecho en el marco de una

(24) Ley 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. Sancionada: 28/11/2002. Promulgada: 30/12/2002. Publicada: 30/01/2003.

(25) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/06/2006, M.1569. XL “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”.

(26) Ley 25.831 de Información Pública Ambiental. Sancionada: 26/11/2003. Promulgada: 06/01/2004. Publicada: 07/01/2004.

democracia participativa y no meramente representativa. Bajo este nuevo esquema es también la comunidad un sujeto activo propulsor de ideas y el gobierno se constituye en el brazo ejecutor de las mismas.

Resulta oportuno destacar que, la información pública tiene un valor intrínseco, y es además, el elemento esencial para el control de la gestión del aparato estatal, asimismo es una herramienta necesaria que permite viabilizar la participación Ciudadana.

Para lograr una participación útil y eficaz, la ciudadanía necesita estar informada, es por lo tanto necesario contar con mecanismos sencillos y rápidos de acceso a la información la cual debe estar sistematizada de manera clara y debe ser, en lo posible, de fácil comprensión. Todo esto permite ampliar la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la administración.

Por otro lado, el acceso a la información pública, contribuye a fortalecer la relación entre el Estado y la Sociedad Civil y se vincula directamente con la transparencia de los actos de gobierno, y se constituye en una herramienta útil para fortalecer una democracia legítima, transparente y eficiente.

El acceso a la Información Pública Ambiental permite materializar el derecho constitucional a un ambiente sano y equilibrado. En algunas ocasiones, el acceso a la información resulta indispensable para poner en marcha el aparato jurisdiccional y consolidar la prueba en un proceso judicial en virtud del mandato de protección establecido en el artículo 41 de la Constitución.

La ley 25.831 regula los aspectos sustantivos y procedimentales para garantizar el derecho de acceso a la información Pública Ambiental en consonancia con lo dispuesto por el artículo 41 de la CN y garantiza el derecho de toda persona de obtener esta información en forma libre y gratuita.

III.6. Ley 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios (27)

Esta ley de presupuestos mínimos dio un adecuado marco legal a los numerosos proyectos y programas que ya se encontraban en ejecución en nuestro país, además de formalizar principios y objetivos comunes para una adecuada gestión y eliminación de los residuos domiciliarios en un momento en que la materia necesitaba de una efectiva y armónica regulación.

Dispone lineamientos mínimos y comunes que regulan la gestión integral de los residuos domiciliarios (RD) con el objeto de proteger el ambiente y la calidad

(27) Ley 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios. Sancionada: 04/08/04. Promulgada parcialmente: 03/09/2004. Publicada BO: 07/09/2004.

de vida de la población. Siendo sus objetivos lograr un adecuado y racional manejo de los RD, promover la valorización de los RD, minimizar los impactos negativos de los RD sobre el ambiente y lograr la minimización de los RD.

III.7. Ley 26.331 Protección Ambiental de los Bosques Nativos (28)

Esta ley de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos alcanza una problemática ambiental sumamente trascendente para el desarrollo sostenible de nuestro país, compleja por la transversalidad técnica que requiere y por la variedad de intereses que confluyen en la cuestión.

Es innovadora en cuanto prevé instrumentos económicos aplicables al objeto de protección. Presenta una característica esencial muy positiva, abordar la materia de un modo integral, contemplando tanto sus dimensiones ambientales, como económicas y sociales.

III.8. Ley 26.562 de Protección Ambiental para Control de las Actividades de Quema (29)

La ley 26.562 establece las pautas que se deberán respetar cuando se realicen actividades de quema de pastizales como así también de residuos vegetales, siempre que se tenga como fin la adecuación del terreno para su posterior explotación.

La principal finalidad de la ley es la prevención de los daños causados al ambiente, en una concepción amplia: recursos naturales + recursos culturales, como consecuencia de las actividades de quema. Enumera como comprendidos: incendios, daño al ambiente, riesgos para la salud, riesgos para la seguridad pública.

Se establece la prohibición de realizar cualquier actividad de quema que no cuente con la debida autorización de la autoridad local competente.

III.9. Ley 26.639 de Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (30)

La ley 26.639 establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para los glaciares y el ambiente periglacial “con el objeto de preservarlos como

(28) Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos. Sancionada: 28/12/2007. Promulgada: 19/12/2007. Publicada: 26/12/2007.

(29) Ley 26.562. Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema. Sancionada: 18/11/2009. Promulgada: 15/12/2009 mediante decreto 2042/2009. Publicada: 16/12/2009.

(30) Ley 26.639 de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. Sancionada: 30/09/2010. Publicada BO: 28/10/2010.

reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico”. Asimismo se establece que “los glaciares constituyen bienes de carácter público”.

Establece la necesidad de elaborar el inventario nacional de glaciares o la prohibición de ciertas actividades en los mismos, pueden resultar insuficientes o inadecuadas si no se prevén otras acciones vinculadas al origen de la problemática del retroceso o desaparición de los glaciares. Inventario que a la fecha todavía no se ha presentado o al menos hecho público.

III.10. Ley 26.815 de Manejo del Fuego (31)

La ley 26.815 establece los presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales en el ámbito del territorio nacional. Se aplica a las acciones y operaciones de prevención, prescripción y combate de incendios forestales y rurales que quemen vegetación viva o muerta, en bosques nativos e implantados, áreas naturales protegidas, zonas agrícolas, praderas, pastizales, matorrales y humedales y en áreas donde las estructuras edilicias se entremezclan con la vegetación fuera del ambiente estrictamente urbano o estructural.

También alcanza a fuegos planificados, que se dejan arder bajo condiciones ambientales previamente establecidas, y para el logro de objetivos de manejo de una unidad territorial.

Con el objeto de proteger y preservar el ambiente del daño generado por los incendios como así también velar por la seguridad de la población en general y de las personas afectadas al combate de incendios, crea el Sistema Nacional de Manejo del Fuego.

III.11. Ley 27.279 de Gestión de Envases vacíos de Fitosanitarios (32)

La ley 27.279 establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los envases vacíos de fitosanitarios, por la toxicidad del producto que contuvieron, y atendiendo que requieren de gestión diferenciada y condicionada.

(31) Ley 26.815. BO: 16/01/2013.

(32) Ley 27.279. Gestión de Envases vacíos de Fitosanitarios. BO: 11/10/2016.

Alcanza a todos los envases vacíos de fitosanitarios utilizados en el territorio nacional, los que deberán ingresar a un Sistema de Gestión Integral de Envases Vacíos de Fitosanitarios de acuerdo a los lineamientos que establece la norma.

IV. Normativa ambiental vigente. Necesaria armonización. Desafíos y Propuesta

IV.1. Desafíos

Un gran paso fue dado a nivel institucional. Desde enero de 2016 con la nueva estructura administrativa del Poder Ejecutivo Nacional se creó el Ministerio de Ambiente, siendo en este momento la máxima autoridad ambiental del país (33).

El Consejo Federal de Medio Ambiente —COFEMA— debería ser el órgano con incumbencia para analizar la situación ambiental del país y para organizar la planificación ambiental federal a través de políticas públicas ambientales consensuadas. También debería fijar pautas para la revisión de la normativa existente, para reforzar tanto la calidad como la legitimidad de las normas vigentes y para desarrollar nuevos y efectivos estándares.

Para alcanzar ciertos objetivos, deben fijarse metas precisas y cumplibles, competencias y funciones deben aclararse y debería asignarse presupuesto adecuado y suficiente.

Mejorar la gestión y el desempeño debe ser una prioridad a nivel gubernamental en todas las jurisdicciones. Esto es necesario para convertir las estructuras administrativas burocráticas en órganos dinámicos y autogestionados a cargo de profesionales y recursos humanos políticamente independientes.

El desafío es lograr el equilibrio entre el sistema de comando y control y el de cumplimiento voluntario. La introducción de incentivos es la mejor manera para que la administración y los sectores regulados involucrados trabajen juntos para lograr los objetivos ambientales.

La transparencia (34) junto con herramientas económicas son esenciales al diseñar políticas ambientales, ya sea para fomentar o disuadir ciertas actividades, en lugar de basarse simplemente en instrumentos reguladores. Por ejemplo: conceder subvenciones a acciones, materias primas o productos que contribuyan a la sostenibilidad, préstamos blandos para proyectos ambientalmente sostenibles,

(33) Decreto PEN 13/2015 (BO: 11/12/2015) modificado por decreto PEN 223/2016 (BO: 20/01/2016).

(34) Concepto desarrollado en Encíclica “Laudato Si” del Papa Francisco.

integración y asignación de fondos ambientales, o a la inversa, imposición de impuestos, derechos, aranceles, tarifas o contribuciones.

Ahora bien, para superar los obstáculos procedimentales e institucionales que impiden o hacen difícil la eficacia, es necesario abordar las lagunas e incoherencias legislativas, así como la coordinación institucional. Mejorar la aplicación de las normas vigentes para lograr su cumplimiento, crear capacidades e implementar herramientas, y así mismo garantizar el acceso a la justicia.

Si sumamos lo legislado a nivel federal con lo nacional y lo provincial, podríamos decir que nuestro país sufre de contaminación normativa en materia ambiental (Nonna, 1996). Debido a que hay muchas reglas diferentes de distintos niveles que regulan el mismo tema, a veces se superponen, a veces se vuelven incoherentes o no son lo suficientemente claras ni para aquellos que tienen que cumplir ni para aquellos que tienen que hacerlas cumplir. Y terminan convirtiéndose en un problema para aquellos que quieren cumplir con ellas y, al mismo tiempo y por otra parte, esto le da a los incumplidores la excusa perfecta para no seguirlas.

Además, en general las normas ambientales suelen crear una burocracia innecesaria que, como es bien sabido, no contribuye a mejorar la calidad ambiental ni a garantizar cumplimiento. En esencia se trata de analizar si la gran cantidad de normas que regulan el ambiente son sostenibles (35).

Requisito indispensable es que estas normas se analicen de manera integral y armonizada a nivel federal y que resulten coherentes, o sea planteadas en consonancia con el contexto legal vigente, con mandato lo suficientemente flexible que permita las adecuaciones necesarias que surjan de las interacciones de los actores involucrados en la temática que regulan, pero dentro del escenario integral de la protección del ambiente. Debemos asegurarnos que la norma en sí no se constituya en una trampa o corsé no que permita la necesaria adecuación a la realidad. No necesitamos un cúmulo de normas bonitas o “de laboratorio” sino que fundamentalmente sean eficaces al momento de su aplicación, que puedan cumplirse y cuyo cumplimiento pueda exigirse (Nonna, 2015).

IV.2. Proyecto de Investigación

Como ya se ha señalado en puntos anteriores, la delimitación de jurisdicciones se presenta como un problema en nuestro sistema federal. Habiendo pasado ya 20 años desde que la Constitución Nacional nos planteara el nuevo esquema

(35) Para ampliar el concepto de “derecho ambiental sostenible” ver Nonna, Silvia (2012). *Normativa Ambiental en la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: Eudeba.

de competencias en materia ambiental, se han dictado muchas normas, de presupuestos mínimos y provinciales, se ha ampliado la legitimación, la Justicia ha tomado un rol activo y novedoso, la Jurisprudencia ha evolucionado en aspectos antes no abordados.

No hay doctrina que hasta el momento, haya intentado explicar el fenómeno actual de manera cabal y comprensiva. Los trabajos existentes sólo se refieren a algún aspecto de alguna de las normas y ninguno analiza la problemática en su conjunto. No se han establecido comparaciones entre las normas vigentes ni se han identificado incongruencias, lagunas o superposiciones normativas, ni evaluado consecuencias.

En este contexto, resulta fundamental poder evaluar el estado de situación de la normativa vigente, de los presupuestos mínimos en sí mismos, de la normativa provincial y su congruencia con los presupuestos mínimos, de lo regulado y lo que se aplica y cumple. Todo ello a la luz de las normas y de la jurisprudencia.

En ese estado de la cuestión y en el marco del Programa de la Universidad de Buenos Aires de Ciencia y Tecnología —UBACyT—, un grupo de investigadores propone un proyecto de investigación para el período 2014/2017 bajo el título “Un análisis normativo y jurisprudencial del nuevo esquema de competencias en materia ambiental. Aportes a veinte años de la Reforma de la Constitución Nacional” (36).

Se plantea como *hipótesis*, que resulta necesario revisar la normativa provincial vigente analizando su congruencia con los presupuestos mínimos de protección ambiental dictados al amparo de lo dispuesto por la Constitución Nacional. A través de un diagnóstico evaluativo particularizado de las normas y de la jurisprudencia, se podrán demostrar las inconsistencias existentes y, a su vez, plantear las adecuaciones que correspondan.

El *objetivo general* del proyecto es analizar en profundidad el estado de situación de cada una de las leyes de presupuestos mínimos, hacerlo desde el contexto de la normativa nacional vigente y en comparación con la legislación provincial, la existente antes del dictado de los presupuestos mínimos y las dictadas con posterioridad.

(36) Proyecto de Investigación para el Programa 2014/17 UBACyT 20020130200118BA “Un análisis normativo y jurisprudencial del nuevo esquema de competencias en materia ambiental. Aportes a veinte años de la Reforma de la Constitución Nacional”. Equipo de investigadores dirigido por Silvia Nonna: Senior: Natalia Waitzman, Lisandro Dellazuana, Lucía De Nicola, Agustina Mazzini, Violeta Radovich. Junior: Leila Cohen Sabba, Laura Gofman, Victoria Bunchicoff, Elisa Dugo, Mónica Pires. Estudiantes: Florencia Azul Rufino Bonomo, Delfina Vila Moret, Cristian De Fazio, Pablo Schlottahuer, Florencia Reissing, Martina Bergamini, Florencia Nocera.

Y cómo **objetivos específicos**, se identifican una serie de preguntas para las cuales es necesario obtener respuestas, o en su caso, soluciones:

- ¿Cuál es el estado de situación de cada una de esas leyes de presupuestos mínimos?
- ¿Qué cuestiones quedan pendientes de reglamentar o formalizar para impulsar su efectiva implementación?
- ¿Cómo funcionan en la práctica los presupuestos mínimos planteados?
- ¿Cuál es la congruencia existente entre los presupuestos mínimos y las normas provinciales?
- ¿Se han adecuado las normas provinciales vigentes antes de la sanción de los presupuestos mínimos?
- ¿Es necesario plantear modificaciones a las normas provinciales vigentes y en ese caso a quién corresponde?
- ¿Las normas provinciales sancionadas con posterioridad al dictado de los presupuestos mínimos respetan los presupuestos mínimos?
- ¿Las normas provinciales resultan más exigentes que las de presupuestos mínimos?
- ¿Qué papel juega el Consejo Federal de Medio Ambiente —COFEMA—, cuáles son sus incumbencias y potestades?

En cuanto a la **metodología** de la investigación se planifica el relevamiento de las normas vigentes, de presupuestos mínimos y provinciales, para luego hacer un análisis minucioso de cada una de ellas atendiendo en forma particular a congruencias e incongruencias, proponiendo las adecuaciones o modificaciones pertinentes.

Al mismo tiempo, se proyecta relevar jurisprudencia, seleccionando las decisiones judiciales que resulten pertinentes para realizar consideraciones relacionadas con la temática abordada y la evolución identificada.

La investigación se proyecta en tres etapas, una primera de relevamiento normativo y jurisprudencial, que incluye la clasificación temática, organización y sistematización. Una segunda etapa de análisis y evaluación diagnóstica. Para concluir con una tercera etapa de consideraciones y propuestas de adecuación.

Los **resultados** del proyecto, a través del completo y comprehensivo análisis diagnóstico particularizado planificado y fundamentalmente en la propuesta de adecuación normativa, quedarán formalmente recogidos en un informe final.

Se había planificado la confección de un cuadro digitalizado relacionado con enlaces y vínculos a documentos en texto completo para ser presentado en base magnética. Con el desarrollo del proyecto se modificó el formato elegido evolucionando a la creación de un sitio web donde se aloja toda la información y desde donde trabajan directamente los investigadores (37). Hasta que se concluya la investigación, el ingreso al sitio web es exclusivo para los integrantes del equipo con usuarios y claves especialmente habilitados. Una vez concluida la investigación el sitio será de acceso público.

Los resultados claramente transferibles, serán de utilidad ya que hay una relevancia práctica en contar con información completa y documentada. Por otra parte y además, las conclusiones a las que se arriben ayudarán a determinar si existen desigualdades en la protección del ambiente dentro del país e incluso tratar de determinar las causas para plantear soluciones.

En definitiva, la investigación y los resultados alcanzados presentados de forma clara y accesible, permitirán planificar adecuaciones para encarar las modificaciones necesarias a los efectos de dar contenido concreto a la manda constitucional y sobre la base de un derecho sostenible para alcanzar el desarrollo sostenible que requiere sin duda de acciones concretas, efectivas y eficientes.

La investigación se encuentra en la mitad de la tercera etapa, ya se han relevado las normas y decisiones judiciales, ya están organizadas y sistematizadas, ya se ha avanzado en la evaluación diagnóstica, y se está elaborando las conclusiones particulares que en su conjunto conformarán el informe final que se estima estará terminado para fines del 2017.

V. Reflexiones finales

El artículo 41 de la Constitución Nacional nos brinda una base sólida y duradera para los derechos humanos de tercera generación. Ha significado un paso fundamental pero no implica haber logrado aún la integral y armonizada protección del ambiente a nivel federal. Es necesario seguir trabajando para consolidar

(37) Se creó un sistema para la administración y carga del proyecto con registro de dominio: com.ar. El sitio web se encuentra en funcionamiento desde enero de 2016. Por el momento y hasta tanto se haya concluido la investigación, es de uso exclusivo de los integrantes del grupo de investigación. El sistema incluye: alta de hosting, alta de index HTML, creación/admin, sistema de administración responsive, php, HTML, java script, Ajax, CSS y MySQL, en MVC.

valores que apuntan a la equidad, a la solidaridad, la cooperación en el marco de un plexo normativo complejo que requiere de consensos y participación.

Desde la reforma de la Constitución en 1994 y a partir del año 2002 a la fecha, se han dictado 11 leyes de presupuestos mínimos que abarcan un amplio y variado rango de temas ambientales específicos. Estas normas de presupuestos mínimos junto con la normativa complementaria local más detallada o procedimental, constituyen el marco moderno para la protección ambiental en Argentina.

Un nuevo e imprescindible consenso ambiental institucional ha emergido en Argentina que requiere de acuerdos para la planificación de políticas públicas federales ambientales. Fijar metas precisas y cumplibles, aclarar competencias y funciones, asignar presupuesto adecuado y suficiente, con el fin de alcanzar objetivos precisos y comunes.

Debido a que hay muchas reglas diferentes de variados niveles que regulan el mismo tema, a veces se superponen, a veces se vuelven incoherentes o no son lo suficientemente claras ni para aquellos que tienen que cumplir ni para aquellos que tienen que hacerlos cumplir.

Deberían fijarse pautas para la revisión de la normativa existente, para reforzar tanto la calidad como la legitimidad de las normas vigentes y para desarrollar nuevos y efectivos estándares. Abordar las lagunas e incoherencias legislativas, así como la coordinación institucional. Mejorar la aplicación de las normas vigentes para lograr su cumplimiento, crear capacidades e implementar herramientas, y asimismo garantizar el acceso a la justicia.

Requisito indispensable es que estas normas se analicen de manera integral y armonizada y asegurarnos que la norma en sí no se constituya en una trampa o corsé que vaya en contra de la situación o la realidad. Necesitamos normas que fundamentalmente sean eficaces al momento de su aplicación, que puedan cumplirse y cuyo cumplimiento pueda exigirse, en esencia y fundamentalmente que sean sostenibles.

VI. Bibliografía

BIDART CAMPOS, Germán J. (1997). "El artículo 41 de la Constitución nacional y el Reparto de Competencias entre el estado Federal y las Provincias", en: *Doctrina Judicial*. 16/07.

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

— (2001). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.

CASSAGNE, Juan Carlos (1995). “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, en: *Estudios sobre la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

FRÍAS, Pedro J. (1985). *Derecho Público Provincial*. Buenos Aires: Depalma.

— (1994). “El Federalismo en la Reforma Constitucional”, en: *La Ley* 1994-D-1122/1126.

GAMBIER, Beltrán y Lago, Daniel (1995). “El medio ambiente y su reciente recepción constitucional”, en: *Estudios sobre la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

MOYANO, Amílcar (2003). “Aplicabilidad de las normas ambientales que se sancionan en cumplimiento de los mandatos contenidos en el artículo 41 de la Constitución Nacional”, en: *Mendoza. Informe elaborado a solicitud de la Comisión Especial creada por la resolución 68/03 del COFEMA*.

NATALE, A. (1994). *Protección del medio ambiente en la reforma constitucional*. Buenos Aires: La Ley.

NONNA, Silvia (1996). *Derecho Ambiental en América Latina*. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires.

— (2015). *Seminario del Día del Ambiente. Facultad de Derecho*. UBA. — (2008). “La protección ambiental en las normas del nuevo Milenio”, en: *El nuevo Rumbo Ambiental*. Buenos Aires, Madrid: Editorial Ciudad Argentina.

NONNA, Silvia; WAITZMAN, Natalia y otros (2011). *Ambiente y Residuos Peligrosos*. Buenos Aires: Editorial Estudio, p. 191.

SABSAY, Daniel Alberto (1997). “El Nuevo Artículo 41 de la Constitución Nacional y la Distribución de Competencias Nación-Provincia”, en: *Doctrina Judicial*. 23/07, pp. 783 y ss.

SABSAY, Daniel y DI PAOLA, María Eugenia (2002). “El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente”, en: *Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo*. Buenos Aires: La Ley. N° 32, pp. 47-54.

SAVINO, A. y otros (2011). “La postura de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable sobre los presupuestos mínimos de protección ambiental”, en: *La Ley Suplemento de Derecho Ambiental*. Año XI N° 3. SIN 0024-1636.

Legislación

Ley N° 25.675. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28/11/2002.

Ley N° 24.051. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 17/01/1992. Generación, tratamiento y disposición final de Residuos Peligrosos.

Ley N° 25.612. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 29/07/2002. Presupuestos Mínimos para la Gestión Integral de los Residuos Industriales y de actividades de Servicio. Promulgada parcialmente por decreto N° 1343/02. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 25/07/2002.

Ley N° 24.051. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 17/01/1992. Generación, manipulación, transporte y tratamiento de Residuos Peligrosos.

Ley N° 25.670. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 18 de noviembre 2002.

Ley N° 25.675. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28/11/2002. Sancionada: 06/11/2002. Promulgada parcialmente Decreto 2413/02: 27/11/2002.

Ley N° 25.688. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30 de enero 2003.

Ley N° 25.831. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 7 de enero 2004.

Ley N° 25.916. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/09/2004.

Ley N° 26.331. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 26/12/2007. Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos. Sancionada: 28/12/2007. Promulgada: 19 /12/2007.

Ley N° 26.562. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16 de diciembre de 2009. Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema. Sancionada: 18 de noviembre de 2009. Promulgada: 15 de diciembre de 2009 mediante decreto N° 2042/2009.

Ley N° 26.639. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28 de octubre de 2010.

Ley N° 26.815. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/01/2013.

Ley N° 27.279. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11/10/2016.

Decreto PEN N° 13/2015 Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11/12/2015. Modificado por decreto PEN N° 223/2016 Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 20/1/2016.

Resolución COFEMA N° 92/04. Ushuaia 17/09/2004.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/06/2006, fallo M.1569. XL “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”.

Fallo “COPETRO SA c/ Municipalidad de Ensenada s/ Inconstitucionalidad de la Ordenanza 1887/95”, recaído en Acuerdo del 20 de marzo 2002. Voto Doctor Juan C. HITTERS, BO, DJJ, boletín 26/09/2002, Año LXI, T° 163, N° 1304.

Fecha de recepción: 30-04-2017 Fecha de aceptación: 15-06-2017

Importancia de la protección patrimonial local: herramientas del Derecho Ambiental aplicables al patrimonio cultural edificado

POR LILIANA ZENDRI (*) Y PEDRO SISTI (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Tipologías del patrimonio cultural.— III. El patrimonio cultural edificado y sus fuentes.— IV. Las herramientas del Derecho ambiental aplicables a la protección de bienes del patrimonio cultural. V. El palacio Mammoni: un caso de la tutela de patrimonio cultural platense.— VI. Reflexión final.— VII. Bibliografía.

Resumen: el trabajo pretende mostrar un aspecto de la tutela jurídica de los bienes del patrimonio cultural de la ciudad de La Plata, tema que incumbe al Estado y a la comunidad porque está vinculado al denominado “Derecho al patrimonio ambiental-cultural” cuya consagración en nuestro ordenamiento jurídico, reconoce diversas fuentes (ambientalismo y constitucionalismo cultural), lo que trasunta en nuestra realidad local —integrada por diversos elementos no sólo materiales sino también culturales—, en una estructura donde las relaciones que en ella se producen, están en permanente cambio, haciendo posible observar que las herramientas de protección pueden serle aplicable. Estos aportes son una aproximación a los resultados de observación y análisis efectuados en marco del Proyecto de investigación J-158/16-17 denominado: “Nuevas normas *ius privatistas*: simetrías o asimetrías con el régimen del patrimonio ambiental-cultural, su repercusión en el desarrollo y la gobernanza” aprobado y financiado por la UNLP.

Palabras claves: patrimonio ambiental-cultural - tutela jurídica - herramientas de protección - Derechos Culturales

Importance of local patrimonial protection: tools of environmental law applicable to the builded cultural heritage

(*) Prof. Adjunta Ordinaria de Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la plata, UNLP.

(**) Prof. Adscripto Introducción al Derecho Cátedra 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Dir. de la Clínica Jurídica de Interés Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

Abstract: *the paper aims to show an aspect of the legal protection of the cultural heritage assets of the city of La Plata, an issue it is up to the State and the whole community, but linked to the so-called “Right to environmental and cultural heritage”, which is enshrined in our normative system, recognizes various sources (environmentalism and cultural constitutionalism), that transcends in our local reality - integrated by diverse elements not only material but also cultural - forming a structure where the relationships that occur in it, are constantly changing and it is important to analyze the protection tools that may be applicable. These contributions provide a first approximation to the results of the observation and analysis, in the framework of research project J-158 / 16-17: “New ius privatists standards: symmetry or asymmetry with the regime of the environmental-cultural heritage, its impact on development and governance” approved and financed by the UNLP.*

Keywords: *environmental-cultural heritage - legal protection - protection tools - cultural rights*

I. Introducción

En anteriores publicaciones abordamos diversos temas de la cuestión ambiental-cultural que a simple vista pueden parecer alejadas unas de otras pero todas responden a una misma línea investigativa: bienes que se deben proteger porque están relacionados con tutelar la identidad cultural (nacional, provincial, local) en la cual subyace un pilar del desarrollo.

La vinculación a la investigación en ejecución, enmarca en la propuesta misma, ya que la reforma del Código Civil representa un significativo impacto al ordenamiento jurídico todo, aunque ya antes se habían venido reformando numerosas constituciones provinciales y en 1994 la Constitución Nacional que incorporó el capítulo “nuevos derechos y garantías” consagrando el amparo (como acción de tutela) y numeroso tratados internacionales a su texto, lo que entendimos obliga a observar cómo quedan delineadas las obligaciones del Estado y las de los particulares, en orden a la tutela efectiva (práctica) de sus derechos, conforme la premisa de jerarquía de las normas y la exigencia de sistematización que todo sistema debe contener.

Mencionamos de inicio esta circunstancia en el proyecto, porque entre los nuevos derechos de rango constitucional, se introducen el Derecho al patrimonio ambiental-cultural y el Derecho al desarrollo. Ambos poseen una dimensión de Derechos Humanos (DD.HH.) —obligación del Estado y los particulares por un lado y de responsabilidad intergeneracional de tutela por otro— mostrando la dimensión amplia de la llamada “cuestión ambiental-cultural” que superó el concepto de intereses subjetivos —protección de intereses individuales— que al

decir de un “derecho fundamental” no puede estudiarse sin atender la diversidad de fuentes (derechos culturales y derecho ambiental) que reconoce.

El Derecho al patrimonio ambiental-cultural (DPC) en ámbitos rural o urbano implica necesariamente la preservación de diversas de sus manifestaciones en que afirma la identidad de un lugar, de una ciudad, la que expresa en bienes que deben ser tutelados para conservar la memoria. En ello funda la necesidad de buscar soluciones propias a cada sitio, aunque en general, se habla de la importancia de implementar políticas de desarrollo compatibles con la preservación de los recursos (naturales y/o culturales), con sustento en su conservación y el fomento de la identidad (local), punto donde imbrica la propuesta que se propone: una herramientas de tutela efectiva en marco de un caso observado en nuestra ciudad de La Plata.

En los espacios de indagación abarcados por nuestro proyecto (aún en ejecución) quedó explícito, que converge la idea del maestro H. Kelsen al decir que el Derecho es uno y que en la coyuntura se renueva. Por eso, este aporte, responde sólo a las primeras aproximaciones de la observación y pretende no abarcar la completa conexión que subyace entre los bienes ambientales culturales con el desarrollo y la gobernanza, sino la problemática y el ámbito común de pertenencia de aquellos bienes identitarios platenses, que nos representan y respecto a los cuales, se ha consagrado el derecho a su uso, acceso y disfrute, siendo oportuna la búsqueda de adecuadas herramientas que hagan a su defensa, atento el caso (local) emblemático, que se expone.

Respecto a la producción en el marco de la investigación, hay publicaciones del director del proyecto sobre la problemática del patrimonio y la identidad cultural, como también de otros integrantes. Lo que hoy se trae en autoría con uno de tales integrantes es el abordaje de la cuestión desde una mirada que incluye la Teoría constitucional y el Constitucionalismo cultural (1) (porque la reforma de la Ley Fundamental responde a un afianzado constitucionalismo cultural y ambiental), el derecho civil (máxime en la pretensión de ver simetrías y asimetrías con las nuevas normas *jus privatistas*), el derecho público, el ambiental, y el derecho procesal constitucional entre otros. Lo que subyace es la transversalidad al Derecho Humano Fundamental, al Patrimonio Cultural y a la Identidad local. No entraremos

(1) En tal sentido se tiene dicho que la tutela especial de esta categoría de derechos, ha dado lugar a una nueva rama de la ciencia jurídica —de importante desarrollo en el derecho comparado—, e impulsada en gran medida por la actividad de los organismos intergubernamentales, conocida con el nombre de “constitucionalismo cultural” y en tal sentido ver entre otros, Haberle P. (1998). “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, en: *Rev. Española de Derecho Constitucional* N° 54 sep./dic. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

en la relación existente entre los ámbitos citados, sino que sólo se citarán como marco referencial para comentar un caso concreto de protección patrimonial en ámbito local, platense, el llamado caso Mammoni.

El Patrimonio Cultural (en adelante PC) lo conforman distintos bienes que hacen a la identidad de cada pueblo, cobrando importancia la protección jurídica adecuada, para que todas las personas puedan disfrutar de ellos, incluidas las nuevas generaciones. Uno de los bienes que integran ese Patrimonio identitario son las construcciones que por razón histórica, social, arquitectónica o urbanística, cobran relevancia para la comunidad, y por ende reciben (o deberían recibir) protección del Estado, por ser PC edificado.

Se alude brevemente a una descripción de las categorías que conforman el PC, para atender el subtipo “edificado”. Analizadas las distintas fuentes que confluyen en la formación del denominado “Derecho del Patrimonio Cultural (DPC)” en el ordenamiento jurídico argentino. Se abordan cuestiones de la aplicación, que creemos debería observar la administración, como la implementación de la Evaluación de Impacto Ambiental que puede dar una adecuada protección a bienes culturales locales, analizando casuística de La Plata, caso judicializado, cuando pudo haberse acudido a herramientas del Derecho Ambiental.

II. Categorización y tipologías del patrimonio cultural

Existe gran diversidad terminológica inicial, que hace que se usen las expresiones patrimonio cultural, patrimonio ambiental-cultural, histórico-cultural etc., como sinónimos, cuando no lo son, máxime atento existen diversos “sistemas u órdenes jurídicos” (orden nacional/orden internacional), con distintas “fuentes” a considerar en cada caso.

Es indudable la importancia de delimitar ¿Qué bienes conforman el denominado patrimonio cultural para nuestro derecho? Porque eso vincula a la “conceptualización” y a las subclases o tipologías en que expresa el patrimonio. La respuesta abarca sin duda, los monumentos históricos, los barrios con determinada singularidad cultural, los edificios de relevancia arquitectónico-artística, las reservas naturales etc., alcanzando a museos, lugares históricos, el propio paisaje urbanístico y también (conforme la noción amplia receptada por nuestra Constitución), a las fuentes documentales, archivos, obras de arte, literarias etc.

Cada sitio o ciudad, junto al patrimonio natural de su localización posee otro, una geografía construida, que cohabita con la comunidad y pertenece a todos los integrantes. Esos bienes conforman su patrimonio cultural trátese de riqueza tangible (edificios) o de otros elementos de interés (artístico, arqueológico,

científico), mostrando que su mismo pasado cultural (2) trasunta en ellos. De ahí lo difícil de dar una definición única de lo comprendido ya que la noción incluye bienes materiales e inmateriales (intangibles) asociados a la tradición cultural de la comunidad. Como se dijo, de la gran diversidad terminológica en expresiones: patrimonio cultural, histórico-cultural, arquitectónico, construido o edificado, optamos por la de “patrimonio cultural” (PC)” que es además es la que utilizan los organismos internacionales (Fariña, 2000: 8).

Claro que el relevamiento exhaustivo en investigaciones precedentes nos llevan a resumir que respecto a los bienes comprendidos en el/los catálogos de cada lugar, se puede afirmar que cada país define el campo de protección. Pero el PC como objeto de regulación jurídica lleva necesaria referencia al ámbito supranacional porque la noción, debe su gestación y desarrollo al esfuerzo normativo internacional (3) sobre la idea fuerza de la titularidad universal de los valores culturales.

En somera enumeración (como aporte de datos), debemos decir que el proceso normativo específico se inició en la Carta de Atenas (1931) y en los instrumentos que la siguieron, donde siempre el PC es definido por su vinculación universal. Se señala también como hito, el reconocimiento expreso de “la cultura” como derecho fundamental del hombre (UNESCO 1979) que determinó que en documentos posteriores se continuara la idea del “*desarrollo cultural*” que afirma en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDESC, habilitando ver a estos derechos (4) como pilar del sistema de derechos fundamentales, cuyo principal objeto es asegurar la participación en la vida no sólo política, económica, social sino también cultural del hombre, lo que adelanta la significación de la consagración constitucional y en lo que nos ocupa, su garantía constitucional.

Lo cierto es que la regulación mencionada (5) avanzó en perspectiva del Constitucionalismo consagrándose en numerosos textos con eje en la Constitución

(2) Cultura entendida como el modo de ser un pueblo o nación, en sus diferentes manifestaciones, en su diversidad y manifestada en sus bienes.

(3) El PC como realidad jurídica se materializó en el s. XX en el plano interno y en organismos supraestatales, con fuerza en la Convención de París, pero su desarrollo en el plano supraestatal empezó en el seno de la Sociedad de las Naciones y en la ONU, después, haciendo que la protección de la cultura, se plasme en los textos constitucionales como consecuencia directa de su reconocimiento en el derecho internacional.

(4) Los Derechos Económico Sociales y Culturales que tuvieron consagración en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, ratificado por ley nacional 23.313.

(5) Cabe listar además otros instrumentos de defensa de los bienes de la cultura: Convenio sobre Patrimonio Cultural Europeo (1954), Recomendación 365 de Asamblea del Consejo de Europa al Comité de Ministros, Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico, Declaración de Ámsterdam (1975), etc.

italiana (6) y además, con desarrollo en la “doctrina de los *beni culturali*” y en la Comisión Franceschini con la idea de valor cultural. Inicia su desarrollo en el constitucionalismo en el marco conceptual de los derechos fundamentales y se traslada a otros países (Portugal, España) haciendo que la tutela y libre accesibilidad del ciudadano a los bienes patrimoniales, se convierta en el valor-guía de las Constituciones Latinoamericanas que se trasladó a nuestra reforma de 1994 la cual recibió además el aporte de numerosas Cartas provinciales, entre ellas la de Provincia de Buenos Aires.

Respecto a la argumentación que traemos y a la necesidad de delimitar el marco teórico/conceptual, aclaramos que las múltiples denominaciones aludidas, y especialmente la de patrimonio cultural arquitectónico y urbanístico, corresponden a realidades jurídicas singularizadas tanto en el plano interno de los Ordenamientos Estatales como en el plano externo, correspondiente a los organismos supragubernamentales o supraestatales, porque corresponden a una noción reconocida en su compleja multivocidad, que tras larga gestación, debe sus perfiles al esfuerzo normativo operado en el plano internacional, proceso que arrancó en la citada Carta de Atenas, la constitución de la Unesco (1945), la Carta de Venecia (1964) y en los sucesivos instrumentos que llevan a la Convención para la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (1972), otros que la siguieron, y la reciente Declaración de Friburgo, porque la identificación de los Bienes Culturales es en sí mismo, un desafío.

La doctrina señaló esta dificultad, sosteniendo por ejemplo, que “bien cultural” es una idea difícil de asir como noción unitaria pues lo integran una serie de bienes a los que comúnmente se denominan “bienes culturales y naturales”. Por eso es común que los autores, refieren al patrimonio cultural y dentro, al patrimonio histórico, paleontológico, arquitectónico, artístico, paisajístico, intangible, etc. (Lorenzetti, 2009: 316).

Lo cierto es que si al estado del arte aludimos, debe decirse además, que últimamente, la cuestión se ha transformado en un campo de preocupación legislativa, plasmado en innumerables normas del derecho positivo de diversos países de nuestra región, pero si bien cada uno —en general— ha definido jurídicamente el campo de protección en función de la legislación nacional, hay que analizar cuidadosamente en punto a las competencias locales; en el caso de Argentina los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación son enumerados por la ley 25.197 (7). Dicha ley es criticada por su centralismo aunque su artículo 2 tiene el

(6) Artículo 9 de la C. italiana: la República “*tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la nación*”.

(7) BO del 15/12/1999 (ADLA 1999-D, 4283).

mérito de contener el extenso listado (catálogo) de los mismos (8) y superada la delimitación conceptual, abre al análisis a categorías, por ejemplo como del patrimonio arquitectónico y urbanístico, donde plasma la relación con las normas urbanísticas y la vinculación con otros derechos como el derecho de propiedad, capítulo relevante no sólo a la cuestión constitucional sino además a la gobernanza y al sistema todo los derechos del país y sus provincias (ello deja esbozada otra arista de la relación de pertinencia con nuestra indagación proyectual).

Sin embargo, atendimos especialmente la recepción constitucional en nuestro derecho, cuestión que relaciona el Derecho al ambiente, específicamente con el ambiente “construido” porque el DPC fue positivizado en la CN 1994, en la norma ambiental —artículo 41 CN— en el capítulo de “nuevos derechos”, razón que lleva a la noción amplia del “ambiente” (usada por nuestro constituyente) para dejar claro que su tutela se satisface con la protección de recursos naturales y la preservación de los bienes culturales ya que lo ambiental abarca el impacto total del hombre y su cultura sobre el contorno, donde el medio ambiente humano comprende todos los aspectos de su actividad, que, modificando el sistema ecológico natural (del que forma parte) afecta su vida y a su bienestar. El hombre construye su medio y un componente fundamental es el proceso de urbanización con la construcción de edificios caracterizantes, esto a su vez, es un aspecto interesante, por la implicancia en la conformación de la identidad cultural local conectando al modelo traído.

En consecuencia en lo ambiental-cultural, hay numerosos elementos a considerar, además de la misma conformación de bienes que lo integran, que hoy debe verse al amparo de los derechos y de las garantías de defensa con que esos derechos cuentan, frente a la necesidad de encontrar estrategias para alcanzar su pleno ejercicio (tutela práctica), en el marco de la necesidad de preservar por ejemplo, la identidad local, y en el caso objeto de estudio, la referida identidad platense.

Por esta razón —entre otras— el constituyente dio recepción al “derecho al ambiente”, incluyendo en el mismo artículo las obligaciones del Estado y de la sociedad toda. Lo ubicó entre los derechos de incidencia colectiva afirmando que el ser humano tiene derecho a disfrutar de la totalidad de las condiciones del ambiente (ambiente natural y cultural), y de ello ya no quedan dudas.

También debe atenderse particularizadamente, la reforma de la Constitución Bonaerense (CPBA) que impactó al sistema jurídico. Ya que ante la pretensión de

(8) Ley 25.197. Artículo 2: “A los efectos de la presente ley, se entiende por ‘bienes culturales’, a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor (...) histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio cultural argentino (...)”

analizar el régimen jurídico del PC en la provincia de Buenos Aires, es clara la CPBA, que recepta en dos artículos: el 28 (lo ambiental natural y cultural) y el artículo 44 (específico del acervo cultural) —además de la consagración expresa del amparo en el artículo 20 (garantía de defensa)—, obliga a observar atentamente la consagración de la obligación del Estado de “proveer a la preservación del patrimonio natural y cultural” (formula del 41 CN), el reparto de competencias entre Nación y Provincia y su necesaria relación con el artículo 75 incisos 19, 22 y 23 del mismo texto; las normas constitucionales locales del 28 y el 44 (CPBA), sumando el régimen municipal, que en todo lo atinente a las competencias y a fin de definir la actuación de las Municipalidades, debe interpretarse conforme el artículo 123 CN, la Ley Orgánica de las Municipalidades (LOM) y —en lo pertinente— la Ley de Suelo de la Provincia y las numerosas leyes especiales (decreto-ley 8912 y sus modificatorias).

El concepto admite infinidad de variantes y de componentes, conforme a las modalidades con las que cada nación valore su propia cultura. En general es la riqueza arquitectónica un elemento especialmente considerado, compuesta no solo por monumentos, edificaciones y conjuntos de ellos, sino hasta la riqueza de inmuebles de particulares. Pero un estado del arte complejo que exhibe en el caso Bonaerense en una régimen jurídico de alta proliferación de normas sobre la materia, que requiere de la armonización de las leyes, decretos y reglamentaciones de diversa naturaleza y status jurídico que lo conforman porque ellas deben ser interpretadas y armonizadas frente al conflicto a dirimir, lo que muestra un Régimen que necesita de una intervención integral, sin perjuicio de que bajo el formato de un paliativo, propongamos la herramienta que nos ocupa.

III. El patrimonio cultural edificado y su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Como adelantamos, el Patrimonio cultural edificado tiene la particularidad de recibir protección de dos fuentes del Derecho diversas. Ellas son: los Derechos culturales (DC), como una de las categorías(9) de los Derechos Humanos por un lado; y por el otro el Derecho ambiental, en su particular configuración en el ordenamiento jurídico argentino (10), que brinda protección no solamente a los recursos naturales, sino también a lo construido por la sociedad.

(9) No profundizaremos en el presente trabajo acerca de la Universalidad, Indivisibilidad e Interdependencia de los Derechos Humanos, por no ser objeto central de nuestro análisis. Pero nos vemos en la obligación de manifestar nuestro indudable abono a dicha teoría.

(10) Esta cuestión es pacífica en la doctrina, basta con leer el segundo párrafo del artículo 41 de nuestra Constitución Nacional para notar que no quedan dudas al respecto. De hecho, la convencional Elba Roulet fundamentó respecto del artículo 41 de nuestra Carta Magna que “(...) el concepto

- a) Protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los DC han sido expresamente protegidos en numerosos instrumentos aunque en el ámbito de los DD.HH. la categoría de ellos ha sido identificada como una categoría “olvidada” o “subdesarrollada”, incluso llegando a calificarla como el “pariente pobre” de los Derechos Humanos (11). Esto se debe principalmente a que, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los organismos encargados de velar por el cumplimiento de los derechos receptados en los distintos tratados, pactos y convenciones no han hecho hincapié en los Derechos Culturales al momento de requerir informes por parte de los estados parte. Puede verse en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos la corriente de equiparar la protección de los DC, con una visión en perspectiva respecto otros derechos (en particular el derecho a la propiedad), en relación a los pueblos originarios (que aunque interpretación valiosa que redunde en mayor protección de grupos cuyos derechos han sido históricamente vulnerados) no podemos dejar de ver que deja sin protección a los DC en sentido estricto, identificados en el artículo 15 del PIDESC y artículo 16 del Protocolo de San Salvador, en los Sistemas Universal e Interamericano respectivamente.
- b) Protección en el ordenamiento jurídico argentino: si bien la Argentina ha ratificado los instrumentos internacionales mencionados, y a fin de no reeditar la discusión acerca de si los instrumentos internacionales se encuentran bajo la jerarquía constitucional o por encima de ella, sólo diremos que en el caso particular, algunos de los instrumentos han sido incorporados expresamente a nuestra Constitución, lo que torna abstracta la discusión pues en perspectiva interna, eleva el grado de protección otorgado a lo interno a la jerarquía más alta.

Además de la protección constitucional, en el ordenamiento jurídico argentino, el PC recibe una amplia y prolífera protección legislativa por lo que deben amalgamarse a la reforma constitucional que incorporó “nuevos derechos” en su texto,

de ambiente (...) incluye el de todos los ámbitos construidos que alojan todas las actividades del hombre: (...) está incluido en la noción de patrimonio cultural, de la misma manera que lo están los bienes antropológicos, arqueológicos, urbanísticos y arquitectónicos” (Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones: 1738 y 1796).

(11) Esta conceptualización ha sido utilizada por el grupo de Friburgo encargado de elaborar una convención sobre estos derechos. También puede verse en trabajos de autorizada doctrina, por ejemplo: SYMONIDES. *Derechos Culturales: una categoría descuidada de derechos humanos*, disponible en: <http://www.unesco.org/issj/rics158/symonidesspa.html>; también en los trabajos de Prieto de Pedro. *Derechos Culturales y desarrollo humano*, disponibles en: <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm>

positivando el DPC y a la Identidad Cultural (DIC) como también el reparto de competencias entre Nación y Provincia (artículo 41 CN con el artículo 75 incisos 19, 22 y 23), y con el régimen todo, lo que deja subsistente además, las normas nacionales aplicables (Código Civil entre otras normas generales) y un vasto universo de legislación especial, a la que se suman otras leyes y decretos reglamentarios.

En el caso Bonaerense además de los artículos 28 y 44 CPBA y la profusa legislación especial ya esbozada, como las declaratorias de incorporación —listado—, y lo relativo del régimen municipal, en todo lo atinente a las competencias, hace considerar el artículo 123 CN, la Ley Orgánica de las Municipalidades (LOM) y —en lo pertinente— la Ley de Suelo de la Provincia, todo lo cual resulta solo enunciativo, porque el régimen del PC —incluso el bonaerense— no se agota en las normas constitucionales citadas. Por tanto reiteramos que en dicho ámbito el PC tiene mención específica en su artículo 44 (norma específica de protección del acervo cultural), que viene a reforzar la protección de las fuentes, y por tratarse de inmuebles, cuenta además con la ley 10.419/86 de Creación de la Comisión Provincial del PC; la ley 11.993: Unidad Ejecutora y Cuenta Recuperación y Ampliación del Patrimonio Histórico y Cultural Bonaerense; la ley 12.739 que establece que la Declaratoria puede ser provisoria o definitiva pero la última debe serlo por ley. También existen numerosas Declaratorias (leyes especiales que declaran del PC Provincial a determinados bienes en particular) y Decretos (dec. 5839/89 fija qué tipo de inmuebles no podrán ser modificados ni enajenados sin consulta previa a DMMSH, Sub Secretaría Cultura de B.A.).

Siempre hay que agregar al panorama enunciado en cada ámbito (nacional y provincial) las normas generales, porque los bienes patrimoniales pueden ser de particulares, instituciones y organismos públicos —o mixtos—, la Nación o las Provincias, o sea, bienes públicos o privados, aunque subyace la idea de resguardar un patrimonio común que se traduce en la necesidad de armonizar con normas de fondo (Código Civil, Código de Minería (12) y en su caso, el Código Penal) atento conectan al Derecho de propiedad.

IV. La Fuente del Derecho ambiental y sus herramientas

Conforme se dijo, en el ordenamiento jurídico argentino el Derecho ambiental fue receptado en su noción amplia, de ahí que una de las fuentes principales de la protección del patrimonio edificado resulta ser ese derecho. Esta consagración amplia indudablemente ha extendido su protección a bienes que parecen ajenos

(12) El Código de Minería determina la conservación del patrimonio natural y cultural en ámbito de la actividad minera estableciendo un régimen que remite a otras normas conf. artículo 41 CN (artículos 233, 246 y 268).

a la noción en aplicación de un lenguaje natural, pero al mismo tiempo, hace que se dificulte de sobremanera su conceptualización. Por eso ha sostenido calificada doctrina que “(...) *la gran variedad de elementos que integran el ambiente*, y que, a los fines metodológicos pueden dividirse en: elementos *naturales* (compuestos por elementos vivos: flora, fauna, etc., como no vivos: luz agua, etc.), *artificiales* y *socioculturales* (urbanismo, monumentos, etc.), añade dificultad al tema” (Mosset Iturraspe, Hutchinson y Donna, 1999: I: 304).

Más allá de la dificultad de dar una conceptualización precisa, no cabe duda de que el “ambiente” tiene una profusa protección normativa. Sin embargo, aunque es indudable la protección en términos normativos formales, no es aplicada por los organismos de control en la práctica.

En virtud de ello, es que a continuación analizaremos algunos de los principios y derechos que establece la Ley General del Ambiente cuya aplicación no suele garantizarse en actividades que pueden afectar a un bien catalogado como Patrimonio Cultural Edificado, y por último veremos cómo la utilización de la Evaluación de Impacto Ambiental debería consolidarse como la habitual forma de garantizar una adecuada protección de dichos bienes.

a) Principio de Prevención: también conocido como Principio preventivo; expresamente receptado en artículo 4 de la Ley General del Ambiente, reconoce que dañado ya el ambiente, su restauración al tiempo previo, muchas veces es imposible. Por esta razón es que resulta fundamental evitar (prevenir) que se cause cualquier tipo de daño. Mucho ha escrito la doctrina acerca de este principio como uno de aquellos esenciales del Derecho ambiental, y en ese sentido concordamos. No caben dudas de que la consagración de este Principio está en todo conforme con la conceptualización de “Principio” formulada por Dworkin al decir: “Llamo *principio* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (2015: 72).

Si bien la prevención del daño es un principio inmanente del ordenamiento jurídico, y así ha sido receptado tanto por autorizada doctrina (Lorenzetti, 2009: 104), también lo hace la reciente reforma del Código Civil y Comercial en su artículo 1710 y ss. Cobra relevancia fundamental en el Derecho ambiental plasmando el Principio Preventivo que se relaciona con el bien protegido. Así lo entendió la doctrina cuando sostuvo que:

“Si admitimos que hay ciertos derechos y ciertos bienes respecto de los cuales la Responsabilidad Civil como mecanismo de tutela contra el ilícito que actúa después de la lesión es insuficiente, cuanto más

cuando la reparación in natura es imposible y habría que pensar en la reparación pecuniaria (problema complejo si los hay) debemos reconocer que para él, la prevención como mecanismo de tutela es absolutamente eficiente” (Lorenzetti, 2009: 105).

Tiene la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) que “tratándose del posible gravamen o afectación al entorno urbano de un vecindario aquella ponderación debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental, ínsitos en la cláusula del artículo 28 de la Constitución de la Provincia y consagrados expresamente en el artículo 4 ley 25.675” (Causa I-68174 “FILON Andrés Roberto contra Municipalidad de Vicente Lopez s/inconstitucionalidad ordenanza 20.665/04 y sus anexos” de la SCBA). Si bien la problemática de la aplicación deficiente del principio no es pura y exclusivamente atinente al PC edificado, en el caso, agrava porque ni siquiera se lo considera al tiempo de adopción de decisiones, en particular cuando se autorizan obras que puedan afectar a bienes catalogados. En resumen: la protección del patrimonio edificado no es prioridad en la agenda actual local; se observan a diario, autorizaciones de construcción de edificios, ubicación de carteles, autorización de actividades o incluso el trazado de autopistas, que no tienen en cuenta la posible afectación a bienes del PC, y así es que se lo degrada poco a poco, al no garantizar su protección.

La aplicación del Principio preventivo podría evitar que se autoricen obras/ actividades que afectarán a bienes protegidos, sea por la posibilidad de causar daños, sea porque modifiquen el entorno de manera que el bien no pueda ser apreciado en debida forma.

Una de las maneras de aplicarlo específicamente, es justamente la de obligar en dichas obras, a cumplir con alguno de los instrumentos de la política y la gestión ambiental, en particular la Evaluación de Impacto Ambiental.

b) Principio de Progresividad: este Principio expresamente receptado también en el artículo 4 de LGA tiene conexión necesaria con el concepto de Desarrollo Sustentable, uno de los ejes centrales del Derecho Ambiental desde la Conferencia de Río (1992). El objetivo de avance/mejora en la protección del Ambiente, está relacionado directamente con la característica particular de este Derecho, que otorga también una protección a favor de las futuras generaciones. Ha sido también consagrado en la protección de los DESC a nivel internacional, tanto en el Pacto de DESC de Naciones Unidas (artículo 2.1) como en el Pacto San José de Costa Rica (artículo 26) y fue la doctrina de los DESC la primera en hablar de la “No Regresividad”, entendiéndose que, si existe un Principio que obliga a que la protección de los DESC sea cada vez mayor, si mediante medidas (legislativas, políticas públicas y/o decisiones judiciales) el Estado brinda una protección menor

a la que brindaba con anterioridad, redundando en una violación de la garantía de No Regresividad, deduciendo esta de las características establecidas en el propio Principio de Progresividad.

La aplicación de esta garantía en materia ambiental comenzó en la doctrina y la jurisprudencia, un claro caso de esta situación fue sin dudas el precedente de la SCBA “Fundación Biosfera y Otros c/ Municipalidad de la Plata s/ inconst. Ord. N° 10.703” Expte. I - 71446, que analizaremos. Pero la mayoría de la doctrina ubica definitivamente a la garantía de No Regresividad en el DA a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas (conocida como Río+20) en junio de 2012. Debemos también destacar la importancia de eventos paralelos a dicha convención, en especial, la Cumbre de los Pueblos, el Encuentro Mundial de Juristas de Medioambiente y el Congreso Mundial de Justicia, Gobernabilidad y Derecho para la Sustentabilidad, todos desarrollados en la misma época y lugar.

Específicamente en el párrafo 20 del texto final de dicha Cumbre, denominado “El futuro que queremos” se estableció el principio de no regresión de la protección ambiental en los siguientes términos:

“Reconocemos que desde 1992 los progresos han sido insuficientes y se han registrado contratiempos en algunos aspectos de la integración de las tres dimensiones del desarrollo sostenible, agravados por las múltiples crisis financieras, económicas, alimentarias y energéticas, que han puesto en peligro la capacidad de todos los países, en particular los países en desarrollo, para lograr el desarrollo sostenible. A este respecto, *es esencial que no demos marcha atrás a nuestro compromiso con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Reconocemos además que uno de los principales problemas actuales de todos los países, especialmente los países en desarrollo, es el impacto de las múltiples crisis que afectan al mundo hoy en día” (el destacado nos pertenece).

La irrupción de “No Regresividad” es sin dudas un desafío para la judicatura, ya que como garantes de los Derechos, tendrán por función medular, controlar cuando los otros dos Poderes (más permeables a cambios o vaivenes), adopten decisiones que protejan de menor manera el ambiente y/o el Patrimonio Cultural. La tensión entre la protección del Ambiente (en sentido amplio) y el supuesto “Desarrollo económico” aparece a cada paso, conforme muestra el siguiente acápite, tornando importante que el Poder Judicial cumpla con su función de evitar daños irreparables.

c) Participación Ciudadana: el Derecho a una Información y Participación Ciudadana en la toma de decisiones sobre obras o actividades que puedan

afectar al ambiente (natural/cultural) viene establecida de la Declaración de Río de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en su Principio 10 donde se estableció que:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

Nuestro ordenamiento jurídico es contundente en el artículo 22 de la CN al decir que *“el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes”* lo que parece quedar limitado y aún arcaico, a la luz de la consagración de los nuevos derechos incorporados a nuestra Carta Magna.

La obligación de garantizar la Información Ambiental y la Participación Ciudadana deviene directamente de la redacción del artículo 41 de CN. Normativa que además se refuerza conforme lo establecido en la Ley General del Ambiente (LGA), cuando en sus artículos 16 a 18 dice de la información, y 19 a 21 lo relativo a la Participación Ciudadana. El Derecho de acceso a la información pública ambiental, de hecho apoya en ley 25.831, que establece los criterios rectores en la materia y viene a reforzar lo establecido en LGA.

A eso suma la consagración en artículos 12 inc. 4, 28, 43 y 44 de la CPBA que protegen el Derecho de acceder a la Información, y el 28 como el 44 que garantizan también la “participación ciudadana en materia ambiental y cultural”.

Considerando la extensa normativa de más alto rango, cabría esperar que las administraciones (cada una en sus ámbitos) diera atención y preponderancia particular al tiempo de adopción en la toma de decisiones, especialmente atento el artículo 21 de LGA expresa que: *“la participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados”* (el destacado nos pertenece); lo que exhibe la expresa voluntad del legislador en estas cuestiones: que se garantice la participación ciudadana.

Sin embargo, pese a todo lo dicho hasta acá, al tiempo de autorizar obras lindantes a bienes listados del PC, no suele garantizarse de manera alguna la Información ni la Participación Ciudadana.

d) La evaluación de impacto ambiental como garantía de estos Derechos y Principios: la Evaluación de Impacto ambiental (en adelante EIA) es uno de los instrumentos fundamentales en el diseño de políticas ambientales, ya que es la manera de poder ponderar la afectación que se causará al ambiente, y al mismo tiempo brindar la posibilidad a la comunidad de manifestar su opinión mediante la debida participación ciudadana. No abordaremos aquí las características propias que tiene el procedimiento administrativo de EIA, aunque sí aludimos a la necesidad de realizar el “Estudio de Impacto Ambiental”, que debe ser analizado por el organismo de control y ser puesto a disposición de la comunidad, para luego convocar a alguna forma de participación ciudadana (en regla general, una audiencia pública), a fin de escuchar las distintas opiniones acerca de la obra/actividad en cuestión, debiendo recibirse todas las impugnaciones y contestar las mismas en un plazo razonable. Esto debe realizarse antes de dictar el acto administrativo que aprueba o rechaza la obra actividad, conocido como Declaración de Impacto Ambiental. Así lo ha sostenido la doctrina al decir:

“La EIA tiene un sustento constitucional, ya que la Constitución obliga al Estado a controlar y prevenir todas las causas de deterioro ambiental y aquél le suministra la información necesaria para cumplir con ese deber. Por ello la EIA tiene un valor especial dentro del procedimiento de otorgar la habilitación ambiental. Es un procedimiento técnico que tiene el Estado para conocer los impactos ambientales de las obras y actividades, y prevenir tanto éstos como los efectos que se pueden derivar de ellos” (Hutchinson y Falbo, 2011: 261).

Si antes de autorizar una obra se requiriese de un estudio que analice el impacto que la misma obra/actividad causará, dando relevancia a los bienes catalogados, se estaría además garantizando la participación ciudadana en el mencionado procedimiento administrativo, lo que evitaría conflictos que terminan en litigios.

V. Protección del Patrimonio Cultural en La Plata. El caso del Palacio Mammoni

En el año 2010 se reformó en la Ciudad de La Plata el Código de Ordenamiento Urbano (COU/ CPU), tomando como concepto el de una ciudad concentrada, y por ende se habilitó una mayor edificabilidad en el centro de la ciudad. Esta reforma traía inconvenientes, como por ejemplo que se autorizara desde la Municipalidad (con fundamento en el nuevo Código —Ordenanza 10.703/2010— (incluso antes de la convalidación por parte de la Provincia conforme establece el artículo

89 del Decreto Ley 8912/77) la realización de una serie de obras que conllevaban la destrucción de bienes que habían sido anteriormente catalogados como PC, por decreto municipal 1579/2006 (que identificó 1826 bienes que integraban el Patrimonio Arquitectónico del Casco Fundacional) y el decreto municipal 1592/2008 (que estableció una serie de niveles de protección).

Esa reforma al Código Urbano tuvo enormes falencias, una de ellas era que no garantizaba la adecuada participación ciudadana a más de ser regresiva respecto de la protección del PC y fue impugnada por inconstitucional ante la SCBA, quien dictó una medida cautelar que suspendió la aplicación de dicha normativa durante algunos meses en 2011 (13) sosteniendo que:

“En cuanto atañe al derecho constitucional que fundamentalmente se denuncia como vulnerado por la Ordenanza impugnada, esto es, el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado y a gozar del patrimonio natural y cultural, la demanda exhibe argumentos y se apoya en prueba documental que, *prima facie* analizadas, dan sustento a la pretensión que contiene, *teniendo en consideración que la derogación de las normas y medidas operativas que establecían protecciones urbanísticas efectivas en relación a ciertos inmuebles considerados anteriormente valiosos desde el punto de vista arquitectónico y cultural han sido derogadas sin que se establezca en su reemplazo ningún otro régimen tuitivo* y que los indicadores urbanísticos de este nuevo ordenamiento autorizan, en última instancia, un uso más intensivo del suelo en el área del casco fundacional de la ciudad.

La circunstancia de que, por regla, no sea pertinente alegar una infracción constitucional frente a la reforma de preceptos generales, ni la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de ese tipo de normas (legales o reglamentarias) o a su simple inalterabilidad (CSJN, Fallos 326: 1442; 327: 2293; 5002; 329: 976; 1586; 333: 108; 2222; entre muchos otros), en modo alguno implica convalidar, en asuntos como el aquí examinado, la juridicidad de toda modificación regulatoria, cualquiera fuere su contenido, pues por esa vía podría comprometerse negativamente el uso racional del suelo o la sostenibilidad del crecimiento urbanístico y edilicio o lesionarse el patrimonio histórico, arquitectónico o cultural de la ciudad, todo lo cual afectaría el interés público implicado en la tutela constitucional del ambiente (artículos 41 CN; 28 Const. Pcial.). *Desentenderse de los efectos que sobre el ambiente urbano y el patrimonio cultural pueda provocar la iniciativa de*

(13) Causa: “Fundación Biosfera y otros c/ Municipalidad de la Plata s/ inconst. Ord. N° 10.703” Expte. I - 71446.

reformas normativas estaría reñido con el principio de progresividad vigente en esta materia (artículo 4, ley 25.675; CSJN, Fallos 329:2316) que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente ineficaces” (el destacado nos pertenece).

En esta causa, aún sin sentencia definitiva, se puede ver que la judicatura brindó la protección que no garantizó la administración al PC.

Asociaba asimismo, el hecho de que esa reforma al Código Urbano autorizó la construcción de una obra en un inmueble previamente catalogado como PC, y por si fuera poco, en zona que tenía protección de la altura. Se pretendía construir un Edificio de 10 pisos en un inmueble lindero al llamado “Palacio Mammoni”, un Petit Hotel de 1924, ubicado en la esquina de la calle 14 y Diagonal 73, con frente a la Plaza Moreno, que es patrimonio identitario de los platenses.

La protección Patrimonial en este caso resultaba incuestionable. La obra traída —construida en 1924— está catalogada PC por Ordenanza N° 5338/ 82, Anexo I, Disp. N° 75, Inmueble N° 38. También el Petit Hotel (Parcela 5) catalogado con “Protección Integral” (la protección más alta que estableció el decreto 1592/2008) junto a otros 5 inmuebles también catalogados. Es decir, seis (6) de las ocho (8) parcelas de la manzana tienen algún tipo de protección, y la normativa establecía además, que cuando la mitad de las parcelas tenían algún tipo de protección, ello lo que daba además a la manzana en sí, una “protección contextual” (de acuerdo a la tipificación del decreto municipal 1592/2008), y por lo tanto, no puede afectarse el contexto en el cual se encontraba.

Si lo dicho no es suficiente para dudar de la razonabilidad de la autorización de una construcción que causaba semejante impacto a la manzana, cabe resaltar que en Anexo III del decreto 1579 (citado), que declara la manzana 846 como “Zona de Especial Preservación Patrimonial” (4.2.5. Zona Central 3) establecía una altura máxima de edificabilidad de doce (12) metros.

No cabe duda de la protección como PC que tenía el Palacio Mammoni en particular y la manzana donde él enclava, en general. Sin embargo, la Municipalidad de La Plata autorizó a un particular a que destruyera uno de los bienes catalogados, y sobre ese lote construyera un edificio de 10 plantas pegado al palacio que nos ocupa, algo que definitivamente alteraría la homogeneidad de la zona y haría que la belleza de la construcción del Palacio Mammoni quedara opacada por un edificio de gran altura. Como se puede ver, en el caso, no se respetaron el Principio de Prevención ni el de Progresividad (en particular, la garantía de No Regresividad).

Los hechos fueron que dos particulares (vecinos) pidieron Informes (2011) con patrocinio letrado para corroborar fehacientemente las irregularidades invocando distintas normativas que protegían el PC, y sumado a una serie de indicadores urbanísticos que tampoco se cumplían, requerimiento ante el cual la administración procedió a clausurar la obra que ella misma había autorizado de manera provisoria (estaban ya construidos cuatro niveles, llegando prácticamente a la altura límite de doce metros). Dos años después de la clausura, el PE Municipal autorizó la continuación de la obra mediante decreto 778/13, autorizando prosecución de la obra sin respetar el FOS (Factor de Ocupación del Suelo) ni la altura establecida para la zona en el Anexo III del decreto 1579 citado, que declarara la manzana 846 Zona de Especial Preservación Patrimonial (4.2.5. de Zona Central 3), y permitiendo la construcción de un nivel más de los que ya estaban construidos. Esta situación fue denunciada en la causa “SOS La Plata y Otro/a c/ Municipalidad de La Plata y Otros s/medida cautelar autónoma o anticipada - otros juicios” N° 31.046/2013 de Receptoría, que tramita ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 3, que hizo lugar parcialmente a una medida cautelar, ordenando “a la Municipalidad de La Plata que, de manera inmediata a la notificación, proceda a suspender la construcción de balcones sobre Diagonal 73 en la obra emplazada en la parcela 6 de la Manzana 846, datos catastrales: Circunscripción I, Sección L, Partida N° 1953 de la ciudad de La Plata, cuya reformulación se halla pendiente de aprobación, hasta tanto exista resolución definitiva al respecto en sede administrativa” (resolución del 19 de septiembre de 2014).

La referida causa, paralizada aún, deja la obra sin terminar. Este dispendio administrativo y judicial (además del costo económico de la construcción y el daño de haber destruido un bien que conformaba parte del PC local) pudo haberse evitado, realizando un procedimiento administrativo de EIA previo a autorizar una obra de semejante magnitud, especialmente considerando la protección que tenía tanto la zona, como el Palacio Mammoni como bien del PC de la Ciudad de La Plata y de los platenses.

VI. Reflexión final

La consagración del DPC y del mismo Derecho a la cultura con los principios que instala en relación al derecho al nivel de vida adecuado y la mejora continua de condiciones de existencia, o sea, una mejor calidad de vida de la población, hace ver que es un derecho que prolonga en variadas direcciones, una de las cuales es evitar el deterioro de los recursos (naturales y culturales), consagrando el Derecho al ambiente, el Derecho a la cultura en general y en particular este DPC, porque éste implica: derecho a la participación, al uso y disfrute de los bienes culturales, donde inserta el patrimonio edificado (caso traído) y aún su defensa; ya que los DC tienen una doble dimensión: son derechos a lo particular y a lo universal.

La protección del PC en marco del avance del constitucionalismo ambiental-cultural (donde ubica) considera que sus bienes son objeto de una “fruición colectiva” que habilita separar la cosa en sí, de aquella otra sobre la que asienta; a partir de ello, se pretende que su preservación esté respaldada en la necesidad de restringir al titular dominial, para cumplir con el fin de su conservación y asimismo en permitir y fomentar el uso y goce de bienes que en definitiva “son de todos”, porque al tutelarlos, se protegen los valores culturales de la comunidad en la que están localizados.

Ello quedó claramente expuesta en el segundo párrafo del artículo 44 del texto constitucional provincial haciendo que deba ser articulada con las normas locales, pero también con las nacionales y supranacionales, pues al incorporarse el “DPC” con remisión al “ambiente”, en los “nuevos derechos” (en CN) y en Sección “Declaraciones, Derechos y Garantías” (en CPBA), vemos que el constituyente le dio, en ambas normas, la dimensión de DD.HH. fijando en consecuencia, responsabilidad intergeneracional de tutela, lo que amplía aún más el marco de referencia.

Las normas consagradoras constitucionales (nacional y provincial) de estos derechos, lo configuraron como Derecho Humano Fundamental porque el reconocimiento “*a todo ciudadano*” de acceso, uso y disfrute de bienes del PC, deviene esencial al pleno desarrollo de la personalidad (individual y colectiva), por esto, dijo nuestra CPBA que: “la Provincia desarrollará políticas orientadas a rescatar, investigar y difundir las manifestaciones culturales individuales y colectivas (...)”, mostrando que el sistema bonaerense colocó en el vértice del ordenamiento normativo, una Constitución de carácter social-cultural que superaba el modelo de la anterior. En resumen, nuestro sistema consagra un modelo de Estado donde el control de legalidad debe ir unido al de efectividad de deberes de acción positiva del Estado Provincial (recordando que las medidas de acción positiva tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, despejando los impedimentos que condicionan y/o limitan la igualdad en los hechos), esto es de aplicación directa a la materia.

En consecuencia vista la referencia a los tipos en que clasifica el ambiente humano: rural y urbano, cabe atender el fenómeno urbano, considerando la ciudad como la organización espacial de la vida social donde cristalizan numerosas expresiones culturales cada una en su singularidad. El caso puesto a consideración, es una de esas manifestaciones, y muestra que la cuestión del urbanismo es insoslayable en la relación con el patrimonio urbanístico, urbano, y el arquitectónico en particular, trayendo a la realidad urbana nuevas relaciones con el uso, disfrute y aprovechamiento de los recursos del PC y consecuente el Derecho da —o debiera dar— respuestas ordenadoras por lo que es de enorme utilidad proponer medidas o herramientas para prevenir los daños al PC.

La ciudad debe llevar al predominio de los valores colectivos y en consecuencia a la necesidad de conservar el patrimonio urbanístico y todas expresiones de la cultura del colectivo social. Las normas municipales, conforman el primer cuerpo normativo urbanístico por lo que tornan impensables hechos como los descriptos, máxime cuando se vulnera la tutela consagrada en la CPBA reformada. Además, en nuestra provincia la ley 10.419(14) que crea la Comisión Provincial del Patrimonio Cultural, lo hace con finalidad de tutelar los bienes culturales declarados; que en su artículo 2 fija la planificación, ejecución y control de las políticas culturales de conservación de muebles e inmuebles (sean sitios, lugares o inmuebles propiamente dichos, públicos provinciales o municipales o privados) declarados como PC.

En conclusión, al decir del PC bonaerense hablamos de bienes culturales y ambientales que integran el patrimonio de los municipios de la Provincia, que son identificados como de uso y goce de los habitantes, pero asimismo y atento los aspectos de la norma urbanística municipal, deberán estar delimitados en zonificación (como requisito de protección) lo que muestra la relación con algunas de las instituciones aludidas en la norma constitucional del artículo 44 CPBA. Esta situación estaba dada en el caso analizado, razón que nos obliga a reiterar que no basta aludir a las características del nuevo derecho sino también de las obligaciones y facultades que de él emanan y relacionan con: a) quién debe preservar y b) respecto cómo preservar, conduciendo a que el PC debe verse en perspectiva de DD.HH. porque esta generación de derechos, ponen límite a la autonomía individual, que en el caso del subtipo construido o edificado, es el mismo derecho de propiedad el que queda modificado y permite decir que el DPC limita el de cada individuo imponiéndole obligaciones que hacen a la responsabilidad intergeneracional comprometida en su preservación.

Pensamos que el caso analizado habilita, atender especialmente y en profundidad que algunas herramientas de tutela y prevención del ambiente, pueden ser usadas para la defensa del PC mostrando la trascendencia de la preservación de bienes y de manifestaciones culturales en que trasunta la identidad cultural de nuestra comunidad platense, como la importancia de viabilizar el uso de los referidos mecanismos.

Funda además, nuestra conclusión en recomendaciones de organismos especializados y en tal sentido, la RECOMENDACIÓN PARA LA CIUDAD DE LA PLATA 2013 de ICOMOS INTERNACIONAL, ya que reunidos en La Plata (20/04/2013) en Asamblea anual del Comité Argentino de ICOMOS y coincidencia con cuadragésimo primer aniversario de la Convención sobre la Protección del Patrimonio

(14) Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 31 de julio de 1986.

Mundial, Natural y Cultural, adoptada por la Conferencia General de UNESCO en 1972 (que ha contribuido a la conservación del patrimonio cultural como parte del desarrollo sustentable y humano) se consideró necesario elaborar un documento como resultado de las conclusiones arribadas en II Jornadas Latinoamericanas de Patrimonio y Desarrollo.

En tal contexto, ICOMOS Argentina a nivel local instala la reflexión sobre la dimensión que debe ocupar el patrimonio cultural, “cuya concepción ha sido ampliada desde una perspectiva integradora, vinculada con el territorio y con la sociedad, sumado a la sugerencia de implementación de nuevas políticas patrimoniales centradas no sólo en la conservación sino en el uso social y en su valoración como recurso turístico. Situación que manifiesta la necesidad de la configuración de un nuevo planteamiento del sector, donde el Estado debe retomar una visión estratégica para lograr un desarrollo sostenible”.

Y conforme explicita la Recomendación presentada días después del temporal que asoló la Ciudad con consecuencia de daños materiales y aún numerosas pérdidas humanas, ICOMOS Argentina expresó su posición señalando la responsabilidad de los distintos estamentos del Estado por falta de una política de previsión y planificación territorial donde el crecimiento desmedido e irresponsable de la Ciudad quedó en manos casi exclusivamente de los sectores inmobiliarios. El documento tomó las conclusiones de las jornadas con participación de especialistas y representantes de diversas regiones, de donde surge la necesidad de contar con un documento propio que pueda servir como herramienta para exigir al poder público el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades; motivo por el cual, los destinatarios de la Recomendación son los Municipios, las Provincias y la Nación, así como la totalidad de los miembros de ICOMOS Argentina, quienes tienen la posibilidad de difundir el presente documento entre los organismos públicos.

En las consideraciones atiende la estrecha vinculación existente entre los procesos de planificación y el desarrollo sustentable como marco necesario de una política integral de patrimonio cultural; señala que “conservación de patrimonio cultural debe ser una parte integral de los procesos de planificación y gestión de una comunidad y puede contribuir al desarrollo sostenible cualitativo económico y social de esta comunidad” según la Carta de Cracovia de 2000 —actualización de las Cartas de Atenas (1931) y Venecia (1964)—; y asimismo considerando lo dispuesto en la Recomendación sobre Patrimonio Urbano histórico al decir que el Patrimonio Urbano material e Inmaterial constituye un recurso capital para mejorar la habitabilidad de las zonas urbanas y fomentar el desarrollo económico y la cohesión social en un contexto de cambio mundial.

Hace explícito que el futuro de la humanidad depende de la planificación y gestión eficaces de los recursos por lo que la conservación se ha convertido en una

estrategia de conciliación sostenible del crecimiento urbano y la calidad de vida (Unesco, 2011). Sin embargo alerta que sigue siendo necesario responder en forma adecuada a la transformación de las ciudades, producidas no solo por los cambios de modos de vida y especialmente por los producidos por los grandes desastres naturales e incluso los provocados por el hombre, y luego de reseñar numerosas declaraciones y los Principios de La Valeta que respecto gestión de poblaciones y áreas urbanas históricas sostiene debe ser implementada con prudencia, método y rigor (Principios de ICOMOS, 2011). Alude a la Carta Cultural Iberoamericana que señala la construcción de un espacio, gestión que debe ser asumida con participación de la ciudadanía y abordada de manera intersectorial para lo que habrá que establecer estrecha relaciones con otros ámbitos como la cooperación internacional y las políticas de desarrollo social, con estos elementos dictan la RECOMENDACIÓN, que dirigida a las autoridades nacionales, provinciales y locales, para que adopten medidas de acción positiva, las medidas necesarias, relativas a la protección del patrimonio cultural y ambiental para aplicar en los territorios de su jurisdicción, conforme los principios que ella establece. Allí se lista una serie de ítems propiciando la formulación de un Plan de Acción para el desarrollo sustentable y humano de carácter regional y local que habilite la integración y concentración de todos los sectores y LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DE LA COMUNIDAD EN EL DISEÑO DEL TERRITORIO (a cuya lectura remitimos) es un documento de enorme apoyo a la propuesta que planeamos en esta presentación.

VII. Bibliografía

ALBANESE, S. (1999). *Los valores en el sistema de derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar.

BAZÁN LAZCANO, Marcelo (1998). “Los derechos culturales en la Constitución y en los tratados de jerarquía constitucional”, en: *ED*, 21 de abril, p. 4. Buenos Aires.

BERROS, María Valeria (2011). “Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino”, en: *Jurisprudencia Argentina* (JA), 2011-IV, fasc. N° 13. Buenos Aires.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1994). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI. —La Reforma Constitucional de 1994—. Buenos Aires: Ediar.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1995). *Derecho ambiental*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CIURO CALDANI, Miguel A. (1999). “Principios y valores en el derecho constitucional”, en: *Los valores en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Ediar.

COURTIS, Christian (2008). “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorias”, en: Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.

DWORKIN, Ronald (2015). *Los Derechos en Serio*. 3ª reimpresión. Barcelona: Planeta.

FARIÑA TOJO, J. (2000). *La protección del patrimonio urbano, instrumentos normativos*. Madrid: Akal.

GIL DOMÍNGUEZ, A. (2009). *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

HABERLE, Peter (1998). “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, en: *Rev. Española de Derecho Constitucional* N° 54 sep./dic. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

HUTCHINSON, Tomás y FALBO, Aníbal J. (2011). *Derecho Administrativo Ambiental de la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Librería Editora Platense.

JIMÉNEZ, Eduardo P. (1995). “Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994...”, en: *ED*, 10 de julio, pp. 4 y ss. Buenos Aires.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2009). *Derecho Ambiental y Daño*. Buenos Aires: La Ley.

MARIENHOFF, Miguel (1979). *Régimen jurídico legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científico*. Buenos Aires: La Ley, Tomo B, p. 972.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo Alberto (1999). *Daño ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I, p. 304.

PEÑA CHACÓN, Mario (2014). “Límites, restricciones y excepciones del principio de prohibición de regresividad ambiental”, en: *Revista de Derecho Ambiental (RDA)* N° 35, octubre. Argentina.

PAREJO ALFONSO, L. (1986). *Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas*. Argentina: Ciudad Argentina.

PRIEU, M. (1998). “La noción del patrimonio común”, en: *JA*, 23 de diciembre, N° 6, pp. 10-15.

PRIEUR, M. (2010). *El nuevo principio de “no regresión” en Derecho Ambiental*. Publicación del acto de investidura de Doctor Honoris Causae. Prensa Universitaria de Zaragoza, 21/06/2010.

ROSATTI, Horacio (2007). *Derecho Ambiental Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

RUIZ, Carlos M. (2003). "El constitucionalismo cultural", en: *Revistas UNAM*, N° 009. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

ORTIZ SOBALVARRO, Alfonso R. (2014). "Constitucionalismo Cultural", en: ASIES, Obra Fundación Konrad Adenauer de la República Federal de Alemania. Estudio del Capítulo II: Derechos Sociales. Secc. Segunda: Cultura. Constitución Política de la República De Guatemala. Guatemala: ASIES.

VALLS, MARIO F. (2012). *Presupuestos mínimos ambientales. Ley general 25.675. Comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires: Astrea.

Fecha de recepción: 02-05-2017 Fecha de aceptación: 24-07-2017

Análisis metodológico del Código Civil y Comercial de la Nación

POR **ESTEBAN CENTANARO** (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Nociones generales. El concepto del “método” para un compendio jurídico.— III. Método específico del Código Civil argentino. Su importancia. Divisiones del Código Civil.— IV. Proyectos de reformas. Unificación de la materia civil y comercial. El proyecto de unificación de 1987. El proyecto del Poder Ejecutivo (1992/3) y el proyecto de la Comisión Federal. El proyecto de 1998.— V. El método del Código Civil y Comercial de la Nación.— VI. Conclusión.— VII. Bibliografía.

Resumen: el presente trabajo indaga en la metodología del Código Civil y Comercial de la Nación. Analiza los conceptos de metodología como técnica legislativa. Asimismo, esboza una recopilación de los principales aspectos del método jurídico utilizado por Vélez Sarsfield en el Código Civil y el usado en los sendos proyectos de reforma que se presentaron con anterioridad.

Palabras claves: metodología - Código Civil y Comercial - técnica legislativa

Methodological analysis of the Civil and Commercial Code of the Nation

Abstract: *this paper analyzed the Civil and Commercial Code’s method of Argentina. I study the legal method as a legislative technique. Likewise, the paper will also outline a compilation of the main aspects of the legal method used by Vélez Sarsfield in the Civil Code and the one used in the previous reform projects.*

Keywords: *methodology - Civil and Commercial Code - legislative technique*

I. Introducción

En el presente ensayo abordaré los principales aspectos metodológicos del Código Civil y Comercial de la Nación.

(*) Prof. Titular de Derecho de los Contratos, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, UBA. Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctor en Derecho.

En primer lugar, distinguiré las distintas nociones existentes sobre metodología para el Derecho para entenderla como aquella técnica legislativa que confiere coherencia y organicidad a un texto normativo.

En segundo lugar, describiré el método específico utilizado en el Código Civil de Vélez Sarsfield.

En tercer lugar, indagaré en los anteriores proyectos de reforma y su principal postulado normativo: la unificación de las materias civil y comercial.

Finalmente, en cuarto lugar, describiré la metodología del Código Civil y Comercial de la Nación.

II. Nociones generales. El concepto del “método” para un compendio jurídico

A los efectos del presente trabajo el método de las normas o los códigos es el ordenamiento sistemático y clasificador de las instituciones que dicho cuerpo regula. El propósito de la metodología (1) como técnica legislativa es brindar coherencia y orden al universo de instituciones y normas de un instrumento jurídico. La metodología de una norma permite que sus enunciados normativos guarden organicidad y claridad como conjunto.

Esta noción presenta una diferencia absoluta con relación a lo que conocemos como el “método de la investigación científica” (2). La metodología jurídica como método de investigación del Derecho —y no como ordenamiento de un código—, ha sido desarrollada, entre otros doctrinarios, por Savigny (1979), quien entiende que la misma se compone de tres partes: la metodología absoluta; el estudio literario de la jurisprudencia y, por último, la académica (3).

La metodología para el plexo normativo del Derecho Civil y Comercial no es una tarea sencilla. En efecto, un código no es una mera recopilación de preceptos anárquicos sino un cuerpo legal coherente, que exige clasificación, distribución y coordinación de los materiales con que se lo construye (Risolia, 1957: 1).

(1) Desde un punto de vista etimológico, la palabra “metodología” deriva de la voz griega, *méthodos*, que proviene de las locuciones helénicas *metá* que significa más allá y *hodós* que quiere decir camino. Para un desarrollo de estas nociones ver, BARCIA, Roque (1881). *Primer diccionario etimológico de la lengua española*. Madrid.

(2) Para un desarrollo de la cuestión, ver el trabajo de las metodólogas Kunz, Ana y Cardinaux, Nancy (2004). *Investigar en Derecho*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho UBA.

(3) Sobre la cuestión, ver Savigny, Friedrich Karl von (1979). *Metodología Jurídica*. Buenos Aires: Depalma.

Sobre la significancia del método de las normas, Bentham ofrece la siguiente reflexión:

“¿En qué orden conviene disponer las diversas partes que componen un cuerpo completo de legislación? Hay personas que tienen necesidad de conocer el sistema completo de las leyes, y tales son aquellas que están encargadas de mantenerlas y aplicarlas; y hay otras que solamente tienen necesidad de conocer las que les conciernen, y que no se pueden ignorar sin riesgo. Tales son los individuos que no están obligados más que a obedecerlas. Lo que es más conveniente para la generalidad del pueblo, es lo que debe considerarse en la ordenación de las leyes. El pueblo no tiene lugar para hacer un estudio profundo de ellas, no tiene la capacidad necesaria para confrontar varias disposiciones distintas unas de otras, y no entendería las voces técnicas de un método arbitrario y artificial; conviene pues distribuir las materias en el orden más fácil para entendimientos poco ejercitados; en el orden más interesante por la importancia de los objetos, en una palabra, en el orden más natural. ¿Pero cuál es aquí el orden más natural? Aquel según el cual será más fácil consultar la ley, hallar el texto que se aplique a un caso dado, y comprender su verdadero sentido. El mejor método es el que da más facilidad de hallar lo que se busca” (Bentham, 2005: 39).

El planteo de Bentham persuade en la necesidad de que las normas jurídicas contengan una metodología clara que permita su comprensión, en especial para los compendios del Derecho Privado que históricamente suelen contener más de mil disposiciones en todo su articulado.

Ahora bien, previamente a abocarnos al estudio de la metodología, debemos referirnos al proceso de creación y mencionar las diferentes fases, que en general se dan, hasta concretar la existencia de un código.

La primera etapa consiste en efectuar una recopilación de la legislación ya sea por la fecha de su promulgación (simple) o por materias (avanzada) pero como bien sostiene Rivera (1994) sin eliminar las leyes derogadas ni efectuar coordinaciones entre las mismas.

Tomo como ejemplo la Recopilación de las Leyes de Indias o la Nueva Recopilación de aquéllas para citar modelos que rigieron en nuestro país.

En un segundo momento, se elabora un texto ordenado y se determinan las normas que fueron derogadas ya sea en forma expresa o tácita. A este se lo denomina digesto o consolidación de las leyes, siendo un claro ejemplo la obra de Abel Teixeira de Freitas llamada la *Consolidação das leis civis* (1855), como paso previo a su *Esboço*. En nuestro país corresponde citar como modelo el Proyecto

de Digesto Jurídico Argentino (ley 24.967) presentado el 19 de mayo de 2005 y que fuera aprobado por la ley 26.939.

La codificación es el último tramo de la evolución legislativa. El código es una ley que se caracteriza por la unidad de sanción y publicación, la homogeneidad de contenido, la sistematización; y para la mayor parte de la doctrina por la exclusividad.

En la actualidad, la exclusividad de contenido se va dejando de lado debido a que —como expondré más adelante— hay códigos que no solo regulan el Derecho Civil, sino también el Comercial, en este punto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha importado grandes avances.

La sistemática en el Derecho Civil trasciende a la codificación. Según Stratta (1986) está comprometida en ella el ordenamiento racional de la materia que aparece también en la obra doctrinaria y en el aspecto formativo, en el que debe atenderse a la naturaleza de las instituciones y a la racionalidad pedagógica.

Por otro lado, y como bien sostiene Campanella de Rizzi (1973), el orden debe imperar en los códigos. Estos no pueden reducirse a meras recopilaciones de preceptos incoherentes, sino que deben ajustarse a un plan sistemático.

En efecto, considero que el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994, comprende un conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas del Derecho Privado, es decir, constituye un cuerpo legal que tiene por objeto regular las relaciones civiles y comerciales de las personas.

Un típico Código Civil trata sobre el derecho de las personas, de las cosas (bienes), obligaciones (contratos y otras fuentes), derecho de sucesiones y derecho de familia.

III. Método específico del Código Civil argentino. Su importancia. Divisiones del Código Civil

III.1. Antecedentes históricos

A lo largo de nuestra historia, y durante los años 1810 y 1836 se promulgaron —tanto a nivel nacional como provincial— Reglamentos, Estatutos, Constituciones, entre otras normas, con escaso contenido de derecho privado.

Así, corresponde citar, entre otros, como lo hace Chaneton (1937) en su obra, uno de los primeros actos legislativos de la Junta Conservadora, el 21 de junio de 1811, que fue la redacción de un código procesal. Luego, el Triunvirato sanciona el Reglamento de Justicia. En 1821 se propone la supresión de los Cabildos y se

dispone de una organización de la magistratura conformada con la existencia de códigos de procedimientos. En el año 1833 el Gobierno aprobó la Compilación del Derecho Patrio efectuada por el doctor Bernardo Vélez. Pero en realidad, las primeras tentativas de codificación de derecho privado, se vinculan a Bernardino Rivadavia, en particular, a normas mercantiles.

III.2. El Esbozo de Freitas

La idea de la codificación, venía tratándose en Brasil desde el año 1845, pero recién en 1855 el Gobierno encarga al jurista Augusto Teixeira de Freitas la tarea de realizar un trabajo compuesto por títulos y artículos, en los cuales se traducirían en proposiciones claras y sucintas las disposiciones en vigor. A su vez, según Vianna (1905) ello debía completarse con notas correlativas en las cuales se citaban las leyes que autorizaban la disposición y declarar lo que la costumbre hubiera establecido a favor o en contra del texto. Tres años más tarde Freitas entregaba al Gobierno su *Consolidação das leis civis* que constaba de 1.333 artículos y en donde se recopilaba el inmenso material legislativo.

Luego de haberse completado la *Consolidação*, en 1858, se le encomendó a Freitas la elaboración de un Proyecto de Código Civil (*Esboço*) debiendo ser entregado antes del 31 de diciembre de 1862. Diez años después de vencido el plazo y a raíz de las críticas recibidas por diversos sectores y de la enfermedad que padecía, el jurisconsulto brasileño abandona la obra, por lo que solo llegaron a publicarse 4908 artículos, el último de los cuales corresponde al título de las servidumbres. Más allá de que, según el plan, faltaba redactarse todo el libro III de la Parte especial, la obra constituyó un extraordinario ensayo de codificación realizado hasta entonces por varios aspectos: (a) originalidad de la concepción; (b) vigor del pensamiento; (c) la lógica y seguridad con que se desenvuelven sus principios como sostiene Chaneton (1937).

Sin duda, el pensamiento de Freitas, reflejado en su *Esboço*, tuvo una gran influencia en el método utilizado por nuestro codificador anterior. Como explica Moisset de Espanés (2003), el mismo Vélez Sarsfield sostuvo, en referencia a Freitas, que había tomado como referencia el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasileiro en su extensa y doctísima Introducción a la Recopilación de las leyes de Brasil.

III.3. El método utilizado por Dalmacio Vélez Sarsfield

El primer antecedente en materia de codificación civil es el decreto de Urquiza del 20 de agosto de 1852, el cual establecía una Comisión encargada de preparar un proyecto de nuevos códigos, Civil, Penal, de Comercio y de Procedimientos.

Ante diversas circunstancias de tipo político, la iniciativa quedó trunca sin siquiera comenzar a realizarse. Sin embargo, la Constitución del 53 vuelve sobre el asunto estableciendo en su artículo 67 inciso 2º que corresponde al Congreso Nacional el dictado de los códigos civil, comercial, penal y de minería. Más adelante, el 20 de octubre de 1864, el Presidente Mitre y su ministro de Instrucción Pública, suscribían un decreto nombrando redactor del Código Civil al doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, quien aceptó el encargo según el análisis histórico de Moisset de Espanés (2003). Según el mencionado autor, Vélez Sarsfield expuso con gran precisión la idea del método cuando en el año 1865 envía el proyecto del Libro Primero al Ministerio de Justicia y lo acompaña con una nota explicativa detallando la forma sobre la que ha procurado cumplir el encargo. El codificador señaló en varias oportunidades que el método fue el problema más difícil que se le planteó.

Una obra de codificación debe realizarse siguiendo un método, un camino ordenado. El codificador debe plantearse varios aspectos como por ejemplo: ¿qué es el derecho civil?, ¿cuáles son las materias que debe incluir en un Código Civil y cuáles son las que no debe tratar? El método a seguir servirá para determinar el contenido de la obra. Luego, habrá de cuestionarse: ¿cómo van a distribuirse las materias y porque se van a distribuir de tal o cual manera? (4).

Ahora bien, el método de nuestro Código Civil anterior refleja la siguiente gran clasificación: derechos de familia; derechos patrimoniales, y a su vez, estos últimos, se clasifican en personales y reales.

Con esta división Vélez Sarsfield esbozó los tres primeros libros del Código. Al primero lo tituló: “*de los derechos personales en las relaciones de familia*”; al segundo: “*de los derechos personales en las relaciones civiles*” con lo que se desprende que entendía como civiles, las relaciones patrimoniales, por oposición a lo que denomina relaciones de familia; y al libro tercero lo denominó: “*de los derechos reales*”.

En cada uno de sus libros ubicó las posibles reglas generales, que consideró más oportunas para cada uno. Por ejemplo, en la primera sección del libro, consideró la teoría de las personas; luego, en una sección intermedia del segundo libro (entre las obligaciones en general y las que nacen de los contratos) ubicó la teoría general de los hechos y actos jurídicos; y finalmente, en el comienzo del tercer libro, la teoría general de las cosas.

Con la materia restante, “sucesiones por causa de muerte”, “privilegios” y “prescripción”, compuso el cuarto libro, que dividió en tres secciones, dedicadas cada una de ellas respectivamente, a las sucesiones, a los privilegios y a las prescripciones.

(4) Estos interrogantes se desarrollan en la obra de Moisset de Espanés, Luis (2003). *El método del Código Civil (y una búsqueda de antecedentes en la Biblioteca Mayor)*. Disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar>

Entendiendo que en ello funcionaban todos los derechos clasificados en los tres primeros libros, denominó a este cuarto: “*Derechos reales y personales. Disposiciones comunes*”.

Al comienzo del Código existen dos títulos preliminares, que legislan sobre las leyes y los modos de contar los intervalos del derecho, finalizando la obra, con uno complementario denominado “*De la aplicación de las leyes civiles*”.

El Código se divide en libros, estos con excepción del tercero, en títulos y éstos con frecuencia en capítulos.

En efecto, recapitulando lo dicho, la metodología específica de nuestro Código Civil, puede reflejarse de la siguiente manera:

Títulos preliminares:

De las leyes.

Del modo de contar los intervalos del derecho.

Libro Primero: De las Personas.

Se divide en dos secciones:

1. *De las personas en general*: tiene once títulos que corresponden a las personas jurídicas, a las personas físicas desde su nacimiento y luego todos los atributos de las personas en sí.
2. *De los derechos personales en las relaciones de familia*: dividido a su vez en catorce títulos, que comprenden el matrimonio, la filiación, el parentesco, la tutela, la curatela.

Libro Segundo: De los derechos personales en las relaciones civiles.

Está dividido en tres secciones:

1. *De la naturaleza y origen de las obligaciones*, trata de las obligaciones naturales y en veintitrés títulos todo lo concerniente a las obligaciones, al pago, a la novación, compensación, transacción, confusión, etcétera.
2. *De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia u extinción de los derechos u obligaciones*. Se compone de nueve títulos el que se trata de los hechos, de los vicios de la voluntad, de

los actos jurídicos, sus formas, sus vicios propios, su nulidad y de los actos ilícitos.

3. *De las obligaciones que nacen de los contratos* y contiene un título primero en que se habla de los contratos en general, éste, está dividido en seis capítulos en que sucesivamente se trata del consentimiento, de los que pueden contratar, del objeto de los contratos, de las formas, de las pruebas y de los efectos. En esta parte general acostumbra a hacer remisiones a lo dicho en la parte de los actos jurídicos.

Como anteriormente señalé en Gastaldi y Centanaro (1997) después de esta parte general, le continua la especial de los contratos y podemos distinguir el siguiente orden: sociedad conyugal —que no es un contrato—, compra y venta, cesión de crédito, permutación, locación, sociedad, donaciones, mandato, fianza, contratos aleatorios, juego, apuesta y suerte, contrato oneroso de renta vitalicia, tratamiento de la evicción, los vicios redhibitorios, consecuencias de los contratos onerosos, para volver a tratar contratos, en la parte final de la sección, cuando se trata de depósitos, del mutuo, del comodato y finalmente de la gestión de negocios, que ya no sería contrato, sino un cuasi contrato, pues faltaría el consentimiento.

El libro tercero: cuya denominación es *De los derechos reales*, se refiere a: cosas, posesión, dominio, modos de adquirirlos, su extinción, sus restricciones, el condominio, acciones reales, usufructo, uso y habitación, servidumbres, hipoteca, prenda y anticresis.

El libro cuarto denominado *Derechos reales y personales, disposiciones comunes*, cuyo título preliminar es “*Transmisión de los derechos en general*”, posee tres secciones:

1. *Transmisión de los derechos por muerte, de las personas a quienes correspondían.*
2. *Concurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común.* Aquí se encuentran plasmados los privilegios y el derecho de retención.
3. *De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales con el transcurso del tiempo.* Esta sección se refiere a la prescripción en general, adquisitiva y liberatoria.

En mi opinión, el método elegido por Vélez Sarsfield, con sus posibles imperfecciones, supera en mucho, los existentes en su época.

Se dice, y con razón, que el Código de Vélez Sarsfield superó al Código francés, respecto del método y en especial con relación a los contratos, ya que no solo separó claramente la teoría de las obligaciones, de la de aquéllos, sino que le dedicó un título autónomo a la parte general de éstos, no obstante las críticas que pueden hacerse con relación a las remisiones que contiene ese título general, no cabe duda que Vélez Sarsfield, mejoró su antecedente y creó un sistema con amplias bases que permitió, una fecunda elaboración, de la doctrina y jurisprudencia, y que influyó de manera importante en la legislación iberoamericana, tal cual lo mencioné precedentemente. Lo dicho no implica negar la necesidad de su reforma y la conveniencia del nuevo método utilizado en el Código Civil y Comercial de la Nación.

IV. Proyectos de reformas. Unificación de la materia civil y comercial. El proyecto de unificación de 1987. El proyecto del Poder Ejecutivo (1992/3) y el proyecto de la Comisión Federal. El proyecto de 1998

Seguidamente, analizaré los anteproyectos de Código para las materias Civil y Comercial presentados con anterioridad, a tal efecto, tomaré las ideas expuestas por Rivera (1994).

A. Anteproyecto de Bibiloni de 1926: En el año 1926 el Poder Ejecutivo creó una comisión para realizar un proyecto de Código Civil y designó como redactor al Dr. Juan Antonio Bibiloni. El citado jurista entregó seis años después un proyecto completo de Código Civil, con extensas notas al pie de los artículos que permiten conocer las fuentes de los textos y el itinerario intelectual del autor.

La obra de Bibiloni se hizo sobre un método moderno, siguiendo a los códigos alemán y brasileño. A modo de Parte General, dispone de un primer Libro que contiene las normas aplicables a toda relación jurídica y trata sobre las personas, los hechos jurídicos y el ejercicio de los derechos. Luego, en la Parte Especial, el Libro II trata sobre el Derecho de Familia, el Libro III sobre las Obligaciones y sus fuentes, en particular los contratos; el Libro IV sobre los Derechos Reales, y el Libro V sobre Sucesiones, Prescripción y Registros.

B. Proyecto de 1936: Este proyecto adoptó un método siguiendo al sistema alemán. En efecto, contempló la siguiente división:

- 1) Parte general: en donde incluyó personas, cosas, hechos, ejercicio de los derechos y prescripción.
- 2) Familia.

- 3) Obligaciones: aquí se tuvo en cuenta una parte general, clasificación, transmisión, extinción, concurso de acreedores y privilegios, fuentes de las obligaciones en general y contratos en particular.
- 4) Derechos reales.
- 5) Sucesión hereditaria.

En materia contractual, el proyecto ha prescindido de las normas eventualmente doctrinarias, por lo cual quedan suprimidos los textos que definen a los contratos. Lo mismo sucedió respecto de la clasificación de los mismos.

En sentido contrario, Bibiloni, mantuvo el concepto general de la figura en su artículo 1288, destinando también los artículos 1290 y 1291 a los consensuales y a los reales respectivamente.

C. Anteproyecto de 1954: Este anteproyecto incluye una parte general (personas, bienes, hechos y actos jurídicos y la tutela de los derechos). Además, consta de cinco libros (Parte general, De la familia, De la herencia, De las obligaciones y De los derechos reales e intelectuales).

D. Proyecto de unificación de 1987: En el año 1986 se designó una comisión de “unificación de la legislación civil y comercial”. El 22 de abril de 1987 se elevó el proyecto y a los pocos meses obtuvo la sanción de la Cámara de Diputados. A fines de 1991 el Senado dio sanción a la ley de unificación, pero fue vetada por el Poder Ejecutivo Nacional por considerarlo inadecuado con la nueva y diferente situación política y económica del país.

La metodología propuesta fue la siguiente: (I) independizar del Código de Comercio la legislación que le estaba incorporada; (II) modificar el Código Civil de modo que supla la derogación del Código de Comercio, y moderniza algunos de sus contenidos; (III) modificar ciertas leyes especiales para adecuarlas a la nueva situación; (IV) derogar el Código de Comercio. Vemos pues, que la Comisión no se limitó a unificar el Derecho Patrimonial, sino que además realizó una importante tarea en su actualización por vías de reformas a instituciones existentes, e incorporación de novedades significativas, siempre sobre la base de modificaciones al Código Civil vigente.

E. Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993: Fue elaborado por la comisión —designada por decreto 468/92—. En lo que respecta al ámbito contractual, la obra tipifica aquellos contratos modernos como el Leasing, el Suministro, la Agencia, la Concesión y el Fideicomiso. También se ha reelaborado la materia relativa a la responsabilidad civil unificándose los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual. Para facilitar el estudio de

las reformas proyectadas, la Comisión incluyó notas explicativas en las cuales se mencionan las fuentes de las que se ha valido para su elaboración (5).

F. Proyecto de Código Civil de 1998. Este proyecto eliminó los defectos estructurales del Código Civil en los siguientes aspectos: (a) un muy buen cambio fue que el proyecto renombró el título preliminar del Código Civil como “Del Derecho” y le dio carácter de libro independiente, porque la denominación de “título preliminar” no puede revelar sus contenidos, pero indica su posición en el sistema de numeración; por el contrario, la denominación “Del Derecho” relevó de forma excelente los contenidos de dicha unidad en el código. Asimismo, establecer “Del Derecho” como un libro normal del Código Civil resaltó aún más la posición primaria de tal legislación entre los diferentes códigos de los estados nacionales modernos. (b) da carácter de libros independientes al derecho de las relaciones de familia y al derecho de sucesiones (denominado “de la transmisión de derechos por causa de muerte”) —que estaban ensombrecidos por la proyección del sistema dualista de derechos personales y derechos reales— con lo que el método del Proyecto ganó mayor matiz de análisis.

V. El método del Código Civil y Comercial de la Nación

Ingresando en la metodología propia del Código en vigor corresponde distinguir la metodología utilizada para la elaboración del proyecto de la técnica legislativa ínsita en la norma.

V.1. Modo de elaboración del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación

El proceso de codificación del Código Civil y Comercial de la Nación consistió, en primer lugar, en la creación de una comisión redactora que elaboró el proyecto integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci (6).

Una vez elevado el proyecto al Poder Ejecutivo Nacional, éste realizó diversas modificaciones al articulado del anteproyecto. Posteriormente fue elevado el Congreso de la Nación que lo aprobó mediante la ley 26994.

Debe destacarse que existió una amplia participación y discusión por parte de la doctrina nacional. En este sentido, se conformaron diversos grupos de trabajo para nuclear las distintas áreas dogmáticas del Derecho Privado con juristas

(5) Ver la Nota de Elevación de la Comisión, Buenos Aires, marzo 26 de 1993.

(6) Ver los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, p. 1.

especializados del país y de Latinoamérica. Los distintos borradores de las secciones del proyecto del Código fueron discutidos sucesivamente con más de cien juristas versados en la materia. Además, se posibilitó a presentar propuestas al público en general en un plazo determinado.

Asimismo, se ha tenido en consideración los antecedentes más significativos del derecho comparado, la doctrina extranjera, las constancias científicas de juristas en congresos académicos y la jurisprudencia.

Por otra parte, como se ha dejado constancia en los fundamentos del proyecto (7), la comisión redactora ha utilizado los anteproyectos de reformas mencionados en el subtítulo V de este ensayo.

V.2. La estructura interna del Código Civil y Comercial de la Nación: metodología

El Código Civil y Comercial de la Nación es metodológicamente distinto al Código derogado, si bien no contiene en su cuerpo normativo una explicación metodológica sobre la técnica legislativa utilizada se puede extraer deductivamente por su armoniosa regulación.

Una característica notable del nuevo Código, a diferencia del de Vélez Sarsfield, es que no incluye notas, al igual que el Proyecto de 1998 (8).

Además, en lo sustancial, el aporte más relevante es la unificación de las materias Civil y Comercial profusamente promovida por la doctrina.

En este sentido, la estructura orgánica del nuevo Código contiene:

Un Título Preliminar: con conceptos transversales y nociones esenciales para el Derecho:

Como explica Lorenzetti (2014) el Título Preliminar es concebido como la puerta de entrada al Código Civil y Comercial de la Nación y a su universo normativo, en este sentido, contiene una serie de disposiciones de gran significancia que son transversales a todo el sistema del Derecho Privado y de otras ramas.

La mayor utilidad de este título preliminar es que ofrece una serie de reglas de interpretación que atraviesan a todo el Código. En esta sección, se encuentran las

(7) Ver los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, p. 6.

(8) Sobre la cuestión, ver el Documento que contiene los “*Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*”.

reglas de interpretación y una mención a las fuentes jurídicas. La inclusión de un título preliminar ha sido una de las mayores innovaciones metodológicas del nuevo Código con relación al otrora elaborado por Vélez Sarsfield.

En Herrera, Caramelo y Picasso (2015) se ha criticado la inclusión de un capítulo tendiente a regular el ejercicio de los derechos en el Título Preliminar pues los enunciados normativos allí ubicados refieren al acto jurídico por lo que debió haber sido incorporado en la sección correspondiente a los actos jurídicos.

El esquema del Título Preliminar es el siguiente, a saber: un primer capítulo regula el Derecho en sentido amplio, la obligación de decidir, las fuentes y reglas de interpretación. El segundo capítulo regula el concepto de “Ley” como fuente principal del Derecho, su obligatoriedad, el modo en que se cuentan los intervalos del Derecho y las leyes transitorias. El tercer capítulo regula el ejercicio de los derechos subjetivos. Finalmente, el cuarto capítulo presenta los conceptos fundamentales sobre los derechos y los bienes.

El Libro Primero: destinado a regular a la persona humana, la persona jurídica, los bienes y los hechos y actos jurídicos:

El Código nuevo regula en su libro primero la Parte General. En este sentido, sigue la tendencia doctrinaria civilista que históricamente reprochó la ausencia de una parte general en el Código de Vélez. La inclusión de una Parte General para un compendio del Derecho Privado había sido defendida por el jurista Freitas para la normativa brasileña y su conveniencia ha sido defendida enfáticamente por la doctrina local.

La necesidad de una Parte General para el Código del Derecho Privado había sido remarcada también en otros proyectos de reforma integral realizados en el país: el Anteproyecto de Reformas de Bibiloni de 1926, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954, y los Proyectos de 1993 y de 1998.

A poco que se indague en la lectura del Libro Primero se advierte que su orden y contenido sigue los lineamientos del Proyecto de 1998. Allí se definen conceptos generales que luego en el resto del articulado del Código adquieren diversos matices y ramificaciones del concepto madre.

Al igual que las Institutas de Justiniano que regularon en primer lugar a las Personas (*personam*) nuestro Código Civil y Comercial de la Nación pone como primer eje de regulación a la persona humana (artículos 19 a 140), cambiando la denominación de persona física que utilizaba el Código Civil en su artículo 30.

La elección de regular a la persona humana en primer lugar no es inocente, demuestra la centralidad que ocupa en el ordenamiento jurídico.

La doctrina ha destacado una modificación de orden metodológico con relación al Código Civil, Herrera, Caramelo y Picasso (2015). El Código Civil y Comercial de la Nación regula en primer lugar el plazo de duración del embarazo y la época de concepción y, en la regulación sucesiva estipula la importancia del nacimiento con vida (ver artículo 21). Por el contrario, el Código Civil regulaba esta materia a la inversa, siendo más adecuada la nueva regulación por cuanto respeta el orden cronológico (primero se debe regular la concepción y el embarazo y luego el nacimiento que acontece con posterioridad).

Como se afirma en Herrera, Caramelo y Picasso (2015), en cuanto a la regulación de la inviolabilidad de la persona humana (ver artículo 52), es adecuada la decisión metodológica de mantener como enunciativa los derechos personalísimos protegidos por la dignidad de la persona debido a que el enunciado establece al menoscabo “de cualquier modo” de la “dignidad personal”, así, al igual que en el Proyecto de 1998, se mantiene una regulación abierta que es un método que además es más acorde a un Código.

Las instituciones fundamentales que se regulan en el Libro Primero son desde un punto de vista metodológico las siguientes:

Una Parte General que contiene un Título I sobre la Persona humana con nueve capítulos. El Capítulo 1 sobre el comienzo de la existencia. Seguido por el Capítulo 2 que regula la capacidad dividido en tres secciones. Seguidamente, el Capítulo 3 regula los derechos y actos personalísimos; el Capítulo 4 es sobre el nombre; el Capítulo 5 regula lo atinente al domicilio; el Capítulo 6 refiere a la ausencia; el Capítulo 7 versa sobre presunción de fallecimiento; el Capítulo 8 es sobre el fin de la existencia de las personas; el Capítulo 9 es relativo a la prueba del nacimiento, de la muerte y de la edad; el Capítulo 10 a la representación y asistencia (tutela y curatela).

Posteriormente el Título II regula la noción de persona jurídica y contiene tres capítulos. El Capítulo 1 establece la parte general; el Capítulo 2 es sobre asociaciones civiles; y el Capítulo 3 regula a las fundaciones.

Luego, el Título III se dedica a los bienes y contiene tres capítulos. El Capítulo 1 versa sobre los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva; el Capítulo 2 establece a los bienes como función de garantía; y el Capítulo 3 estipula la regulación de la vivienda.

El Título IV regula la materia de los hechos y actos jurídicos con una frondosa regulación de nueve capítulos. El Capítulo 1 establece disposiciones generales; el Capítulo 2 regula el error como vicio de la voluntad; seguido por el Capítulo 3 que establece el dolo como vicio de la voluntad; el Capítulo 4 versa sobre la violencia

como vicio de la voluntad; el Capítulo 5 regula a los actos jurídicos; el Capítulo 6 detalla los vicios de los actos jurídicos (lesión, simulación y fraude); el capítulo 7 regula las modalidades de los actos jurídicos (condición, plazo y cargo). El Capítulo 8 prevé el instituto de la representación; el Capítulo 9 refiere a la ineficacia de los actos jurídicos (nulidad absoluta y relativa, nulidad total y parcial).

Finalmente, el Título V establece lo relativo a la Transmisión de los derechos.

El Libro Segundo: que versa sobre las relaciones de familia, el matrimonio, las uniones convivenciales, la filiación, la adopción, la responsabilidad parental y los procesos de familia:

El Libro Segundo del Código se encuentra dedicado al universo de las familias. Bajo un paradigma distinto al que reguló las relaciones familiares en el Siglo XIX, el nuevo Código abraza los principios provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y un concepto amplio de familia, no restringido a la familia heterosexual bajo el amparo del matrimonio.

El Título I regula a la institución matrimonial bajo una regulación que resalta el principio de igualdad y no discriminación como principio transversal a las relaciones de familia. Así, queda prohibida toda discriminación por cualquier motivo (como el género y la orientación sexual) en la normativa que prevé el matrimonio.

Metodológicamente se regula en primer lugar al matrimonio y posteriormente a las uniones convivenciales, este último aspecto constituye una incorporación novedosa. Si bien el nuevo Código equipara en mayor medida los derechos de ambos modelos de familia, mantiene una regulación diferenciada para los dos institutos.

Es relevante destacar que el Código utiliza un lenguaje no peyorativo para referirse a las uniones no matrimoniales reconociéndose el amplio espectro de las relaciones de familia.

También, al igual que el anterior Código Civil, se mantiene un título sobre parentesco, aunque con algunas innovaciones.

Asimismo, otra innovación metodológica fue incluir, al igual que el Proyecto de 1998, un Título Especial dedicado a las acciones de Estado de Familia y a los Procesos de Familia en sentido amplio.

En resumen, el método utilizado en el Libro Segundo es el siguiente:

El Título I regula el matrimonio y contiene ocho capítulos. El Capítulo 1 sobre principios de libertad y de igualdad en el matrimonio como eje transversal al

instituto; el Capítulo 2 sobre requisitos del matrimonio; el Capítulo 3 refiere a la oposición a la celebración del matrimonio; el Capítulo 4 regula la celebración del matrimonio (modalidad ordinaria y extraordinaria de celebración); el Capítulo 5 prescribe la prueba del matrimonio; el Capítulo 6 es sobre la nulidad del matrimonio; el Capítulo 7 establece los derechos y deberes de los cónyuges; el Capítulo 8 regula la disolución del matrimonio (sus causales, el proceso de divorcio y sus efectos).

El Título II establece el régimen patrimonial del matrimonio y contiene tres capítulos. El Capítulo 1 establece disposiciones generales a toda la materia (convenciones matrimoniales, donaciones por razón de matrimonio y disposiciones comunes a todos los regímenes); el Capítulo 2 establece el régimen de comunidad (los bienes de los cónyuges, las deudas de los cónyuges, la gestión de los bienes en la comunidad, la extinción de la comunidad, la indivisión postcomunitaria, la liquidación de la comunidad y la partición de la comunidad); el Capítulo 3 regula el régimen de separación de bienes.

Por su parte el título III refiere a las uniones convivenciales y contiene cuatro capítulos. El Capítulo 1 es sobre la constitución y prueba de la unión; el Capítulo 2 refiere a los pactos de convivencia; el capítulo 3 establece los efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia; y el capítulo 4 regula el cese de la convivencia y sus efectos.

El Título IV regula el parentesco y contiene dos capítulos. El Capítulo 1 sobre disposiciones generales y el Capítulo 2 refiere a los deberes y derechos de los parientes (alimentos y derecho de comunicación).

Por otra parte, el Título V regula el instituto de la filiación y contiene ocho capítulos. El Capítulo 1 regula disposiciones generales; el Capítulo 2 establece reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida; el Capítulo 3 establece la determinación de la maternidad; el Capítulo 4 regula la determinación de la filiación matrimonial; el capítulo 5 estipula la determinación de la filiación extramatrimonial; el capítulo 6 refiere a las acciones de filiación y contiene disposiciones generales; el capítulo 7 establece las acciones de reclamación de filiación; y el Capítulo 8 estipula las acciones de impugnación de filiación.

Seguidamente, el Título VI regula la Adopción y contiene seis capítulos. El Capítulo 1 estipula disposiciones generales; el Capítulo 2 regula la declaración judicial de la situación de adoptabilidad; el capítulo 3 establece la guarda con fines de adopción; el capítulo 4 dispone el juicio de adopción; el capítulo 5 establece los tipos de adopción (adopción plena, simple y de integración); el Capítulo 6 regula la nulidad e inscripción.

El Título VII establece la responsabilidad parental y contiene nueve capítulos. El Capítulo 1 regula los principios generales de la responsabilidad parental; el Capítulo 2 establece la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental; el Capítulo 3 regula los deberes y derechos de los progenitores y presenta las reglas generales; el Capítulo 4 enumera los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos; el Capítulo 5 es sobre los deberes y derechos de los progenitores, en especial trata la obligación de alimentos; el Capítulo 6 dispone los deberes de los hijos; el Capítulo 7 establece los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines; el Capítulo 8 regula la representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad; y el Capítulo 9 refiere a la extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental.

Finalmente, el Título VIII regula los procesos de familia y contiene cuatro capítulos. El Capítulo 1 regula las disposiciones generales; el Capítulo 2 refiere a las acciones de estado de familia; el Capítulo 3 enumera las reglas de competencia; y el Capítulo 4 establece las medidas provisionales.

El Libro Tercero: relativo a los derechos personales, las obligaciones, los contratos, la responsabilidad civil y los títulos valores:

El Libro Tercero comprende una frondosa regulación de los derechos personales y comienza con una noción conceptual de la “Obligación” en sentido jurídico, concibiéndola como “una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

Posteriormente, el Código dedica diversas previsiones para el acto jurídico, de la obligación y el contrato. Dicha regulación, suscitó algunas decisiones metodológicas(9). En especial, con relación a la ubicación del objeto y de la causa. Por un lado, el proyecto de 1998 ubica la regulación del objeto dentro de los actos jurídicos y también a la causa, sin aportar definiciones sobre ambos institutos. Por otro lado, el Proyecto de 1993 regula los actos jurídicos con previsiones sobre el objeto y la causa. Otros ejemplos de compendios jurídicos contienen previsiones del objeto y la causa de los actos jurídicos al regular los contratos (así, en el Derecho Comparado encontramos el Anteproyecto de reforma del Código Civil francés —Proyecto Catalá—).

La decisión metodológica de la comisión redactora del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es regular el concepto del objeto y la causa dentro del gé-

(9) Sobre la cuestión, ver el Documento que contiene los *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 99.

nero de los actos jurídicos, reservándose para la regulación de las obligaciones y los contratos regulaciones específicas.

Cabe destacar que el Código no tiene una definición del objeto del acto jurídico, ni de las obligaciones y los contratos, pues como se afirma en los fundamentos de elevación del anteproyecto al Poder Ejecutivo, esa es una tarea propia de la doctrina.

Otra innovación metodológica fue dedicar el Título III a los contratos de consumo. El nuevo Código incorpora los contratos de consumo como una regulación específica del tipo general de los contratos en vez de regularlos en la parte especial. En dicha sección se encuentra principios generales a manera de protección mínima del derecho de los consumidores dejando librado a la legislación especial en la materia la regulación específica de esta categoría de derechos.

En síntesis, el Libro Tercero contiene:

El Título I que regula a las obligaciones en general y se divide en cinco capítulos. El Capítulo 1 contiene disposiciones generales; el Capítulo 2 estipula las acciones y garantía común de los acreedores (acción directa, acción subrogatoria y la garantía común de los acreedores). El Capítulo 3 se refiere a las distintas clases de obligaciones (obligaciones de dar, obligaciones de hacer y de no hacer, obligaciones alternativas, obligaciones facultativas, obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias, obligaciones divisibles e indivisibles, obligaciones de sujeto plural, obligaciones concurrentes, obligaciones disyuntivas, obligaciones principales y accesorias, rendición de cuentas). El Capítulo 4 regula el pago (disposiciones generales, la mora, el pago a mejor fortuna, el beneficio de competencia, la prueba del pago, la imputación del pago, el pago por consignación, la consignación judicial, la consignación extrajudicial, el pago por subrogación). El Capítulo 5 regula otros modos de extinción (la compensación, la confusión, la novación, la dación en pago, la renuncia y remisión y la imposibilidad de cumplimiento).

El Título II regula a los contratos en general y se divide en trece capítulos. El Capítulo 1 es sobre disposiciones generales. El Capítulo 2 contiene una clasificación de los contratos; el Capítulo 3 regula la formación del consentimiento (consentimiento, oferta y aceptación, contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, tratativas contractuales, contratos preliminares y pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad); el Capítulo 4 prevé la incapacidad e inhabilidad para contratar; el Capítulo 5 es sobre el objeto del contrato; el Capítulo 6 es sobre la causa del contrato; el Capítulo 7 estipula la forma del contrato; el Capítulo 8 es sobre la prueba del contrato; el Capítulo 9 regula los efectos del contrato (efecto relativo, incorporación de terceros al contrato, suspensión del cumplimiento y fuerza mayor, obligación de saneamiento, y la señal); el Capítulo

10 es sobre interpretación de los contratos; el Capítulo 11 regula el subcontrato; el Capítulo 12 prevé a los contratos conexos; y el Capítulo 13 está dedicado a la extinción, modificación y adecuación del contrato.

El Título III regula a los contratos de consumo y se divide en cuatro capítulos. El Capítulo 1 es sobre la relación de consumo; el Capítulo 2 contiene la formación del consentimiento (prácticas abusivas, información y publicidad dirigida a los consumidores); el Capítulo 3 regula las modalidades especiales; y el Capítulo 4 estipula las cláusulas abusivas.

El Título IV regula a los contratos en particular y contiene treinta y un capítulos. El Capítulo 1 es sobre Compraventa; el Capítulo 2 sobre el contrato de permuta; el Capítulo 3 sobre el contrato de suministro; el Capítulo 4 sobre el contrato de locación; el Capítulo 5 sobre el contrato de leasing; el Capítulo 6 sobre el contrato de obra y servicios; el Capítulo 7 sobre el contrato de transporte; el Capítulo 8 sobre el contrato de mandato; el Capítulo 9 es sobre el contrato de consignación; el Capítulo 10 sobre el contrato de corretaje; el Capítulo 11 sobre el contrato de depósito; el Capítulo 12 es sobre contratos bancarios; el Capítulo 13 es sobre el contrato de factoraje; el Capítulo 14 es sobre contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio; el Capítulo 15 es sobre cuenta corriente; el Capítulo 16 es sobre contratos asociativos; el Capítulo 17 sobre el contrato de agencia; el Capítulo 18 es sobre el contrato de concesión; el Capítulo 19 es sobre el contrato de franquicia; el Capítulo 20 es sobre el contrato de mutuo; el Capítulo 21 sobre el contrato de comodato; el Capítulo 22 es sobre el contrato de donación; el Capítulo 23 es sobre el contrato de fianza; el Capítulo 24 regula el contrato oneroso de renta vitalicia; el Capítulo 25 contiene los contratos de juego y de apuesta; el Capítulo 26 regula el contrato de cesión de derechos; el Capítulo 27 es sobre el contrato de cesión de la posición contractual; el Capítulo 28 regula el contrato de transacción; el Capítulo 29 es sobre el contrato de arbitraje; el Capítulo 30 es sobre el contrato de fideicomiso; y el Capítulo 31 es sobre el contrato de dominio fiduciario.

El Título V regula las otras fuentes de las obligaciones y contiene seis capítulos. El Capítulo 1 regula a la responsabilidad civil; el Capítulo 2 prevé lo relativo a la gestión de negocios; el Capítulo 3 se dedica al concepto de empleo útil; el Capítulo 4 regula el enriquecimiento sin causa; el Capítulo 5 es sobre la declaración unilateral de voluntad; y el capítulo 6 regula los títulos valores.

***El Libro Cuarto:** regula los derechos reales, dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, derecho real de superficie, usufructo, uso, habitación, servidumbre, garantías y acciones posesorias y reales:*

El Libro Cuarto sobre Derechos Reales trae novedades metodológicas sustanciales. En primer lugar, contiene un Título I dedicado a Disposiciones Generales.

Otrora Vélez Sarsfield incluyó en el Código Civil una reducida parte general conformada por solamente cuatro artículos (2502 a 2505), la brevedad de estas normas no llegó a ser un sistema por lo que el codificador repite y reitera muchas nociones que bastaba con incluir una sola vez (10).

Para el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la comisión reformadora incorporó una parte general de los derechos reales e incluso añadió una sección general en algunos de los derechos reales en particular.

El mencionado Título I cuenta con una regulación genérica y transversal a todos los derechos reales en cuestiones relativas a las reglas sobre su adquisición, transmisión y extinción y a los requisitos para su oponibilidad tomando el sistema originado en el Proyecto de 1998.

Esta decisión metodológica ofrece organicidad a la regulación de los derechos reales y un mayor grado de claridad al evitar repeticiones innecesarias.

En segundo lugar, el Título II aborda la posesión y la tenencia con un Capítulo I destinado a disposiciones generales que permiten el reconocimiento de una parte general de la posesión que atraviesa a las normas posteriores, evitando repeticiones y generando un texto con coherencia interna.

El Título III regula el derecho real de Dominio y también contiene una parte general que se extiende a toda la regulación común de este derecho aportando claridad expositiva y evitando reiteraciones innecesarias. El Título IV sobre Condominio también contiene disposiciones generales que se extienden en toda su regulación. Idéntica solución metodológica se adoptó en el Título XII sobre Derechos Reales de Garantía.

El Libro Cuarto sobre derechos reales se compone por los siguientes títulos:

El Título I sobre disposiciones generales que contiene dos capítulos. El Capítulo 1 sobre principios comunes y el Capítulo 2 sobre la adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad de estos derechos.

El Título II regula la posesión y tenencia y se divide en tres capítulos. El Capítulo 1 es sobre disposiciones generales; el Capítulo 2 es sobre la adquisición, ejercicio, conservación y extinción de la posesión; y el Capítulo 3 regula los efectos de las relaciones de poder.

El Título III regula el derecho real de dominio y se divide en cuatro capítulos. El Capítulo 1 es sobre disposiciones generales; el Capítulo 2 regula los modos

(10) Sobre la cuestión, ver el Documento que contiene los *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 200.

especiales de adquisición del dominio (apropiación, adquisición de un tesoro, régimen de cosas perdidas, transformación y accesión de cosas muebles y accesión de cosas inmuebles); el Capítulo 3 establece el dominio imperfecto; y el Capítulo 4 regula los límites al dominio.

El Título IV regula el derecho real de condominio y se divide en cinco capítulos. El Capítulo 1 es sobre disposiciones generales; el Capítulo 2 prevé la administración; el Capítulo 3 refiere al condominio sin indivisión forzosa; el Capítulo 4 regula el condominio con indivisión forzosa temporaria; y el Capítulo 5 refiere al condominio con indivisión forzosa perdurable.

El Título V establece el derecho real de propiedad horizontal y contiene diez capítulos. El Capítulo 1 es sobre disposiciones generales; el Capítulo 2 regula las facultades y obligaciones de los propietarios; el Capítulo 3 refiere a las modificaciones en cosas y partes comunes; el Capítulo 4 establece el Reglamento de propiedad horizontal; el Capítulo 5 regula las asambleas; el Capítulo 6 refiere al consejo de propietarios; el Capítulo 7 es sobre el administrador; el Capítulo 8 regula a los subconsorcios; el Capítulo 9 refiere a las infracciones; el Capítulo 10 es sobre prehorizontalidad.

El Título VI regula a los conjuntos inmobiliarios y contiene tres capítulos. El Capítulo 1 regula lo relativo a los conjuntos inmobiliarios; el Capítulo 2 es sobre el tiempo compartido; y el Capítulo 3 refiere a los cementerios privados.

El Título VII regula al derecho de superficie. El Capítulo 1 es sobre disposiciones generales; el Capítulo 2 regula los derechos del usufructuario; el Capítulo 3 refiere a las obligaciones del usufructuario; el Capítulo 4 regula los derechos y deberes del nudo propietario; y el Capítulo 5 establece la extinción del derecho.

El Título VIII regula el derecho real de usufructo. Por su parte, el Título IX regula el derecho real de uso. El Título X refiere al derecho de habitación. El Título XI regula a la servidumbre. El Título XII refiere a los derechos reales de garantía (hipoteca, anticresis y prenda). Finalmente, el Título XIII regula las acciones poseisorias y acciones reales.

El Libro Quinto: refiere a la transmisión de derechos por causa de muerte, sucesiones, proceso sucesorio, la legítima hereditaria y sucesiones testamentarias:

El Título I regula las sucesiones, el aporte metodológico que la comisión de reforma realizó en esta sección fue la incorporación de un primer capítulo que contiene disposiciones generales aplicables a toda la materia. Allí en cuatro artículos se definen nociones relevantes que luego se utilizarán en el resto del articulado del libro, a saber: el momento de la apertura de la sucesión (muerte real o presunta de una persona); y el concepto de heredero y legatario.

El Libro Quinto contiene un Título I sobre las Sucesiones; el Título II es sobre la aceptación y renuncia de la herencia; el Título III regula la cesión de herencia; el Título IV sobre la petición de herencia; el Título V prescribe sobre la responsabilidad de los herederos y legatarios y la liquidación del pasivo; el Título VI establece el estado de indivisión; el Título VII es sobre el proceso sucesorio; el Título VIII regula lo pertinente de la partición; el Título IX refiere a las sucesiones intestadas; el Título X regula la porción legítima; y el Título XI es sobre sucesiones testamentarias.

***El Libro Sexto:** atinente a las disposiciones comunes a los derechos personales y reales, prescripción, caducidad, privilegios, derecho de retención y normas de Derecho Internacional Privado:*

El Libro Sexto regula institutos jurídicos aplicables tanto a los derechos reales como a los derechos personales como la prescripción y la caducidad.

En resumen, el Sexto Libro sobre disposiciones comunes a los derechos personales y reales contiene:

El Título I sobre prescripción y caducidad que cuenta con cuatro capítulos. El Capítulo 1 refiere a las disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva (normas generales, suspensión de la prescripción, interrupción de la prescripción, dispensa de la prescripción y disposiciones procesales relativas a la prescripción); el Capítulo 2 refiere a la prescripción liberatoria (comienzo del cómputo y plazos de prescripción); el Capítulo 3 regula la prescripción adquisitiva; y el Capítulo 4 refiere a la caducidad de los derechos.

El Título II regula los privilegios y contiene dos capítulos, el Capítulo 1 sobre disposiciones generales y el capítulo 2 sobre privilegios especiales.

Por su parte, el Título III regula el derecho de retención.

El Título IV establece diversas disposiciones de derecho internacional privado y cuenta con tres capítulos. El Capítulo 1 sobre disposiciones generales; el Capítulo 2 sobre jurisdicción internacional; y el Capítulo 3 sobre parte especial.

VI. Conclusión

Si recordamos las ideas de Bentham sobre la conveniencia del método legal, el autor postulaba que una metodología adecuada era aquella que ofrecía facilidad para hallar lo que se busca, en especial para aquellos ciudadanos poco ejercitados. El planteo de Bentham nos persuade, como se ha dicho, en la necesidad de que las normas jurídicas contengan una metodología clara que permita su comprensión,

en especial para los compendios del Derecho Privado que históricamente suelen contener más de mil disposiciones.

Desde este punto de vista, creemos que la metodología del Código Civil y Comercial de la Nación es superadora del compendio anterior del Derecho Civil.

Como he mencionado, entre las bondades de este nuevo método encontramos la unificación de las materias civil y comercial que, si bien es un aspecto sustancial de la regulación, permite una organicidad a toda la normativa del Derecho Privado.

Otra ventaja de este nuevo Código es la inexistencia de notas al pie que evita múltiples interpretaciones sobre una misma norma con motivo de la variedad de fuentes. Esto ocurrió con el Código de Vélez cuyas notas en ocasiones generaban más contradicciones que certezas.

Finalmente, la inclusión de un Título Preliminar y una Parte General para el nuevo Código ha tomado las sabias críticas que la doctrina había formulado a Vélez Sarsfield y permite una coherencia a todo su articulado y evita las repeticiones innecesarias.

Por estos motivos, entre otros, consideramos que el método utilizado para el Código Civil y Comercial de la Nación es superador al permitir mayor claridad y facilidad de acceso a las normas.

VII. Bibliografía

BARCIA, Roque (1944). *Primer diccionario etimológico de la lengua española*. Madrid.

BENTHAM, Jeremías (2005). *Obras Selectas de Jeremías Bentham. Principios de legislación*. Buenos Aires: Librería El Foro. T. IV.

CAMPANELLA DE RIZZI, Elena (1973). *Metodología (o cuestiones de Técnica Legislativa) del Código Civil en materia de contratos en Contratos Cátedra del Dr. Federico N. Videla Escalada*. Buenos Aires: Zavalía. T. II.

CARDINAUX, Nancy y KUNZ, Ana (2004). *Investigar en Derecho*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho UBA.

COLMO, A. (1917). *Técnica legislativa del Código Civil Argentino*. Buenos Aires: Europa.

— (1931). “La técnica legislativa en materia de codificación civil”, en *Revista del Colegio de Abogados*, año X. T. IX. 3. Buenos Aires.

CHANETON, Abel (1973). *Historia de Vélez Sarsfield*. Buenos Aires.

GASTALDI, José María (1991). *Introducción al estudio de los contratos comerciales su relación con los contratos civiles*. Buenos Aires: Belgrano.

GASTALDI, José María y CENTANARO, Esteban (1997). *El cuasi contrato de depósito oneroso*. Buenos Aires: La Ley.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T. I Título Preliminar y Libro Primero Artículos 1 a 400.

LE PERA, Sergio (1967). *La naturaleza jurídica*. Buenos Aires: Panedielle.

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

MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2003). *El método del Código Civil (y una búsqueda de antecedentes en la Biblioteca Mayor)*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1173146>.

RAFAEL, Domingo y NOBUO, Hayashi (2000). *Código Civil japonés*. Colegios Notariales de España: Marcial Pons.

RISOLÍA, Marco A (1957). "La metodología del Código Civil en Materia de Contratos", en: *Revista Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires: UBA.

RIVERA, Julio César (1994). *Instituciones de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. T. I.

SAVIGNY, Friedrich Karl von (1979). *Metodología Jurídica*. Buenos Aires: Depalma.

STRATTA, Alicia Josefina (1986). *Enfoques sobre la metodología del Código Civil argentino*. Buenos Aires: La Ley.

Otros documentos consultados

BOISSONADE, *Projet de Code civil pour Empire du Japon accompagné d'un commentaire*. I (Tokio).

Código Civil de la República de China (1930). Traducido por Ching-LinHsia, James L. E. Chow, Yukon Chang, Kelly & Walsh Limited, Shanghai.

Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación Nota de Elevación de la Comisión (1993). Buenos Aires.

Fecha de recepción: 16-04-2017 Fecha de aceptación: 02-06-2017

El Tercer Sector y el altruismo responsable (perspectivas de las Entidades sin fines de lucro)

POR LUIS ALBERTO VALENTE (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Área temática.— III. La problemática y sus objetivos.— IV. Desarrollo de la problemática.— V. Conclusión.— VI. Informe final.— VII. Bibliografía.

Resumen: las Organizaciones del Tercer Sector (asociaciones y fundaciones, por ejemplo) están llamadas a cumplir un rol descollante en la dinámica actual. Ello se puede observar con sólo pensar en los conflictos y vicisitudes de todo tipo por los que suele atravesar el hombre moderno. El instrumental jurídico, a su vez, debe brindar una apropiada respuesta a esa realidad considerando los perfiles sociológicos de aquella. Pensando en nociones como altruismo responsable y no tanto como benevolencia piadosa, la magnitud de la misión de las entidades impone concebirlas con madurez, prudencia y grandeza.

Palabras claves: organización - misión - altruismo - responsabilidad - voluntariado

The Third Sector and Responsible Altruism (Perspectives of Non-Profit Entities)

Abstract: *the third sector organizations (that is to say, associations and foundations) are meant to be called to fulfill a leading role in the current dynamism. The latter may be observed by only thinking on the conflicts and vicissitudes of any kind, that the modern man may undergo. The legal instrumentation, at the same time, should offer an appropriate answer to that reality taking into consideration its sociological profile. Brooding on concepts such as responsible altruism and not so much on concepts of pious benevolence, the magnitude of the entities' mission imposes to conceive them with maturity, prudence and greatness.*

Keywords: *organization - mission - altruism - responsibility - volunteerism*

(*) Prof. Titular Derecho Civil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Prof. Titular Derecho Civil I, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica de La Plata, UCALP.

I. Introducción

Siguiendo los lineamientos de Sébastien Charles (en el prólogo de la obra de Lipovetsky acerca de los tiempos hipermodernos), es posible sostener que si nos basamos en la complejidad del presente, y a su vez, nos apartamos de interpretaciones idealistas y catastrofistas es posible concebir una hipermodernidad, que —basada en la ética de la responsabilidad— valore la inteligencia de las personas, movilice las instituciones y prepare a nuestros hijos para problemas del presente y del futuro.

Esa misma lógica considera que la responsabilidad debe ser colectiva y ejercerse en todos los dominios del poder y del saber; pero también debe ser individual porque en última instancia nos corresponde asumir aquella autonomía que la modernidad nos ha legado.

Ante la naturaleza y magnitud que asume la realidad, ha de verse que el Estado retrocede ante la personificación de los conflictos y éstos —a su vez— son encarados por entes que coadyuvando a la solución, tienen como misión resolverlos o al menos afrontarlos, y ello, a la luz de compromisos serios y responsables.

En función de los presentes desarrollos ambicionamos indagar los medios y los criterios que el Derecho ofrece a fin de que tradicionales categorías jurídicas (por ejemplo, asociaciones y fundaciones) ofrezcan una feliz hermenéutica en relación a los nuevos desafíos que la realidad impone.

II. Área temática

II. 1. Lineamientos generales

Por lo pronto, abordar la problemática de las asociaciones y fundaciones en las épocas actuales implica considerar un campo amplio y a su vez diversificado pues conviven estructuras jurídicas que responden a diferentes fines y cuyos objetivos muy lejos están de responder a una única matriz.

Puede considerarse (entonces) a una asociación cuya misión se focaliza en el tratamiento y difusión de una determinada patología médica (que no sólo se subsume al abordaje o tratamiento de la enfermedad en sí, sino también en la instrucción de aquellos familiares o personas que conviven con el enfermo).

O aquellas fundaciones cuyo eje pasa por defender al ambiente y a la biodiversidad; o a las focalizadas en el tratamiento de diferentes especialidades médicas, su debida atención, servicios, etc.

Las nuevas exigencias obligan —en tono de eficiencia— a la reconsideración de aquellos tradicionales entes pero a la luz de nuevas necesidades que impone la misión.

Es más, factores contextuales de esta última conducen a una valoración más ajustada a los nuevos lineamientos. Esto acontece con el concepto de *solidaridad* por ejemplo.

Robert Castel (2013), en Francia, en referencia a la *Revenu de solidarité active* —RSA— y en el abordaje de problemáticas como la pobreza, habla de un nuevo modelo de solidaridad, que reconfigurado y en el campo de la protección social, responde a lo que se conoce como *paradigma de la activación* y a exigencias de responsabilización por el propio infortunio.

Bajo tal entendimiento, se entiende que las clásicas instituciones estatales o sociales no siempre son eficaces a la hora de dar respuesta a la desgracia o al infortunio. Se necesita al efecto de aquellos individuos alcanzados o comprometidos por aquel. Ellos son actores y destinatarios de la dinámica que los envuelve, de sus experiencias y debilidades.

En esa comprensión, se trata de implicar al individuo y a su vez que el mismo se vea implicado; de manera que colabore en lo que se hace por él y comprometiendo él mismo su propia responsabilidad.

Puede hablarse de una exigencia de responsabilización, de movilización y de compromiso personal; y asimismo de subjetivización y de compartir proyectos.

Puede colegirse entonces que se ha operado una metamorfosis en la significación de aquellos términos que (como ocurre con el de *solidaridad*), encierran una significación asociados a una acción privada organizada, y que exige una mayor información acerca de las causas y consecuencias de aquella razón que las motiva, y que a su vez, precisa aún más los fines que la institución misma posee.

Sin perjuicio de los deberes públicos, hay un cambio cultural que favorece aquellas incitativas que decididamente se ven abocadas a mitigar la angustia del sujeto.

Debe considerarse que el desempleo, la preocupación por la salud, las crisis económicas y una angustiante seguidilla de problemáticas generan una decisiva ansiedad en el hombre moderno.

Sumado ello a la actitud de este último ante la debacle ecológica, las epidemias, la conflictividad siempre latente y que de diferente naturaleza enfrenta al hombre ante una creciente disparidad de dificultades.

II.2. Hacia una antropología cultural del altruismo

Desde otra óptica, algunos ven que el hipermodernismo es una característica que se complementa al hipernarcisismo y éste puede predicarse de un sujeto mas informado y desestructurado, que se ve llamado a actuar con madurez, responsabilidad, organización y eficacia; y siendo así, reconoce que la responsabilidad ha reemplazado a la utopía festiva, como también, la gestión ha hecho lo propio respecto a la mera protesta (Lipovetski, 2006).

En esa lógica, puede decirse que los trastornos psicosomáticos, las depresiones y otras angustias, son la respuesta evidente a un mundo aquejado por innumerables cuestiones. Los comportamientos compulsivos, la dependencia a sustancias tóxicas o el abuso de género preocupan al individuo hipermoderno y dan conformidad a los ideales éticos. En estos tiempos, el sujeto vive atormentado por la inquietud y siente que el temor o preocupación se han impuesto al goce, como así, la angustia a la liberación. Tampoco se le escapa que el miedo a la enfermedad contribuye a la obsesión por uno mismo; la vejez es vista en sus múltiples facetas, etc.

La dinámica de la individualización personal se desarrolla en un contexto diferente al cegado hedonismo, y como pilar de la democracia los derechos humanos imponen relevantes principios morales, que como tales, son elementales de aquella.

A su vez, existen valores democráticos esenciales que pueden hacer frente al individualismo irresponsable. Las anomalías que vivencia el sujeto se manifiestan en trastornos psicosomáticos o en trastornos compulsivos, depresiones, ansiedades, etc. En definitiva hay un declive de las fuerzas interiores del individuo.

De esa forma, luce determinante la tarea que dimana del denominado Tercer Sector. Se trata de una nueva lógica en donde se observan declaraciones y contenidos éticos, revalorización de los derechos humanos (en ellos, los postulados legitimantes de base) y que pese a su constante puesta en peligro, la gravedad de su posible avasallamiento pone en evidencia su perfil de regla reguladora de acciones colectivas, y por ello cunde la necesidad de organizaciones que postulen su defensa y constante dimensionamiento.

Ante aquel fenómeno que requiere un puntual tratamiento o una atenta consideración, la ayuda organizada justifica el crecimiento del Tercer Sector. Y ello desde la fuerza interna que provoca la expansión de la iniciativa libre y espontánea. Una energía que cataliza y da forma a procesos de autoayuda.

A su vez, las políticas gubernamentales favorecen aquella acción no-oficial, y ello, por cuanto el poder público debe ceder ante quienes están golpeados de

diferente manera por la problemática que justifica al agrupamiento, y a su vez, aseguran efectividad a la hora de encontrar soluciones.

Instituciones privadas como las asociaciones y fundaciones deberán ser dimensionadas a la luz de los nuevos requerimientos y ajustarse a aquellos perfiles sociales a los que pretende dar cuadratura jurídica.

Si bien es cierto que en mayor o menor medida sociedades en vías de desarrollo están distantes de aquella dinámica, no puede ello desconectarnos de un factor que irremediablemente nos conducirá al poder organizado.

Ello acaecerá a poco de meritar que las adversidades, catástrofes o desastres de diferente naturaleza o magnitud se imponen con impiedad, y lo hacen sin miramientos ni geografías predeterminadas; ello requerirá de severos planes o proyectos que maduren el insobornable conflicto o a su vez sean indicativos de la manera más eficaz de enfrentar la tremenda adversidad, o socorrer al ser vulnerable que sufre el infortunio.

La organización es una necesidad que obligará a que las sociedades emergentes ajusten los dispositivos humanos y jurídicos a fin de saber cómo hacer frente a la adversidad. De modo que todos estamos involucrados por la misma problemática.

II.3. El escenario cultural y la posible lógica de lo ligero

Se ha dicho que nuestro mundo material es ligero, fluido, móvil; pero a su vez, la civilización de lo ligero significa todo menos vivir ligeramente (Lipovetsky, 2016).

De allí que la vida sea más pesada aun cuando las normas sociales aligeren su peso. Muestra de ello lo representan, entre otras, la inestabilidad de las parejas, los riesgos sanitarios, síntomas de desamparo, las amenazas que pesan sobre el empleo y las alarmas médicas y sanitarias.

Para ese entendimiento, la ligereza nutre el espíritu de la pesadez y no pocas veces el ideal de la primera provoca efectos agotadores y deprimentes.

En esa lógica, puede haber una “pesadez de la ligereza” y la ausencia de profundidad de sentido puede pesar mucho en la vida.

Sin embargo, los grandes imperativos de la moral (la honradez, la ayuda mutua, los derechos humanos, la solidaridad, respeto por la infancia, condena a la violencia y la crueldad) siguen pesando. De allí la expansión del voluntariado y las ONG.

Los conflictos morales, los enfrentamientos entre sistemas de valores pueden multiplicarse pero el disenso hipermoderno tiene límites: no equivale en modo alguno a un estado de decadencia nihilista o de ingravidez moral (Lipovetsky, 2016: 74).

De allí los conflictos subjetivos e intersubjetivos (o las heridas de la vida afectiva) y que a su vez los goces frívolos del consumo no logran opacar. Lo pesado pesa más aún cuando lo ligero siga siendo ligero.

Una aguda observación ha señalado que, en las épocas que corren, una revolución de lo ligero ha creado una relación inédita con el saber así como también pueden observarse nuevos modos de adquisición de conocimientos (Lipovetsky, 2016).

Es que en tanto no hace mucho la transmisión de la cultura se efectuaba a través de aquellas instituciones tradicionales, hoy la enseñanza no parte sólo de autoridades institucionalizadas desde siempre sino de trayectorias personales, vale decir, de prácticas individuales o necesidades personales.

Para la lógica que estamos considerando rige lo entretenido, lo fácil, lo ligero, lo informal, sin seguir un programa fijado de antemano. Pero vale la insistencia, este pensamiento suele exhibir severos roces con la vida práctica, o si se quiere, colisiona con aquella dinámica objetivada en concretas realidades del presente.

A su vez, la cultura interactiva de la pantalla o internet (cultura del *clic*) parece imponerse ante un sujeto que necesita comprender, reflexionar y expresarse.

Es válido preguntarse si el Tercer Sector no está inmerso en esa lógica.

A tono con ello, una mirada más vanguardista permite vislumbrar que la colaboración es un valor virtual pues es la resultante de una nueva cultura que se construye a través de la red (Rodríguez Merino, 2016).

En efecto, es posible aseverar que en pocas décadas y gracias a internet se ha expandido un modo de compartir virtual.

Como un nuevo fenómeno social que va en aumento y sobre todo en las nuevas generaciones, hay una mutación en los tradicionales paradigmas pues se pone el acento más en el *acceso* a los bienes y servicios que a la propiedad de los mismos.

Cuando se dice que la sociedad emergente es colaborativa se hace alusión a un cambio de paradigma y de valores pues nos hallamos ante individuos interconectados, que a través de internet comparten por ejemplo experiencias, valores, ideas, creatividad, emociones y diferentes tipos de relaciones.

De manera que la solidaridad puede verse contextualizada en este medio y la colaboración puede ser considerada como una construcción social, que a su vez, no puede ser llevada a cabo ni por el adoctrinamiento ni por una clasificación apriorística de los valores. Es más bien producto de una adaptación del individuo al medio lo que no excluye la interrelación colaborativa en la que también se comparten valores.

De manera que la tecnología tiene un valor instrumental que fomenta el bienestar general. A través de la información, y desde luego, de la educación se tiende a mitigar o superar las diferentes dosis de analfabetismo y desigualdad.

III. La problemática y sus objetivos

En ese peculiar escenario cultural tradicionales estructuras jurídicas están llamadas a cumplir un rol de singular relevancia. Nos referimos obviamente a las entidades sin fines de lucro.

Por lo pronto, debe entenderse que razones de *prudencia iuris* aconsejan apartarnos de un conocimiento meramente especulativo y ello es así ya que tradicionales moldes conceptuales deben verse repensados a la luz de los nuevos tiempos.

La elaboración lógica no puede agotar una materia asaz compleja y que irreversiblemente se ve comprometida por la realidad. Siendo así podemos intentar abordar la problemática desde aquellos parámetros que permitan que las categorías jurídicas sean pensadas y mensuradas desde la práctica.

En efecto, Asociaciones y Fundaciones (por ejemplo) deben llevar a cabo una misión impuesta por la realidad; y a su turno, el ordenamiento jurídico debe salvaguardar el rol instrumental de tales entidades.

A su vez, pueden ejercer una decisiva labor sociocultural depositando en la educación una acción importante a la hora de empoderar a quien se hallan en inferioridad de condiciones.

A tono con lo expuesto, es posible advertir que a medida de que en nuestras sociedades se van agudizando los problemas, la realidad exige un mayor entrenamiento, conocimiento y capacitación para hacer frente a la misión y en relación al dispositivo humano que la conforman y que (es dable destacar) están comprometido con el fin de la organización.

Y si bien en ciertos casos el poder público se ve obligado a ceder campos de actuación, el problema está en analizar cómo el poder privado está dispuesto a hacerle frente a esa actividad que aquel no puede desplegar.

A su vez, *no se trata de reemplazar sino de acompañar a la labor pública, y en tono de eficacia, colaborar activamente con la tarea y por quienes, justamente, padecen la problemática.*

En efecto, es posible compatibilizar la acción estatal con la efectividad de instancias organizativas intermedias, y concebir la existencia de organismos voluntarios canalizadores de la participación directa.

A su vez, y tal como tiene dicho nuestra Corte Suprema (2006) la finalidad de la entidad puede beneficiar a un grupo de personas sobre todo si a través del estatuto de la entidad se infiere que se persiguen propósitos amparados por la Constitución Nacional (CN) y los Tratados Internacionales. De manera que la noción de “interés general” no apunta tanto a lo cuantitativo sino más a los efectos cualitativos que sobre la sociedad despliega la actividad.

Estamos en el campo del *charity sector*, o mejor, del *voluntary sector*, vale decir, del sector privado social.

De acuerdo a lo expuesto y en no pocos casos tanto la actividad de la organización como sus fines requieren de mayor profesionalismo y preparación. Los recursos son escasos y la educación se ocupa en vislumbrar cómo el poder privado debe hacer uso de aquellas herramientas que el mismo poder privado debe organizar.

En la descripción del fenómeno jurídico es menester un examen puntal de antropología jurídica que permita comprender las necesidades y las aspiraciones humanas; y ello, desde luego, sin olvidar la variable axiológica ni subestimar la dimensión normativa.

Eso ocurre cuando se trata de analizar la realidad jurídica de aquellas entidades destinadas a informar, contener u orientar a familiares de quienes sufren determinadas patologías (por ejemplo síndrome de Asperger, o en su caso, síndrome de Down y su fuerza por la inclusión de aquellas personas que sufren la enfermedad).

En función de lo expuesto, podríamos preguntarnos en qué medida el análisis permite receptor aquellos datos que la práctica reserva, y ello, al pretender subsu-
mir éstos últimos a los lineamientos trazados por el orden jurídico.

Como se dijo, se trata de una interpretación acorde a los nuevos tiempos, y a su vez, acerca de tradicionales estructuras que el Derecho contempla desde siempre pero que ahora meritan un nuevo rol.

A su vez, si aludimos a nuevos lineamientos nuestro análisis no puede estar alejado de saber puntualizarlos y ello desde una mirada visceral y lo más ajustada posible a la misión de aquella organización.

Esto último permite aseverar que los nuevos aspectos imprimen a la materia jurídica de atractivos resortes que el hombre de derecho no puede ignorar, y ello, a fin de alcanzar un ajustado análisis jurídico.

IV. Desarrollo de la problemática

IV.1. La persona jurídica

IV.1.1. Lineamientos generales

En un erudito abordaje de la temática aquí considerada, el catedrático español Federico De Castro y Bravo decía que en tanto el hombre, la persona física, es una realidad con la que el Derecho cuenta como algo inmediato e insoslayable; a la persona jurídica no se la ve ni se la toca; se nos presenta con los signos de una entelequia jurídica. Posiblemente por ello sea uno de los grandes tópicos de la ciencia y quizás ninguna otra figura jurídica haya originado tantas teorías y discusiones (De Castro y Bravo, 1991: 261).

Advertía el autor que como toda figura jurídica está basada en exigencias sociales pero también conviene estar prevenido y no utilizar siempre el término persona jurídica pues se pueden cubrir con un mismo rótulo realidades de muy distinto valor y contribuir de ese modo a la degeneración de la figura.

A su turno, el gran jurista José Luis De los Mozos (1988) advertirá acerca de la necesidad de un nuevo sentido de la utilización de la expresión persona jurídica. Ésta guarda relación con intereses jurídicos, vale decir, intereses merecedores de la tutela jurídica. De allí que es un concepto *técnico* que obedece a una aguda diagnosis de la realidad y que da lugar a una escala de tipos singulares y no a una categoría general.

En opinión del citado catedrático el concepto persona jurídica tiene un sentido instrumental ya que alude a la idea de *fin* y de *objeto* como fundamento del reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de esa personalidad (De los Mozos, 1988: 257).

El carácter instrumental está en función a los intereses individuales pues el fin del Derecho es realizar los intereses humanos a los que sirve.

En palabras de Lacruz Berdejo (1998) la persona jurídica es un ente transindividual al que el ordenamiento reconoce subjetividad. Ello es así, considerando las limitaciones que el individuo (en soledad) exhibe (*ars longa, vita brevis*), y de allí, que las finalidades se realizan de una manera más perfecta y económica cooperando varios hombres en grupo.

No es ocioso adelantar que el objeto constituye el fin de la institución y es el determinante de la capacidad del ente.

IV.1.2. La cuestión el Código Civil y Comercial

a) Aspectos generales

La Persona Jurídica aparece regulada en el Título II del Libro Primero (Parte General), manteniendo la diferenciación entre personas jurídicas públicas y personas jurídicas privadas (artículos 145 y ss. CCiv. y Com.).

Entre los Fundamentos primeros del Código Civil y Comercial (que fuera aprobado por ley 26.994) señala que la experiencia argentina no evidencia insuficiencia de posibilidades asociativas y sea bajo formas jurídicas personificadas o no. La enumeración de las personas jurídicas privadas se deja abierta ya que la personalidad es conferida por el legislador como un recurso técnico según razones de conveniencia o necesidad (artículo 148 letra i del CCiv. y Com.). De manera que otras normas legales pueden ampliar el catálogo de las existentes y sin perjuicio de que la fuerza jurídica de la voluntad pueda crear personas jurídicas privadas pero dentro del marco de las formas admitidas.

Por su lado, el artículo 141 del Código Civil y Comercial define a la persona jurídica como todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.

Como es lógico suponer por la mentada normativa se mantiene la posibilidad de que la persona jurídica pueda adquirir derechos y contraer obligaciones en cuanto sirva aquella al cumplimiento del objeto y fines para el cual han sido creadas.

b) El aspecto teleológico en el Código Civil y Comercial

El derecho de asociarse con fines útiles (artículo 14 de la CN) encuentra en la temática de las asociaciones civiles su más prístina expresión.

Como lo deja ver la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 16) la libertad de asociación debe ser mensurada en función de los más diversos fines (ideológicos, culturales, etc.) y el ejercicio del derecho de asociación sólo puede estar sujeto a restricciones legales y en casos muy puntuales o razones necesarias en una sociedad democrática.

En nuestro medio, las asociaciones civiles aparecen reguladas en la Sección 1ª del Capítulo 2 del Título II en el Libro Primero. En tanto que las simples asociaciones hacen lo propio en la Sección 2ª del mismo lugar.

Si bien el Código no define a la asociación civil puede decirse que, si es de primer grado, se trata de una unión estable de personas físicas que persigue un fin de bien común, no lucrativa. Si la asociación se realiza entre personas jurídicas estamos ante las asociaciones de segundo grado (Asociación de Fútbol Argentino) que nuclea a asociaciones de primer grado. Lo expuesto no impide la existencia de asociaciones de tercer grado compuestas a su vez por las de segundo grado (Federación Internacional de Fútbol).

Las fundaciones —a su turno— es una persona jurídica que carece de miembros y que posee un patrimonio destinado al fin establecido por decisión unilateral del fundador. En línea con lo expuesto puede ser interpretado el artículo 193 del Código Civil y Comercial que destaca la finalidad de bien común de la fundación y que está ausente el propósito de lucro.

Al decir que carece de miembros y al recordar que el fundador no mantiene ninguna vinculación con la fundación una vez que ésta ha obtenido personería jurídica; es en función de ello, que el consejo de administración es el órgano de la fundación encargado de cumplimentar la voluntad del fundador (artículo 201 y concordantes y sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 202 del Código).

No debe perderse de vista que la afectación patrimonial es el rasgo preeminente de las fundaciones. Como dice Morillo González el fin de la fundación constituye la causa del desplazamiento patrimonial, es decir, *la causa liberalitatis* y una vez producido el desplazamiento patrimonial, el fin pasa a ser el núcleo en torno al cual gira toda la actividad fundacional (Morillo González, 2001: 59).

En sentido concordante, el artículo 168 del Código señala que en materia de asociaciones el objeto no debe ser contrario al interés general o al bien común.

En primer lugar al aludirse al interés general pareciera protegerse la diversidad, y ello, en el seno de una sociedad pluralista que como tal y con amplitud excluye una visión parcial y sea que se refiera a fines culturales, sociales, literarios, etc. En este sentido parece dirigirse el propio texto del artículo 168 del Código.

A su vez y sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, con la noción de bien común no sólo se alude a la defensa de intereses sectoriales sino que se aspira a que la labor del ente coadyuve de una forma u otra a contribuir al bienestar general, lo que a su turno no excluye que la asociación sea un instrumento que contribuya al desarrollo o crecimiento personal aún de minorías que puedan sufrir discriminación. Este último aspecto del concepto madre (y tal como veremos) es el producto de una evolución jurisprudencial.

En tanto, la preeminencia del aspecto teleológico aparece también al definir a las fundaciones. En efecto, el artículo 193 del Código pone el acento en la finalidad,

como también, hace lo propio en cuanto al destino del patrimonio. Al carecer de miembros puede decirse que el bien común en la fundación es de su esencia, y es así no bien se repara que se trata de un patrimonio consagrado a ese fin.

A su vez, tanto en las asociaciones como en las fundaciones el principio de especialidad funda una limitación a la esfera de actuación y por cuanto el ejercicio de operaciones extrañas implicaría un cambio de objeto. Ello no sería válido —por cierto— en cuanto no estuviera previsto en los estatutos.

Esa limitación intrínseca a la capacidad del ente no impide que la persona jurídica pueda realizar aquellos actos que —directa o indirectamente— contribuyan al cumplimiento de los fines de la entidad.

Si la interpretación ofrece dudas debe estarse por la validez del acto, vale decir, por el principio de conservación se tiende a excluir la posibilidad de declararlo nulo.

Tras lo expuesto debe considerarse la idea de que toda actividad de la persona jurídica tiende al cumplimiento del fin para el cual fue creada y por cuanto este último es el factor que justifica la creación del ente y su reconocimiento por el Derecho.

A su vez, la doctrina nacional coincide en que la finalidad debe ser lícita, posible y determinada; y desde luego debe tender al bien común.

Como se advirtió, en materia de Asociaciones el artículo 168 del Código lo sugiere cuando alude también al *interés general*. Como destaca Cahian (1998) la esencia de la Asociación es el bien común que puede ser visto como el bien del grupo, de la organización o de la corporación, y que a su vez, se proyecta a toda la sociedad.

c) El aspecto teleológico y la jurisprudencia

No se puede dejar de recordar que es paradigmática la evolución que la jurisprudencia ha exhibido en torno a la noción de bien común, y ello, a fin de otorgar o no personería. En un principio, nuestra Corte Suprema entendió (por mayoría) que la simple defensa de una condición sexual no hace al bien común que la ley exige para el otorgamiento de una personería (Corte Suprema, 1991).

Tras adecuar sus estatutos y apuntando sobre todo al compromiso de luchar contra la discriminación y a la activa participación en campañas de educación, diagnóstico y tratamiento del síndrome del sida, en efecto, se revirtió aquella decisión del máximo Tribunal.

La noción de bien común es una variable que se ajusta a las épocas pues no puede desconocerse que encierra un componente sociológico de decisivas proyecciones al momento de discernirlo.

A tono con lo expuesto, tras un largo recorrido y siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestra Corte Nacional consideró que el bien común debe considerarse como integrante del orden público de los Estados democráticos y referido a las condiciones de vida social que permite a los integrantes de la sociedad un mayor desarrollo personal y la vigencia de los valores democráticos. El derecho de asociación consagrado en nuestro artículo 14 de la CN y los tratados internacionales de igual jerarquía reconocidos por el artículo 75 inciso 22 de la CN reconocen el derecho de asociarse y no debe ser restringido sin razones que lo justifiquen (Corte Suprema, 2006).

De allí que no es decisivo considerar si el bien común está referido (o no) a un grupo de personas solamente. Esa jurisprudencia alude a que aquella noción está referida (más bien) a las condiciones de vida social y que permita a los integrantes alcanzar el mayor grado de desarrollo personal. Siendo así, el imperativo se vincula a la organización de la vida social preservando y promoviendo la plena realización de los derechos de la persona humana.

En línea con lo expuesto y considerando las fabulosas proyecciones de *bien común* como fin de la fundación (artículo 193, CCiv. y Com.), ha llevado a que la Corte Suprema haya incorporado a un expediente a Fundaciones Ambientalistas (como Greenpeace Argentina o Vida Silvestre) y las haya aceptado en el carácter de amigas del tribunal a fin de que brinden informes y sugerencias relativas al objeto de su creación. En el caso, el cese inmediato y definitivo de desmontes y talas indiscriminadas de bosques (Corte Suprema, 2009).

En definitiva el llamado fin de la entidad no se plasma —sólo— en un deber de complementario o subsidiario del Estado. Sino que además de complementario es colaborativo, y a su vez, coopera con los poderes públicos en aquellas áreas en que están capacitados y que tienen la obligación ante la sociedad de saber dar apropiada respuesta.

IV.2. El Tercer Sector y las Organizaciones No Gubernamentales

IV.2.1. Lineamientos Generales

La problemática referida a las asociaciones, simples asociaciones y fundaciones (artículos 168 y ss. Código Civil y Comercial) puede ser analizada desde el campo sociológico del Tercer Sector.

Sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá, se recuerda las elucubraciones llevadas a cabo por el sociólogo norteamericano Robert Wuthnow (1991). Este autor sostiene que la sociedad puede ser analizada como si estuviera dividida en diversas zonas o regiones de actividad. El sector estatal abarca una serie de actividades organizadas y legitimadas por poderes coercitivos formalizados (y en las sociedades modernas, coordinados centralmente). El mercado resulta del conjunto de actividades que implican el intercambio de bienes y servicios lucrativos, fundados en el mecanismo de los precios sobre la base de la oferta y la demanda. El tercer sector puede ser definido, residualmente, como aquellas actividades en que el principio dominante no es ni la coerción formal ni el intercambio lucrativo de bienes y servicios. Se basa en actividades voluntarias en el doble sentido de estar libres de coerción y de los constreñimientos económicos de la ganancia. En resumen, el concepto de sector se utiliza para designar tipos de actividades en función del principio dominante de articulación: en el sector estatal domina la coerción formal, en el económico la ganancia, y en el tercer sector, el “voluntarismo” (Wuthnow, 1991: 8 citado por Ariño, 2007).

Sin pretender agotar la problemática puede al menos avistarse a qué tipos de dinámica nos referimos.

No está de más recordar que en la especie aludimos a instituciones privadas consagradas al bien común y al interés general. En ese sentido el artículo 5 de la ley 25.855 (Voluntariado Social) enumera aquellas actividades enmarcadas en la misión concreta de la entidad-actividades relativas a los servicios sociales, educativas, culturales, deportivas, sanitarias de cooperación al desarrollo, defensa del medio ambiente, etc.

Se trata de aquellas instituciones o entidades que poseen los cinco rasgos siguientes: estar organizada, ser privada, no repartir beneficios entre los propietarios o administradores, gozar de autonomía y tener un marcado grado de participación voluntaria.

El encuadre sociológico y la misión concreta permiten hacer lugar a un moderno dimensionamiento, y a su vez, efectuar aquellas consideraciones que se ven impuestas por la realidad.

Es que la complejidad de esta última y los innumerables factores que angustian al hombre moderno imponen una nueva forma de concebir a los tradicionales entes.

En ese hilo conductor, es posible advertir algunos agentes que han provocado (desde los años setenta aproximadamente) el nacimiento de un sector diferente al Estado y al mercado.

La mayor proximidad a los problemas (sus causas y consecuencias) hace que la solución sea más eficaz si la misma búsqueda se halla en quienes no sólo lo conocen sino además lo sufren.

A su vez, la participación de la ciudadanía le asigna un rol activo y no un simple receptor de la ayuda.

La labor sociocultural del Tercer Sector implica una transformación del individuo ya que de simple espectador pasa a ser un factor que ayuda a pensar acerca de la manera de solucionar o amortiguar los conflictos. De aquí se desprende un matiz socio-educativo de innegables proyecciones.

Las asociaciones y fundaciones son el vehículo eficaz a los efectos de llevar a cabo esas transformaciones, y a su vez, no se trata de pregonar un asociacionismo anárquico o sin reconocimiento legal.

En ese sentido las aludidas organizaciones dan cuenta de un particularismo, es decir, de una mayor concentración o focalización del problema que la motiva. Nadie como la organización conoce las aristas y proyecciones de la problemática que la envuelve. Hacia el amortiguamiento de aquellos efectos perniciosos de esta última se dirige la actividad de la organización.

Tampoco es aconsejable que el Tercer Sector mantenga vínculos de subordinación con el mercado, pues lo ideal es que sea lo mayormente independiente posible a todo poder que pueda influir en sus decisiones aun cuando éste sea privado.

Como bien se ha señalado, cuando aludimos a *Organizaciones del Tercer Sector* lo hacemos en relación a formaciones sociales intermedias en relación al binomio Estado-Individuo. Se presentan como subjetividades sociales portadoras de una cultura organizativa en la que los derechos de la ciudadanía adoptan un carácter relacional. Esta perspectiva observa que el Tercer Sector debe analizarse como producto de la diferenciación societal en condiciones de creciente complejidad social (Donati).

Es decir que a medida que la dinámica social lo impone, la necesidad de atender a esa problemática (la misión) implica considerar que internamente esas entidades están predispuestas a organizarse en función del fin amplio que las preordena.

Se trata de subjetividades que nacen de la exigencia de dar respuesta a necesidades sociales específicas y a tono con la complejización de la sociedad que requiere de un sistema funcionalmente diferenciado.

De ello se desprende que entre sus rasgos definitorios se encuentra el de poseer una cultura propia, y además, las motivaciones y valores culturales del Tercer

Sector son funcionales al altruismo y a la solidaridad que surge de la relación intersubjetiva.

El carácter relacional, en suma, recibe la impronta de las motivaciones y valores que se ordenan en torno a una normatividad y funcionamiento propio de la entidad.

De esto último surge la movilización de recursos particulares y de la combinación apropiada de los mismos.

De allí que ejerce un rol propio en el marco de la sociedad y se especializa en generar nuevos derechos relacionales.

De lo expuesto se desprende que son sujetos que expresan formas organizativas y operativas a través de las cuales se lleva a cabo la misión que a su vez es la característica propia de la entidad.

IV.2.2. Acerca de las Organizaciones No Gubernamentales

Siguiendo a Biagosch (2000) puede decirse que una tendencia vinculada al asociacionismo lo constituyen las denominadas Organizaciones No Gubernamentales (ONG) (denominación acuñada por las Naciones Unidas) y que ejercen sin duda una notable gravitación.

Lo expuesto da cuenta del fuerte impacto que aquellas tienen no sólo a nivel local (conocidas también como *Organizaciones de la Sociedad Civil*) sino también internacional en dónde suelen exhibir un altruismo de mayor madurez y racionalización, conduciendo a una protección internacional de los derechos humanos y contribuyendo al desarrollo sostenible de todo el planeta.

Las denominadas Organizaciones No Gubernamentales de desarrollo (ONGD) están vinculadas a problemas económicos y sociales, y que a su vez, están destinadas a satisfacer necesidades de los grupos más desfavorecidos sobre todo en los países del Tercer Mundo.

Martínez Sánchez dice que el concepto *no gubernamental* aplicado a estas organizaciones da cuenta de una nueva filosofía del desarrollo, enfatizando la agilidad y eficacia frente a la burocracia estatal para movilizar recursos con rapidez y capacidad. En este sentido no se descuenta que los principales actores sean los mismos beneficiarios convirtiéndose así en protagonista de su propio desarrollo (1998: 50).

A esto último apunta el aspecto socioeducativo del que habláramos.

De lo expuesto puede concluirse que las Organizaciones No Gubernamentales han aportado un nuevo enfoque en la cooperación internacional al desarrollo.

Se trata sobre todo de una cultura propia lo que le permite hacer frente a los problemas de adaptación e integración percibiendo y valorando aquellos acontecimientos a los que se enfrenta en el desarrollo de sus actividades.

Hay en efecto una cultura organizativa que proporciona expectativas, metas, intereses y valores que favorecen la construcción de un ambiente propicio para el desarrollo.

Suele aludirse a la necesidad de contar con una *imagen como variable estratégica* lo que le permite fidelizar y captar su componente humano sea como donante, colaborador ocasional, o bien, voluntario.

IV.2.3. El concepto de no lucratividad

Es una nota medular (propia) de las organizaciones aquí consideradas. Los citados artículos 168 y 193 del Código aluden a este aspecto, referido desde luego al objeto principal.

A lo largo del siglo XX se ha abierto paso en la literatura económica anglosajona a la idea de organizaciones no lucrativas (*non profit organization*), y de allí, que la no distribución de beneficios pasa a ser una nota característica.

También puede recordarse el *Nonprofit Sector* o de la *Nonprofit Organization* (NPO) que tiene su epicentro en los Estados Unidos desde la década de los años 70 y que da cuenta de diferentes estudios acerca del sector no lucrativo.

Un enfoque puro de la NPO alejaría la mentada idea a la propia de *Economía Social* si es que esta última no es totalmente indiferente al criterio de no lucratividad. Aquella mirada, en efecto, excluye del Tercer Sector la distribución de beneficios y ello es así cualquiera sea la modalidad. Es un tema para el análisis que —obviamente— excede a los presentes desarrollos.

Por lo pronto, la ley española sobre economía social destaca que es un principio orientador de esa idea la primacía de las personas y el fin social sobre el capital, sin perjuicio de la gestión autónoma y transparente de la entidad (artículo 4 ley 5/2011).

Por el principio *not-for-profit* se exige que dichas organizaciones no se hayan creado con el objetivo de generar beneficios ni de obtener rentabilidad financiera. Si bien lo expuesto es exacto, sin embargo, el cumplimiento de la misión hará

necesario contar con aquellos recursos que den potencialidad a la actividad propia del ente y que respondan a sus planes estratégicos.

A su turno, en Francia se desarrolló el concepto de economía solidaria y que corresponde (partiendo de tres polos) al mercado, al Estado (redistribución) y a un polo de reciprocidad, es decir, a un intercambio no monetario en el ámbito de la sociabilidad primaria identificadas sobre todo con el asociacionismo (Monzón).

Ahora bien, cuando se alude al carácter no lucrativo no impide ello que las actividades para el cumplimiento del objeto aporten ganancias económicas, y se entiende que la organización no puede repartir el excedente monetario entre los particulares ni una devolución a los miembros de una posible ganancia.

Sin embargo, lo expuesto no impide que pueda tener ingresos por los servicios que pueda llegar a prestar si una consideración estratégica aconseja cobrar por la prestación de aquel o de algún modo se obtienen beneficios correctamente aplicados a la misión de la institución.

En el V Congreso Nacional de Derecho Civil y las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se sostuvo que las asociaciones y fundaciones pueden realizar actividades lucrativas en la medida en que su producido se aplique al cumplimiento del objeto previsto en los estatutos.

Se expresó también que pueden participar en sociedades comerciales aunque los límites a esa participación deben ser impuestos por el legislador nacional. Este aspecto es visto con cierto recelo por parte de la doctrina (abstención de los Dres. Mayo-Tobías).

Es posible pensar que las organizaciones sin fines de lucro no reparten dividendos sin perjuicio de obtener beneficios gracias a los cuales pueden seguir invirtiendo según las proyecciones estatutarias.

A su vez, la posible rentabilidad económica proporciona libertad de actuación al ente y al independizarlo de todo control (directo o indirecto) que —en definitiva— termine por erosionar la autonomía de la entidad, y desde luego, en un todo de acuerdo a su impoluta planificación estratégica.

IV.2.4. La misión y una manera de dimensionar el objeto de la entidad

Desde su prolífica visión, ya Ferrara sostenía que las personas jurídicas pueden definirse como aquellas instituciones formadas para la consecución de fines y que son reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho.

Ese fin es la razón de la existencia y se lo debe ver como el sustrato constitutivo de la persona jurídica, y a su vez, como lo determinante del objeto de su actividad.

De manera que la persona jurídica tiene capacidad para realizar todos los actos que tengan relación directa o indirecta con el cumplimiento del objeto. En esta idea predomina un criterio amplio que sea determinante de la esfera de actuación.

Sin perjuicio de lo expuesto, el artículo 156 del Código Civil y Comercial establece que el objeto de la persona jurídica debe ser preciso y determinado. Es decir, deben evitarse vaguedades o ambigüedades en su formulación.

Esto último es lógico ya que la delimitación del objeto es una pauta que determina la capacidad del ente y a su vez fija la competencia de los órganos, lo que no excluye sin embargo una pluralidad de actividades sean éstas principales, normales y/o secundarias.

En el desarrollo y consecución del objeto, surge la necesidad de apreciar también aquellos medios adecuados para el cumplimiento del fin y cuál es la actividad relevante a efectos de alcanzarlo.

Como dice Martínez Sánchez, las Organizaciones del Tercer Sector tienen como objetivo primario cumplir *la misión* para las que fueron creadas. De manera que todas las decisiones y acciones que toma la organización están motivadas por el deseo de llevar a cabo la misión, de preservarla, extenderla y perfeccionarla.

La misión se da en el marco de la planificación estratégica del ente y recoge el propósito de la entidad. Es el instrumento operativo en base al cual se articula el proceso de planificación de la entidad lo que implica identificar y analizar las demandas de los diferentes colectivos que la integran e interactúan con la misma, y sea desde los mismos voluntarios hasta empleados o destinatarios de la organización. De allí que definirla implica explicitar la razón de ser de la entidad, sus valores y principios subyacentes o de base, su filosofía, sus fines, sus demandas externas, normas éticas de organización, y consecuentemente, su propio comportamiento (Sajardo Moreno, 2012: 242).

Tanto la misión como la ideología deben ser cuidadosamente preservadas y es posible advertir que aquellas mantienen estimables proyecciones jurídicas.

Por lo pronto, debe tenerse en cuenta que la misión está enmarcada en el cumplimiento del objeto y en los fines de la entidad (artículos 141 y 156 del CCiv. y Com.), vale decir, aquella está determinada por la capacidad de la organización (principio de especialidad).

La violación del artículo 141 del Código provoca la nulidad absoluta del acto en cuestión, y por tanto, amplia legitimación activa para alegar, es inconfirmable e imprescriptible —artículo 387 del Código (Alterini)—.

En materia de fundaciones y no estando en juego intereses públicos, como bien lo deja ver la jurisprudencia (aunque reformulando los lineamientos y a la luz de los presentes desarrollos), agotada una misión por haber devenido imposible, puede el mismo consejo de administración proponer cambios o modificaciones que respeten el objeto principal por el cual el ente fue constituido, sin perjuicio (obviamente) de la competencia que al respecto mantiene la autoridad de contralor —artículos 29 y concs. ley 19.836; o artículo 216 y concs. CCiv. y Com.— (CN-Civ., sala D).

A su turno, la misión es el factor motivante de la actividad, es decir, de la decisión coherente con el fin de la entidad.

De lo expuesto se desprende, que la misión es la fuerza conductora que permite a la organización orientar sus servicios de modo que aquella no puede sustraerse del cumplimiento del fin que justifica su existencia. De manera que la misión responde al punto de vista de la gestión estratégica.

Lo expuesto deja ver que el análisis jurídico no sólo debe recaer sobre la finalidad del ente sino también acerca del cumplimiento concreto de la misión que aquel tiene.

Sin querer hacer foco en ningún caso concreto, a veces la jurisprudencia parece haber censurado el fin de la entidad cuando en rigor ha juzgado las objeciones que merece el cumplimiento de la misión, como así, la ideología del ente.

Debe comprenderse que se puede objetar a una misión concreta, pero a su vez, ello no es motivo para desaprobado el preciso fin de la entidad.

Al sólo efecto de apuntar acerca de la relevancia del distingo, en una antigua casuística (Corte Suprema, 1991) se puso sobre el tapete que combatir la discriminación (fines de la entidad) de ningún modo implica, necesariamente, reivindicar el valor ético de una determinada condición sexual (posible misión del ente). Y desde esa misma postura disidente se enfatizó que no se combate la discriminación si el mismo Estado al denegar la personería, limita la libertad de aquellas minorías que tienen una forma de vida diferente a la del resto de sus conciudadanos.

En esa senda, lo censurable que pueda resultar la misión no se confunde con los fines que persigue la asociación, y que se encaminan a asegurar el respeto de la dignidad humana de un conjunto de personas.

Tan esto es así que la solución final del fallo fue revisado y ajustado a los nuevos lineamientos.

Obsérvese que la misión (*mission* en el idioma anglosajón) puede ser considerada en función de la filosofía y estrategias.

La Filosofía permite ver los valores de la Organización y si responde o no a la realidad, lo que implica meritar la manera que tiene de comunicar esa imagen junto a otros valores éticos y culturales.

Muy unido a lo anterior, la imagen de la entidad puede ser considerada como variable estratégica para las ONG (Martínez Sánchez).

Aquella permite solidificar y mantener aquellos grupos de interés que sustentan al ente como así permite captar donantes y fidelizar el componente humano que lo avala. A su vez, debe educar y posibilitar que ese capital humano de la entidad se desenvuelva en un clima flexible e innovador.

Los destinatarios de la misión no son pasivos sino simétricos en relación a los actores que comprometen la misión, y allí, que observan un rol relevante en la solución que los motiva y que a la postre hace a la promoción y tutela de los derechos.

De lo expuesto se deduce que el cumplimiento de la misión es un imperativo ineludible para las entidades que constituyen el Tercer Sector observando una importancia visceral desde el punto de vista estratégico.

Muchas veces el operador jurídico deberá volcar su análisis en éstos aspectos que concretizan pero por sí no agotan los fines del ente.

IV.3. El voluntariado

IV.3.1. Lineamientos generales

En el cumplimiento de la misión las entidades suelen sostenerse en el trabajo voluntario y éste a su vez desarrolla su actividad en el marco de aquellas. Siendo así hay pautas de interacción social, implicación activa y un mutuo acople de estructuras funcionales.

A su vez, debe comprenderse que la magnitud o gravedad de aquellos factores que demandan ayuda requieren a su vez la superación del puro voluntarismo, vale decir, la actuación individual aislada o esporádica; y a su vez, bien intencionada pero poco eficaz.

Es que la imperatividad de los hechos suelen superar a las buenas intenciones y la gravedad de los fenómenos (sociales, económicos, etc.) impondrá la adaptación de un concepto dinámico.

A su vez, ese dispositivo humano especializado debe ser reconducido a través de organizaciones —públicas o privadas— que tengan suficiente aptitud de asumir sinérgicamente el esfuerzo, el entusiasmo y la dedicación responsable de aquellos individuos involucrados en aquella actuación.

Entre el voluntario y la organización se suscribe un Acuerdo Básico Común (ABC), por el cual el primero se adhiere a la misión de la segunda y que entre otros requisitos se establecen los derechos y deberes de las partes; actividades comprometidas y tiempo de dedicación, formas de desvinculación, etc. (artículo 8° ley 25.855).

Puede decirse que la noción de voluntariado se relaciona a una agrupación de personas que con motivaciones y finalidades acordes (mas un sentido altruista y desinteresado) tienden a especializarse en el campo de una problemática social concreta. Se trata de un dispositivo humano cualificado (no necesariamente profesional) que actúa en ámbitos diversificados, y que a su vez, exige capacitación y un ambiente organizado.

El artículo 1 de la ley 25.855 alude a la participación solidaria de los ciudadanos y en actividades sin fines de lucro.

La materialización del valor solidaridad se conjuga con el fortalecimiento de la ciudadanía activa, y en este último aspecto a través de la participación social reconducida hacia organizaciones que tienen aptitud para aprovechar el esfuerzo y dedicación de los voluntarios.

La dogmática comparada lo ha conceptualizado diciendo que el voluntariado es el ejercicio libre, organizado y no remunerado de la solidaridad ciudadana, formándose y capacitándose adecuadamente (Yubero-Larrañaga).

Siendo así, una primera visión del problema consideraría que el tiempo libre y su empleo productivo son los factores por antonomasia que tiene el voluntario. La tarea (en sí) pasaría a ser secundaria.

Sin embargo, si se piensa en el voluntario cuya misión es estar al lado de quien sufre enfermedades angustiantes, o bien, debe ayudar a quien se halla envuelto por la injusticia y el maltrato (violencia de género por ejemplo) o a quien es víctima de un desastre ambiental; al fin puede decirse que todo coadyuvará a pensar que ya no se trata de brindar contenido al vacío existencial, sino más bien,

de comprometerse y de instruirse para la ayuda (misión) y ello ante un delicado factor angustiante.

En definitiva, una visión más exacta del problema no puede dejar de ver que la labor del voluntario no se resume sólo a cubrir un excedente de tiempo sino también a saber fabricarse una energía sobrante que le permita (con temple suficiente) sumergirse y consagrarse a una labor difícil y gratificante a la vez pero que, sin embargo, suele presentar enormes desafíos personales.

IV.3.2. El trabajo voluntario y la misión

A tono con los desarrollos que anteceden, el trabajo voluntario se subsume en la misión que lo compromete, y que independientemente de su forma jurídica hacen posible la efectivización de programas o proyectos que persigan el bien común o interés general (artículos 1 y 2, ley 25.855).

La misión inscrita en aquellos programas o proyectos se erige en el común denominador entre el voluntario y quien es acreedora de la actividad de aquel. En ese tono, en el seno de la organización hay una transmisión de valores, y a su vez, la capacidad de conocerlos crece si uno está dispuesto a someterse a ellos. A su vez, más que adquirirlos por el discurso o la enseñanza se alcanza a través de la práctica y la experiencia que proporciona el compromiso con la misión.

Con esa lógica, hay un intercambio de actitudes y el sólo hecho de compartir la angustia suele solidificar vínculos enriquecedores entre el voluntario y el beneficiario, y si bien desde roles diferentes, han de compenetrarse mutuamente en función de la solución del conflicto, o al menos, aligerar o hacer más llevadera la angustia.

En ese orden, los estudios llevados a cabo allende nuestras fronteras, no subestiman el análisis de las motivaciones que llevan al voluntario a encarar su tarea. De allí se vislumbran las repercusiones que ello tiene para la gestión del programa del voluntariado ya que en función de las motivaciones puede pensarse en estrategias a fin de lograr su permanencia (Chacón y otros).

Se trata de una orientación funcional que tiende a distinguir las motivaciones de las expectativas del voluntario y de allí captar aquellos aspectos simbólicos atribuibles al voluntariado.

En ese sentido si se analiza el texto de la ley 25.855 varias de sus directivas no se distancian de aquel aspecto.

Así por ejemplo el derecho del voluntario a que se lo capacite objetivamente o que a que se lo informe debidamente acerca de su gestión (entre otros, artículos 6 letras a, b; 7 letras a, b, ley citada). Aquellos son aspectos que presuponen tener lo más claro posible qué se propone y cuáles son sus motivaciones, y de allí, pretender solventar fundadas expectativas.

A su vez, se trata de moverse en torno a una nueva dinámica: el trabajo por equipos, a una deliberación creativa y a ceder posiciones si las circunstancias lo imponen. Comprender que la organización es lo prioritario y que ésta debe tener como meta una actividad ajustada a la misión de aquella.

Todo coadyuva a una *nueva cultura* que —entre otras tantas cuestiones— enriquece y compromete ejerciendo efectos transformadores en función de una labor sincera y responsable.

El consagrarse a una problemática (misión) da cuenta de la posibilidad de anticiparse a las necesidades sociales ya que la dedicación del voluntario lo lleva a recibir una preparación lo suficientemente completa como para prever el desarrollo probable de los acontecimientos.

Puede aludirse al paradigma del “don” y de la suficiente dedicación como criterio preponderante de un comportamiento responsable (Béjar). El altruismo y la solidaridad se vinculan a la conducta del voluntario y ésta se traduce en ese “don” o forma de ser que sin vinculación y sin esperar devolución alguna se plasma en un acto de entrega.

De allí que el voluntario no sólo debe recibir información sobre los objetivos y actividades de la organización sino también debe adquirir capacitación para el cabal cumplimiento de su actividad (artículo 6 letras a y b, ley 25.855). Ello implica decir que la misión es asumida como acto de entrega y también de responsabilidad.

Puede verse en el voluntariado duradero un altruismo organizado y en él se puede vislumbrar una interdependencia de dos individuos implicados en una problemática común. El voluntario ayuda con su actividad organizada, y el beneficiario de esta última brinda a aquel el discurso que moviliza la ayuda. Puede hablarse de roles que mutuamente se enriquecen.

Algunos autores vislumbran allí el posible interés que moviliza al voluntario (Béjar). Otros ponen más acento en la solidaridad y el interés por el bienestar social sin excluir motivaciones personales para su realización (Yubero - Larrañaga).

IV.3.3. Cualidades de la actividad voluntaria

Es posible que se trate de participar e implicarse en la realidad del otro, lo que significa sumergirse en su mundo emocional, respondiendo a un pluralismo motivacional de quien presta la ayuda (sociología de la motivación).

Se puede vislumbrar —entonces— un factor plurimotivacional o plurifactorial que superando la motivación altruista apunte a una variedad de motivaciones, las que a su vez pueden ir desde el desarrollo personal o profesional hasta motivaciones instrumentales (crecer en experiencia o conocer una determinada realidad).

La autorrealización y el autodescubrimiento permiten intercambiar dones, y ello, moviliza aún más al factor de ayuda. La reciprocidad genera el don gratificante de sentirse útil al prójimo dejando a un lado la autosuficiencia, rotando la sensibilidad y humanizando a los protagonistas. Es que el motivo concreto de la ayuda puede más que el indeterminado deseo de ayudar lo que sin embargo no obsta en poner el acento en el aspecto organizacional.

En los presentes lineamientos nos referimos al voluntariado formal, y esa formalización justamente diferencia al voluntariado contemporáneo de otras formas de colaboración.

La ayuda ocasional, circunstancial o informal es ajena a los presentes desarrollos referidos a una nueva forma de concebir acto de entrega. El artículo 3 —segunda parte— de la ley de voluntariado 25.855 exceptúa expresamente a las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas o ejecutadas por razones de amistad o familiaridad.

Con lo cual la ley excluye expresamente de su ámbito al voluntariado que no desarrolla su actividad en el seno de una organización.

En definitiva, no predomina el sentido de benevolencia sino más bien la aceptación de compromisos responsables. De aquí que pueda aludirse a un intercambio relacional de carácter intersubjetivo por el cual el agente responsable se involucra en la realidad del otro.

La doctrina comparada ha dado cuenta de cierta indeterminación de la definición de voluntariado. Se trata de brindar —en efecto— un contenido concreto y desideologizado (García Campá, 2013: 24).

Entre otras consideraciones puede verse a un concepto que puede ser manipulado y ello atendiendo a la heterogeneidad que puede exhibir la regla empírica.

Puede hablarse de un personal involucrado en objetivos comunes y a su vez aquellos están efectivamente determinados por la misión, ajustándose a las necesidades reales de la población beneficiaria.

El artículo 3 de la ley 25.855 destaca notas que conceptualizan al voluntario.

Alude —junto al altruismo y a la solidaridad— a *la libre determinación del voluntario*, ya que su entrega a la misión y su altruismo se dan en el campo de la no coercibilidad. Ello conduce a sostener que la actividad del voluntario debe ser analizada desde una lógica y una relación específica.

Lo mismo que otra característica legal es *la gratuidad*, es decir, es una actividad que en sí misma no recibe contraprestación económica y salvo su derecho de obtener reembolsos (artículo 3 y 4 —*in fine*— ley cit.) y por los gastos ocasionados en el desempeño de su actividad los que deben ser previamente establecidos por la organización (artículo 6 letra e de la ley 25.855).

De manera que el voluntariado crece orgánicamente en función de la identificación de las necesidades comunitarias y una adaptación a los objetivos trazados y a las expectativas que buscan satisfacer a través del trabajo en la organización.

Se trata de fijar mecanismos de participación y desde luego entrenar y apoyar en función de un enriquecimiento mutuo y continuo.

IV.3.4. Dinámica de la labor voluntaria

De lo expuesto se deduce que pueden deslindarse dos cuestiones. Por un lado, la actividad voluntaria desarrollada por ciudadanos en beneficio de terceros. Y a su vez, una modalidad organizativa que emplea trabajo de personal no retribuido.

Siendo una forma de altruismo social puede vislumbrarse la riqueza que genera la relación del voluntario con respecto a quien se provee la ayuda. De allí que la gratuidad debe ser vista sólo desde el punto de vista salarial ya que enriquece a la persona desde el punto de vista de sus experiencias y proyecciones personales.

De aquí que no debe perderse de vista aquella estructura relacional que permite a la persona realizarse satisfaciendo necesidades ajenas pero en forma organizada.

Y si bien la solidaridad puede ser asociada a una ayuda al necesitado; no es menos cierto que esa actitud benevolente registra una connotación de reciprocidad.

La actuación del voluntario es libre por cuanto la autodeterminación responsable es parte de un proyecto de vida más la consagración a una causa noble, como

una opción plenamente personal y que se potencia por una sensibilidad y vocación especial.

IV.3.5. Lógica de la labor voluntaria

Suele diferenciarse la causa de la actividad de la causa de la relación.

La primera es subjetiva en tanto que la segunda se da en el marco de una misión, y a su vez, entre la persona y la entidad pública o privada.

De ello se desprende que aquella es propia o individual de quien se consagra a la misión y da cuenta —en líneas generales— de que el altruismo moderno encuentra su fundamento en la reciprocidad y no en la compasión, vale decir, en el intercambio de dones.

De la causa de la relación da cuenta el artículo 1 de la ley 25.855 al establecer que la ley regula las relaciones entre los voluntarios y las organizaciones donde desarrollan sus actividades.

En sentido contrario, la doctrina comparada partiendo de la idea de que el voluntariado es un trabajo cívico no está de acuerdo con la idea de que aquel sólo pueda desarrollarse en el seno de una organización social. Sostiene que se trata (por sobre todas las cosas) de analizar la sociabilidad e implicación activa de los ciudadanos en los asuntos públicos (Ariño y otros, 2007: 102 y ss.).

Luce del texto, que no es ésta la postura de la ley 25.855 que como ya se dijo excluye expresamente las actuaciones aisladas o esporádicas (artículos 2 y conc. ley citada).

De manera que la entidad tiene un poder de dirección y coordinación que en función a la idea de trabajo organizado permite vislumbrar un trabajo disciplinado que sin aludir a labores jerarquizadas permita cumplir con ajustadas instrucciones.

A su vez debe apreciarse que de esa relación fluyen derechos y obligaciones entre las partes y que aquellos forman parte de ese compromiso responsable al que aludimos.

De manera que el voluntariado se incardina a una organización a través de la cual se canaliza el esfuerzo y la entrega del voluntario, y a su vez, lo hace como movimiento solidario y auto organizado.

A su turno, la ley alude a los programas o proyectos en cuyo marco se desarrolla la labor del voluntario (artículo 2, ley 25.855) y determina que sus objetivos de

interés común o bien general pueden tener desarrollo en el país o en el extranjero y tengan o no apoyo estatal.

Aquellos son una exigencia natural del concepto ya que la actividad voluntaria sólo puede concebirse a través de ellos. La organización debe tener en claro sus objetivos y actividades, y de allí, brindar una ajustada información al voluntario (artículo 6 ley cit.). El debido respeto a los derechos del beneficiario debe ser consecuente con el programa y de acuerdo al cual los voluntarios desarrollan sus actividades (artículo 7 - b, ley 25.855).

Ello implica insistir en la consagración que la labor del voluntario debe a los objetivos concretos de la misión a través del trabajo organizado. Aquel conocimiento implica obrar con diligencia en el desarrollo de las actividades y en un todo de acuerdo a los fines y objetivos de la organización (artículo 7 letra a).

En línea con lo expuesto y tratándose de un trabajo altruista y enmarcado en una misión (que responde a programas concretos) la prestación del servicio —en ningún caso— puede reemplazar al trabajo remunerado presumiéndose que es ajena a la relación laboral y de la previsión social (artículo 4 ley 25.855).

Acorde con lo expuesto la jurisprudencia ha sabido decir que la ley 25.855 que regula las prestaciones en el ámbito del voluntariado social puede encerrar una nueva forma de fraude laboral, pues la relación de empleo privado también se manifiesta en las entidades sin fines de lucro (CNTrab., sala VI, 05/11/2004).

Sin embargo, si la prueba producida no demuestra la existencia de fraude sino que corrobora que la actora ha prestado su actividad como voluntaria, vale decir, de un modo gratuito, altruista y solidario; y a su vez, sin recibir remuneración, salario ni contraprestación económica alguna, corresponde el rechazo del reclamo laboral pues su actividad está regulada por la ley 25.585.

Debe recordarse que en el trabajo voluntario no existe *animus obligandi*. Ello implica decir que debe analizarse la causa concreta de la relación, y a su vez, es un indicio importante vislumbrar la misión de la entidad, y de allí, su correlato plasmado en la actividad voluntaria.

En ámbitos comparados, la doctrina ha dicho que no se puede confundir el voluntariado con una relación laboral sobre todo si la actividad responde a programas o proyectos concretos —artículo 2, 7 letra b), ley citada—, y a su vez, si la labor se integra en un sistema de atribución de funciones y con un grado de posible subordinación o dependencia notablemente inferior al que concurre en una relación laboral (Nieves Nieto).

Sumado a ello y como bien lo destaca Trujillo Díez, en muchos casos habrá de estarse al elemento subjetivo y finalista que lleva al sujeto a realizar tareas voluntarias (Trujillo Díez, 2001:18-19).

IV.3.6. Responsabilidad de la Persona Jurídica y la labor del voluntario

La ley 25.855 en su artículo 1 señala que tiene por objeto regular las relaciones entre los voluntarios sociales y las organizaciones en donde aquellos desarrollan sus actividades.

A tal fin están obligadas a brindar información a los voluntarios acerca de los objetivos y actividades, deben a su vez capacitarlos y dirigirlos a fin de que obren con diligencia (artículos 6, letra a, b y 7, letra a, entre otros).

La organización puede decidir la exclusión del voluntario mediante decisión fundada y circunstanciada de aquellas razones que avalaran esa decisión sin perjuicio de llamar la atención o apercibir al voluntario si es del caso hacerlo (artículo 8, Anexo - Reglamentación de la ley 25.855).

A su vez, aquellos deberes y derechos forman parte del Acuerdo Básico Común celebrado entre la organización y el voluntario (artículo 8 y concs. ley cit.).

Señalaba Ferrara que la persona jurídica puede no haber dado mandato pero ha constituido una esfera general de poder en un campo de relaciones dentro del cual pueden moverse para realizar el fin de la entidad. Todo lo que se hace en la esfera del cargo entra en la vida del ente y recae sobre éste. Desde luego que además de la responsabilidad jurídica para con los terceros, concurre la responsabilidad individual del agente para con el cuerpo moral (Ferrara, 1929: 823 y ss.).

En el derecho comparado y concretamente en la legislación española (artículo 10 de la ley 6/1996) no se duda de la responsabilidad de la entidad privada de voluntariado por aquellos daños causados por sus voluntarios. Podemos tomar por caso la legislación española que expresamente determina que las organizaciones responderán frente a terceros por los daños y perjuicios causados por los voluntarios que participen en sus programas, como consecuencia de la realización de actuaciones de voluntariado.

En ese sentido la doctrina señala la responsabilidad de la entidad por los daños causados por sus voluntarios, la que a su vez constituye un supuesto de responsabilidad por el hecho ajeno. Debe además tenerse en cuenta la facultad de repetición que puede asistir a la entidad frente al voluntario (Trujillo Díez, 2001: 52).

En definitiva, si se piensa en un altruismo responsable no se debe dudar — tampoco — de la atribución de las consecuencias por un obrar ilícito. Aún cuando provenga de aquel que asume una conducta pro activa frente al evento desencadenante de la desgracia.

En nuestro medio, el decreto reglamentario 17/2004 observó a la obligación de contratar seguros que preveía la ley 25.855 en su texto originario —letra g) del artículo 6° de la ley 25.855—. Procedió de esa manera por entender que es un aspecto que excede la naturaleza del trabajo social voluntario.

De todas formas (no está demás reiterarlo) la actuación del voluntario es consecuencia de exigencias superlativas. Su labor no es aislada pues se trata de un compromiso cívico, vale decir, se trata de la implicación activa de los ciudadanos en los asuntos públicos (Ariño). A su vez, responde a acuerdos y a programas de acción en un marco de actividad específico, y aquello, ante una crisis concreta inmersa en un ámbito de actuación determinado. De allí la responsabilidad por haberse excedido del plan de actividades, o bien, por vicios y deficiencias de ésta.

V. Conclusión

De lo expuesto cabe reafirmar que las antiguas estructuras normativas deben ser meritadas al compás de nuevos presupuestos.

Decía Vélez en la tradicional nota al Título I, de la Sección Primera del Libro Primero del Código Civil, que las personas jurídicas no existen sino con un fin jurídico. La idea aparece reafirmada por el citado artículo 141 del actual Código Civil y Comercial.

La hermenéutica llevada a cabo sugiere que la actividad del ente sea sojuzgada en función de la misión que empíricamente la explica ya que ésta da significación práctica al objeto y a los fines de la entidad.

Siendo así, la misión e ideología es la fuerza motriz conductora, vale decir, el factor motivante de aquella actividad comprendida en el fin del ente.

Estamos en el campo de la gestión organizativa, y en esta extensión es fundamental pensar en el dispositivo humano cuyas actividades y expectativas deben desarrollarse, y ello, a fin de comprometerlos en el cumplimiento de los propósitos de la organización.

Debe pensarse en mecanismos de participación lo que supone contar con un sistema de reclutamiento, entrenamiento y apoyo en función de ese dispositivo.

En definitiva, no se trata del para nada desechable altruismo dadivoso, sino que, en función de las necesidades y requerimientos de la realidad ha de pensarse en un altruismo responsable, que debe *saber actuar ante el infortunio*, desarrollar su poder de acción, ser capaz de enfrentar los riesgos y no estremecerse por el dolor, que si bien lo sensibiliza, no lo puede anular en punto a saber cumplir con la tarea respectiva.

Ante ello, es menester pensar en actividades planificadas, constantemente monitoreadas, y a su turno convenientemente ajustada en función a las características de aquella catástrofe que la misión intenta atemperar.

Tampoco se puede aprender a actuar cuando el fuego arrasa, la inundación se produjo, la enfermedad o epidemia hizo estragos, o los conflictos sociales arremeten.

La actividad del voluntario debe ser altamente organizada, plenamente efectiva, y a su vez, responsable por su actuación.

La organización debe poseer una cultura propia que le permita hacer frente a los problemas de adaptación, y a fin de percibir y valorar la actividad inmersa en la misión.

Se trata de imponer los valores que predominan y empujan a la actuación, generando que la misión se anteponga y despersonalice, o al menos, sepa ahogar los egos o intente atemperarlos.

En definitiva y considerando la hora actual, la magnitud de las desgracias o de los infortunios imponen una cultura organizada en función de un altruismo responsable.

Debe comprenderse que la complejidad ubica al voluntariado en una labor acorde a tamaño empresa. En ése sentido el voluntario es un agente preparado, y ello, a fin de llevar a cabo tareas de riesgo que suelen exigir una pericia y un compromiso especial con la misión que lo involucra.

De lo todo lo expuesto y ante la diversidad, no cabe dudas que el examen riguroso de aquella es el que permite determinar a la estructura organizativa del ente, como así, permitirá inferir la naturaleza y destinatarios de la entidad.

VI. Informe final

Es posible pensar que la noción de solidaridad o altruismo responden a conceptos que evolucionan, y bajo ese entendimiento es del caso concebir a un altruismo responsable que ante la misión que lo genera se muestre decisivo en la construcción de nuestra sociedad.

Un análisis final, impone meritar hasta qué punto pueden operar en nuestras sociedades variables que sobrellevan contenidos tan trascendentes como reflexivos, y que a su vez, ambicionan la aplicación de conceptos como organización y entrega.

Pensamos que la realidad y su dinámica se imponen, y así, la fuerza de los acontecimientos conducirá a que los mecanismos se aceiten y se perfeccionen, y a su vez, se pongan a tono con el presente que los condiciona.

Una vez más el dato empírico sojuzgará al jurídico, y así, la fuerza de las desdichas obligará a enfrentarlas con la debida prudencia.

Es verdad que al hombre de estos tiempos le cuesta mucho más que antes destinar parte de sus días a una tarea no remunerativa. Sin embargo ello no impide vislumbrar que en la especie se trata de empoderar al capital humano en función de una misión, embeberlo en valores y atraer sus inquietudes permitiendo ejecutar sus destrezas.

A su vez, la preparación y la responsabilidad por una tarea tan delicada como complicada, puede hacer pensar acerca de la posibilidad de que se lleve a cabo.

Coincidimos con Béjar en que la *autorrealización* debe ser considerada como eje expresivo, según el cual, cada persona posee un núcleo compuesto de sentimientos e intuiciones que debe desplegar para desarrollar plenamente su interior.

Puede pensarse en una nueva filantropía con rostro humanitario donde el civismo y la virtud dan cuenta de una cultura participativa en medio de un presente angustiante y conflictivo.

En esa línea es posible compartir la idea según la cual la interdependencia de quienes son actores y destinatarios de la misión permitirá comprender a un altruismo organizado, consistente y a largo plazo.

VII. Bibliografía

ALONSO, Juan Ignacio y GIATTI, Gustavo Javier (2014). "Persona jurídica", en: Julio César Rivera y Graciela Medina (dir.), Mariano Esper (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T. 1 (art. 114-224). Buenos Aires: La Ley.

ARIÑO, Antonio y OTROS (2007). *Asociacionismo y Voluntariado en España. Una perspectiva general*. España: Tirant Lo Blanch.

BÉJAR, Helena (2001). *El mal samaritano. El altruismo en tiempos de escepticismo*. Barcelona: Anagrama.

BIAGOSCH, Facundo Alberto (2000). *Asociaciones Civiles*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

CAHIÁN, Adolfo (1996). *Derecho de las fundaciones*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

— (1998). *Las asociaciones civiles en la República Argentina*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

CASTEL, Robert y DUVOUX, Nicolás (2013). *El porvenir de la solidaridad*, Traducción de Pablo Betesh. Buenos Aires: Nueva Visión.

CHACÓN, Fernando; PÉREZ, Tania; FLORES, Jérôme y VECINA, María Luisa (2010). “Motivos del Voluntariado. Categorización de las Motivaciones de los Voluntarios mediante pregunta abierta. Intervención psicosocial”, en: *Revista Psychosocial Intervention*. V. 19 N° 3, pp. 213-22. Disponible en: www.redalyc.org [Fecha de consulta: 15/12/2016]

CROVI, Daniel (2014). “Artículo 141-224”, en: Ricardo Luis Lorenzetti (dir.), Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti (coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. T. I.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1991). *La persona jurídica*. Madrid: Civitas.

DE LOS MOZOS, José Luis (1988). *Métodos, sistemas y categorías jurídicas*. Madrid: Civitas.

DONATI, Pierpaolo (1997). *El desarrollo de las Organizaciones del Tercer Sector en el proceso de modernización y más allá*. Traducción de Manolo Herrera. Reis 79/97, pp. 113-141. Disponible en: <http://www.reis.cis.es> [Fecha de consulta: 10/06/2016]

FERRARA, Francisco (1929). *Teoría de las Personas Jurídicas*. Traducción de Ovejero y Mauri. Madrid: Reus.

GARCÍA CAMPÁ, Santiago (2013). “El voluntariado y su régimen jurídico”, en: *Cuaderno de Solidaridad*. N° 7. Tirant Lo Blanch. ISBN 978-84-9004-904-4. Disponible en: <http://www.plataformavoluntariado.org/ARCHIVO/documentos/recursos/el-voluntariado-en-espana-una-decada-de-investigacion-2005-2015.pdf>

LACRUZ BERDEJO y OTROS (1998). *Elementos de Derecho Civil*. (Personas). Madrid: Dikinson. V. II.

LIPOVETSKY, Gilles (2016). *De la ligereza*. Barcelona: Anagrama.

LIPOVETSKY, Gilles y OTRO (2006). *Los tiempos hipermodernos*. Barcelona: Anagrama.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Juan Luis (1998). *La imagen de las ONG de desarrollo (Para ir dimensionando el tercer sector)*. España: IEPALA, Colección Cooperación y Desarrollo. Gobierno de Navarra.

MONZÓN, José Luis (2006). *Economía Social y conceptos afines: fronteras borrosas y ambigüedades conceptuales del Tercer Sector*. España: CRIEC. Nº 56/2006. Disponible en: <http://www.ciriec.es>; www.uv.es; www.redalyc.org [Fecha de consulta: 09/02/2017]

MORILLO GONZÁLEZ, Fernando (2001). *La fundación, concepto y elementos esenciales*. Madrid: Tecnos.

NIEVES NIETO, Nuria (2001). “Voluntariado y empleo en el Tercer Sector”, en: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 33, pp. 279-312. Disponible en: <https://www.dialnet.unirioja.es>

RODRÍGUEZ MERINO, José María (2016). *Bioética y Derechos Emergentes*. España: Dykinson.

SAJARDO MORENO, Antonia (2012). *Análisis económico del sector no lucrativo. Aspectos económicos del voluntariado*. 2ª ed. España: Tirant lo Blanch.

TOBÍAS, José W. (2015). En: Jorge Horacio Alterini (dir. gral.), José Tobías (dir. del tomo), Ignacio Alterini (coord.). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. Buenos Aires: La Ley. T. 1.

TRUJILLO DIEZ, Iván Jesús (2001). *Legislación sobre voluntariado*. Marín López (dir.). Madrid: Tecnos.

URBANEJA, Aldo Emilio (2015). “Comentario artículos 141 y ss.”, en: Eduardo Gabriel Clusellas (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado*. T. 1 (del Código Civil y Comercial). Buenos Aires: Astrea. FEN. T. 1.

YUBERO, Santiago y LARRAÑAGA, Elisa (2002). “Concepción del voluntariado desde la perspectiva motivacional: conducta de ayuda vs. Altruismo”, en: *Revista de Pedagogía Social. Revista Interuniversitaria* (9). Disponible en: www.redalyc.org [Fecha de consulta: 16/02/2017]

Legislación

Ley Nº 25.855. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Jurisprudencia

CSJN, 22/11/1991, "Comunidad Homosexual Argentina c/ Inspección General de Justicia". *La Ley*. 1991-E-677.

CSJN, 21/11/2006, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti c/ Inspección General de Justicia". *Microjuris*. Cita: MJJ9471 [Fecha de consulta: 15/11/2016]

CSJN, 20/06/2009. "Salas, Dino c/ Provincia de Salta y Estado Nacional". *La Ley* 12/08/2009, 11.

CNCiv., sala D, 06/03/2001, "Fundación Virgen del Rosario c/ IGJ". *La Ley*, 2001-E-734.

CNTrab., sala IV, 05/11/2004, "Ávila, Graciela c/ Fundación Margarita Barrientos y otro", JA 2005-I, 121; DT 2005 (mayo), 645 con nota de Carlos Pose.

Fecha de recepción: 03-04-2017 Fecha de aceptación: 17-07-2017

La determinación de la capacidad jurídica, principios y procesos

POR RUBÉN MARCELO GARATE (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los principios de la determinación de la capacidad.— III. Incapacidad o capacidad restringida.— IV. El proceso en la Provincia de Buenos Aires.— V. Aspectos críticos.— VI. Reglas procedimentales.— VII. Novedades en las legitimaciones.— VIII. Medidas cautelares.— IX. El principio de inmediación.— X. La sentencia judicial: aspectos específicos.— XI. Control de convencionalidad.— XII. El apoyo.— XIII. Una sentencia que debe ser inscripta.— XIV. Interdisciplinariedad y la posible rehabilitación.— XV. Los derechos de las personas con capacidad restringida.— XVI. La capacidad y el derecho sucesorio.— XVII. Conclusión.— XVIII. Bibliografía.

Resumen: el problema de la capacidad jurídica es un tema muy amplio. Nos podemos preguntar cuando se adquiere o cuando se pierde. A partir de la incorporación de las Convenciones Internacionales en materia de discapacidad, comenzamos a hacernos otras preguntas. ¿Cuándo se limita? ¿Por qué limitar su ejercicio? ¿Es posible establecer límites? Muchas otras preguntas que merecen una respuesta. Pero como siempre, estas respuestas en el mundo del Civil Law salen de la norma. Este trabajo pretende adentrarse en los problemas centrales de la determinación de la capacidad, teniendo en cuenta el nuevo paradigma que se impuso a partir de la reforma del Código Civil.

Palabras claves: capacidad - restricción - incapaz

Determination of capacity, principles and processes

Abstract: *the issue with juridical capacity is a very extensive topic. We can question ourselves when it is acquired or when it is lost. With the incorporation of the international conventions in matters of disability, we begin to ask ourselves other kinds of questions. When is it limited? Why is its exercise limited? Is it possible to establish any limits? And many other questions that deserve an answer. But, as usual,*

(*) Prof. en Filosofía y Ciencias de la Educación. Abogado. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho de Familia. Prof. de Introducción al Derecho y de la Maestría de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

these answers in the world of civil laws, escape the norm. This work aims to delve on the main problems of the determination of the capacity, taking into account the new paradigm that was imposed from the reform of the civil code.

Keywords: *capacity - restriction - incapacity*

I. Introducción

El problema de la capacidad jurídica es un tema muy amplio. Nos podemos preguntar cuando se adquiere o cuando se pierde. A partir de la incorporación de las Convenciones Internacionales en materia de discapacidad, comenzamos a hacernos otras preguntas. ¿Cuándo se limita? ¿Por qué limitar su ejercicio? ¿Es posible establecer límites? Muchas otras preguntas que merecen una respuesta. Pero como siempre, estas respuestas en el mundo del Civil Law salen de la norma. Este trabajo pretende adentrarse en los problemas centrales de la determinación de la capacidad, teniendo en cuenta el nuevo paradigma que se impuso a partir de la reforma del Código Civil. Para ello, es necesario que tengamos presente los principios fundamentales que rigen la capacidad, que pueden ser señalados de la siguiente manera: a) la capacidad y su ejercicio son presupuesto en todos los casos; b) la intervención de un equipo interdisciplinario que permita una evaluación integral; c) la adopción de apoyos, es una herramienta para mejorar la autonomía de las personas discapacitadas; d) la sentencia es una norma individual, que personaliza límites específicos. Bajo este paradigma, fijado por estos principios intentamos introducirnos en la problemática de la determinación de la capacidad, en integrarlo con las cuestiones procesales específicas en el ámbito de la Provincia de Buenos Aries.

II. Los principios de la determinación de la capacidad

Debemos iniciar nuestra exposición afirmando que, la regulación sobre la capacidad de las personas que establece el Código Civil y Comercial se funda en el principio general del reconocimiento de la capacidad. En este sentido podemos decir que la regla es considerar que toda persona es capaz, y que lo excepcional es la incapacidad, la que debe ser expresamente limitada por una declaración judicial. No obstante ello, la incapacidad nunca puede ser total, porque siempre somos titulares de derechos, y estos pueden ser ejercidos en la medida de las posibilidades que cada persona pueda desarrollar.

Recordemos que el Código de Vélez Sarsfield distinguía entre la capacidad de derecho y capacidad de hecho, o mejor dicho, entre ser titular de derechos y poder ejercerlos. La nueva redacción del Código Civil y Comercial mantiene esta clasificación. Establece que la capacidad de derecho, solo puede limitarse parcialmente,

reconociendo que toda persona es sujeto de derecho. Por lo tanto, todos tenemos derechos, pero según la edad o la capacidad, estos disminuyen o aumentan. Podemos gozar, en un primer momento de algunos derechos, hasta que al lograr la mayoría y obtener la totalidad de ellos. No obstante, en algunas circunstancias la edad no es limitativa, como cuando un niño o joven debe ser oído, ya que el Código incorporar el concepto de capacidades progresivas. Permitiendo comprender la situación del niño, niña o adolescente, desde su propia situación, instalando el paradigma de la comprensión del otro desde el otro y no de un tercero ajeno a su realidad existencial (D'Albano, 2015: 82).

La incapacidad de derecho tiene que ver con el impedimento de la realización de determinados actos, que impliquen adquirir obligaciones, un buen ejemplo de ello, es la limitación para la celebración de un contrato. Otro de los principios jurídicos que subyacen en el Código, además del reconocimiento de la capacidad, es el resguardo de la autonomía personal. Esto no es otra cosa que empoderar a las personas que padecen alguna forma de discapacidad, no para que tengan un tratamiento como personas especiales, sino que se los considere como personas “normales” con necesidades específicas. El Código pretende que la persona pueda desarrollar plenamente aquellas actividades, para las que se le reconoce plena capacidad, estableciendo de forma específica aquellas otras para las que requiera de un apoyo o un sistema de apoyo. Lo que se procura resguardar es la autonomía personal, como así lo establece expresamente en el artículo 23, cuando al referirse al ejercicio de la capacidad nos dice: “(...) toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

La capacidad de hecho se define como la aptitud para poder obrar y ejercer determinados derechos. Su limitación, solo encuentra sustento en la posible vulneración de derechos en la que se encuentran las personas menores de edad y las personas que padecen alguna afección en su salud mental. En principio, el derecho, recurre a los progenitores, tutores o curadores, para que los representen, tendiendo a la protección de la persona frente a terceros. El artículo 24 inc. c) del CCiv. y Com. establece con relación al ejercicio de los actos jurídicos que *la persona declarada incapaz mediante una sentencia judicial, tiene una restricción en la extensión dispuesta en esa decisión*. La solución a esta situación y a otros casos de restricciones, viene dada con la representación del padre, tutor o curador (Bariffi, 2016: 1). La incapacidad de hecho, implica una limitación al ejercicio de determinados actos. Debemos tener en cuenta que, no se impide aquellos actos que tengan que ver con su realización, sino específicamente aquellos que tienen que ver con la ejecución. El ejercicio de la capacidad tiene las excepciones que la norma establece. Ello se encuentra en consonancia con lo establecido por el artículo 12 de la CDPD que establece igual reconocimiento como personas ante la ley y

especifica en su inc. 1 que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. Es que para la convención, el principio es la capacidad y la restricción solo es excepcional. Por ello, se le debe asegurar defensa de su ejercicio, como así se encuentra asegurado por el derecho internacional de los derechos humanos, del cual la convención internacional forma parte (Budich y otros, 2015: 1). Bien cabe destacarse que desde el 6 de junio de 2008 se encuentra aprobada por la ley nacional 26.378 que cuenta con jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inc. 22 Constitución Nacional (CN), según lo establece la ley 27.044.

Tanto en el régimen anterior, como en la regulación actual, consideraron que nadie puede dejar de ser considerada como persona humana, más allá que no puede realizar todos o algunos actos jurídicos que le son propios. Sin embargo, a la luz de la normativa internacional, este principio de la personalidad, tiene una proyección jurídica importante en su exégesis, atento que toda persona tiene derecho a ser oído y poder expresar su opinión; como así también, a participar en el proceso judicial de determinación de su capacidad, con su propia representación legal.

En la sección tercera del Código se comienza a hablar de las restricciones a la capacidad. Es el artículo 31 del CCiv. y Com. el que establece los principios generales que dan le fundamento de toda la regulación de esta institución. Así se establece:

1. La capacidad siempre se presume (en principio todos somos capaces; salvo que se pruebe lo contrario).
2. La limitación de la capacidad es excepcional (por lo tanto hay que individualizar cada caso).
3. Su determinación supone un enfoque multidisciplinario y no solo legal (es una cuestión jurídica fundada en un análisis interdisciplinario).
4. La persona involucrada tiene derecho de ser informada (Kant sostenía que, las personas son fines en sí mismos. Por lo tanto nadie puede ser tratado como una cosa, sobre la cual se dispone graciosamente).
5. Debe participar en el proceso, contando con asistencia letrada (en tanto que el derecho internacional de los derechos humanos, ha establecido como principios jurídicos procesales el derecho a ser oído, el acceso a la justicia, y la defensa en juicio).
6. La opción debe ser la menor restricción de sus derechos (porque cada restricción se correlaciona con un apoyo).

La enunciación de estos principios se vincula con el nuevo paradigma, aportado desde la reforma del Código. Dicho paradigma, encuentran entre su fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, que con la aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, dictada por la OEA en el año 2000, aprobada por la ley nacional 25.280. Así también, con el dictado de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en este caso elaborada por la ONU y como ya dijimos, aprobada por la ley 26.378. A partir de estas normas internacionales, los derechos de las personas con discapacidad, se encuentran enmarcadas dentro de los derechos humanos, desde donde deben ser interpretados y entendidos. Esta perspectiva fue tenida en cuenta cuando en nuestro país se dictó en el año 2010 la ley de salud mental 26.657, que pretendió plasmar a nivel nacional, esta normativa internacional sobre los derechos humanos, poniéndose en sintonía con los principios establecidos con las Naciones Unidas. Que en su artículo 1 de la CDPD establece que el propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno, en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad (Bariffi, 2016: 2).

No por nada, uno de los principios de la norma nacional, tiene que ver la afectación de la menor cantidad de derechos. Este principio es concordante con la idea de pensar la restricción, solo en beneficio de la persona discapacitada. Esta vinculación entre el derecho internacional y el derecho nacional, se puede apreciar en el cambio de perspectiva que presenta el Código Civil y Comercial. Porque, la declaración de incapacidad nunca se puede aplicar de forma general, sino que se debe indicar cuáles serán las concretas limitaciones que se impondrán a la persona, justificando dicha decisión. En igual sentido se expresa la ley 26.657 que dice en su artículo 3 “se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”. Por lo que toda restricción implica un proceso de conocimiento, en el que se pruebe la situación de excepción, a fin de conformar un criterio legal objetivo, sobre la base del informe presentado por los facultativos, especialistas en la materia.

Si bien la cuestión de fondo tiene que ver con un tema médico psiquiátrico, también es necesario considerar aspectos psicológicos, sociales, económicos, biológicos y culturales. Por eso el Código, entiende la necesidad de abordar el problemática de forma interdisciplinaria, porque la salud mental, no sólo es un problema médico en el que se encuentra en riesgo la salud, sino que también, a raíz de este padecimiento la persona se encuentra vulnerable en los distintos ámbitos de la vida social. En estos casos no puede faltar la presencia del Estado, así lo entiende la CDPD en su artículo 26 cuando dice que:

“(…) los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas”.

III. Incapacidad o capacidad restringida

El artículo 32 del CCiv. y Com. señala la puerta de entrada a la incapacidad. Dicho así puede sonar muy determinante y hasta temerario. Bien hemos indicado que, la restricción al ejercicio de la capacidad, es excepcional y que su fin es la protección de los derechos de la persona. Sin embargo sabemos de la existencia de enfermedades mentales imposibles de revertir, en tanto que afectan la salud de forma permanente, extinguiendo toda expectativa de recuperación. En estos casos el Código Civil y Comercial entiende que cuando no basta brindar un sistema de apoyo, para quien no puede desempeñarse por sí mismo. Si necesita una mayor ayuda. La norma faculta al juez a reconocer la incapacidad y designarle un curador que lo represente, para todos los actos de la vida civil (Bariffi, 2016: 5).

El primer requisito para determinar la capacidad de la persona tiene que ver con la edad. La ley establece, que se debe ser mayor de 13 años. Este límite de edad se encuentra en sintonía con lo establecido en el artículo 25 y 26 del CCiv. y Com. que considera adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años. Se presume que tiene aptitud para decidir por sí mismo sobre los tratamientos de salud, que no pongan en riesgo grave su vida o su integridad física. También puede prestar consentimiento con la asistencia de sus progenitores, siempre que el profesional de la salud o especialista médico le explique o le informe su opinión sobre las ventajas y riesgos del acto médico.

El segundo requisito tiene que ver con el padecimiento de una enfermedad o una adicción, permanente o prolongada de suficiente gravedad. En el caso de la adicción debe ser entendida, como la dependencia a una sustancia o la realización de una actividad nociva para la salud o el equilibrio psíquico. Se requiere que tenga cierta continuidad, y que se produzca sin límite de tiempo, provocando un riesgo a la salud. Definimos a la adicción como la conducta habitual, que determina la voluntad de la persona, de tal forma que se requiere de la ayuda externa para poder modificarlo.

El tercer requisito tiene que ver con la afectación de la plena capacidad, en la medida que se ve afectado su relación con su entorno. La declaración de “capacidad restringida” supone la imposibilidad de manejarse por sí mismo, porque el padecimiento impide tener plena conciencia de sus actos y de las consecuencias de estos. Esta dificultad provoca que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, que pudiera perjudicarlo de algún modo. La evaluación del posible riesgo, con relación a su persona y/o patrimonio, debe ser considerado por el juez dentro del proceso de capacidad. El efecto que provoca esta declaración, es la designación de un sistema de apoyo, según las necesidades de la persona. Estos apoyos que se le designen, tienen como finalidad apuntalar la voluntad del causante, promoviendo decisiones favorables a su persona.

No obstante, si alguien necesita una mayor contención, porque se encuentra en un estado de imposibilidad absoluta, requiriendo una contención que exceda las posibilidades que pueda brindarle un sistema de apoyo, porque su relación con su entorno es casi nula. Es posible, según nos señala el cuarto párrafo del artículo 32 del CCiv. y Com. que, para estos casos, se permita el nombramiento de un curador que lo represente para todos los actos de la vida civil, pudiendo tomar decisiones por la persona incapacitada. Situación que debe ser corroborada obviamente por un informe interdisciplinario, que establezca un diagnóstico médico, que permita aportar un criterio suficientemente objetivo. Esta posibilidad apunta a brindar una solución aceptable, a la persona que padece una gravedad de la enfermedad, que afecta la posibilidad de tomar, todo tipo de decisión por sí misma, para lo que resulta infructuoso contar solamente, con un sistema de apoyo (Mendiondo y otro, 2016: 3).

IV. El proceso en la provincia de Buenos Aires

En el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires encontramos a partir del artículo 618 los distintos pasos procesales para la declaración de “demencia” dentro del proceso del proceso de incapacidad. Esto nos permite pensar que lejos ha quedado el derecho procesal del nuevo paradigma, por lo cual una reforma en materia procesal nos urge permanentemente.

Ahora bien, el Código Procesal establece, que la solicitud ante el juez debe realizarse exponiendo los hechos que fundamentan el pedido. Acompañando en este caso dos certificados médicos, que acrediten el estado de salud mental y su peligrosidad. Es interesante pensar las lecturas que se pueden hacer del concepto de “peligrosidad”. En este sentido lo peligroso es lo que debe ser aislado para que no perjudique al resto, ni se perjudique a sí mismo. En el fondo lo peligroso tiene que ver con la salud mental, entendiendo que es de por sí, que es peligroso quien tenga

un padecimiento mental, antes que una persona que necesita algún tipo de ayuda. Si pensamos en la redacción del artículo 42 del CCiv. y Com. nos habla de conductas “riesgosas”, para sí y para terceros, resaltando con esta conceptualización de la situación de vulnerabilidad que se puede encontrar una persona con dificultades mentales, quien también puede poner en riesgo la vida o la salud de otros, por su padecimiento en su salud.

V. Aspectos críticos

Ahora bien, la normativa nacional, pretende asegurar la mayor autonomía de las personas con padecimientos mentales. Este criterio, es una de las claves para entender, no solo como opera el nuevo paradigma, sino también, para entender la intención del codificador cuando estableció el articulado que hoy nos rige. El artículo 12 de la CDPD establece reglas en materia de capacidad jurídica, que impone la necesidad de una revisión de las normas civiles sobre el ejercicio de la capacidad. Dentro de este contexto de cambios de paradigma hay que ubicar la ley 26.657 de Salud Mental, que marcó una modificación significativa, al introducir el artículo 152 *ter* que obligaba a personalizar en las sentencias las funciones y actos que se limitan, a contar con una evaluación interdisciplinaria y revisar las sentencias cada tres años (Kemelmajer y otros, 2015: 1).

Se puede cuestionar que el Código Civil y Comercial de la Nación, se mete a regular aspectos netamente procesales, desconociendo que la legislación en materia de procedimiento, es una facultad no delegada por las provincias al gobierno nacional (artículo 121 de la CN). Atento que las provincias en forma exclusiva pueden dictar su propio derecho público, procesal y adjetivo. Estas atribuciones son remanentes de las atribuidas al gobierno federal, se formulan de manera tácita o expresa, *a contrario sensu*, de los denominados poderes prohibidos (Quiroga Lavié, 2009: 993). Si bien, la crítica resulta ser aguda, en beneficio de nuestros codificadores, debemos decir que la propia Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, señala en su artículo 4 inc. “b” que es obligación de los Estados, “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas las medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”. Fundamento suficiente, para pensar una legislación nacional que asegure todos los derechos enunciados en la convención internacional, como por ejemplo el de acceso a la justicia. En consecuencia, resulta necesario, un conjunto de normas generales básicas que puedan ser aplicables en todo el territorio del Estado, garantizando la aplicación uniforme de los derechos convencionales, que poseen rango constitucional (artículo 75 inc. 22), y rigen para toda la nación (Converset, 2015: 53).

VI. Reglas procedimentales

Podemos comenzar enunciando los principios procesales, que se encuentran sustentados por la normativa establecida en el Código Civil y Comercial que regula este instituto y que rigen las prácticas judiciales de la determinación de la capacidad, de la siguiente forma:

1. Se presume que toda persona tiene capacidad, salvo que una sentencia los restrinja, la cual debe establecer específicamente, para que tipo de actos existen limitaciones.
2. La persona que tenga posibilidades de tener una limitación a su capacidad es parte del proceso y debe tener representación letrada, asegurándose la posibilidad de ser oído y el acceso a la justicia.
3. La declaración judicial en la que se determina de la capacidad jurídica encuentra fundamento en los informes interdisciplinarios producidos y en la restante prueba aportada por las partes, a fin garantizándose el debido proceso.
4. Si se prueba que existen limitaciones en la capacidad hay que designar un sistema de apoyo, pudiéndose nombrar a una persona o más de una, para que asuma formalmente su colaboración.
5. El juez debe tener contacto con el causante y entrevistarlo, concretando la intermediación judicial que debe existir en este proceso.
6. La sentencia, no hace cosa juzgada, sino que debe ser revisada periódicamente, realizando un nuevo examen interdisciplinario.

Todos estos principios resultan importantes porque la forma de hacer razonable las decisiones, depende de su grado de aceptabilidad. Esto tiene que ver con el mayor o menor apego a las normas que se produce en la acción discursiva emprendida en el dictado de la sentencia. En ella se intenta desarrollar un conjunto de argumentos, sobre los cuales se apoya su justificación.

La pretensión de racionalidad del discurso busca legitimar una decisión. Se intenta expresar un conjunto de argumentos jurídicos, que surgen de la valoración de las acciones particulares (Arnio, 2003: 231). 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. Nuestra capacidad se pone en juego, cuando las normas establecen objetivos jurídicos (Ciuro Caldani, 2005: 30).

La existencia de derechos y garantías procesales con plena vigencia es una tarea específica del poder jurisdiccional, cuando pretende aplicar la ley para cada caso particular. Esto se transforma en un criterio de *corrección*, que permite darle fundamento a la decisión judicial (Alexy, 1984: 2). En este sentido Dworkin sostiene que la ley es una empresa que descansa en la coordinación de los esfuerzos del individuo y la comunidad. El mejor sentido político de un cuerpo normativo solamente se encuentra en el servicio que este presta (Dworkin, 1997: 168).

Dentro del ordenamiento jurídico podemos encontrar reglas de carácter obligatorio. En este caso el Código Civil y Comercial, nos ofrece un conjunto de reglas formalmente válidas, que intentan optimizar el proceso judicial. Señalan un conjunto de aspectos fácticos que deben producirse, a fin de reunir los medios aptos y acciones alternativas, para alcanzar el objetivo propuesto por el legislador. En este sentido, podemos afirmar que los derechos humanos, de las personas con discapacidad, se comportan como principios jurídicos, que animan y dan sentido a la legislación. Porque lo que se pretende es logra su plena eficacia, con el señalamiento de estas normas procedimentales.

VII. Novedades en las legitimaciones

Como todo proceso judicial, la determinación de la capacidad se fundamenta en la premisa que toda persona que se encuentra legitimada para poder iniciarlo, tiene derecho a participar nombrando a su abogado. En estos procesos de determinación, esta premisa se encuentra asegurada explícitamente, en el artículo 31 del CCiv. y Com. inc. e), cuando establece la participación activa del causante, debiendo nombrar un abogado que lo represente, y que según el caso, el Estado se le debe proporcionar patrocinio gratuito, si carece de medios económicos suficientes. No obstante debemos hacer la salvedad que esta regla general, no solo enmarca una cuestión procesal, sino que se relaciona con los principios de *defensa en juicio* y de *acceso a la justicia*.

Los legitimados para poder realizar el trámite de determinación de la capacidad son quienes se encuentran enumerados en el artículo 33 del CCiv. y Com. la novedad, está dada, por la posibilidad que el propio causante, pida su propia restricción a la capacidad. Esta innovación que trae el artículo 33 inc. a) del CCiv. y Com., lo que se vincula por un lado, con el derecho de igual reconocimiento ante la ley y el derecho de acceso a la justicia. Asimismo, tienen su correlato, en los artículos 12 y 13 de la CDPD. Por otro lado, el artículo 36 del CCiv. y Com. establece que la intervención del interesado en el proceso, es como parte del mismo, pudiendo aportar todas las pruebas hagan a su defensa.

El cónyuge también puede solicitar la determinación del otro poniéndose en este caso como condición, que no se encuentre separado de hecho, ya que se tiene en cuenta en estos casos, que los efectos de la sentencia de divorcio se retrotraen a la fecha de separación. En el caso de los convivientes, pueden pedirlo mientras continúen con la convivencia, manteniendo esta condición de que no se produzca durante la separación. Todo esto resulta, lógico sobre todo si tenemos en cuenta que luego de la separación, pueden existir intereses contrapuestos y que el apoyo debe velar por el cuidado del causante.

En cuanto la legitimidad de los parientes se tomó como límite los que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad y el segundo grado de afinidad. Concordante con lo establecido en el artículo 2438 que, al referirse a la sucesión, determina a falta de descendientes, ascendientes y cónyuge, heredan al causante, las personas con capacidad restringida o los curados, como los parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive, en tanto que tienen vocación hereditaria. No obstante con relación al deber alimentario el artículo 537 menciona en el inciso c) que los hermanos bilaterales y unilaterales tienen esta obligación y los parientes afines se deben alimentos si están vinculados en línea recta en primer grado (artículo 538). En este sentido podríamos entender que le codificador consideró, que tanto los posibles herederos, como quienes tienen obligación alimentaria pueden tener interés en la declaración de incapacidad, ya sea en procura del patrimonio de este o por la obligación que tienen para con él.

Siguiendo la línea trazada por el Código de Vélez, también en la actual redacción, le reconoce legitimidad al Ministerio Público, resultando en cabeza de la Asesoría de Menores e Incapaces el inicio de las actuaciones. El artículo 103 del CCiv. y Com. reconoce su actuación tanto en los casos de las personas incapaces, como de quienes tengan una capacidad restringida, y también en los casos que requieran un sistema de apoyo, dándose intervención en estos casos a la Curaduría de Alienados. La intervención del Ministerio Público, es tan necesaria, que su ausencia en el proceso acarrea la nulidad relativa del mismo, en la medida que puede ser subsanada posteriormente, en la medida que siendo advertida antes del dictado de la sentencia, se le dé intervención, tomando conocimiento de las actuaciones pudiendo proponer medidas de prueba o de resguardo de la integridad del causante. En los casos que el causante, carece de representante legal, resulta necesario proveerle un abogado. Es el Ministerio Público quién debe procurárselo, nombrando un defensor oficial para que actúe en su favor.

VIII. Medidas cautelares

Una vez iniciado el proceso de restricción de la capacidad, existiendo una situación de riesgo para la persona o para su patrimonio, acreditando la verosimilitud

del derecho y el peligro en la demora, es posible previo al dictado de la sentencia, que se dispongan medidas cautelares, conforme lo regulado por el artículo 36 del CCiv. y Com. Sin que se necesario la contracautela, atento que su finalidad es la protección del causante, por ello pueden ser dispuestas de oficio o por pedido del denunciante, del denunciado o del Ministerio Público. En tanto que el tiempo de duración de las medidas, depende particularmente del momento en que se recupere la capacidad. Un ejemplo claro lo encontramos en el pedido de inscripción en el Registro de la Propiedad, de la inhibición general de bienes. Esta es una medida de protección patrimonial tiende a evitar la asunción obligaciones, la realización de contrataciones y la disposición de bienes, que pueda perjudicar a la persona limitada en su capacidad, ya que por sí solo y sin ningún apoyo o protección, puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

Una de las medidas que tienen que ver con el resguardo personal es el nombramiento provisorio de una persona que apoye al causante en sus actos de administración y disposición. Las funciones de este primer apoyo son mucho más amplias, ya que también tiene a su cargo, según cada caso, de ocuparse de brindar los cuidados necesarios de la salud y de la interrelación relación con su entorno social. Generalmente esta responsabilidad cae en quien ha dado inicio al proceso o en un familiar más próximo de preferencia (Converset, 2015: 54).

Este tema del entorno social, en el que se incluye la persona con discapacidad, guarda estrecha relación con lo establecido por el artículo 19 de la CDPD cuando se reconoce el derecho en igualdad de condiciones o situación, de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, debiendo facilitar su plena inclusión y participación en la comunidad. Mientras que el tema de la salud al que aludimos, encuentra su correlato en el artículo 25 de la CDPD, cuando afirma que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Siendo los Estados Partes quienes deberán adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluido la problemática de la rehabilitación relacionada con la salud.

IX. El principio de inmediación

La cuestión de la competencia no es un tema menor en los casos de determinación de la capacidad. Sobre todo porque determina el juez que entenderá en este tipo de procesos tan especiales. Esta, queda fijada por el domicilio o el lugar de internación de la persona conforme lo establece el artículo 35 del CCiv. y Com. Esta regulación se encuentra motivada, en el principio de inmediatez. Se tiende a la protección inmediata de situaciones de vulnerabilidad de derechos, asegurando

la tutela judicial efectiva. La ley prefiere el domicilio real, por sobre cualquier otro tipo de domicilio, porque presume la posibilidad del juez o del funcionario judicial, de tener un rápido contacto con la persona involucrada, conocer la situación, realizar las evaluaciones del caso y considerar los sistemas de apoyo disponibles. También, hay que tener en cuenta que el domicilio regula la ley aplicable.

El artículo 35 del CCiv. y Com. se introduce claramente, según nuestra percepción, en la dinámica procesal. Estableciendo a la intermediación como una obligación del órgano jurisdiccional, como una parte esencial del proceso judicial. Cabe destacar que existen, pocas obligaciones procesales, tan claramente puestas en cabeza del juez. Entendemos que esto responde a garantizar el derecho de acceso a la justicia, como así lo establece el artículo 13 de la CDPC en su inc. 1). Para lograr esto, resulta necesario ajustar el procedimientos, adecuándolo a la situación particular de la persona con discapacidad, a fin de facilitar el desempeño de las funciones de la persona, como participante directo e indirecto en el proceso. Esta inmediatez exigida se resuelve en una entrevista personal, que produce el conocimiento directo del juez con el causante. Ello, a fin de que el magistrado tenga una comprensión de la situación, social, económica y psíquica, para determinar las aptitudes, habilidades y limitaciones existentes. Con la intención de permitir el reconocimiento de su individualidad, que lo constituyen como un sujeto de derechos particulares y específicos. Porque su situación es particular, en tanto que resulta ser un individuo concreto con una historia personal, sino también, alguien que por su salud se encuentra en una situación especial dada su discapacidad, que lo hace vulnerable.

Le corresponde al juez realizar los ajustes procedimentales que resulten razonables, teniendo en cuenta la situación del interesado, incluyendo toda aquella modalidad, como la concurrencia al lugar de residencia, adaptando la formalidad del proceso, a fin de asegurar el acceso a la justicia (Olazábal, 2016: 162).

Este tipo de procesos pretende la inclusión de la persona en su sociedad. Reconociendo sus capacidades e incapacidades, sobre las cuales se debe proyectar su desarrollo coexistencial futuro. Es por este motivo, que se requiere que realmente sea parte, teniendo la posibilidad de comprender los distintos pasos procesales, teniendo en cuenta su tipo de discapacidad. En este sentido, el juez tiene la posibilidad de establecer los ajustes procedimentales, que entienda necesarios, para facilitar el conocimiento de las actuaciones.

Como condición para el dictado de la sentencia el artículo 627 del CPCC de la Provincia de Buenos Aries, establece que el causante debe comparecer ante el juez del proceso o según la circunstancia el mismo juez debe trasladarse al domicilio o, al lugar de internación, para tener un contacto directo. La sentencia que debe dictarse en el plazo de 15 días, debe ser inscripta en el Registro del Estado Civil

y Capacidad de las Personas. La misma sentencia debe notificarse a las partes, quienes en el término de 5 días pueden oponerse presentando su apelación. El artículo también considera la situación en la cual, el juez no designa un curador, porque considera que no debe declararse la “incapacidad” total. En tanto que solo debe determinar ciertas limitaciones a la capacidad. Para este caso el artículo, solo permite que pueda ser declararlo inhabilitado. En este caso la normativa nacional nos señala otras posibles soluciones, poniendo a la inhabilitación, como otra de las posibilidades, conjuntamente con la determinación y la curatela, según el caso que se ventile.

La sentencia también tendrá que pronunciarse sobre la necesidad de la intervención de la Curaduría Oficial. Organismo de carácter oficial, cuya función es la de ejercer el rol de curador, según los términos utilizados por la anterior legislación. Su presentación se produce, en aquellos casos que el causante, no tenga familiares o cuando la familia no se hace cargo del cuidado de la persona, sin importar los motivos que determinan su actuar. Es por lo tanto, la Curaduría Oficial, quien puede ser nombrada como sistema de apoyo o curador, ejerciendo el rol de representante de la persona incapacidad.

Cualquiera de los legitimados puede dar inicio al proceso. Generalmente, son parte de dicho proceso judicial, el causante, quien según el artículo 36 del CCiv. y Com. puede aportar y solicitar todas las medidas de pruebas “*en a su defensa*”, demostrando que posee plena capacidad. Situación que solo se daría en los casos de intereses contrapuestos entre las partes intervinientes, lo que motiva suficientemente que la ley disponga que la persona que tiene en juego el discernimiento de su capacidad, comparezca con abogado, que según el caso puede ser nombrado de oficio. También son parte las otras personas legitimadas que se proponen para apoyar al causante, y en este caso tienen la posibilidad de *aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados*.

Con relación a la prueba, el artículo 621 el CPCC de la Provincia establece su limitación en la acreditación de los hechos que hubiesen invocado. La persona discapacitada, tiene la posibilidad de demostrar su plena capacidad, ejerciendo de esta forma su defensa. En este aspecto hay que tener en cuenta la posibilidad de la intervención del Asesor como parte del proceso, quien puede pedir medidas de prueba y ejercer el control sobre la misma.

El Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires reconoce la posibilidad de que se realice el pedido de determinación de la capacidad, mientras una persona se encuentre internada. El artículo 624 que habla sobre esta posibilidad prescribe la obligación del juez de considerar la necesidad de mantener la internación o resolver su levantamiento. Claro que esto, como el trámite de este tipo de procesos, no puede pensarse sin la intervención calificada de los especialistas de la

salud, quienes deben informar el diagnóstico, pronóstico y la fecha de inicio de la enfermedad. Como así también, el tipo de tratamiento a seguir, la asistencia que debe brindársele y la necesidad de su internación. Estos informes que deben ser elaborados con los ítems indicados por el artículo 625 del CPCC, deben notificarse a las partes que intervienen en las actuaciones. La obligación normativa tiene que ver con el conocimiento que las partes del proceso: causante, denunciante y el Ministerio Público, puedan oponerse o en su defecto solicitar explicaciones o precisiones, si asentir lo informado de forma expresa o tácita ya sea que por el término de 5 días de notificado no se realizara presentación alguna, como así lo establece el artículo 626. Cabe señalar que también se indica el traslado al curador provisorio, que al día de hoy, ha quedado sin efecto y no hace más que abonar esta necesidad de una rápida reforma procesal que permita coordinar la normativa nacional y provincial.

X. La sentencia judicial: aspectos específicos

La redacción de la sentencia judicial debe cumplir los aspectos formales que se encuentran enunciados en el artículo 37 del CCiv. y Com. Este artículo refleja los pasos procesales realizados con anterioridad, al dictado del acto resolutivo. Debe reflejar el estado de salud del causante, estableciendo el diagnóstico médico y posible evolución, determinando con cierta aproximación, según los datos o estudios previos, la fecha de inicio del padecimiento. Asimismo, debe indicarse el régimen de apoyo; responsabilidad que puede recaer en una persona en particular o en un grupo de personas, que debe brindar los cuidados del caso.

No obstante, en este tipo de procesos, las exigencias del pronunciamiento judicial no se apartan de los requisitos generales que debe tener toda sentencia, en la medida que el juez debe procurar conocer la verdad de los hechos y formarse una convicción analizando la prueba producida en su conjunto, de acuerdo al principio de la sana crítica (Olazábal, 2016: 163).

En el artículo 38 del CCiv. y Com. se dispone que la sentencia que determina la capacidad jurídica de una persona debe tener un alcance restrictivo, especificando las funciones y los actos que se limitan, atento que se procura afectar de la menor forma posible la autonomía de la voluntad. Para lo cual se obliga al juez a establecer con claridad la extensión de las limitaciones impuestas, por lo que necesitará un apoyo especial.

Kelsen decía que la sentencia forma parte del ordenamiento jurídico, con características particulares por ser una norma de grada inferior, en tanto que derivada de una norma de superior jerarquía, establece las condiciones particulares, en las que se proyecta la regla general a las situaciones específicas; que como todas

presentan aspectos distintos e impensados (Pettoruti, 2005: 73). La sentencia sobre la determinación, cumple al pie de la letra, con todas estas características, en la cual la “particularidad” juega un rol importante, en el que se conjugan las convenciones internacionales y la normativa nacional. En ella, son considerados actos ordinarios de la vida común, como viajar, asistir a eventos, realizar tareas doméstica, o actividades políticas, como votar o afiliarse a un partido. Pero también, acciones que tienen que ver con el ejercicio de la responsabilidad parental, como así también los actos de la vida civil, comprar, disponer y administrar.

Cuando se habla de la sentencia en los procesos de determinación, uno de los primeros temas que se ponen en debate, tiene que ver con su alcance y si hace “cosa juzgada”, en la normativa vigente. En este aspecto la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el Acuerdo 2078, en los autos “Y., V. Insania y curatela”, brindó una solución. Se planteó un recurso, en el que se sostenía la incompetencia del juez de primera instancia, por la existencia de una causa anterior en la que ya se había dictado sentencia, atento que ya se había iniciado un proceso en otro departamento judicial. La Cámara de la Matanza sostuvo la nulidad de todo lo actuado, reconociendo que era cosa juzgada. La Suprema Corte de la Provincia, consideró equivocados, los fundamentos en dos aspectos. Por un lado, no se puede hablar de “cosa juzgada” en un proceso de determinación de la capacidad, si se tiene en cuenta la Convención de los Derechos de las Personas Discapacitadas y a la reforma introducida por el artículo 42 de la ley 26 657. Pues dichos instrumentos han venido a superar esa mirada estrictamente psiquiátrica. En tanto que la salud mental de una persona, requiere de una manera periódica para contemplar posibles avances en la recuperación de su enfermedad, desenvolvimiento y desarrollo. En estos procesos no puede pensarse que es inmutable, la sentencia que restringe o amplía el ejercicio de la capacidad jurídica, porque la estabilidad del pronunciamiento se encuentra supeditado a la permanencia de las causas que dieron lugar a su dictado. En estos casos no puede sostenerse que exista cosa juzgada o litis pendencia perfecta, como había afirmado la Cámara. La autonomía y habilidades de las personas con alteraciones mentales son mutables en función de un sin número de causas: tratamientos, estímulos, socialización, nuevos afectos, vínculos, apoyos, medicación suministrada. Debe, indefectiblemente reconocerse que existe un derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado invariable, como así lo establece claramente el artículo 7 inc. n) de la ley 26 657.

El índole de la cuestión sobre la que debe resolver el juez compromete el orden público, porque se pone en juego el problema de la capacidad, que resulta por sí dinámica, variable, compleja y mutable. Porque siempre es posible la curación, mejora o rehabilitación, pueden surgir nuevas formas de reinserción social, cultural y familiar, que permitan mejorar total o parcialmente la situación de la persona.

Esto resulta relevante para entender la importancia del tomar contacto personal con el causante. La necesidad de evaluación por parte de un equipo interdisciplinario y el dictado de un nuevo pronunciamiento respetuoso de los parámetros legales vigentes, estableciendo un sistema de apoyo de acuerdo a sus necesidades.

XI. Control de convencionalidad

Cuando se habla del control de convencionalidad nos referimos a distintos aspectos. Uno de ellos tiene que ver con la adecuación de las normas jurídicas a lo que establece la convención, y que los distintos organismos internacionales controlan por medio de algún tipo de seguimiento. Otro, tiene que ver con el control que realizan los distintos estamentos jurisdiccionales, con relación a la eficacia de la convención. Así, un juez tiene la posibilidad de considerar, si en alguna situación se ha transgredido la normativa internacional.

La determinación de la capacidad y su ejercicio encuentra una regulación, en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este derecho se sustenta en lo establecido por las Convenciones Internacionales como ser, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 (ley 23.849 y con jerarquía constitucional conforme lo establecido por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) y la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad (ley 26.378 y con jerarquía constitucional por ley 27.044). Todas ellas se conjugan con la normativa nacional como la ley 26.061 de Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la ley 26.657 de Salud Mental, y obviamente el Código Civil y Comercial.

Bien podemos reconocer que el Código Civil y Comercial sigue la línea imperativa de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, produciendo esa adecuación necesaria entre normas internas y convencionales. En relación a esto podemos remarcar que, uno de los lineamientos de la convención, tiene que ver con el empoderamiento de las personas con discapacidad, quienes han sido sometidos históricamente a la exclusión. Esta marginación social era además garantizada por el sistema jurídico al considerar que debía ser reemplazado socialmente por una persona capaz que lo supliera, en todos los actos de la vida, porque él ya no podía valerse por sí mismo. Este rol fue el que desempeñó el curador, quien venía a sustituir al “insano” para todos los actos de la vida jurídica. Hoy las normas no se desentienden de la imposibilidad, que pueden tener algunas personas de manejarse plenamente en su vida. Pero esto no quita que puedan ejercer por sí mismos, algunos actos y que ellos, cualquiera sea su condición no dejan de ser personas, con derechos civiles, sociales y políticos, con más todos aquellos derechos que por su índole se les reconoce.

El Código señala fuertemente el principio rector de la determinación, a la autonomía, dentro del esquema de incapacidad, considerando que el ordenamiento jurídico, puede establecer una capacidad restringida, sobre la posibilidad de limitar el ejercicio de la capacidad. Determinando que una sentencia judicial, exponga específicamente, el tipo de protección que se le debe dar a la persona vulnerable disponiendo medidas adecuadas, que permitan ayudar el desarrollo de la autonomía personal. Se le puede nombrar excepcionalmente un representante o asistente, a la persona que se encuentra absolutamente imposibilitada (artículo 32 párrafo 3ro. del CCiv. y Com.), como así también el apoyo designado para algunos actos determinados (artículo y 101 inc. c del CCiv. y Com.). En los casos de su actuación judicial el artículo 103 regula la actuación del Ministerio Público, para la representación de personas incapaces y con capacidad restringida.

XII. El apoyo

El Código Civil mantuvo un enfoque asistencialista al concebir que la otro debía tomar la representación, de una persona a quien no se consultaba, porque tenía imposibilitado emitir opiniones y tampoco podía ser consultado. Para “protegerlos” se los excluía reconociéndolo incapaz, sin ningún tipo de valoración sobre sus competencias y limitaciones. Colocándole un rótulo que le valía de por vida, negándole subrepticamente toda posibilidad de avance o mejoría. Esta concepción que la codificación decimonónica cristalizó, durante mucho tiempo, la relación entre las personas con discapacidad y el resto de la sociedad. Tuvo su punto de inflexión a partir de la elaboración de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, marcando un cambio de paradigma. Porque ya no tenemos al “otro” que toma decisiones por el insano, sino una persona que apoya, y que sirve de contención. Su obligación, no es otra que la de cuidar, nada menos que a otra persona, que por tener una discapacidad, no es menos persona, sino que resulta ser alguien que sufre una limitación de algunas de sus facultades. Sigue siendo persona, por eso no podemos avasallar o subestimarle, ya que siempre tiene la posibilidad de comunicarse de alguna forma, transmitiéndonos sus pareceres, necesidades y angustias.

El modelo basado en la sustitución y representación de la persona discapacitada fue dejado de lado. La Convención sobre Personas con Discapacidad reconoce la personalidad jurídica de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida; obligando al Estado a brindar los apoyos que pudiera necesitar para ejercer esa capacidad jurídica. Si tenemos en cuenta la CDPD encontraremos que los “apoyos” es un término, utilizado para referirse de forma genérica a quien debe brindar su asistencia. Le corresponde a cada Estado determinar el contenido que se le dará a esta palabra dentro de su ordenamiento jurídico. Por lo tanto el tipo de sostén que se establezca, depende de cada Estado

que ha ratificado el tratado internacional. Sin que tenga que entenderse tal o cual institución (Budich y otros, 2015: 3).

La figura de apoyo surge como la forma de garantizar el ejercicio de los derechos humanos. Resulta ser una herramienta de utilidad, para que intervenga en situaciones que las cuales la incapacidad presenta un rasgo limitador del desarrollo de la personalidad. El apoyo sirve esencialmente para asegurar el ejercicio de los derechos. En este sentido pueden ser designados uno o más apoyos, no importa el número, solo interesa la cantidad de derechos que resultan necesarios salvaguardar. Esta figura no puede ser entendida, como un mero representante jurídico, representa mucho más. Es la posibilidad que tiene la persona limitada en sus capacidades, por su condición de disminución en su aspecto mental o psíquico, de lograr todas las aptitudes necesarias para ejercer plenamente sus derechos. Que no es más ni menos, pretender desarrollar su vida, contando con todas las posibilidades que tenga a mano para mejorar su calidad de vida.

Todo esto no quita la posibilidad de que se produzcan conflicto de intereses entre la persona discapacitada y su apoyo. En estos casos de conflictos con los apoyos, el artículo 43 indica que para el discernimiento de los apoyos, el juez debe intervenir para evitarlos. Esto guarda relación con lo establecido por el artículo 12 CDPD. En el mismo sentido se expresa la Observación General Nro. 1 del Comité de la CDPD cuando establece que la influencia indebida por parte de quien realiza el apoyo se produce cuando en la interacción entre la persona que la presta y quien recibe el apoyo, se presentan señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. En estos casos, es necesario poner en ejercicio la protección contra la influencia indebida. No obstante es fundamental respetar la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores (Lafferrière, 2017: 209).

Bien se puede contar con una multiplicidad de apoyos que favorezcan el plano, personal, económico, social, de salud, educación y jurídico. Si bien, generalmente se puede preferir concentrarlos en una sola persona, que pueda dar una rápida respuesta a las necesidades o realizar las gestiones que tiendan a brindar soluciones adecuadas. Pero, ya sean uno o múltiples todos tienden a lograr el mayor desarrollo de la autonomía personal.

La diversidad de las situaciones de discapacidad son el parámetro sobre el que debe evaluarse, el sistema de sostén que necesita cada individuo y la modalidad que debe asumir, ya que no siempre se requiere un soporte, constante en las decisiones o las acciones por realizar. Uno de los elementos a tener en cuenta para la valoración de las limitaciones tiene que ver con el desarrollo de la conciencia y la capacidad de discernimiento. Ahora, bien el apoyo no es alguien que toma las decisiones por el causante, sino quien conoce de los deseos y necesidades del

otro, y toma decisiones en su favor, bajo el control judicial, a fin de resguardar sus derechos.

El artículo 43 del CCiv. y Com. define este concepto jurídico que denomina como *apoyo*. No obstante, debemos comenzar diciendo que es la contrapartida de la designación de un curador, ya que reemplaza a la persona. Esta figura, encuentra su fundamento en el artículo 12 inc. 3 y 4 de la CDPD, que reconoce al apoyo, como una salvaguardia para el ejercicio personal de la capacidad. Estos apoyos dependen, necesariamente de las limitaciones de la persona involucrada. No todas las personas sufren discapacidades psíquicas, en la misma intensidad, ni son afectados por sus consecuencias en igual forma. En algunos casos, encontramos personas que pueden expresar claramente su voluntad, diciendo cual es el apoyo que desean y que persona eligen para realizar tal actividad. En otros casos, resulta dificultoso que puedan expresarse. Sin embargo, hay que recordar que el Código entiende que el apoyo puede estar centralizado en la actividad desplegada por una persona o por un conjunto de medidas, que involucran a más de una persona (Mendiondo y otro, 2016: 5).

La CDPD, en su artículo 4 inc. a) establece que una de las obligaciones del Estado es asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, para lo que se deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención. El Código, siguiendo el criterio sentado por la Convención, reconoce al apoyo, como una figura amplia, en lo que respecta a su contenido, ya que se puede hacer efectiva en la medida de quien la necesite, al ser adaptable a cada situación. Si bien, el apoyo, no encuentra en las normas un encuadramiento específico, en cuanto a su formalidad de quien debe ejercerlo o cómo debe ejercerlo, se le asigna una función exclusiva: asistir a quien resulte afectado en las diversas esferas, en el que se desarrolla su vida.

Es necesario entender que las medidas de apoyo dependen, de las limitaciones de la capacidad. El problema central reside en cómo estas limitaciones dificultan el ejercicio de los derechos. El apoyo debe ayudar, fortalecer y promover el ejercicio de estos derechos. El aspecto cuantitativo y cualitativo del apoyo, por lo tanto, depende de cada una de las dificultades que padezca cada persona y que mencionamos de forma genérica. El objetivo fundamental del apoyo es favorecer el ejercicio de la autonomía personal y el reconocimiento de sus derechos. La legislación ha dejado el paradigma de la sustitución, que sacaba o borraba a la persona de su lugar para sustituirla, por otro, que asume su total representación. Esto era pensado desde un esquema de protección del incapaz, quien se entendía como alguien

imposibilitado de hacer cualquier cosa por sí solo. El paradigma asumido por la normativa vigente tiene que ver con la salvaguardia de sus derechos y la búsqueda de un apoyo en el ejercicio de los derechos. Esto muestra que hay una preocupación por la asistencia, el cuidado y la contención.

En general podemos decir que el Código Civil y Comercial regula los efectos jurídicos de las conductas. La plena capacidad jurídica tiene que ver con la comprensión o representación de los efectos de nuestras acciones. Quien puede realizar estos actos es reconocido como una persona autónoma. Esto, nos permite comprender que el apoyo se encarga de promover los derechos personales de un "otro". Es por medio de este otro, que una persona limitada en su capacidad, puede ser ayudada a desarrollar una mayor autonomía. Ni más, ni menos, es lo que afirma el artículo 32 CCiv. y Com. que dice: "(...) el o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida".

La designación del apoyo puede ser realizada por el propio causante, en la medida que el mismo no se encuentra impedido de expresar su voluntad de todas las formas posibles. Sobre todo si tenemos en cuenta, que se debe respetar y promover la expresión de sus decisiones. No obstante se puede designar más de una persona, en tanto que esto no provoque en el futuro ciertos conflictos o desacuerdos, que compliquen la situación real del causante. Otros que pueden proponerse, como sistema de apoyo, son todos aquellos que se encuentran legitimados. La última ratio se produce en caso de desacuerdos, dejando librado al propio juez, en su carácter de tercero imparcial, la designación del sistema de apoyo.

El artículo 101 inc. c) del CCiv. y Com. establece que los apoyos actúan como representantes, de las personas con capacidad restringida, en la medida que haya sido designado en una sentencia. Nada impide que la representación sea dada solo para algunos actos o para todos los actos de la vida. En los casos que la representación sea otorgada para todos los actos, nos encontramos, por el grado de discapacidad de la persona, no ya ante una restricción, sino ante un tipo de limitación amplio, que tiene como fundamento un impedimento insalvable. En estas situaciones se puede nombrarse un curador como lo establece el artículo 32 del CCiv. y Com. que en su último párrafo dice que excepcionalmente, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de ejercer una interacción con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, forma o medio adecuado. Resultando ineficaz el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador, si resulta ineficaz para su contención y protección personal, la simple indicación de un sistema de apoyo (Benavente y otro, 2016: 4).

XIII. Una sentencia que debe ser inscripta

Como establece el artículo 39 todas las sentencias de restricción deben ser inscriptas en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Bajo una anotación marginal, para que pueda ser conocido por los terceros, que eventualmente pretendan realizar algún tipo de negocio jurídico. Esta inscripción, también resulta válida para quien pretenda oponerla, a los terceros que pretendan hacer efectiva una obligación, pudiendo lograr en estos casos la declaración de nulidad.

La ley Orgánica Nacional del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (ley 26.413), en sus artículos 88 y 89 dispone que se debe inscribir todo hecho o acto jurídico que modifique la capacidad de las personas. Solo produce efectos contra terceros, desde la fecha de su inscripción. Asimismo, las sentencias que restrinjan actos patrimoniales de disposición, deberán ser inscriptas en los registros específicos, para que puedan ser oponibles a terceros, según las condiciones que la misma sentencia establezca.

Una de las grandes diferencias de este tipo de procesos tiene que ver con concebir a la sentencia, no como definitiva e inmodificable, sino como algo susceptible de ser revisada y modificada. Ella tiene una función declarativa, en tanto que se encarga de determinar la capacidad de la persona. El Código, considera la posibilidad de la existencia de condiciones sanitarias y farmacológicas, que en un futuro puedan llegar a ser más favorables al tratamiento de la discapacidad, y que el tratamiento médico pueda provocar una mejoría total o parcial, en el propio paciente. Esta revisión, por tanto, implica una modificación en las condiciones en la cual fue dictada la primera sentencia.

Como ya habíamos enunciado, la sentencia es oponible a los terceros, una vez inscripta ante el Registro del Estado Civil. A partir de su publicidad los actos civiles que realice, la persona restringida en sus capacidades podrán declararse nulos. El artículo 44 del CCiv. y Com. regula esta situación, determinando que la consecuencia de los actos posteriores a la inscripción, son contrarios a lo dispuesto por el juez en su sentencia. No obstante, solo se encuentran comprendidos por la sanción de nulidad, los actos posteriores a la inscripción registral, por su oponibilidad a terceros. Para que pueda ser declarado nulo, el acto jurídico debe ser realizado por quien tiene su capacidad restringida o por quien se le ha reconocido total incapacidad. La nulidad solo será declarada, porque la conducta va en contra de la sentencia dictada por autoridad competente.

La complejidad de la situación está dada por los actos restrictivos que establece la sentencia de determinación. En las sentencias de incapacidad, que tramitan con la solicitud de un curador, esta problemática, resulta mucho más sencilla, por el tipo de sentencia, en la medida que hace referencia a la totalidad de la

capacidad. Sobre todo porque hay que tener en cuenta que el principio es el de la capacidad, para todos aquellos actos que no fueron prohibidos o mejor dicho limitados. Bien cabe recordar en este caso el principio de clausura, enunciado por Kelsen estableciendo que, todos los actos que no se encuentren prohibidos, están permitidos.

No obstante, los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser atacados, por el interesado, intentando su declaración de nulidad, en la medida que estos, se encuentren comprendidos dentro de las situaciones previstas en el artículo 45 del CCiv. y Com. En estos casos, solo se puede pedir la anulación del acto, porque como bien sabemos, que la nulidad opera de pleno derecho. Esta situación, amerita necesariamente desplegar una actividad de conocimiento con relación a la conducta realizada, tanto por la persona que se encuentra limitada en su capacidad, como de la persona plenamente capaz que intervino en la acción. El artículo habla de los actos anteriores a la inscripción de la sentencia. Se reconocen ciertas situaciones en las cuales puede ser considerada la nulidad relativa del acto. En estos casos es necesario determinar la existencia de perjuicio en relación a la persona incapaz o con restricciones en su capacidad. Pero no basta con ello es necesario que también se den las situaciones descriptas en algunos de los tres incisos, como ser: a) que la enfermedad sea ostensible, o mejor dicho, que pueda percibirse como algo manifiesto. Esta posibilidad haría dificultoso a su vez probar la buena fe de la contraparte, por no podía dejar de desconocer la enfermedad mental padecida por la persona. Situación que solo puede suponerse en los casos que puedan determinarse como evidentes, porque no requieren de un análisis pormenorizado del sujeto.

La consecuencia de este artículo, la encontramos específicamente, en el momento de la producción de la prueba, ya que esta debilidad o limitación, debe ser reconocible, al momento de la realización del acto. Sin bien, no se exige puntualmente algún tipo de conocimiento pormenorizado, el problema que afecta la salud mental, de la persona debe ser notorio o público, para que pueda encuadrarse dentro de este supuesto. Lo que guarda relación con lo establecido por el artículo 261 del CCiv. y Com. que prescribe, que quien se encuentra privado de razón, no posee capacidad de discernimiento.

En el inciso b) se menciona la existencia de mala fe en la persona del contratante, porque conociendo el estado de disminución o vulnerabilidad, en el que se encontraba la persona discapacitada, obro a sabiendas abusando de su situación de debilidad. Por último, el inciso c) se refiere a los actos a título gratuito, como puede ser el caso de una donación. Bien, podemos observar una protección del contratante a título oneroso, quien en principio se encontraría a salvo, poniendo en cabeza del peticionante la probanza de la situación que amerita la declaración

de anulabilidad. No obstante, que cada requisito debe ser tenido en cuenta separadamente, como así lo regula el artículo 45 del CCiv. y Com.

Distinto es el caso en el que se pretende la declaración de nulidad de un acto producido por una persona limitada en su capacidad o totalmente incapaz, cuando esta se encuentra fallecida con posterioridad a su realización. El artículo 46 del CCiv. y Com. al regular esta situación destaca como principio general, que los actos realizados por estas personas, anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden ser impugnados. Quedando exceptuados, aquellos en que la enfermedad mental resulta del mismo acto. En este caso, el que el acto celebrado, provoca la alteración mental. Si partimos estableciendo que es imposible la impugnación de los actos realizados entre vivos, una vez producido el fallecimiento de la persona. Resulta imposible examinar su condición de salud mental, luego de su muerte. La norma dificulta la discusión de la validez, a fin de mantener la seguridad jurídica. Este artículo no se refiere a los actos de última voluntad. Estos actos se encuentran regulados específicamente por el artículo 2467 CCiv. y Com. que prescribe la nulidad del testamento, cuando son realizados por una persona privada de razón al momento de testar, entendiéndose que en esa oportunidad se carece de discernimiento para la realización del acto. En el mismo sentido, el inc. c) de dicho artículo, distingue si la persona fue declarada incapaz jurídicamente, o si se produce de forma excepcional, o como lo indica el inc. d) que se haya realizado durante intervalos lúcidos, reconociéndose en ese caso la validez del acto.

El artículo 46 del CCiv. y Com. se refiere a los actos realizados, por la persona con limitaciones, que antes de la inscripción de la sentencia hubieran fallecido. Para analizar este artículo debemos tener en cuenta, algunos de los principios que resultan fundamentales hacer una correcta exégesis. El primero de estos principios tiene que ver con la oponibilidad de la sentencia de determinación de la capacidad, desde la inscripción en el respectivo registro, atento que la publicidad la hace oponible a terceros. El otro principio, que da fundamento a este artículo, es la seguridad jurídica, razón por la cual se impide la impugnación de los actos realizados anteriormente a la inscripción. Excepto que se produzca alguna de estas posibilidades: a) que la enfermedad mental pueda deducirse del acto mismo, habiendo indicios relativos de la enfermedad en la celebración del acto; b) que se produzca la muerte durante la tramitación de la acción por determinación o declaración de incapacidad. Etapa en la que se abre un período de sospecha sobre aquellos actos que se realizaron durante el transcurso del proceso. Bien se puede objetar esta normativa si tenemos en cuenta que el principio general es el de la capacidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la capacidad, antes de sobrevenir el fallecimiento, estaba siendo cuestionada y que la sentencia podría haber evitado las consecuencias dañinas. En este caso, los herederos deben demostrar los problemas de salud mental que afectaban al causante, que le impidieron tener

discernimiento sobre la celebración del acto, para que el juez pueda declarar la nulidad. No obstante, el artículo, protege los actos realizados a título oneroso, estableciendo como requisito de la nulidad del acto, que se haya realizado a título gratuito, o quien contrató lo haya realizado de mala fe, a sabiendas de la afección mental de la persona.

XIV. Interdisciplinariedad y la posible rehabilitación

Uno de los principios sobre los que se basa la normativa actual es la visión interdisciplinaria de la salud mental. Ha dejado de pensarse como un problema sanitario que afecta solo una esfera de la vida de la persona, en la que solo tenían cabida los psiquiatras. Sino que es un problema que afecta a la persona de forma global, porque le acarrea un conjunto de dificultades, en distintos aspectos de la vida: relacional, afectivo, laboral, cultural y educativo, por nombrar algunas. Esta afectación de la persona, fue reconocida en primer lugar por la ciencia médica, y luego por la ciencia jurídica. Por eso resulta auspicioso, su recepción en la normativa nacional, por cuanto que no solo se encuentra afectada un aspecto psiquiátrico, sino también psicológico, social y médico. Ya no puede intervenir una solo especialista del campo de la salud debe ser un enfoque multidisciplinario que ponga a la persona que padece una discapacidad, en un contexto o mejor dicho en “su” contexto. Porque la visión del derecho, ha cambiado su perspectiva, ya no interesa un aspecto individual, sino la persona en su complejidad relacional.

Cabe recordar que la legislación anterior no permitía una reevaluación periódica, ni el dictado de una nueva sentencia que estime las condiciones, tanto psiquiátricas, psicológicas y sociales del causante, que permitieran determinar las limitaciones que tuviera para el normal desarrollo de su vida. Porque se consideraba, que se encontraba *per se* incapacitado para la totalidad de sus actos, por lo que debía ser reemplazado por otra persona, que tenía total dominio sobre el primero. De modo tal, que una nueva sentencia, solo podía ser dictada si la persona se había recuperado, volviéndola a habilitar, sin ningún tipo distinción para todos los actos de la vida civil (Budich y otros, 2015: 4).

La legislación vigente asegura un derecho de revisión de la sentencia dictada en el proceso de determinación. Esto no tiene que ver con un ataque, a aquello que primeramente se hubiera resuelto. En este caso situaciones la forma procesal que corresponde es la apelación, a fin de hacer caer la resolución judicial. Sino que tiene que ver con una reevaluación, de la situación integral de la persona que padece algún tipo de discapacidad psíquica. Todo ello, para considerar el avance o retroceso de la enfermedad y la eficacia de los apoyos designados.

Lo esperable de una sentencia en materia de determinación de la capacidad es que mantenga los estándares propuestos por la convención internacional, en

lo referido a la justificación de la decisión y que establezca una proporcionalidad de la restricción, en función de las limitaciones que impiden un total desarrollo de su capacidad. La nueva resolución, por lo tanto, es fruto no solo de un dictamen interdisciplinario que aporta un caudal de contenidos esenciales, para los fundamentos de la sentencia, que debe centrarse en las particularidades de la situación planteada y su posible evolución. Sino que también se impone al juez, la obligación de tomar contacto personal con la persona afectada, como así también conocer sobre su sistema de apoyo. Este contacto personal que se formaliza, en una audiencia, debe concurrir el abogado del causante, para la asistencia legal de este y el representante del Ministerio Público, en tanto que ejerce la representación promiscua, debiendo velar por los intereses de este en representación del Estado, suscriptor de la convención internacional.

No obstante, también puede darse la situación en la cual la limitación de la capacidad se transforme en algo abstracto, en la medida que la persona se recupera en su salud. Pueden darse distintos motivos, como por ejemplo la aparición de una nueva medicación que produce la modificación del estado en el que se encontraba o que la continuidad del tratamiento, provoca la mejoría psíquica de la persona. Para esta situación el Código Civil y Comercial, regula en su artículo 47, la declaración de cese de incapacidad o restricción. Como la determinación, tiene que ver con un tema médico y social, es lógico que la declaración de cese implique un nuevo examen interdisciplinario, en el que se dictamine la situación de salud de la persona. Bien cabe destacar que la finalidad de esta resolución establecería el cese de todas las restricciones, que se hubieran impuesto. La nueva sentencia que debe ser dictada, puede ser el resultado de la imposición del deber de revisión establecido por el artículo 40 CCiv. y Com. (Benavente y otro, 2016: 6).

El restablecimiento de la capacidad implica como condición la realización de una reevaluación. Como consecuencia de ella puede concluirse que no sea necesario mantener un ejercicio restrictivo de los derechos. La otra posibilidad se produce cuando del resultado del informe pericial, se determina un empeoramiento, del estado de salud, resolviéndose en estos casos una ampliación de las medidas de apoyo y una mayor limitación de la capacidad.

Es bueno destacar que la evaluación no solo es de carácter médica, sino también social, ya que todos los informes son por principio interdisciplinarios. En esto podemos observar que el Código, no solo tiene en cuenta una cuestión de salud, sino también de integración social de la persona involucrada con su entorno, familiar, barrial, educativo y/o laboral. La nueva sentencia también debe ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas como lo establece el artículo 39 CCiv. y Com. Esta nueva sentencia puede ser peticionada por los legitimados, quienes se encuentran enunciados en el artículo 33 del CCiv. y Com.

y pueden aportar todos los medios de prueba que sean necesarios (artículos 31, 35 y 36 CCiv. y Com.).

Con relación a la interdisciplinariedad, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en la causa *Astobiza, Ana Carina s/ determinación de la capacidad jurídica*, la Asesora había apelado la resolución que sostenía que la pericia, reunía los requisitos previsto por el artículo 37 del CCiv. y Com., pero denegaba la intervención de tres profesionales médicos, psiquiatras o legistas, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 620 inc. 3º y 625 del CPCC, tal como pretende. Se cuestiona la decisión resaltando que, si bien se había dado cumplimiento al artículo 37 del CCiv. y Com. corresponde no desoír el procedimiento especial establecido por el Código ritual que establece además de la pericia interdisciplinaria, la intervención de tres médicos legistas.

Anteriormente, el paradigma imperante se basaba principalmente en la opinión y el diagnóstico médico. A partir del nuevo abordaje de la problemática, plasmada en el Código Civil y Comercial, se produce un apartamiento de la preeminencia de la pericia médica, como único elemento de convicción. Se da lugar al advenimiento de la pericia social, en el cual, el criterio médico es fundamental para establecer un diagnóstico sobre la salud del causante como elemento de convicción, pero nunca el criterio médico puede ser limitativo de la decisión judicial.

El artículo 620 del CPCC de la Provincia de Buenos Aires establece que el juez deberá designar de oficio tres médicos psiquiatras o legistas, para que informen, dentro del plazo indicado, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano. No obstante, el artículo 42 del ley 26 657 incorporó el artículo 152 ter, del CC preveía que “las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias”. En ese interregno de normas, surge finalmente el artículo 37 del CCiv. y Com. que claramente establece “(...) para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario”. En esta línea de pensamiento la Suprema Corte sostuvo que:

“(...) Cabe tener presente la ventaja que proyecta la interdisciplinariedad como patrón valorativo de la capacidad de la persona, pues viene a desterrar los restringidos estándares vigentes respecto del tratamiento judicial de las personas que padecen alteraciones de su salud mental, pues le permite al órgano decisor contar con una visión integral, que abarque también el contexto social y ambiental del individuo, no sólo su diagnóstico médico/clínico (...)”.

Por otro lado, el artículo 619 del CPCC expone que ante la imposibilidad de acompañar los certificados que pedía el artículo 618 del CPCC el juez pide la

opinión de dos médicos forenses. Claro que esto va contra la idea de interdisciplinariedad, introducida en el Código Civil y Comercial (como un principio fundamental de este instituto —artículo 31 inc. c—), porque este artículo circunscribe el problema a una cuestión médica, dejando de lado la relación social o la situación particular que pueda estar atravesando la persona. La mirada propuesta por el Código Procesal deja de lado lo asistencial, para establecer una categorización jurídica “insano-peligroso”, “demente-incapaz”, que sirva para todos los casos. El juez, según del CPCC sabe de todo, y solo pide opiniones a los profesionales de la salud. Muy diferente de lo establecido por el CCiv. y Com. que en su artículo 40 establece que la necesidad de un dictamen interdisciplinario, ponderando en este caso, el informe que elaboren los distintos peritos, quienes deben expedirse sobre el diagnóstico y pronóstico de la enfermedad.

El Código solo prevé la intervención del Ministerio Público en su carácter de representante promiscuo de los incapaces. El artículo 40 del CCiv. y Com. establece que el Ministerio Público tiene el deber de fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial, instando para que se lleve a cabo, si el juez no la hubiere efectuado dentro del plazo de los 3 años. Claro que el Código Procesal no tiene en cuenta (por el desfasaje legislativo entre dos leyes diferentes), la figura del abogado del causante (artículo 36 del CCiv. y Com.), que puede estar en cabeza del Ministerio Público, cuando se carece de recursos como lo indica el artículo 31 inc. e), por lo que debe sortearse un Defensor Oficial que lo represente. Dejándose de lado figura del curador provisional, y del curador definitivo, como sustituto y representante del insano. Si bien, permanece el plazo de 30 días para la producción de prueba y la obligatoriedad del traslado al discapacitado de los informes médicos. Siempre es un tema en discusión, la conveniencia de que la persona enferma sea informada sobre su enfermedad, si en el caso de los padecimientos mentales, en los casos que no reconoce su problema de salud o no se encuentre lúcida para comprender los informes. Sin embargo, en estos casos es bueno tener a la vista lo que establece como principio general el artículo 31 inc. d) del CCiv. y Com., que la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión. Evidentemente, la norma pretende asegurar el derecho de la información de todos los actores del proceso.

La posibilidad de la rehabilitación, se encuentra contemplada en el artículo 629 del CPCC. En la actualidad, este artículo debe interpretarse siguiendo los nuevos criterios normativos; reconociendo que la persona limitada en su capacidad, como así también el curado y al inhabilitado, pueden promover su rehabilitación. Para lo cual el juez deberá designar nuevamente a un equipo técnico que lleve a cabo un nuevo examen interdisciplinario, que será utilizado como fundamento de la nueva resolución judicial.

Si el proceso se produce cuando el causante se encuentra internado, el juez puede disponer la visita periódica a la institución en la que se encuentre alojado. El artículo 630 del CPCC establece que el juez podrá nombrar un curador. En la actualidad por la ley 26.657 artículo 21 y 22, en los casos de internación involuntaria se debe nombrar un abogado del causante, quien conjuntamente con el Asesor y el Juez deben controlar las condiciones de su situación visitando periódicamente al internado y requerir los informes al director del establecimiento, sobre la evolución de su enfermedad y tratamiento al que se encontrare sometido.

XV. Los derechos de las personas con capacidad restringida

La clave de bóveda de esta normativa pasa por entender que la capacidad es una regla que le permite al juez evaluar y determinar en cada caso el alcance de las funciones del curador o apoyos necesarios. Reconociendo de este modo que no se puede afectar la autonomía de la persona, sin motivo que así lo justifique. El paradigma conduce a la protección de la persona vulnerable, en primer lugar dentro del medio de familia.

Entre las protecciones a las personas con discapacidad podemos mencionar la que señala el artículo 455 del CCiv. y Com. sobre el deber de contribución de los cónyuges, al sostenimiento, de a los hijos comunes o propios de uno de ellos, que tiene capacidad restringida y conviven con ellos. Disposición que encuentra su fundamento, en la idea que supone la vida matrimonial de construcción de un plan de vida conjunto, en el cual las partes se obligan a satisfacer las necesidades vitales del grupo familiar que conforman. Claro que el artículo establece una limitación en la disposición patrimonial individual, en procura de ayudar al interés familiar. La norma encuentra su justificación en la solidaridad familiar, el que prima sobre la libertad de los cónyuges, que se extiende más allá, de los hijos biológicos para proyectar esta obligación sobre los hijos menores de edad y sobre los hijos discapacitados, mayores de edad, que mantengan un vínculo consanguíneo con un solo cónyuge. El articulado coloca en el centro de la regulación a la persona humana, intentando resguardar a quienes, pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad dentro del grupo familiar. Imponiendo deberes específicos a los parientes por afinidad, reconociendo la importancia de este vínculo social, sobre el que se construyen relaciones afectivas y jurídicas (Herrera y otros, 2015: 97).

Otro de los derechos para los hijos discapacitados, lo establece el artículo 526 del CCiv. y Com. con relación a la atribución de la vivienda familiar en las uniones convivenciales, disponiendo, que puede ser atribuida a quien tenga a su cuidado a los hijos con capacidad restringida o discapacidad. En este caso, cesada la convivencia y sin posibilidad de acuerdo entre las partes, el juez tiene la posibilidad de considerar la atribución de la vivienda, a uno de los convivientes. Por un plazo

máximo de dos años, contados desde la ruptura de la unión. La correcta exégesis del artículo implica que reconozcamos la delimitación de un criterio objetivo para determinar el derecho protectorio de la vivienda de los adultos luego del cese de la vida común. Ya que el derecho a la vivienda de los hijos se encuentra dentro de las obligaciones que genera la responsabilidad parental, como así lo establece el artículo 659 del CCiv. y Com.

Distinto es lo que establece el artículo 885 del CCiv. y Com. que trata sobre el pago de realizado a una persona incapaz o con capacidad restringida. En principio, la persona que tiene capacidad puede administrar sus bienes. El reconocimiento de su capacidad le asegura la posibilidad de ejercer plenamente sus derechos. Capacidad que debe ser conservada al momento de la realización del pago de la obligación. El artículo establece la invalidez de dicho pago, realizado a quien tenga su capacidad restringida. En caso que la capacidad se encuentre afectada, el acto posee nulidad relativa, porque la norma intenta proteger un interés particular como así lo establece el artículo 386 del CCiv. y Com. Según lo que establece el inc. c. artículo 24 del CCiv. y Com. no pueden ejercer sus derechos, quienes fueron restringidos judicialmente, conforme el alcance que establezca la sentencia (artículo 32 del CCiv. y Com.). En estos casos es el curador o la persona designada como apoyo, quien resultará habilitada para recibir el pago. La nulidad, puede ser invocada por el acreedor incapaz o con capacidad restringida o también, por parte del deudor haya actuado de *"buena fe y ha experimentado un perjuicio importante"* (artículo 388 CCiv. y Com.), quien se encuentra obligado a demostrarlo. Este acto solo puede ser subsanado por la ratificación posterior que se encuentra en cabeza de la persona que ejerce el apoyo o cuando dicho acto haya beneficiado al acreedor.

En cuanto a la adopción, es el artículo 603 del CCiv. y Com. el que establece que la adopción puede ser unipersonal si el cónyuge o el conviviente *ha sido declarado incapaz o con capacidad restringida, y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para este acto. En este caso debe oírse al Ministerio Público y al curador o apoyo y, si es el pretense adoptante, se debe designar un curador o apoyo ad litem.* La norma quiere dejar establecido que la adopción dual o conjunta cede cuando uno de los miembros de la pareja o matrimonio se encuentra imposibilitado de expresar su voluntad adoptiva. Entendiendo que es injusto que el restante se vea impedido de llevar adelante el pedido de adopción, por la imposibilidad física o psíquica de su cónyuge o conviviente (Herrera, 2015: 393). El Código Civil y Comercial reglamenta el ejercicio de la capacidad. El cual se encontrará limitado, conforme una sentencia que declara la incapacidad del cónyuge o conviviente. Todo depende que se expidió sobre la capacidad para consentir o no la adopción de una persona menor de edad. Se podrá requerirse al magistrado que determinó la limitación de la capacidad jurídica que fije el alcance, para este caso en particular.

Con relación a la vivienda, la persona con capacidades restringidas, goza del derecho que le otorga el artículo 245 del CCiv. y Com. para que este no pueda ser embargado o ejecutado, solicitando su afectación a este régimen de protección de la vivienda familiar. En el caso que sea titular o conjuntamente con todos los cotitulares. Para el caso de los condominios o también puede disponerse. También el juez de oficio, puede disponerlo, pero solo en estos casos en los que el titular este restringido en sus capacidades. Asimismo, según lo establecido por el artículo 250 del CCiv. y Com. cuando el cónyuge o conviviente, que tiene registrada su unión, tiene su capacidad restringida, la transmisión de la vivienda afectada por este régimen, debe ser autorizada judicialmente. Teniendo en cuenta que el régimen protectorio, le otorga al bien el carácter de inalienable, podemos concluir que la regla general resulta ser que el inmueble afectado, no puede ser transmitido (compraventa, donación, permuta, etc.) y que tampoco puede ser gravado (usufructo, garantía, etc.). Salvo que se tenga la conformidad del cónyuge o del conviviente, o en su defecto la autorización judicial (Herrera y otros, 2015: 50).

Con estos señalamientos, no intentamos agotar el análisis del Código Civil y Comercial con relación a los derechos de las personas con capacidad restringida. Solo hemos querido desarrollar este aspecto, porque la normativa vigente es un claro ejemplo de un sistema protectorio siguiendo los lineamientos establecidos por el derecho convencional. En este sentido resulta interesante la tensión dialéctica entre autonomía y protección que se encuentra presente en este instituto, que surge replicado de la norma internacional. Las limitaciones en la capacidad tanto en los niños o adolescentes, como en los discapacitados, tienen el mismo fundamento, la posible vulneración de derechos (convergencia). Sin embargo, para los menores de edad la regla es la limitación, teniendo en cuenta el desarrollo de sus capacidades progresivas. Para los padecen una enfermedad mental la capacidad es la regla y su limitación la excepción (divergencia) (Lafferrière, 2017: 10).

XVI. La capacidad y el derecho sucesorio

La determinación de la capacidad tiene repercusiones en el derecho sucesorio que resulta interesante tener en cuenta, ya que muchas veces no se tiene en cuenta esta relación. En esta materia el CCiv. y Com. tiene un trato diferenciado para las personas con discapacidad. En materia de la porción hereditaria legítima, el Código regula la posibilidad de establecer voluntariamente por medio de testamento, una mejora en favor del heredero con discapacidad. Esta situación se encuentra normada por los artículos 2448 y 2493 CCiv. y Com.

Si bien el Código, no pide la declaración judicial para poder disponer y realizar mejoras, bien podemos suponer que, dicha declaración evita que el derecho pueda ser discutido posteriormente. No obstante ello, la norma no habla solamente

de la discapacidad mental, sino también de la discapacidad física. Amplificando su aplicación quien padezca cualquier tipo de discapacidad. Nosotros lo hemos traído en análisis, porque quien padezca una discapacidad psíquica, puede verse beneficiado en sus derechos sucesorios. Lo interesante del primer artículo mencionado es que define a la persona con discapacidad diciendo que:

“(...) se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014: 422).

Esta definición, nos permite vislumbrar la relación fundamental que existe, entre la normativa nacional y la norma convencional. Así, como el esfuerzo del codificador en incorporar específicamente, los principios de la Convención de Derechos sobre las Personas con Discapacidad. La protección que intenta brindar la norma responde directamente a la situación de vulnerabilidad que puede encontrarse la persona discapacitada, frente al fallecimiento de un familiar cercano, con quien lo une derechos hereditarios.

En concreto, en el instituto del derecho sucesorio, permite en estos casos disponer de la legítima, constituyendo un fideicomiso con relación a los bienes que conforman la legítima del discapacitado y/o mejorar cualitativamente la porción legítima, con más un tercio de esta. La mejora prevista en el artículo 2448 CCiv. y Com., propone la mejora a favor de heredero con discapacidad, descendientes y ascendientes, incrementando la legítima.

Las mejoras según los órdenes pueden ser los siguientes: PD (porción disponible) más $1/3$ de las porciones legítimas correspondientes. Para los descendientes con discapacidad: $PD \ 1/3 + 1/3.2/3 = 5/9$. Para los ascendientes con discapacidad: $PD \ 1/2 + 1/3.1/2 = 2/3$.

Dentro de las posibilidades del causante, se encuentra la de establecer una mejora por medio de un fideicomiso testamentario (artículo 2493 CCiv. y Com.), o por cualquier otro medio, como por ejemplo; a través de un legado de bienes determinados (artículo 2498 CCiv. y Com.) o de una cuota de alimentos (artículo 2509 CCiv. y Com.), determinando el goce de uso de un bien (artículo 2154 CCiv. y Com.), asegurando el usufructo (artículo 2129 CCiv. y Com.) o el derecho de habitación (artículo 2158 CCiv. y Com.) de ciertos bienes, como así también, la indivisión forzosa de un bien (artículo 2330) CCiv. y Com. Todos ellos, limitados a la extensión de la cuota que establece la norma.

Según la norma, dicha mejora, es solo para el heredero ascendiente o descendiente. Evidentemente no contempla la figura del cónyuge. Entendemos que esto es así, porque respecto a este podría acudirse a medidas de protección relativas al hogar conyugal, también se puede recurrir al derecho de habitación, asegurándolo testamentariamente.

La norma no es aplicable a otros órdenes parentales u otras personas con discapacidad que pudieran estar a cargo del causante y con las cuales, el derecho sucesorio, no los vincule asegurando una porción legítima. No obstante debemos tener en cuenta, que el criterio para determinar la discapacidad, viene impuesto por la decisión del causante, que se expresa a través de un testamento válido o fideicomiso, no requiriendo acreditación de grado de discapacidad de ninguna índole. La norma no exige el dictado de una acreditación judicial de la discapacidad, tampoco fija porcentuales mínimos en tales padecimientos. Sin embargo, puede ser un criterio atacado por los restantes herederos, cuando este beneficio no se adapta a los criterios proporcionados por el artículo 2448 del CCiv. y Com.

XVII. Conclusión

No cabe duda que la Convención de Derechos sobre las Personas con Discapacidad forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En consecuencia resulta de fundamental importancia que se intente asegurar estos derechos, dentro del instituto de la capacidad y en particular en el proceso de determinación de la capacidad jurídica, en el ámbito nacional, produciendo una legislación clarificadora y uniforme. Esta relación entre el derecho internacional y el derecho privado provoca un enriquecimiento normativo, incorporando derechos y principios, como son la autonomía personal, el reconocimiento de la capacidad, considerando excepcional la incapacidad, el reconocimiento, el derecho de ser informado y participar en el proceso, contando con representación legal y la tutela judicial efectiva.

Para Manuel Kant, nuestra concepción sobre la libertad humana, es el principio apriorístico que nos permite entender las relaciones sociales. Estas relaciones se desarrollan sin evitar el conflicto. En este sentido, el derecho es un simple medio para lograr la paz social (Kant, 2007: 67). En el mismo camino, se encuentra Juan Bautista Alberdi, quien sostuvo que el derecho se asienta sobre la base común del principio que reza: "(...) el derecho de cada hombre expira donde empieza el derecho de su semejante" (Alberdi, 1947: 112). Ellos entendieron que la justicia tiene que ver con asegurar los derechos de cada hombre y que la igualdad, resulta ser el criterio de aplicación de esos derechos.

Si tomamos en cuenta estos principios, para entender con mayor claridad el instituto de la capacidad, podemos considerar que el derecho no puede dejar de tener en cuenta que el sujeto normativo. Las normas se dirigen a personas concretas, específicas e individuales, que intentan convivir armónicamente. Las reglas referidas a la determinación de la capacidad no están para encasillar, impedir o interrumpir; sino para ayudar, promover y respetar el derecho de la persona con discapacidad a llevar una vida digna. Esto tiene que ver con la consideración de su propia autonomía, con la intención de provocar un desarrollo propio de sus capacidades, desde las muchas o pocas limitaciones que cada uno pueda tener.

Con relación a los derechos humanos, Manuel Atienza afirma que, son derechos subjetivos cuya titularidad se atribuye a las personas, por el simple hecho de serlo, que cuando están incorporados al derecho positivo y forman parte de la Constitución, se les suele llamar derechos fundamentales (García Marriqué, 2004: 49). Por otro lado, Antonio Pérez Luño afirma que los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades que, en cada momento histórico concreto, recogen las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Esto nos permite entender, por un lado la importancia de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, como una parte importante de los derechos humanos y por lo tanto como un conjunto de exigencias, que requerían una expresa plasmación en la legislación nacional. Porque todos los derechos humanos se inscriben en los siguientes supuestos: 1. Se aplican a todas las personas, sin discriminación alguna. 2. Su validez es irrestricta, no dependiendo de circunstancias políticas y sociales. 3. Incumben a los estados particulares buscar el modo adecuado para su protección y realización (Arango, 2004: 60). Todo ello, no hace más que fundamentar la necesidad de una legislación nacional uniforme y coherente, que garantice estos derechos.

Reconocemos que los juicios prácticos en general, como lo son las sentencias, deben tomar como parte de su fundamento último a los derechos humanos. Con esto queremos señalar la importancia de la implementación de un proceso de interpretación, que entienda la relación entre el derecho nacional y el derecho convencional, como parte fundamental del discurso jurídico. Para que este se mantenga dentro de los límites de las convicciones razonadas que establecen los principios convencionales. Esto requiere de la utilización de dos aspectos importantes: una lógica de inferencia apropiada y la formulación de argumentos jurídicamente válidos, los que se construyen en base a garantizar la eficacia los derechos humanos de las personas con discapacidad.

También debemos pensar la importancia de los distintos operadores jurídicos a la hora de consolidar, resguardar y llevar a la práctica, esta forma de entender y comprender la determinación de la capacidad jurídica, como parte del marco normativo, que encuentra un fundamento jurídico y discursivo dentro de un contexto convencional.

Bien podemos reconocer que los principios que sustentan el instituto de la capacidad son tomados del derecho convencional de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Siguiendo el pensamiento de Carlos Nino podemos establecer que estos principios sustantivos pueden ser enunciados de la siguiente forma:

1. *Autonomía de la persona*: se relaciona con la libertad de hacer. Se sustenta en la idea de la igualdad entre las personas. Sin embargo, todo tratamiento igualitario no puede ser independiente de la concepción sobre lo que es bueno para el hombre y para su propia vida. El trato que se dispensa a una persona como un igual explicita la forma en que alguien desearía ser tratado. La concepción sobre la autonomía personal se proyecta en otros derechos, como son: la integridad corporal y psíquica, la libertad de asociación, de expresión y libertad en el desarrollo de la vida privada.
2. *Principio de inviolabilidad de la persona*: se relaciona con la libertad de las conductas, cuyos efectos recaen sobre el propio agente. Los derechos funcionan como restricciones a los intereses colectivos. Establecen una barrera a los demás integrantes de la sociedad o al Estado mismo, impidiendo vulnerar los derechos individuales básicos. Entendemos que siempre deben privilegiarse los principios fundamentales, por sobre los derechos particulares.
3. *Principio de la dignidad de la persona*: advertimos que respetar la libertad del individuo no es lo mismo que satisfacer sus deseos. Depende, que el individuo asuma las consecuencias de sus decisiones (Nino, 1989: 117).

Cuando se afirma que la norma puede ser entendida como la objetivación de una modalidad de la acción se pretende reflejar un criterio de racionalidad específico, que es utilizado por los operadores jurídicos para responder a cuestiones concretas. La dinámica del derecho nos obliga a comprender los estándares propuestos por el derecho internacional. Esto nos lleva a pensar criterios de aplicación de las normas jurídicas. El derecho tiene una manifestación concreta que se hace perceptible en su aplicación. Si queremos tener una visión integral del fenómeno jurídico debemos considerar las exigencias de racionalidad, de las decisiones jurídicas. En este intento por alcanzar cierto grado de corrección, se produce una conjugación de normas, conductas y valores. No podemos dejar de tener en

cuenta el sentido axiológico que conlleva una decisión jurídica (Herrera Figueroa, 1995: 133). La sentencia judicial requiere esencialmente de un discurso, que exponga los fundamentos que sostienen su racionalidad.

El discurso práctico, producido por el jurista, debe estar atado a estrictas reglas procedimentales, y a los principios se encuentran consagrados de forma expresa en el derecho positivo (Alexy, 2008: 36). La vida del derecho consiste en un intercambio de argumentos, que ofrecen interpretaciones alternativas sobre lo que el derecho es, en cada caso (Rodríguez, 1997: 62).

Reconocemos una relación entre, interpretación, aplicación y creación del derecho, pues toda decisión judicial posee necesariamente una fundamentación racional, que pretende ser reconocida como correcta (Alexy, 2008: 40). Las exigencias de un estado de derecho se encuentran vinculadas al respeto de los derechos humanos y los procedimientos institucionalizados. Sólo podemos hablar de legalidad y legitimidad, cuando se siguen estos criterios de acción (Rodríguez, 1997: 68). Pues, la finalidad de todo ello, se encuentra en la maximización de los derechos (Sieckmann, 2006: 209) y en la validación institucional, que ve se explicitada, cuando se incorporan los derechos humanos, en el quehacer cotidiano, por el solo hecho de encontrarse incorporados como obligatorios, en el catálogo de derechos fundamentales de nuestra constitución (Alexy, 2003: 21). Nada más específico y en sintonía con los derechos humanos, que la posibilidad que la normativa actual le otorga a la persona con padecimientos mentales, una participación en el proceso. Distinguimos distintas formas de intervenir en el proceso, ya sea con una representación letrada, con la audiencia que señala el artículo 35 del CCiv. y Com. que tiene la finalidad del contacto directo con el juez de la causa, en la que debe expresar su parecer libremente. Como así también la posibilidad de reevaluación periódica. Todo lo que nos permite vislumbrar un trato de personalizado, preocupado por considerarlo como alguien y no como algo. En definitiva, podemos concluir que la preocupación del legislador ha sido acercar el derecho a la gente, sin prejuicios de ningún tipo, que pudieran provocar exclusiones. Comprendiendo que el derecho, es una herramienta de constructiva para el afianzamiento de las relaciones sociales.

XVIII. Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista (1947). *El crimen de la guerra*. La Plata: Calomino.

ALEXY, Robert (2008). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

— (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

— (1994). “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, en: *Isonomía*. Nº 1.

ARANGO, Ricardo (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

ARNIO, Aulis (2003). “Algunas observaciones sobre la justificación jurídica”, en: Enrique Zuleta Puceiro (comp.) *Interpretación de la Ley*. Buenos Aires: La Ley.

BARIFFI, Francisco (2016). “Restricción a la capacidad y capacidad civil. Tensiones constitucionales y Código Civil y Comercial”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. AP/DOC/1094.

BENAVENTE, María Isabel y BURUNDARENA, Ángeles (2016). “Restricciones a la capacidad de personas mayores. Problemas y soluciones”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley AP/DOC/1048.

CAMPS, Carlos Enrique (2004). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*. Anotado Comentado. Concordado. Tomo II. Buenos Aires: Depalma.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2005). “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, en: *Jurisprudencia Argentina*. Doctrina. Nº 13. Buenos Aires.

CONVERSET, Juan Manuel (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Hammurabi.

D’ALBANO TORRES, Patricia Inés (2015). *Estudio del Nuevo Código*. Buenos Aires: Ediciones D&D.

DWORKIN, Ronald (1997). “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en: *La decisión judicial*. Santa Fe de Colombia: Siglo del Hombre Editores.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2004). *Derechos Humanos e injusticias cotidianas*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

GROSMAN, Cecilia (1998). *Los derechos del niño en la familia*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

HERRERA FIGUEROA, M. (1955). *Justicia y sentido*. Tucumán. Ministerio de Educación de la Nación. Universidad Nacional de Tucumán.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo II. Buenos Aires: Infojus.

KANT, Immanuel (2007). *Hacia la paz perpetua, un proyecto filosófico*. Trad. Marey M. Udi J. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; FERNÁNDEZ, Silvia E. y HERRERA, Marisa (2015). “Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. D, 1073.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1994). “El derecho constitucional del menor a ser oído”, en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás (2017). “La capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. AR/DOC/591/2017.

MENDIONDO, Nurit y OLMO, Juan Pablo (2016). “Elevación en consulta: pautas para revisar las sentencias de capacidad restringida”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 23/09/2016.

NINO, Carlos Santiago (1989). *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea.

OLAZÁBAL, Alejandro (2016). “Un nuevo procedimiento para la determinación de capacidad”, en: *Revista de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, N° 76. Septiembre.

PETTORUTI, Carlos y SCATOLINI, Julio (2005). *Elementos de Introducción al Derecho*. Buenos Aires: La Ley.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo II. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.

RODRÍGUEZ, César (1997). “Teoría del derecho y decisión judicial”, en: *La decisión judicial. El debate Hart. Dworkin*. Bogotá: Universidad de los Andes.

SIECKMANN, Jan (2006). *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fecha de recepción: 27-04-2017 Fecha de aceptación: 30-06-2017

Educación en Argentina: ¿pública y laica? Los casos de las provincias de Salta y Mendoza

POR **MARIANA GUADALUPE CATANZARO ROMÁN** (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso de Salta.— III. El caso mendocino.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía.

Resumen: en el año 2010 en la provincia de Salta se inició el reclamo de padres de alumnos en edad escolar por la introducción de la religión católica en escuelas públicas. Prácticas tales como bendecir la mesa antes de servir los alimentos en los almuerzos escolares, el rezo del Padre Nuestro al momento de izar la bandera, la enseñanza de una única religión: la católica, y la introducción de celebraciones religiosas a la currícula escolar provocaron el reclamo de las minorías que no conculgan con ello. Ellas, mediante recurso de amparo, peticionaron ante los órganos judiciales competentes. Sin perjuicio de aguardar la sentencia definitiva que dará la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se realizará en el presente trabajo un análisis de los fallos y fundamentos de los distintos órganos en dos casos referidos a la laicidad en las aulas, hoy puesta en tela de juicio.

Palabras claves: educación - estado laico - minorías religiosas - derechos humanos

Education in Argentina: public and secular? The cases of Salta and Mendoza

Summary: *in the Province of Salta, in 2010, a claim was filed by parents of students of school age, about the entering of Catholic beliefs in public schools. Practices such as blessing the food before school lunches, reciting the prayer "Our Father" when raising the flag, the teaching of one and only one religion: Catholic, and the entering of religious festivities in the school programs provoked the claim of minorities who do not concur with it. These minorities, petitioned through a constitutional protection defense before the proper judiciary authorities. While waiting for the definitive sentence to be issued by the Argentinean Supreme Court, this work will*

(*) Prof. Adjunta interina de Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Doctora Cum Laude en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid.

analyze the sentences and finding of the different authorities in this and other cases referring to secularism in classrooms, a topic now under debate.

Keywords: *education -secular state - religious minorities - human rights*

I. Introducción

En este trabajo presentaremos dos casos que relacionan estrechamente la laicidad de la educación pública en las escuelas de las provincias de Salta y Mendoza, y la libertad religiosa de aquellos que no comulgan con las creencias católicas.

Los casos que trataremos tienen un desarrollo llamativamente similar, y constituyen una muestra de la existencia de opiniones divergentes como consecuencia de enunciados normativos contrapuestos entre sí. El hecho de que por un lado el Estado argentino tenga un plexo normativo fuertemente orientado a la pluralidad, tolerancia y libertad de conciencia, y por el otro tenga en su Carta Magna un artículo que apoye el sostén del culto católico, con las implicaciones ideológicas que esto conlleva, es la cuestión de fondo que desemboca en conflictos como los que desarrollaremos.

El trabajo utilizará la misma estructura para el caso salteño y para el caso mendocino: presentará un resumen de las instancias judiciales recorridas, la legislación aplicable en cada caso, los argumentos presentados por cada parte, y analizará los entenderes de los magistrados.

II. El caso de Salta

La Constitución Nacional Argentina delega a las provincias la administración de la educación. Así lo establece en su artículo 5º, que dice:

“cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”

En consonancia con ello, la Provincia de Salta dictó en julio de 2009 su Ley de Educación, ley 7546. Entre los contenidos de tal ley se garantiza a los padres y tutores que sus hijos reciban en la escuela pública educación religiosa en concordancia con las convicciones propias de cada uno. En la práctica, hasta el momento se han dictado los contenidos del credo católico y también se ha corroborado la práctica de ritos católicos en ámbitos escolares. Quienes disienten con tales prácticas

recurrieron a la justicia, esperando que se expidiera sobre la constitucionalidad de la ley en cuestión y requiriendo el cese inmediato de las prácticas netamente católicas.

La ley 7546 dispone la enseñanza obligatoria de religión en horario escolar y, si bien se señala que debiera haber alternativas para quienes no comulguen con estas ideas, en la práctica se han presentado situaciones desventajosas para los niños de minorías religiosas que asisten a escuelas públicas.

Entre estas, el fallo de febrero de 2012, dictado por el Juez de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Marcelo Domínguez, relata que en la Escuela Bartolomé Mitre de Campo Quijano los alumnos se ven obligados al rezo inicial de todos los días, y que el menor Emiliano Ezequiel Gutiérrez de 12 años de edad estuvo forzado a permanecer en el aula y a realizar actividades religiosas que le impartían sus docentes, pese a manifestar que no quería permanecer en clase. Gutiérrez fue calificado con baja nota. También en la Escuela Dodi Aráoz Usandivaras de Campo Quijano, obligaban a la menor Inti Aimar Quispe de cinco años a rezar. Por otro lado, las actoras sostuvieron que en la Escuela Jacoba Saravia no se respeta la voluntad y elección de los padres respecto a la religión. Sostuvieron además las actoras que los hechos relatados son una muestra de situaciones similares que suceden en todas las escuelas de la Provincia. En la Escuela René Favalaro de la ciudad de Salta, a los menores se les impuso como práctica obligatoria el rezo de la oración diaria. Por otra parte, los niños que no desean tomar parte en la materia de religión deben salir de clase, hecho discriminatorio y que viola el derecho de no expresar el culto que se profesa, y retirarse a la biblioteca, donde no se les da ningún tipo de actividad curricular correspondiente al plan de estudio. Estas circunstancias se repiten en todos los grados con la salvedad de que los más pequeños se sienten obligados a permanecer en el aula por la autoridad que imparten los maestros. En la Escuela Juana Moro de López de la localidad de la Caldera refieren que a los padres no se les informó que les asiste el derecho de opción o el derecho de recibir la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones. En la institución además es costumbre el rezo inicial a la entrada.

Tras notar estas actividades, un grupo de madres de niños no católicos, respaldadas por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), presentaron un amparo colectivo contra el Estado Provincial. Pidieron mediante la interposición de este recurso que se declarara la inconstitucionalidad de la ley de educación provincial de Salta y que se suspendiera la obligatoriedad de la asignatura religión.

El fallo de primera instancia rechazó la inconstitucionalidad de la ley, pero hizo lugar al amparo solicitado. Además, obligó al Estado provincial a adoptar medidas para que las escuelas públicas salteñas cesaran en la imposición de prácticas religiosas católicas a sus alumnos.

El fallo estableció también que el Estado era responsable de garantizar que la enseñanza religiosa se imparta de manera neutral, imparcial y objetiva, respetando la libertad de conciencia y de expresión de los estudiantes, y que no se obligue ni a ellos ni a sus familias a revelar sus creencias religiosas.

El Estado Provincial, sin embargo, apeló parcialmente el pronunciamiento de primera instancia. Nuevamente, la Cámara desestimó la inconstitucionalidad de la ley, pero instó al Estado Provincial a que adoptara de inmediato “las medidas necesarias para que cesen las conductas que se desarrollan en las instituciones públicas de educación primaria que imponen prácticas de la religión católica”, y “que se establezcan las medidas necesarias para adecuar el dictado de la materia Educación Religiosa a los parámetros consignados en el considerando VI, en particular la Observación General N° 22 del Comité de Derechos Humanos y la Observación General N° 13 núm. 28 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Este fallo, el de Cámara, también fue apelado. Sería la Corte de Justicia de Salta quien conocería y emitiría la última opinión en el ámbito provincial. En julio de 2013, la Corte decidió revocar la prohibición de las prácticas religiosas obligatorias en las escuelas durante el horario de clases ordinario, y dispuso que se arbitrara un programa alternativo para quienes no desearan ser instruidos en la religión católica.

El grupo de madres y la ADC insisten en el planteo de origen y acceden a la Corte Suprema de la Nación mediante recurso extraordinario. En marzo de 2017, como está establecido en las normas procedimentales para estos casos, el procurador fiscal ante la Corte Suprema de la Nación estimó que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia con el alcance expuesto. Resta entonces conocer el parecer de los miembros del máximo tribunal.

II.1. Legislación aplicable

Uno de los aspectos más relevantes de esta causa reside en la gran cantidad de legislación citada, y las interpretaciones —en ocasiones— contradictorias de esta. Mencionemos primeramente que la Constitución de la provincia de Salta, sancionada en 1998, establece en su artículo 49 que: “los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

En consonancia, la ley 7546 “Ley de Educación de la Provincia” de Salta, en su artículo 8° e inciso m sostiene:

“los principios, fines y criterios de la educación en la provincia de Salta son: (...) Garantizar que ‘los padres y en su caso los tutores tienen dere-

cho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones, en cumplimiento del artículo 49 de la Constitución de la provincia de Salta”.

Asimismo, dice el artículo 27 inciso ñ de la misma ley:

“son objetivos de la Educación Primaria en la provincia de Salta: (...) Brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”.

A nivel nacional, resultan relevantes la Ley de Educación, ley 1420, que sostiene en su artículo 8 “La enseñanza religiosa sólo podrá ser dada en las escuelas públicas por los ministros autorizados de los diferentes cultos a los niños de su respectiva comunión, y antes o después de las horas de clase”; la ley 26.206 de Educación Nacional, en el artículo 12 reconoce como derechos de los alumnos: “a) Una educación integral, igualitaria en términos de calidad y cantidad, que contribuya al desarrollo de su personalidad, posibilite la adquisición de conocimientos, habilidades y sentido de responsabilidad y solidaridad sociales y que garantice igualdad de oportunidades. b) Ser respetados/as en su libertad de conciencia, en el marco de la convivencia democrática”; el artículo 14 de la Constitución Nacional, que establece la libertad de cultos y el artículo 16 de la misma, que establece la igualdad de las personas.

Pero también distintos tratados internacionales ratificados por Argentina, y con jerarquía constitucional, establecen pautas claras sobre la infiltración de la religión en el ámbito educativo. Así, podemos mencionar.

El Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 12 inciso 4 establece que los padres o tutores “tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en el artículo 13 que:

“los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres, y en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer

que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (quien vela por el cumplimiento de los contenidos del tratado homónimo) en la Observación General N° 13 numeral 28 entiende que, en cuanto a los párrafos 3 y 4 del artículo 13:

“el párrafo 3 del artículo 13 contiene dos elementos, uno de los cuales es que los Estados Parte se comprometen a respetar la libertad de los padres y tutores legales, para que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa o moral conforme a sus propias convicciones”.

Y en particular se destaca la opinión que expresa:

“en opinión del Comité, este elemento del párrafo 3 del artículo 13 permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. Observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores”.

Asimismo el Comité de Derechos Humanos (quien vela por el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) mediante la Observación General N° 22, interpreta el artículo 18° del Pacto Internacional de Derechos Civiles, en el que observa que de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del artículo 18 del Pacto no se puede obligar a nadie a revelar sus pensamientos o su adhesión a una religión o a unas creencias. El inciso 4 del mismo artículo permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética, siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva y que es incompatible con el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares.

Es claro que el espíritu de las normas mencionadas marca el respeto por todas las creencias, religiosas o no creencia, y asigna la responsabilidad de la impartición de una ideología religiosa determinada a los padres y tutores del menor. Si bien no prohíbe la educación religiosa, establece que esta debe llevarse a cabo de manera objetiva y orientarse a la inclusión de los distintos credos y a la no exclusión de algunos, y que para esto es necesario abstenerse de ponderar un credo religioso por sobre los otros.

II.2. Argumentos traídos en primera instancia

Pese a la profusa normativa referente al respeto de la diversidad de creencias, resulta que en los hechos la educación religiosa impartida en las escuelas públicas de Salta es de contenido católico. Por esta razón, las partes actoras sostuvieron que el respeto a la pluralidad declamado es sólo una apariencia mientras que se revela el verdadero propósito de los que tienen responsabilidad en la aplicación de la ley, esto es la utilización de la educación obligatoria como un dispositivo de reproducción de la religión hegemónica, y que la acción y prácticas demostradas indican que nos acercamos a la adopción de un credo del estado. Esta tesis fue expresamente descartada por los constituyentes, quienes en sus ansias de que todos los habitantes del mundo que lo deseen habiten el suelo argentino, permitieron desde los inicios la libertad de cultos señalada en los artículos 14 y 20 de nuestra Carta Magna.

Trajeron las actoras demás diversos precedentes, entre los cuales se destaca el caso “Portillo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que dicho Tribunal no dudó en resolver que toda coerción estatal sobre el derecho a la libertad religiosa debía ser sometida a un escrutinio judicial sumamente estricto a los fines de declarar su validez constitucional (1).

(1) Aunque no se mencionan en el fallo, hay otros dos casos precedentes que creemos conveniente citar. En octubre de 1983 la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió expedirse sobre este asunto en el caso “D’Aversa, Aurelio Francisco c/Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) s/nulidad de resolución”. Un alumno Testigo de Jehová, con alto promedio académico, fue asignado como escolta de la bandera de su escuela. El menor se negó, expresando “una actitud de pacífica abstención respetuosa, sin haber, de modo alguno, puesto en evidencia la menor intención de ofender a la bandera patria”. Sin embargo, el Director Nacional de Educación Media y Superior decidió separarlo definitivamente de todos los establecimientos oficiales de enseñanza, decisión que la Cámara Nacional de Apelaciones en los Contencioso- Administrativo Federal anuló. Se presentó un recurso extraordinario para apelar la anulación, pero el Procurador General entendió que a la moral prevaleciente (de festejar los símbolos patrios con alegría) no le perturba que alguien se abstenga respetuosamente, por motivos de su conciencia o intimidad, de expresar adhesión, pero que sí debería ser ofensivo a la conciencia nacional mayoritaria que alguien se vea obligado a demostrar estos sentimientos sin sinceridad y en contradicción con sus creencias. La Corte Suprema entendió que es lícito abstenerse respetuosamente de escoltar la bandera, y que esto no vulnera el orden jurídico, y ratificó la anulación de la Cámara. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “D’Aversa, Aurelio Francisco c/ Nación Argentina”, 27 de octubre de 1983, AR/JUR/3297/1983.

En septiembre de 2005 se presentó ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) una denuncia: una maestra fue sancionada y recibió “un verdadero torrente de actas, asientos en su cuaderno de actuación docente y reuniones de personal” por no acompañar a sus alumnos a participar de actos patrios. Por lo demás, el desempeño de la docente había sido calificado como “excelente”. Las sanciones se fundamentaban en la resolución 100/95, una resolución que se contradice con los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional, la libertad de conciencia ratificada en el artículo 12 de la Convención Interamericana por los Derechos Humanos, y la libertad de

Por todo esto, concluyeron que el artículo 28 inciso ñ de la ley 7546 es contrario a la Constitución, en tanto establece la enseñanza religiosa como una materia obligatoria que debe enseñarse en horario de clases, lo cual afecta los principios constitucionales mencionados, por ser incompatible con la absoluta libertad de las madres y padres de decidir que sus hijos reciban o no educación religiosa. Aun cuando la enseñanza tuviese en cuenta las diferencias de credo entre los alumnos por no respetar la obligación de que la instrucción religiosa, debe carecer de todo elemento coercitivo.

Por su parte, la parte demandada sostuvo que le está delegada a las provincias la tarea de impartir religión católica, conforme al artículo 2 de la Constitución Nacional, y que no dar los contenidos de dicha religión implicaría alejarse del mandato de sostener el culto oficial.

El Estado Provincial a través de su representante desestimó los reclamos y sostuvo que debían rechazarse los planteos de inconstitucionalidad, ya que de todas las disposiciones no surge la imposición de la enseñanza de la religión católica, sino de instrucción religiosa en las escuelas públicas atendiendo a las creencias y convicciones de los padres y tutores, quienes decidirán sobre la participación de la misma, y que ello está acreditado en el caso.

Aquí tenemos un claro caso de confusión por la ambigüedad de la palabra “sostener” en el artículo 2 de nuestra Constitución Nacional. Largamente se ha discutido si la palabra “sostener” se refería a un sostén material o pecuniario, pero poco se ha hablado de la extensión de interpretaciones que el término podría llegar a concebir. En este caso, se da la conjunción de dos normas, una de grada inferior, como es la ley provincial, que establece la educación religiosa en horario escolar, y la otra de grada superior, que es el artículo 2 de la Constitución Nacional. Ante la pregunta, “¿qué debe enseñarse en la materia ‘religión’?” el Ministerio de Educación parece haber interpretado que por apoyar el Estado argentino al culto católico, lo correcto es enseñar las doctrinas de dicho culto. Tal argumento muestra un desconocimiento enorme de los tratados internacionales que hemos mencionado *ut supra*.

La Sra. Fiscal de Cámara sostuvo que si bien no encontró la configuración de una conducta ilegal, al menos advirtió que existe un proceder omisivo lesivo de derechos de raigambre constitucional respecto de los niños que no profesan la

conciencia avalada por la Constitución de la provincia de Neuquén misma. Considerando el artículo 1 de la ley 23592, el asesor letrado que llevó a cabo la denuncia consideró que la resolución 100/95 es contraria a las leyes vigentes y por tanto debe anularse. “INADI respalda postura de los Testigos de Jehová”, diario *Río Negro*, 6 de noviembre de 2005, en: <http://www1.rionegro.com.ar/arch200511/06/v06f10.php> [Fecha de consulta: 15/09/ 2015]

religión católica. Esta conducta traduce una clara vulneración de prerrogativas de raigambre constitucional, al no darles a los menores de minorías no católicas espacio para el dictado de otras religiones en las escuelas, afectando el derecho a tener idénticas oportunidades educativas.

El juzgado en primera instancia no hizo lugar a los reclamos de inconstitucionalidad de la Ley de Educación pero sí ordenó que se tomaran medidas urgentes para la protección de la libertad religiosa de los niños no católicos. Esta concesión parcial dejó inconformes a ambas partes y conllevó a que ambas apelaran. El caso fue elevado al máximo tribunal de justicia provincial, la Corte Suprema de Salta.

II.3. Apelación

La parte demandada apeló parcialmente el fallo de primera instancia, insistiendo en que el dictado de contenido católico dentro y fuera de la materia “religión” no era discriminatorio.

Debemos resaltar la curiosa interpretación de la Sra. Asesora de Incapaces Nº 1, Interina en Asesoría de Incapaces Nº 2, que solicitó el rechazo de la acción de amparo. La Sra. Asesora sostuvo que la Asociación por los Derechos Civiles carece de legitimación para representar a todos los niños que concurren a las escuelas primarias públicas al omitir considerar a los derechos de los niños que sí son católicos.

Este argumento es circular: las partes actoras plantean que la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas resulta lesiva para las minorías religiosas, a lo que aduce la Sra. Asesora de Incapaces que los reclamos de discriminación a su vez lesionan a los niños católicos. No aclara cómo solucionar este círculo. La Asesora de Incapaces también considera que las actoras no pueden ser tenidas como representantes de sus hijos pues —dice— podrían existir intereses contrapuestos.

Nuevamente, nos preguntamos a qué se refiere al decir esto. No expresa qué intereses podrían llegar a estar contrapuestos. Sin embargo, es más que clara la indicación del artículo 12 inciso 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sostiene que son los padres tienen derecho a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo a sus convicciones. Este inciso le otorga tal derecho a los padres entendiendo que son los padres los encargados de velar por el bienestar (integral y en tal sentido también espiritual) de sus hijos, por lo que son los padres los mejores representantes de los intereses de sus hijos.

Agrega la Asesora que se debe garantizar el derecho del niño a la educación, comprendida en su integralidad, por lo que debe incluirse la enseñanza religiosa.

Esta es una interpretación parcial que nos lleva a preguntarnos ¿qué niños tienen derecho a la educación integral que incluya enseñanza religiosa? ¿Todos, o solo los niños católicos? Porque parte de las pruebas traídas por la parte actora demuestra que los niños de minorías religiosas no tienen un espacio curricular en el que participar que se ajuste a sus creencias mientras se dicta la clase de religión (con contenido católico).

También sostuvo la Asesora de Incapaces que no se han probado los actos discriminatorios; que los menores a quienes se dice proteger no han sido escuchados y que las medidas dispuestas perjudican a los hijos de padres que no poseen recursos como para optar por un colegio privado que les brinde formación religiosa.

Este último argumento plantea una polaridad inexistente, a saber, que si los niños de familias de bajos recursos no reciben educación religiosa católica en la escuela no pueden recibirla en ningún otro lugar. Esto es por un lado menospreciar la capacidad de los padres de esos niños de enseñarles creencias que les son propias, y por otro lado solapar el hecho de que muchas iglesias, parroquias e instituciones católicas dictan clases religiosas gratuitas.

Las coactoras Alejandra Glik, María del Socorro del Milagro Alaniz y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) también dedujeron recurso de apelación en contra de la sentencia que acogió parcialmente el amparo, pues consideraron que la solución allí elaborada resulta insuficiente a los fines de otorgar una protección plena a los derechos de los alumnos y de sus padres a la libertad religiosa y a la prohibición de ser discriminados.

Por último, y refiriéndose al amparo que la actora buscó en los tratados internacionales ratificados por el Estado argentino, el Sr. Ministro de Educación observó que las Observaciones Generales de los Comités de Derechos Humanos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el fallo de primera instancia manda seguir, aun cuando no se oponen a la política provincial respecto de la educación religiosa, no integran el contenido de los tratados internacionales sino que son simples recomendaciones.

Entendemos que las recomendaciones hechas por los comités de Derechos Humanos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales existen para que no se caiga en interpretaciones arbitrarias del contenido de los tratados de los cuales se desprenden. En este sentido, si bien podría interpretarse que no constituyen normas jurídicas prescriptivas, se trata mínimamente de directrices que orientan hacia la correcta interpretación de la letra de los tratados. Por tanto, restarle importancia a su obligatoriedad es quitarles peso a los tratados internacionales que conforman nuestro bloque constitucional.

El fallo de la Corte Suprema de Salta rechazó la apelación por el planteo de inconstitucionalidad de la ley 7546 de Salta y revocó la decisión de prohibir las prácticas religiosas en las escuelas. Estableció además que estas deberían efectuarse durante el horario fijado para la enseñanza de la materia, y dispuso que se arbitrara un programa alternativo para quienes no desearan ser instruidos en la religión católica.

II.4. Recurso extraordinario

El 10 de marzo de 2017, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de la Nación, estimó que correspondía hacer lugar al pedido de recurso extraordinario y aconsejó revocar la sentencia expedida por la Corte Suprema de Salta. En el pedido extendido a la Corte, Víctor Abramovich sostuvo que “la instrucción en una religión determinada en el horario escolar y como parte del plan de estudios” había resultado, “en una grave interferencia en las distintas dimensiones de la libertad de religión y conciencia”. Para él, la aplicación de las normas dictadas en Salta probó ser una coacción directa e indirecta en la elección de los niños, niñas, padres y representantes legales sobre sus creencias, afectando así derechos tan íntimos como son la libertad de conciencia y religión.

Aún más, el pedido sostiene, a nuestro juicio siguiendo un razonamiento impecable:

“el hecho de que niños y niñas no católicos sean instruidos en el catolicismo durante el horario escolar implica una presión indebida en su libertad de elección, máxime considerando que ello acontece en un ambiente tan permeable a las influencias como la escuela primaria y en el contexto de una sociedad con una religión fuertemente predominante. Esta presión es más intensa aun cuando las prácticas religiosas—como los rezos u oraciones en los cuadernos—no se limitan al espacio curricular destinado a la instrucción religiosa, sino que son realizadas en forma generalizada, fomentadas por los maestros y autoridades escolares y practicadas por la mayoría de los niños”.

Sobre la inconstitucionalidad de la ley salteña de educación, el Procurador Fiscal recordó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación prohíbe tanto las regulaciones discriminatorias como las que tengan efectos discriminatorios. Así quedó establecido a partir de los dictámenes de la Procuración General de la Nación, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/amparo”, emitido el 24 de junio de 2013, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, del 28 de noviembre de 2011.

Puede advertirse que la ley de educación salteña ha tenido efectos discriminatorios en la segregación y discriminación que los niños y niñas no católicos sufrieron, hecho tanto más grave si se considera que la escuela primaria es el ámbito en el que por excelencia se ejerce el derecho a la educación y se forma a los pequeños en respeto por la diversidad y el pluralismo que sostiene el espíritu de nuestra ley.

El documento concluye con la aseveración de que la implementación de la educación religiosa en la escuela pública lesionó gravemente los derechos constitucionales de padres y niños, y que las normas locales provocaron grandes lesiones en aspectos esenciales de la libertad religiosa, un derecho íntimo.

Nos parece particularmente importante resaltar que el Procurador Fiscal no desdeñó el esfuerzo extra que la correcta aplicación de las leyes podría requerir (por ejemplo, en términos de la organización familiar caso que los niños deban permanecer luego del horario escolar para recibir educación religiosa, o en los costos que podría acarrear para las escuelas organizar una materia extracurricular), pero que consideró que tales esfuerzos se encuentran compensados por evitar el trato diferenciado y discriminatorio hacia las minorías religiosas.

Así el procurador se manifiesta pidiendo la inconstitucionalidad de la ley de educación de la provincia de Salta y, como consecuencia de ello, de toda actividad católica que en las aulas se desarrolle.

III. El caso mendocino

La Justicia de la provincia de Mendoza tuvo también oportunidad de expedirse en un caso similar. En este, no fueron las prácticas cotidianas y las clases diarias de religión las que produjeron el pronunciamiento de los magistrados, sino que el motivo de conflicto fue el calendario académico dispuesto por la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza (DGE). La DGE previó la conmemoración “con la participación de toda la comunidad educativa” de los denominados “Día del Santo Patrono Santiago, guía y Protector de los Mendocinos” (25/07) y “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” (08/09).

La acción de amparo colectiva tramitó en el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minas N° 24 de la ciudad de Mendoza, en septiembre de 2013. Aquí, la magistrada interviniente, Dra. María Eudenia Ibaceta, resolvió la inconstitucionalidad de la norma que establecía la celebración de fechas emblemáticas para el credo católico en ámbitos escolares. El fallo además ordenó a la DGE la inmediata suspensión de las festividades.

En esta oportunidad, los damnificados se presentaron con la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) y requirieron la revisión de tales fechas del calendario escolar.

III.1. Legislación vigente en la provincia de Mendoza

Además de la normativa nacional e internacional que hemos mencionado más arriba, corresponde señalar que la constitución de la provincia de Mendoza establece en su artículo 212 inciso 1: “La educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca”.

También, la Ley de educación en esta provincia, ley 6970, en su artículo 4 inciso c establece: “El Estado garantiza (...) la prestación de los servicios educativos, asegurando la obligatoriedad y estableciendo que los niveles y regímenes del sistema estatal deberán ser gratuitos y laicos”. También el artículo 8º inciso b sostiene: “Los alumnos/as tienen los siguientes derechos y obligaciones (...) ser respetados en su integridad y dignidad personas y en sus convicciones religiosas, morales y políticas en el marco de la convivencia democrática”.

III.2. Argumentos expuestos en el caso mendocino

III.2.1. Primera instancia

A nuestro parecer, es inconcebible sostener que las festividades reglamentadas por la DGE de la provincia no constituyen parte de los cánones católicos, teniendo en cuenta que se trata de un santo y una virgen solamente venerados por el credo católico. Sin embargo, el argumento defensivo esgrimido por la parte demandada consistió en expresar que quienes no quisieran participar de las festividades establecidas bien podían abstenerse de hacerlo. La sentencia sostiene con buen criterio que esto no constituye un fundamento válido, ya que indirectamente se le impone al personal docente, no docente y alumnos que profesen religiones minoritarias o sean ateas o agnósticas a poner en conocimiento de las autoridades escolares sus creencias religiosas, violando así el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Podría entenderse que el argumento utilizado por la defensa marca una desigualdad entre las minorías religiosas y la mayoría: a la mayoría se le reconoce la faz activa del derecho a la libertad religiosa, lo cual le permite celebrar festividades que le son propias, y a la minoría se le “reconoce” el mismo derecho pero en una faz pasiva: tiene la libertad de abstenerse en la participación de las festividades. Cabría preguntarse si es posible otorgarles a ambas minorías y mayoría religiosas las dos fases del derecho a la libertad religiosa dentro de la educación pública.

Si así fuera, todos los credos religiosos podrían traer a las aulas sus festividades propias, y quienes pertenezcan a la religión mayoritaria podrían abstenerse de participar. Claramente, tal supuesto es imposible. Primeramente, no alcanzarían los días del año ni el tiempo de clases para celebrar las festividades de todas las religiones. En segundo lugar, hay credos religiosos que no tienen días específicos de celebración, por lo que quedarían excluidos de este derecho. Por último, tal conducta sería de todas maneras lesiva de los derechos de niños educados en el seno de familias ateas o agnósticas.

Sostiene además la magistrada que el daño que ocasiona la aplicación de la resolución se concreta en que personas bajo la potestad de la DGE deban participar de festejos que no corresponden a su formación religiosa, vulnerándose “concretamente y no en forma retórica” la libertad de culto, “principio rector de todas las currícula y actividades planeadas por las autoridades de la demandada”. No se trata entonces de daños conjeturales, que permanecen en el plano intelectual, sino que se materializan en la realización de actos y actividades en horario escolar que corresponden a una sola religión.

III.2.2. Apelación

En 2013, y a pesar del fuerte arraigo del fallo en las normas internacionales, nacionales y locales, la Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza lo revocó. El carácter argumental de los magistrados es llamativamente similar al del caso salteño. Los doctores Leiva, Sar Sar y Ábalos puntualizaron en unanimidad que no existe en la resolución 2616 DGE/12 un comportamiento que sea ilegítimo o arbitrario que lesione derechos constitucionales y los principios de razonabilidad, seguridad e igualdad. Destacaron que el feriado declarado del día 25/07 es de carácter provincial dispuesto por la ley 4081 y es junto con el día 08/09, 24/03 Día Nacional de la memoria por la Verdad y la Justicia, 01/05 Día del trabajador y 24/08 Día del Padre de la Patria, conmemoraciones alusivas. Nótese que las “conmemoraciones alusivas” que mencionan los magistrados son de carácter estatal y no religioso.

Entendieron además los Doctores que la sentencia omite valorar que la resolución en cuestión establece como días no laborales para todos los habitantes de la Nación Argentina que profesen la religión judía (Día del Año Nuevo, el Día del Perdón y el Día de la Pascua Judía), para los profesen la religión islámica (Día del Año Nuevo Musulmán, el día posterior a la culminación del ayuno, el día de la Fiesta del Sacrificio) y también se conmemora el genocidio sufrido por el pueblo armenio.

Como sabemos, estos feriados no son obligatorios generales, sino optativos para quienes profesen la religión que los atañe. Y no son motivo de festividades

ni recordatorios en las escuelas públicas. De lo contrario, la DGE los mencionaría en el calendario escolar en su página web, como sí hace con las festividades que provocaron la causa.

Sostuvieron los magistrados también que la autoridad escolar respeta, protege y reconoce la diversidad religiosa y cultural existente en la provincia y país. Entendieron que la Dra. Ibaceta interpretó equivocadamente que la resolución impone a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de la Dirección General de Escuelas celebrar una festividad de la religión Católica, Apostólica y Romana, pues dichas fechas tienen una finalidad educativa, participativa y de respeto hacia toda la comunidad educativa, basadas en la historia, tradición y cultura de la provincia mendocina, que evidentemente han trascendido la festividad religiosa. Incorporar dichas fechas de modo alguno implica obligar a los integrantes de la comunidad educativa de las escuelas estatales a participar de una festividad religiosa.

Nos es difícil entender cómo festividades orientadas a celebrar a dos personajes de la tradición católica no constituye una festividad religiosa sino cultural. Tanto más si consideramos la evidencia presentada en la causa original, que mostraba que en el portal que la DGE tiene en internet se encuentra el ítem actos escolares: cuando uno ingresa en dicho espacio, se puede encontrar con “8- 25 de julio Día del Santo Patrono Santiago, guía y protector de los mendocinos” y “3- 8 de setiembre Día de la Virgen del Carmen de Cuyo”. El artículo que corresponde a la festividad de julio explica la vida de un santo católico apostólico y romano y se hace una reseña sobre quién es y sobre los distintos acontecimientos que llevaron a nombrarlo Patrono de la provincia de Mendoza y conmemorarlo un día específico del año (25 de julio) con una procesión por las calles del microcentro. Textualmente se lee: “En Mendoza se postula que Santiago es el escudo ante el problema natural que más preocupa en la provincia: los temblores”. Sobre la virgen de Carmen de Cuyo, en dicho sitio web luego de referirse al origen de la devoción a la “Madre de Dios” en la provincia de Mendoza bajo el título “Materiales de interés” figura “Historia de la Virgen del Carmen de Cuyo - origen del nombre, una historia milenaria, la Virgen del Carmen en Mendoza, la coronación pontificia, ¿qué es el escapulario?”. Y esta última nota está impregnada de dogmas y postulados correspondientes a la religión mayoritaria imperante en la provincia de Mendoza. Así se explica que el escapulario:

“(...) es un signo sacramental que hace presente el amor de la Virgen hacia quienes son buenos hijos de Dios, viven en su amistad, o sea gracia y cumplen su ley. Hoy se sustituye para el uso diario por la medalla correspondiente, ambos reciben las mismas indulgencias y pueden ser usados por quienes no pertenecen a la Cofradía”.

Va de suyo que es imposible quitarles la religiosidad a las celebraciones y dotarlas de únicamente valor cultural.

Aún más: los doctores Sar Sar, Ábalos y Leiva postularon que la sentencia apelada se inmiscuye ilegítimamente en el fuero de competencias que corresponde a la DGE; que las autoridades de la Dirección cumplieron con su obligación de respetar el derecho de los padres de garantizar la educación conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, y que la sentencia desconoce la inexistencia de lesión o daño irreparable y que no existe violación al derecho de igualdad, ni al derecho a la educación pública, laica y gratuita consagrado en la Constitución Nacional.

Arguyeron que mientras el Estado no coaccione ni concurra con la fe y la práctica religiosa de las personas y de las confesiones, por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción del factor religioso que desarrolle, se comportará como estado laico.

Aquí corresponde preguntarnos, ¿no es una forma de coacción el imponer a niños no católicos sin mayor capacidad de elección participar de actividades netamente católicas? Si la imposición de una religión en las escuelas no es coercitivo, cabe la pregunta lógica: ¿qué otra cosa sería coercitivo o violento en tanto interfiere en la formación de convicciones íntimas de los niños y niñas?

No es claro si la Dirección de Escuelas hizo saber a todas las escuelas de su jurisdicción que debían pedirles autorización a los padres para que sus niños participen en las actividades. Sin consentimiento de los padres, y dado el carácter obligatorio de la educación pública, esto constituye una forma de coacción pasiva.

Por otra parte, si analizamos la palabra “concurrir”, que la Real Academia Española define como “ser de un mismo parecer”, es difícil entender cómo es posible fomentar actividades de ideología católica sin concurrir con ella. La lógica subyacente de tal argumento es que la DGE, y a través de ella el Estado mendocino, dictan actividades que juzgan de “buenas” (queremos pensar que de otro modo no les sugerirían a los niños hacerlas) pero sin “concurrir” en que son buenas. Claramente, esto es imposible.

Continúan los magistrados diciendo que las festividades tienen por finalidad reafirmar valores y tradiciones propias de la provincia de Mendoza. Indican que si bien las celebraciones cuestionadas pueden tener un origen religioso católico apostólico romano, se han incluido en el calendario escolar con una finalidad educativa y no religiosa, enancándose en la historia de más de cuatrocientos años de la provincia de Mendoza, en sus tradiciones y cultura, sin que implique imponer ritos o veneraciones propias de una religión determinadas a quienes no profesan la misma.

Nótese que la fundamentación de los magistrados hace alusión a la “historia de más de cuatrocientos años” de la provincia. Esto que vemos aquí es una falacia pragmática conocida como falacia *ad antiquitatem*, que consiste en sostener que determinada cosa es correcta porque durante mucho tiempo ha sido así. Siguiendo esta línea de razonamiento, podemos decir que la catequización de los originarios y, a través de ella, el despojo de sus creencias autóctonas fue justificada, algo que si bien fue aceptable en el pasado hoy nos resulta incomprensible. También, si bien es cierto que en la DGE no ordenó en las escuelas llevar a cabo ritos en un sentido estricto, como sería por ejemplo prenderles velas a las imágenes, cabe preguntarse si ver videos alusivos, dibujar las imágenes religiosas y hablar de sus vidas en conexión con Dios no constituyen ritos en un sentido amplio.

Otro argumento interesante contenido en el fallo dice que “muchos de los valores del catolicismo son comunes no sólo a las grandes religiones monoteístas sino que forman la axiología común de la humanidad” y que “el hecho de que los poderes públicos coincidan con algún principio o parecer de la Iglesia Católica” no provoca la inconstitucionalidad de la norma.

Pero la sentencia va aún más allá, y sostiene: “la libertad religiosa, como toda libertad, sólo es posible en la medida en que haya tolerancia de las ideas ajenas; sólo en ese marco es posible respetar los derechos de los demás y ejercer los propios, en plena armonía”. Con esta aseveración pretende educar a la parte actora, perteneciente a minorías religiosas, sobre la debida tolerancia a las prácticas católicas en el ámbito público.

Sobre este asunto, el fallo de primera instancia en el caso salteño sostuvo con acierto:

“no se trata de desconocer los derechos de la mayoría, sino tener presente los de la minoría, y de la creación de ámbitos propicios para que todos puedan sentirse incluidos pudiéndose desarrollarse plenamente concretando el ideal máximo de dignidad, pues la unidad que postula un régimen de gobierno liberal y democrático como el nuestro no se compadece con la tendencia a la uniformidad, sino que importa el adecuado resguardo a la diversidad, en todos los ámbitos de la persona (...)”.

III.2.3. Casación

En septiembre de 2015, la causa fue elevada a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Los magistrados Jorge Horacio Nanclares, Julio Ramón Gómez y Alejandro Pérez Hualde ratificaron por unanimidad la sentencia dictada por la Cuarta Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial.

Además de los entenderes de los magistrados Sar Sar, Ábalos y Leiva, entendieron los magistrados:

“(…) que la pretendida erradicación del ámbito público escolar de tradiciones mendocinas, vinculadas al homenaje periódico anual de las figuras del Santo Patrono, inseparable del hecho mismo de la fundación; y de la imagen del quien fuera designada por el General San Martín —y destinataria material de su bastón de mando—, nuestro máximo prócer, como “Generala” del Ejército de Los Andes que nuestra provincia con un esfuerzo histórico contribuyó a conformar con todos sus hombres y bienes; constituiría un acto de reduccionismo y de represión de las manifestaciones populares y de los sentimientos del hombre mendocino que exceden su concreta religiosidad personal misma, porque forman parte de su patrimonio histórico y de su tradición”.

Nos resulta difícil separar en la cita mencionada *ut supra* qué elementos pertenecen al “hombre mendocino” en tanto argentino y qué otros en tanto a católico. El tono general plantea implícitamente que todos los mendocinos son católicos. Por supuesto, si así fuera, este caso directamente no existiría.

Pero más allá de la generalización, es preocupante la clara confusión entre el ser argentino y el ser católico. Pareciera que en la esencia de ser argentino, en este caso de ser mendocino, va la esencia del ser católico, y que no hay manera de separarlas (2).

Dicen además los magistrados:

“ostensiblemente mayor sería la opresión a la formación en libertad del educando si se pretendiera una educación que ignorara componentes históricos insoslayables, como el patronazgo de nuestra fundación como ciudad, o los roles desempeñados bajo la invocación de devociones religiosas en nuestra historia social, cultural, política y militar. No sería posible una formación integral de nuestros educandos si se omitiera toda referencia, respetuosa en todos los casos, a las distintas posiciones que nos ofrece la religiosidad de nuestro pueblo”.

Es a nuestro juicio hiperbólico argumentar que si se diera lugar a las demandas de la actora, tendría que quitarse de cuajo la mención de toda figura religiosa que

(2) Sobre el concepto de “nación católica”, aconsejamos la lectura de los textos que siguen: Lida, Miranda y Mauro, Diego A. (1999). “Sine ira et studio”, en: Miranda, Lida y Diego Alejandro Mauro (coord.), *Catolicismo y sociedad de masas en Argentina: 1900-1950*. Rosario: Prohistoria; Loris Zanatta (1999). *Perón y el mito de la nación católica. Iglesia y Ejército en los orígenes del peronismo (1943-1946)*. Buenos Aires: Sudamericana.

haya tenido lugar en la historia. Como bien plantea la legislación internacional que hemos traído más arriba, no se trata de quitar toda mención a cualquier objeto o persona religiosa sino de lograr una enseñanza religiosa omnicompreensiva y pluralista, planteada desde la objetividad de la historia.

III.2.4. Recurso extraordinario

En octubre de 2015, el Dr. Carlos D. Lombardi, apoderado de la APDH, planteó el Recurso Extraordinario Federal contra la sentencia de septiembre del mismo año, dictada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Sobre los argumentos sostenidos por los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, el letrado sostuvo:

“la excelentísima Corte provincial señala respecto a los actos escolares impugnados por nuestra parte que la conmemoración persigue afianzar la identidad y pertenencia a la comunidad provincial. Más adelante hace referencia a los sentimientos del hombre mendocino y a la religiosidad de nuestro pueblo. Tales expresiones no solo conllevan una arbitrariedad manifiesta al suponer la homogeneidad de concepciones en el seno del pueblo, sino que son una expresión de la lógica que anima la sentencia que queremos sea revisada por la CSJN por poner en tela de juicio la aptitud (y por ende la validez) de leyes de la Nación y Tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional para repeler las resoluciones de la DGE que establecen dos actos escolares discriminatorios”.

Y culmina con esta interesante reflexión:

“es decir, la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, adopta una marcada posición ideológica confesional, reafirmando el privilegio del catolicismo, y adoptando una clara perspectiva discriminatoria de los grupos no católicos (o no creyentes) en situación de vulnerabilidad. La posición doctrinaria que adopta respecto a la laicidad es idéntica a la que elaboró el magisterio católico en la Doctrina Social de la Iglesia”.

IV. Conclusiones

El problema que surge de las malas interpretaciones del plexo jurídico argentino sobre la libertad religiosa es transversal; alcanza a todos los integrantes de la actividad escolar. Trasciende a las familias y a la comunidad en su totalidad. Se trae a la mesa de debate el estatus preferencial de la iglesia católica, que se trasluce

de acuerdo a la mención del artículo segundo de la Constitución Nacional, pero también se traen precedentes judiciales contradictorios e interpretaciones de los acuerdos internacionales que no se corresponden con el espíritu democrático y pluralista que debiera caracterizar a todo nuestro ordenamiento jurídico. Se habla de la libertad religiosa, sin contemplar la igualdad religiosa.

Estas contradicciones nos obligan a nosotros, actores y sujetos de derecho, a revisar los contenidos de nuestro derecho interno. Hay interpretaciones que se inclinan incluso ignorando el contundente principio *pacta sunt servanda* y la claridad del Pacto de San José de Costa Rica. Este último expresa que “los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Los hechos, y el modo de valorar de los jueces, hacen que una vez más nos preguntemos qué esperamos de un Estado, cuáles son las incumbencias de un Estado que debe favorecer la realización individual de cada integrante de la sociedad, y cuáles acciones desatienden a las minorías o las niegan de diferentes modos. Dicho de otra manera, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el caso de Salta, y esperamos que posteriormente sobre el caso mendocino, será definitivo en sus efectos, pues con la sentencia se verá en última instancia si se resalta el valor en la diversidad o, en cambio, se pretende buscar la uniformidad.

De esto, nos surgen una serie de preguntas sobre el accionar del Estado. En primer lugar si inexcusablemente le incumbe al Estado (nacional, provincial o local) emitir directrices a los niños y/o adultos respecto de las creencias que deberían tener. Por otro lado, si el Estado puede bajo algún pretexto indagar sobre asuntos de tan íntima convicción como lo son las creencias o cosmovisiones personales de cada niño y/o de sus padres o tutores. También, si las razones que invoca el Estado son lo suficientemente fuertes como para persuadir a un auditorio sobre la verdadera necesidad de referir a religión. Y por último, si son las escuelas públicas los espacios propicios para impartir conocimientos religiosos.

El Estado tenía una clara actitud paternalista en la Constitución Nacional de 1853. En el artículo 64º inciso 15 el primer constituyente expresamente se refería a la responsabilidad del Congreso de convertir al catolicismo a los originarios. Las interpretaciones de los jueces que respondieron a las apelaciones de ambos casos, así como de los jueces de los tribunales superiores provinciales, demuestran que no estamos tan lejos de aquellas ideas: las explicaciones que se hacen de los hechos y de la letra de la ley se asemeja a la potestad del Estado de evangelizar a las minorías religiosas, en vez de dejar tal potestad librada a la conciencia de cada individuo.

La norma que instituyó la educación laica data de 1884, más de doscientos años atrás. Esta regresión hace que pongamos en duda la efectiva ductilidad deseada de

nuestra Ley. Sobre la flexibilidad de la Constitución, Zagrebelsky (2003: 17) sostiene: “el único contenido ‘sólido’ que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios”.

Pero más allá de la ductilidad de la Ley, aquí entran en juego las potestades de los individuos sobre asuntos que son de su intimidad, y deja claro que el Estado avanza sobre tal intimidad como una interferencia. Así lo entiende Prieto Sanchís: “esta es la libertad de conciencia, una facultad que no es meramente interna o psicológica (...) sino una facultad práctica y plenamente social que protege al individuo frente a las coacciones o interferencias externas que pudiera sufrir por comportarse de acuerdo a sus creencias o convicciones” (2013: 277).

En otras oportunidades nos hemos referido a las incongruencias normativas de nuestro ordenamiento jurídico, en ocasiones laico y en ocasiones confesional (Catanzaro Román, 2016). El pronunciamiento sobre estos casos será la oportunidad más importante para que el máximo tribunal se defina respecto a la educación religiosa en colegios públicos. Quizá, con su fallo, pueda arrojar luz y traer la laicidad deseada. O bien profundizar la sacralización del Estado, en este caso, en cuanto a la educación, que está a cargo de las provincias.

El baremo ha puesto en lo más elevado a los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Como bien señala Carlos Santiago Nino (1992) la libertad para profesar cualquier creencia y en especial la de adherir a cualquier culto religioso o no es una derivación central del principio de autonomía de la persona. Una particular visión religiosa o secular de la vida y del cosmos constituye un aspecto central de la mayor parte de las concepciones del bien, por lo que la libertad para elegir y materializar tales concepciones y los planes de vida basados en ellas no puede sino incluir, esencialmente, la libertad para profesar o no absolutamente cualquier culto religioso. Por ello, el propósito de los sistemas de protección de los derechos es y siempre debe ser primeramente el respeto por la dignidad de las personas, y en este caso, por su libertad religiosa.

V. Bibliografía

CATANZARO ROMÁN, Mariana Guadalupe (2016). “El Estado argentino: ¿un Estado confesional o laico?”, en: *Revista Anales*, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, N° 46. Buenos Aires: La Ley.

LA GACETA SALTA (2017). “Buscan derogar la educación religiosa obligatoria en las escuelas de salta”, 15 de marzo. Disponible en: <http://www.lagacetasalta.com.ar/nota/75949/actualidad/buscan-derogar-educacion-religiosa-obligatoria-escuelas-salta.html>

NINO, Carlos S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitución*. Buenos Aires: Astrea.

PRIETO SANCHÍS (2013). *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.

VERBIC, Francisco (2017). *Amparo colectivo contra la educación religiosa en escuelas públicas: dictamen del mpf sostiene la inconstitucionalidad de la constitución de salta y su ley de educación (*fed / *sal)*. s/l, 16 de marzo. Disponible en: <https://classactionsargentina.com/2017/03/16/amparo-colectivo-contra-la-educacion-religiosa-en-escuelas-publicas-dictamen-del-mpf-sostiene-la-inconstitucionalidad-de-la-constitucion-de-salta-y-su-ley-de-educacion-fed-sal/>

VIVES, Juan Martín (2015). *El régimen constitucional de las minorías religiosas en Argentina*. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Barcelona: Bellaterra.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Traducción de Marina Gascón). 5ª ed. Madrid: Trotta.

Legislación

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Provincia de Mendoza.

Constitución de la Provincia de Salta.

Ley de Educación de la Provincia de Salta N° 7546.

Ley de Educación de Mendoza, ley N° 6970.

Observación General N° 13 numeral 28 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Observación General N° 22 del Comité de Derechos Humanos.

Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Jurisprudencia

"Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta, Ministerio de Educación de la prov. de Salta s/amparo," CSJ 1870/2014/CSI.

“Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/amparo”, emitido el 24 de junio de 2013.

Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minas N° 24 de Mendoza, 04/09/2013, “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ amparo”. Cita online: AR/JUR/54041/2013.

“Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, en j° 250169/50369 Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas p/ acción de amparo p/ rec. ext. de inconstitucionalidad”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, del 28 de noviembre de 2011.

Fecha de recepción: 31-03-2017 Fecha de aceptación: 13-06-2017

La moralidad objetiva como principio del Estado constitucional en Colombia (*)

POR EDUARDO ANTONIO PALENCIA RAMOS (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Un debate clásico y un ordenamiento jurídico actual explicado a través de este.— III. “El nuevo derecho” judicial y la concreción del Estado constitucional.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía.

Resumen: la búsqueda de los derechos fundamentales en el ser humano ha sido una lucha incansable en la que los diferentes Estados asumen, a veces, posiciones nugatorias, excluyentes y avasallantes. En países de tradición formalista como el colombiano esta importante misión fue asumida por los órganos legislativos y ejecutivos, tradicionalmente dominantes de la política y el derecho; sin embargo tras la ascensión de la Constitución política de 1991 hubo una refundación en el sistema, a partir de allí el máximo tribunal constitucional se arroga una función creadora, fundando sus decisiones en principios morales encontrados en la Constitución lo que hace factible no solo un nuevo derecho sino una garantía para sectores antes excluidos.

Palabras claves: moral objetiva - Estado constitucional - antiformalismo - derecho judicial - Corte constitucional

Objective morality as principle of the Constitutional State in Colombia

Abstract: *the pursuing of fundamental rights in the human being, has been a relentless fight in which different kinds of states assume, sometimes, nugatory, exclusive and overwhelming positions. In countries like Colombia, with a formalist position, this important role was assumed by the traditionally dominant organs in politics and law, such as the legislative and executive; however, after the ascension of the Constitution of 1991, the system was refounded. From there, the constitutional court boasts a creative function, founding its decisions in the moral principles found*

(*) Este artículo es el resultado parcial del Proyecto de investigación: “La eficacia del precedente judicial a nivel de los jueces administrativos del distrito de Barranquilla”, Grupo de investigación Tendencias Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar.

(**) Abogado, Magister en Derecho Público y Ciencia Política. Prof. Investigador del Grupo Tendencias Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia.

within the Constitution making possible not only a new form of Law, but a warranty for previously excluded social sectors.

Keywords: *objective morality - constitutional state - anti-formalism - judicial law - constitutional Court*

I. Introducción

El derecho como ciencia social debe estar consustanciado con la dinámica del contexto en el que se establece, por consiguiente se entiende como un axioma, que al abordar su estudio este será acorde con los acontecimientos más recientes acaecidos en la sociedad. Esta situación, comprendida por las universidades, ha obligado a que se replanteen los contenidos programáticos de todas las instituciones de educación superior, con el propósito de que los docentes puedan tener una visión reciente, que impida el anquilosamiento conceptual y argumentativo.

Podemos colegir que existe un imperativo en general: “solo es apreciable el estudio y análisis de lo factual o novedoso”, ya que esto es lo que le permite al jurista o estudiante del derecho poder hacer aportaciones a la sociedad en la que se desenvuelve, tener una cosmovisión crítica de su realidad y convertirse en verdadero agente de cambio del sistema al cual pertenece.

Es lógico que debe haber una evolución en el estudio del derecho, pues no se puede concebir que en las universidades se pretenda construir un conocimiento respecto a como se hacía hace dos siglos, además es entendible y hasta congruente que la metodología a emplear en la enseñanza del derecho varíe sustancialmente. No obstante, sería un error soslayar las contribuciones de los doctrinantes, creadores de teorías clásicas en la ciencia jurídica, que nutrieron y siguen nutriendo al derecho actual. Pareciere incluso paradójico, que desde las investigaciones del derecho, por muy actuales que pretendan ser, siempre se aluda, en algo o en mucho, a asuntos teorizados con anterioridad.

Hacer referencia a lo fáctico, incluso, es una doctrina clásica, si se mira que desde las teorías sociológicas del derecho se toma en cuenta a la sociedad y los distintos factores que en ella convergen para la formación de teorías. Elrich, en su célebre discusión con Kelsen, ya planteaba por ejemplo, que era el comportamiento y no la norma el objeto de estudio del derecho; mucho antes el historicismo, en cabeza de Savigny, determinaba que el derecho era producto espontáneo de la sociedad, así como lo fue el lenguaje, la cultura o las costumbres. Todo ello para contrarrestar a la exegesis, cuyo rasgo característico era el de identificar al derecho con la ley como idea del legislador.

Un connotado autor como Ferrajoli (2004) explica lo que según él se denominan hechos observados. La respuesta suele ser ambivalente pues puede ser contestado como la norma jurídica, y de esta manera sería parte de la dogmática, o como fenómenos jurídicos, y en este caso hace parte del realismo. Este último obedece a la sociología jurídica. Como se ve siempre se buscan tendencias que obedezcan a lo actual, se supone que nada más propicio para ello que aludir a la sociedad, pues es allí donde se suscitan los eventos que permiten tener una concepción reciente del derecho.

De esta manera, y aunque no se quiera, el retorno a lo clásico es indispensable y nunca, por contradictorio que parezca, obsoleto. En Colombia por ejemplo, desde el advenimiento de la Constitución de 1991 se han presentado cambios considerables en el ordenamiento jurídico, ya que a la clásica tridivisión de poderes (ejecutivo, legislativo, judicial) se le aúna lo que teóricos como Castaño (2010) consideran como un cuarto poder. Cuyo protagonista es la Corte Constitucional. Esta institución se erige como órgano de cierre con carácter definitivo, gracias a su función de garante de la Carta Magna y sentencias que obedecen a cosa juzgada, su importancia ha sido tan enorme que trasciende la rama jurisdiccional de la que originalmente hace parte. Al respecto señala Castaño (2010) “con el apareamiento de los Tribunales Constitucionales de estirpe judicial, vino adquirir nueva dimensión la teoría democrática, hasta el punto que la garantías políticas propias del constitucionalismo liberal se han trastocado, permitiendo la superación del mero esquema formalista” (Castaño, 2010: 21).

Lo anterior conlleva a reconsiderar las teorías clásicas como la del legislador positivo y negativo, entendido el primero como aquel que tiene la facultad para crear y derogar leyes. En este caso quien siempre ostentó la calidad exclusiva, de este tipo, fue el legislativo, órgano tradicionalmente superior, por el legado legalista colombiano. Y el segundo como aquel que solo puede excluir del ordenamiento a leyes, por ejemplo por vicios de inconstitucionalidad. En este caso la función que estaba encomendada a tribunales superiores. Empero con la función, atribuida por la Constitución, a la Corte Constitucional, se genera una refundación de conceptos, pues las sentencias del máximo órgano de justicia constitucional, se convierten en precedentes que a su vez sirven para resolver, otros casos con similitudes fácticas. Por ende su función además de control es creadora. Se advierte entonces que el entendimiento de la dinámica del ordenamiento, solo es posible con el conocimiento de teorías que se consideraban petrificadas.

El caso de la Corte Constitucional colombiana sirve como emblema para caracterizar lo que hasta el momento se ha pretendido establecer, pues, como ya se mencionó, una comprensión loable, de la actual funcionalidad de las instituciones, pertenecientes al poder público, en Colombia, solo es posible tomando

en cuenta conceptos, incluso olvidados, y solo estudiados, en algunos casos, por estudiantes de primer año de derecho. Habida cuenta de ello, también tendríamos que recurrir a la relación, existente entre el derecho y la moral. Su motivo, la Corte Constitucional basa, la mayoría de sus sentencias en principios constitucionales, aspecto, inopinado para quienes todavía continúan bajo la concepción del sistema fundado en la soberanía legislativa.

Cabe, sin lugar a dudas, otra paradoja, pues se presenta un antiformalismo (tendencia, si se quiere contemporánea) que se enfrenta a un formalismo, clásico, sin embargo para entender la corriente antiformal, se precisa volver al antiguo debate con el objetivo de determinar el accionar del máximo órgano constitucional, de esta manera, las teorías iusnaturalistas que reducen la validez del derecho a la justicia (moral), las teorías del positivismo clásico que consideran al derecho válido desde que es creado por el órgano competente, y de esta forma separan al derecho de la moral y las teorías que relacionan a ambas, derecho y moral, deben volver a estudiarse.

Su estudio no obedecerá a un ánimo academicista, ni de rigor intelectual, sino que será, absolutamente necesario para explicar las nuevas características desarrolladas en el contexto jurídico colombiano. También debe puntualizarse que a las teorías señaladas, se le sumará una que se erige como el argumento de quienes respaldan, lo que se ha denominado “el activismo judicial” ejercido por la Corte Constitucional. Ella es la moralidad objetiva o constitucional, sustrato del presente artículo, pues su aplicación es estandarte axiológico y epistemológico de las sentencias emanadas del órgano jurisdiccional colombiano.

La moralidad objetiva tiende a considerarse como el argumento que se esgrime contra quienes afirman que existe un “gobierno de los jueces” que conllevaría al país a la anarquía y al surgimiento de sentencias arbitrarias que no toman en cuenta el sentir popular, sino la decisión sectaria de un grupo reducido de personas.

En un país, como Colombia, donde la democracia se entiende de forma plebiscitaria, el surgimiento de sentencias que favorezcan a sectores antes excluidos parece inaudito y contrario al estado de derecho. No obstante con decisiones fundadas en la constitución se puede advenir a un verdadero estado constitucional y no a un simple estado dotado de constitución.

Por esta razón en la primera parte del artículo se hará referencia a las teorías clásicas concernientes a la relación del derecho y la moral, con el fin de aclarar los conceptos sobre ello. Esto permitirá entender, el por qué, la Corte Constitucional dentro del ordenamiento jurídico colombiano se convierte en el estandarte del “nuevo derecho”. También se explicitará el concepto de moral objetiva, sustrato de la presente reflexión. En la segunda parte se hará una aproximación teórica

acerca del estado constitucional, así mismo, se aludirán a algunas decisiones judiciales de la Corte Constitucional en la cual se aclara el concepto de principios y se utilizará, en la última parte del artículo, la sentencia SU- 214 de 2016, referida al matrimonio igualitario en parejas del mismo sexo, pues allí se reflejará la moral objetiva y la función de los jueces en búsqueda de un verdadero estado constitucional. Todo lo anterior nos conllevará a las conclusiones pertinentes.

II. Un debate clásico y un ordenamiento jurídico actual explicado a través de éste

La controversia es un elemento inherente al derecho, no solo por las razones litigiosas propincuas de la práctica cotidiana, sino porque las teorías se sustentan y adquieren mayor relevancia, en el marco de las ciencias jurídicas, cuando aparecen otras que las confutan. Este último aspecto lejos de ser algo negativo, es realmente un hecho superlativo, pues a mayor refutación, mayor es el interés que puede despertar en el pensamiento jurídico.

En Hans Kelsen, por ejemplo, podemos graficar de manera más legible lo que mencionamos, toda vez que los conceptos del eminente iusfilósofo vienés, son aún motivo de controversia, a tal punto que es muy raro, encontrar facultad de derecho alguna, en donde no se discuta sobre las aportaciones doctrinales del creador de la teoría pura del derecho, a nuestro modo, claro está y con nuestros errores; pues por mucho que se estudie una doctrina siempre habrá elementos que la tergiversen, máxime cuando estas provienen de otros contextos culturales e históricos; al respecto (López, 2013: 13) señala:

“A la asimilación subyace una dinámica de imitación, o como decían los filósofos clásicos griegos, de mimesis. Desde Platón, sin embargo, la ontología occidental ha asumido, en perjuicio de nosotros, sempiternos imitadores, que el producto mimético o imitativo es una reproducción en la que la original pierde claridad y fuerza existencial”.

Más allá de un perjuicio, la situación planteada antes, magnificó la imagen académica de Kelsen, logrando incluso a llegar a crear escuela de epígonos y de contradictores (1) quien equivocados o no siguieron promoviendo sus disquisi-

(1) Pueden citarse los ejemplos de Alf Ross, primero discípulo y luego contradictor, Norberto Bobbio, defensor de las teorías Kelsenianas en Italia, luego opuesto a sus ideas en torno a la función social que debía cumplir el derecho. en Latinoamérica es preciso recordar la controversia con el argentino Carlos Cossio quien en su teoría egológica establece como objeto del derecho a la conducta humana en interferencia intersubjetiva, por oposición a la norma jurídica.

ciones, aspecto que solo pudo redundar en favor de nosotros los estudiantes (2) de derecho.

Las teorías que hacen parte de las ciencias jurídicas son producto de la cosmovisión, ¿por qué no?, también de experiencias y fenómenos sociales, económicos, históricos, culturales, de quien la expone; piénsese, verbigracia, en la idea marxista del derecho o en los conceptos de Von Savigny. Ahora bien, toda es susceptible de críticas lo cual como se mencionó robustece la teoría.

En el campo del derecho es habitual encontrarse con dualismos (3) cada uno de ellos parecieren tendencias irreconciliables e incompatibles; estos han sido asumidos por diferentes pensadores para tratar de dar respuesta a una de las preguntas más comunes y compleja (por lo interesante de su amplitud) en resolver ¿qué es derecho? por ello es lógico que en los primeros años universitarios al estudiante de derecho se les enseñe (con el propósito de la construcción y no de la imposición rigorista) estos dualismos, con el fin de que este empiece a advertir lo insondable del mundo jurídico. La respuesta que se acoja también estará supeditada a la idea que él se vaya formando.

Los dualismos constituyen, desde el punto de vista axiológico, una gran importancia para las ciencias jurídicas, aun cuando algunos de los más connotados iusfilósofos, como el ya mentado Kelsen, hayan pretendido sincretizarlos (4) toda vez que proporcionan debates, proficuos no solo para el ámbito academicista, sino que nos ayudan a comprender la práctica jurídica y en suma el desarrollo del ordenamiento normativo, así como también la actuación de las instituciones que hacen parte de él.

Habida cuenta de lo anterior, nos conlleva a determinar que existen dualismos cuya vigencia hasta el momento ha sido casi perpetua, pues el conocimiento de ellos será vital en nuestra propia experiencia jurídica. Quizás el debate mayormente asiduo es el del derecho positivo y derecho natural, de este subyace otra polémica, del mismo orden por su importancia; la relación entre derecho y la mo-

(2) Se apela a esta expresión en disenso a, la comúnmente empleada, “estudioso”, ya que, en nuestro parecer, se estudia en torno a una ciencia sobre lo que no todo está dicho. La consideración es mucho más que una simple veleidad semántica, es cuestión de apreciar que quien decide enfatizar sus disquisiciones en el ámbito jurídico debe comprender que no hay concepciones unívocas o totalizantes y que siempre tendrá la necesidad de buscar argumentos doctrinales que lo coadyuven a enriquecer su idea.

(3) Derecho público y privado, derecho objetivo y subjetivo, derecho positivo y natural, formalismo y antiformalismo.

(4) Uno de los dualismos que según Hans Kelsen debe sincretizarse es el de derecho y estado, pues para él, estado y derecho son lo mismo. No habría razón de ser según esto de emplear la expresión estado de derecho pues sería una redundancia.

ral. Bajo estas dos tendencias la mayoría de autores ha direccionado su interés y han formulado sus teorías.

En Colombia el ordenamiento normativo experimentó transformaciones interesantes, por demás, con el advenimiento de la constitución política de 1991, en gran medida porque surge el Tribunal Mayor de Justicia Constitucional, quien inicia sus funciones en 1992, y a partir de allí eclosiona una nueva concepción de tipo antiformal en un estado de marcada tradición legocéntrica. Así lo entiende (Castaño, 2010: 80):

“El establecimiento de la jurisdicción constitucional, en cabeza de la corte constitucional ha tenido un profundo significado en el desarrollo que por vía de jurisprudencia han tenido los derechos fundamentales, al punto que la mayor parte de los conflictos intersubjetivos en los que está por medio la violación o amenaza de algunos de estos derechos, se resuelven básicamente a partir de la constitución y con base a los criterios hermenéuticos fijados por la corte constitucional”.

Para entender la arrogación de esta nueva tendencia, es de sumo interés conocer la base interpretativa asumida por la corte constitucional, en ella estará inmerso el debate de los principios morales sobre el derecho legalista, por ende nos sumamos a él.

Las diferencias entre derecho positivo y natural son ostensibles además de marcadas. Puede decirse del primero, que según algunos autores como D’Agostino, guarda relación, aunque tenue, con el positivismo de Augusto Comte y Herbert Spencer; al respecto el pensador italiano establece:

“Si bien como movimiento de ideas, no deriva de manera alguna de los principios Comtianos y Spencerianos que están en la base del positivismo *toutcourt*, el iuspositivismo comparte con él una serie de prejuicios gnoseológicos, enraizados en una irreductible desconfianza respecto a la metafísica y en una profunda hostilidad hacia cualquier doctrina iusnaturalista” (D’Agostino, 2007: 95).

No obstante si se quiere asumir una posición más sencilla en función de la inteligibilidad de conceptos, podríamos mencionar que el derecho positivo, se destaca por ser una creación humana, que surge cuando se origina el estado y la monopolización que este hizo de la norma como reguladora del orden social. Una de las funciones primordiales del ente estatal era identificar todos aquellos comportamientos que pusieran en riesgo la armonía del conglomerado y castigar a los sujetos que incurrieran en estas transgresiones, luego entonces se entiende que el estado además de monopolizar la ley también lo hacía con la fuerza (coacción).

Otras características del derecho positivo, por ejemplo, es su carácter relativo, es decir que varía conforme a las circunstancias, hechos y factores que le son inherentes a cada sociedad, por ende, se colige, que los ordenamientos jurídicos positivos son diferentes de acuerdo al contexto. Además se menciona a la escritura (5) y autores como Noguera (2008) hablan de la vigencia como rasgos característicos.

El derecho natural es una antítesis de la anterior corriente, su entendimiento es más sencillo si se realiza un parangón con el positivismo, ya que no alude a una creación de los seres humanos a través del estado, sino que surge de la naturaleza humana, por consiguiente su relación con la individualidad e inalienabilidad será determinante. Debe decirse que al poseer la característica antes señalada su idea va a ser absolutamente disímil, pues atenderá a aspectos como la universalidad, ya que existen desde las primeras sociedades humanas hasta nuestra actualidad; y la inmutabilidad, toda vez que no cambian, se presentan en todo tiempo y todo lugar de forma inconvencional.

Ambas tendencias crearon epígonos, que intentaron establecer la prevalencia de una sobre otra, algunas escuelas iusnaturalistas consideran, incluso, que no solo prevalece el derecho natural sobre el positivo sino que el primero es mejor. Como por ejemplo señalaban los sofistas quienes hablaban de un justo legal y un justo natural, donde este último es loable pues la naturaleza, por ejemplo, nos hace iguales y la ley crea diferencias que en última instancia ocasionan la desigualdad (6).

Empero, y pese a las diferencias notorias, antes referidas, el debate surge, principalmente por el contenido moral que uno posee y el otro rechaza. En efecto para el derecho positivo la moral no es elemento de validez (7) en el derecho, mientras que para el derecho natural, solo una ley es válida cuando es justa. Esta polémica, tan vetusta como importante, hace que la tensión entre ambas tendencias del pensamiento jurídico sea cada vez más intensa.

(5) Derecho escrito lo llamaban desde la filosofía clásica griega. Son variadas las menciones que de esta clase de derecho hicieron diferentes escuelas o pensadores, que a su vez contrastaba con el derecho no escrito (ley natural).

(6) Un ejemplo similar lo encontramos en otro adalid del derecho natural como Jean Jaques Rousseau, pues consideraba en su discurso de 1755 "origen de las desigualdades entre los hombres" a la civilización como la corruptora de la humanidad. Puntualizaba el pensador Ginebrino que instituciones como: la esclavitud y la ley de propiedad, habrían creado desigualdades y jerarquías sociales.

(7) Nos referimos a la validez como uno de los tres criterios del derecho, eficacia y justicia completan la triada. Para el derecho positivo, la validez se refiere a la facultad de creación o existencia, así las cosas, el derecho es válido si ha sido creado por el órgano que tenga el poder o competencia en el ordenamiento jurídico.

La reducción del derecho a la moral o la separación de ambos, han suscitado en el marco de las ciencias jurídicas, enfrentamientos de índole académico interesantes, no obstante este no queda circunscrito a la elite del pensamiento jurídico, sino que también marcha hacia la controversia abogadil, propia de la práctica jurídica.

Un escenario histórico de este enfrentamiento se ubica en la edad media, en este periodo varios jerarcas eclesiásticos, entre los que se destacan Santo Tomás y San Agustín, enfatizaron en varias de sus obras, sobre la necesidad de lo justo, por ejemplo una idea tomista era la de considerar al “derecho como objeto de la justicia” (S. Tomás, 2001) además se estableció la resistencia a las leyes injustas, como una forma de oponerse a los mandatos tiránicos; así por ejemplo (De Salisbury, citado por Naranjo, 2010: 39) establecía: “entre un tirano y un príncipe existe esta diferencia única y principal: que el último obedece a la ley y gobierna al pueblo de acuerdo con sus dictados, considerándose como mero servidor suyo” (8). Sobra decir que en este contexto se aprecia una importante victoria del iusnaturalismo, por consiguiente es de advertirse que “la edad antigua y medieval es claramente aquella en la cual el derecho es considerado en función de la moral” (D’Agostino, 2007: 26).

Sobre las premisas antes referidas se crea la denominada teoría tradicional (González, 2010) en la que se afirma que “el derecho es simplemente una parte de la moral provista de sanción positiva” (González, 2010: 16). Como se describió, quienes hacían parte de esta teoría establecían al derecho y moral como parte de un mismo orden, sin embargo aducen que la moral prevalece ante el derecho.

Con lo anterior el derecho queda reducido a un simple orden moral, por consiguiente autores como Bentham y Jellinek denominaron a esta teoría como “mínimo ético” pues el derecho representa el mínimo moral que debe cumplir el ser humano en la sociedad en aras de la armonía (Cathrein, citado por Noguera, 2010: 8) resume de la siguiente manera esta concepción:

“De tres maneras, se relaciona esencialmente la ley jurídica con el orden moral: primero, en cuanto que conforme a su naturaleza produce un deber moral; segundo, en cuanto que tiene en la ley moral natural la fuente y el fundamento de su obligación, y, finalmente, en tercer lugar, en cuanto que en la misma ley moral natural tiene su norma y su límite infranqueable”.

(8) Este último precepto también se refiere a la soberanía popular, otros de los logros constitucionales alcanzados en la edad media. Respecto a la tiranía, es menester considerar el rechazo que frente a la misma hacían muchos pensadores políticos, entre ellos Platón y Aristóteles. quienes en favor de la moderación eran opuestos a cualquier forma de gobierno en el que los excesos se hicieran presentes. Para Platón un tirano era quien empleaba la violencia, para Aristóteles quien gobernaba sin importar el interés general. Para ambos era la peor forma de gobierno.

En el escenario colombiano particularmente, las tres premisas, mencionadas por Cathrein, no tienen un efecto determinante, si se entiende que el legocentrismo arropó toda intención de la moral para sobreponerse al derecho. Esto fue una concepción pergeñada desde el advenimiento de la república, los padres fundadores formaron una idea del derecho de índole liberal y formalista. Bolívar y Santander dos de los grandes responsables de la organización territorial, política y jurídica colombiana, asumen la dirección, en diferentes periodos y no exentos de acres disensiones, del ordenamiento jurídico nacional; Valencia (2014: 115) describe a Francisco de Paula Santander de la siguiente manera: “llamado por Bolívar el hombre de las leyes y el organizador de la victoria, en virtud de su devoción por la legalidad y sus talentos administrativos, Santander ha ocupado un lugar central en la historiografía colombiana como el más autorizado exponente de la voluntad originaria de la nación para gobernarse conforme a derecho” aunque cabe mencionar que nunca las ideas se apartaron de vincular la moral en el derecho y en la política (9).

No obstante, es ingenuo denostar a la teoría del mínimo ético antes señalada, pues la relación del derecho y la moral, en el orden jurídico colombiano, son evidentes, incluso la alusión de la religión como fuente de la moral, es palmaria en la historiografía constitucional (10). En la legislación colombiana, ello se ve plasmado en importantes normas para el sistema, como la ley 157 de 1887 en su artículo 13, allí se aúna el cristianismo a la moral y se establece como requisito de la costumbre: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva” (Congreso de la República, ley 157, 1887).

Cabe mencionar que la expresión “moral cristiana” era establecida en épocas de confesionalismo, promulgado por la constitución de 1886, pero que tras la ascensión del laicismo propuesto por la carta política de 1991 (11) se presenta como una antinomia. Sin embargo el Tribunal Constitucional en sentencia C-224 de 1994 explica que moral cristiana debe entenderse como moral social:

“La referencia hecha en el artículo 13, a la moral cristiana, no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que

(9) Simón Bolívar cuyo acervo doctrinario se fundó en la teoría de índole liberal-roussonian, propuso en el célebre discurso de angostura de 1819, la creación del poder moral, que vendría a ser una cuarta función pública, junto a la ya conocida tridivisión.

(10) La Constitución de 1886, antecedente a la de 1991, contempló el “estado confesional católico”. Es de recordar que un año más tarde a su promulgación, entre la iglesia y el estado se celebró el denominado concordato, acuerdo éste que permitió a la institución católica dirigir, en gran parte, la educación primaria y secundaria del país. Las reformas subsiguientes enfatizaron en este aspecto, verbigracia, la de 1957 en su preámbulo.

(11) Artículo 19.

suponga un privilegio para esa moral frente a otras. Significa, más bien, la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la 'piniojuris', según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad. Porque si se acepta que el legislador se dirige a una comunidad cristiana, tiene que tener presente que en ella no puede darse la convicción de obligatoriedad con respecto a un uso que contraría los postulados de esa moral. Sería una contradicción lógica afirmar que alguien está convencido de que es obligatorio algo que juzga perverso o inmoral. Sería como afirmar que tengo por obligatorio algo que considero, no sólo no obligatorio, sino reprochable. Entendida la expresión 'moral cristiana' como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular" (Corte Constitucional, sentencia C-224-1994: 1).

En la misma sentencia, la corte constitucional refirma la relación entre moral y derecho. En ella también determina que la idea de una moral social escinde toda posibilidad de una moral individual o relativa, que es quizás la idea propugnada por las corrientes del positivismo separatista:

"No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social" (Corte Constitucional, Sentencia C-224-1994).

Sin embargo, así como el iusnaturalismo planteó un derecho de características metajurídicas, superior al derecho creado por los hombres, que por determinadas razones estará sujeto a la voluntad, condiciones e intereses del ser humano, por ende excluyente, el iuspositivismo no carece de fundamentos históricos y sociales para hacer frente a las críticas antes vertidas. Es preciso recordar que la corriente positivista fue producto de las luchas sociales del liberalismo iniciado desde Inglaterra en plena edad media (12) y que posteriormente fue extendiéndose a otras latitudes como Estados Unidos y Francia.

(12) La Carta Magna de 1215 realizada durante la monarquía del rey Juan Sin Tierra.

Durante el siglo XIX se experimenta un triunfo del derecho positivo y los ordenamientos jurídicos empiezan a crearse bajo la tendencia antes señalada, Latinoamérica se convierte en un contexto de recepción de esta corriente. La influencia que recibe, sobre todo del derecho civil francés y del sistema de gobierno estadounidense fueron definitivos. La escuela de la exégesis desarrolló una visión del derecho que se expandió a todos los ámbitos jurídicos, desde la universidad, (López, 2013), hasta la práctica cotidiana.

Debe hacerse notar que los movimientos constitucionalistas dados en los países antes mencionados, fundaron un derecho cuyo basamento era la soberanía legislativa en cabeza de una de las ramas del poder público (13), esto hizo que el legislador se convirtiera en la figura protagónica del ordenamiento jurídico y la función judicial tuviese un rango subalterno. La misión de los jueces, en este sentido, era meramente de aplicación de la norma jurídica. Siguiendo la teoría liberal Montesquiana, no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley. Para la comprensión de esta tarea atribuida a los jueces deben tenerse en cuenta las conquistas históricas ya mencionadas.

Habida cuenta de lo anterior se precisa recordar que al tener la función legislativa un origen popular, y este a su vez, ser un logro alcanzado luego de muchas luchas ciudadanas, era lógico colegir que la ley tuviere un imperio y fuere la fuente primordial del ordenamiento jurídico republicano y de monarquías constitucionales incipientes. Por ende la ley no solo debe ser obligatoria, general e impersonal, sino también la única que garantice el orden, seguridad y armonía social. Dejar al arbitrio de los jueces la posibilidad de interpretación conlleva a que se trastorne y anarquice la sociedad, puesto que estos podrían incurrir en el subjetivismo al momento de establecer su fallo (14).

El positivismo clásico, como el que se acaba de reseñar, en donde se contempla al juez como una “máquina de dar sentencias” para resolver problemas de los particulares en la sociedad, reduce la validez del derecho a la existencia y creación de la norma jurídica. Esto es, luego de ser creada por el funcionario competente (o que tiene poder) en el ordenamiento, el derecho ya es reconocido, indistintamente de su contenido o no de justicia.

Las razones *iuspostivistas* antes planteadas, establecen a la moral y el derecho como ciencias (o disciplinas según la cosmovisión de cada quien) que no pueden

(13) Parlamento, en Inglaterra; Asamblea, en Francia; Congreso, según los Estados Unidos.

(14) Otro aspecto conforme a la función concedida a los jueces en el liberalismo, se encuentra relacionada con la teoría de separación de funciones, toda vez que al existir un influjo del ejecutivo sobre el legislativo, no podría considerarse una plena democracia. Antes de las revoluciones liberales la rama judicial era un simple instrumento de la monarquía.

sincretizarse. Por ende la validez del derecho no se encuentra sujeta o reducida a consideraciones que no fueran atinentes a aspectos estrictamente normativos. Surge como, consecuencia de lo referido, la denominada teoría “separatista” en la que se establece que tanto derecho y moral son totalmente diferentes y por consiguiente debe estar excluido uno del otro.

Diversos pensadores asumen una posición cercana a la teoría antes mencionada, entre ellos podemos encontrar a Cristian Tomasio, quien, precisamente, escinde a lo jurídico de lo ético o de la moral por determinarlos como objetos diferentes. En efecto, para este pensador perteneciente al racionalismo alemán, existían tres aspectos que si bien es cierto pueden entenderse relacionados, pues buscan la felicidad individual, son totalmente diferentes y por consiguiente merecen ser distinguidos, ellos son la justicia, el decoro (15) y la moral. Conforme a ello “las normas éticas o morales constituyen obligaciones internas, mientras que las del decoro y la justicia son obligaciones externas que requieren para su cumplimiento de la existencia de por lo menos dos sujetos” (López, 2002: 198).

Se puede comprender luego de advertir las razones que llevan a este ius-filósofo a plantear una teoría separatista, que al tener objetos disimiles, moral y derecho, no puede pretenderse que haya un ensamble entre ambos. La moral pertenece al fuero interno, el derecho pertenece al fuero externo, según la concepción de Tomasio, “buscaba fijar un límite al poder del estado, a fijarle una frontera a su acción” de esto subyace una de los principales aportes en este pensador, la libertad de pensamiento y de conciencia, ya que si el estado, como creador del derecho, se enfoca a lo social no puede interferir con lo interno del individuo, que en este caso es la conciencia (Noguera, 2010: 48).

Llegado a este punto es conveniente decir que al separar el estado de la persona humana se propugna por el respeto a la individualidad; con lo anterior no se pretende deshumanizar al ente estatal, esto es, desvirtuar la función que tiene con los integrantes del conglomerado social, lo que se busca es defender la libertad inherente de las personas. Nada ni nadie puede interferir en la conciencia de cada quien, aspecto, este, luchado por el liberalismo (16).

(15) Está claro que la justicia se refiere al derecho y el decoro a las denominadas reglas del trato o convencionalismo social. ambas tanto la justicia y el decoro comparten la característica de lo externo y la heteronomía, la distinción es la coerción, ya que el derecho se encuentra provisto de este elemento.

(16) El hombre del siglo XIX creyó que con la consecución de estos derechos y libertades su felicidad quedaba asegurada, sin tomar en consideración que la exacerbación de estos fueron motivo de atropellos entre los mismos seres humanos. Como corolario surge la revolución industrial que en algunos aspectos fue sustancial por el desarrollo económico y civilizatorio acaecido, pero también peyorativo en materia social y laboral.

De tal suerte el estado queda reducido a ser un productor de normas y a través de ello garante de la seguridad ciudadana. Esto era meramente el derecho; sin embargo coexisten otras teorías, como la de la relación jurídica, en la que las normas también pueden ser creadas por medio de la relación entre particulares. En Kant puede notarse esta última concepción, en efecto para este eminente pensador el derecho es “el conjunto de condiciones, por medio de las cuales el arbitrio de uno puede ponerse de acuerdo con el arbitrio de otro según la ley universal de libertad” (Kant citado por Bobbio, 2013: 15).

Se advierte similitud con la teoría de Tomasio, primero en cuanto contemplan a la libertad como parte esencial del derecho, y en segunda medida porque Kant también considera y hace parte de los teóricos que establecen la separación de la moral y el derecho. Una mejor comprensión del tema aludido puede desarrollarse si se conoce la clasificación y diferenciación que el ius-filósofo alemán hace de los imperativos categóricos e hipotéticos.

Los primeros encierran una acción buena en sí misma es decir, como debe cumplirse en sentido absoluto, no admite condiciones; por su parte los segundos, no son buenos en sentido absoluto, por dicha razón se cumplen condicionalmente; a partir de esta distinción se puede señalar la forma como se expresa el mandato, a saber, como juicios categóricos e hipotéticos, en donde los primeros mencionados, atribuyen un predicado a un sujeto, como expresión de una verdad, los segundos establecen un antecedente y un consecuente que se presentan por el cumplimiento, o no, de aquel; ambos pueden explicarse de la siguiente forma: “en los juicios categóricos nada es problemático; por el contrario, todo es en ellos asertórico, no sucede lo mismo en los juicios hipotéticos: solo la consecuencia es asertórica” (Kant, 2004: 167).

Se colige que los imperativos categóricos hacen parte de la esfera moral mientras que los hipotéticos se ubican dentro del ámbito jurídico, de esta forma, por ejemplo, se establecen las normas sancionatorias en las que la consecuencia jurídica sobreviene por la realización del antecedente, hipótesis o supuesto jurídico. Como puede verse al ser mandatos disímiles no pueden pertenecer al mismo campo.

También es importante mencionar que para Kant el hombre debe comportarse de tal manera, que su conducta se convierta en mandato universal, por consiguiente la moral tendría esta última característica, si ello se considera de esta forma no puede sincretizarse con el derecho cuya una de sus principales características es el dinamismo y la relatividad de los ordenamientos jurídicos, toda vez que cada uno es creado y modificado conforme a las necesidades del contexto en el que se establece.

Siguiendo con el mismo autor, se precisa mencionar que según su concepción teórica en toda legislación existe una ley y un móvil (Noguera, 2008) en la cual el último puede entenderse como inclinación o motivación que tiene el sujeto para comportarse de determinada manera, en el derecho no importa el móvil, pues solo es bueno el comportamiento que se cumple por la moral y nada más que eso. Lo importante, según este sentido para el derecho es la eficacia de la norma jurídica por parte de los individuos pertenecientes a una sociedad (Noguera, 2008: 43).

De estas mismas circunstancias respecto a la separación entre derecho y la moral expone Hans Kelsen su teoría, aunque no precisamente esta es la motivación principal del pensador vienés en la creación de su obra icónica la teoría pura del derecho (17), como lo afirma Candamil (2014: 70):

“la exigencia de distinguir moral y derecho es irrelevante pues la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobar su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aun cuando las normas de derecho, como prescripciones de deber, constituyen valores, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y en evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto”.

Kelsen influenciado por la escuela neokantiana de Marburgo representada por Herman Cohen, se adhiere a las ideas del yo, pero no desde la individualidad sino desde lo social, lo cual hace que surja un concepto que para muchos pasa desapercibido en su teoría, la autoconciencia, como ya se manifestó advertida en forma societaria, “en el yo social, que es autoconciencia social, que se trasmuta y corresponde con la persona jurídica del estado que es el mismo orden jurídico, la norma, es una concepción funcional del principio supremo del derecho y la funcionalidad de ella se radica en primer lugar en el legislador” (Candamil, 2014: 75).

Se manifiesta entonces que en Kelsen la principal preocupación era en no vincular (18) aquellas ciencias cuyo objeto fueran diferentes, como es lógico, tanto la moral como el derecho son avistadas desde dos ámbitos disimiles, en cuanto la primera obedece a un tipo de autoconciencia individual y el segundo, como ya se dejó bastante claro, a una autoconciencia social.

(17) La teoría pura del derecho ofrece una concepción de la ciencia jurídica positivista, más holística de los que muchos han pretendido establecerle, digamos que la separación del derecho y la moral es un corolario que subyace de su principal idea funcional, que es desde una óptica particular, determinar un método y especificar el objeto del derecho.

(18) También en unificar aquellas que fueran afines, como por ejemplo el dualismo entre estado y derecho, de esta manera se sobreentiende que para Kelsen la expresión estado de derecho es una redundancia, pues ambos son lo mismo.

Es oportuno ahora mencionar que si bien es cierto no debía haber un sincretismo entre ciencias de objeto diferentes como entre la moral y el derecho, no debe colegirse que deba existir un rechazo taxativo en ambos, así las cosas por ejemplo, en ellas puede existir una compatibilidad respecto a su eficacia; (Kelsen, 2010) así lo explica en su obra icónica la teoría pura del derecho:

“Ahora bien es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración del medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario a derecho” (Kelsen, 2010: 63).

Candamil (2014: 60) en similitud de ideas y fundado en la obra Kelseniana expresa: “no quiere decir que el concepto de derecho no se subordine al concepto del bien... bien es lo debido y si lo debido es norma, el derecho se define como norma, luego el derecho es bueno”.

La última de las teorías que aluden al derecho y la moral es la denominada “científica” (González, 2010), esta es la más reputada en el ámbito de las ciencias jurídicas, ya que si bien es cierto admite que existen notables diferencias entre ambas, pues el derecho es heterónimo, bilateral, coercible y externo, la moral sería lo antitético, es decir, autónoma (19), unilateral, incoercible e interna, hay una estrecha relación en ellos. Por ejemplo si entendemos que la moral busca el perfeccionamiento del individuo, también debemos comprender que el mejor comportamiento repercute a nivel social, que es el espacio de interés en el derecho.

En síntesis, una persona que obedezca a sus preceptos morales muy difícilmente incurrirá en eventos que impliquen transgresión de las normas jurídicas pertenecientes al ordenamiento. Situación que fuere relevante para la sociedad, puesto que no sería el miedo a la sanción lo que generaría el cumplimiento de las reglas de conductas sino el propio convencimiento subjetivo del respeto para lograr un mejor ambiente social.

Se comparte la opinión de la teoría científica, pues no solo es la menos radical en cuanto a la exclusión de ambas ciencias, sino también porque es la que constituye el basamento de la alta judicatura constitucional colombiana, toda vez que en la utilización de los principios de carácter moral para relacionarlos con el

(19) Sobre esta característica existe, desde una percepción particular, una controversia, en razón de no considerarla exclusiva de la moral, ya que en el derecho también se presenta la autonomía de la voluntad, específicamente al momento en que los particulares celebran acuerdos o contratos.

derecho, ha creado sentencias finalísticas, que persiguen la justicia, equidad entre otros valores.

Así lo reafirma Castaño (2010: 312): “La corte constitucional le ha concedido un valor transcendental a los denominados principios generales extrasistemáticos, recurriendo a ellos, haya o no ley aplicable al caso, puede el juez resolver, con su propio sentido de justicia”.

En relación a la teoría ya mentada, cabe mencionar que no carece de respaldo teórico, por el contrario aparecen ius-filósofos que han solidificado aún más su base conceptual, es el caso, por ejemplo, de Herbert Hart. Pareciere contradictorio y hasta un error, plantear que un positivista, vinculado a la corriente metodológica del positivismo, aparezca como adalid de contención doctrinal para este caso. Ramos (2010: 136) expresa frente a esto lo siguiente:

“Resulta paradójico que el mismo autor que niega toda relación conceptual entre el derecho y la moral, sosteniendo que ninguna referencia a la moral, ha de formar parte del concepto de derecho, haya considerado necesaria incluir una amplia investigación sobre la moral y la justicia en su propia exposición del concepto de derecho”.

Esta aseveración lejos de parecernos inaudita es más común de lo que se cree y ocurre con muchos de los grandes pensadores de la historia política, jurídica, social, entre otras ciencias y disciplinas, se ejemplifica con Norberto Bobbio, a quien Serpe (2012) llamó “el filósofo de la duda” precisamente por su paradoja y mutación conceptual a través del tiempo.

Volviendo al asunto que nos compete, se debe precisar que el mismo Hart nunca descartó la relación entre moral y derecho, más allá de considerarlas disimiles. Así de esa manera lo refiere en su obra *El Concepto De Derecho*: “en este libro se ha querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados” (Hart citado por Idarraga, 2013: 146).

Otros autores, como el caso de Mejía (2014: 18), confirman esta apreciación “para Hart debe existir, de alguna manera, una concordancia entre el sistema jurídico y el sistema moral, pese a su mutua y recíproca irreductibilidad, dadas la naturaleza normativa de ambos sistemas”.

Lo que nos interesa particularmente de todo lo anterior, no es tanto denotar, una vez más, la relación entre moral y derecho, sino la importancia que el precitado autor (Hart) le atribuye; dicho esto es conveniente señalar que para Hart existen unos aspectos que debe considerar el derecho en su convivencia con la moral:

“Primero la autoridad moral que debe comportar el poder; segundo, la influencia de lo moral sobre el sistema jurídico y la susceptibilidad de crítica moral al sistema jurídico; tercero, la dependencia axiológica de la interpretación constitucional, cuarto; la exigencia de la justicia de las normas legales y, finalmente, la resistencia a la validez jurídica que no cumple unos mínimos morales” (Mejía, 2014:19).

En este punto es importante detenernos en un tópico particular, la dependencia axiológica en la interpretación constitucional (20), la razón, que no puede ser desapercibida, es que primordialmente la hermenéutica de los jueces constitucionales es de sustrato valorativo, amén de privilegio a la carta política fundamental; por consiguiente, hay mayor factibilidad para la creación de sentencias cuyos fines sean, la justicia, equidad, dignidad humana, entre otros.

Esta corriente de interpretación axiológica fue arrogada en Colombia por la Corte Constitucional; este máximo Tribunal de Justicia además de cumplir con la tarea de interpretar la Constitución, se caracteriza por usar elementos ponderativos que prevalecen ante otros como la subsunción, este último es inane ante casos, por ejemplo, en los que resulten colisionados dos o más derechos fundamentales.

Se precisa establecer que la función de los jueces constitucionales no es de aplicación mecánica de la ley y por ende solo para resolver asuntos particulares del pasado, sino como egregiamente lo manifiesta Monroy (2013: 58) “no se trata propiamente de la aplicación o actuación del derecho que hacen los jueces al aplicar las leyes a los casos concretos, sino de precisar las reglas subconstitucionales (21) que quedan incluidas en la misma constitución”.

Por último, un estudio aproximado de principios no puede excluir a quien los consideró parte del ordenamiento jurídico y ya no como criterios extrajurídicos (22), se hace referencia a Ronald Dworkin; como se sabe el eminente

(20) En Colombia existen cuatro tipos de interpretación: legislativa, constitucional, judicial y doctrinal. La primera era la única que solo se hacía por vía de autoridad, hasta que la sentencia C-820 de 2006 declaró inexecutable las expresiones **solo** y con **autoridad** aparecidas en el artículo 25 del Código Civil, y se le da la facultad a la Corte Constitucional para hacer interpretaciones de carácter obligatorias y auténticas. Esto supone un cambio de paradigma jurídico en favor de la tendencia anti - formalista.

(21) Estas reglas surgen producto de la interpretación que hace la corte constitucional, que se convierten, a su vez, en doctrina constitucional y posteriormente se aplican a casos sucesivos que tengan similitudes fácticas.

(22) Posición asumida por el formalismo jurídico. Según esta corriente de la ciencia jurídica, los jueces deben acudir a los principios cuando las reglas no son suficientes, o son vagas, ambiguas o incompletas. En este caso los funcionarios judiciales no están vinculados a los estándares del derecho (discrecionalidad fuerte).

ius-filósofo estadounidense fue de tendencia liberal, de allí que parta que todos tengamos los mismos derechos y libertades, estos principios liberales deben ser defendidos por el estado a través de los jueces (23), privilegiando la moral. La mejor explicación de la moral objetiva la entrega Dyzenhaus, quien explicando a Dworkin (2012: 214) señala que el juez en este caso:

“no impone sus propias convicciones contra las de la comunidad, antes bien el juez toma el registro de las tradiciones morales de la comunidad tal como y están expresadas en todo el registro de material que él, por su oficio debe interpretar, este registro ofrece una moralidad constitucional”.

Conforme a lo reseñado es lógico concluir que la moral adherente al derecho no es la de tipo individual, de implicaciones subjetivistas y/o arbitrarias, ni mucho menos la social de peculiaridad universal, sino una de tipo objetivo, en este caso constitucional.

Pues bien, como se anotó la moralidad objetiva empleada por los jueces del Tribunal Constitucional, no carece de legitimidad, toda vez que al ser considerado el pueblo constituyente primario, se le atribuye a toda la constitución un carácter primordial y jerárquico en el ordenamiento, y los poderes constituidos, como en este caso la Corte Constitucional, con fundamentos propios de validez para ejercer su función; ya que fue el mismo pueblo quien aprobó su creación; así las cosas las decisiones del Tribunal Constitucional no son cuestiones apartadas de la sociedad, fruto de togados sin ningún soporte jurídico, sus sentencias son fruto de la Constitución que es ley fundamental.

III. “El nuevo derecho” judicial y la concreción del Estado constitucional

Los ordenamientos normativos de tradición romano-germánica, como el colombiano, asumieron desde sus inicios todos los paradigmas y dogmas del positivismo jurídico clásico, ellos son: la soberanía legislativa, la inexistencia de lagunas y contradicciones entre normas, la reverencia del texto legal y la subordinación del operador jurídico (López, 2013: 135). Estas últimas dos premisas pudiesen considerarse, como ya se mencionó en el acápite anterior, justificadas por razones históricas, pues, desde una percepción legocéntrica, son garantes del orden social y respeto debido al principio de legalidad por parte de los jueces, lo que a su vez evitaría la creación de sentencias arbitrarias. Sin embargo, ha de comprenderse como ineficaces a la hora de lograr la existencia de un verdadero estado constitucional.

(23) Juez Hércules de características sobrehumanas.

Cuando se habla de Estado constitucional es importante mencionar que si bien es cierto tiene relación con el estado social de derecho, propio de los movimientos constitucionalistas sociales (24), en las que se garantiza el interés general, por oposición al individual del liberalismo clásico, el fortalecimiento de los servicios básicos del ciudadano en salud, educación y empleo, su concepción es ampliada pues no solo se convierte en estado satisfactor de las necesidades, sino que su función es la defender, promocionar, respetar y reconocer los derechos fundamentales (Naranjo, 2010).

El Estado constitucional surge en la segunda postguerra, a partir de allí la constitución empezó a tomar otro destino y característica, ya no simplemente como ley formal de validez en el ordenamiento jurídico escalonado (norma sobre la producción jurídica), sino también con eficacia material, esto es, como norma de obligatoria aplicación por parte de los jueces, a su vez estos ya no serían meros sentenciadores o falladores de la ley general y abstracta de creación legislativa, sino que cumplirían una función interpretativa que les permitiría, fundados en los valores y principios constitucionales crear sentencias en defensa y reconocimiento de los derechos de las personas.

Se precisa establecer algunas características del Estado constitucional, habida cuenta de ello:

“Lo primero que se requiere para que sea posible un estado constitucional es la existencia de una constitución rígida, un segundo elemento tiene que ver con la existencia de una garantía jurisdiccional, la tercera característica es el reconocimiento de la constitución como fuerza vinculante, el cuarto atributo tiene que ver con la interpretación extensiva, el quinto rasgo está relacionado con la aplicación directa de la constitución, una sexta característica es la interpretación conforme a la constitución” (Lancheros, 2009: 257).

Pese a no ser mencionada por el precitado autor de forma explícita, es un corolario que implícitamente todo lo anterior busca la materialización de la que, desde una óptica particular, es la característica esencial, esto es, la garantía de los derechos fundamentales, puesto que solo este último propósito se erige como la cualidad distintiva respecto a otros estados que solo están dotados de constitución.

(24) Estos inician como producto de la insatisfacción social, enfáticamente de los trabajadores, contra el liberalismo clásico de índole económico y político. La revolución industrial fue caldo de cultivo para la exacerbación de los ánimos populares. Las revoluciones de Francia 1848, México 1917, Weimar 1919 y la revolución Bolchevique, fueron determinantes en la consecución de los derechos sociales.

Es fundamental advertir que de las seis características atribuidas, las cinco últimas aluden o requieren intervención directa de un tribunal constitucional (25), lo que hace que su existencia y ejercicio no solo sea importante sino necesario, pues como se ha hecho notar, gran parte de la concreción de un Estado constitucional está supeditada a la función jurisdiccional.

Esta magistratura aparece en diferentes ordenamientos como garante de la ley fundamental del estado. En Colombia tras el advenimiento de la Constitución política de 1991 surge la Corte Constitucional (26), a quien se le atribuye según el artículo 241 de la referida carta magna “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo” (Constitución política, 1991: artículo 241) lo que significa que su función en el orden interno es trascendente, pues tiene el compromiso jurídico, político y social de proteger a la norma más importante del ordenamiento normativo. Así mismo se admite como corolario lógico que al tener como principal función cuidar a ley más importante del estado, se convierte en órgano fundamental y superlativo a nivel jurídico.

El máximo Tribunal Constitucional colombiano manifiesta su actuación protectora, amen, de cumplimiento en favor de la norma fundamental por medio de los controles previos, automáticos y la acción pública de constitucionalidad (27) esta importante función asumida por la Corte es inmanente al principio de separación de funciones, ya que supone un límite a los poderes legislativos y ejecutivos (28), históricamente jerárquicos en la estructura normativa colombiana; lo anterior no ha dejado de ser objeto de críticas, máxime por quienes consideran que los órganos electivos popularmente no deben tener talanquera alguna al momento de decidir, pues son de carácter político, es decir de representación.

El temor a que se torne un estado legal, “garante de seguridad y orden”, en un sistema anárquico fundado en el “gobierno de los jueces” siempre se ha manifestado en Colombia, por ejemplo, en 1978 y 1981, respectivamente, la antigua Sala

(25) La creación de tribunales especializados en materia constitucional, cuya función primordial fuere la defensa de la norma fundamental tiene su génesis en la segunda postguerra.

(26) Antes del año en cuestión existía una sala constitucional vinculada a la Corte Suprema de justicia.

(27) El primero consiste en el estudio de constitucionalidad que realiza la corte antes de ser aprobada una ley (estatutaria), o un proyecto de acto legislativo reformatorio de la Constitución; el segundo se refiere a la facultad que tiene este órgano jurisdiccional para asir los decretos de estados de excepción emitidos por el presidente; el último se refiere al estudio que hace la Corte Constitucional de las demandas de constitucionalidad hecha por los ciudadanos.

(28) Un caso emblemático fue la sentencia C-141 de 2010 que declaró inexecutable el referendo convocado por el expresidente y hasta la fecha senador, Álvaro Uribe Vélez, en el que se pretendía establecer la reelección presidencial indefinida.

Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable, los proyectos de reforma a la Constitución de 1886 propuestos en los años 1977 y 1979, este hecho se convirtió en un acontecimiento inédito en la historia constitucional de la nación, incluso hay que decir que fueron las únicas dos veces, antes de la vigencia de la carta actual, en el que por medio de la acción pública (creada en 1910) se limitaba el poder del gobierno. “Ambas reformas fueron espontáneamente combatidas por buena parte de la opinión pública desde el momento mismo de la presentación y, pese a las acusaciones de dictadura judicial y gobierno de los jueces formuladas por los presidentes López y Turbay” (29) (Valencia, 2014: 67).

Se ha querido demostrar cómo el proceso histórico para entregarles protagonismo a los jueces en el ordenamiento colombiano ha sido sumo complejo, debido a que las elites políticas siempre han sentido que su función, secularmente poderosa, pierde parte de ese absolutismo adquirido y conservado. No obstante lo que se pretende probar es que el empleo de los principios antes que las reglas son determinantes al momento de construir un estado constitucional.

Para lo anterior debemos recordar que estos principios advierten un sustrato moral y que esta es de tipo objetiva, lo que a nuestro juicio se entiende por constitucional. Es menester entonces determinar cuáles son esos principios, para Estrada (2011: 13): “Cuando se habla de principios se hace referencia a valores como el de justicia, dignidad humana, soberanía popular, pluralismo, seguridad jurídica, entre otros”, se debe precisar que los principios tienen carácter normativo y aunque el precitado autor vincule tanto principios como valores, aclara posteriormente: “se confunden así los principios con los valores cuando es clara la doctrina al señalar que los valores no son normas jurídicas” (Estrada, 2011: 13), es claro entonces que los principios distan de los valores, pues los primeros tienen un carácter normativo, por consiguiente poseen un carácter vinculante, razón por la cual se asume que la corte al emplear los principios lo hace fundada en una loable idea jurídica y dotada de fuerza obligatoria, pues con ello busca reconocer derechos antes soslayados por el legislativo.

Frente a los principios, la Corte en sentencia hito 406 de 1992, expresa: “una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta” (Corte Constitucional, sentencia T-406-1992).

(29) Presidentes, en forma respectiva, de las épocas señaladas.

Esta importante consideración cristaliza aún más la relevancia que desempeñan los principios en las sentencias judiciales, por ende cuando la Corte Constitucional los adopta busca aproximarse a un estado constitucional.

A su vez la misma sentencia continua señalando “los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios” (Corte Constitucional, Sentencia T-406/92).

Cuando se emplea la expresión “creadores del derecho” se refiere también a los jueces, los cuales serán ya no solo entes de mecánica aplicación normativa (30) sino funcionarios de primer nivel en el sistema jurídico con cualidades de legislador positivo, por esta razón la Corte Constitucional explica:

“El juez, al poner en relación la Constitución —sus principios y sus normas— con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho” (Corte Constitucional, Sentencia T-406/92).

Dada la anterior línea de argumentación, la mención a la sentencia SU-214 de 2016 emanada de la Corte Constitucional, referida al matrimonio igualitario, y del cual se mencionó en la parte introductoria que representaba uno de los fundamentos doctrinales del presente artículo, toma mayor importancia, para nuestros fines, toda vez que allí, el máximo Tribunal Constitucional colombiano intenta materializar un estado fundado en el respeto y la tolerancia, aspectos axiológicos desconocidos por otros poderes, quienes soslayaron la consecución de estos derechos, razón por la que las minorías se veían afectadas; en uno de sus apartes la Corte Constitucional en dicha decisión plantea:

“La democracia política como un sistema de gobierno basado en la voluntad de las mayorías fue el modelo concebido por la cultura griega. Así se entendió la definición y la prevalencia del interés general. Hoy, en contraste, la democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos, mediante la garantía efectiva de sus derechos

(30) Conforme a ello las facultades de discernir, razonar y hacer valoraciones para tomar una decisión (discrecionalidad en sentido débil, según lo planteado por Ronald Dworkin) funge como una facultad relevante en el operador jurídico.

fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías” (Corte Constitucional, sentencia SU-214/2016).

Dos aspectos a destacar frente a la anterior consideración de la corte, primero; la Corte propugna por la inclusión, elemento determinante en un estado constitucional, máxime en un país como Colombia cuya dirigencia históricamente ha sido excluyente; segundo la función de los jueces no obedecen a las voluntades de las mayorías, sus sentencias tienen que estar basadas en el derecho y en este a su vez se advierten principios, considerados, estándares de aplicación en las decisiones judiciales encaminadas a la justicia. Continúa el Tribunal Constitucional colombiano mencionando:

“No existe una razón constitucionalmente admisible para que el Estado niegue este derecho a unas personas, basándose en su orientación sexual, pues ello atentaría contra el conjunto de garantías de dignidad humana, libertad e igualdad que irradia el ordenamiento, como cláusulas de erradicación de todas las injusticias” (Corte constitucional, sentencia, SU-214/2016).

Ha de notarse como se toma en cuenta los principios de dignidad humana, libertad e igualdad, de enorme repercusión moral, en dicha sentencia, por tal situación, lejos de ser la moral un aspecto que impediría la consecución de derechos a minorías (en este caso las que aluden a la orientación sexual) se convierte en determinante para la construcción de un estado constitucional donde los jueces desarrollen un papel protagónico.

IV. Conclusiones

El entendimiento de la dinámica normativa en Colombia, donde los jueces han asumido una función primaria, solo puede darse, sin que resulte paradójico, por medio del debate clásico referido a las relaciones de la moral y el derecho; las teorías separatistas, tradicional y científica nos permiten entender el porqué de la existencia de jueces creadores y no simples aplicadores de la ley general y abstracta de proveniencia legislativa.

Según lo expresado por la teoría científica, tanto la moral como el derecho son ciencias con características diferentes pero con una estrecha relación nos adentramos al debate jurídico-académico pero no aislado, antes por el contrario, más cotidiano que nunca, puesto que es factible determinar un modelo que rompe con el paradigma legocentrista y en veces exegético del derecho colombiano.

No se comparte la idea de un derecho separado de la moral, taxativamente hablando, o en su defecto de una moral de mayor importancia que la norma jurídica,

pues se consideran teorías extremas que en nada pueden ayudarnos a entender o vincularnos con las tendencias jurídicas contemporáneas.

Se arroga, luego entonces, la teoría científica por cuanto se considera la más afín al propósito considerado en el presente artículo, respecto a la moral como principio y su funcionalidad en el campo decisonal de la Corte Constitucional y la que permite entender la razón por la cual un aspecto como la moral está siendo utilizado en las decisiones judiciales, este tipo de moral se denominó objetiva, toda vez que no es producto de la arbitrariedad o subjetivismo que se le ha pretendido endilgar a los jueces que se apartan de lo estrictamente normativo.

En Colombia dicha tarea le correspondió asumirla a la Corte constitucional, cuerpo jurisdiccional que aparece en el ordenamiento tras el advenimiento de la Constitución de 1991, mediante la aplicación de principios como la dignidad humana, la solidaridad, igualdad, justicia entre otros.

Habida cuenta de ello puede establecerse que los jueces constitucionales son determinantes en la construcción de un Estado constitucional, en ese tipo de estado la materialización de los derechos fundamentales, la concreción de la democracia y la inclusión, son insignias del sistema. Este último aspecto asoma una transcendencia ingente ya que las elites relacionadas con el tradicionalismo político han impedido el reconocimiento de los derechos y la participación de los ciudadanos en todos los órdenes del Estado.

Se tomó como referencia la sentencia SU-214 de 2016 emanada de la Corte constitucional, en ella reflejaron la función judicial en favor de las minorías el reconocimiento de derechos propincuos de un Estado constitucional y la adopción de principios de la moral objetiva. Se concluye en que el anti-formalismo jurídico es clave para lograr el advenimiento de un derecho de índole constitucional y justo.

V. Bibliografía

BOBBIO, Norberto (2013). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.

CANDAMIL, José (2014). *De la Grundnorm a la Metanorma Constitucional*. Bogotá: Ibáñez.

CASTAÑO, Luis (2010). *Justicia e Interpretación Constitucional*. Bogotá: Leyer.

CATHREIN, Víctor. *Filosofía del derecho*. Citado en: NOGUERA, Rodrigo (2010). *Introducción general al derecho*. Bogotá: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

D'AGOSTINO, Francesco (2007). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Temis.

DE SALISBURY, Juan. *Policraticus*. Citado en: NARANJO, Vladimiro (2010). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.

DYZENHAUS, David (2012). “El imperio de la ley como imperio de los principios liberales”, en: *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ESTRADA, Sergio (2011). “La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 41, N° 114, pp. 41-76 Medellín - Colombia., ISSN 0120-3886. [Fecha de consulta: 03/03/2017]

FERRAJOLI, Luigi (2004). *Epistemología jurídica y Garantismo*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y política.

GONZÁLEZ, Augusto (2010). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda.

HART, Herbert. *El Concepto De Derecho*. Citado en: IDARRAGA, Jairo (2013). *Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de HLA Hart-Ensayo Doctoral*. Memorando de Derecho

LÓPEZ, M. Diego (2013). *Teoría Impura del derecho*. Bogotá: Legis.

LANCHEROS, Juan (2009). “Del estado liberal al estado constitucional: implicaciones en la comprensión de la dignidad humana”, en: *Díkaión*, Año 23, N° 18, pp. 247-267. Bogotá: Universidad de La Sabana. Disponible en: <http://www.ebrary.com>

KANT, Immanuel (2004). *Lógica*. Córdoba: El Cid Editor. Disponible en: <http://www.ebrary.com>

— *Doctrina del Derecho* Citado en: BOBBIO, Norberto. (2013). *Teoría General Del Derecho*. Bogotá: Temis.

MEJÍA, Oscar (2014). Prólogo. “La metanorma como problema ius-filosófico. De la Grundnorm a la metanorma constitucional”, Candamil, José. Bogotá, D.C.

MONROY, Marco (2013). *La Interpretación Constitucional*. Bogotá: Librería ediciones del profesional limitada.

NOGUERA, Rodrigo (2008). *Elementos de Filosofía del Derecho*. Bogotá: Fondo de publicaciones Sergio Arboleda.

— (2010). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Fondo de publicaciones Sergio Arboleda.

RAMOS, José (2010). “Justicia y derechos humanos en el pensamiento jurídico de H. L. A. Hart”, en: *Revista Semestral de Filosofía Práctica*, N° 25. Venezuela: Red Universidad de Los Andes. Disponible en: <http://www.ebrary.com>

SANTO TOMÁS DE AQUINO (2001). *Suma Teológica*. Edición dirigida por los regentes de estudios de las provincias dominicanas en España. Biblioteca de autores cristianos. 4ª ed. (reimpresión). Disponible en: <https://www.dominicos.org/media/uploads/recursos/libros/suma/1.pdf>

SERPE, Alessandro (2012). *El filósofo de la duda: Norberto Bobbio*. Venezuela: Ediciones Astro Data.

VALENCIA, Hernando (2014). *Cartas de Batalla: Una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Editorial Panamericana.

Legislación

Constitución Política de Colombia 1991. República de Colombia. Bogotá D. C.

Ley 153 de 1887. República de Colombia. Bogotá D. C.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, SU- 214/2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm> [Fecha de consulta: 03/03/2017]

Corte Constitucional, C 224/ 1994 Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm> [Fecha de consulta: 03/05/2017]

Corte Constitucional, T 406/ 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm> [Fecha de consulta: 03/05/ 2017]

Fecha de recepción: 20-04-2017 Fecha de aceptación: 16-07-2017

La ley 27.271 y los futuros inmobiliarios. Cuestiones del mercado inmobiliario en Argentina

POR JUAN JOSÉ ZANDRINO (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Sección I: Propuestas de soluciones anteriores.— III. Sección II: Los mercados del riesgo y sus funciones económicas.— IV. Sección III: Soluciones en otros mercados.— V. Sección IV: Problemas para determinar los precios de las transacciones en Argentina.— VI. Sección V: Activos financieros que propone la ley 27.271.— VII. Sección VI: La adopción de los costos de la construcción para fijar los índices de referencia en los contratos derivados.— VIII. Sección VII: Conclusiones.— IX. Sección VIII: La seguridad de los contratos derivados en los mercados nacionales.— X. Bibliografía.

Resumen: las entidades financieras generalmente no prestan la totalidad del precio de la compraventa de un inmueble y lo aforan previendo los costos derivados de un eventual incumplimiento por parte del comprador tomador del préstamo (principalmente la acumulación por intereses o amortizaciones impagos y gastos judiciales para la recuperación de la suma prestada). La asistencia financiera se limita generalmente a un porcentaje del precio que venta del inmueble, que oscila según los mercados entre un 70% y 80%. El comprador por lo tanto debe contar con una cantidad equivalente al porcentaje faltante más los gastos de intermediación (corredores inmobiliarios) y notariales (honorarios del escribano, gastos e impuestos al acto). Si no se cuenta con la suma necesaria debe iniciar un proceso de ahorro hasta completar la misma. El problema se presenta, principalmente en nuestro país, en la elección del activo en el cual ahorrar para que llegado el plazo estimado el importe acumulado sea suficiente para cubrir la parte del precio no financiada por los bancos o sea no haya sufrido un proceso de deterioro. El sistema financiero ha propuesto una serie de alternativas que van del simple plazo fijo en diversas monedas a acumular divisas extranjeras, pasando por valores negociables tanto de renta fija (bonos u obligaciones negociables) o de renta variable (acciones de sociedades anónimas). Algunas de esas formas de ahorro

(*) Prof. Titular de Derecho Comercial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Prof. Titular de Derecho Comercial, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de La Pampa, UNLPam. Prof. en la Especialización en Derecho Empresarial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

pueden resultar muy especulativas, especialmente las de renta variable y divisas. Otras se han mostrado en nuestros mercados como insuficientes para cumplir el cometido buscado, por estar sometidas al proceso inflacionario especialmente las inversiones en pesos ya que las tasas de interés generalmente son insuficientes para cubrirlo.

Palabras claves: inmuebles - mercado - ahorro

Argentina's real estate market situation

Abstract: *generally, financial institutions, do not lend the full amount of the asked price for the Real Estate to prevent covering extra expenses like accumulation of interest, unpaid repayments or judicial expenditure, in case that the borrower forfeits its obligations. The financial assistance its limited to a value lower than the Real Estate market price and it could vary between 70% and 80%. The borrower should cover up brokers, lawyers, taxes, fees and expenses. If the borrower does not have the money it should get it either from its savings or other resources. Available through the Financial System are alternatives: simple CDs in local or foreigner currency and negotiable bonds or shares. Some of this ways are speculative and therefore, unpredictable, so as a result may not be enough to cover the needs. The purpose of this paper is to find a way of saving that follows the Real Estate market prices evaluation in the way to facilitate the acquisition. In addition, this work is convenient to manage the risk assumed by the companies involved in the Real Estate and also allow the participation of speculators producing a more liquid market.*

Keywords: *real estate - market - savings*

I. Introducción

Las entidades financieras generalmente no prestan la totalidad del precio de la compraventa de un inmueble y lo aforan previendo los costos derivados de un eventual incumplimiento por parte del comprador tomador del préstamo (principalmente la acumulación por intereses o amortizaciones impagos y gastos judiciales para la recuperación de la suma prestada). La asistencia financiera se limita generalmente a un porcentaje del precio que venta del inmueble, que oscila según los mercados entre un 70% y 80%. El comprador por lo tanto debe contar con una cantidad equivalente al porcentaje faltante más los gastos de intermediación (corredores inmobiliarios) y notariales (honorarios del escribano, gastos e impuestos al acto). Si no se cuenta con la suma necesaria debe iniciar un proceso de ahorro hasta completar la misma. El problema se presenta, principalmente en nuestro país, en la elección del activo en el cual ahorrar para que llegado el plazo estimado el importe acumulado sea suficiente para cubrir la parte del precio no financiada por los bancos o sea no haya sufrido un proceso de deterioro. El sistema financiero

ha propuesto una serie de alternativas que van del simple plazo fijo en diversas monedas a acumular divisas extranjeras, pasando por valores negociables tanto de renta fija (bonos u obligaciones negociables) o de renta variable (acciones de sociedades anónimas). Algunas de esas formas de ahorro pueden resultar muy especulativas, especialmente las de renta variable y divisas. Otras se han mostrado en nuestros mercados como insuficientes para cumplir el cometido buscado, por estar sometidas al proceso inflacionario especialmente las inversiones en pesos ya que las tasas de interés generalmente son insuficientes para cubrirlo.

II. Sección I: Propuestas de soluciones anteriores

II.1. La ley 21.526

La primera propuesta prevista fue la de ley 21.526, de Entidades Financieras (promulgada en febrero de 1977), que en su capítulo 6 reguló específicamente a las “Sociedades de ahorro y préstamos para la vivienda y otros inmuebles”. La función principal de estas instituciones era la “recibir depósitos en los cuales el ahorro sea la condición previa para el otorgamiento de un préstamo” destinado a la adquisición de un inmueble (artículo 23). En ese contexto se crearon diversas instituciones financieras destinadas a satisfacer esas necesidades. El problema de estas entidades, independientemente del loable propósito que llevó a su creación, es su limitado campo de acción, ya que la construcción es una actividad altamente cíclica por lo que las entidades que tenían por objeto exclusivo su financiamiento asumieron considerables riesgos, al no poder dispersarlos en diferentes opciones de financiación. Cabe apuntar en este aspecto que mercados altamente desarrollados en los sistemas financieros, como lo es el estadounidense, en la década de los ochenta del siglo pasado se desató una enorme crisis en las entidades denominadas “*savings and loans*” que tenían funciones económicas similares a las previstas por la ley 21.526. Además, lamentablemente el proceso inflacionario en nuestro país erosionó los ahorros en divisas nacionales, por lo que los mismos perdieron rápidamente su valor y cerrada la etapa del ahorro las sumas acumuladas por el ahorrista futuro comprador fueron insuficientes para cumplir el cometido para el cual habían sido creadas. Como consecuencia y por las razones expuestas (elevado riesgo por tener un objeto exclusivo de inversión y la alta inflación) estas entidades fracasaron, motivo por el cual se fueron transformaron en otras de las instituciones financieras de las previstas por la ley 21.526 (bancos o compañías financieras) o simplemente debieron ser liquidadas.

II.2. La ley 24.441

Otras alternativas fueron previstas por la ley 24.441, sancionada en el año 1995, denominada precisamente “Financiamiento de la vivienda y la construcción”. Una

de propuestas fue la ampliación de la ley 24.083 (sancionada en 1992) permitiendo que formara parte del patrimonio de los fondos "(...) los derechos sobre inmuebles, créditos hipotecarios en primero o ulterior grado y derechos de anticresis constituidos sobre inmuebles en las proporciones que establece la reglamentación (...)" (artículo 2 de la ley 24.083). Se proponía, concretamente, la creación de los fondos comunes de inversión inmobiliarios. Como es sabido los patrimonios que integran los fondos están divididos en fracciones idénticas denominadas cuotas partes y en este caso, al estar integrado esos patrimonios por activos derivados de bienes relacionados con la actividad inmobiliaria, el valor de esas cuotas partes deberían seguir las fluctuaciones de ese mercado inmobiliario. En otras palabras, quienes invirtieran en estos fondos se aseguraban que sus ahorros no perdían valor de sus activos relación a los bienes que deseaban adquirir. La propuesta no tuvo éxito y en la actualidad prácticamente no funcionan fondos comunes de inversión inmobiliaria en nuestro país. Posiblemente la razón está en los altos costos que exige los ingresos y egresos de inversiones activos inmobiliarios (impuestos al acto, gastos notariales y, eventualmente, honorarios de los corredores inmobiliarios) que pueden alcanzar hasta el 15% del valor del activo sobre el cual se transa. La ley 24.441 (artículo 5) intentó morigerar estos valores, pero tampoco tuvo éxito. Instituciones de este tipo funcionan exitosamente en varios mercados, como los REITs (*Real Estate Investment Trust*) en Estados Unidos y las SOCIMIs (Sociedades Cotizadas de Inversión en Mercados Inmobiliarios) que adoptaron a la legislación europea en España el modelo norteamericano, aunque es necesario advertir que son modelos financieros encaminados a invertir en inmuebles para la locación y que en ambos países son sociedades abiertas o sea cotizan sus acciones en los mercados de valores hecho que le da gran liquidez y aceptación por parte de los inversores.

La otra institución que previó la ley 24.441 fue la del contrato de *leasing* (en la actualidad regulado a partir del artículo 1277 por el CCiv. y Com.) La gran ventaja que presenta el *leasing*, a diferencia de los créditos hipotecarios bancarios, es que financian el total del valor del bien a adquirir. Ello es así ya que el dador (eventual vendedor) retiene el dominio del bien dado en *leasing* ya que entrega solo la tenencia del mismo y tiene ciertas ventajas procesales en su recuperación (artículos 1277 y 1249 del CCiv. y Com.). Este instrumento, si bien no ha tenido éxito en general, tal como ha sucedido en otros mercados, es utilizado preferentemente en nuestro país para las operaciones sobre maquinaria agrícola y otros bienes de capital, pero no ha tenido ningún desarrollo en el mercado inmobiliario. Posiblemente porque en nuestro sistema no se ha podido todavía apreciar adecuadamente los riesgos de esta operatoria que se desarrolla en el largo plazo.

III. Sección II: Los mercados del riesgo y sus funciones económicas

Si bien sus mecanismos y funciones son suficientemente conocidos, para una más fácil interpretación del presente trabajo, conviene recordar la mecánica de este tan peculiar mercado. Las funciones económicas naturales de mercados del riesgo son básicamente dos: a) para los empresarios la cobertura de ciertos riesgos que puedan originarse durante su actividad; b) para los inversores, una opción para sus operaciones aprovechando las variaciones que el transcurso del tiempo pueda producir en los precios. Los principales instrumentos financieros que se transan en estos mercados, denominados genéricamente como derivados, son los contratos a término, los futuros y las opciones (que se celebran en instituciones especiales con estructuras similares a los nuestros mercados de valores) y los *swaps* o canje financiero (generalmente con intervención de los bancos en la faz de intermediación). Conviene recordar que ciertos riesgos no derivados de la gestión empresarial, como los climáticos o las catástrofes naturales, por ejemplo, son transferidos por los empresarios por otros instrumentos financieros como son los contratos de seguros.

III.1. Principales riesgos

Los riesgos a que está sometida la actividad empresa son múltiples. Gabriel Alejandro Daga individualiza 16 clases de riesgos: operativo o de negocios, financiero, de mercado, entre otros. Interesan en este trabajo los riesgos de mercado y que se refieren concretamente a las variaciones que se pueden producir en los precios de los activos o productos que se relacionan con la actividad de una empresa determinada durante el transcurso del tiempo y por las oscilaciones de los ciclos económicos. O sea las variaciones de los precios de las materias primas, de las divisas, de la tasa de interés, de sus insumos, entre otros productos. En este caso los riesgos del mercado inmobiliario (variaciones en los costos de la mano de obra, materiales, servicios, tasas de interés, divisas cuando se emplean productos extranjeros).

III.2. Productos o contratos derivados

Cuando se hace referencia a productos derivados se está designando a un conjunto de contratos en los cuales las bases técnicas de su valor dependen (*derivan*) del comportamiento de otro activo al cual se denomina subyacente. Inicialmente esos activos fueron los denominados productos primarios, materias primas o *commodities* (granos, metales, combustibles, etc.). Por ejemplo, el valor de un contrato de futuro sobre el trigo depende del valor que registre el trigo en los mercados de entrega. En los últimos años se han desarrollados también contratos derivados que tienen como activos subyacentes productos financieros como son las divisas,

las tasas de interés o las acciones emitidas por las sociedades anónimas. Todos estos contratos son operaciones a término. No estaban regulados específicamente por nuestra legislación aunque habían sido reconocidos y admitidos expresamente en algunos casos por normativas expresas, como por ejemplo el artículo 1 de la ley 24.083 que permite que los patrimonios de los fondos comunes de inversión puedan estar integrados por los derechos y obligaciones derivados de operaciones de *futuros* y *opciones*. También el artículo 2 del decreto 677/01 (normativa esta que ha sido reemplazada por la ley 26.831 que los enumera también en su artículo 2 entre los valores negociables cuya negociación cae bajo la órbita de la Comisión Nacional de Valores), hacía mención a ellos, además de los contratos a término. Por su parte, la C. N. V. en sus normas, cuando regula respecto a los activos que pueden formar parte del patrimonio de los fondos comunes de inversión de dinero (*money market fund*) autoriza el uso de operaciones de canje de tasa de interés, que es una de las denominaciones de los contratos de *swaps* (canje financiero), que también es un contrato derivado. En la actualidad su regulación ha sido delegada a las instituciones autorizadas para operar con ellos ya que el artículo 1429 del CCiv. y Com., establece expresamente que “los contratos celebrados en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, en tanto estos estén autorizados y operen bajo control estatal, se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control. Estas normas pueden prever la *liquidación de los contratos por diferencia, regular las operaciones y contratos derivados (...)*”.

III.3. Orígenes de estas modalidades contractuales

Dejando de lado algunos antecedentes milenarios, sus orígenes son los denominados contratos a término y en su versión moderna nacieron y se desarrollaron en Estados Unidos en la mitad del siglo XIX cuando los productores agrícolas del medio oeste norteamericano (Illinois y los estados limítrofes) los desarrollaron para compensar la gran diferencia de precios que existía entre la oferta y la demanda de sus productos según fuese la temporada de las cosechas o el resto del año. Se organizaron y crearon una institución en el año 1848, el *Chicago Board of Trade*, pionera en el desarrollo de los contratos de futuros y sus derivaciones más importantes como lo son las opciones, otra modalidad contractual esta última que atiende también a los servicios de gestión de riesgos pero principalmente a inversores.

Contratos a términos o *forwards*. Es el más simple y antiguo de los productos derivados, que dieron origen a los restantes. Son contratos que se caracterizan porque se postergan los cumplimiento de las obligaciones a cargo de ambas partes a una fecha determinada o sea que se presenta dos momentos en su desarrollo: a) el de la celebración del contrato en el cual las partes acuerdan producto, cantidad,

precio y plazo); b) el de la liquidación, oportunidad en que el vendedor entrega el producto y el comprador paga el precio. De esta forma tanto el comprador como el vendedor del producto acuerdan los precios que le resultaran convenientes para la marcha de sus negocios a la fecha futura estipulada.

Originariamente estos contratos se cumplían por el sistema que se denomina liquidación por entrega física o sea que el vendedor estaba obligado a entregar el producto y el comprador a pagar el precio total pactado. Teniendo en cuenta que estos contratos tienen como finalidad principal la cobertura del *riesgo precio* con el transcurso del tiempo se acentuó la costumbre de liquidarlos por el pago de la diferencia de precios existentes entre el momento de la celebración del contrato y el momento de su cumplimiento en el mercado disponible (*cash settlement*). Esa diferencia de precio debe pagarla quien ha errado en la previsión pero de cualquier manera, si se trata de empresarios interesados en la operación (productores de la materia prima o los procesadores industriales o sea que no son simplemente especuladores), aun cuando se haya errado en la previsión se puede compensar esa pérdida operando en el mercado de contado. La posibilidad de liquidar la operación por el pago de la diferencia de precios facilitó el ingreso de otros inversores a este mercado lo que incrementó la liquidez y permitió que un mayor número de productores pudieran gestionar sus riesgos de utilizando estos contratos derivados.

III.4. Condiciones para la existencia de este tipo de contratos

Para que sea factible la celebración de esta modalidad contractual se tienen que dar una serie de circunstancias: a) entre el momento de la concertación y el de la liquidación debe transcurrir un lapso más o menos prolongado. El transcurso del tiempo es el que crea la incertidumbre o sea las posibilidades de variaciones en los precios; b) los activos subyacentes deben ser almacenables o reemplazables (en sentido amplio) como, por ejemplo, el caso de los granos que pueden ser guardados en silos o reemplazados por los producidos por las nuevas cosechas. Lo mismo ocurre con otros productos como combustibles, los metales, etcétera; c) si bien con otras características lo mismo ocurre con los activos financieros como las divisas, las acciones emitidas por las sociedades anónimas e, inclusive, las tasas de interés que si bien no son físicamente almacenables, se pactan diariamente o sean reemplazables; d) tienen que funcionar muy activamente los mercados llamados de contado, entrega, disponibles o spots, ya que son estos los que determinan los precios de los productos que se transan en ellos y que constituyen las variables de este tipo de contratos que permitirán su liquidación al vencimiento del plazo pactado o se negociación antes del vencimiento en el mercado secundario.

III.5. Los mercados

Los mercados en donde se opera con esos productos presentan características especiales. Para mayor claridad es conveniente poner como ejemplo los mercados que tienen como activos subyacentes los denominados productos primarios o *commodities*. a) Operan con una pluralidad de compradores y vendedores con intervención de agentes o corredores organizados en instituciones especializadas denominadas generalmente bolsas o mercados. b) Cuando se hace referencia a pluralidad de partícipes en estos mercados se quiere decir que normalmente no intervienen formas monopólicas ni en los compradores ni en los vendedores siendo la excepción, en el mercado de combustibles, la Organización de Países Productores de Petróleo, conocida por su sigla OPEP y que como consecuencia de la aparición de nuevas tecnologías en la extracción del crudo (petróleo de esquisto o *shale oil*) en otras regiones han aparecido nuevos partícipes en el sector de la oferta, por lo que ha perdido la influencia que tenía hace algunos años. c) Esos mercados son transparentes, en el sentido de que proporcionan datos certeros sobre la oferta y demanda de los productos sobre los cuales transan, para que todos los intervinientes puedan hacer una estimación en la evolución de los precios y cantidades y operar en consecuencia. Los precios se conocen al momento siguiente en que se produce la transacción y se pueden seguir por los medios modernos de comunicación. Esos precios se traducen automáticamente a los contratos derivados. d) Se negocia sobre productos homogéneos y si existen diferencias entre ellos se los tipifica como, por ejemplo, si se trata de petróleo se negocia sea sobre el tipo Brent (tipo de petróleo extraído en el Mar del Norte y que marca la referencia para los mercados europeos) y el WTI (*West Texas Intermediate*, que es el producido en los estados de Texas y Oklahoma en Estados Unidos y que sirve de referencia también para los mercados). e) Los mercados están unificados o intercomunicados. En realidad, en muchos productos el mercado alcanza un nivel global de tal magnitud que en la práctica se puede afirmar que se está en presencia de un solo mercado con muchos centros operativos (mercados del petróleo, de granos, de metales, entre otros, por ejemplo). f) Son mercados muy fluidos ya que el ingreso y egreso a las inversiones no tienen costos elevados en relación a los precios de los productos que se negocian.

III.6. Caracteres del mercado inmobiliario

Presentan marcadas diferencias con las descritas en los párrafos precedentes. a) Los productos son heterogéneos. Como lo ha expresado el INDEC en su Metodología al elaborar los índices de los precios de la construcción, la mayor parte de su producción la constituyen “bienes únicos”, es decir, de un extremo grado de diferenciación. De esta manera, resulta muy difícil disponer de referencias físicas y de precios comparables. b) Se negocian inmuebles para distintos destinos, como

la vivienda, el comercio, la industria, las profesiones liberales, el recreo, etcétera, empleando gran variedad en la calidad de los materiales, con diversos costos. Esa heterogeneidad se traduce en los precios ya que, por ejemplo, cuando se trata de inmuebles para la vivienda unidades de la misma superficie y calidad constructiva, los precios varían si son viviendas individuales o integran un edificio de propiedad horizontal. Y dentro de estos últimos los precios pueden diferir, según la altura en donde se encuentra el departamento o si está construido en el frente o en el contra frente. La ubicación juega también un rol importante (no es lo mismo la zona de la Avenida Figueroa Alcorta que la de Pompeya, en la ciudad de Buenos Aires, para poner un ejemplo). Algo similar ocurre con los locales comerciales, las oficinas para profesionales y los inmuebles industriales. c) Los mercados no están unificados si bien existen algunas formas de comunicación entre ellos. Se podría afirmar que existen tantos mercados como regiones urbanizadas existen, inclusive en los mismos centros urbanos. d) Es un mercado opaco (que no significa ilegalidad) ya que las tratativas contractuales se celebran generalmente en las oficinas privadas de los corredores inmobiliarios, que trabajan en forma independiente y dispersa sin tener una organización centralizada, y no existe un sistema de publicidad que permita informar rápida y públicamente los precios de las transacciones. La consecuencia más importante de las diferencias es que en los mercados inmobiliarios es difícil conocer acabadamente los precios de las operaciones y ello dificulta la organización un sistema de futuros inmobiliarios.

Frente a la situación descrita (productos heterogéneos, descentralización y opacidad), ¿cómo se podría fijar el valor del activo subyacente en los contratos derivados? Veamos algunas soluciones en otros mercados.

IV. Sección III: Soluciones en otros mercados

IV.1. Caso del *Chicago Mercantile Exchange*

Esta institución que luego de su fusión con el *Chicago Board of Trade* (CBOT, recordando que esta institución fue fundadora en la era moderna de estos activos financieros), pasó a ser la mayor operadora del mundo en productos derivados, advirtió, en setiembre del año 2007, que la industria inmobiliaria de Estados Unidos, que representa el 35% del mercado mundial, carecía de los instrumentos necesarios para gestionar los riesgos de la actividad y que eran requeridos por los participantes de ese mercado tanto por los desarrolladores como por inversores. Lanzó en consecuencia los derivados inmobiliarios o sea los contratos de futuros y opciones para satisfacer esas necesidades. Estos contratos tendrán como referencia para el cálculo de los valores los índices elaborados por Standard & Poor's, denominados S&P/GRA *Commercial Real State Indexes* (SPCREX) tomando como base para la medida el pie cuadrado. Standard & Poor's es una empresa dedicada,

entre otros servicios financieros, al análisis de los riesgos crediticio y a la elaboración de distintos índices. Con respecto a estos últimos el S&P 500 es el índice bursátil más representativo de Wall Street, inclusive que el más popularizado que elabora el Dow Jones Indexes LLC, sobre 30 empresas industriales.

IV.2. Los índices de Standard & Poors/GRA

Se basan en los precios de las compraventas de bienes inmuebles que se realizan entre particulares. En la práctica son análogos a los índices de renta variable ponderados por capitalización, donde el valor agregado del stock inmobiliario comercial representa el total de capitalización de las regiones o tipos de propiedad incluidos en el índice. Un precio medio de calidad constante por pie cuadrado se calcula mensualmente para cada grupo y por sector, utilizando un algoritmo de media de tres meses. Las transacciones se analizan en períodos trimestrales a fin de mantener precisión. Los precios de transacción están igualmente ponderados (no promediados). Para que sus índices representen con mayor amplitud los activos que analizan, S&P/GRA desagrega el mercado en dos aspectos que consideran fundamentales para los fines expuestos: a) agrupaciones de los inmuebles por regiones geográficas; b) clasificación de los inmuebles por sectores (según sus usos o destinos).

Agrupaciones geográficas. El punto de partida para las definiciones regionales del índice se refiere a estadísticas por regiones informadas por oficinas de gestión especializadas en estas cuestiones. Las regiones se definen como agrupamientos de áreas metropolitanas y de estados. Los datos se clasifican en base a las definiciones amplias del mercado objetivo de las cinco regiones siguientes: 1) Noroeste (Nueva York, New Jersey, Boston, Washington D.C., Baltimore, Richmond, Filadelfia); 2) Medio oeste (Chicago, Cincinnati, Cleveland, Columbus, Detroit y Kansas City); 3) Sur del Atlántico Medio (Atlanta, Charlotte, Raleigh, Durham, Memphis, Nashville, Miami, Ft. Lauderdale, Jacksonville, Orlando, Tampa Bay, St. Petersburg); 4) Océano Pacífico (California del Norte: San Francisco, Oakland, San José, Sacramento, Sur de California, Los Ángeles, Condado de Orange, Riverside, San Bernardino, San Diego) y el Pacífico Noroeste: Seattle y Portland; 5) Desiertos de las montañas del oeste (Phoenix, Tucson, Las Vegas, Denver, Boulder). La metodología excluye los Estados que no divulgan o donde no existen requisitos para transacciones inmobiliarias a publicar. Estos Estados, a la fecha de creación del índice, incluían Texas, Louisiana, Mississippi, Utah, Idaho, Montana, Wyoming y Dakota del Norte y del Sur. Dependiendo de los datos disponibilidad y calidad, los índices futuros podrían estar disponibles para estas regiones. Las agrupaciones geográficas se basan en la concentración de bienes raíces, la actividad del mercado, el tamaño de la población, la demografía y la composición y tendencias económicas.

Clasificación de los inmuebles por sectores (según sus usos o destinos). Las transacciones también se clasifican por sectores inmobiliarios. El índice se basa en un conjunto de clasificaciones de propiedades según el siguiente detalle: 1) viviendas: Incluye departamentos de altura media, altos y urbanos, en edificios o complejos de más de 20.000 pies cuadrados. Excluye los de uso mixto, los destinados al cuidado de los mayores (geriátrico), los destinados a estudiantes y militares, los subsidiados por el gobierno, los condominios residenciales, barrios o comunidades planificadas, las viviendas de súper lujo y apartamentos de gran altura, casas comunes y hoteles de una sola habitación; 2) Oficinas: incluye las existentes en los distritos de negocios o las propiedades de oficinas suburbanas 20.000 pies cuadrados. Excluye las unidades mixtas urbanas, las ocupadas por la educación, condominios de oficina y los centros de comunicación; 3) Inmuebles de comercio minoristas: incluye centros comerciales regionales, puntos de venta instaladas por las fábricas, grandes superficies de venta al por menor, ferreterías de más de 10.000 pies cuadrados. Excluye los de usos mixtos, superlujo, centros de medicamentos (droguerías) y farmacias independientes, sucursales bancarias, entretenimientos, viveros, gasolineras y tiendas de video; 4) Almacenamiento (galpones): incluye instalaciones de almacenamiento y distribución de más de 20.000 pies. Excluye los de uso mixto, los destinados a la fabricación, condominios industriales, centros de servicios, laboratorio, estudios de producción, salas de exposición, frigoríficos, estacionamientos y talleres de reparación de automóviles.

IV.3. Proceso de elaboración del índice

Los índices de bienes raíces comerciales S&P / GRA (SPCREX™) se basan en los precios de las transacciones o sea de las compraventas. Los datos se seleccionan por su razonabilidad y se eliminan los registros duplicados, las transacciones que no cumplen con las normas estándares y las operaciones cerradas con precios extremos. Los datos de las transacciones se recogen al principio de cada mes durante los cuatro meses previos al informe. Por ejemplo, a principios de diciembre se recopilan los datos que incluyen los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre. El índice de octubre, publicado en enero, sólo incluye transacciones cerradas en los meses de agosto, septiembre y octubre o sea que el dato suministrado en enero presenta un retraso de tres meses.

V. Sección IV: Problemas para determinar los precios de las transacciones en Argentina

V.1. Primer interrogante

¿Es aplicable en nuestro país la fórmula utilizada por el *Chicago Mercantile Exchange*? En principio la respuesta aparece como afirmativa con algunas

adecuaciones, puesto que con nuestro sistema notarial aparece como relativamente fácil conocer el precio de las transacciones, el destino de los inmuebles, su superficie y localización ya que bastaría revisar las escrituras traslativas de dominio porque esos datos aparecen generalmente en todos esos documentos públicos. Esa información podría ser tomada por los registros de la propiedad inmueble de cada provincia y procesada para llegar a un índice que sea indicativo del valor de los activos que mide. Sin embargo existen dudas respecto a si los precios que aparecen en los instrumentos notariales reflejan las realidades de las operaciones instrumentadas en ellos. Esa incertidumbre a llevado a la AFIP a establecer un sistema de control denominado “Formalización fiscal del sector inmobiliario” que impone una serie de cargas que hay que cumplir ante ese organismo, entre las cuales se encuentra la de comunicar a ese organismo cuando se ponga en venta una propiedad inmueble, con indicación del valor publicado y luego el monto por el cual fue escriturado.

La AFIP cotejará los datos informados para verificar si el inmueble ha sido enajenado por un valor inferior al real. En caso de que las dudas persistan podrá exigir una tasación especial para ajustar el valor. Por otra parte la AFIP fijará una tabla de referencia mediante la cual se fijaran los precios de los inmuebles de acuerdo a la zona en donde estén ubicados los mismos. Ante esas dudas, traducida por el propio organismo de recaudación impositiva nacional, la respuesta entonces debe negativa ya que si un ente oficial no cree en la veracidad de esa información, es difícil que lo haga el mercado. Si se pretende obtener una respuesta positiva, es necesario buscar otra modalidad para establecer los precios de referencia del producto subyacente en los derivados inmobiliarios y que permitirían su desarrollo en Argentina.

V.2. Segundo interrogante

La ley 27.271. El segundo interrogante es, entonces, el siguiente: ¿si no es factible tener datos fehacientes de los valores de las transacciones que se realizan en Argentina (precios de las compraventas) es posible acudir a otros factores para establecer los precios de referencia de eventuales contratos derivados? La ley 27.271 podría dar una orientación o punto de partida: los precios de la construcción de los inmuebles.

La ley 27.271, sancionada en setiembre de 2016, denominada “Sistema de ahorro para el fomento de la inversión en vivienda” prevé distintos instrumentos de ahorro, préstamo e inversión. La condición es que los mismos sean celebrados en UVIS (unidades de vivienda). Así enumera depósitos en caja de ahorro y en plazo fijo (la denominación “depósito” para los llamados “plazos fijos” es errónea ya que se trata de mutuos onerosos porque en la práctica los inversores prestan una suma

de dinero a los bancos los que además de reintegrarla al vencimiento del plazo deberán pagar los intereses pactados), préstamos hipotecarios y la emisión de títulos valores (artículo 2). ¿Qué es el UVI? Es un activo financiero, cuyo valor inicial en pesos 14,05 al 31 de marzo de 2016, fue determinado por el Banco Central de la República Argentina, utilizando como referencia la milésima parte del valor promedio del metro cuadrado construido con destino a vivienda en la República Argentina en forma tal que 1000 UVIs serán equivalentes a un metro cuadrado (1.000 UVIs = 1 metro cuadrado). El valor del UVI será actualizado mensualmente a través del índice del costo de la construcción para el Gran Buenos Aires que publica el INDEC para una vivienda familiar Modelo 6 o sea que, además de ser un activo financiero, es una unidad de ajuste o referencia para los instrumentos mencionados en el artículo 2 de la ley 27.271. El Banco Central de la República Argentina publicará periódicamente el valor diario en pesos de la UVI (artículo 6).

La propuesta legislativa es novedosa y en principio podría ser un disparador para encontrar soluciones que permitan salvar las dificultades que se le presentan a quienes necesitan adquirir una vivienda y sus ahorros no les alcance para cubrir la diferencia entre el precio de adquisición y el monto del préstamo bancario. La intención de este trabajo entonces es la búsqueda de una alternativa de ahorro que acompañe la evolución de los precios que va determinando el mercado inmobiliario y posibilitar de tal modo la adquisición anhelada. Se analizará además si el instrumento que se propone podría ser útil también para la gestión de los riesgos de las empresas involucradas en el negocio inmobiliario y permitiría, también, la incorporación de otros inversores lo que daría la liquidez indispensable que necesitan todos los mercados.

VI. Sección V: Activos financieros que propone la ley 27.271

VI.1. Activos financieros que propone la ley 27.271 en su artículo 2^a y sus limitaciones para los fines propuestos para este trabajo

Inc. a) “Depósitos en caja de ahorro UVIs, con una periodicidad desde noventa (90) días y hasta ciento ochenta (180) días desde la fecha de la imposición, conforme se pacte entre las partes”. A la fecha de elaboración de este trabajo ningún banco había instrumentado esta modalidad de ahorro. Cabe apuntar que normalmente en las imposiciones en caja de ahorro sus titulares tienen el derecho de retirar los fondos cuando lo deseen. Un plazo de 90 días puede resultar excesivo para las personas que están acostumbradas a este tipo de inversión. Inc. b) “Certificados de depósito a plazo fijo, nominativo (intransferible/transferible) en Unidades de Vivienda UVIs por un plazo mínimo de ciento ochenta (180) días”. No han tenido aceptación en los mercados ya que un solo banco ha previsto este tipo de inversión. Además, el Banco Central de la República Argentina ha previsto la

emisión de plazos fijos denominados UVA (unidad de valor adquisitivo) ajustable por el CER (coeficiente de valor de referencia) que sigue la evolución del IPC (índice de precios al consumidor) activo que ha tenido mayor recepción tanto por los bancos como por los inversores. La captación de fondos mediante esta modalidad de ajuste de las inversiones, se ha traducido en créditos por la suma de \$7.600 millones a la fecha en que se elabora este informe. Cabe destacar además que aún en la hipótesis de que se emita en forma transferible los plazos fijos tienen limitaciones en punto a su liquidez ya que no tienen un mercado secundario activo.

Inc. c) Préstamos hipotecarios. Es difícil que los bancos otorguen préstamos ajustables por UVIs si no se fondean con instrumentos financieros ajustables por los mismos índices y se ha aclarado que hasta la fecha no lo han hecho. Posiblemente pueda interesar a empresas constructoras que incorporen entre sus negocios la financiación de sus ventas a plazo con garantía hipotecaria. En este caso podrán arbitrar entre sus costos y sus ingresos en la misma moneda de referencia.

Inc. d) "Títulos valores UVIs., con o sin oferta pública, por plazos inferiores a dos (2) años". Además de favorecer a los adquirentes de viviendas la emisión de estos instrumentos les convendría también a las empresas constructoras ya que les permitiría arbitrar entre sus costos financieros y los de la construcción. Es la propuesta que más se adapta a los fines perseguidos por esta norma. No obstante, es necesario diferenciar según que esos valores sean librados con o sin oferta pública. En el caso de que sean emitidos con oferta pública vendrían a constituir una especie de obligaciones negociables (títulos de deuda), instrumentos regulados por la ley 23.573, razón por la cual se debería seguir el procedimiento establecido básicamente por dicho texto legal, la ley 26.831 (de mercados de valores negociables) y las normas de la Comisión Nacional de Valores. Independientemente de los costos que implican todo el procedimiento, se tendría la ventaja ser negociados por las instituciones autorizadas por ese organismo (los llamados mercados de valores, artículo 2, ley 26.831, voz "mercados"), hecho que los dotaría de una importante liquidez. Además, se podría formalizar en base a estos valores negociables contratos de futuros y opciones. Si se emitiesen sin la posibilidad de ser ofertados públicamente se reduciría los costos de emisión pero las posibilidades de liquidez serían mucho menores ya que carecen de mercados de valores institucionales.

VI.2. Omisión de la ley 27.271 con relación a los contratos derivados

Se advierte del listado precedente que el artículo 2 de la ley 27.271, cuando enumera los activos financieros que pueden celebrarse bajo su régimen no menciona a los contratos derivados, razón por la cual se plantea la primera cuestión: ¿nuestra legislación los permite? Ya se había adelantado la opinión de ello era

factible si se emitiesen títulos valores UVIs con oferta pública (ver párrafo precedente). Aun cuando la enumeración legal de la emisión de estos valores no los prevé, la respuesta es afirmativa. El artículo 1820 del CCiv. y Com. reconoce el criterio de libertad de creación de los títulos valores (y los derivados lo son, conforme al ya mencionado artículo 2 de la ley 26.831) y textualmente establece que: “cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija. Se comprende la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes generales, sus garantías, rescates, plazos, calidad de convertible o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hacen a la configuración de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente. Sólo pueden emitirse títulos valores abstractos no regulados por la ley cuando se destinen a oferta pública, con el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica; también cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores”. Con algunas diferencias el artículo 3 de la ley 26.831 que regula la oferta pública de títulos valores, permite que “Cualquier persona jurídica puede crear y emitir valores negociables para su negociación en los mercados de los tipos y condiciones que elija, incluyendo los derechos conferidos a sus titulares y demás condiciones que se establezcan en el acto de su emisión, siempre que no exista confusión con el tipo, denominación y condiciones de los valores negociables previstos en la legislación vigente. A los efectos de determinar el alcance de los derechos emergentes del valor negociable así creado, debe estarse al instrumento de su creación, acto de emisión e inscripciones registrables ante las autoridades de contralor competentes”. Conviene agregar que el tipo de activo financiero que se propone instrumentar por el presente o sea el de contratos derivados (futuros y opciones), como tales, se vienen negociando en el país desde hace varias décadas o sea que no caben dudas en cuanto a su legitimidad. La cuestión que se plantea es con respecto a qué activo subyacente se debe acudir para darle su valor teniendo en cuenta que se han descartado los precios de las operaciones de compraventa en razón las dudas que plantean los datos con lo que cuenta el mercado.

VII. Sección VI: La adopción de los costos de la construcción para fijar los índices de referencia en los contratos derivados

La adopción de los costos de la construcción y no los de venta, como índice de referencia para establecer el valor de los derivados inmobiliarios. Las ventajas de tomar como base el costo de la construcción es que constituye un dato que es un común denominador comprensivo de un número importante de los modelos constructivos tradicionales. En párrafos anteriores habíamos adelantado que

inmuebles de características de diseños y materiales idénticos, es decir con el mismo costo constructivo pero al ser levantados en localizaciones distintas tenían valores de ventas diferentes. Pero es necesario tener en cuenta es que no siempre los precios de venta de los inmuebles en general y de las viviendas en particular siguen la misma curva que los costos de la construcción. Esos precios dependen de otras circunstancias además de los costos constructivos, especialmente de la demanda y además siguen la línea de los ciclos económicos.

VII.1. Metodología seguida por el INDEC

La ley 27.271 toma como elemento determinante para fijar el valor de los UVIs los índices de la construcción que elabora el INDEC. Según lo expresa el INDEC en su Metodología, el objetivo del indicador es medir las variaciones mensuales que experimenta el costo de la construcción privada de edificios destinados a viviendas en la Capital Federal y varios partidos del conurbano bonaerense. El índice cuenta con seis modelos de vivienda (cuatro multifamiliares y dos unifamiliares) de distinta tipología y detalles de terminación. Se han aplicado métodos de selección tanto para la elección de los modelos edilicios que representan al sector como para los materiales con los que se construyen cada uno de ellos. Esta metodología le ha permitido desarrollar en los seis modelos igual número de tipos de viviendas, cuyas superficies van de los 74 a los 467 metros cuadrados. El método utilizado para la elaboración del indicador consiste en la valorización mensual de modelos que se consideran representativos de un período y de una región determinados (CABA y Gran Buenos Aires). Las técnicas utilizadas en la construcción de los modelos responden a características tradicionales, es decir, que no se consideran sistemas industrializados. La valorización mensual se efectúa para cada elemento componente del costo: bienes, servicios e insumos de mano de obra. La agregación de dichos elementos, ponderados por su importancia relativa en el año base, permite arribar a resultados agrupados por capítulos (materiales, mano de obra y gastos generales) y, de la misma manera, a partir de esos datos obtener el nivel general. Para la estimación de los costos de mano de obra se tiene como base el convenio colectivo más adicionales, remunerativos y no remunerativos, que son informados directamente por las empresas constructoras. Los materiales se miden después de una selección de los que integraran los índices y los valores son suministrados por los distribuidores, proveedores y fabricantes y la elección de las empresas informantes se hace utilizando los listados de la Cámara Argentina de la Construcción y de la Unión Argentina de la Construcción. En cuanto a los gastos generales que no son originados por la provisión de materiales ni la mano de obra los valores son consultados a los profesionales relacionados con esos servicios y que no forman parte de los gastos generales.

VII.2. Primera observación

La metodología seguida por el INDEC no refleja la totalidad de los costos que pueden determinar el precio final de venta de una vivienda. En efecto, conforme se expresa en la metodología seguida por el INDEC en “los cálculos del costo no se incluyen el valor de compra del terreno, los derechos de construcción, los honorarios profesionales (por proyecto, dirección y representación técnica), los gastos de administración, los gastos financieros y el impuesto al valor agregado (IVA)”. Las razones de estas limitaciones se fundamentan en que:

“el valor del terreno no se incluye porque el objetivo del indicador es medir la evolución del costo de la construcción. Por la misma razón no se computa la utilidad de la empresa constructora. Los derechos, honorarios profesionales y los gastos de administración no se tienen en cuenta por las dificultades prácticas para obtener información con la regularidad y confiabilidad necesarias. En cuanto a los gastos financieros, no se consideran estrictamente un costo relacionado con la producción y, además, varían de acuerdo con las decisiones de la empresa de financiarse con fondos propios o de terceros. Con respecto al IVA, el precio de los materiales y otros componentes se miden sin este impuesto, porque se supone que la empresa constructora es un responsable inscripto por lo que puede deducir el IVA contenido en las compras del IVA generado por sus ventas y que, por lo tanto, no forma parte de sus costos. Por su parte, el IVA atribuible a las ventas no se considera por constituir este indicador —como ya se mencionara— una medición del comportamiento de los costos (y no del precio de venta)”.

Estas deducciones son importantes y sería conveniente establecer en qué medida estos ítems influyen en la cadena del valor agregado para la determinación del precio final de venta. Además, hay exclusiones que por lo menos son objetables como los gastos financieros “que no se consideran estrictamente un costo relacionado con la producción”. Aun en la hipótesis de que la empresa utilice recursos propios en la financiación de la construcción, ello no significa que esa aplicación no constituya un costo ya que habría que computar los ingresos que eventualmente se podrían originar si se destina esos fondos a otras formas de inversión.

VII.3. Segunda observación

El modelo sugerido por la ley 27.271 no es comprensivo de la totalidad de los inmuebles destinados a vivienda que se ofrecen en los mercados. Independientemente de las observaciones ya mencionadas en los párrafos anteriores, surge también la cuestión de si la propuesta que emerge de la ley 27.271 es suficiente para arribar a una solución adecuada. La respuesta aquí también es negativa en razón de que en

su artículo 6, segundo párrafo, dicha norma establece que “El valor del UVI será actualizado mensualmente a través del costo de la construcción para el Gran Buenos Aires para vivienda unifamiliar modelo 6”. Esta referencia es muy limitativa ya que hace referencia a viviendas unifamiliares desarrolladas en una planta entre medianeras, con estructura de viguetas y ladrillones, mampostería de ladrillos revocados en exterior e interior, aberturas exteriores de chapas, cortinas de PVC, puertas placas para pintar, pisos cerámicos y alfombra en dormitorios; agua, cloacas y gas de red, distribución de agua fría y caliente con caños de polietilenos, desagües en caños de PVC; calefacción por estufas a gas natural, agua caliente por calefón; artefactos sanitarios de loza y grifería estándar. Como se podrá observar el modelo 6, elegido por la ley, tiene restricciones no solo en cuanto a su exigencia de localización (entre medianeras) sino también a la cantidad y variedad de los materiales utilizados en el mismo, si se los compara especialmente con el modelo 1 del INDEC. En este modelo se analizan los costos de construcción de un edificio multifamiliar en torre de planta baja y 14 pisos, teniendo en cuenta, además de los materiales mencionados en el Modelo 6, otros que son necesarios para ese tipo de viviendas como, por ejemplo, ascensores, salas de máquinas, tanques de bombeo de agua, salas de medidores de gas y electricidad, estructura de hormigón armado, entre otros. Los UVIs reflejarían más adecuadamente la realidad si se incorporara los datos de la totalidad de los modelos analizados por el INDEC para la determinación de su valor.

VIII. Sección VII: Conclusiones

En razón de las limitaciones observadas (los precios de mercado no siempre siguen la misma línea de los costos constructivos, tomar como referencia sólo el índice del Modelo 6 y no la totalidad de los modelos en la ponderación de los índices y la metodología del INDEC de excluir del análisis el valor del terreno, la incidencia financiera, las utilidades y el IVA), de preverse la emisión de futuros inmobiliarios en los términos de la ley 27.271 los mismos no serán de utilidad para los eventuales adquirentes de viviendas ya que esos activos reflejarán solo parcialmente la evolución de los valores de la vivienda. Podrán servir, en cambio, a los desarrolladores dedicados de la construcción de viviendas ya que podrán utilizar los futuros y, eventualmente, las opciones que se emitan en base a ellos, para minimizar o compensar sus riesgos o, en otras palabras, gestionar sus riesgos.

IX. Sección VIII: La seguridad de los contratos derivados en los mercados nacionales

El instrumento financiero cuya emisión se propone por este trabajo (futuros) consiste en una operatoria común en nuestros mercados de valores y está rodeada de garantías que evitan los grandes fraudes, salvo, obviamente, las crisis sistémicas. En ese sentido, la Comisión Nacional de Valores ha controlado la creación y evolución en los contratos de futuros y las opciones sobre futuros y lo hace

respetando los criterios de autorregulación que reconoce nuestra legislación (los ya mencionados artículos 1429 del CCiv. y Com. y 3 de la ley 26.831). Y en ese sentido las instituciones que deseen operar como mercados en forma pública (sociedades anónimas) deberán reunir las condiciones exigidas por las Normas de la Comisión Nacional de Valores y requerirán autorización previa para hacerlo. Si bien están facultados legalmente para diseñar los términos y condiciones de cada contrato de futuro y opción a negociarse en su ámbito (citado artículo 1429 del CCiv. y Com.), previo a su operatoria deberán presentar información a la CNV relativa al producto subyacente, a la cantidad unidades por contrato (metros cuadrados), márgenes iniciales, variaciones admitidas respecto al precio de ajuste y en el caso de contrato de futuros la descripción del sistema de liquidación al vencimiento, ya sea por entrega física del producto subyacente o por diferencia de precios, entre otros datos aunque, teniendo en cuenta el activo subyacente (metros cuadrados construidos) en estos casos los contratos se deberán liquidar por el pago de la diferencia de precios únicamente.

La negociación de esta forma de intermediación ha sido estrictamente regulada y en líneas generales del procedimiento es el siguiente: a) el interesado, a través de un operador del mercado elegido compra o vende un contrato de un producto determinado en un mercado autorizado asumiendo la obligación de recibir y/o entregar ese producto por el precio pactado o pagar las diferencia de precios, en la fecha y en el destino acordados al celebrar la transacción; b) inmediatamente de haber celebrado la operación las partes deben abrir una cuenta compensatoria en el Mercado en donde se hace la operación, depositando, como margen inicial, la cantidad el dinero determinado por el reglamento como garantía del cumplimiento de la obligación asumida cada una de ellas; c) en esas cuentas las partes deberán depositar diariamente los importes de las diferencias entre el precio que se produjo la transacción y el precio de cierre del mercado; d) en el caso de que el valor del producto retorne al precio del contrato las diferencias le son reintegradas por el Mercado a quien la haya depositado; e) si esa cuenta cae por debajo del mínimo establecido por el mercado autorizado, el titular está obligado a reponer fondos y si no lo hace su posición es cerrada; f) durante la vigencia del contrato cada una de las partes puede cancelar el contrato sin requerir el consentimiento de la otra, operación que se concreta realizando una operación en sentido contrario a la posición que tenía o sea comprando si vendía o vendiendo si compraba; g) también durante la vigencia del contrato las partes pueden transferir su posición a terceros; h) las cámaras compensadoras o los mercados autorizados, en su caso, se interponen entre comprador y vendedor. Esta postura significa que en estos casos las cámaras o mercados actúan como comprador ante el vendedor y como vendedor ante el comprador, intervención que garantiza la operatoria a ambas partes; i) al vencimiento del plazo, de acuerdo al contrato, pueden liquidarlo el vendedor entregando el producto y el comprador satisfacer el valor total pactado o pagar

directamente la diferencia de precios en el valor del producto al momento de celebrar el contrato y el de la fecha de su vencimiento.

X. Bibliografía

COLL, Rafael Hurtado (2011). "Derivados sobre índices inmobiliarios. Características y estrategias", en: *Observatorio de divulgación financiera*. Disponible en: www.iefweb.org./es/finanzas [Fecha de consulta: 30/04/17]

DAGA, Gabriel Alejandro (2005). *Contratos financieros derivados. Análisis jurídico, tributario y su instrumentación*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

DONABAN, Florencia (2016). "El BCRA rebautiza la UVI como UVA para ajustar créditos por inflación", *La Nación*, 16/09/16.

DIEDENHOUSE, Susan (2007). *Gauges of value promote trading*. Chicago: Chicago Tribune.

FISCHER, Stanley; DORNBUSH, Rudiger y SCHMALENSE, Richard Schmalensee (1989). *La Economía*. 2ª ed. Chile: McGraw-Hill

GERSCOVICH, Carlos Gustavo y OTROS (1999). *Derecho bancario y financiero moderno*. Primera edición. Buenos Aires: Ad-Hoc.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS. Metodología.

KANENGUIRSE, Martín (2017). "Los créditos en UVA ya suman \$ 7.600 millones". *La Nación*, 07/06/17.

MAGLIANO, Augusto César (2013). "El fracaso de las sociedades de ahorro y préstamos para la vivienda", en: *Informe especial elaborado para el Instituto de Derecho Comercial* de la Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

NUENO, Pedro y GERT, Pregel (2001). *Instrumentos financieros al servicio de la empresa*. 3era. ed. aumentada. Bilbao: Ediciones Deusto.

STANDARD & POOR'S GRA COMMERCIAL REAL ESTATE INTEX METHODOLOGY.

ZANDRINO, Juan José (2011). *Manual de Derecho Comercial. Derecho societario y derecho financiero*. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley.

Fecha de recepción: 30-04-2017 Fecha de aceptación: 15-07-2017

Institucionalidad en el Mercosur: actualidad y trascendencia de la “Cláusula democrática”

POR ALEJANDRO CÓRDOBA SOSA (*) Y MIRTA LUISA JURIO (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes doctrinales en Latinoamérica.— III. El orden democrático en el sistema interamericano de la OEA.— IV. El “empoderamiento” democrático del Mercosur.— V. Reflexiones finales.— VI. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se lleva a cabo un análisis de las normas internacionales comunitarias y doctrina pertinente, en el proceso de integración del que Argentina es parte, en las cuales la defensa del orden democrático surge desde el principio como una condición indeclinable para los Estados miembros del mismo. Como culminación de un proceso político con fuerte sesgo ideológico, distorsivo de los propósitos originarios del proyecto, actualmente atraviesa una situación de inestabilidad política que pone en riesgo su continuidad. En estas circunstancias es que cobra una importancia trascendental para retomar el rumbo, la noción de democracia representativa, con el consecuente principio de división de poderes, que no ha dejado de vigorizarse por medio de cláusulas incorporadas en los textos fundantes, ya de la OEA (en su papel de fuente inspiradora de toda cooperación continental) entre otros, como del Mercosur.

Palabras claves: democracia - institucionalidad - integración - defensa - estabilidad

Institutionality in Mercosur: present and perspectives of the “democratic clause”

Abstract: the following article analyses the Mercosur community norms and relevant legal doctrine in the field of international law, related to the Mercosur in which Argentina takes part, concerning the defence of the public democratic order.

(*) Prof. Adjunto Derecho Internacional Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Prof. Derecho de la Comunicación, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP.

(**) Prof. Titular Derecho Internacional Público, Prof. Adjunta Derecho Civil III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Prof. Titular Derecho de la Comunicación, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP.

As a result of a political process fueled by an ideology that largely differed to the original purposes considered essential in the beginning of the see) and projects, the whole regional block drifted to political instability due to distortion of its policy fundamentals. This principle, conditio sine qua non for the member states of such multilateral treaty, comprehending the notions of representative democracy and of the separation of powers, got invigorated by clauses incorporated in the founding texts from the OAS (as the base treaty for any continental cooperation) among others, to the ones belonging to the Southern Common Market.

Keywords: *democracy - institutionalism - integration - defense-stability*

I. Introducción

Sudamérica, promediando la década de 1980, manifiesta una clara concienciación de la importancia de una redefinición en términos de posicionamiento tanto económico como político, dando pábulo a la necesidad de construir un marco supranacional en el que se ponderaran debidamente las características institucionales y socioculturales de la región, en un momento de la historia en que regresaba a las diversas naciones la instauración plena del "Estado de derecho".

Las reconquistadas libertades y la protección de las mismas encarnadas en la salvaguarda del sistema democrático, tuvo desde los orígenes de la iniciativa integradora en el subcontinente, un papel fundacional como punto de partida de la construcción de una multilateralidad ajustada a derecho.

Si en el contexto de las dictaduras predominantes en el Cono Sur se había establecido una colaboración entre los regímenes de facto para asegurar su subsistencia mutua en el contexto de la guerra fría, las renacidas democracias impondrían en su política exterior, de cara al nuevo escenario que comenzaba a plantear el fin del conflicto este-oeste, la concepción de que ante la necesidad esencial de instrumentar un bloque de Estados, debía fortalecerse la institucionalidad de los miembros mediante la fijación de conceptos normativos comunes de naturaleza republicana.

De esta manera los procesos sustentados por la voluntad política de este conjunto de naciones, enaltecieron la función de las denominadas "cláusulas democráticas" se erigieron para los países en condición esencial de pertenencia o participación en los modelos integracionistas.

Así es el caso de Argentina, que junto con las naciones más próximas del Río de la Plata, ingresa en 1986 en un proyecto de integración que en los últimos años ha adquirido nuevo impulso, nuevas presencias. Habiendo tenido un origen fundamentalmente macroeconómico o comercial en sus líneas de política, este proceso sostuvo en sus instrumentos fundantes, la relevancia de la defensa liminar del

orden democrático como presupuesto indeclinable de la articulación de políticas comunes. Podría decirse, en términos kelsenianos, que constituye una suerte de “norma fundamental hipotética” de validación de toda la estructura normativa regional.

El momento histórico en el que se dejaban atrás los regímenes autoritarios pero no la amenaza de desestabilización de los gobiernos representativos, por la herencia de aquellos en materia de factores de presión, motorizaron en gran medida la decisión de establecer mecanismos compromisorios para que la evolución integradora se construyese sobre un conjunto de valores superadores y reafirmadores del imperio de la ley.

En estos acuerdos, a fin de asegurar su eficacia permanente de cara a la sustentación duradera de un espacio en el que conformar un mercado común, debían ser complementados, en el mediano y largo plazo, por una estructura orgánica que controlara el cumplimiento de los mismos.

Por otra parte, el precedente europeo del mercado común, que llevaba décadas de estabilidad política tras haber superado la era de los totalitarismos que llevó a la última conflagración mundial actuaría, sin lugar a dudas, como un ejemplo incontrastable a ser emulado, teniendo en cuenta que la institucionalidad democrática común de esas naciones, supo ser la piedra de toque para la superación de deficiencias infraestructurales que habrían hecho naufragar la iniciativa en otro momento de la historia, como sucediera con otros proyectos precedentes latinoamericanos (ALALC, ALADI, etc.), en una región agitada por todo tipo de enfrentamientos ideológicos que acababan por reflejarse en una diversidad de regímenes absolutamente deletérea.

Ya en pleno desarrollo del proceso de integración, luego de la constitución de una zona de libre comercio y la fijación de un arancel externo común, pero asumiendo claramente la responsabilidad de conducirlo asegurando la sujeción a la legalidad, los Estados Partes del Mercosur suscriben el Protocolo de Ushuaia el 24 de julio de 1998, que establece en su artículo 1º que “la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo”.

A través de este acuerdo complementario, se esperaba vigorizar los índices de institucionalidad en las sociedades de los Estados integrantes y asociados, funcionando como pivote de una nueva ampliación de sus esferas de contralor de la legalidad, por parte del bloque, de los órdenes jurídicos, en procura de una mayor articulación de políticas que redunden en beneficio de la ciudadanía en la región y su participación en el sistema representativo.

Andadas casi dos décadas del tercer milenio, los trastrocamientos y fracturas del orden democrático en ciertas naciones del bloque regional se plantean como una realidad que genera nuevos desafíos y activa debates sobre el papel del "populismo" como expresión de la voluntad soberana de los pueblos.

En el marco de una creciente proximidad en materia de políticas macroeconómicas, emerge claramente como una necesidad la de establecer una coordinación institucional consensuada, para alcanzar estándares más elevados de compleción de las condiciones jurídicas esenciales de la dinámica integracionista.

Ahora bien, para alcanzar estos fines, deberán tenerse en cuenta las asimetrías sociopolíticas de los Estados miembros, tomando como criterio las diferencias relativas (su mayor o menor capacidad de construir un determinado modelo de legalidad equivalente en relación con los otros socios), en miras a subsumir racionalizándolo, respetando el principio de soberanía y la autodeterminación de los pueblos, el elemento ideológico como parte coadyuvante de lo estrictamente político, en un contexto de afirmación de los lazos comunitarios.

Una actitud de los Estados partes en otro sentido, socavaría las dinámicas de articulación interna de las normas del bloque, con consecuencias inciertas para el mismo.

II. Antecedentes doctrinales en Latinoamérica

Desde los comienzos mismos de la gesta independentista latinoamericana, se tuvo en cuenta la necesidad de construir un marco jurídico estable y pacífico para los nacientes sujetos de derecho internacional en miras al mayor desarrollo e inserción en el sistema mundial, de las naciones de la región.

Diversas circunstancias históricas habrían de dejar una impronta característica a los propósitos establecidos en la procura de la mejor cooperación y posterior integración del continente, con una vocación democratizadora cada vez más acendrada a lo largo de esta evolución, que se materializa tanto en actos de gobierno como en elaboraciones doctrinarias tendentes a apuntalar el imperio de la legalidad.

En los inicios, durante las luchas que arrojaron por fruto la independencia de las hasta entonces colonias españolas, la consolidación del nuevo estado de cosas estuvo orientado a resistir el absolutismo como ideología antirrepublicana, por ser la bandera que portaban las potencias europeas embarcadas tanto en el aplastamiento de las iniciativas de signo democratizador en las propias metrópolis, como en las guerras de reconquista de los territorios perdidos. Ya en el ideario de Bolívar, Monteagudo y Artigas, patriotas que proyectaron una vasta patria común,

se halla presente la esencia democrática de su proyecto integrador, tal como lo plantea Vivian Trías:

“El Estado-nación, como los derechos del hombre, como las instituciones democráticas, como el culto a la razón constituyen el bagaje ideológico que conformó la mentalidad de los líderes de la emancipación al comenzar el siglo XIX, justamente llamado ‘el siglo de las nacionalidades’” (1978: 50).

Esa comunidad de producción material, base de la “nacionalidad continental”, impulsora de una dinámica autónoma (no dependiente) de acumulación de capital, que fuera capaz de crear un mercado unificado en el que los productores y los consumidores tuvieran libre concurrencia, con un único sistema monetario y un único régimen tributario, sólo podía estar garantizado por una autoridad estatal incuestionable en términos de representatividad.

Sólo la representación por medio de delegados de cada uno de los territorios que componen el enorme mosaico regional, podía asegurar este último factor decisivo, idea que suscribe Bernardo de Monteagudo en su *Ensayo sobre la necesidad de una federación general entre los estados hispano-americanos y plan de su organización*.

Transcurrido el siglo XIX, que vio naufragar los intentos de revertir la dispersión de las naciones de Hispanoamérica, por efecto de la injerencia fundamentalmente norteamericana, a principios del siglo siguiente, en el marco del denominado “Panamericanismo” (que como doctrina preconiza y potencia la supremacía moral y la tutela jurídica de la potencia anglosajona), es que aparecen diversas doctrinas a propósito del surgimiento de los primeros regímenes “de facto” en la región.

Es de destacar el antecedente argentino, la denominada “Doctrina Irigoyen” (1920), por la cual de cara la imposición de un gobierno *de facto* en Bolivia por medio de un golpe de estado, el presidente argentino que da el nombre a la misma, en mensaje al Congreso de la Nación, plantea el concepto de “status constitucional”, desconociendo temporariamente la autoridad del nuevo gobierno boliviano por haberse constituido contra “*la definición de la carta política que rige en aquel Estado*”.

En la misma línea, la “Doctrina Betancourt” (1959), que lleva tal nombre por el presidente venezolano durante cuyo mandato fue formulada con la finalidad de defender la democracia, quien sosteniendo la instauración de la misma en su país lleva la misma a sus últimas consecuencias internacionales, preconiza la validez de la decisión de interrumpir relaciones con los gobiernos que llegasen al poder

por vías no democráticas, noción que el mismo demanda como postulado de índole continental:

“Solicitaremos cooperación de otros gobiernos democráticos de América para pedir, unidos, que la OEA excluya de su seno a los gobiernos dictatoriales porque no sólo afrentan la dignidad de América, sino también porque el Artículo 1 de la Carta de Bogotá, Acta constitutiva de la OEA establece que sólo pueden formar parte de este organismo los gobiernos de origen respetable nacidos de la expresión popular, a través de la única fuente legítima de poder que son las elecciones libremente realizadas. Regímenes que no respeten los derechos humanos, que conculquen las libertades de sus ciudadanos y los tiranice con respaldo de las políticas totalitarias, deben ser sometidos a riguroso cordón sanitario y erradicados mediante la acción pacífica colectiva de la comunidad jurídica internacional” (Betancourt, 1959: 176).

En la actualidad, en tiempos del interamericanismo igualitarista, que adquiere su forma institucional en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia (1948) dando origen a la OEA, se dará impulso al fortalecimiento de estas pautas en diversos instrumentos jurídicos regionales posteriores.

Por otra parte, ya en los prolegómenos de la fundación de la OEA, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), formando parte del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, de su Consejo Económico y Social (ECOSOC), responsable de promover el desarrollo económico y social de la región por medio de la investigación económica, dio origen al llamado “Modelo Cepalino” como vía de salida del subdesarrollo estructural de América Latina. Eran tiempos en que al menos la mitad de los gobiernos latinoamericanos tenían un origen militar, con dictaduras de variado cuño y dispar ferocidad. A su vez, los gobiernos civiles se situaban entre el conservadurismo y el populismo pasando por unos pocos liberales, todos los cuales sin excepción, comprendían la necesidad de profundizar algún modelo de sustitución de importaciones, sólo posible a través del progreso social para dejar atrás un cúmulo de deficiencias recurrentes que lastraban el avance de la marcha hacia el desarrollo.

Ese estado ideal sólo podía ser alcanzable mediante el desarrollo de una conciencia política en el ámbito del sistema republicano representativo, con controles y contrapesos que actúen como catalizadores de la transparencia en el gobierno, tal como lo expresara en su Trigésimo tercer periodo de Sesiones, mediante la Resolución 649 de la Conferencia Estadística de las Américas, que recoge la experiencia del continente en este sentido:

“(...) tomando en cuenta la importancia y necesidad crecientes de contar con estadísticas públicas confiables, de calidad y oportunas para el ejercicio de la transparencia, la rendición de cuentas de las autoridades públicas y la evaluación de los resultados de las políticas públicas, elementos clave del fortalecimiento democrático de la región”(CEPAL, 2010: 144).

III. El orden democrático en el sistema interamericano de la OEA

Desde su momento fundacional, la promoción de la institucionalidad democrática y la protección de los derechos humanos esenciales, emergen como principios liminares del más importante organismo de cooperación regional (OEA), que ya en su Carta constitutiva de manera enérgica consagra la necesidad de fortalecer los mismos.

Su propio Preámbulo lo expresa de manera explícita:

“Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región; Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre (...)” (Carta OEA, 1948: 2).

Asimismo, en el inciso f) del artículo 3º, en que se enumeran los principios de la organización, se echan las bases jurídicas de todo proyecto de desarrollo en las Américas, al manifestar que “la eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos”.

De este modo se fija el criterio de que no es posible un progreso social sustentable, si no tiene por marco como *conditio sine qua non* al sistema representativo de gobierno, en un contexto de solidaria cooperación continental ajena a toda injerencia violatoria del “Principio de no intervención”.

Posteriormente, sucesivos protocolos de reformas avanzaron en esta línea conceptual, afirmando la noción de que la vigencia del estado de derecho será asimismo requisito irrenunciable para la pertenencia y la continuidad de los Estados parte en el denominado “sistema interamericano”, materializado en la OEA.

Así es como llegamos a 1991 cuando se establece la trascendental Resolución 1080 de la Asamblea General, la cual faculta al Secretario General del organismo, a:

“que solicite la convocación inmediata del Consejo Permanente en caso de que se produzcan hechos que ocasionen una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los Estados miembros de la Organización para, en el marco de la Carta, examinar la situación, decidir y convocar una reunión ad hoc de ministros de relaciones exteriores, o un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, todo ello dentro de un plazo de 10 días a pedir una convocatoria urgente del Consejo Permanente para decidir acciones inmediatas en caso de quiebres o interrupciones inconstitucionales en algún país” (Resolución 1080, 1991: 1).

Más tarde, en la llamada “Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo”, también en el ámbito de la Asamblea General, se compromete a los Estados parte a mantener una colaboración y seguimiento activo de los procesos políticos en el continente, determinando que:

“(...) los Estados Miembros expresaron su convicción de que la misión de la Organización no se limita a la defensa de la democracia en los casos de quebrantamiento de sus valores y principios fundamentales, sino que requiere además una labor permanente y creativa dirigida a consolidarla, así como un esfuerzo permanente para prevenir y anticipar las causas mismas de los problemas que afectan el sistema democrático de gobierno” (AG/DEC. 4 XXIII-O/93, 1993: 2).

En consonancia con el Protocolo de Washington de reforma a la Carta de la OEA, que en su artículo 9 otorga al Secretario General, habiéndose agotado los mecanismos de la diplomacia multilateral para lograr el restablecimiento del estado de derecho, frente a la situación de “un miembro (Estado) de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido” haya sido “*derrocado por la fuerza*”, de suspenderlo momentáneamente “del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado”.

Finalmente, en la III Cumbre de las Américas, que tuvo lugar en Quebec en 2001, los primeros mandatarios participantes llegaron al acuerdo en torno a la elaboración de un instrumento “constitucional” interamericano, corolario de cristalización del principio democrático puesto de manifiesto en los instrumentos precedentes a que se hizo mención. Así es como nace la denominada “Carta Democrática” a lo largo del período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, el 11 de septiembre de 2001, constituyendo un suceso de extremada trascendencia

en la historia del continente, tal como lo expresa el exembajador de Colombia ante la OEA, Humberto De la Calle:

“La Carta es un hito en la historia democrática del hemisferio. En primer término, en lo político implica un serio compromiso de los gobernantes con la democracia, no ya en su versión minimalista electoral, sino con un concepto amplio que toca todos los aspectos de la dignidad humana como eje central de su concepción. En lo histórico, recoge y proyecta los antecedentes que le han servido de guía, desde la letra de la propia Carta de la OEA hasta las manifestaciones relacionadas con el compromiso de Santiago. En lo sociológico, la Carta expresa una realidad profunda: los pueblos de América sienten que tienen derecho a la democracia aunque haya quienes piensen que ‘su’ democracia no ha contribuido momentáneamente a resolver los problemas de pan coger. Y, por fin, en lo jurídico, aunque se trata de una Resolución y no de un Tratado, es claro que no es una Resolución cualquiera porque fue expedida como herramienta de actualización e interpretación de la Carta fundacional de la OEA, dentro del espíritu del desarrollo progresivo del derecho internacional” (2003: VIII).

La Carta, en su capítulo IV que lleva por título “Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática”, prescribe las medidas que deberán ser aplicadas en situaciones de quiebre de la institucionalidad democrática, reconociendo facultades más extensas a la organización, tal como aparece patentizado en sus artículos 17 y 18 que respectivamente determinan:

“cuando el gobierno de un Estado Miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, podrá recurrir al Secretario General o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática” o bien, “cuando en un Estado Miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder, el Secretario General o el Consejo Permanente podrá, con el consentimiento previo del gobierno afectado, disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación. El Secretario General elevará un informe al Consejo Permanente, y éste realizará una apreciación colectiva de la situación y, en caso necesario, podrá adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento” (2001: 8).

En el contexto de esta normativa habilitante, es que el actual Secretario General de la OEA, Luis Almagro, acabó por exhortar formalmente a los gobiernos del continente a suspender la membresía de Venezuela de la Organización de Estados

Americanos (1), si el régimen gobernante de esta nación continúa denegando la celebración de elecciones generales libres y transparentes, agudizándose la situación que denunciara en su informe de 2016, por el que asegura que tal país "viola todos los artículos de la Carta Democrática Interamericana y los estándares de gobernabilidad democrática adoptados por los países del hemisferio en 2001".

Esta demanda, plenamente ajustada a derecho, se da en el marco del artículo 20 de la Carta, que autoriza a cualquiera de los Estados miembros o al mismo Secretario General a convocar al Consejo Permanente en caso de que se produjera en alguno de aquellos, "una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático".

El Consejo Permanente tiene la autoridad necesaria para convocar a un periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, la cual finalmente podría suspender a un miembro de la OEA con el voto de los dos tercios de la totalidad de los Estados partes del Tratado.

III.1. Encuadramiento ideológico vs. democracia estructural

Contrariamente a la noción de que el Derecho de la Integración carece de un contenido axiológico respecto de los sistemas políticos que puedan adoptar los Estados miembros del bloque, una especie de neutralidad valorativa en relación al tipo de gobierno sostenida por la ausencia de una normativa que estableciera requisitos a cumplir (estado de derecho) para ser reconocido como un régimen *de iure*, ya se pudo apreciar que sí existió a poco de iniciado el camino, salvando el principio de no injerencia en la política interna de los Estados.

Antes del avance de una perspectiva puramente tecnocrática o sustentada por el oportunismo coyuntural impuesta en la década pasada, se elaboraron normas y doctrinas atinentes al mentado criterio.

Actualmente, la depreciación del complejo ideológico del que se habló *supra*, trae como consecuencia una mayor profundización de las exigencias jurídicas como base del complejo normativo comunitario, que recupera la función de responder a las demandas de ejercicio de las libertades civiles y políticas de los ciudadanos de la región, que por la vía de la participación electoral directa en nuevos órganos (como el "Parlasur") (2) se tornan factores pivotaes del proceso.

(1) Noticiatomada de <http://www.infobae.com/america/venezuela/2017/03/14/nicolas-almagropidio-formalmente-la-suspension-de-venezuela-de-la-oea/>

(2) El Parlamento del Mercosur, o PARLASUR, como es conocido, es el órgano legislativo del Mercosur, el bloque subregional compuesto por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. El

Las experiencias anteriores en materia de aproximación regional, no han hecho más que afirmar que los sistemas democráticos son los que conllevan una mayor seguridad jurídica y acatamiento de los valores y los principios que han de orientar las políticas integradoras.

La idea de la integración, como faz superior de las tendencias de cooperación unificadoras de la conducta de los Estados, ha reconocido en su propia matriz que el sistema representativo republicano deberá ser una condición indeclinable, dado que tal como lo sostiene Ciuro Caldani; “cuando un proceso integrador afirma su compromiso democrático, de exclusión del uso interno de la fuerza, no hace sino reconocer una idea que es propia de la misma noción de integración” (1998: 20).

En esta línea de ideas, se puede colegir que de ser necesario, deberá procederse a la supresión de todo mecanismo que imponga la legislación de los Estados miembros del tratado de integración, que coarte la capacidad de participar en pleno a la ciudadanía, que cercene los derechos de la misma o que propenda a dejar de lado el principio de división de poderes.

En realidad es este un punto de partida vital al momento de formar un Estado parte de cualquier tratado internacional, dado que este requerimiento se halla englobado en el principio de buena fe en el cumplimiento de todo compromiso internacional que asumiesen los Estados.

El desconocimiento de lo establecido en un tratado a través de la legislación interna de un Estado parte, engendraría responsabilidad internacional de este por constituir una renuncia unilateral al Tratado, conforme lo establecido por la Convención De Viena de Derecho de los Tratados, que en su artículo 27 declara: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Por ello es que en el terreno puramente instrumental, se crearon para el bloque regional un cuerpo de órganos a fin de asegurar la ejecución de los propósitos acordados tanto como alcanzar una mayor eficacia coordinada y eficiencia operativa en los mecanismos decisionales comunitarios.

Se estableció de este modo, la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), cuya función fue la de representar a los Poderes Legislativos de cada uno de los Estados miembros del Mercosur, estando integrada por igual número de parlamentarios representantes de las partes. Los integrantes de la Comisión Parlamentaria Conjunta debían ser designados por los respectivos Parlamentos nacionales, según lo

PARLASUR fue creado en el 2006 para reemplazar Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), el entonces órgano deliberativo del Mercosur.

que se estableciera en sus procedimientos internos. Este órgano clave en el proceso de integración política, según establecía el Protocolo de Ouro Preto (3) que le da origen, debía coadyuvar "en la armonización de legislaciones, tal como lo requiere el avance del proceso de integración".

Esta normativa basal del ente supraestatal creado en Asunción hace más de veinticinco años, es aquella con la cual colisiona cualquier acto de interrupción de la regularidad institucional como el que planteó Venezuela suspendiendo momentáneamente, en el orden interno, las funciones del cuerpo legislativo nacional (4), lo cual agrava sus situación de momentánea exclusión del bloque desde el 2 de diciembre de 2016, por incumplir requisitos comunitarios que incluyen acuerdos económicos, de derechos humanos e inmigración.

Se deduce de lo expuesto que toda interrupción arbitraria o autoritaria de los procesos electorales y legislativos de las naciones del bloque, afecta no sólo la esencia de los principios jurídicos rectores, sino también el funcionamiento de los órganos supranacionales, que como la Comisión Parlamentaria Conjunta, hoy el Parlasur, requieren un regular funcionamiento de sus equivalentes en el esfera interna, de los cuales dependen para su propia conformación.

Esta situación actual es herencia de una coyuntura histórica que atravesó América Latina por la cual, ante los riesgos surgidos en el campo de la continuidad y conquista de objetivos del bloque, la evolución del mismo se cifrara en un viraje ideológico que se produjo en la región como consecuencia de la crisis social y política que azotó a la región poco después del año 2000.

Esto trajo como consecuencia un trastrocamiento de la perspectiva afirmadora de los valores de la institucionalidad democrática, en aras de la construcción de proyectos nacionales con fuerte acento socio-económico y cultural en los cuales las variantes ideológicas del populismo pasaron a tener preponderancia sobre lo jurídico-constitucional como factor determinante de políticas comunes.

Así se dio impulso a la ampliación de la estructura por medio de la incorporación de nuevos Estados miembros, con el ingreso de Venezuela en 2006, lo que prueba cabalmente este nuevo impulso con que se intentó animar (o reanimar,

(3) El protocolo de Ouro Preto fue un decisivo instrumento complementario del Tratado de Asunción (constitutivo del Mercosur) que se firmó el 16 de diciembre de 1994 en la ciudad de Ouro Preto, Brasil, estableciendo la base institucional del Mercosur, asignándole al Mercosur personalidad jurídica internacional y fijando un arancel externo común.

(4) En marzo de 2017, por sentencia el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela suspendió las funciones de la Asamblea Nacional, asumiendo la función legislativa y desarticulando el sistema de división de poderes, piedra angular de la democracia republicana.

tras la bancarrota de los proyectos neoliberales) este proceso que así desvía su evolución en términos de fortalecimiento del imperio de la legalidad y de la moderna racionalidad política.

Con este elemento ideológico *reactivo*, se instrumentó un redimensionamiento de la función del Mercosur, pretendiendo de esta manera lograr un desplazamiento de su área de influencia hacia otras zonas de América del Sur y del Caribe, obviando en gran medida el contralor de institucionalidad.

La perspectiva del comercio exterior como desiderátum de un gobierno como el argentino, con perentorias necesidades de financiamiento para el incremento exponencial del gasto público, presentó a Venezuela como un factor clave, capaz de actuar como puente para la exportación de bienes y servicios, acelerando el crecimiento de las economías internas por la posibilidad de incursionar en un nuevo mercado para ciertos productos argentinos manufacturados con ventaja comparativa, saltando el cerco de una aislamiento internacional cada vez más agudizado para ese país.

Ponderando el potencial del polo petrolero venezolano, en miras a su capacidad de compra para las exportaciones del Mercosur, se dio pábulo a una iniciativa integradora que se creía contribuiría a afirmar la autonomía económica internacional del conjunto, y que habría de redundar finalmente en un incremento de la velocidad de todo el proceso. González Urrutia, en referencia a estas relaciones de Venezuela con Argentina, socio e intermediador que le dio ímpetu el ingreso de aquella en el bloque regional, expresa claramente la naturaleza de esta iniciativa:

“(...) el Convenio de Cooperación comúnmente conocido como petróleo por alimentos, en virtud del cual se ha producido un incremento notable de las exportaciones argentinas hacia Venezuela; el anuncio de la creación de ‘Petrosur’ (empresa petrolera encabezada por Venezuela y Argentina); la creación del Banco del Sur; la creación de la cadena latinoamericana de televisión Telesur, integrada originalmente por los canales oficiales de los dos países; la suscripción del convenio que contempla la reparación y construcción de barcos petroleros venezolanos en astilleros de Río Gallegos, Argentina; la adquisición de bonos argentinos, por citar algunas de las iniciativas económicas más relevantes” (Vilosio, 2010: 65).

Por otra parte, y de modo también ajeno a los propósitos originarios del esquema integrador, no se tuvo en cuenta que con la membresía plena de Venezuela, se alteraba la dirección del mismo (por su proximidad, derivada de compromisos previos, con Argentina y Brasil que actuaron como catalizadores), contribuyendo a desequilibrar la multilateralidad y el pluralismo de cara a la toma de decisiones que impactaran en el mercado internacional, del que Argentina junto con el resto de las naciones del bloque participa de modo complementario y no excluyente.

La emotivamente bautizada "alternativa bolivariana" para las Américas, fruto del oportunismo coyuntural, se constituyó en fundamento ideológico para la afirmación de una identidad latinoamericana aislacionista respecto del mercado mundial, asumida como posición fuertemente otros bloques y naciones supuestamente hegemónicas con injerencia en la zona que, en teoría, procuraban obstaculizar y desnaturalizar la extensión de vínculos mutuamente beneficiosos entre las naciones unidas por un pasado común.

Todo lo expresado, patentiza que los gobiernos de la América del Sur que impulsaron este golpe de timón fuertemente ideologizado, como hontanar de una nueva concepción del vínculo entre los Estados de la región, se manifestó de un modo tal que acabó por revertir la esencia del proceso tal como fue concebido en sus inicios.

La noción de que toda relación con las llamadas "naciones dominantes" en el plano hemisférico, conlleva un carácter prescriptivo desde la obediencia a las imposiciones de las mismas, habría de movilizar a la ciudadanía tras sus legítimos representantes, en la procura de una transformación esperanzadora de los procesos de unión que no haría más que sumir a la región en una espiral de corrupción y concentración de poder anti-democrática con signo popular, casi sin precedentes; el pensamiento "nacional" y "popular", asumido en el marco del reformulado proyecto de integración, culminaría para la mayoría de los Estados intervinientes en una grave crisis institucional producto de la depreciación generalizada de los procedimientos ajustados a Derecho, provocando gran menoscabo a la idea de democracia, legalidad y derechos humanos esenciales.

IV. El "empoderamiento" democrático del Mercosur

Los últimos progresos y mutaciones del cuadro político en el que se desenvuelve el proceso de integración continental, que responden a una demanda de *accountability*(5) impostergable de la ciudadanía que se está haciendo evidente, se fundan sobre la necesidad de que los pueblos tengan una real participación en el proceso, que sólo puede estar garantizada por un regular funcionamiento de las instituciones como parte esencial de la agenda del mismo, vigorizando de esta manera la vocación democrática de los gobiernos que conforman la "supraestatalidad" regional.

(5) El término inglés "accountability", en el ámbito de la Ciencia Política, designa la rendición de cuentas por parte de la autoridad gobernante, como necesidad para el adecuado funcionamiento del régimen democrático. En América Latina la exigencia de índices más elevados de "accountability" por parte de la ciudadanía, ha ido creciendo de la mano de una mayor madurez del sistema político, dada la inexistencia o debilidad de la misma en varios países de la región.

La nueva manera de orientar el proceso, a partir de la fijación de numerosos puntos de contacto en la forma de concebirla urgencia de una mayor transparencia en la gestión gubernamental de las naciones de Latinoamérica (lo que se refleja en los resultados electorales de los últimos años, en los que se observan concordancias en las fuerzas políticas emergentes) ha llevado a las mismas a una mayor coincidencia normativa “horizontal” (entre gobiernos), que después cuajan en acuerdos de cumbre destinados a actuar positivamente, en el corto y mediano plazo, sobre los habitantes del bloque regional.

La compleja historia de la ideológicamente sesgada senda integradora precedente, se plantea hoy como una lección capital sobre la importancia de la institucionalidad democrática como impulso catalizador que, habiendo sido en alguna medida dejado de lado en la misma, exige ser prontamente recuperado para la consumación de objetivos que gocen de vigencia duradera.

El precedente más importante de esta nueva tendencia, que no puede dejar de ser mencionado porque constituye la fijación de un principio orientador que día a día se está haciendo más sólido en los protocolos de actuación del Mercosur, fue el de la suspensión de Paraguay a raíz de la destitución del Presidente Lugo en 2012, la decisión de los presidentes de Argentina, Brasil y Uruguay de suspender a Paraguay como Estado miembro del Mercosur.

Esta nación quedó suspendida hasta que por medio de elecciones democráticas se llevara al gobierno un nuevo presidente emanado del voto popular, ello con fundamento en el Protocolo de Ushuaia, considerándose que el proceso por el cual fue destituido el presidente, llevado a cabo por el poder legislativo paraguayo, había carecido de legitimidad por tratarse de un golpe institucional mentado por sectores opositores a este.

Si bien es innegable que lo sucedido en Paraguay posee rasgos singulares — hasta polémicos— por cuanto la destitución se desarrolló dentro de lo previsto en la normativa legal en vigor, tal como lo establece la Constitución, desde la actual perspectiva de la que hablamos, que propende a una mayor participación mutua de los gobiernos en la búsqueda de soluciones a crisis institucionales que desde cualquiera de los miembros produzca inestabilidad en todo el bloque, no se lo puede descartar como un valioso ejemplo de compromiso regional con el respeto de las garantías democráticas y el Estado de Derecho (6).

(6) Los Estados miembros y asociados del Mercosur que resolvieron, como consecuencia de la destitución del presidente Lugo la suspensión del Paraguay, emitieron el siguiente documento el día 24 de junio de 2012: Declaración de los Estados Partes del Mercosur y Estados asociados sobre la ruptura del orden democrático en Paraguay: “La República Argentina, la República Federativa del Brasil, La República del Uruguay, la República Bolivariana de Venezuela, el Estado Plurinacional de

Este compromiso de las gestiones estatales a que se hace referencia, no puede dejar de comprenderse si no se aquilata el crecimiento en la población de Latinoamérica en general, de una *affectio* comunitaria regional que resuena de manera positiva en las diversas sociedades civiles nacionales, a través de los medios de información de la ciudadanía que no conocen límites territoriales, sentimiento por el cual la regularidad legal de los mandatarios es entendida como parte de una problemática que trasciende las fronteras, teniendo como consecuencia positiva una mayor demanda de responsabilidad de los gobiernos participantes del proceso de integración; la “suerte” de los pueblos vecinos, ha pasado a formar parte de un imaginario común en la región.

La evolución de que se da cuenta, motorizada por una redefinición general del concepto de legalidad en el contexto de la integración regional como objetivo indeclinable, está sentando las bases para que el futuro esté signado por un avance profundizador en este sentido, y hasta pueda avizorarse una ampliación de la estructura originaria, que lleve a otras naciones del área el impulso democratizadora fin de participar en formas superiores de unión en términos políticos y funcionales.

V. Reflexiones finales

Nuestra exposición ha tenido por objeto señalar tanto la vigencia de la denominada “cláusula democrática” en los instrumentos constitutivos del sistema interamericano y del esquema integracionista regional del Mercosur, tanto como una evolución que afirma en las naciones del área el concepto de democracia como condición indispensable para animar todo proceso de integración, puesto que la garantía de la obtención de resultados permanentes, sólidos y estables en los terrenos económico, social, político y cultural (esto último en términos de ciudadanía participativa) sólo puede emanar de un respeto coincidente de este principio por parte de los Estados miembros.

Bolivia, la República de Chile, la República de Colombia, la República del Ecuador y la República del Perú; Considerando que, de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur suscrito el 24 de julio de 1998, la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo del proceso de integración. Deciden:

“1.— Expresar su más enérgica condena a la ruptura del orden democrático acaecido en la República del Paraguay, por no haberse respetado el debido proceso.

2.— Suspender al Paraguay, de forma inmediata y por este acto, del derecho a participar en la XLIII Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Presidentes del Mercosur, así como de las reuniones preparatorias, que tendrán lugar en la ciudad de Mendoza, entre el 25 y 29 de junio de 2012.

3.— Considerar, a nivel de Jefas y Jefes de Estado en la Reunión Cumbre del Mercosur del día 29 de junio, ulteriores medidas a ser adoptadas”

El derecho a un gobierno democrático, se plantea en los diversos documentos del que la “Carta Democrática” es el más emblemático, como una garantía fundamental, una suerte de “contenido pétreo” que posee el constitucionalismo latinoamericano, que como tal puede ser demandado de modo colectivo tanto en el propio país como en las naciones vecinas por medio de los mandatarios y representantes de las mismas, tal como lo establece en su artículo primero al decir que “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y los gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”.

El elemento ideológico que en ciertas circunstancias históricas pasadas actuó como un factor entorpecedor o desnaturalizante del proceso, se ha ido desdibujado cada vez más ante las exigencias de libertad y rendición de cuentas de la ciudadanía frente a los gobiernos, actuando, *contrario sensu*, como catalizador de la institucionalidad en la región, con un claro fomento del restablecimiento de un aparato institucional con cada vez más elevadas cotas de legalidad, como principio indeclinable e irrenunciable, en los reclamos de la sociedad civil.

A modo de colofón, puede decirse que las actuales son instancias de gran expectación, dada la confianza depositada en las fuerzas del cambio, de las que se espera el perfeccionamiento integral del sistema, en el cual las limitaciones y flaquezas que pudieron haberse puesto en evidencia, se alejen de todo peligro de recidiva transformándolas en aprendizaje durante una génesis desarrollada entre naciones jóvenes, quedando en tiempo pasado para no ser más que el prólogo de un presente constructivo que eche las bases un futuro benéfico para la afirmación de la democracia en Latinoamérica.

VI. Bibliografía

BETANCOURT, Rómulo (1959). *Posición y doctrina*. Caracas: Cordillera.

CEPAL (2010). *Resolución 649 (XXXIII): Conferencia Estadística de las Américas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe*. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/16186> [Fecha de consulta: 22/04/2017]

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1998). “El Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el Mercosur (Integración, desarrollo y democracia)”, en: *Revista Derecho de la integración*. Rosario: Ed. del Centro de Estudios comunitarios, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. N° VIII.

MORENO QUINTANA, Lucio M. (1928). *La diplomacia de Irigoyen*. La Plata: Inca.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (1948). *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Washington: OEA.

— (1991). Resolución 1080 de la Asamblea General (AG/RES. 1080 (XXI-O/91)). *Democracia representativa*. Washington: OEA.

— (1993). Resolución del 4 de diciembre de 1993 de la Asamblea General (AG/DEC. 4 XXIII-O/93), *Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo*. Washington: OEA.

— (2003). Carta Democrática Interamericana: Documentos e interpretaciones. (OAS official records; OEA/Ser.G/CP-1).

ISBN 0-8270-4513-1). *Introducción, Embajador Humberto de la Calle*. Washington: OEA.

TRÍAS, Vivían (1978). “Iberoamérica: Balkanización, Integración dependiente e Integración liberadora”, en: *Revista Nueva Sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Crisis. N° 37, pp. 41-53. Julio-agosto.

TRUCCO, Marcelo y Otro (2012). “La cláusula democrática en los procesos de integración latinoamericana”, en: *Revista del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Cs Ss. Universidad Nacional de Córdoba*. Córdoba: Editorial de la Facultad de Derecho. V. II.

VILOSIO, Laura E. (2010). “Mercosur y Unasur. Posturas de la Argentina frente a ambos procesos -sólo un ejemplo, en: *Civitas, Revista de Ciências Sociais*. Porto Alegre: Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. V.X. pp. 63-76. Disponible en: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=74221646005>

Otros documentos consultados

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217116/norma.htm>

DOCUMENTOS del MERCOSUR. Disponibles en: <http://www.mercosur.int/>

PROTOCOLO DE OURO PRETO. Disponible en: <http://www.mercosur.int/>

PROTOCOLO DE USHUAIA SOBRE COMPROMISO DEMOCRÁTICO EN EL MERCOSUR, LA REPÚBLICA DE BOLIVIA Y LA REPÚBLICA DE CHILE. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/59923/norma.htm> [Fecha de consulta: 20/04/2017]

Fecha de recepción: 27-04-2017 Fecha de aceptación: 02-07-2017

Integración regional: movimientos sociales y agenda financiera

POR EUGENIA C. PARDO (*)

Sumario: I. Presentación.— II. Contexto financiero regional e integración regional.— III. Acerca de los viejos y nuevos movimientos sociales.— IV. Las acciones colectivas en pos de una NAFR.— V. Reflexiones finales.— VI. Bibliografía.

Resumen: en este documento, con una mirada descriptiva-interpretativa, se propone una lectura sobre el rol de los movimientos sociales y redes de movimientos en la construcción de la Nueva Arquitectura Financiera Regional (NAFR). Con este fin, se presenta el contexto regional junto a la propuesta financiera de este siglo; luego, la distinción entre nuevos y viejos movimientos sociales; y a continuación, las acciones colectivas más significativas desplegadas en pos de la NAFR. Se concluye que, los movimientos sociales son fundamentales para que la sociedad pueda percibir los problemas que la afligen —como los financieros—, imaginar y construir alternativas para la igualdad.

Palabras claves: integración regional - movimientos sociales - agenda financiera

Regional integration: social movements and financial agenda

Abstract: *in this document, with a descriptive-interpretive look, it is proposed a reading about the role of social movements and networks of movements in the construction of the New Regional Financial Architecture —NRFA—. To this end, the regional context is presented together with the financial proposal of this century, the distinction between new and old social movements, and the most significant collective actions deployed in pursuit of NRFA. It is concluded that social movements are essential for society to be able to perceive the problems that concern itself, such as financial ones, and imagine and construct alternatives for equality.*

Keywords: *regional integration - social movements - financial agenda*

(*) Prof. de Economía Política, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Integrante del equipo de investigación del Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

I. Presentación

A lo largo de los siglos XIX, XX y XXI los gobiernos latinoamericanos anhelaron fundar bancos para atender sus necesidades financieras, sus problemas económicos, o alcanzar el desarrollo. También, mecanismos para compensar los pagos relativos al comercio internacional, o disponer de fondos de reservas. En ese sentido, los primeros planteos financieros se originaron y discutieron en el seno del Sistema Interamericano; aunque, los países tendrían que esperar más de 50 años para que efectivamente se ponga en marcha el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Luego, surgirán aquellos asociados a los procesos de integración regional como por ejemplo la Corporación Andina de Fomento (CAF) o el Sistema de Compensación Multilateral de Pagos y Créditos Recíprocos.

Contando con estos instrumentos financieros regionales y otros multilaterales, como el Banco Mundial (BM) o el Fondo Monetario Internacional (FMI); en este siglo, se planteó la necesidad de una nueva arquitectura financiera regional (NAFR). Ella fue resultado de una acción colectiva de redes de movimientos sociales que hallaron gobiernos dispuestos a dialogar la agenda pública de la integración regional. Con lo cual, los mecanismos alternativos que emergieron reflejaron los problemas y reivindicaciones de aquellos convencidos que otro mundo, otro tipo de mecanismos financieros eran y son necesarios y posibles.

La acción desplegada se encuadra, sin duda, dentro de las luchas de los movimientos sociales y redes de movimientos por las distintas formas de opresión, las distintas jerarquías de poder. Porque —como señala Grosfoguel— ya desde 1492 en la periferia se construyeron otras jerarquías globales: etno-raciales, de género, sexuales, epistémicas, espirituales, estéticas, pedagógicas, lingüísticas; que van más allá de la división centro-periferia y la consecuente acumulación de capital. Por ello, entiende que en las luchas “la radicalidad consiste en no dejar que ningún elemento de las ideologías y jerarquías de poder del sistema-mundo quede sin ser atacado” (Montes Montoya y Busso, 2007: 2-3 y ss.).

En este documento entonces, se presenta el contexto financiero regional junto a la propuesta de este siglo; luego, la distinción entre nuevos y viejos movimientos sociales; y a continuación, las acciones colectivas más relevantes que, por ejemplo, entre 2006-2011, se desplegaron en pos de la NAFR. Se considera que, los movimientos sociales fueron y son fundamentales para que la sociedad pueda repensarse, pueda percibir los problemas —como los financieros— que la aquejan e imaginar soluciones alternativas en pos de la igualdad.

II. Contexto financiero global e integración regional

Los países de la región disponen de bancos regionales para financiar el desarrollo, y mecanismos de compensación para atender los pagos relativos al

comercio. En el caso de los bancos, las primeras ideas surgieron en 1889 cuando en el seno de la unión continental promovida por EE.UU., junto a una veintena de países latinoamericanos, se incluyó dentro de las temáticas discutidas y la red de instituciones creadas, la necesidad de constituir un organismo financiero. A partir de allí, en varias de las Conferencias Internacionales Americanas, de las nueve celebradas hasta 1948, se recomendó o debatió la creación de un banco; aunque, por distintos motivos e intereses en pugna no se logró avanzar en una real puesta en marcha. Sólo se van a expandir las instituciones financieras norteamericanas con la pretensión de desplazar a las europeas aprovechando una coyuntura internacional favorable.

Recién 1948 se producirá un punto de inflexión, respecto al tema financiero, con la formalización de aquellas Conferencias en la Organización de los Estados Americanos (OEA), y la creación en paralelo de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). Ciertamente, las propuestas financieras se discutieron en estos ámbitos, ya sea en un órgano específico como el Consejo Interamericano Económico y Social —CIES—, o, en los esquemas de integración regional creados con el impulso de la CEPAL. De ahí surgieron, por ejemplo, el BID en 1959 —producto de más de cincuenta años de negociaciones en el sistema interamericano—; o, la CAF en 1970, asociada al proceso de integración andino. También, el sistema PCR en 1965 vinculado a la ALALC —que años después será sustituida por la Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI—; o, el Fondo Andino de Reservas (FAR) constituido en 1978 y transformado en Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) en 1989.

Se gestaron en el nuevo orden mundial instaurado luego de la Segunda Guerra, que impactó considerablemente en América Latina y en la percepción que tuvieron las potencias emergentes de la región. Allí, Estados Unidos quiso consolidar su liderazgo americano estableciendo pautas sobre las relaciones interamericanas que no le trajesen problemas, mientras enfrentaba la “amenaza” soviética en Europa y el Sudeste Asiático. Sin embargo, América Latina iba a traer más de una dificultad a ese ordenamiento pensado por Estados Unidos en un contexto de nuevas intervenciones militares en la región y el profundo impacto de la Revolución Cubana. En ese contexto decide realizar concesiones, por ejemplo, con la creación de la CEPAL, la del BID; o también, del mecanismo de compensación de pagos asociado a la ALALC después de años de oposiciones.

Más tarde, en la década del noventa, estos mecanismos financieros trazaron su camino arrastrados por las nuevas lógicas del orden mundial: mayor apertura, flexibilidad y condicionalidad. Con lo cual, nunca pudieron abrazar la razón de ser que anhelaron en sus orígenes, tornándose más complejos. Así fue, por ejemplo, que la CAF siguió la lógica financiera del conjunto de instituciones multilaterales

de crédito ligada a las condicionalidades que establecen las entidades rectoras de la actividad: el Banco Mundial, el FMI y el BID. Esto condujo a una serie de críticas, entre las que se destacan las que identificaron Schaposnik y Pardo (2009a):

- En cuanto al BM, según Toussaint (2006: 38) “resulta significativo que en sus primeros diez y siete años de existencia no haya otorgado financiamiento para escuelas ni para abastecimiento de agua potable o tratamiento de residuos, ni mostrara preocupación alguna por mejorar directamente las condiciones de vida de la población de los países en desarrollo”. Sus prioridades de financiamiento estaban destinadas a infraestructura —carreteras, embalses, electricidad, etc.— y, “marginalmente, a la industria de transformación”, con el propósito “de aumentar la capacidad de los países en desarrollo de exportar materias primas, combustibles y productos agrícolas tropicales, que los países industriales requieren”.
- En sentido similar, el BID, es un instrumento para implementar políticas dentro del contexto del modelo capitalista de extracción de los recursos naturales del continente para la exportación. Su rol es mantener “la subordinación y la dependencia del continente latinoamericano y del Caribe”; no ha contribuido a reducir las desigualdades y la pobreza. Tampoco, a promover la democracia dado que apoyó todas las dictaduras del continente: “nunca el BID retiró su apoyo financiero a una dictadura. Al contrario, aumentó su financiamiento” (Arellano Ortiz y Onatra, 2009: preg. 1).
- “La CAF y el BID apoyan proyectos de alto riesgo, como la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional (IIRSA) y decenas de megaproyectos de infraestructura en la región —represas, carreteras, proyectos energéticos, etc.—. Más del 50% de los préstamos de la CAF se destinan a ese tipo de proyectos, muchos de los cuales destruyen ecosistemas y causan graves daños a poblaciones locales” (Schaposnik y Pardo, 2009a: 673).
- Las grandes corporaciones ejercen influencia sobre los organismos multilaterales de crédito para que éstos condicionen la condonación de deudas o la concesión de préstamos a los países; a cambio de que, sean estas corporaciones las elegidas a la hora de la privatización de un servicio. En ese sentido, Clarke y Barlow (2008:4), señalan que algunos préstamos concedidos por el BID durante la década del noventa, “fueron destinados directamente a las compañías de agua para que se hiciesen con las concesiones de agua privadas en países como Argentina, Bolivia y Honduras”.

Frente a este panorama, en este siglo se reflexionó sobre cuáles podían ser las nuevas formas de intervención pública, qué acciones se podían llevar adelante, si

era posible crear instituciones para remediarla, y si las nuevas iniciativas regionales como la NAFR implicaban o no extender el perímetro de acción de los sectores públicos (Schaposnik y Pardo, 2009a y b, 2011a y b). El objetivo era superar la escasez sistemática de divisas y los procesos que erosionaban las funciones de monedas nacionales, como aquellos que provocaron el abandono de Bretton Woods en 1971, la crisis de deuda de los años ochenta, o el proceso de desregulación iniciado en los años noventa.

Aquella discusión de la NAFR se insertaba en el seno de una crisis del sistema capitalista, el cual representaba también —para autores como Boaventura de Sousa Santos— la crisis del sistema patriarcal y racista a escala planetaria; con la particularidad de presentar un conjunto de fascismos: social, financiero, mediático. Siguiendo al autor:

“El fascismo social es un régimen social que combina la democracia de muy baja intensidad con dictaduras plurales en las relaciones sociales, económicas y culturales. Consiste en la emergencia de relaciones sociales de tal modo desiguales que los grupos sociales dominantes adquieren un derecho de veto sobre la vida y las expectativas de ciudadanos y grupos sociales oprimidos. Los ciudadanos desposeídos son formalmente libres e iguales, pero viven su cotidianidad como siervos. El fascismo social no es un régimen político sino un régimen social y civilizatorio; promueve la democracia representativa al mismo tiempo que destruye las condiciones de ejercicio efectivo de los derechos democráticos de la gran mayoría” (Schijman, 2011: preg. 11).

Entrelazado a ello, define que el fascismo financiero no es otra cosa que “el conjunto de instituciones y lógicas de intervención del capitalismo financiero global con sus movimientos autorregulados e instantáneos en la escala global”. Se trata, en definitiva, de “la forma más pluralista de fascismo social porque es comandada por una entidad que verdaderamente no existe pero que, contradictoriamente, está presente de manera simultánea en todos los cantos del mundo: los mercados” (Schijman, 2011: preg. 12).

Bajo la supremacía del mercado, se lograron socavar los derechos humanos conquistados en el ámbito global y dentro de los “Estados Nacionales” produciendo nuevas desestabilizaciones y avanzando decididamente en la transformación del “Estado de Derecho”. Ello supone para Sennet de Frutos (2012: 41),

“la erosión y reducción de los “auténticos” derechos humanos a los derechos civiles y políticos, marginando los derechos sociales del núcleo de las exigencias de la dignidad humana, para a su vez, entender el centro de esos derechos “auténticos” como el derecho formal a operar

en el mercado. Así sólo se permitiría reconocer, para que el mercado funcione sin distorsiones (sin límites éticos, sociales y ecológicos que alteren o restrinjan la propia dinámica espontánea del mercado) derechos del propietario en el mercado”.

Así que, en la urgencia de imaginar la recuperación y el reconocimiento de derechos, de otra economía y otros saberes, se planteó crear un Fondo del Sur —alternativo al FMI—; un mecanismo de Compensación de Pagos Regional (SUCRE) y un nuevo tipo de Banco de Desarrollo —Banco del Sur— como pilares de la NAFR. Las primeras ideas surgieron en oportunidad de la I Cumbre bilateral celebrada en 2004 entre Cuba y Venezuela en La Habana. Allí se estableció, entre los principios y bases cardinales, el “fomento de las inversiones de capitales latinoamericanos en la propia América Latina y el Caribe, con el objetivo de reducir la dependencia de los países de la región de los inversionistas foráneos” (Cumbre ALBA, 2004).

Para ello se debía crear, un “Fondo Latinoamericano de Inversiones”, un “Banco de Desarrollo del Sur”, y la “Sociedad de Garantías Recíprocas Latinoamericanas” (Cumbre ALBA, 2004). Luego, en la naciente Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN) (Cuzco, 2004; Brasilia, 2005) se plantearía la necesidad de crear “mecanismos financieros innovadores”. A partir de entonces, surgieron Grupos de Trabajo (GT) regionales con eje en la integración financiera, habiendo logrado la aproximación de los representantes de los Bancos Centrales y Ministros de Economía para la elaboración de propuestas y proyectos —promovidos esencialmente por los gobiernos de Ecuador y Venezuela—.

Los tres pilares posibilitarían reorientar los créditos hacia otros actores no alcanzados ni contemplados por los organismos multilaterales ni regionales. Por ello, para Páez Pérez (Suarez y Almeyra, 2010: preg. 3) facilitarían un nuevo tipo de manejo institucional del crédito “con muchos mayores grados de libertad y con la posibilidad de articular de mejor manera el funcionamiento de la economía capitalista privada, de la economía capitalista del polo público, del Estado (...)”; a su vez, “movilizar recursos propios, crear nuevos mercados, auspiciar y financiar la participación de nuevos actores, con nuevos productos e influjos de comercio que espontáneamente no se dan en el marco de este mercado mundial oligopolizado, controlado por las transnacionales y basado en el uso del dólar”.

A la fecha, sólo el SUCRE funciona entre Bolivia, Venezuela, Ecuador, Nicaragua y Cuba como un sistema de pagos regional basado en la utilización de una moneda electrónica. Efectivamente, se trata de una unidad de cuenta común para las operaciones comerciales entre los países, que incluye la figura de intermediación financiera y generación de créditos orientados al desarrollo de la producción exportable; abriendo las posibilidades de inserción comercial a los pequeños y medianos productores y empresas de la economía social.

Al igual que los otros dos pilares, se orienta a “reducir la vulnerabilidad externa de sus economías”; a propiciar y dinamizar “la capacidad productiva de la región”; a transformar el aparato productivo; y a promover y facilitar el intercambio comercial; que “coadyuven a la reducción de asimetrías entre los países”, con el objetivo de afianzar la independencia y soberanía monetaria y financiera y el desacoplamiento progresivo del dólar (SUCRE, 2009).

Con relación al Banco del Sur si bien se firmó y ratificó el convenio constitutivo por el mínimo de miembros requeridos para funcionar desde 2012, aún no está operativo. Prometía un funcionamiento democrático, la posibilidad de financiar en monedas locales; además, de orientar el crédito hacia proyectos como los que siguen —conforme a su convenio constitutivo— (Banco del Sur, 2009):

- “en sectores claves de la economía, para mejorar la competitividad, el desarrollo científico tecnológico, la infraestructura, la generación y provisión de servicios, la complementariedad productiva intra-regional, y la maximización del valor agregado a las materias primas producidas y explotadas en los países de la región”.
- “de desarrollo en sectores sociales tales como: salud, educación, seguridad social, desarrollo comunitario, economía social, promoción de la democracia participativa y protagónica, cultura, deportes, proyectos orientados a la lucha contra la pobreza y la exclusión social y, en general, todos aquellos tendientes a la mejora de la calidad de vida y a la protección del medio ambiente”.
- “de adecuación, expansión e interconexión de la infraestructura regional; y de creación y expansión de cadenas productivas regionales”.
- para “la reducción de las asimetrías entre los Países Miembros, teniendo en cuenta las necesidades de los países de menor desarrollo económico relativo”.

Tampoco está operativo el Fondo del Sur, que anhelaba tener, de acuerdo con Páez Pérez (Suarez y Almeyra, 2010: preg. 3), un funcionamiento de banca central conectado en red, a los fines de formar un sistema virtual de valores, un sistema de seguros, “con créditos de emergencia para la balanza de pagos y la caja fiscal”, junto a un “fondo común de reserva y un sistema de gestión común de reserva”.

La cuestión es que, la acumulación de divisas en los bancos centrales —dados los altos precios de los *commodities*— colocaba a la región en una situación excepcional para sortear la crisis que en 2007-2008 comenzaba a experimentar Estados Unidos, y podía —como en otras ocasiones—, tener réplicas en nuestros

países. Sin embargo, que no se haya aprovechado esta oportunidad podría indicar la preferencia por objetivos nacionales por encima de los regionales; también, la existencia de conflictos por intereses de organismos multilaterales de crédito recortados, o por romper con el monopolio que tiene el dólar en las transacciones comerciales. Se suma que, el panorama político-económico actual no ofrece certezas respecto a la efectiva puesta en marcha de todos los pilares diseñados; y ello contribuye a que esta arquitectura no sea sino un anhelo por la autonomía financiera regional.

III. Acerca de los viejos y nuevos movimientos sociales

La expresión “nuevos movimientos sociales” se consolidó como una perspectiva teórica en oposición a la de los “viejos movimientos sociales”. Surgirá con fuerza como heredera de la teoría marxista, la teoría de la lucha de clases y de las teorías culturalistas; descartando las posiciones y análisis reduccionistas tanto en la concepción del sujeto como en la concepción de lo político. Ello incluye aquellos formulados hacia fines del siglo XIX por Gustavo Le Bon o Gabriel Tarde; quienes analizaron el fenómeno de la multitud en el seno de las tensiones sociales que se vivían en Francia, influyendo más tarde, en Sigmund Freud. También en esta perspectiva, pero desde otra postura, se hallan los trabajos de Smelser, Talcott Parson, Turner y Kilian que asumen al sujeto como psicosociológico, es decir, psíquico pero constituido en base a creencias, valores y necesidades sociales (Soares Da Silva, 2006).

Dicha perspectiva, además planteó las limitaciones de otro conjunto de teorías como la marxista; la escuela racional —representada por los trabajos de Charles Tilly, Doug Mc Adam, McCarthy, Turner y Zad—; y luego, la de movilización de recursos con énfasis en la historicidad, los elementos culturales y el papel de los mediadores en el proceso de construcción colectiva, con una mirada crítica hacia las teorías precedentes. Allí se hallan los trabajos de William Gamson, Doug McAdam, Bert Klandermans y Salvador Sandoval. Es así como, desde la perspectiva de los nuevos movimientos sociales, se considera la emergencia de un sujeto moderno, descentrado, marcado por el agotamiento de la perspectiva del sujeto racional y único. La política, es considerada como un espacio no institucional, contradictorio, antagónico, conflictivo. Allí se destacan tres visiones: la de Alain Touraine, la de Alberto Melucci y la de Chantal Mouffe y Ernesto Laclau (Soares Da Silva, 2006).

Siguiendo a autores como Melucci, Larraña y Gusfield, Johnston, Ghon, Scherrer Warren, Sandoval, Klandermans y Javaloy, los nuevos movimientos sociales son aquellos cuya centralidad está en la lucha por transformar la cultura y los valores de la sociedad que rigen la vida; buscan garantizar nuevas formaciones identitarias junto a nuevas dimensiones de la identidad. Para ello, utilizan estrategias

de movilización y de acción colectiva, estrategias de desobediencia civil y marchas pacíficas —por ejemplo— para hacer visibles sus luchas (Soares Da Silva, 2006). Esto evidencia la presencia del conflicto, la ausencia de armonía, de equilibrio, sustentada por visiones del siglo XIX y que, aún persisten cuando se analizan las movilizaciones contra despidos, ajustes, transgénicos, la nueva minería.

En ese sentido, De Sousa Santos (2001: 178) señalaba que los nuevos movimientos sociales “al identificar nuevas formas de opresión que sobrepasan las relaciones de producción y ni siquiera son específicas a ella” presentan la novedad de denunciar “con una radicalidad sin precedentes, los excesos de la regulación de la modernidad”, que incluyen “no sólo el modo como se trabaja y se produce, sino también el modo en cómo se descansa y vive”. De manera que, las asimetrías en las relaciones sociales y la pobreza, “son la otra fase de la alienación y del desequilibrio interior de los individuos; y finalmente, esas formas de opresión no alcanzan específicamente a una clase social y sí a grupos sociales transclasistas o incluso a la sociedad en su todo”.

Con lo cual, la denuncia de las nuevas formas de opresión e injusticias del sistema capitalista, patriarcal y racista incluye la crítica al marxismo, al movimiento obrero tradicional y al socialismo real. Entiende De Sousa Santos (2001: 178) que “aunque las nuevas opresiones no deben hacer perder de vista las viejas opresiones, la lucha contra aquellas no se puede hacer en nombre de un futuro mejor en una sociedad por construir. Al contrario, la emancipación por la lucha tiene como objetivo transformar lo cotidiano de las víctimas de la opresión, aquí y ahora y no en un futuro muy lejano”. Observa que, si bien consideramos a nuestras sociedades democráticas porque así lo son en el ámbito político, puede ser esto una “isla” en un archipiélago de despotismos o fascismos territoriales, contractuales, sociales, financieros y mediáticos.

En esa misma línea teórica, interesan los aportes sobre la noción de redes aplicadas a los movimientos sociales en la contemporaneidad. Scherer-Warren (2005: 79) distingue por un lado a los “colectivos en red”, quienes se refieren a las conexiones “—en una primera instancia comunicacional e instrumentalizadas a través de redes técnicas— de varios actores u organizaciones, que quieren difundir informaciones, buscar apoyos solidarios o incluso establecer estrategias de acción conjunta (...)”; incluso “pueden constituirse en segmentos o subsegmentos (nudos) de una red más amplia de movimientos sociales”. Es el caso de todos aquellos sitios *online* que conectan a los militantes o simpatizantes como los feministas (los sitios de las ONG feministas, los foros presenciales o virtuales de mujeres, los grupos de reflexión feministas, etc.).

Por otro lado, la autora entiende que las redes de movimientos sociales, “son redes sociales complejas que trascienden organizaciones empíricamente delimitadas

y que conectan de forma simbólica, solidaria o estratégica sujetos individuales y actores colectivos cuyas identidades van construyéndose en un proceso dialógico”. Esto significa: “identificaciones sociales, éticas y culturales”; definición de sus adversarios; y en vistas a trasponer los límites sistémicos, establecer objetivo, o construir un proyecto para el movimiento (Scherrer Warren, 2005: 79-80).

Así que, en la sociedad de la información, los colectivos en red pueden ser en forma presencial o virtual “formas estratégicas de instrumentalización de los movimientos”. Propone entonces, analizarlos en tres dimensiones; en relación con la “temporalidad”, en relación con “la espacialidad” o territorialidad de otro tipo: local o global, presenciales - virtuales y la conexión entre ambas; y en relación con “una nueva sociabilidad” en términos de “intensidad, alcance, intencionalidad y conectividad con nuevas dimensiones en la esfera pública”. A su vez, las formas de sociabilidad de las redes pueden estudiarse de acuerdo con tres categorías analíticas: la solidaridad, la reciprocidad y la estrategia. En este último caso, por ejemplo, las redes de denuncias como el Grito de los Excluidos, las estrategias de desobediencia civil como la de los sin tierra o sin techo —entre otras— revelaron que los colectivos en red y las redes de movimientos desempeñan un rol significativo “como actores de resistencia y propulsores de políticas sociales ciudadanas” (Scherrer Warren, 2005: 83 y ss.).

IV. Las acciones colectivas en pos de una NAFR

Las nuevas acciones colectivas se alzaron entonces, reclamando desde una postura crítica asignaturas pendientes que dejaron las políticas puestas en marcha bajo la égida neoliberal. Así, sobre la base de cauces de participación y construcción innovadores lucharon y luchan contra la ofensiva y voracidad del capital que no hace sino perpetuar la colonialidad; co-construyendo proyectos, conceptos; visibilizando y recuperando historias, relatos, modos de vida, de sentir, de mirar. Como sostiene Soares Da Silva,

“aqueles que não possuem a palavra, que não são seres falantes, não podem participar do mundo do político, pois este está reservado somente àqueles que têm a palavra, àqueles que podem falar e, por conseguinte, fazer-se ouvir. No caso de minorias ou maiorias oprimidas, como os coletivos que compõem os chamados LGBT, as mulheres, os negros etc., as elites dominantes garantiram a construção de uma memória e de uma história oficial à sua imagem e semelhança: masculina, branca, eurocêntrica, rica e heteronormativa.” “(...) Assim, está dada a existência de dois mundos, um no qual o exercício da palavra atribui dignidade, direito e, portanto, visibilidade; e outro no qual a negação à palavra nega a dignidade e o direito, condenando os não falantes à invisibilidade do subterrâneo” (2012: 83-84).

Teniendo en cuenta ello, fue la Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos (LATINDDDAD); el Comité para la Abolición de las Deudas Ilegítimas (CADTM), el Observatorio Internacional de la Deuda (OID); la Asociación por la Tasación de las Transacciones Financieras y la Ayuda a los Ciudadanos (ATTAC); y la RED JUBILEO, quienes llevaron adelante las principales acciones. A continuación, se presenta un resumen de sus principales objetivos (sobre la base de sus sitios web):

- **CADTM:** propone el análisis de los orígenes y consecuencias de la deuda de la periferia y las posibilidades técnicas y políticas de su anulación; elabora alternativas de financiación del desarrollo humano y de transformación radical de la arquitectura institucional y de financiación internacional; contribuye a precisar las vías hacia una garantía universal de los derechos fundamentales; intensifica la labor de construcción de los movimientos sociales y las redes ciudadanas a niveles nacional e internacional; interpela a los representantes políticos para llevarlos a garantizar los derechos humanos fundamentales.
- **LATINDADD:** realiza acciones de sensibilización, capacitación, vigilancia de las políticas públicas, análisis críticos; elabora propuestas alternativas, cabildeo y movilización.
- **OID:** proporciona a los individuos y a las organizaciones que estudian el mecanismo de la deuda y/o actúan para una alternativa a la dominación de los países más poderosos del Norte, análisis precisos de la problemática de la deuda; así como una base de datos estadística única.
- **ATTAC:** combate la mundialización liberal y trabaja por alternativas sociales, ecológicas y democráticas con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales de todos; lucha por la regulación de los mercados financieros, el cierre de los paraísos fiscales, la introducción de un impuesto global para financiar los bienes públicos mundiales, la anulación de la deuda exterior de los países en desarrollo, un comercio justo y la aplicación efectiva de límites al libre cambio y los movimientos de capitales.
- **RED JUBILEO:** da voz, liderazgo y fuerza al Sur en la lucha contra la dominación de la deuda. Basa su acción en el reconocimiento que la deuda reclamada al Sur es ilegítima y que es el Norte que debe a los pueblos del Sur una enorme deuda histórica, social, económica y ecológica.

Como se ve en el cuadro a continuación, se involucraron en un proceso de construcción colectivo innovador en la integración regional:

Cuadro Nº 1: Acciones y logros colectivos más relevantes

Fecha y Lugar	Redes de Movimientos sociales intervinientes	Acciones emprendidas-Propuestas	Acuerdos - Logros-Proyectos
9/2006 Caracas	CATDM JUBILEO SUR OID	Primer Simposio Internacional sobre “Deuda pública, auditoría popular y Alternativas de ahorro e Inversión para los pueblos de América Latina y el Caribe”.	Ratificaron la propuesta venezolana de un Banco del Sur; establecieron como objetivos romper la dependencia de los países periféricos al mercado financiero internacional, canalizar la propia capacidad de ahorro, detener la fuga de capitales y apoyar la asignación de recursos a las prioridades de un desarrollo económico y social independiente, cambiando las prioridades de inversión. También, ponderaron que un banco solidario del Sur debe ser un banco alternativo a la banca privada, a las entidades multilaterales como el FMI, el BM y el BID. La diferenciación no debe ser meramente enunciativa sino normativa y operativa (1); y, acordaron una reunión en Venezuela los días 15 y 16 de noviembre para elaborar una propuesta político/técnica de las iniciativas de Banco del Sur y Fondo Monetario del Sur (pto. 4).
4/5/ 2007 Quito	CATDM LANTIN DADD JUBILEO 2000 OID	Prepararon lineamientos y bases del Banco del Sur (a discutirse en Quito/ mayo 2007).	Ministros de Economía, Finanzas o Hacienda de Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Venezuela y Paraguay acordaron en la “Declaración de Quito”: “1. Dar prioridad a la creación del Banco del Sur como Banca de Desarrollo; 2. Analizar la posibilidad de avanzar en el Fondo de Estabilización, el fortalecimiento del Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) con nuevos socios y/o creación de nuevos instrumentos”.

Fecha y Lugar	Redes de Movimientos sociales intervinientes	Acciones emprendidas-Propuestas	Acuerdos - Logros-Proyectos
6/ 2007	Redes, organizaciones, movimientos sociales	Elaboraron y enviaron la 1º Carta Abierta “Por un Banco del Sur acorde a los derechos, necesidades, potencial y vocación democrática de los pueblos”	Instaron a los gobiernos a: 1. Definir como objetivo central el desarrollo propio, soberano y solidario, de los países miembros y de toda la región; 2. Integrar el capital accionario y dirección en forma igualitaria entre los países miembros; 3. Definir que sus asignaciones crediticias serán para el fortalecimiento del sector público y social; 4. Establecer mecanismos informativos y de control público abiertos; que los funcionarios y empleados del Banco del Sur no gozarán de inmunidad ni privilegio tributario personal alguno; que la rendición de cuentas será puesta en conocimiento y consideración de los Parlamentos y la sociedad civil; y que toda información será pública.
11/2007	Centro Internacional Miranda CIM CADTM OID JUBILEO SUR LATINDADD	Simposio Internacional “Construyendo una Nueva Arquitectura Financiera Internacional para la integración suramericana y la cooperación Sur-Sur” (2).	Se analizó y discutió la situación económica y financiera mundial y la nueva estrategia de los movimientos sociales por las auditorías de la deuda y la construcción de un Banco del Sur. Debatieron una 2ª Carta Abierta a los presidentes de América Latina comprometidos en el lanzamiento del Banco del Sur.
11/2007	Movimientos, redes y organizaciones sociales	Elaboraron y enviaron la 2º Carta Abierta “Por un Banco del Sur orientado a una matriz soberana, solidaria, sustentable e integradora para el desarrollo del continente” (3).	Se definieron las 12 orientaciones del Banco del Sur y se instó a los presidentes a firmar el Acta Fundacional.

Fuente: elaboración propia en base a Arias Palacios (2012) y documentos disponibles en: <http://www.cadtm.org>

Referencias:

(1) Referido a: fuentes de capitalización y mecanismos para captación de ahorros; integración y conducción cooperativa e igualitaria de sus países; condiciones para los créditos y garantías; gestión

transparente, control democrático y social, en línea con lo reclamado por movimientos de la Auditoría de la Deuda.

(2) Enviada a presidentes de Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Recibió apoyo de más de 500 firmas de movimientos regionales y nacionales de América Latina y el Caribe, Europa, Asia, África, EE.UU., Canadá, de ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil.

(3) Se envió a los mismos presidentes que en la 1ª Carta Abierta.

Continuando la cronología de las acciones colectivas, un logro sin duda fue la firma el 9 de diciembre de 2007 del Acta Fundacional del Banco del Sur; sin embargo, luego de ello, el proceso políticamente se paraliza. Con lo cual, los movimientos, redes y organizaciones sociales intensifican las tareas de divulgación y reflexión en ámbitos académicos, públicos, abiertos y gubernamentales en América Latina y Europa; dando lugar a escritos, documentos, artículos, ponencias, libros y tesis de grado. Hugo Arias Palacios (2012), integrante de LATINDADD señala, por ejemplo, que la Comisión Presidencial Ecuatoriana organizó encuentros y seminarios nacionales e internacionales en aspectos técnicos y operativos de la NAFR a los fines de incidir política, académica y gubernamentalmente; también, la red Jubileo-Ecuador y LATINDADD incluyeron en su agenda el tema junto al de la deuda difundiendo en sedes internacionales al igual que la CADTM, OID, la Federación Luterana Mundial, el Observatorio Económico de América Latina (OBELA) o ATTAC.

En 2008 se define el aporte de capital del Banco, seguidamente, los órganos de gobierno junto al carácter democrático del Banco, y el 26 de setiembre de 2009, Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela firman el Convenio Constitutivo del Banco. Pero, dada la necesidad de que el mismo sea ratificado por los Parlamentos de cada país, los movimientos sociales se plantearon como nuevas tareas: impulsar la entrada en operación del Banco del Sur; estar vigilantes sobre su alineamiento con los grandes objetivos del Banco; defender y promover la creación de los tres componentes de la NAFR; la elaboración de un Código de Ética y la veeduría de la gestión del Banco (Arias Palacios, 2012).

Fue así, por ejemplo, que entre otras acciones se destacan la difusión del tema en la Cumbre Alternativa de los Pueblos, "Enlazando Alternativas IV", realizada en mayo del 2010 en Madrid y organizada por la Red de Movimientos Sociales de América Latina y Europa. Allí, con el objetivo de fortalecer nuevas convergencias solidarias, resistencias populares emergentes y la construcción de un espacio político y de movilización birregional, se desarrollaron talleres y actividades, donde se reconoció la necesidad de avanzar en una NAFR. También, en 2011, en ocasión del segundo encuentro del Consejo Suramericano de Economía y Finanzas se presentó un Petitorio a los Ministros de Finanzas y Presidentes de Bancos Centrales de los países de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR). Fue firmado por

ciudadanos como Adolfo Pérez Esquivel, Nora Cortiñas y Mirta Baravalle —Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora—, y una amplia base de movimientos sociales y redes de la tierra (como Vía Campesina y Grain), de mujeres, de la deuda, afectados por represas, por mineras, o religiosos. Lo cual mostró la solidaridad y la decisión de las redes de movimientos sociales de luchar contra las distintas formas de opresión y jerarquías de poder.

Estas acciones colectivas desarrolladas entre 2006 y 2011 muestran —apoyándonos en el análisis que realiza Scherrer Warren (2005)— cómo las redes se respaldaron en tiempos sociales distintos, cómo trascendieron las fronteras espaciales de las redes presenciales, cómo plantearon nuevas formas de sociabilidad, es decir nuevas relaciones sociales y nuevas vinculaciones con lo público. Evidentemente la convocatoria y adhesión obtenida con la firma de las dos Cartas Abiertas y el despliegue informativo y de divulgación, mostraron que la red —en tanto forma organizacional y estrategia de acción— permitió difundir de manera amplia los avances y retrocesos de las iniciativas financieras, conectando lo local con lo global; funcionando como un elemento organizativo, articulador e informativo, con un carácter fuertemente propositivo en la agenda y políticas públicas regionales. Sin embargo, que a la fecha no se haya puesto en marcha la NAFR, puede estar indicando la necesidad o urgencia de revisar las acciones colectivas, la posibilidad de darles continuidad, o un impulso.

Sobre todo, porque en América Latina se evidencia un giro en la integración regional, como por ejemplo el que representa el acercamiento a la Alianza del Pacífico (AP); el anhelo de una convergencia entre la AP y el MERCOSUR; o las negociaciones para avanzar en acuerdos comerciales de libre comercio con la Unión Europea (UE); que podrían entenderse, en oposición a la integración alternativa diseñada. Esto se produce, pese a que la discusión sobre los Tratados de Libre Comercio (TLC), sus implicancias, a quiénes benefician, a quiénes perjudican, parecían haberse zanjado al momento de rechazarse la estrategia norteamericana de conformar el Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA). Ciertamente, el libre comercio da facilidades y ventajas a empresas transnacionales bajo la mentada premisa de la competitividad; como si fuera justo el comercio entre países y empresas desiguales (Schaposnik y Pardo, 2014).

V. Reflexiones finales

La intensa acción desplegada por una NAFR albergó entusiasmos y expectativas de que otro financiamiento, otros mecanismos para el comercio y otra asistencia financiera eran necesarios; pero a la vez, posibles. Ello se fundó en la toma de conciencia social —reflejada en la diversidad de apoyos recibidos—; en la discusión de “abajo hacia arriba” llevada adelante; también, en la visibilidad dada a sectores

que no cuentan con financiamiento, o a formas de organización económica que tienen negado el comercio (como pequeños productores, organizaciones de la economía social y solidaria), o, la posibilidad del control ciudadano en las instituciones y mecanismos financieros.

Verdaderamente, prometía la instauración de otro tipo de políticas públicas en la integración regional sumado a la voluntad de diálogo de los Estados con las nuevas emergencias sociales. Que no se haya puesto en marcha, revela la presencia de intereses en disputa y en conflicto; pero también, la necesidad de revisar las acciones colectivas, sus posibles cambios de estrategias o continuidades. Porque el desafío de América Latina y la humanidad es pensar o apoyar alternativas inclusivas; poner de relieve las contradicciones, los conflictos; y exigir espacios para definir la agenda pública. Sólo así se podrá construir con respeto en la diversidad, un mundo plural que sea para todos y no para unos pocos, más igualitario y donde la vida humana se dignifique en su sentido más amplio.

VI. Bibliografía

ARELLANO ORTIZ, Fernando y ONATRA, Hernán (2009). “América Latina requiere de una nueva arquitectura económica Entrevista a Eric Toussaint”, en: *CADTM [online]*. Disponible en: http://www.cadtm.org/spip.php?page=imprimer&id_article=4267 [Fecha de consulta: 22/03/2017]

ARIAS PALACIOS, Hugo (2012). “Avances y desafíos de la Nueva Arquitectura Financiera Regional”, Ponencia en el Taller Internacional Avances de la NAFR y las auditorías de la deuda, Quito, 13,14 y 15 de febrero, en: *CADTM [online]*. Disponible en: <http://www.cadtm.org/Avances-y-desafios-de-la-nueva> [Fecha de consulta: 24/03/2017]

CLARKE, Tony y BARLOW, Maude (2004). “El desafío ante la privatización de los sistemas de agua en Latinoamérica”, en: *ALAI [online]*. Disponible en: <http://www.alainet.org/es/active/6515> [Fecha de consulta: 24/03/2017]

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2001). “Los nuevos movimientos sociales”, en: *Observatorio Social de América latina —OSAL—*. N° 5 [online]. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal5/> [Fecha de consulta: 24/03/2017]

MONTES MONTOYA, Angélica y BUZZO, Hugo (2007). “Entrevista a Ramón Grosfoguel”, en: *Polis Revista Latinoamericana [online]*. Disponible en: <http://www.polis.revues.org/4040> [Fecha de consulta: 15/10/2016]

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa y PARDO, Eugenia Candelaria (2009a). “Financiamiento a cooperativas en UNASUR. Instituciones multilaterales y expectativas sobre el Banco del Sur”, en: *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, N° 39, pp. 669-681.

— (2009b). “Financiamiento y desarrollo en UNASUR”, en: Noemí Mellado (coord.). *Mercosur y Comunidad Sudamericana de Naciones, ¿hacia dónde van?* Argentina: Editorial Lerner, Capítulo VI.

— (2011a). “Bank of the South, a Possible Alternative for Funding South American Development”, en: Phillipe Bance y Luc Bernier (comp.), *Contemporary Crisis and Renewal of Public Action*. Belgique: Ed. Peter Lang SA, Edic. CIRIEC, pp. 301-318.

— (2011b). “Financiamiento a la economía social en la integración sudamericana. Banco del Sur y Banco del Alba: posibles aliados de las cooperativas”, en: *III Congreso Internacional de Investigación en Economía Social de CIRIEC* (6-8 abril 2011, Valladolid, España). “La Economía Social, pilar de un nuevo modelo de desarrollo económico sostenible”, en: CD-ROM: CIRIEC y Universidad de Valladolid, España, ISBN 978-84-95003-85-0.

— (2014). “ALBA-TCP y AP: visiones divergentes sobre la integración y el comercio”, en: *Revista Densidades*, vol. 15, pp. 57-70.

SCHERER-WAREN, Ilse (2005). “Redes sociales y de movimientos en la sociedad de la información”, en: *Nueva Sociedad*, N° 196 [online]. Disponible en: <http://nuso.org/articulo/redes-sociales-y-de-movimientos-en-la-sociedad-de-la-informacion/> [Fecha de consulta: 23/03/2017]

SCHIJMAN, Bárbara (2011). *Las izquierdas tienen que refundarse*. Entrevista a Boaventura de Sousa Santos [online]. Disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=131757> [Fecha de consulta: 23/02/2017]

SEMENT DE FRUTOS, Juan Antonio (2012). “La dignidad humana: el horizonte utópico de los sistemas jurídicos inclusivos”, en: *Revista Éxodo* N° 114 [online]. Disponible en: <http://www.exodo.org/la-dignidad-humana-2/> [Fecha de consulta: 26/03/2017]

SOARES DA SILVA, Alessandro (2006). *Marchando pelo arco-íris da política: A Paradas Orgulho LGBT na Construção da Consciência Coletiva dos Movimentos LGBT no Brasil, Espanha e Portugal* (Tesis de doctorado) [online]. Disponible en: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3473 [Fecha de consulta: 27/03/2017]

— (2012). “Por um Lugar ao Sol: construindo a memória política da homossexualidade (ou: Homossexualidade: uma história dos vencidos?!, en: *Revista Bagoas*, N° 8 [online]. Disponible en: http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v06n08art04_silva.pdf [Fecha de consulta: 15/01/2017]

— (2016). “Movimientos Sociales y Políticas Públicas Clase 4”, en: *Espacio de Formación Virtual*, Diplomatura en “Políticas Públicas para la igualdad en América Latina” [online]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ycVE1IDS0SA> [Fecha de consulta: 13/01/2017]

SUÁREZ, Carlos Abel y ALMEYRA, Guillermo (2010). “La autonomía financiera de América Latina en la crisis económica mundial. Entrevista a Pedro Páez Pérez”, en: *Observatorio Social de América latina —OSAL—*, Año XI, N° 27, abril [online]. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/osal/osal27/18Paez.pdf> [Fecha de consulta: 24//03/2017]

TOUSSAINT, Eric (2006). *Banco Mundial. El golpe de Estado permanente*. España: El Viejo Topo.

Otros documentos consultados

BRASILIA (2005). *Primera Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones* [online]. Disponible en: http://walk.sela.org/attach/258/EDOCS/SRed/2010/09/T023600002368-0-Declaracion_Presidencial_y_Agenda_Prioritaria_-_Comunidad_Su [Fecha de consulta: 27/03/2017]

BANCO DEL SUR (2009). *Convenio Constitutivo del Banco del Sur* [online]. Disponible en: <http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/12429.pdf> [Fecha de consulta: 27/03/2017]

CUMBRE ALBA (2004). *Declaración conjunta Venezuela — Cuba* [online]. Disponible en: <http://alba-tcp.org/contenido/declaracion-conjunta-venezuela-cuba-141204> [Fecha de consulta: 21/03/2017]

CUSCO (2004). *Declaración de Cuzco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones* [online]. Disponible en: http://walk.sela.org/attach/258/EDOCS/SRed/2010/09/T023600002340-0-Declaracion_del_Cusco_-_III_Cumbre_Presidencial_Sudamericana [Fecha de consulta: 27-03/2017]

SUCRE (2009). *Tratado constitutivo del sistema unitario de compensación regional de pagos* [online]. Disponible en: <http://www.sucrealba.org/imagenes/documentos/Tratado-Constitutivo-del-SUCRE.pdf> [Fecha de consulta: 27/03/2017]

Sitios web consultados

<http://attac.es>

<http://www.cadtm.org>

<http://www.latindadd.org>

<http://jubileosuramericas.net>

<http://www.oid-ido.world>

Fecha de recepción: 29-03-2017 Fecha de aceptación: 26-06-2017

“Entre el texto y la realidad”. Los estándares internacionales de derechos humanos ¿son de utilidad para las mujeres?

POR CLAUDIA HASANBEGOVIC (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los Derechos humanos y los sistemas internacionales para exigir los mismos.— III. Evolución de los derechos humanos de las mujeres. Convenciones y obligaciones de los Estados.— IV. Jurisprudencia Internacional de Derechos Humanos de las mujeres y el potencial del Derecho Internacional para las mujeres.— V. Conclusiones.— IV. Bibliografía.

Resumen: algunas autoras (Lagarde, 2013, Facio, 2011) sugieren que en la década de los años 90 varios años de luchas feministas contra el patriarcado fueron plasmadas en la normativa internacional de derechos humanos. En tanto otras estudiosas (Segato, 2017) sostienen que estas normas no habrían mejorado la vida de las mujeres, en particular en lo referido a su derecho a vivir una vida libre de violencia. En este artículo argumento que los estándares internacionales de los derechos humanos constituyen herramientas que mejoran la vida de algunas sobrevivientes, ya sea a través de los casos emblemáticos implantados por la jurisprudencia internacional que favorecen políticas públicas que benefician a las mujeres como grupo social, o a través de la posibilidad para las mujeres afectadas por la violencia de género de solicitar asilo político.

Palabras claves: Derecho internacional de derechos humanos - mujeres - violencias de género contra las mujeres - asilo político por violencia de género

“Between the text and the reality”. International human rights standard, are useful for women?

Abstract: some authors (Lagarde, 2013, Facio, 2011) suggest that in the 1990's decade a number of years of feminist struggle against patriarchy were consagrated

(*) Ph.D. in Social Policy, University of Kent at Canterbury, Inglaterra; MA in Women and Development, Institute of Social Studies, Holanda; Diploma in Gender, International Women University, Alemania. Abogada, UNLZ. Prof. universitaria de grado, postgrado y doctorado en la Argentina (UNSAM, UBA, UNLZ, etc.) e invitada por universidades extranjeras (Middlesex, Sussex; Università degli Studi di Messina; Universidad de Arte y Ciencias de Chiapas, etc.).

in the international human rights law. At the same time, other scholars (Segato, 2017) sustains that those laws had not improved the life of women, in particular, in relation to women's rights to live a life free from violence. In this article, my argument says that international human rights standards are a tool that improve the life of some women's survivors of gender-based violence, either through leading international human rights jurisprudence that impacts on creating public policies that benefit women as a social group, or by the possibility to apply for political asylum.

Keywords: *international human rights law - women - violence against women - political asylum on grounds of gender - based persecution*

I. Introducción

La igualdad de género (1) está en el centro mismo de los derechos humanos y sin embargo, millones de mujeres del mundo entero siguen siendo víctimas de la discriminación y de la violencia (2) (CEDAW, 2017). Dice Segato que:

(1) Sostiene la *Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación hacia la Mujer* (en adelante CEDAW por sus siglas en inglés) que la “igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz”. La igualdad efectiva entre mujeres y hombres en todas sus diversidades es la ausencia de toda barrera de clase, de género, y de etnia-raza para la participación en los ámbitos públicos y privados. Ello incluye alcanzar la justicia, el reconocimiento y la distribución de poder, de recursos y de libertad entre personas “diferentes” en su más amplia diversidad, garantizándoles a todas y todos, el goce real de sus derechos humanos. (Definición elaborada por el Consejo Nacional de Género de la República del Uruguay, 9/6/2017, sin publicar).

(2) “Violencia contra las mujeres y las niñas” refiere a “(...) cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. Los ámbitos donde puede ocurrir la violencia contra la mujer son: a) dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y; c) que sea perpetrada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. (artículos 1º y 2º)” *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém do Pará* (en adelante *Belém do Pará*). El 14/7/2017 el Comité de la CEDAW emitió la Recomendación General N° 35 que actualiza la definición de violencia contra la mujer. En su párrafo 9 indica que utiliza la expresión “violencia de género contra las mujeres”, y dice que “El concepto de “violencia contra las mujeres” en la Recomendación General N° 19 y otros instrumentos internacionales y documentos ha enfatizado que esa violencia está basada en el género. Por lo tanto, este documento usa la expresión “violencia basada en el género contra las mujeres”, como un término más preciso que explicita las causas e impactos de género que la misma tiene. Esta expresión fortalece la comprensión de esta violencia como un problema social —en vez de un problema individual-, requiriendo respuestas completas, que van más allá de eventos específicos, perpetradores individuales y víctimas/sobrevivientes.” (CEDAW, 2017, párrafo 9: 4), es por ello que en este artículo utilizo la expresión “violencia de género contra las mujeres”.

“nunca hubo más leyes, nunca hubo más clases de derechos humanos para los cuerpos de seguridad, nunca hubo más literatura circulando sobre derechos de la mujer, (...) y sin embargo las mujeres continuamos muriendo, nuestra vulnerabilidad a la agresión letal y a la tortura hasta la muerte nunca existió de tal forma como hoy en las guerras informales contemporáneas (...)” (Segato, 2017: s/n).

Las causas de la violencia de género contra las mujeres, en todas sus diversidades (3) son complejas, múltiples, y profundamente arraigadas en una asimetría de poder estructural existente, construida históricamente y presente en la cultura y que es perpetuada mediante los estereotipos de género que la naturalizan la desigualdad entre hombres y mujeres. En este proceso de naturalización de la desigualdad de género intervienen la religión, la tradición y las instituciones del Estado, incluyendo las normas legales (Segato, 2017; CEDAW, 2017). La violencia de género contra las mujeres es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales por medio de los cuales son perpetuados la posición subordinada de las mujeres con respecto a los hombres y sus roles estereotipados, y constituye una obstáculo esencial para lograr alcanzar la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en el disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en las convenciones internacionales de derechos humanos (CEDAW, 2017, párrafo 10: 4).

Todos los instrumentos de derechos humanos, incluyendo las convenciones que obligan a los Estados en términos del derecho internacional como también las declaraciones y las plataformas de acción tienen sus orígenes en las luchas sociales de determinados grupos humanos que se movilizaron en busca del

(3) La “interseccionalidad” o también denominada “discriminación múltiple” está reconocida por varios instrumentos internacionales (Recomendaciones Generales Nº 28, 30, 35 del Comité CEDAW; artículo 9 de la *Belém do Pará*; Recomendaciones Generales del Comité de la CERD - *Convención para la Eliminación del Racismo*, entre otras), y estas normas confirman que la discriminación contra las mujeres está inextricablemente unida a otros factores que afectan sus vidas, y ellas pueden incluir, entre otras la etnia/raza; estatus indígena o de minoría, color, estatus socio-económico y/o la casta, el lenguaje, la religión o creencias, las opiniones políticas, la nacionalidad, el estatus marital o maternal, la edad, la ubicación rural/urbana, el estado de salud, la discapacidad, la orientación sexual ser lesbiana, bisexual, transgénero o intersex, ser analfabeta, estar en situación de trata, de conflicto armado, desplazada internamente, ser solicitante de asilo, ser una refugiada, ser apátrida, estado migratorio, ser jefa de hogar, ser viuda, vivir con HIV/SIDA, estar privada de libertad, estar en situación de prostitución, estigmatización por luchar por sus derechos, incluyendo a las defensoras de derechos humanos. Todas estas situaciones implican que las mujeres experimentan variadas e interrelacionadas formas de discriminación las cuales pueden tener impactos negativos agravados, y es por ello que se reconoce que la violencia de género puede afectar a algunas mujeres en diferentes grados o en diferentes formas, y por lo tanto son necesarias respuestas legales y de políticas específicas (CEDAW, 2017, párrafo 12: 4-5. La traducción del inglés del texto citado corresponde a la autora).

reconocimiento de sus derechos frente al Estado, “arrancándole” a éste la obligación de respetarlos, garantizarlos y modificar aquellas normas, instituciones y prácticas que los vulneraban.

A partir de 1979 con la sanción de la *Convención Internacional para la Eliminación de Toda forma de Discriminación hacia la Mujer* (en adelante CEDAW), y en especial, desde 1993 con la *Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas* en Viena (en adelante la *Declaración de Viena*) que dispuso que: “los derechos de las mujeres son parte indivisible e inalienable de los derechos humanos”; los derechos de las mujeres, adquirieron visibilidad y comenzaron a ser exigibles cada vez más a los Estados. Sin embargo, la prevalencia de la violencia de género contra las mujeres y la discriminación hacia ellas en todas partes del mundo son una realidad constatable en las estadísticas internacionales, que alertan sobre la brecha que existe entre las normas de derechos humanos y su implementación por parte de los Estados signatarios (CIDH, 2007; MESECVI, 2008b; 2012; CEDAW, 2016, Šimonović, 2016). Consecuentemente surgen interrogantes sobre la eficacia del derecho internacional para garantizar a las mujeres sus derechos fundamentales, en especial sus derechos a la vida, a una vida libre de violencia, a no ser sometidas a tortura u otros tratos humillantes o degradantes, a la protección en condiciones de igualdad, a la libertad y a la seguridad; a la protección igual de la ley; a la igualdad en la familia.

¿Qué ha cambiado desde 1993 hasta el día de hoy en la vida de las mujeres? ¿Tiene alguna utilidad práctica contar con normas internacionales de derechos humanos que crean nuestros derechos y las obligaciones de los Estados frente a éstos?

En este artículo, exploraré —sin aspirar a generalizaciones— algunas respuestas a las preguntas planteadas a partir de la revisión de estudios, de instrumentos internacionales, y del breve análisis de algunos casos emblemáticos de jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos de las mujeres. Para ello realizaré, dentro de las limitaciones de extensión y tiempo del presente trabajo, tres tareas que presentaré a su vez, en tres secciones: (1) indagaré la naturaleza de los derechos humanos, de los sistemas internacionales que existen para denunciar los incumplimientos por parte de los Estados en esta disciplina y los obstáculos que existían antes de 1993 para la aplicación de los instrumentos internacionales “género-neutro” a casos de violaciones a los derechos humanos de las mujeres. (2) Como segundo trabajo recorreré brevemente la evolución de los derechos humanos de las mujeres abordando allí las principales convenciones y declaraciones internacionales en este campo, y los obstáculos hallados para su implementación. (3) Por último, la tercera actividad consiste en presentar evidencias de la jurisprudencia de derecho internacional de derechos humanos y de casos de asilo político por persecución de violencia de género contra las mujeres.

Propongo que estos casos han sido factores que contribuyeron a crear nuevas herramientas en beneficio de las mujeres en su conjunto y/o han permitido una mejoría en la vida de las mujeres individuales, y/o Finalizaré el artículo con una conclusión, donde sintetizaré los puntos presentados y contestaré las preguntas iniciales que guiaron la investigación dejando abierta la profundización de este tema a futuros estudios.

II. Los Derechos Humanos y los Sistemas Internacionales para exigir los mismos

II.1. Naturaleza de los derechos humanos

Los derechos humanos son los atributos que tienen las personas desde su nacimiento. El principio básico de los derechos humanos insta a que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y por lo tanto tienen igual derecho a disfrutarlos, sin importar su sexo, raza, edad, religión, nacionalidad, estado migratorio, situación de capacidad/discapacidad, clase social o cualquier otra distinción (García Muñoz, 2004; Facio, 1997; 2011).

Los derechos humanos son producto de la modernidad (Kato, 2004), son seculares constituyen una guía de conducta, una agenda política, una meta para la humanidad y un plan de justicia, paz y desarrollo (Facio, 1997). Estas características demandan de sus defensores y de las personas encargadas de hacerlos cumplir formación, voluntad y compromiso.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 insta a los siguientes derechos como derechos humanos: el derecho a la vida; a no ser torturada/o, a no ser esclavizada/o; ni obligada/o a realizar trabajos forzados; a gozar de la libertad y la seguridad; a un juicio justo, a no ser castigada/o por conductas que no son delitos, a la vida privada y familiar; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de expresión; a casarse, a elegir la cantidad de hijas/os, y el espacio entre uno y otra; a acceder a la justicia; a no ser discriminada/o.

A los citados derechos la *Convención CEDAW* en 1979 y *Belém do Pará* en 1994 incorporaron el derecho a *no ser discriminada en razón del sexo* y el derecho a *una vida libre de violencia, y a crecer, a ser educada y a ser tratada sin estereotipos sexuales* promotores de la inferioridad de las mujeres y las niñas respecto de los hombres.

Los derechos humanos se caracterizan por ser indivisibles; inalienables; interdependientes; universales (ONU, 1993; CIDH, 2011), e históricos (Facio, 1997). La *indivisibilidad* implica que todos los derechos son igualmente importantes;

ya que no existe jerarquización entre ellos. Estos derechos son *inalienables* porque las personas no pueden ser obligadas a renunciar a ellos. La *interdependencia* entre los derechos consiste en que se refuerzan los unos a los otros; de esta manera no es posible gozar del derecho a la vida, en desmedro del derecho a la libertad, al trabajo, a la salud. Otra característica de los derechos humanos es su *universalidad* la cual implica que todos los seres humanos poseen todos los derechos humanos sin importar su cultura, sexo, religión, capacidad, color, raza, etnia, etcétera.

El último rasgo de este tipo de derechos que menciono en estas páginas es su historicidad. Los derechos humanos son *históricos* puesto que surgen de movimientos y sujetos concretos que reivindican sus necesidades ante diversas situaciones de abuso de poder. Esto hace que los derechos humanos siempre estén en desarrollo ya sea para que se expliciten nuevos derechos, o para que se amplíen y no se violenten los derechos ya reconocidos (Facio, 1997; García Muñoz, 2004).

II.2. Sistemas Internacionales y Regionales de Derechos Humanos

Transcurridas las Primera y Segunda Guerra Mundiales con sus violaciones masivas a los derechos fundamentales de las personas, la comunidad internacional, elaboró una serie de declaraciones de carácter universal y regional, con sus respectivos sistemas institucionales, que reafirmaron el reconocimiento de la dignidad humana (CEJIL, 2012).

En la actualidad existen el sistema universal (todo el aparato de Naciones Unidas) y cuatro sistemas regionales (sistema europeo; sistema africano; sistema asiático, y sistema interamericano). El sistema interamericano incluye la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en más Corte IDH), además de una serie de relatorías. Entre los mecanismos de seguimiento de implementación de instrumentos de derechos humanos, por su relevancia para el tema de la violencia de género contra las mujeres y la discriminación, cito el Comité CEDAW y el Mecanismo para el Seguimiento de la Implementación de *Belém do Pará* (MESECVI) (CEJIL, 2012; García Muñoz, 2004). Comparto con CEJIL la idea de en torno al el sistema interamericano:

“(...) es la última esperanza de justicia para miles de ciudadanos/as de la región y tiene también la posibilidad de ser un mecanismo aún más efectivo, que permita hacer realidad el respeto a la democracia y el respeto a los derechos humanos de cada habitante del continente, acompañando los esfuerzos realizados primordialmente desde el ámbito nacional” (CEJIL, 2012: 15).

III. Evolución de los Derechos Humanos de las Mujeres. Convenciones y obligaciones de los Estados

III.1. Evolución de los Derechos Humanos de las Mujeres

Los “derechos humanos” son un concepto de creación reciente y del mundo occidental (Kato, 2004), ya que a partir de la Revolución Francesa y de su *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, en 1789, se comienza a hablar en Occidente de “derechos” en la forma que los entendemos actualmente. Los derechos de las mujeres, sin embargo, no fueron incluidos en aquella histórica declaración, y la reacción a dicha exclusión, “ha dado lugar a la aparición del primer movimiento feminista” (Emmenegger, 2000: 37-38). Ante la negativa de sus compañeros revolucionarios de incluir “los derechos de la mujer” en la mencionada declaración hizo que la revolucionaria francesa Olympe de Gouges publicara en 1791 la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* (Gouges, 2012). Esta publicación puede considerarse el primer antecedente de normativa de derechos humanos de las mujeres, e inicio de la primera ola de feminismo. La acción de Olympe de Gouges fue juzgada en su época como un hecho delictivo e insano que la condujo a la guillotina en 1793 y a sus seguidoras a ser encerradas en una institución psiquiátrica (Lopes, s/f).

Sostiene Lagarde (4) que en la década de los años 90, los adelantos logrados en materia de derechos humanos de las mujeres sintetizaron ciento cincuenta años de luchas feministas contra el patriarcado. (Facio, 2011, en sentido similar).

Sin dudas, la *Declaración de Viena* en 1993, marcó un antes y un después en la lucha por los derechos de las mujeres cuando el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas declaró:

“(...) 18. Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas (...)” (ONU, 1993: 7. El destacado me corresponde).

(4) Notas tomadas por la autora durante el desayuno de trabajo con Marcela Lagarde, organizado por el Observatorio de Género en la Justicia, del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 13 de septiembre de 2013.

La *Declaración de Viena* fue un punto crucial en materia de derechos humanos de las mujeres, y también en llamar la atención internacional sobre las violencias y las discriminaciones contra las mujeres como violaciones a los derechos humanos.

¿Por qué tuvieron que pasar doscientos años para que la palabra “derechos de las mujeres” fuera mencionada en una declaración fundacional? ¿Cómo se llegó a la *Declaración de Viena*?

Relatan algunas de las feministas (5) que participaron en la estrategia mundial que hizo posible este instrumento, entre ellas Roxana Carrillo, Charlotte Bunch y Alda Facio, que en años previos a la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena* de 1993, las feministas reflexionaron sobre los obstáculos que presentaba el derecho internacional de derechos humanos para la interpretación de la normativa (general, y género neutra) a los casos específicos de violaciones a sus derechos que sufrían las mujeres y las niñas, e identificaron el potencial que representaban el derecho internacional de los derechos humanos para mejorar la condición de las mujeres en todo el mundo (Thomas y Beasley, 1993; Bunch, 1995; Facio, 2011). Tanto Carrillo y Bunch en 1997 como Facio (2011) coinciden en identificar el rol fundamental de la alianza lograda entre el movimiento de mujeres y el movimiento feminista internacional para la recopilación de los cientos de testimonios recogidos por el movimiento internacional de mujeres y feminista en los cinco continentes, y que éstos fueron presentados ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

Los testimonios narrados en primera persona por las sobrevivientes ofrecieron evidencia de violaciones a los derechos humanos de las mujeres específicas de su género, y de los obstáculos que cada una de esas mujeres encontraron al buscar ayuda por parte de los Estados (6) porque éstos consideraron los derechos humanos como algo marginal a las experiencias de las mujeres (Facio, 2011). Según Pillay, los mayores logros de la *Declaración y Programa de Acción de Viena*:

“(...) Es el documento de derechos humanos de mayor importancia elaborado en el último cuarto del siglo XX, pues dejó claramente

(5) Charlotte Bunch y Roxana Carrillo, líderes de la organización de ese movimiento, en la clase “Women’s Organizing for Change”, de la Maestría en Mujer y Desarrollo que cursé entre 1996-1997 en el Institute of Social Studies, La Haya. La estrategia se elaboró entre los años que transcurrieron entre la Conferencia de la Mujer de Copenhague (1980) y la Conferencia de Derechos Humanos de Viena (1993) que permitió llegar a la Declaración de Viena.

(6) Durante mi maestría en “Women & Development”, en el Institute of Social Studies en La Haya (1996/1997), pude ver una filmación del tribunal de casos de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que tuvo lugar en la Conferencia Mundial de Viena en 1993.

establecido el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos humanos y comprometió a los Estados a promover y proteger todos los derechos humanos de todas las personas sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales (...). Fue el inicio de un proceso que aseguró que se aprobara el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* —1966—, que entró en vigor en mayo de 2013 (...). Fue el preludio de otros adelantos ya que fortaleció el impulso para crear la *Corte Penal Internacional*, en 1998 (...). Reconoció mundialmente el rol de las instituciones nacionales de derechos humanos como importantes promotores independientes de los derechos humanos (...). El reconocimiento del papel central que desempeñaban las organizaciones no gubernamentales fue un tema distintivo de la Conferencia de Viena (...). La Conferencia de Viena permitió hacer de los derechos humanos un tema central del debate mundial sobre la paz, la seguridad y el desarrollo, y también establecer un marco jurídico internacional de derechos humanos dotado de mecanismos internacionales de derechos humanos, lo que incluye el Consejo de Derechos Humanos, sus procedimientos especiales y el novedoso examen periódico universal, y los diez órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos” (2013: 11-13).

La tabla N° 1 presenta una breve reseña de los hitos importantes para los derechos humanos de las mujeres.

Tabla N° 1

Reseña de hitos importantes para los derechos humanos de las mujeres

1975 a 1995	Cuatro Conferencias Mundiales de la Mujer organizadas por Naciones Unidas (I México 1975, II Copenhague 1980, III Nairobi 1985, IV Beijing 1995)
1979	Convención ONU de la Mujer (CEDAW)
1989	Expansión de la jurisprudencia interamericana de la Responsabilidad del Estado “Velásquez Rodríguez, Ángel Manfredo vs Honduras”, por los actos de actores particulares. Sentencia del 21 de julio de 1989, serie C N° 4.
1990	Convención Internacional de los Derechos del Niño (y de la Niña).
1992	Recomendación General N° 19/92 del Comité CEDAW, inclusión de la violencia contra las mujeres en la definición de discriminación. Especificaciones sobre la debida diligencia.
1993	Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

1993	Declaración y Programa de Acción de Viena, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas” y Plan de Acción.
1994	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belem Do Pará
1994	Creación de la Relatoría Especial de Violencia contra las Mujeres, sus Causas y Consecuencias en el ámbito de las Naciones Unidas.
1998	“Estatuto de Roma” de la Corte Penal Internacional, que dispone que la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y toda otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, en situaciones de contexto de conflictos armados constituyen crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra (artículos 7 (1) (g); 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi).
2001	Sentencia Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia violación y prostitución forzada crimen de lesa humanidad en el caso N° IT-96-23 & IT-96-23(1), “Fiscal vs Kunarac et al — Foča”, sentencia del 22 de febrero de 2001.
2001	Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se resolvió la responsabilidad estatal del Estado de Brasil en el caso “María da Penha vs Brasil” (violencia doméstica con dos intentos de homicidio a la esposa).
2001	Amnistía Internacional en su Campaña Internacional contra la Tortura declara que a la violencia doméstica puede constituir tortura en ciertas circunstancias.
2002	Directrices para la Protección Internacional: persecución basada en el género, en el contexto de la Convención de 1951 y el Estatus de Refugiados (ONU-ACNUR).
2010	Grupo de Trabajo sobre la discriminación de la mujer en las leyes y en la práctica, creado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
2017	Recomendación General N° 35/17 del Comité CEDAW sobre Violencia basada en el género contra las mujeres, actualización de la Recomendación General N° 19/17.

Fuente: Elaboración propia en base a la bibliografía de este artículo.

III.2. Problemas con la interpretación de las normas

Desde 1948 se reconocen los derechos humanos de las “personas”; no obstante, en su aplicación al juzgamiento de las violaciones de los derechos humanos que sufrían las mujeres se observó que la utilización de la palabra “humanidad” partía de un concepto androcéntrico donde se equiparaba la palabra “humano” a “hombre”. Los principales obstáculos hallados en la aplicación de instrumentos internacionales “universales de género neutro” en este campo de acuerdo con varias autoras (Thomas y Beasley, 1993; Pickup y otras, 2001; Bunch, 1995; Facio, 1997), se relacionan con la conceptualización de derechos humanos, de la familia y a la aplicación de normas internacionales.

La *definición de derechos humanos* reflejaba la clase mundial dominante y el tipo de violaciones a los derechos humanos que quienes pertenecían a esa clase sufrían. Por su parte, la *noción de familia* no tomaba en cuenta los desequilibrios de poder existentes dentro de ella, e impedía cualquier escrutinio público del accionar que sus integrantes hacían en su interior. Aún más, se daba una *aplicación restringida de los derechos humanos* puesto que solamente se utilizaban para juzgar las violaciones cometidas en la esfera pública y por agentes estatales, donde eran los hombres quienes mayoritariamente sufrían violaciones a sus derechos. También las *definiciones de abuso de poder y de la esfera política* eran discutibles pues se hallaban definidas en términos de las experiencias de los hombres oprimidos por el Estado.

Todos esos nudos críticos constituyeron barreras para el ejercicio real de los derechos humanos de las mujeres y fueron sacudidos por la alianza estratégica del movimiento internacional feminista y de mujeres que incidió positivamente en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU que emitió la *Declaración de Viena*.

A partir de la Declaración de Viena, los derechos humanos de las mujeres quedaron instalados en la agenda de los organismos internacionales y desde allí fueron incorporándose a las agendas nacionales. Se sucedieron en la misma década otros instrumentos internacionales “específicos sobre las mujeres” que visibilizaron los derechos humanos de las mujeres, y permitieron juzgar sus violaciones y abrir la posibilidad para petitionar asilo político en el extranjero para aquellas mujeres cuyos Estados no les garantizaban protección frente a los abusos cometidos por actores privados en sus territorios.

III.3. Estándares jurídicos internacionales de Derechos Humanos y las obligaciones de los Estados

En este acápite presento la definición de estándares jurídicos internacionales de derechos humanos, para luego presentar algunos de los instrumentos normativos y jurisprudencia internacional que considero más relevantes para el campo de la violencia de género contra las mujeres. De acuerdo a la CIDH:

“(…) los Estándares Internacionales de Derechos Humanos sirven de guía para los Estados Miembros de la OEA sobre cómo cumplir con diversas obligaciones relacionadas a la igualdad de género, y puede funcionar como un recurso e instrumento importante para el trabajo de abogacía y monitoreo de las organizaciones de la sociedad civil, etc. (...)” (CIDH, 2011: 3-4).

Los estándares jurídicos internacionales de derechos humanos están compuestos por:

“(...) decisiones de fondo, informes temáticos y de país y otros pronunciamientos jurídicos de la CIDH, (...) sentencias de la Corte IDH. Asimismo comprende las decisiones contenidas en los instrumentos marco del sistema interamericano, como la Declaración Americana, la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos interamericanos de derechos humanos relevantes para la igualdad de género y los derechos de las mujeres” (CIDH, 2011: 4).

Seguidamente enuncio algunas de las principales normas del sistema internacional y regional de derechos humanos, convenciones y declaraciones sobre derechos humanos de las mujeres y, en la siguiente sección, se incluyen jurisprudencia y decisiones emanadas del sistema interamericano de derechos humanos.

III.3.1. Normas internacionales (7)

Desde 1948 los derechos humanos de las personas son reconocidos internacionalmente, y desde 1969 a nivel interamericano. El marco jurídico internacional aplicable a los casos de violaciones a los derechos humanos de las mujeres, especialmente a la violencia contra la mujer y a la discriminación hacia ella, incluyen entre otros instrumentos internacionales y regionales los siguientes: el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* (de 1966); el *Pacto internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (de 1966); CEDAW (de 1979); el *Protocolo Facultativo CEDAW* (de 1999); las *Recomendaciones Generales* N° 15, 18, 19, 21, 24, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 emitidas por el Comité CEDAW (8); la *Convención Internacional de los Derechos del Niño(a)* (de 1989); *Belém do Pará*; la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing* (ONU, 1995); la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas* (de 2006); la *Resolución N° 1325* del Consejo de Seguridad de la ONU, etc.

Los instrumentos internacionales vinculantes para los Estados y complementarios entre sí en materia de no discriminación y de acceso a una vida libre de

(7) Para leer una exhaustiva presentación de la normativa aplicable ver la elaboración de esta autora, en el *Plan de Acción de Uruguay para una Vida Libre de Violencia de Género* CCLCVD (2015: 19-26).

(8) Entre 1988 a 2017 el Comité CEDAW emitió 35 *Recomendaciones Generales*, y numerosos informes periódicos país por país. A partir de la entrada en vigencia del *Protocolo Facultativo de la CEDAW* en la década del 2000, el Comité recibe y substancia comunicaciones (peticiones) de personas o grupos de personas que alegan ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención por parte del Estado signatario, siempre que se haya agotado la vía judicial en el país.

violencia hacia las mujeres son la *CEDAW* y *Belém do Pará*. Estas dos convenciones internacionales, una mundial y la otra para el continente Americano, sumada a otros importantes instrumentos internacionales brindan una guía para la elaboración de políticas públicas y para la interpretación normativa en casos individuales de violencia de género. Entre estos estándares se incluyen los Informes producidos por el MESECVI, el Primero y Segundo Informes Hemisféricos (MESECVI, 2008b; 2012), y el Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI (MESECVI, 2016).

III.3.2. Convención Internacional para la eliminación de toda forma de discriminación hacia la mujer 1979

Para Facio (1997; 2009) la CEDAW es el instrumento universal más importante de protección de los derechos humanos de las mujeres debido a todos los adelantos que trajo en materia de reconocimientos de sus derechos y de exigencia de los mismos a los Estados. CEDAW fortalece el concepto de indivisibilidad de los derechos humanos, y al precisar que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas de la existencia de un derecho (reconocimiento, goce o ejercicio), obliga a los Estados a: a) reconocer, b) proveer condiciones materiales y espirituales para hacer posible la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, y c) crear mecanismos para que las mujeres puedan denunciar su violación y lograr resarcimiento.

CEDAW implanta el concepto jurídicamente válido de *discriminación*, la cual puede ser *directa o indirecta*, y acaecer en cualquier ámbito, ya sea público o privado para alcanzar igualdad en materia familiar, laboral, de derechos sexuales y reproductivos, y en la participación política, etcétera. La convención define *la igualdad formal y la igualdad sustantiva*, y brinda herramientas para alcanzar esta última con las *medidas de acción afirmativa, o medidas especiales de carácter temporal*. Estas acciones buscan acelerar los cambios hacia la eliminación de la discriminación entre hombres y mujeres.

El Comité CEDAW dispuso también que la violencia de género contra las mujeres integra el artículo 1º de la CEDAW, y que la misma constituye el principal obstáculo para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres. Exige el tratamiento sin discriminación y en igualdad de condiciones con los hombres en todos los espacios de la vida y relaciones de las mujeres. Otro aporte de la Convención y del Comité de la CEDAW es el haber identificado que muchas veces, los patrones socio-culturales y las tradiciones culturales y preceptos religiosos pueden presentar obstáculos para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, y por ello, crea la obligación de erradicar aquellos que sean desvalorizadores de las mujeres y de las niñas, y de sus roles. Específicamente la CEDAW prohíbe a los Estados invocar las

tradiciones, la costumbre y la religión como justificación para evitar cumplir con la Convención. Las Recomendaciones Generales de este Comité han colaborado en ampliar los conceptos de discriminación, y en señalar cómo los Estados deben actuar específicamente en la violencia de género con mujeres con discapacidad, con VIH/SIDA, mujeres rurales, migrantes, en relación el acceso a justicia, entre otros temas.

III.3.3. Recomendaciones generales N° 19/1992 y N° 35/2017 del Comité CEDAW

El Comité CEDAW emite *Recomendaciones Generales* por temas, y sugerencias particulares en ocasión de la evaluación que efectúa el comité de los informes periódicos que presentan los Estados parte cada cuatro años, en cumplimiento con CEDAW. El objetivo que persigue el Comité CEDAW es asistir a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones con la Convención.

La *Recomendación General N° 19/1992* se refiere a la violencia hacia la mujer, y dispone que ésta forma parte de la definición de la discriminación hacia la mujer (párrafos 6 y 7)

“6. En el artículo 1 de la Convención se define la discriminación contra la mujer. En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. (...) La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención, independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no.

7. La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce por la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de convenios específicos de derechos humanos, constituye discriminación, tal como se entiende en el artículo 1 de la Convención (...).”

Esta recomendación también menciona a la violencia en la familia como una de las formas más insidiosas de violencia sufrida por las mujeres (párrafo 23) y recuerda a los Estados Parte su compromiso de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por personas, organizaciones o empresas.

Uno de las principales contribuciones de la *Recomendación General N° 19/1992* fue disponer que los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la *debida diligencia* para impedir la violación de los

derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas (párrafo 9). Esta recomendación sugiere la creación una serie de servicios de atención para las personas afectadas por la violencia de género, tales como el *ingreso a un albergue, asesoramiento y programas de rehabilitación, para garantizar que las víctimas de violencia en la familia estén sanas y salvas* (párrafo 24).

La Recomendación General N° 35/2017 sobre violencia basada en el género contra las mujeres, y actualización de la Recomendación General N° 19/92:

La *Recomendación General N° 35* del Comité CEDAW surge en el veinticincoavo aniversario de la *Recomendación General N° 19*, para actualizar y completar la misma, y brindar más guías a los Estados parte de *CEDAW* para eliminar la violencia de género contra las mujeres. Este instrumento aporta una armonización de un cuarto de siglo de producción de estándares internacionales de derechos humanos en materia de violencia de género hacia las mujeres, y en base a ello actualiza el concepto de violencia contra las mujeres, la causa y la naturaleza de la misma.

La *Recomendación General N° 35* recuerda que la violencia de género contra las mujeres es una violación a los derechos humanos, que constituye discriminación y un instrumento para mantener la desigualdad entre hombres y mujeres. Este instrumento enumera algunas de las formas en que se puede manifestar el fenómeno, tales como la violencia doméstica, la trata de mujeres y niñas para explotación sexual y/o laboral, las prácticas tradicionales nocivas, y remarca cómo varias de estas formas de violencia, en ciertas circunstancias pueden constituir “tortura” (por ejemplo, la violación a los derechos sexuales y reproductivos; y la violencia doméstica). Finalmente, la recomendación precisa que la violencia de género contra las mujeres comprende a “las mujeres” en todas sus diversidades y en todos sus ciclos de vida, y ubicaciones geográficas, precisando que estas diferencias pueden repercutir en discriminaciones múltiples o discriminaciones interseccionales que deben ser tenidas en cuenta por los Estados al momento de cumplir con sus obligaciones de eliminar la violencia de género contra las mujeres.

La *Recomendación General N° 35* recuerda las obligaciones de los Estados en materia de violencia de género contra las mujeres, especificando en qué consisten éstas de acuerdo a cada uno de los poderes del Estado, tanto en materia de asistencia, de prevención, y de sanción como en reparación de los daños causados a las víctimas. El documento se explaya sobre las obligaciones del Estado por acciones u omisiones realizadas directamente por sus agentes, o por actores privados contratados por el Estado, ya sea en el territorio nacional o extraterritorial, y se refiere también a la responsabilidad estatal por las acciones u omisiones de los actores privados cuando el Estado no cumple con la debida diligencia en prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género contra las mujeres.

En las recomendaciones a los tres poderes de los Estados el Comité CEDAW hace hincapié en: garantizar el acceso a mecanismos de investigación y sanción de los actos de violencia de género contra las mujeres en todas sus instituciones; en asegurar la existencia de mecanismos de efectivo acceso a la justicia, evitando utilizar la mediación obligatoria en casos de violencia de género. El documento puntualiza la obligación Estatal de armonizar su legislación interna con respecto a CEDAW, derogando leyes discriminatorias, penalizando penalizar la violación marital y abusos sexuales y violación por conocidos, asegurando que las normas procesales incluyen el contexto coercitivo en que se producen estos hechos. Este Comité recomienda también trabajar en la prevención mediante la educación en género y derechos humanos obligatoria y en todos los planes educativos desde jardín de infantes hasta universitarios; programas de toma de conciencia sobre la violencia de género contra las mujeres, y sobre los estereotipos sexistas, entre otros temas, dirigidos a mujeres y hombres; servicios; líderes religiosos; agresores para prevenir la reiteración de la violencia; medios de comunicación; formación obligatoria a funcionarios judiciales, policiales y forenses, para mejorar su respuesta y evitar que re-victimicen a las mujeres y niñas, comprendiendo el trauma, la dinámica de la violencia de género contra las mujeres, sus causas, y los impactos diferenciales que produce de acuerdo a las diferentes interseccionalidades, entre otras medidas.

III.3.4. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres “Belém do Pará” (1994)

La *Convención Belém do Pará* constituye un punto decisivo en la defensa de los derechos humanos de las mujeres en el continente, y en el mundo (9). Esta fue la primera Convención internacional que abordó específicamente al problema de la violencia contra las mujeres e instauró la obligación de los Estados de proteger *el derecho de la mujer a una vida libre de violencia*, brindando a cualquier mujer u organización de la sociedad civil (artículo 12) la posibilidad de denunciar internacionalmente al Estado por incumplimiento de los deberes asumidos en la Convención.

Esta Convención, en su artículo 7 instituye las *medidas inmediatas* que debe tomar el Estado para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres desde los estereotipos y sus causas, hasta la existencia de normas jurídicas y prácticas administrativas discriminatorias, que el Estado debe revisar y modificar. En tanto que, en su artículo 8 propone *medidas progresivas*, pues tomarán más tiem-

(9) Hasta la sanción de la *Convención del Consejo de Europa sobre Violencia Doméstica y Violencia contra las Mujeres “Convención de Estambul”*, en 2011, *Belém do Pará* era la única convención internacional que abordaba específicamente las violencias contra las mujeres.

po, ya que buscan transformar la cultura, la formación de las/os funcionarias/os que responden a mujeres individuales por hechos de violencia doméstica, la reeducación de los agresores, la creación de servicios especializados para asistir a las mujeres y a las niñas, etcétera. Para llevar adelante estas medidas a largo plazo el MESECVI asentó la necesidad de contar con Planes Nacionales de Acción, que involucraran a todas las instituciones del Estado y a la sociedad civil, para que planifiquen las acciones, efectúen su seguimiento, monitoreo y evaluación en forma articulada y coordinada.

La *Convención Belém do Pará* en su artículo 9 hace hincapié en que los Estados tengan en cuenta las “discriminaciones múltiples” o “interseccionalidad” de cada mujer en particular, aquellas particulares que las pueden hacer más vulnerable a la violencia de género, y que se traducen en afectaciones diferenciadas de sus derechos.

¿Qué logros se observan en América Latina y el Caribe después de veinte años de vigencia de la *Convención Belém do Pará*?

La *Convención Belém do Pará* ha logrado la sanción de leyes integrales de protección contra la violencia contra la mujer y la tipificación penal del delito de femicidio. En 1994, sólo 9 de los 34 Estados de la región tenían algún tipo de legislación para prevenir y responder a la violencia contra la mujer en el marco de la familia. Estas leyes se conocen como “*leyes de primera generación*”, y empleaban una definición estrecha de violencia contra la mujer ya que protegían solamente de la violencia ocurrida en el seno de la “la familia”. Esta situación fue mejorada gracias a las recomendaciones del *Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (en adelante MESECVI) sobre reformas legislativas.

Las recomendaciones de los Informes del MESECVI (2008b, 2012, 2016) ofrecen sugerencias específicas para que los Estados cumplan con las obligaciones asumidas al ratificar *Belém do Pará* a través de políticas públicas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, que se concentran en las áreas de legislación, planes nacionales, acceso a la justicia, estadísticas, presupuesto, crear servicios especializados, etcétera. Estas recomendaciones, además, fomentan la participación de la sociedad civil en la elaboración, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas adoptadas; la intersectorialidad; la coordinación de las instituciones y la descentralización de los servicios. Fue a través de las recomendaciones del MESECVI en forma individual y en sus informes hemisféricos al igual que en la declaración sobre femicidio del CEVI (MESECVI, 2008a) que se observó una nueva ola de reformas legislativas llamadas “*leyes de segunda*”

generación”(10). Estas leyes se caracterizan por incluir un concepto amplio de violencia de género contra las mujeres, en consonancia con la definición de la *Convención Belém do Pará*. Uno de los aportes más importantes de *Belém do Pará* fue el *haber ampliado la definición de violencia contra las mujeres*, extendiéndolo al reconocimiento y abordaje de la violencia en la comunidad y la violencia estatal o tolerada por el Estado.

Cada vez más Estados cuentan con mejores sistemas de estadísticas y de registro de casos, con Planes Nacionales de Acción, y progresivamente van tipificando el “*femicidio/feminicidio*”(11) (MESECVI, 2014a).

III.3.5. Plataforma de Acción de Beijing (1995)

La *Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing*, 1995, elaborada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas (en adelante Beijing) identificó doce áreas estratégicas prioritarias a las que deben dirigirse los esfuerzos de los Estados para lograr la plena autonomía y autovalimiento de las mujeres a saber: A) mujeres y pobreza; B) educación y capacitación para las mujeres; C) mujer y salud; D) violencia contra las mujeres; E) mujer y conflicto armado; F) mujer y la economía; G) mujer en el poder y en la toma de decisiones; H) mecanismos institucionales para el progreso de las mujeres; I) derechos humanos de las mujeres; J) mujer y los medios de comunicación; K) mujer y el medio ambiente, y L) la niña.

Beijing hace énfasis en la autonomía de las mujeres en tres dimensiones interrelacionadas: la autonomía física, la autonomía económica y la autonomía en la toma de decisiones; y la de toma de decisiones, y por lo tanto, las estrategias de enfrentamiento de la violencia se dirigen a potenciar estas áreas. Beijing visibiliza el rol de los medios de comunicación y la importancia de la lucha contra la prostitución forzada y la trata de mujeres y niñas para explotación sexual.

(10) A mayo de 2017 se han sancionado leyes integrales para una vida libre de violencia contra las mujeres en once países de América Latina: México en 2007, Guatemala, Venezuela y Colombia en 2008, Costa Rica y Argentina en 2009, El Salvador, 2010, Bolivia, 2011, Nicaragua, 2012, Perú 2015, Paraguay, 2016. En abril de 2016, Uruguay presentó un proyecto de ley integral sobre violencia de género que se encuentra, al momento de escribir este artículo en su discusión en el parlamento. También Ecuador se halla en un proceso similar de legislación.

(11) Hasta el año 2017, los países que han tipificado el femicidio/feminicidio ya sea como delito autónomo, o como agravamiento de la figura penal del homicidio, son: Costa Rica en 2007; Guatemala, en 2008; Colombia en 2009; El Salvador en 2010; Chile, Perú, México DF y Bolivia en 2011; Nicaragua, Argentina, Honduras en 2012; Panamá, Ecuador, República Dominicana, y Venezuela, en 2013; Brasil, en 2015; Paraguay, en 2016. El proyecto de Ley Integral para una Vida Libre de Violencia de Género de Uruguay contiene una tipificación del femicidio.

Los compromisos de la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing* incluyen están integrados por la promoción de la: *la independencia económica de la mujer*, incluido su empleo, y en la erradicación la carga persistente y cada vez mayor de la pobreza que recae sobre las mujeres, combatiendo las causas de la misma mediante cambios en las estructuras económicas, garantizando la igualdad de acceso a todas las mujeres, tanto de las zonas rurales como de las zonas urbanas, como agentes vitales del desarrollo, a los recursos productivos, oportunidades y servicios públicos (ONU, 1995, Declaración: párrafo 26).

“Garantizar el acceso de las mujeres en condiciones de igualdad a los recursos económicos, incluidos la tierra, el crédito, la ciencia y la tecnología, la capacitación profesional, la información, las comunicaciones y los mercados, como medio de promover el adelanto de las mujeres y las niñas y la potenciación de su papel, incluso mediante el aumento de su capacidad para disfrutar de los beneficios de la igualdad de acceso a esos recursos para lo que se recurrirá a, entre otras cosas, la cooperación internacional” (ONU, 1995: 35).

Beijing también introdujo la “transversalización de género” o “*gender mainstreaming*” como requisito para poder llevar adelante las acciones y políticas sugeridas en la Plataforma de Acción.

“Preparar *programas y estrategias multisectoriales que tengan en cuenta el género* para poner fin a la subordinación social de las mujeres y las niñas y garantizar su potenciación e igualdad social y económica” (ONU, 1995, Plataforma de Acción: párrafo 108[e]).

Periódicamente los Estados presentan sus progresos en el cumplimiento de la Plataforma de Acción de Beijing y firman a su vez nuevos acuerdos, como Beijing+20 renovando sus compromisos y proponiendo nuevas herramientas para alcanzar los objetivos trazados en 1995.

III.4. Obligaciones para los Estados

Las *obligaciones de los Estados* en relación a los derechos humanos de las mujeres derivan de los estándares jurídicos internacionales de derechos humanos tanto a nivel regional como universal, y consisten en: 1) respetar, 2) garantizar, 3) proteger, 4) investigar, sancionar y prevenir, 5) actuando con la debida diligencia y 6) la obligación de no discriminación.

La *obligación de respeto* implica el deber de no causar daño; y si el daño se produce, la obligación se extiende a su reparación. La reparación busca a volver la situación al estado anterior de la violación del derecho, y si esto no es posible, entonces se debe indemnizar el daño.

La *obligación de garantía* incluye el deber de proteger, y de *adecuar las disposiciones del ordenamiento interno*, e incluye asegurar el acceso a la justicia, y a la investigación y sanción de los hechos de violencia de género contra las mujeres. Este *deber de garantía* significa que el Estado debe asegurar a todas las personas que habitan su territorio el goce de los derechos humanos, brindando las condiciones materiales para que las mujeres logren su autonomía económica, física y en la toma de decisiones. El *deber de garantía* incluye también la obligación de crear los recursos materiales en un sentido amplio para que las mujeres y las niñas puedan acceder a la justicia, tales como crear mecanismos judiciales efectivos, adecuados, imparciales y gratuitos para que las mujeres y las niñas puedan denunciar allí la vulneración a sus derechos, obtener la reparación y la indemnización por los daños sufridos; y contar con patrocinio jurídico gratuito especializado.

La *obligación de actuar con la debida diligencia* trae para el Estado la obligación de tomar todas las medidas necesarias para investigar, prevenir y castigar las violaciones a los derechos humanos y evaluar si el Estado ha hecho lo suficiente por impedir que las mujeres sean potenciales víctimas de violencia y discriminación.

Por su parte, la *responsabilidad internacional del Estado* (12) por violación al derecho internacional de derechos humanos surge al tolerar, no perseguir, no investigar, no castigar y no prevenir la violencia de género contra la mujer por actores privados, en la comunidad y en el hogar; como también, por la acción directa de alguno de sus actores estatales y/o complicidad con el accionar de actores privados.

Por último, la *obligación de no discriminación* implica que todos los organismos Estatales deben analizar su legislación y prácticas para eliminar toda forma de discriminación hacia la mujer contenida en las mismas, y en su protección de los derechos humanos de las mujeres actuando sin estereotipos sexistas y evitando discriminar.

No obstante los indiscutibles avances en materia de aprobación y ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos específicos para las mujeres y que, mejoraron los problemas de interpretación de los derechos humanos “género-neutros” apuntados precedentemente, persisten nudos críticos para su implementación, tales como cuestiones religiosas, el sexismo y la misoginia impregnadas en la cultura, la pobreza y la discriminación por género, edad y ciclo de vida, orientación sexual, nacionalidad, estado migratorio, etnia, etc., los conflictos armados y las “nuevas formas de la guerra” (Segato, 2017).

(12) En la sección IV. 1. 1, IV. 1. 2. y IV. 1. 3. de este artículo abordo el tema de la responsabilidad internacional del Estado a través de algunos casos jurisprudenciales y decisiones emitidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Diversos informes hacen referencia a los obstáculos para el acceso a la justicia para las mujeres y niñas que enfrentan hechos de violencia de género en las Américas, y en Argentina en particular (CIDH, 2007; MESECVI, 2008b; 20012; 2014b; 2016; CEDAW, 2016; Šimonović, 2016), señalando que a pesar de los desarrollos en la legislación nacional alcanzados por los Estados en América Latina y el Caribe, persiste un abismo entre la letra de la ley y su aplicación, siendo su causa, entre otros, los prejuicios y estereotipos sexistas de las/os operadoras/es judiciales. Estas creencias funcionan como obstáculos para que las mujeres puedan acceder a la justicia; sumado a la discriminación e inaccesibilidad a los juzgados y servicios para las mujeres rurales, indígenas, afrodescendientes, y a la revictimización que sufren las mujeres y sus familiares. La revictimización hallada incluye el descreimiento en los dichos de las víctimas, y la falta de garantías de protección para después de formulada la denuncia. La CIDH halló otro nivel de obstáculos en el acceso a justicia para las mujeres víctimas de violencia concentrado en las irregularidades y deficiencias en las investigaciones y juzgamientos; mecanismos de protección inefectivos; instituciones especializadas insuficientes, barreras de información y acceso por distancias geográficas; y falta de capacitación de las/os operadoras/es jurídicos, entre otros. Estos nudos críticos llevan a la prevalencia de una impunidad generalizada para los hombres que agreden a mujeres y niñas, ya sean agentes estatales o actores privados (CIDH, 2007).

En este sentido, la tangible impunidad de los actos de violencia hacia las mujeres ha sido identificada como un elemento que perpetúa la violencia contra las mujeres y las niñas pues envía una señal de tolerancia de estas agresiones:

“86: (...) la impunidad de los delitos contra las mujeres y las niñas envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de la administración de justicia, mientras que el mensaje en contrario, alienta a las víctimas, a sus familiares y las organizaciones que trabajan en el tema a continuar fortaleciendo los mecanismos de protección de las mujeres y las niñas” (MESECVI, 2014b: 26).

“24: b) (...) El fracaso de un Estado parte en tomar las medidas adecuadas para prevenir actos de violencia de género contra las mujeres cuando sus autoridades conocen o deberían saber del riesgo de la violencia, o fracasan en investigar, procesar y castigar, y en brindar reparación a las víctimas/sobrevivientes de tales actos, ofrece el permiso tácito o el estímulo a los actos de violencia basada en el género contra las mujeres. Estos fracasos u omisiones constituyen violaciones a los derechos humanos” (CEDAW, 2017: 8).

IV. Jurisprudencia Internacional de Derechos Humanos de las mujeres y el potencial del Derecho Internacional para las mujeres

CLADEM (2011a y b) y CEJIL (2012) sostienen que el litigio internacional ante el Sistema Interamericano es un proceso largo y costoso, que se encuentra actualmente colapsado por la gran demanda que tienen especialmente desde la década de los años 90, y por la falta de cumplimiento adecuado por los Estados parte de la OEA con su aporte al financiamiento del

“(...) el tiempo estimado entre la CIDH y la Corte IDH es de un mínimo de nueve años, y aún sin considerar honorarios profesionales el costo del procedimiento ascendía a dólares americanos 54.000 (13) en 2010 (...)” (CEJIL, 2012: 105).

Sumado a los inconvenientes planteados fue documentado que no siempre los resultados de los litigios son oportunos o favorables al avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres (CLADEM, 2011a).

Entiendo que las limitaciones expuestas no opacan el potencial para el acceso a la justicia que representa el litigio internacional. Este es una puerta que se abre por encima de las corrupciones locales (de género, de clase, de partidismo político, etcétera), siendo las decisiones de la Corte CIDH vinculantes y de cumplimiento obligatorio para los Estados parte. Los resultados de las decisiones de la CIDH y de la Corte IDH tienen variable repercusión y eficacia en erosionar las situaciones de vulneraciones de derechos humanos que causaron la responsabilidad internacional del Estado (CEJIL, 2012), lo cual se efectúa mediante recomendaciones que son obligatorias a los Estados en materia de políticas públicas orientadas a brindar una solución estructural al patrón sistemático de violación a los derechos humanos que fuera objeto de investigación y decisión ante el sistema, como muestro en la siguiente sección (14).

IV.1. Avances Jurisprudenciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En esta sección abordaré sucintamente alguno de los principales avances jurisprudenciales en materia de derechos humanos de las mujeres observados en el

(13) Considero que esta suma correspondería fundamentalmente al costo de pasajes y estadías desde el país de origen a Washington DC (Estados Unidos), o a San José de Costa Rica (Costa Rica), sedes de la CIDH y de la Corte IDH respectivamente, para participar de las audiencias dentro del proceso iniciado con la denuncia internacional.

(14) Por razones de espacio no abordo aquí la jurisprudencia de otras jurisdicciones internacionales. Recomiendo leer la decisión del Comité CEDAW en *A.T. vs. Hungría*, Comunicación N° 2/2003 del 2005; y la *Recomendación General* N° 35 del Comité CEDAW que presenta una síntesis de la jurisprudencia desarrollada por el Comité CEDAW desde el año 2000 hasta el presente (CEDAW, 2017).

Sistema Interamericano de derechos humanos, los que han sido particularmente notables a partir de los últimos años de la década del 90 en adelante.

Dos organizaciones no gubernamentales —Comité para América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres, CLADEM y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)— acompañando las denuncias en muchos de los casos emblemáticos, y la estrategia procesal seguida por estas organizaciones no gubernamentales sugiere que se trata de situaciones de violaciones a los derechos humanos que sirven para evidenciar un problema social que vulnera los derechos humanos de las mujeres. De esta manera, las ONG a través del litigio internacional buscan trascender la reparación del caso individual y conseguir de los organismos internacionales recomendaciones para los Estados que se traduzcan en cambios estructurales sobre la situación denunciada (CLADEM, 2011a).

Al revisar la jurisprudencia emanada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) resulta llamativo encontrar que, pese a su prevalencia, no existen muchos fallos referidos a la violencia de género contra la mujer (CLADEM, 2011b). La violencia perpetrada por los agentes estatales representa la mayor parte de los casos del sistema, y si bien la mayoría de las víctimas de los actos de violencia fueron hombres, desde los inicios del SIDH se reportaron casos por detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de mujeres. Los casos de vulneración de derechos por actos de violencia en el ámbito privado han sido menos denunciados ante el SIDH, habiéndose producido solamente informes de la CIDH al respecto.

En relación a la materia de violencia de género contra las mujeres y las niñas el SIDH emitió jurisprudencia sobre diversas formas de esta violación a los derechos humanos cometidas en el ámbito público en manos de agentes del Estado; en el ámbito privado y en el ámbito comunitario.

Los temas sobre los cuales el SIDH se expidió fueron la debida diligencia en la investigación sobre la violencia contra las mujeres; el deber del Estado de proteger a las niñas y mujeres frente a la violencia de género; la obligación del Estado de prevenir la violencia de género, y en especial el feminicidio; la violencia doméstica; la discriminación; los estereotipos de género sexistas, que impactan en la sociedad conyugal (violencia económica); las niñas y adolescentes; la violencia de género contra las mujeres indígenas; la violencia sexual y la desnudez como tortura, y el feminicidio.

IV.1.1. Jurisprudencia sobre violencia sexual

En los casos “Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú (fondo, reparaciones y costas)”, sentencia de la Corte IDH del 25 de noviembre de 2006; “Ana, Beatriz y Celia

González Pérez *vs.* México”, caso N° 11.565, Informe N° 53/01 de la Comisión IDH del 4 de abril de 2001, y “Rosendo Cantú y otra *vs.* México (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)” sentencia de la Corte IDH del 31 de agosto de 2010, el SIDH halló la responsabilidad internacional de los Estados de Perú y de México por hechos de violencia de género contra mujeres por el accionar directo de sus agentes (penitenciarios y ejército, respectivamente) quienes cometieron actos de violencia física, psicológica y sexual contra mujeres. En el caso del “Penal Miguel Castro Castro” se trató de *mujeres privadas de su libertad*, algunas de ellas *embarazadas* y/o *madres* y, en los casos de “Ana, Beatriz y Celia González Pérez *vs.* México” y “Rosendo Cantú y otra *vs.* México”, se trató de ataques sexuales a *mujeres indígenas*, agravado porque algunas de las víctimas eran *niñas*. En el caso de las hermanas González Pérez se sumó también la privación ilegítima de la libertad.

Los contextos generales en que se produjeron las violaciones a los derechos humanos de las mujeres y las niñas en Perú y en México se compadecían con violencia contra las mujeres en el marco de conflictos armados. En los tres casos el SIDH constató que los Estados fueron responsables de haber violado el debido proceso ante la ley y las garantías judiciales. En los dos casos contra México, además, se demostró que las investigaciones no cumplieron con la obligación de ser conducidas con la debida diligencia.

Respecto a “Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú” se trató de *un ataque por fuerzas estatales intencional y dirigido a mujeres* —y luego a hombres que las ayudaron, en pabellones del penal— a quienes se sospechaba vinculadas a un grupo insurgente.

La Corte IDH desarrolló un concepto amplio de *violencia sexual como tortura* que incluye la *desnudez forzada bajo la observación constante de personal de seguridad armado*.

“304. Se probó que en el Hospital de la Policía los internos heridos, quienes se encontraban en deplorables condiciones, fueron además desnudados y obligados a permanecer sin ropa durante todo el tiempo que estuvieron en el hospital, que en algunos casos se prolongó durante varios días y en otros durante semanas, y se encontraron vigilados por agentes armados (*supra* párr. 197.49). (...)”

306. (...) dicha desnudez forzada tuvo características especialmente graves para las seis mujeres internas (...) además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que

califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres. La Corte (...) considera que **la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.**

307 (...) las mujeres (...) se hallaban sujetas al completo control del poder de agentes del Estado, absolutamente indefensas, y habían sido heridas precisamente por agentes de seguridad” (“Penal Miguel Castro Castro *vs* Perú”). (El destacado no pertenece al original).

En relación a la *penetración con los dedos de la mano* como violación y como tortura la Corte estableció que:

“309. (...) se ha probado que una interna fue trasladada al Hospital de la Sanidad de la Policía y fue objeto de una “inspección” vaginal dactilar, realizada por varias personas encapuchadas a la vez, con suma brusquedad, bajo el pretexto de revisarla (...).

310. (...) el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal (...). **Por violación también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril.**

311. La Corte reconoce que **la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprochable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente (...).**

312. Con base a lo anterior, y tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, este Tribunal concluye que **los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar (supra párr. 309) constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura (...)**” (“Penal Miguel Castro Castro *vs* Perú”). (El destacado no pertenece al original).

La Corte IDH además consideró como *trato degradante* que debido al ataque, las mujeres encontrándose heridas hubieran tenido que arrastrarse sobre sus vientres en el piso, debiendo pasar por encima de cadáveres, habiendo

sido esto particularmente denigrante para tres mujeres que se encontraban embarazadas.

Para las *mujeres embarazadas*, la violencia sexual y psicológica sufrida implicó también un sufrimiento específico que les hizo temer por la vida de sus hijos. Además, las *mujeres madres* se vieron muy afectadas, ya que terminado el ataque el Estado de Perú mantuvo a las madres incomunicadas sin posibilidad de contacto con sus hijos/as menores. En este punto la Corte IDH consideró que el Estado de Perú también violó el derecho a la integridad personal de los hijos/as menores de 18 años de las madres internas.

En los casos de las hermanas “Ana, Beatriz y Celia González *vs* México” y de “Rosendo Cantú *vs* México”, el SIDH (la CIDH y la Corte IDH, respectivamente) trató hechos de *violaciones sexuales a mujeres indígenas por parte de varios soldados* del ejército mexicano, dentro de *interrogatorios ilegales*, y en un *contexto general de conflicto armado*.

El SIDH en estos casos decretó que las *violaciones sexuales constituyeron tortura*, que se vieron agravadas por la condición de indígenas de todas ellas y, en dos casos por tratarse de niñas las víctimas.

“118. (...) **una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de las instalaciones estatales.** Esto es así ya que **los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura** no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a **la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto**, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos. (...) el Tribunal concluye que la violación sexual en el presente caso implicó una violación a la integridad personal de la señora Rosendo Cantú, **constituyendo un acto de tortura** en los términos de los artículos 5.2. de la Convención Americana y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura” (“Rosendo Cantú *vs* México”). (El resaltado me corresponde).

“51. Ana, Beatriz y Celia González Pérez **fueron sometidas sexualmente contra su voluntad en el marco de un interrogatorio ilegal, llevado a cabo por militares en una zona de conflicto armado, en el cual se las acusaba de colaborar con el EZLN.** La Comisión Interamericana, en el contexto del presente caso (...) también tiene por ciertas las amenazas de muerte y de nuevas torturas que profirieron los agresores al dejarlas en libertad (...). **Por la manera en que las atacaron, las acusaciones que les hicieron, y las graves amenazas, es**

razonable sostener que los militares quisieron humillar y castigar a las mujeres por su presunta vinculación a los rebeldes.

52. La Comisión Interamericana considera que **los abusos contra la integridad física, psíquica y moral de las tres hermanas tzeltales cometidos por los agentes del Estado mexicano constituyen tortura (...)** (“Ana, Beatriz y Celia González Pérez vs. México”). (El destacado no pertenece al original).

La Corte IDH y la CIDH establecieron que *la justicia militar no puede intervenir en la investigación de violaciones sexuales cometidas por miembros de sus fuerzas contra civiles*; y que por lo tanto el Estado de México no cumplió en los casos señalados con su deber de investigar y proteger ante la ley.

“156. La CIDH sostuvo que **no hay elementos que justifiquen la intervención de la justicia militar en la investigación de la denuncia de la violación sexual**. La justicia militar debe ser utilizada sólo para juzgar militares activos por la presunta comisión de delitos de función en sentido estricto. **En casos que involucren violaciones a derechos humanos, la jurisdicción penal militar no satisface los requisitos de independencia e imparcialidad previstos en el artículo 8.1 de la Convención Americana**” (“Rosendo Cantú vs México”). (El destacado no pertenece al original).

Las *connotaciones particulares de las víctimas* fueron también tenidas en cuenta en los casos en estudio:

“60. **Celia González Pérez tenía 16 años en el momento en que se perpetraron los hechos (...)**. La Comisión Interamericana considera que **la detención ilegal, seguida de los abusos físicos y de la violación sexual de la adolescente así como la subsiguiente impunidad de los responsables** que persiste hasta la fecha, **constituye una clara violación del deber del Estado mexicano de otorgarle la protección especial** que le garantizan la Convención Americana y los demás instrumentos internacionales aplicables” (“Ana, Beatriz y Celia González Pérez vs. México”). (El destacado no pertenece al original).

“201. (...) de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño. (...) **el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las**

investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, **máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.**

202. (...) considerando que la **señora Rosendo Cantú era una niña cuando ocurrieron los hechos, que no contó con las medidas especiales de acuerdo a su edad, y el reconocimiento de responsabilidad del Estado, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la protección especial por su condición de niña (...)** (“Rosendo Cantú vs México”). (El destacado no pertenece al original).

IV.1.2. Decisiones de la CIDH sobre violencia doméstica

Los casos “María Maia Fernandes da Penha vs Brasil” (Caso N° 12.051, Informe N° 54/01 del 16 de abril de 2001) y “Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs Estados Unidos” (Caso N° 12.626, Informe N° 80/11 del 21 de julio de 2011) son casos donde la CIDH investigó la responsabilidad estatal en hechos de violencia doméstica contra la mujer (y sus hijas). En ellos la CIDH que responsabilizó a los Estados denunciados por su omisión de actuar con la debida diligencia y por incumplir con el deber estatal de proteger a las mujeres y niñas frente a la violencia de género.

La CIDH fundamentó sus decisiones en distintas normas internacionales ya que Estados Unidos no es parte de otros instrumentos regionales aplicables a la violencia doméstica que si fueron utilizados en el caso “Maria da Penha vs Brasil”. Así, en “Maria da Penha vs Brasil” la justificación jurídica del fallo fue la *Convención Belém do Pará* (artículos 7, 3 y 4), en tanto que en el segundo caso, la responsabilidad internacional del Estado surgió de la violación a la *Declaración Americana de Derechos Humanos* (artículo I, II y VII), en base a una interpretación amplia de la misma para los casos de violencia doméstica.

Las violaciones a los derechos humanos mencionadas en estos dos casos ocurrieron en contextos sociales de patrones de violencia doméstica contra las mujeres y tolerancia Estatal expresada por la falta de investigación y de sanción de los agresores, en el caso de Brasil, y de inacción policial para hacer cumplir las medidas de protección en casos de violencia doméstica, en la denuncia contra Estados Unidos.

En el caso “Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil” la CIDH por primera vez aplicó *Belém do Pará* y dispuso que la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia necesaria para investigar y sancionar violaciones de los derechos humanos se aplica a los hechos de violencia doméstica en un sentido amplio, comprendiendo no sólo la pronta investigación, procesamiento y sanción de

dichos actos, sino también la obligación de “prevenir estas prácticas degradantes” como se ilustra con los siguientes extractos del informe:

“56. Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un **patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores**, considera la Comisión que **no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes**. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.

57. (...) en este caso emblemático de muchos otros, **la ineficacia judicial, la impunidad y la imposibilidad de obtener una reparación para la víctima establece una muestra de la falta de compromiso para reaccionar adecuadamente frente a la violencia doméstica**. (...).

58. (...) la Comisión considera que **en este caso se dan las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención de Belém do Pará y existe responsabilidad del Estado por la falta de cumplimiento del Estado a sus deberes establecidos en los artículos 7(b), (d), (e), (f) y (g) de esa Convención** en relación a los derechos protegidos, entre ellos, a una vida libre de violencia (artículo 3), a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral, y su seguridad personal, su dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley, y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (artículos 4 (a), (b), (c), (d), (e), (f) y (g))” (“*Maria Maia Fernandes da Penha vs Brasil*”. (El destacado no pertenece al original).

En “*Maria da Penha vs Brasil*” la CIDH ordenó el cumplimiento efectivo de la sentencia dictada contra el ex marido Marco Antonio Heredia Viveiros, quien había intentado asesinar a su esposa y posteriormente volvió a atacarla dejándola con una paraplejía irreversible. La CIDH también estableció la obligación del Estado de pagar un resarcimiento económico para la víctima y sancionar una legislación que fuera adecuada y efectiva para investigar con la debida diligencia y sancionar los hechos de violencia doméstica contra las mujeres en Brasil.

Luego de la decisión de la CIDH, en 2006 fue sancionada la Ley María da Penha (ley 11.340) de prevención y sanción de la violencia doméstica contra las mujeres. La señora María da Penha recibió una indemnización simbólica del Estado y el

agresor de la señora da Penha, fue arrestado y cumplió prisión efectiva después de haber vivido 20 años en la impunidad.

En el caso “Jessica Lenahan (Gonzales) y otros *vs* Estados Unidos”, la señora Lenahan de origen indígena hispano se separó de su esposo Simón Gonzáles, con quien tenía tres niñas Leslie, Katheryn y Rebeca (de 7, 8 y 10 años) debido a hechos de violencia doméstica. Después de separados su ex esposo continuó ejerciendo diversas formas de violencia hacia ella y las niñas, que la señora Lenahan fue denunciando al departamento de policía local en Castle Rock. En mayo de 1999 la señora Lenahan obtuvo una medida judicial de protección (exclusión del hogar y no acercamiento).

La medida de protección no abarcaba la relación de las hijas con su padre, quien tenía un régimen de visitas, y una tarde fuera de dicho régimen secuestró a las niñas en la calle y luego las asesinó. Transcurrieron diez horas desde que la señora Lenahan denunció el secuestro a la policía de Castle Rock hasta que las niñas fueron encontradas asesinadas en el baúl del automóvil de Gonzales. La actitud de los oficiales de policía durante ese lapso de tiempo se caracterizó por la inacción ante los pedidos de la señora Lenahan, con expresiones que denotaron desconocimiento de la violencia doméstica y del riesgo en que se encontraban las niñas al ser secuestradas. La policía minimizó el temor de la señora Lenahan, no tomó con seriedad sus denuncias y ni se movilizó con la debida diligencia para hacer cumplir la orden y proteger la vida y la seguridad de la señora Lenahan y sus hijas.

“160. (...) aunque el Estado reconoció la necesidad de proteger a Jessica Lenahan y Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales de la violencia doméstica, no cumplió con su deber de actuar con la debida diligencia. El aparato del Estado no estaba debidamente organizado, coordinado y listo para proteger a estas víctimas de violencia doméstica mediante la implementación adecuada y efectiva de la orden de protección en cuestión; fallas en la protección que constituyeron una forma de discriminación violatoria de la Declaración Americana.

161. Estas fallas sistémicas son particularmente graves al producirse en un contexto en donde ha existido un problema histórico en la ejecución de las órdenes de protección, situación que ha afectado desproporcionadamente a las mujeres —especialmente a las que pertenecen a minorías étnicas y raciales, y a grupos de bajos ingresos— ya que constituyen la mayoría de las titulares de las órdenes de protección. Dentro de este contexto, existe también una gran correlación entre el problema de la violencia doméstica y el abuso de niñas y niños; problema agravado durante la ruptura de un matrimonio o relación de pareja (...).

163. (...) Las órdenes de protección son vitales para garantizar la obligación de la debida diligencia en los casos de violencia doméstica. (...) Sin embargo, **sólo son efectivas si son implementadas con diligencia** (“Jessica Lenahan (Gonzales) y otros *vs* Estados Unidos”). (El destacado no pertenece al original).

La CIDH desarrolló la interpretación de la *Declaración Americana de Derechos Humanos* a los hechos de violencia doméstica contra mujeres y contra niñas y niños en contextos de violencia doméstica.

“199. (...) la Comisión concluye que **el Estado no actuó con la debida diligencia para proteger a Jessica Lenahan y a Leslie, Katheryn y Rebeca Gonzales de la violencia doméstica, en menoscabo de su obligación de no discriminar y de garantizar la igual protección ante la ley, conforme el artículo II de la Declaración Americana**. El Estado tampoco adoptó medidas razonables para prevenir la muerte de Leslie, Katheryn y Rebeca Gonzales, en violación de su derecho a la vida, consagrado en el artículo I de la Declaración Americana, conjuntamente con su derecho a una protección especial como niñas, consagrado en el artículo VII de la Declaración Americana. (...) el Estado violó el derecho a la protección judicial de Jessica Lenahan y de sus familiares, establecido en el artículo XVIII de la Declaración Americana” (“Jessica Lenahan *vs* Estados Unidos”). (El destacado no pertenece al original).

La CIDH brindó recomendaciones muy importantes al indicar al Estado que en los casos de violencia doméstica donde existen hijos/as de una madre que sufre o ha sufrido violencia doméstica, debe incluir una legislación eficaz para protegerles.

“201. (...) 5. Adoptar una **legislación con medidas integrales** a nivel federal y estatal, o reformar la legislación vigente, para efectos de **incluir medidas de protección de las niñas y los niños en el contexto de violencia doméstica** (...).

7. Diseñar protocolos, a nivel federal y estatal, en los que se especifiquen los componentes adecuados de la investigación que debe realizar la policía en respuesta a un informe de niñas o niños desaparecidos en el contexto de una denuncia de violación de una orden de protección” (“Jessica Lenahan *vs* Estados Unidos”). (El destacado no pertenece al original).

IV.1.3. Jurisprudencia sobre homicidios de mujeres por su género (feminicidio) (15)

En el caso “González, Claudia Ivette, Herrera Monreal, Esmeralda, y Ramos Monarréz, Laura Berenice y sus familiares *vs* México” ‘*Campo Algodonero*’ (16), con sentencia de la Corte IDH del (16 de noviembre de 2009).

En ‘*Campo Algodonero*’ las víctimas eran todas mujeres jóvenes de 20, 15 y 17 años, humildes, y pertenecientes al grupo social que resultaba ser el más afectado por el contexto de homicidios a mujeres y niñas en Ciudad Juárez, México. Los asesinatos respondieron al patrón de secuestro, desaparición, y días más tarde, aparición de los cadáveres con señales de tortura, incluyendo violencia sexual. La impunidad por falta de adecuada investigación y juzgamiento, completan el marco en el que fallecieron Claudia González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Monarréz en 2001. “En Campo Algodonero, el Tribunal interamericano retomó la *doctrina del riesgo previsible y evitable* (...). En esta ocasión aplicó esos estándares al contexto social de prácticas de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, definiendo un deber de protección estatal reforzado por la *convención Belém do Pará*” (Abramovich, 2010: 168).

En este caso, “por primera vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos examina una situación estructural de violencia contra las mujeres basada en su género. En su sentencia la Corte IDH concluye que los homicidios de las tres víctimas definidas en el caso fueron cometidos ‘por razones de género,’ esto es, constituyen casos de ‘feminicidio’ y están enmarcados dentro de un contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez” (Abramovich, 2010: 167-168).

“143. (...) la Corte, (...) **utilizará la expresión ‘homicidio de mujer por razones de género’, también conocido como feminicidio.**

(15) Con posterioridad a ‘*Campo Algodonero*’ la Corte IDH nuevamente trató el tema de los homicidios por razones de género contra mujeres en la comunidad —feminicidio—, a través de evaluar la responsabilidad del Estado de Guatemala en los casos “Veliz Franco, María Isabel y otros vs Guatemala (excepciones preliminares, fondo, reparación y costas)” sentencia del 19 de mayo de 2014 y en “Velásquez Paiz, Claudina Isabel y otros vs Guatemala (excepciones preliminares, fondo, reparación y costas)” sentencia del 19 de noviembre de 2015. En esas decisiones la Corte IDH reiteró su jurisprudencia sentada en ‘*Campo Algodonero*’ respecto a la violencia contra la mujer como discriminación, la presencia de estereotipos de género sexistas en los/as funcionarios/as estatales que debían realizar la investigación, la falta de debida diligencia en la investigación de los hechos de violencia contra las mujeres, y -en el caso “Veliz Franco vs Guatemala”- la obligación de protección especial en los casos en el que se trata de niñas. La Corte IDH agregó en estos casos la mención de “la impunidad estructural” como contexto en el que se dan los homicidios de mujeres por razones de género en Guatemala. Por limitaciones de espacio no desarrollo esta jurisprudencia en este artículo.

(16) Caso conocido como ‘*Campo Algodonero*’ porque los cuerpos de las víctimas fueron hallados en un campo algodonero de Ciudad Juárez.

144. Para efectos de este caso, (...) no es necesario ni posible pronunciarse de manera definitiva sobre cuáles homicidios de mujeres en Ciudad Juárez constituyen homicidios de mujeres por razones de género, más allá de los homicidios de las tres víctimas del presente caso. Por esta razón, **se referirá a los casos de Ciudad Juárez como homicidios de mujeres (...) y que la mayoría han ocurrido dentro de un contexto de violencia contra la mujer**” (“Claudia Ivette, González; Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monarréz, y sus familiares vs México - ‘*Campo Algodonero*’”. (El destacado no pertenece al original).

‘*Campo Algodonero*’ también es relevante por la desarrollo del concepto de debida diligencia y de la obligación de “prevención”, reforzada para los casos de violencia de género por la *convención Belém do Pará* (artículo 7). Abramovich propone que: “el contexto de violencia configura para la Corte una situación general que incide sobre la situación particular de las víctimas y sobre el tipo de respuestas que debía brindar el Estado. Se trata de una suerte de ‘riesgo general’ que a su vez califica la expectativa de respuesta del Estado ante el ‘riesgo particularizado’ de cada una de las tres víctimas del caso. El riesgo general contribuye a definir las características de *previsibilidad* y *evitabilidad* del riesgo particular” (2010: 184). De la lectura de la sentencia surge que para la Corte el deber de prevención se presenta en dos momentos distintos: el primero, *antes* de la desaparición de las mujeres y niñas; y el segundo, *a partir de* su desaparición.

“281. En el presente caso, **existen dos momentos claves en los que el deber de prevención debe ser analizado**. El primero antes de la desaparición de las víctimas y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida” (“Claudia Ivette, González; Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monarréz, y sus familiares vs México - ‘*Campo Algodonero*’”). (El destacado no pertenece al original).

“Respecto del primer momento la Corte concluye que existe una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención. Sin embargo, ello no conduce a determinar la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres de Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tuviera conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas del caso” (Abramovich, 2010: 184).

“279. A pesar de que el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo que corrían las mujeres de ser objeto de violencia, no demostró haber adoptado medidas efectivas de prevención antes de noviembre de 2001 que redujeran los factores de riesgo para las mujeres. Aunque el deber de prevención sea uno de medio y no de resultado (...), **el Estado no ha**

demostrado que la creación de la Fiscalía Especial para la Investigación de Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez de la Procuraduría de Justicia de Chihuahua) y algunas adiciones a su marco legislativo (...) **fueran suficientes y efectivas para prevenir las graves manifestaciones de la violencia contra la mujer que se vivía en Ciudad Juárez en la época del presente caso.**

282. (...) Aunque **el contexto en este caso y sus obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez**, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes, no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito contra ellas. (...) la ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998 —cuando la CNDH advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez—, es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención” (“Claudia Ivette, González; Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monarréz, y sus familiares *vs* México -‘Campo Algodonero’”). (El destacado no pertenece al original).

De la lectura de la sentencia se desprende que luego de la desaparición y antes del hallazgo de los cuerpos, para la Corte el Estado de México tuvo un conocimiento de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida e integridad física de las víctimas individuales. “Este conocimiento se define no sólo por la prueba sobre la información que tenía el Estado respecto de la desaparición de cada una de las víctimas individuales al momento de su ocurrencia, sino también en función del contexto social descrito, de violencia extendida contra las mujeres” (Abramovich, 2010: 185).

“283. La Corte considera que **ante tal contexto** surge un **deber de debida diligencia estricta** frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de la libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido” (“Claudia Ivette, González; Esmeralda Herrera Monreal y

Laura Berenice Ramos Monarréz, y sus familiares *vs* México - ‘*Campo Algodonero*’). (El destacado no pertenece al original).

En ‘*Campo Algodonero*’ la Corte IDH también identificó la violencia contra la mujer como discriminación, y responsabilizó al Estado de México por haber actuado con discriminación hacia las mujeres y las niñas, y con estereotipos de género en la investigación.

“398. (...) el Tribunal constata que **el Estado señaló (...) que la ‘cultura de discriminación’ de la mujer ‘contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes’**. (...) también señaló que esta cultura de discriminación contra la mujer estaba basada “en una concepción errónea de su inferioridad (...).

400. (...) **al momento de investigar dicha violencia, ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran ‘voladas’ o que ‘se fueron con el novio’, lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia (...).**

402. Por ello, el Tribunal considera que en **el presente caso la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declara que el Estado violó el deber de no discriminación** contenido en el artículo 1. 1. de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4. 1, 5. 1, 5. 2. y 7. 1. de la Convención Americana en perjuicio de (...) [las víctimas]; así como en relación con el acceso a la justicia consagrado en los artículos 8. 1 y 25. 1 de la Convención, en perjuicio de los familiares de las víctimas (...)” (“Claudia Ivette, González; Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monarréz, y sus familiares *vs* México - ‘*Campo Algodonero*’). (El destacado no pertenece al original).

IV.2. Asilo político

Otra de las áreas en las que el derecho internacional de derechos humanos ofrece la posibilidad de mejorar y hasta de salvar la vida de las mujeres afectadas

por la violencia de género y discriminación es el ámbito del asilo político. En 1991 sostenía Charlotte Bunch que:

“(...) La determinación del status de refugiado ilustra cómo la definición de los derechos humanos afecta la vida de las personas. La Asociación Holandesa del Refugiado, en sus esfuerzos para convencer a otras naciones que reconozcan la persecución y la violencia sexual contra las mujeres como justificación para otorgar el status de refugiado, detectó que algunos gobiernos europeos podrían tomar en cuenta la persecución sexual como uno de los aspectos de otras formas de persecución política, pero que ninguno la utilizaría para otorgar el status de refugiado per se (...)” (1995: 12-13).

Los progresos en materia de derecho internacional de derechos humanos de las mujeres que recorrí en las páginas precedentes, permiten sostener que en la actualidad, existe la posibilidad real para las mujeres que sufren hechos de violencia de género y/o discriminación de obtener asilo político cuando no encuentran protección por parte de los Estados en los que residen.

Las violaciones específicas a los derechos humanos de las mujeres tales como la violencia doméstica, la violación sexual, las prácticas tradicionales dañinas como puede ser un ejemplo la mutilación genital femenina, etcétera, cuando persisten hacia la mujer a pesar de su pedido de intervención a las autoridades para sancionar a sus agresores y prevenir futuros hechos de violencia, son bases para pedir asilo político (ONU-ACNUR, 2002).

La persecución por razones de género tiene su estatus jurídico desde 2002, en las “Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados” de la Oficina para Refugiados de las Naciones Unidas” que dice:

“(...) 5. Históricamente, la definición de refugiado ha sido interpretada a la luz de la experiencia masculina, lo cual ha significado que muchas de las solicitudes presentadas por mujeres y homosexuales hayan pasado inadvertidas. Sin embargo, en la última década, el análisis y el concepto de género y sexo dentro del contexto de los refugiados han avanzado sustancialmente en la jurisprudencia, la práctica de los Estados en general y la doctrina. Estos avances han tenido lugar paralelamente a los avances del Derecho de los derechos humanos y sus estándares internacionales, así como en otros campos afines al derecho internacional, incluyendo la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En este sentido, por ejemplo,

se debe subrayar que las prácticas perjudiciales que violan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus estándares no pueden ser justificadas por razones históricas, tradicionales, religiosas y culturales” (ONU-ACNUR, 2002: 3).

Las directrices del ACNUR para interpretar las peticiones de asilo político desde una perspectiva de género instituyen que la *discriminación puede equivaler a persecución*, brindando distintos supuestos en los que, como ilustro a continuación, pueden quedar comprendidos los constantes fracasos de los sistemas judiciales y ejecutivos de los Estados en sancionar a los agresores de las mujeres en hechos de violencia de género hacia ellas, evitar la repetición de dichos actos y, por consiguiente, brindar una protección efectiva:

“(…) 14. Si bien existe un consenso generalizado en cuanto a que la mera discriminación en sí misma no supone persecución, un patrón de discriminación o de trato menos favorable podría, por motivos concurrentes, equivalen a persecución y permiten requerir de la protección internacional (…).

15. Resulta igualmente relevante para las solicitudes por motivos género el análisis de las formas de discriminación del Estado cuando éste no cumple con la obligación de brindar protección a personas amenazadas por cierto tipo de perjuicios o daños. Si el Estado, ya sea por política o práctica, no reconoce ciertos derechos ni concede protección contra abusos graves, entonces la discriminación por no brindar protección, sin la cual podrían perpetrarse daños graves con impunidad, puede equivaler a persecución. En este contexto, también se podrían analizar los casos individuales de violencia doméstica o abusos motivados por la orientación sexual” (ONU-ACNUR, 2002: 5).

Desde la década de los años 90 se vienen otorgando asilos políticos por persecución de género en diversos países (17). Hacia 2005 en Gran Bretaña, por ejemplo, se daban asilos políticos a mujeres paquistaníes que no podían regresar a sus países una vez divorciadas por las repercusiones que podría acarrearles su situación de “divorciada” en su vida y seguridad personal en sus contextos nacionales.

(17) Entre 2003 y 2005 trabajé en la organización LAWRS (Servicio por los Derechos de la Mujer Latinoamericana) en Gran Bretaña con mujeres migrantes latinoamericanas y peticionantes de asilo que sufrían violencia de género, y colaboré con la organización Asylum Aid en la elaboración de un documento crítico sobre el tratamiento de los casos de persecución de género por el Estado británico (ver Ceneda, 2006; Hasanbegovic, 2011). Actualmente, soy perito en violencia de género en la petición de asilo político en Estados Unidos de una ciudadana argentina que teme regresar a nuestro país por la falta de protección que recibió al ser violada por su expareja.

La falta de perspectiva de género en la gestión de las peticiones de asilo político fue identificada por estudios desarrollados por organizaciones no gubernamentales de defensa a las personas peticionantes de asilo político y refugiadas (Ceneda, 2006). La falta de perspectiva de género en la gestión de las peticiones de asilo político hacía que otros grupos de mujeres, que también huían de la persecución de género hallaran más difícil lograr ser comprendidas como mujeres que estaban en riesgo si regresaban a sus países. Más recientemente y en Estados Unidos, una investigación del Centro de Estudios de Género y Refugiados (18) publicada en 2016 revisó 67 Decisiones judiciales en casos de mujeres que pidieron asilo político porque escapaban de la persecución por violencia doméstica en sus países (Bookey, 2016: 11). Estas resoluciones se dictaron durante el primer año que siguió al emblemático caso “A-R-C-G” de agosto de 2014 para las mujeres que huyen del feminicidio y de la violencia de género rampante que prevalece en buena parte de América Latina. Si bien algunos estudios estiman que este tipo de asilo ayuda menos de lo esperado (Bookey, 2016; Bachimair, 2016) para aquellas mujeres que obtuvieron el asilo en Estados Unidos el estatus de refugiada les ha permitido escapar de una persecución concreta que ponía en riesgo sus vidas.

V. Conclusiones

Se hace difícil contestar en forma categórica a las preguntas con las que inicié este artículo. Del desarrollo de las páginas anteriores, limitado por cuestiones de espacio, se desprende que la visualización de las mujeres como sujetas de derecho en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos ha logrado modificaciones tanto a nivel de los propios Estados nacionales, como también hizo posible salvar vidas de mujeres sobrevivientes de violencia de género en otros Estados.

Haciendo honor a su carácter histórico y colectivo, el recorrido de la evolución de los derechos humanos de las mujeres ofrecido en estas páginas, y su buena acogida por los organismos internacionales, muestra que la existencia del marco jurídico de derechos humanos de las mujeres (aplicándose a las mujeres en más amplia diversidad, conforme el artículo 9 de la *Convención Belém do Pará* y demás estándares internacionales de derechos humanos revisados) constituye un éxito de las mujeres organizadas.

Retomando las ideas de Segato (2017) en cuanto a que la existencia de estos derechos e instituciones no habrían impactado en disminuir la violencia contra las mujeres, considero importante ubicar dichas reflexiones, y a las normas internacionales dentro del plexo de las complejas variables en las que suceden estas violaciones a los derechos humanos.

(18) En su idioma original el nombre es “Center for Refugee Studies of the University of California, Hastings College of the Law”.

Los estándares jurídicos internacionales de derechos humanos de las mujeres muchas veces permiten soluciones a nivel personal abriendo camino para mejorar la situación de las mujeres como grupo social. Aspirar a que las leyes, aunque sean internacionales, logren erradicar un fenómeno multicausal y complejo como es la violencia de género hacia las mujeres, configuraría un ejercicio de ingenuidad o de omnipotencia —al poner en tan alta estima el valor de la ley— que no nos podemos permitir. No obstante, la existencia de un abanico de opciones jurídicas que hace tan sólo cuatro décadas atrás no existían para las mujeres y las niñas víctimas y sobrevivientes de violencia de género, como por ejemplo, pedir asilo político en otro país por temer por su propia vida ante la falta de protección efectiva frente a la violencia por parte de los Estados; o bien, recibir una compensación, lograr una condena efectiva contra su agresor, u obtener la sanción de leyes de prevención de la violencia de género contra las mujeres, señalan la utilidad que tienen los estándares internacionales de derechos humanos en la realidad concreta de las mujeres, como instrumentos que pueden representar para muchas, la diferencia entre la vida y la muerte.

IV. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor (2010). “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’, en: la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, 0, 6, pp. 167-182.

BACHIMAIR, Johanna K. (2016). “Asylum at Last: Matter of A-R-C-G-’s Impact on Domestic Violence Victims Seeking Asylum”, en: *Cornell Law Review*. 101, 4, pp. 1054-1086.

BOOKEY, Blaine (2016). “Gender-Based Asylum Post-Matter of A-R-C-G-: Evolving Standards and Fair Application of the Law”, en: *Southern Journal of International Law*, 22, 1, California, pp. 1-20.

BUNCH, Charlotte (1995). “Los Derechos de la Mujer como Derechos Humanos: Hacia una Re-Visión de los Derechos Humanos”, en: Charlotte Bunch y Roxana Carrillo (editoras) *Violencia de Género un Problema de Desarrollo y Derechos Humanos*. New Jersey: Center for Women’s Global Leadership, pp. 4-22.

CEDAW (1992). *Recomendación General N° 19 sobre Violencia contra la Mujer*. CEDAW/GEC/3731, 29 de enero. Adoptada en el 11° período de sesiones del Comité CEDAW. s/l.: Comité CEDAW. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_S.pdf [Fecha de consulta el 10/5/2017]

— (2016). *Informe País: Argentina. Observaciones Finales al 7° Informe Periódico*, CEDAW/C/ARG/CO/7, 25 de noviembre, 65° período de sesiones (24 de octubre al 18 de noviembre de 2016). s/l.: Comité CEDAW.

— (2017). *General Recommendation N° 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation N° 19*. CEDAW/C/GC/35, 14 de julio, edición avanzada sin editar. s/l.: Comité CEDAW. Disponible solamente en inglés, en: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf [Fecha de consulta: el 10/9/2017]

CEJIL (2012). *Guía para defensoras y defensores de Derechos Humanos. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. 2da ed. actualizada. Buenos Aires: CEJIL.

CENEDA, Sophia y OTRA (2006). *“Lip Service” or implementation? Home Office Gender Guidance and women’s asylum claims in the UK*. Londres: Asylum Aid.

CLADEM (2011a). *Manual de Litigio Internacional desde la Experiencia de CLADEM*. Lima: CLADEM.

— (2011b). *Los Lentos de Género en la Justicia Internacional. Tendencias Jurisprudenciales*. Lima: CLADEM.

CONSEJO NACIONAL CONSULTIVO LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA (2015). *Plan Nacional de Acción para una Vida Libre de Violencia con Perspectiva Generacional de Uruguay*. Montevideo: INMUJERES-MIDES.

EMMENEGGER, Susana (2001). “Perspectivas de género en Derecho”, en: *Derecho Penal y Discriminación de la Mujer, Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Lima y Friburgo: Pontificia Universidad Católica del Perú y Université de Fribourg, pp. 37-47.

GARCÍA MUÑOZ, Soledad (2004). “El Marco Teórico: La perspectiva de género y la protección internacional de los derechos humanos”, en: ILANUD y CEJIL (ed.), *Los Derechos Humanos de las Mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción*. San José de Costa Rica: ILANUD. c. II, pp. 125-168.

FACIO, Alda (1997). *Caminando Hacia la Igualdad Real*. San José de Costa Rica: ILANUD. UNIFEM.

— (2009). “La Carta Magna de todas las mujeres”, en: Ramiro Santamaría; Judith Salgado y Lola Valladares (comp.), *El Género y el Derecho. Ensayos Críticos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 541-558.

— (2011). “Viena 1993: cuando las mujeres nos hicimos humanas”, en: Marcela Lagarde y Amelia Valcárcel (coord.), *Feminismo, género e igualdad*. Madrid: Pensamiento Iberoamericano, pp. 3-20.

GOUGES, Olympe (2012). *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, [online], s/l. Disponible en: <https://igualamos.wordpress.com/2012/10/26/declaracion-de-los-derechos-de-la-mujer-y-la-ciudadana-olympia-de-gouges/> [Fecha de consulta: 10/05/2017]

HASANBEGOVIC, Claudia (2011). “Civilized Violence: Violencia contra Mujeres Latinoamericanas en Londres”, en: Yamile Delgado de Smith y María Cristina González (coord.), *Mujeres en el Mundo: Colonialismo, racismo, redes, violencia de género, política y ciudadanía*, Valencia: LAINET. Universidad de Carabobo. pp. 261-278.

KATO, Masae (2004). *Women’s Rights? Social Movements, Abortion and Eugenics in Modern Japan*. Universidad de Leiden: Holanda.

LÓPEZ, Guisela (s/f). *Olimpia de Gouges: un personaje que escribió su propia historia*. [online] Disponible en: http://www.ciudaddemujeres.com/articulos/IMG/pdf_OlimpiaDeGouges_GuiselaLopez_.pdf [Fecha de consulta: el 18/04/2017]

MESECVI (2008a). *Primer Informe Hemisférico*. Washington DC: MESECVI. OEA.

— (2008b). *Declaración sobre Femicidio*. Aprobada en la Cuarta Reunión del Comité de Expertos/as (CEVI), celebrada el 15 de agosto. Washington DC: MESECVI. OEA.

— (2012). *Segundo Informe Hemisférico*. Washington DC: MESECVI. OEA.

— (2014a). *Guía de Aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Belén de Pará*. [online]. MESECVI-OEA: Washington.

— (2014b). *Uruguay. Informe de la Implementación de las Recomendaciones del CEVI. Segunda Ronda*. OEA. OEA/Ser.L/II.7.10, MESECVI/I-CE/doc.19/14, 27 de agosto. OEA: Washington.

— (2016). *Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*. Washington DC: MESECVI. OEA.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS - ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, ACNUR, HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002, *DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951*

sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, [online]. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf> [Fecha de consulta: 20/05/2017]

PICK UP, F. y OTRAS (2001). *Ending Violence against Women: A Challenge for Development*. Oxford: OXFAM.

PILLAY, Navy (2013). "Introducción", en: Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Veinte años trabajando por tus derechos. 1993-Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena*, s/l: Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, pp. 9-11.

SEGATO, Rita Laura (2017). *La Guerra contra las Mujeres. Diario Femenino*, 14/04/2016, [online]. Disponible en: <http://diariofemenino.com.ar/v2/index.php/2017/04/14/rita-laura-segato-la-guerra-contra-las-mujeres/> [Fecha de consulta: 20/05/2017]

ŠIMONOVIĆ, Dubravka (2017). *El movimiento NI UNA MENOS se adelanta al problema: El Estado debe ponerse a la par e intensificar sus esfuerzos por evitar los femicidios y otras formas de violencia de género contra las mujeres y niñas*. Comunicado de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Violencia hacia la Mujer, sus Causas y Consecuencias, al finalizar su visita a la Argentina 21/11/2017, [online]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20901&LangID=S> [Fecha de consulta: 20/05/2017]

THOMAS, Dorothy Q. y BEASLEY, Michele E. (1993). "Domestic Violence as a Human Rights Issue", en: *Human Rights Quarterly*, s/l, pp. 5, 1, 36-62.

Jurisprudencia Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

"Velásquez Rodríguez vs Honduras, (fondo)", Sentencia del 29/07/1988, Serie 04. [online]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf [Fecha de consulta: 15/9/2017]

"Penal Miguel Castro Castro vs Perú, (fondo, reparaciones y costas)", sentencia del 25/11/2006, Serie-C 160. [online]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf: [Fecha de consulta: 28/5/2017]

"González, Claudia Ivette; Herrera Monreal, Esmeralda, y Ramos Monarréz, Laura Berenice y O. ('Campo Algodonero') vs México (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)", sentencia del 16/11/2009, Serie C 205. [online]. Disponible

en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf [Fecha de consulta: 28/5/2017]

“Rosendo Cantú y Otra *vs* México”, sentencia del 31/08/2010, Serie C 216. [online]. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM5.pdf> [Fecha de consulta: 20/09/2017]

“Veliz Franco, María Isabel y otros *vs* Guatemala (excepciones preliminares, fondo, reparación y costas)”, sentencia del 19/5/2014, Serie C 305. [online]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf [Fecha de consulta: 20/09/2017]

“Velásquez Paiz, Claudina Isabel y otros *vs* Guatemala (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, sentencia del 19/11/2015. Serie C 307. [online]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf [Fecha de consulta: 20/09/2017]

Comisión Interamericana De Derechos Humanos

“González Pérez, Ana, Beatriz y Celia *vs* México”, Caso N° 11.565, Informe N° 53/01, del 04/04/2001, [online]. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/mexico11.565.htm> [Fecha de consulta: 20/05/2017]

“Da Penha, María Maia Fernandes *vs* Brasil”, Caso N° 12.051, Informe N° 54/01, del 16/04/2001, [online]. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/women/Brazil12.051.htm> [Fecha de consulta: 28/05/2017]

“Lenahan, Jessica (Gonzales) y otros *vs* Estados Unidos”, Caso N° 12.626, Informe N° 80/11, del 21/07/2011, [online]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp> [Fecha de consulta: 20/09/2017]

Tribunal para la Ex Yugoslavia

“Fiscal *vs* Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač y Zoran Vuković (Foča)”, Sentencia del 22/02/2002.

Otros documentos consultados

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007). *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Doc.68, 20 de enero de 2007, [online], Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington DC: OEA.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). *Estándares Jurídicos Vinculados a la Igualdad de Género y a los Derechos Humanos de las Mujeres en el Sistema Interamericano de derechos humanos: Desarrollo y Aplicación*. OEA/Ser. L/V/II, 143. Doc. 60, 3 de noviembre de 2011, Washington DC: OEA.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (1994). *“Convención de Belém do Pará”*, 9 de junio de 1994, Washington DC: OEA.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (1995). *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. A/CONF.177/20/Rev.1, 4 al 15 de septiembre de 1995, Nueva York: ONU.

— (1998). *Estatuto de Roma: de la Corte Penal Internacional*. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, s/l.: ONU.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III) 10 de diciembre de 1948.

— (1979). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, en su resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979. A/RES/34/180.

— (1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena*, 14 a 25 de junio de 1993. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993. Viena: ONU.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Fecha de recepción: 04-07-2017 Fecha de aceptación: 05-06-2017

Derechos Humanos, una reflexión para su análisis y enseñanza desde una perspectiva crítica

POR EMANUEL DESOJO (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Ciencia jurídica y dispositivo de poder legal.— III. Aproximación histórica.— IV. Derecho, realidad y cambio social, un discurso.— V. Enseñar y apre(he)nder en Derechos Humanos.— VI. Cambio de paradigma en Derechos Humanos.— VII. Bibliografía.

Resumen: el presente artículo es una propuesta para la enseñanza de los Derechos Humanos desde una perspectiva emancipadora e integral, analizando su desarrollo histórico, como la vinculación de éstos con el Estado moderno, el dispositivo de poder legal, la responsabilidad de la academia y los operadores jurídicos en la distribución desigual de la estructura social, para lograr de construir el paradigma del positivismo en el que se sustenta actualmente. Desde ahí dar las bases para una enseñanza en clave democrática, respetuosa de la heterogeneidad y el pluralismo cultural, que se comprometa con la realidad y la política de la que es parte, y afianzar así el cumplimiento eficaz y efectivo de los Derechos Humanos.

Palabras claves: derechos humanos - dispositivo legal de poder-realidad - cambio social- hegemonía

Human rights, a reflection for analysis and teaching from a critical perspective

Abstract: *this article is a proposal for the teaching of Human Rights from an emancipatory and integral perspective, analyzing historical development, such as the linking of these with the Modern State, the device legal power, the responsibility of the academy and the juridical operators in the unequal distribution of social structure, in order to deconstruct the paradigm of positivism on which it is currently based. From there, to lay the foundations for teaching in a democratic way,*

(*) Prof. de Sociología Jurídica y del Seminarios: *Ciencia. Jurídica y Cultura y Genocidio, el caso Argentino*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Presidente de AJUS La Plata, Berisso y Ensenada A. C. Relator de Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires (Área Derechos Humanos).

respecting heterogeneity and cultural pluralism, committing itself to the reality and the politics of which it is a part, and thus strengthening the effective and effective fulfillment of Human Rights.

Keywords: *human rights - legal device of power - fact-social change - hegemony*

I. Introducción

La reflexión sobre el derecho de la modernidad y de las violaciones a los Derechos Humanos tiene que partir necesariamente desde el ámbito donde surge el origen de estos quebrantamientos, esto es el **dispositivo legal de poder**.

Discutir sobre la subjetividad, objetividad y neutralidad de las normas, con la aspiración de tomar una distancia de la **realidad**, no implica que podamos apartarnos de las consecuencias y la naturaleza de nuestro saber cultural, ni de la ética con que debemos formarnos y formar profesionales, ni de las conciencias y consecuencias que debemos tener en nuestra ulterior actuación profesional.

Resulta fundamental analizar desde esta perspectiva la función de los Derechos Humanos en el moderno Estado posliberal (o neoliberal), con una visión del Sistema Jurídico politizado, con intervención de la sociedad civil, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, en la conformación de los consensos, en estrecha relación con la hegemonía mediática.

Volver a centrar el eje de la resignificación del discurso del Derecho en clave democrática basada en la promoción y respeto de los Derechos Humanos es el objeto de este artículo.

Reconsiderar a la Ciencia Jurídica fuera de los límites que la modernidad le ha impuesto, y que implicó reducir la legitimidad a la legalidad, resulta fundamental en la nueva cosmovisión del estado social de derecho y el desarrollo de los Derechos Humanos (Boaventura de Sousa Santos, 2003).

Este entrelazamiento entre la legalidad y la legitimidad que ponemos en crisis, está tan profundamente inscripto en la concepción moderna de derecho, que el intentar separarlos va en contra del realismo jurídico que impera en algunas modernas teorías.

II. Ciencia Jurídica y dispositivo de poder legal

Comprendida la implicancia de poner en crisis este concepto, se hace inevitable determinar si la Ciencia Jurídica en el campo de los Derechos Humanos es emancipadora, como las condiciones que incidirían en su carácter emancipador.

Es insoslayable el análisis del dispositivo legal de poder en la perspectiva de Derechos Humanos a fin de conocer las razones y los obstáculos a vencer para lograr una Ciencia Jurídica transformadora de la realidad social, democratizadora de los poderes que la rigen, y respetuosa de las diferencias en la heterogeneidad cultural, en aras de la igualdad, libertad y fraternidad.

Reflexionar entonces sobre la *Ciencia Jurídica*, como un *dispositivo de poder legal*, o sea como un conjunto heterogéneo de saberes, de reglas científicas, normas jurídico-morales, que en un determinado momento se articulan y producen efectos que responden a un fin, y a una utilidad (concepto caótico de dispositivo de poder (1)), para interpelar los discursos de las elites que se sustentan en el poder a través de la hegemonía del mismo, para de allí comenzar a de construirlos, ubicando a los Derechos Humanos en un contexto crítico y democrático, reflexionando sobre las funciones y objetivos que desempeñan en la actualidad de los Estados Modernos resultan ser el anclaje para la enseñanza del *Derecho* desde un enfoque emancipador (Michel Foucault, 2008).

Esa ficción que llamamos *Derecho* entonces no se compone únicamente de fórmulas dogmáticas, sino también que está constituido por un conjunto de discursos prescriptivos, dirigidos a determinar la conducta de los ciudadanos. Ese discurso no es otra cosa que el acto político del jurista, o de todo aquel que dice que cierto discurso de ciertos individuos “debe” ser obedecido.

Para esta corriente a la que adscribimos, “el derecho” no existe sino después de que “alguien” ha aceptado a ese discurso como jurídico (Oscar Correa, 1998).

Desde esa posición, el discurso hegemónico y preponderante que valida al poder en un discurso e invalida otro, evidencia la diferencia entre las distintas posiciones de los individuos en las relaciones de poder de la estructura social, y la posibilidad real de ciertos individuos de hacer que “su” discurso sea reconocido como válido y homogéneo en un dispositivo legal de poder que se caracteriza por su despotismo.

Si a este análisis del dispositivo de poder le sumamos la complejidad del entramado normativo moderno (o posmoderno) con la “inflación” legislativa, y sus contradicciones entre reglas de igual jerarquía, podemos advertir cómo se abona desde el concepto hegemónico del derecho a las teorías del poder que reflejan que

(1) Boaventura, de Sousa Santos (2009). *Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común del Derecho*. Buenos Aires: Trotta. De donde surge que el poder caótico, es el poder descentralizado e informal que no tiene una localización específica, emerge de intercambios sociales desiguales, se ejerce desde varios microcentros de poder de manera caótica y no tiene unos límites predefinidos. Es otra manera de referirse al poder disciplinario foucaultiano.

dentro de normas de igual jerarquía hay una gradación de derechos, por lo cual le corresponde a la judicatura, o a los individuos que la ejercen, por la capacidad intrínseca que poseen, la decisión de cuales derechos son más valiosos o válidos en detrimento de los otros, menos valiosos o inválidos.

En base a lo expuesto, quienes realizan la interpretación de las normas jurídicas y toman una posición de poder, justificando las escalas de valores propias que le imponen al resto de la sociedad desde “su clase social” de pertenencia, son quienes definen qué es derecho y qué no lo es.

III. Aproximación histórica

En pleno siglo XXI, en un mundo que se ha globalizado y que ha significado una modificación en el paradigma de la enseñanza tradicional, y en el desarrollo profesional del mundo jurídico, que se ha traducido en una mayor interacción entre los derechos locales y el derecho internacional, con su progresiva incorporación de los principios internacionales en el ámbito nacional se incorporan los Derechos Humanos como concepto.

Así se incorporan a la academia los principios, conceptos y jurisprudencia de orden supranacional, desde la promoción de los nuevos tratados internacionales sobre Derechos Humanos y el Estado Democrático de Derecho, como un principio rector del proceso de enseñanza-aprendizaje, posibilitando la utilización de estos conocimientos en el área de desarrollo de las distintas capacidades que van a ser adquiridas para un ejercicio pluralista del *Derecho* en clave democrática.

Desde esta visión crítica e integrada se pone de manifiesto la ambigüedad en los límites entre el área de derecho público y de derecho privado, destacando la pertinencia de los contenidos de Derechos Humanos en la utilización profesional en competencias en todas las áreas de las Ciencias Jurídicas.

Sostenemos que el manejo de los instrumentos legales apropiados para el análisis jurídico de las situaciones diarias en clave democrática y sobre la base de los principios de los Derechos Humanos es la función de la educación en la temática.

Es necesario entrenar al alumno en el arte de pensar y trabajar en derecho conforme las exigencias del jurista del siglo XXI, con el manejo de las tecnologías y conflictos que la internacionalización de la Ciencia Jurídica y los Derechos Humanos han irrumpido en los actuales sistemas jurídicos de Latinoamérica.

El conocimiento y formación en la materia Derechos Humanos desde una perspectiva cultural, que ahonden en temáticas interdependientes de las áreas humanísticas (sociología, antropología, ciencias políticas, historia y economía),

se vuelve una forma fundamental del proceso de enseñanza en Derechos Humanos.

Comprender la genealogía de la institucionalización en la comunidad internacional de los Derechos Humanos, su evolución normativa en la protección de los mismos en el ámbito universal, regional y nacional, destacándose su consagración en el movimiento de constitucionalización latinoamericano de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, como el desarrollo jurisprudencial que ello provocó.

Hacer hincapié en la interdisciplinariedad necesaria para comprender el fenómeno jurídico, que posee como eje rector al Estado Democrático de Derecho, debe ser el pilar sobre el que deben enseñarse estos Derechos.

Conforme lo ha sostenido en la década del 80 Evan, se necesitan varios factores para posibilitar a través de una norma legal producir un cambio en la conducta social, de ahí la importancia de la contextualización para estudiar la Ciencia Jurídica y los Derechos Humanos en particular.

Reconocer los Derechos Humanos como un discurso público disponible en diversos niveles sociales que se significan en procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha conforme las plurales formas de entender la dignidad humana (Herrera Flores, 2008) y su respeto desde el uso del derecho como la centralidad del paradigma de los Derechos Humanos.

La perspectiva crítica tensiona las formas de negación de la dignidad y de retaceo de humanidad que en el derecho liberal se ha elegido ignorar, y ausentarlo de la discusión, centrándose en la norma y no en el ser que es reincorporado por el discurso de los Derechos Humanos.

Así se posibilitará en el proceso de enseñanza-aprendizaje la comprensión de la influencia que existe entre los Derechos Humanos y la Ciencia Jurídica logrando que se tenga conciencia de la importancia de la cohesión social como fuerza transformadora de las conductas culturales en la promoción y respeto de los Derechos Humanos, apropiándose de estos, su desarrollo histórico y el recorrido que han llevado adelante los grupos vulnerables y las Organizaciones de su defensa.

Analizar el proceso histórico de la modernidad occidental y la evolución de los Derechos Humanos desde ese hito, apoyándonos en el modelo de análisis proporcionado por Boaventura De Sousa Santos, sobre los pilares de la regulación-emancipación que disciplinan al Estado, mercado y la sociedad civil, donde se ha instaurado el paradigma sociocultural surgido entre los siglos XVI-XVIII, y que ha evolucionado hasta llegar al presente.

Observar las razones de la inevitabilidad del surgimiento de los Derechos Humanos ante el contexto histórico, posicionándonos desde la perspectiva del Estado Social de Bienestar como la culminación del nacimiento de ellos con su universalización, para así avanzar hasta la situación del actual derecho moderno y su constitucionalización a niveles locales y regionales en conflicto con el Sistema Jurídico del “nuevo” Derecho Liberal.

El sistema económico-político nacido en el siglo XVIII, que “desviando” los principios en que se apoyaba la Modernidad y cristalizados por la Revolución francesa (libertad, igualdad y fraternidad) que se han patologizado, dando nacimiento a una historia de violaciones sistemáticas de Derechos Humanos por partes del “nuevo” Estado.

IV. Derecho, realidad y cambio social, un discurso

*Reconocer al **Derecho** como una ficción, la que sólo es válida si la reconocemos como legítima, y le damos el valor de verdad en un consenso tácito, como lo ha descrito Émile Durkheim, al hablar de la solidaridad orgánica es el primer paso para analizar la complejidad que implican los Derechos Humanos en su aplicación (Durkheim, 1893: 84 y ss.). Entonces, necesariamente debemos partir de ciertos consensos imprescindibles para avanzar en la construcción de una visión de la Ciencias Jurídica, que se sustente en teorías de autores de disciplinas que analicen a esta “Ciencia” desde una perspectiva panjurídica.*

Comprendemos que una de las funciones de las Ciencias Jurídicas desde sus orígenes fue reglar las relaciones sociales aspirando a influir sobre los comportamientos humanos. Desde perspectivas conservadoras se podrá observar al Derecho como un instrumento que busca mantener el *statu-quo* imperante, mientras que desde ciertas teorías progresistas se reconoce al Derecho como una posibilidad de lograr transformaciones sociales, sin necesidad de destruirlo ni llegar a la violencia.

Corresponde también analizar la influencia que el derecho adquiere bajo estos presupuestos en la *realidad* como producto de ésta, y por ende en su legitimidad.

Ello no implica que la vigencia de las normas jurídicas muchas a veces sea efímera cuando se enfrenta a normas informales que obedecen a pautas culturales, religiosas o ético-morales arraigadas en la sociedad cuya conducta es opuesta a la reglada normativa y que se intenta imponer por el Estado en sus distintos estamentos.

De ahí es que debemos adentrarnos al concepto de *cambio social* como fenómeno que postula una variable, no una constante; por eso debemos estudiar

el *cambio social* como una variación, o sea una variable que debe explicarse mediante el cambio en otra variable relacionada con ella, como las relaciones económicas, políticas, históricas y/o normativas. No se puede explicar el *cambio social* por una constante (Ogburn, 1950), sino como una variable multicausal.

Este concepto de *cambio social* tiene la ventaja de evitar la visión positivista de un progreso lineal de la sociedad, asumiendo que podría no existir una dirección precisa en el decurso de la historia, y que las variables influyen en un cambio progresivo o regresivo en Derechos Humanos.

Luciano Gallino, para avanzar en este camino, define el concepto de *Cambio Social*, como una variación o diferencia o alteración relativamente amplia y no pasajera, aunque no necesariamente irreversible en las propiedades, en el estado o en la estructura de la organización social de una determinada sociedad (Gallino, 1983).

Desde estos conceptos analizar la visión del mundo que tienen los operadores jurídicos, y su extracción social, se vuelve fundamental en toda Escuela de Derecho, pues no cualquiera puede acceder a la judicatura, de ahí la idea gramsciana de la construcción de una visión del mundo de una clase que aspira al poder social, y la ideología de esa clase, como “modelo” de hegemonía para el resto de la sociedad, que es reproducida en universidades y diversos ámbitos de socialización profesional, quienes están situados en una *realidad* que les impide *actuar* para el *cambio social* progresivo y respetuoso de los Derechos Humanos, al no tener un análisis crítico de la estructura social en que se desarrolla el *Derecho* ni sus posibilidades como elemento emancipador.

Por eso es importante estudiar las pautas culturales en cuanto causas y efectos que se relacionan con el nacimiento del derecho, y su función como un “discurso”, o sea como ideología formalizada (Correas, 1998), que conforman una *realidad* que mantienen un status quo propiciado desde la Academia.

Como bien resumen Daniel Feierstein (2007) al citar a *Michel Foucault* respecto del importante aporte que realizó a las Ciencias Sociales el autor al *analizar y desarrollar las complejas relaciones del discurso jurídico, al considerar al Derecho como constructor de verdad, en una pirámide que entrelaza los términos de poder, derecho y verdad.*

Mediante esta ideología formalizada que nace desde quienes detentan el poder se quiere instaurar falsamente una visión técnico-científica-hegemónica de la Ciencia Jurídica. Lograr el *desplazamiento* de este concepto de Derecho carente de posiciones valorativas y subjetivas, es fundamental para llevar adelante la emancipación de la visión positivista con que se insiste desde la *burocracia* Universitaria.

Así se debe incluir en este recorrido de reflexión sobre la enseñanza de la Ciencia Jurídica a las consecuencias de la aparición del capitalismo (sistema económico-político) en la Modernidad, y especialmente en la conformación del modelo de estado-nación occidental, que como se ha expuesto, a patologizado los principios en que se apoyaba ésta (libertad, igualdad y fraternidad).

Reconocer en la enseñanza actual de la Ciencia Jurídica (en todas sus ramas) una distancia crítica entre la realidad académica y la realidad en que se desarrolla o se aplica, implica aceptar la necesidad del cambio de paradigma atento las consecuencias que provoca; la naturaleza de ese contenido académico-cultural *ficticio*, en donde la Academia se desliga de su responsabilidad en la distribución de conocimiento excluyéndolo de la función del Derecho como herramienta de distribución de oportunidades, de la riqueza e ignorando la relación de este con el poder fáctico.

Dicho en otros términos, desligando a la Ciencia Jurídica de la estructura social en que debe actuar, y su papel como continuador o emancipador de las relaciones de poder.

V. Enseñar y apre(he)nder en Derechos Humanos

Para conocer cómo se realizaron las luchas en el marco del activismo político-cultural propugnado por los promotores de Derechos Humanos, que luchan por la modificación de la concepción del derecho liberal, por la consagración de los nuevos derechos constitucionales latinoamericanos, proponemos analizar, desde la perspectiva normativa, jurídica, sociológica, histórica y económica el avance de los Derechos Humanos, y el papel de las minorías, su camino para lograr apropiarse de sus derechos poniendo de manifiesto el conflicto existente entre estos, el Sistema Jurídico y los factores de poder, desandando el camino de la hegemonía y del falso consenso, para intentar instalar un nuevo paradigma jurídico.

Desde el análisis de los procesos de democratización, de las luchas políticas de las minorías, de los reclamos por el reconocimiento de derechos, y/o el mantenimiento de privilegios, como una pugna por el discurso válido del derecho que se da en la Ciencia Jurídica, en cuanto legitimador o deslegitimador de esos discursos, y las propuestas de Derechos Humanos, podremos advertir los resultados de esas luchas insurgentes, desde una base histórico-política que servirá para avanzar en la construcción de un desarrollo integral de estos derechos desde una perspectiva eficaz y contextualizada.

Si consideramos que la realidad jurídica debe ser reflexionada desde la pregunta sobre el rol que debe tener la Ciencia Jurídica en clave democrática y basada en la promoción y respeto de los Derechos Humanos, debemos comenzar por

reconocer los claroscuros de la modernidad en el logro de sus promesas emancipatorias, que han generado la paradoja del siglo pasado: el mayor grado de desarrollo y complejidad multinivel del Derecho de los Derechos Humanos y sus instituciones, a la vez de la permanencia de formas de violencia estructural, simbólica, directa que resultan en la negación o retaceo de la dignidad humana, con la visibilización de genocidios, campos de concentración y exterminio.

En otras palabras, el avances de la Ciencia Jurídica normativa como dispositivo de poder legal, sin correlato en la ética y moral de las normas que debe impregnarla, ha legitimado el exterminio de gran cantidad de personas para modificar abruptamente las estructuras sociales, y disciplinar a sociedad, instituciones y estructuras políticas.

Por lo que proponemos intervenir en el ámbito de la enseñanza de las Ciencias Jurídicas, según los propósitos y las perspectivas que puede definirse desde el “Enfoque Liberador” que precisa Fenstermacher (Fenstermacher y Soltis, 1998).

Si bien los enfoques son modelos teóricos e ideales en el sentido weberiano del término, y ante la pregunta sobre qué es ser una persona “educada”, y cuál es el rol del docente, en ese rol de enseñanza donde debe buscarse la reflexión del ejercicio de la propia actividad como la práctica de los alumnos, respecto de los contenidos puestos a su alcance y su enclave dentro de los principios democráticos de los Derechos Humanos.

Desde el “Enfoque Liberador”, continuando la línea “emancipadora” que intenta liberar a los alumnos de las convenciones ideológicas brindadas por la institución, incorporadas a-criticamente, poniendo de manifiesto las barreras con que la Academia que instruye en la formación del “pensar” el derecho la faz formal-instrumental del mismo, con una evidente posición ideológica que bloquea todo intento innovador y progresista que rompa el corsé impuesto por el positivismo dominante en las universidades latinoamericanas.

Para lograr que los alumnos rompan con los estereotipos y prejuicios con que son adoctrinados mediante modelos estereotipados sobre los actores, usuarios y víctimas del sistema jurídico, produciendo un conocimiento pre-fabricado, sin reflexión crítica, sobre la base de textos depositados sin un análisis sobre estos, es que se deben utilizar herramientas novedosas que fracturen el esquema monolítico del discurso hegemónico.

El propósito de romper este tipo de enseñanza “empaquetada”, o como el educador brasileiro Paulo Freire la denomina “Educación Bancaria” (1970), donde los contenidos y la forma no son categorizados en el diseño de la clase, ni en el ejercicio del proceso de enseñanzas-aprendizaje, donde se concibe a los alumnos

como seres que no son pensantes, presentes y críticos, ni se encuentran situados en un contexto socio-cultural determinado, sino que son simples vasijas que deben ser llenadas por el conocimiento vertido por el docente, sin cuestionamiento, y donde aquellos alumnos que mejor repitan las concepciones, cosmovisiones y valores del docente, sin discutirlos, serán quienes mejor han transitado el proceso de enseñanza.

Romper esa perspectiva posibilita una enseñanza de los Derechos Humanos que excede lo dogmático, y logra situarlos en una práctica jurídica, desde valores sociales, culturales y políticos en tensión que resultan útiles para comprenderlos en clave democrática, interrelacionando a éstos procesos con los contenidos de la estructura social, el sistemas de control social formal e informal, las normas jurídicas, su eficacia y efectividad, los factores de poder que intervienen en las estructuras de control y el diseño de la formación académica del abogado entre otros. Así se observa la interferencia en la aplicación de los derechos y sus razones políticas.

También, a través de la enseñanza de los Derechos Humanos desde esta perspectiva crítica, se logra interpelar y valorar las actuaciones de los poderes estatales, principalmente el Poder Judicial, como uno de los principales violadores de éstos derechos; y desde ahí la propuesta de estudiar la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltando su faz “creadora” de derechos y garantías, lo que posibilita visibilizar la efectividad o no de la normativa constitucionalizada de Derechos Humanos y sus relaciones de poder; facilitando comprender las razones multicausales por las cuales éstos son ineficaces para prevenir las violaciones (muchas veces masivas) de Derechos Humanos, las consecuentes condenas en el marco internacional, y los procesos sociales y culturales que las circunscriben, como también observar cómo estos Organismos Internacionales se apropian de los derechos e instrumentos consensuados entre los países para hacerlos valer, e intentar imponer desde el “afuera” su discurso jurídico.

Por eso reconocer el escenario en donde las acciones científicas de la ciencia moderna (incluida la Ciencia Jurídica) son cada vez más científicas que sus consecuencias, o lo que es lo mismo, que en la ciencia moderna la capacidad de acción científica es mucho más grande que la capacidad de previsión de las consecuencias de esa acción científica (Boaventura de Sousa, 2003), y su relación con el discurso hegemónico en la enseñanza del Derecho desde la visión despolitizada, se traduce en su reducción a una acción falazmente científica, enseñada y producida desde las universidades a-políticas y a-críticas, basada en una acción lógica-formal, sin consecuencias concretas en la *realidad*, en la estructura social y en la distribución de la riqueza.

A través de silogismos, quitándole sentido y contenido a las normas, se logra mantener el *status quo* de una distribución desigual de riqueza, permaneciendo la

explotación, el hambre y la inequidad social, quebrantando los Derechos Humanos y los principios en los que se sustenta.

Desde ahí es que sostenemos debe cuestionarse y visibilizarse este proceso de sostenimiento de la estructura jurídica y develar las funciones políticas que tiene esta reproducción ideológica que parte de la Academia y el Poder Judicial.

Resulta fundamental promover la discusión para fomentar la sustitución de esa enseñanza del derecho falsamente aséptico, desenmascarando una Ciencia Jurídica con amplia politización, y comprendiendo esa tensión dialéctica descrita entre emancipación y regulación, como eje a seguir en el proceso de enseñanza-aprendizaje, teniendo como meta fomentar la democratización del proceso de enseñanza y la formación a través de ella en Derechos Humanos, desde la conciencia de los conflictos de poder que genera su aplicación.

La resignificación del **Derecho**, y su concepción como discurso, constituye uno de los objetos de enseñanza mediante la reflexión fuera del corsé que la modernidad le ha impuesto y que desde la Academia se insiste.

Reflexionar sobre la reducción que ha sufrido la legitimidad del derecho a la mera legalidad (Boaventura de Sousa, 2003), es parte de una percepción que ya ha comenzado a resquebrajarse, fomentando la ruptura de ese paradigma, para así dar paso a una nueva cosmovisión de la Ciencia Jurídica propia de un estado social de derecho que comprenda y respete la complejidad de los Derechos Humanos, y las diferencias desde un discurso heterogéneo que se comprometa con la heterogeneidad de las normas jurídicas rompiendo la pirámide jurídica instaurada hegemónicamente desde la lógica formal que imponen las instituciones educativas de derecho en Latinoamérica.

Fomentar la discusión de la legitimidad y legalidad en la norma jurídica, recepitando su crisis actual y su relación con los Derechos Humanos, para así plantear la incógnita de cómo éstos pueden ser utilizados como legítimos y no ser legales, y viceversa, visibilizando una de las funciones del derecho como promotor de un discurso de dominación política y reproductor del *statu-quo*, es necesario para avanzar en la forma de fracturar ese discurso hegemónico.

Corresponde a una nueva Academia, entonces, analizar profundamente el dispositivo legal de poder, la relación entre este y el resto de los poderes formales e informales, a fin de conocer las razones y los obstáculos a vencer para democratizar las fuerzas que lo rigen, los fundamentos que impiden el cumplimiento de los Derechos Humanos, y para volverlos respetuosos de las diferencias en la heterogeneidad, de las minorías y de lo cultural no-dominante.

Como punto de partida para el proceso de enseñanza y aprendizaje de la Ciencia Jurídica a través del análisis crítico es necesario reconocerle la capacidad que ésta posee como creadora, transformadora o reproductora de la *realidad*, según cómo se utilice en el dispositivo de poder legal (Foucault, 2008), o sea se la reconozca como un conjunto heterogéneo de saberes, de reglas científicas, de normas jurídico-morales, que en un determinado momento se articulan y producen efectos para crear, transformar o reproducir la estructura social, conforme un fin y una utilidad determinada.

VI. Cambio de paradigma en Derechos Humanos

Desde este punto de partida podrá observarse cómo los discursos de las elites que sustentan el poder dominante lo utilizan en su propio beneficio (concepto caótico de dispositivo de poder), y cómo los grupos organizados que se encuentran en conflicto con esos poderes dominantes, a través de la lucha, pueden lograr quebrar ese eje normativo.

La Ciencia Jurídica, como base de los dispositivos de poder legal que se observa en la modernidad, cuyo eje medular fue y es negarle centralidad al Estado, reconociéndose como un poder difuso y rizomático con el cual se limita a sí mismo y al mismo *Estado*, tiene como regularidad, que este dispositivo de poder es efectivo en cuanto beneficia al poder de mercado. Por lo cual es fundamental para deconstruir la forma de crear derecho, visibilizar a los beneficiarios reales del dispositivo legal de poder.

Sólo comprendiendo y visualizando esta *realidad*: la del dispositivo legal de poder y dominación, las razones en la que se sustenta, los motivos que la construyen y constituyen de una forma en particular, podremos modificarla y hacerlo respetuosa de los Derechos Humanos y su heterogeneidad.

Resulta clave para descolonizar el pensamiento que nos atraviesa, la visibilización en esa “centralidad” del dispositivo de poder y de la falsa utopía conservadora en la que se sustenta, donde el mercado es el beneficiario y no la sociedad.

La utopía que se reduce a “radicalizar el presente” expandiendo el neoliberalismo, propia de la modernidad (o postmodernidad) actual y en el marco de la crisis económica mundial, es la que sostiene que esta expansión es la única forma de resolver los problemas sociales, políticos y económicos, revitalizando el chovinismo propios del siglo XIX.

Desde ese paradigma ideológico del “centro hegemónico” se sostiene que la causa por la cual en el mundo todavía hay hambre, desnutrición, desastres ecológicos, etcétera (Boaventura De Sousa Santos, 2010), es debido a que el Estado

neoliberal no ha logrado todavía la expansión total, y al llegar a ella dichos “problemas” se solucionarían.

Resulta relevante, y hace a la comprensión de la posición política que toma la Academia en la enseñanza, que la Ciencia Jurídica sea (o no lo sea) un elemento emancipador fundamental.

Estudiar y analizar cómo el mercado crea la falsa idea de un consenso desde una posición de hegemonía, que impide un consenso real, mientras sólo un “selecto” grupo de poder impone las normas que el resto debe acatar, y a través de distintos dispositivos los legitima y legaliza, y cómo se logra impedir la apropiación de la normativa internacional de Derechos Humanos y sus instrumentos para exigirlos.

Esta hegemonía creada desde los grupos de poder fundamenta el consenso desde la “imagen” que produce a través del “aparato cultural”, donde lo que es bueno, es bueno para todos, aún cuando no sea así. O lo que es lo mismo, la representación de que aquello que es bueno para los que directamente beneficia, es bueno para todos.

En la actualidad esta idea de hegemonía es aceptada sobre la base de que ella es inevitable, no por sus bondades, sino porque el poder consolidado y sus dispositivos hacen que se vea imposible cuestionarla.

El estudio y la reflexión sobre el concepto de *hegemonía* en su relación estrecha con la Ciencia Jurídica será útil en las Academias para desvelar estos falsos consensos, que abonan a una Ciencia Jurídica dogmática y a-científica lo que facilitará cambiar el paradigma vetusto sobre la que se sustenta.

Se evidencia, entonces, la ausencia de centralidad de la Ciencia Jurídica en la regulación de la conducta, y la forma en que obtusamente se sostiene la dominación por parte de los vencedores de ese discurso que consiste en un *Derecho* antidemocrático, irrespetuoso de la diversidad y los Derechos Humanos, donde no se reconoce a “otro derecho”, si ese “otro derecho” propone estructuras de análisis, conductas y regulación distintas al que el discurso hegemónico denomina como “*Derecho*”, sin analizar la esencia del mismo, su naturaleza, su efectividad, eficiencia, ni su contenido moral ni ético.

Criticar esta idea de inevitabilidad de este *derecho hegemónico* (y ciertos dispositivos de poder), asumiendo y promocionando la visibilización respecto de cómo “la cultura occidental europea” y “la modernidad” se han impuesto en el ámbito de la Academia con una visión ortodoxa y conservadora, donde la Ciencia Jurídica traduce estos principios desde el institucionalismo colonizante, ocultando

autores y discursos emancipadores, debe ser uno de los ejes para revertir la visión antidemocrática y selectiva de ésta ciencia que es cómplice de las mayores violaciones de Derechos Humanos y genocidios, finalizando así con la alienación (en sentido marxista del término), a través de un discurso dialéctico que no se quede en la legislación, y que sea apropiado por la sociedad heterogénea, multicultural y conflictiva actual para hacerlo efectivo y eficaz.

El estudio de la Ciencia Jurídica, no sólo debe avanzar desde una visión epistemológica de la liberación desde el sur, sino que debe lograr observar y comprender la condición social de las personas que son sujetos y las persona que son objetos del dispositivo legal de poder, y saber diferenciar unos de otros, para de construirlos desde una perspectiva de Derechos Humanos, Democracia y respetuosa de la diversidad cultural.

Reconocer cómo es que afecta el dispositivo legal a cada una de las personas, según su estatus jurídico, en consonancia con un análisis de la estructura social es esencial para reconocer desde donde provienen tanto las personas que son objetos del dispositivo, como los sujetos (operadores judiciales) que lo aplican y cómo esta reproducción se fomenta en las unidades académicas, para deconstruir y analizar las responsabilidades y realidades en que desarrollamos la profesión.

Resulta imprescindible para poder comprender/enseñar la complejidad de la *realidad* en la que debemos desarrollar la terea de enseñanza-aprendizaje, de descolonización y de respeto de la diversidad en el ejercicio de la profesión en el marco de la promoción de los Derechos Humanos, temática ausente en las academias que buscan borrar es complejidad por la *complicidad* que poseen los *operadores jurídicos* en los sistemas represivos de las clases subalternas y que son parte de esta misma *Academia*.

Reconocer que esta enseñanza es, en los países colonizados (cultural y/o políticamente) llevada adelante por los mismos operadores que reproducen un Sistema Jurídico que se sustenta aristocráticamente, manteniendo sus propios intereses, con posiciones arcaicas y antidemocráticas, por sobre los principios de Derechos Humanos, donde la democracia siempre en este discurso hegemónico es para los demás poderes y nunca para el dispositivo legal de poder con el que articulan.

Propiciar este cambio de paradigma en la nueva Academia, como el pensamiento en clave democrática en Latinoamérica, para que la Ciencia Jurídica tome el vigor necesario de plantear la superación de éste abordando el discurso del *Derecho* desde una perspectiva multidisciplinaria y heterodoxa, reconociendo el papel que posee la norma jurídica y sus operadores como legitimadores o deslegitimadores de los discursos del poder y así aprehender la complejidad de la *realidad* y el *cambio social* como elementos para lograr la apropiación de los

Derechos Humanos por parte de la *Sociedad*, que debe dejar de observarlos como una entealequia a ser obedecida por el Estado y el Mercado, convirtiéndolos en una realidad a la que se llegará a través de una lucha por la democratización y heterogeneidad del dispositivo de poder legal.

Romper la visión hegemónica resulta el desafío de una Ciencia Jurídica que en el siglo XXI se encuentra ante un nuevo paradigma en su actuación política: la lucha por mantener el discurso de poder preponderante (y transformar la realidad) frente a un nuevo esquema de los dispositivos de poder, resultando el Multimedia Comunicacional el nuevo dispositivo hegemónico representante del *mercado* cuyo objetivo continúa la lógica liberal de la dominación y explotación, con base en un discurso anti-político.

VII. Bibliografía

BOAVENTURA, de Sousa Santos (2009). *Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común del Derecho*. Buenos Aires: Trotta.

— (2010). *Renovar la Teoría Crítica y reinventar la Emancipación Social*. Buenos Aires: Clacso.

COTTERELL, Roger (1991). *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel.

CORREA, Oscar (1993). “La Sociología Jurídica, un ensayo de definición”, en: *Revista Jurídica Crítica, BAUP*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México.

— (1998). *Sociología del Derecho y crítica jurídica*. Fontamara.

DURKHEIM, Émile (1893). *La División del Trabajo Social*. Disponible en: http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/libros/D/Durkheim,%20Emile%20-%20Division%20del%20trabajo%20social.pdf

EHRlich, Eugen (2005). *Escritos Sobre Sociología y Jurisprudencia*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

FEIERTein, Daniel (2007). *El Genocidio como práctica social*. Buenos Aires: Ediciones Fondo de Cultura Económica.

FENSTERMACHER, Gary y OTROS (1980). *Enfoques de la Enseñanza*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.

FERRARI, Vincenzo (2000). *Acción Jurídica y sistema Normativo*. España: Dykinson.

FOUCAULT, Michel (1992). *Microfísica del Poder*. Madrid: Ediciones de la Piqueta.

— (1998). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.

— (2000). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

— (2001). *Los anormales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

— (2004). *Vigilar y Castigar*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

— (2006). *Seguridad, territorio y población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

— (2008). *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

FREIRE, Paulo (1970). *Pedagogía del Oprimido*. Montevideo: Tierra Nueva.

GALLINO, Luciano (1987). *L'attore sociale. Biologia, cultura e intelligenza artificiale*. Torino: Einaudi.

GIDDENS, Anthony y OTROS (1991). *Sociología*. Buenos Aires: Alianza Universidad.

— (1995). *La teoría social hoy*. Buenos Aires: Alianza Universidad.

HERRERA FLORES, Joaquín (2008). *La reinención de los derechos humanos. Traficantes de sueños*. Buenos Aires: Atrapasueños.

HEREDIA RÍOS, Elkin Andrés (2016). "La Teoría del discurso de Laclau y su aplicación al significante 'la paz'". *Analecta política*. Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/analecta/article/view/6903>

LACLAU, Ernesto (1993). *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*. Argentina: Nueva Visión.

LACLAU, Ernesto y OTRO (2009). *Hegemonía y estrategia socialista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

MARX, Karl (1971). *El método de la Economía Política*. México: La Impresora Azteca.

— (2014). *La Ideología Alemana*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

— (2003). *Prólogo a la Contribución a la crítica de la economía política*. Buenos Aires: Siglo XXI.

— (2014). *Postfacio a la segunda edición de El Capital*. México: Fondo de Cultura Económica.

— (1959). *La Llamada Acumulación originaria (en El Capital)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

— (1959). *Manuscritos económico-filosófico, La Mercancía (en El Capital)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

— (2006). “El 18 brumario de Luis Bonaparte”, en: *Tareas*, no. 122. CELA, Centro de Estudios Latinoamericanos “Justo Arosemena”. Enero-abril. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/panama/cela/tareas/tar122/04marx.pdf>

— (1970). *Crítica al programa de Gotha*. Madrid: Colección Orbe.

OGBURN, William Fielding (1922). *Social Change with Respect to Culture and Original Nature*. New York: Literary Licensing.

— (1950). “La pauta del cambio social”, en: *los Actos de XIV Congreso Internacional de Sociología*.

RAPAPORT, Mario Daniel (2008). *Historia Económica, Social y Política de la Argentina*. Buenos Aires: Emecé.

— (2010). *Las Políticas Económicas de la Argentina. Una Breve Historia*. Buenos Aires: Emecé.

RECALDE, Aritz (2012). *Pensamiento Nacional y Cultura*. (s.l.): Nuevos Tiempos. Disponible en: <https://docs.google.com/file/d/0BxwV-iLfwIDPVWRIZ19mSXJmNlk/edit>

TREVES, Renato (1993). “El Concepto de Sociología Jurídica”, en: *Revista Jurídica Crítica*. BAUP.

Fecha de recepción: 15-03-2017 Fecha de aceptación: 05-06-2017

Características generales de la tributación en España y Argentina

POR JOSÉ MARÍA PÉREZ ZÚÑIGA (*)

Sumario: I.— Introducción. Características generales de la tributación en España y Argentina.— II. Principios generales de la imposición.— III. Categorías tributarias.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía.

Resumen: en los últimos años se han producido reformas legislativas tanto en España como en Argentina para aumentar la imposición directa y también la recaudación tributaria. Pero son los principios de justicia y las categorías tributarias los que determinan la tributación en ambos países. En este trabajo realizamos un estudio de derecho comparado sobre las características generales de ambos sistemas tributarios partiendo de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. Para ello, recordaremos en primer lugar las características generales de la imposición y las más recientes reformas tributarias producidas en ambos países. En el segundo epígrafe de este trabajo estudiaremos los principios generales de la imposición según los textos constitucionales. En tercer lugar, analizaremos las categorías tributarias reguladas en la normativa española y argentina. Y, por último, concluiremos con algunas reflexiones al respecto, según los objetivos propuestos, haciendo una especial consideración de los principios de justicia tributaria en España y en Argentina.

Palabras claves: tributos - principios tributarios - doctrina - derecho comparado

General characteristics of the taxation in Spain and Argentina

Abstract: *in the last years, legislative reforms have taken place both in Spain and in Argentina to increase the direct imposition and also the tax collection. But they are the principles of justice and the taxing categories those who determine the taxation in both countries. In this paper we realize a study of comparative law on the general characteristics of both tributary systems departing from the legislation, the doctrine and the jurisprudence. For it, we will remind first the general characteristics of the imposition and the most recent tax reforms produced in both countries. In*

(*) Ph.D en Derecho. Prof. Departamento del Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Granada, España.

the second epigraph of this work we will study the general principles of the imposition according to the constitutional texts. Thirdly, we will analyze the tax categories regulated in the Spanish and Argentine regulation. And, finally, we will conclude with some reflections in the matter, according to the proposed objectives, doing a special consideration of the principles of tributary justice in Spain and Argentina.

Keywords: *taxes - taxing principles - doctrine - comparative law*

I. Introducción. Características generales de la tributación en España y Argentina (1)

En los últimos años, tanto en España como en Argentina se han producido reformas legales con el objeto de mejorar la imposición directa y aumentar la recaudación. En España se ha llevado a cabo una reforma de los principales impuestos: IRPF, IS, IVA e incluso de la Ley General Tributaria, con el objetivo incentivar la actividad económica y mejorar la economía familiar. Entre otras medidas, se ha rebajado la tarifa general del IRPF, con reducción de tramos, que pasan de siete a cinco, y de los marginales, que oscilan del 9,50% al 22,50%; también la tarifa del ahorro, que recoge tres tipos para tres tramos (9,5%, 10,5%, 11,5%), tributando todas las ganancias patrimoniales dentro de esta tarifa (antes, las ganancias a corto plazo o de menos de un año se gravaban con la base imponible general), y lo mismo ocurre con las tarifas del IRNR, que se reducen igualmente (19%, 21% y 23%). Además se ha elevado el mínimo exento del contribuyente a 12.000 euros y mejorado los mínimos personales y familiares en una horquilla que oscila entre el 25% y el 33%, creándose nuevas deducciones para las familias con ascendientes discapacitados y para las familias numerosas. Y se ha regulado el denominado impuesto de salida, que se aplica a aquellos contribuyentes con participaciones en sociedades superiores al 25% que cambian de residencia habitual, habiendo vivido en España diez de los quince años inmediatos anteriores a la salida del país, salvo que se traslade el domicilio a otro país de la UE, con el objeto de someter a tributación rentas generadas en España aunque no se hayan realizado, para evitar las pérdidas recaudatorias en caso de que cuando dichas ventas se realicen efectivamente el obligado tributario ya no tuviera la condición de contribuyente por el IRPF (artículo 94 Ley del IRPF).

(1) Abreviaturas más utilizadas: CArg.: Constitución de Argentina de 1994. CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos. CE: Constitución Española de 1978. F J: Fundamento Jurídico. IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. IS: Impuesto sobre Sociedades. IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido/Agregado. LGT: Ley General Tributaria. LTPP: Ley de Tasas y Precios Públicos. MCTAL: Modelo del Código Tributario para América Latina. SCSA: Sentencia de la Corte Suprema Argentina. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional. STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. TC: Tribunal Constitucional. UE: Unión Europea. IRNR: Impuesto sobre la Renta de los No Residentes. LIRPF: Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Respecto al Impuesto de Sociedades, el tipo impositivo se ha reducido a un 25%. Se ha adaptado asimismo el IVA al Derecho comunitario, limitándose el régimen de estimación objetiva a aquellas actividades de reducido volumen en las que los destinatarios sean, básicamente, consumidores finales. Y se ha modificado la LGT para dotar a la Administración de nuevas herramientas para la lucha contra el fraude fiscal, tanto en el ámbito nacional como internacional (Martín Abril, 2015: 23-37, 90-93), por lo que podemos hablar de medidas que pretenden mejorar la eficiencia de la Administración en la recaudación tributaria.

También el aumento de la recaudación y la redistribución de los ingresos han sido los principales objetivos de las reformas fiscales que se han llevado a cabo en varios países de América Latina (CEPAL, 2016: 7), fundamentalmente en el Impuesto sobre la Renta de las personas físicas y de las personas jurídicas, centradas en la modificación de la base imponible, los tipos de gravamen y la tributación internacional (Gómez Sabaini y Morán, 2013: 11 y ss.). Con respecto al Impuesto sobre la Renta, las modificaciones se han centrado en la ampliación de la base imponible. Es el caso de Argentina, donde se elimina la exención a la compraventa de acciones y títulos que no cotizan en bolsa, y se aumenta el mínimo exento para las personas físicas, y donde se introdujeron los derechos de exportación, con tipos de gravamen progresivos y una tasa nominal mínima del 45%; aunque en 2015 se han eliminado estos derechos sobre los productos agropecuarios y sobre la mayoría de las exportaciones industriales, salvo la soja, en cuyo caso la quita de la retención sería gradual y que se redujo del 35% al 30% (CEPAL, 2016: 43). Además, aumentan las deducciones a los trabajadores que tengan un nivel de ingresos entre los 15.000 y los 25.000 dólares, estableciéndose una exención sobre la segunda cuota del salario complementario (SAC) para sueldos inferiores a 30.000 dólares (CEPAL, 2016: 42). En lo que se refiere a los ingresos tributarios, aumentaron en este país en un 2,9% (Cepal, 2015), gracias a una mayor recaudación del IVA y del Impuesto de la Renta y del Impuesto a las Ganancias.

Por otra parte, en Argentina son muy importantes los ingresos procedentes de los recursos naturales, que no se han computado tradicionalmente como ingresos tributarios, pues suelen configurarse como regalías sobre la explotación de dichos recursos, particularmente de hidrocarburos, vinculados además al lugar geográfico donde se obtienen, optándose por la explotación por cuenta propia de los hidrocarburos a través de la empresa monopolísticas estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF).

Sin embargo, son las categorías y los principios tributarios los que determinan la tributación en Argentina y España. Desde esta perspectiva, en este trabajo analizaremos las características más importantes de la tributación en ambos países.

II. Principios generales de la imposición

El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos no se encuentra establecido, con carácter general, en todas las constituciones de los países de América Latina. Sí en la Constitución de Argentina de 1994, aunque sólo indirectamente, cuando en el artículo 4 se hace referencia a los principios de equidad y proporcionalidad:

“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 decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”.

En el artículo 16, por su parte, se recoge el principio de igualdad:

“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”;

y el principio de reserva de ley se establece en el artículo 75.2:

“Corresponde al Congreso: 2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables”.

El principio de reserva de ley no tiene desarrollo legislativo en la normativa argentina fuera de la constitución; no en la Ley de Procedimiento Tributario (ley 11.683, 1998, cuyo texto ordenado fue aprobado por el Anexo I del decreto 821/98, publicado en el Boletín Oficial el 20/07/1998, y normas modificatorias), pero sí encontramos similitudes entre la redacción de estos principios en la Constitución argentina de 1994 y la del artículo 31 de la Constitución española de 1978:

“1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario

justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. 3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”.

Unos principios recogidos también en el artículo 3 de la LGT (principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario).

De este modo, los sistemas tributarios de España y Argentina se configuran sobre la base de los principios de legalidad, generalidad, capacidad económica y no afectación. Es tradicional la distinción entre principios materiales y formales. Los primeros se ocupan de que los tributos sean justos y, en consecuencia, se articulan como criterios de reparto de las cargas fiscales entre los ciudadanos, estando vinculados a la concepción general de la justicia como valor constitucional básico. En cuanto a los principios designados como formales, hacen referencia a los procedimientos que deben seguirse en su ordenación, de ahí que se traduzcan esencialmente en el principio de legalidad o de reserva de ley. Para explicar las nociones básicas de estos principios acudiremos a la doctrina y a la jurisprudencia de ambos países.

II.1. El principio de reserva de ley

Los principios designados como formales, hacen referencia a los procedimientos que deben seguirse en su ordenación, de ahí que se traduzcan esencialmente en el principio de legalidad o de reserva de ley formulado en los artículos 31.3 y 133 CE, y 8 LGT, en España; y en el artículo 75.2 CArg., en Argentina.

Este principio implica que sólo mediante ley se crearán *ex novo* tributos y se regularán sus elementos esenciales; un principio de autoimposición, por tanto, que supone la aplicación del principio de soberanía popular en materia tributaria, pero que admite la colaboración del reglamentaria en su aplicación. Una exigencia constitucional que pretende garantizar que sean las leyes, en su condición de normas emanadas del Poder Legislativo, las que regulen el régimen jurídico de los tributos. Éste es el denominado principio de reserva de ley en materia tributaria o principio de legalidad tributaria. Una reserva de ley que es, en buena medida, una reserva de procedimiento (Colao Marín, 2011: 106), caracterizado por las notas de pluralidad, discusión y publicidad.

De este modo, estos preceptos constitucionales incorporan dos mandatos que se contrapesan: por una parte, facultan a los poderes públicos para imponer a los ciudadanos prestaciones patrimoniales con las que atender a los fines públicos;

de otra, sujeta el establecimiento de estas obligaciones a su previa aceptación por los representantes de los ciudadanos. Por tanto, el principio de reserva de ley asegura a los ciudadanos que su libertad y propiedad sólo serán limitadas o gravadas por decisión de sus representantes legítimos; o, como decía el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 19/1987, de 17 de febrero:

“asegurar que la regulación de determinado ámbito vital de las personas dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes”; o también, “una garantía de autodisposición de la comunidad sobre sí misma”.

Como señala Aguillo Avilés (1992: 216) citando a Pérez Royo (1972: 209-213), dos son las exigencias fundamentales que se identificaban en la base de esta institución en el primer constitucionalismo: en primer lugar, una función de marcado carácter político: el control indirecto sobre la actuación del Gobierno y la dirección política del país Pérez Royo (1972: 213-214); en segundo lugar una función garantista, de protección de la esfera de libertad personal y patrimonial de los particulares contra intromisiones arbitrarias del Ejecutivo Pérez Royo (1978: 398-399). Así, esta última es la que propiamente daría razón de ser a la reserva de ley como regla de *autoimposición* (Ferreiro Lapatza, 1989: 41-42), según la cual los ciudadanos no pagan más tributos que aquellos a los que, bien los que deben satisfacerlos, bien sus legítimos representantes, han otorgado su aquiescencia: *no taxation without representation* (Aguillo Avilés, 1992: 217).

En palabras del Tribunal Constitucional español:

“(...) responde en su esencia a la vieja idea, cuyo origen se remonta a la Edad Media, de garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los Entes Públicos sean previamente consentidas por sus representantes; la reserva de ley se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano... cumple sin duda otras funciones, pero la finalidad última, con todos los matices que hoy exige el origen democrático del poder ejecutivo, continúa siendo la de asegurar que cuando un Ente Público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos, cuente pare ello con la voluntaria aceptación de sus representantes” (STC 185/1995, 14 de diciembre, F. J.3, remitiéndose a la STC 19/1987, F. J. 4º).

Además, afirma Galán y Galán (2001: 240-241), la reserva de ley se puede interpretar también desde el punto de vista de la existencia de entes autónomos. Así, desde una primera perspectiva democrática, la finalidad de la reserva de ley sería

asegurar que determinadas decisiones, precisamente aquellas que se consideran más relevantes para la comunidad, sean adoptadas por órganos directamente representativos; en segundo lugar, desde el punto de vista de la autonomía, la reserva de ley cumpliría una función en relación con la distribución territorial del poder público. En este sentido, la reserva de ley atribuye poderes concretos a entes concretos, y a la vez veda o delimita la capacidad de actuación de los demás, delimitando los espacios de los ordenamientos. Una delimitación que no sólo tiene trascendencia por lo que respecta a la potestad normativa del Poder ejecutivo estatal, sino también de los Gobiernos subnacionales, que ven limitados sus poderes en relación a esta materia.

Como destaca Colao Marín (2011: 114) la reserva de ley cumple además la función de definir, en un Estado con niveles de poder distintos, qué elementos deben permanecer en la ley. Porque los parlamentos y la Asamblea nacional cumplen una función centralizadora de decisiones, que afecta a principios como el de unidad o el de igualdad y de forma significativa a los Entes Locales, que a pesar de representar directamente a un conjunto de ciudadanos, no tienen, en el sistema, una posición central, señalando (Colao Marín, 2011: 11):

“el principio de reserva de ley, como colabora en la certeza del ordenamiento, lo hace también en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, tanto en la generación del derecho, porque la ley ejerce un control sobre la normativa de rango inferior que impide cierto tipo de conductas normativas, como en la fase de interpretación del mandato, porque las virtudes del sistema en cuanto a seguridad jurídica redundan en virtudes en cuanto a la interpretación que del sistema hacen los Tribunales y, en general, los sujetos llamados a aplicar el Derecho”.

Al respecto, en cuanto a los límites del desarrollo reglamentario, señala la *Corte Suprema de Justicia argentina*:

“La primera conclusión que surge con toda evidencia es que los beneficios que se han establecido en el decreto 285/99 comportan, en su gran mayoría, el ejercicio de facultades de carácter tributario —aduaneras, impositivas o vinculadas con el Régimen Nacional de la Seguridad Social—, las que son competencia exclusiva del Poder Legislativo —arts. 4º, 17 y 75, incs. 1º y 2º, de la Constitución Nacional— y cuyo ejercicio está vedado al Poder Ejecutivo Nacional (...). Que lo expuesto precedentemente permite concluir que el decreto 285/99 resultó insanablemente nulo por oponerse al principio de legalidad que rige en materia tributaria y al claro precepto del art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional, y que, por ende, se encuentra privado de todo efecto

jurídico” (Z. 74 XXXV Zofracor SA c/ Estado Nacional s/ amparo Buenos Aires, 20 de septiembre de 2002).

En este sentido, resulta fundamental que las constituciones reserven o no al Estado la competencia exclusiva sobre la política tributaria, pues esto significa que en caso de que así sea, las líneas maestras en esta materia las marcará el Estado, impidiendo así que existan desigualdades tributarias en razón del territorio, aunque sea admisible e incluso conveniente la colaboración de las distintas Administraciones públicas para hacer una política fiscal efectiva, para lo que harán uso de sus facultades normativas.

II.2. Los principios materiales de justicia tributaria

Si analizamos la normativa, podemos decir que los principios netamente tributarios de justicia material en el tributo son los de generalidad, igualdad, capacidad económica, progresividad, interdicción de la confiscatoriedad y equidad o justicia tributaria, si bien algunos países —y España entre ellos— añaden en sus constituciones otros principios de orden administrativo, que tienen como objetivo la eficiencia y la suficiencia financiera de los sistemas tributarios y la ordenación material del gasto público (eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto público).

Así, **Argentina** (artículos 4 y 16 CArg.) recoge los principios de proporcionalidad (entendemos que podemos identificarlo con el principio de progresividad español, como explicaremos a continuación), equidad e igualdad; y **España** (artículo 31 CE) recoge también los principios de generalidad, igualdad, capacidad económica, progresividad e interdicción de la confiscatoriedad, eficiencia y economía.

Dejando al margen los principios de índole administrativa y ordenación del gasto público, como son los de eficiencia, economía y suficiencia recaudatoria, simplicidad o sencillez y transparencia, o los de carácter general y predicables a todo tipo de normas, porque persiguen proteger la seguridad jurídica del contribuyente, como el de irretroactividad (2); o los que inciden en la buena práctica de las Administraciones, como el de prohibición de la doble imposición o el de libre circulación de personas y capitales; los principios de generalidad, igualdad, capacidad económica, progresividad y no confiscatoriedad son principios netamente tributarios y aspectos parciales de un único principio: el principio de justicia

(2) La doctrina latinoamericana sí considera como principio tributario la irretroactividad de las normas tributarias. Para Valdés Costa (1996: 241) “el postulado de que las leyes no tiene efecto retroactivo, es decir, que se aplican solo a los hechos que ocurren con posterioridad a su vigencia, tiene especial y generalizado prestigio en materia tributaria”. Es un criterio recogido en el Modelo de Código Tributario para América Latina.

tributaria o de equidad, como se denomina en la mayoría de las constituciones de los países latinoamericanos (3).

Así, en el análisis pormenorizado de los mismos y a la hora de aplicar la norma tributaria ha de tenerse siempre presente la interrelación con los restantes principios, como ha destacado el *TC español* (STC 209/1988, 10 de noviembre).

Acudiendo a la doctrina, y siguiendo la clásica distinción del profesor De Castro, los principios generales de Derecho público van a desplegar tres tipos de funciones: actuarán como fuente del Derecho en defecto de ley y costumbre aplicable; son fundamento del ordenamiento jurídico en general y de sus instituciones en particular; y actuarán como guía en la interpretación de las normas jurídicas. Así, todos los textos constitucionales contendrán los principios básicos del ordenamiento jurídico de cada país, y es tradicional que dentro de ellos se incluyan también principios materiales de justicia tributaria; principios que como señalan los profesores Eserverri y López Martínez (1999: 175-176) “no tienen un solo un valor programático, sino fundamentalmente normativo”. Pasemos a desarrollarlos brevemente.

II.2.1. El principio de generalidad

Este principio establece el llamamiento a que todos contribuyan al sostenimiento de las cargas públicas. Con el término “todos” el legislador ha querido incluir a los ciudadanos extranjeros, y no sólo a los ciudadanos nacionales, a las personas físicas y jurídicas nacionales y extranjeras, en aplicación del principio de territorialidad (Martín Queralt y otros, 2014: 103). Además, este principio, como sucede con el resto de las leyes, impide la aplicación de privilegios *intuitu personae*, aunque esto no significa que sea inadmisibles la imposición tributaria a un determinado sector económico o a grupos de personas que se encuentren en idéntica situación.

Por otra parte, en una sociedad en que el principio de igualdad constituye una conquista irrenunciable, la generalidad en el ámbito tributario incide en una aplicación correcta del ordenamiento tributario para que no sólo no existan privilegios amparados en la ley, sino que tampoco se produzcan situaciones de privilegio al aplicarla; vedando la concesión de exenciones y bonificaciones tributarias que puedan calificarse como discriminatorias. Además, el principio constitucional de generalidad constituye un mandato directo al legislador para que tipifique como hecho imponible todo acto, hecho o negocio jurídico indicativo de capacidad económica (Martín Queralt y otros, 2014: 103).

(3) Este tema lo hemos tratado extensamente en otro trabajo (Pérez Zúñiga: 2016).

Explica el *Tribunal Constitucional español* (STC 96/2002, de 25 de abril (FJ 7) que:

“la expresión todos absorbe el deber de cualesquiera personas, físicas y jurídicas, nacionales o extranjeras, residentes o no residentes, que por sus relaciones económicas o desde nuestro territorio (principio de territorialidad) exteriorizan manifestaciones de capacidad económica, lo que les convierte también, en principio, en titulares de la obligación de contribuir conforme al sistema tributario. Se trata, a fin de cuentas, de la igualdad de todos ante una exigencia constitucional —el deber de contribuir o la solidaridad en el levantamiento de las cargas públicas— que implica, de un lado, una exigencia directa al legislador, obligado a buscar la riqueza allá donde se encuentre, y, de otra parte, la prohibición en la concesión de privilegios tributarios discriminatorios, es decir, de beneficios tributarios injustificados desde el punto de vista constitucional, al constituir una quiebra al deber genérico de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado (también SSTC 193/2004, 4 de noviembre, y 10/2005, 20 de enero)”.

En cuanto a la concesión de exenciones y bonificaciones, éstas son materialmente legítimas cuando, a pesar de favorecer a personas dotadas de capacidad económica suficiente para soportar la carga tributaria, el legislador les dispensa del pago de los tributos para satisfacer otros fines constitucionales o, sin ir más lejos, para hacer posible la aplicación del principio de equidad (justicia tributaria); o también, siendo el sistema tributario un instrumento imprescindible para la política económica, porque el Estado se vea obligado a utilizarlo como tal (STC 57/2005, 14 de marzo, FJ 4º).

II.2.2. El principio de igualdad

La igualdad es un principio básico, que está regulado en los textos constitucionales en varias vertientes de las que se derivan importantes consecuencias jurídicas: igualdad formal de los ciudadanos en la ley, así como un mandato a los poderes públicos para que la hagan efectiva; una igualdad subjetiva, para que el legislador elabore normas que traten por igual a los destinatarios de las mismas, impidiendo la discriminación de los individuos por cualquier condición o circunstancia de carácter personal o social (sexo, raza, opinión, etc.), y la igualdad como principio material de justicia tributaria, que es una igualdad en la ley y objetiva, pues ordena al legislador evitar tratamientos diferentes cuando las realidades económicas contempladas en la norma de que se trate resulten ser idénticas.

Desde un punto de vista genérico, pero aplicable en materia tributaria (artículo 16 CArg.), *la Corte Suprema de Justicia argentina* se refiere así al principio de igualdad:

“El texto de tal disposición, inspirada por la conciencia democrática de sus autores, que abominan toda primacía ilegítima que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, que suprime los títulos de nobleza y los fueros personales, para declarar enseguida, que todos los habitantes son iguales ante la ley, demuestra con toda evidencia cuál es el alto propósito que la domina: el derecho de todos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se les concede a otros en iguales circunstancias (Fallos: 16:118; 101:401). No es, pues, la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección, en lo posible, de las desigualdades naturales” (Fallos: 151: 359 “Don Eugenio Díaz Vélez c. Provincia de Buenos Aires”, sentencia de 20 de junio de 1928).

Y también, citando la jurisprudencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4, Capítulo IV, párrafos 56 a 58), añade:

“En suma, no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio y violenta los derechos constitucionales. Existen desigualdades fácticas que pueden traducirse en desigualdades justificadas en el tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma” (Z. 74 XXXV. Zofracor S.A. c/ Estado Nacional., Buenos Aires, 20 de septiembre de 2002).

En relación a este principio, es ya tradicional citar los criterios sintetizados por el *Tribunal Constitucional español* en las SSTC 76/1990, 26 de abril (FJ 9) y 214/1994, 14 de julio (FJ 8):

a) “No toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del principio de igualdad, sino que dicha situación la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el

fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.

II.2.3. El principio de capacidad económica

La capacidad económica del individuo es la medida de contribución al sostenimiento de los gastos públicos del Estado. Este principio supone un mandato expreso al legislador para buscar la riqueza objeto de gravamen allí donde se encuentre, y, en sentido contrario, le prohíbe gravar aquello que en el común de los casos no sea manifestativo de riqueza; es decir, le prohíbe gravar una capacidad económica inexistente o ilusoria.

Al respecto, señala la *Corte Suprema de Justicia argentina* (Causa “Hermitage c. Poder Ejecutivo Nacional”, del 15 de junio de 2010, FJ 10 y 15) (Citado por Rezzo y Rezzo Agli, 2013: 145):

“En efecto, la problemática de las presunciones en materia tributaria es el resultado de la tensión de dos principios: el de justicia tributaria y el de capacidad contributiva, y es por ello que requieren un uso inteligente, concreto y racional. Es en el supuesto de las presunciones denominadas *iuris et de iure*, en el que la cuestión adquiere su mayor dramatismo, pues hay veces que el legislador para simplificar acude al resolutivo método de no admitir la prueba en contrario, cercenando la posibilidad de que el contribuyente utilice, frente a la Administración, algunos de los medios jurídicos de defensa. Que con esto se consigue seguridad jurídica es indudable; pero tal vez la aplicación del principio de capacidad contributiva se vea relegado e irrespetado por tales aseguramientos (...) la iniquidad de esta clase de previsión, se pondría en evidencia ante la comprobación fehaciente de que aquella renta presumida por la ley, lisa y llanamente, no ha existido”.

Así, con Eseverri Martínez (2008: 31), podemos decir que si son índices significativos de la capacidad económica de los ciudadanos la renta en la medida que se obtiene, el patrimonio en la medida que se posee y el consumo en la medida que se realiza, habrá que concluir que los tributos deberán gravar la renta y el patrimonio o bien el consumo de bienes y servicios. Y por eso señala el TC español que en ningún caso resulta admisible que se graves rentas o riquezas aparentes o inexistentes.

De este modo, el principio de capacidad económica sería el fundamento del deber de contribuir a los gastos públicos, opera como un límite al legislador tributario para que establezca figuras tributarias que graven la capacidad económica del ciudadano y no aquellas que no pongan de manifiesto esta capacidad económica y, finalmente, modula también la aplicación de los tributos de acuerdo a la situación personal y patrimonial de los llamados a satisfacerlos. Por lo demás, éste es un principio predicable a todo el ordenamiento tributario en su conjunto y globalmente considerado, como han señalado la doctrina y el TC, y no siempre justificado en cada una de las figuras tributarias.

II.2.4. El principio de progresividad y la no confiscación

En la doctrina latinoamericana, proporcionalidad se ha identificado con progresividad. Lo hacen Moreno Padilla (1984: 274), Aucar Merchan y Subía Pinto (2008: 31) y Villegas (2003: 275), señalando el primero: “la proporcionalidad consiste en esencia en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su capacidad económica”. Así, el principio de progresividad da un paso más, pues implica que, a medida que aumenta la riqueza de los sujetos pasivos, debe aumentar también en una proporción superior a ese incremento —más que proporcionalmente— la contribución tributaria al sostenimiento de los gastos públicos, lo que permite redistribuir la riqueza. Como expresión de la idea de solidaridad, la progresividad debe articular técnicamente el sistema tributario para hacerla posible, y lograr así también un sistema tributario justo. Sin embargo, éste es un principio que no resulta apreciable en todas las figuras tributarias (sí en el Impuesto de la Renta, por ejemplo, no tanto en el IVA), por lo que es aplicable al sistema tributario considerado en su conjunto. Pero su inclusión en las Constituciones revela la preocupación del legislador por buscar un sistema tributario más justo.

II.2.5. El principio de equidad o de justicia tributaria

Estos principios son un aspecto parcial de un único principio: el de justicia tributaria, llamado principio de equidad en buena parte de las constituciones latinoamericanas. Relacionándolo con el principio de no confiscatoriedad, García Vizcaíno (1996: 296) señala que:

“el principio de equidad significa sustancialmente asegurar el derecho de propiedad y el de trabajar libremente, de modo que si la ley tributaria imposibilitara el ejercicio de estos derechos, destruiría una de las bases esenciales sobre las cuales se apoya todo el sistema de libertad individual”.

Y para Plazas Vega (2005: 429) implica la aplicación equitativa de la norma tributaria, relacionándolo con el principio de igualdad y con el axioma de que sea igual para los iguales y desigual para los desiguales, pues, ateniéndonos a la etimología del término, la equidad deriva del latín *aequitas* y significa sin desigualdades.

Aunque el principio de capacidad económica se ha configurado tradicionalmente como el principio basilar de la justicia en el tributo, el TC español lo pone en relación con el resto de principios para interpretarlos conjuntamente, tanto es así, que ha llegado a decir que “no se trata de un valor absoluto que deba encontrarse en todos los supuestos de aplicación del tributo” (STC 37/ 1987, 26 de marzo). Nos encontramos, de este modo, con un principio que orienta al sistema tributario en su conjunto, y, por lo tanto, su virtualidad no se circunscribe a cada tributo en particular. Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina al interpretar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (además de la citada sentencia, el TC se refiere al principio de capacidad económica en la STC del 20 de julio de 1981 —RTC 1981, 27—; Auto núm. 230/1984, del 11 de abril (JC, VIII); STC 37/ 1987, del 26 de marzo —RTC 1987, 37—; STC 126/1987, del 16 de julio —RTC 1987, 126—; STC 45/1989, del 20 de febrero —RTC 1989, 45—). También Martín Queralt, Lozano Serrano, Tejerizo López y Casado Ollero (2014: 102) destacan que el artículo 31 CE “conecta el citado deber de contribuir con el criterio de la capacidad económica, y lo relaciona, a su vez, claramente, no con cualquier figura tributaria en particular, sino con el sistema tributario en su conjunto” (SSTC 182/1997, del 28 de octubre, 137/2003, del 3 de julio, 108/2004, del 30 de junio, y 189/2005, del 7 de julio).

III. Categorías tributarias

A pesar del mandato constitucional y de las normas citadas anteriormente, el concepto de tributo no ha sido una cuestión pacífica. Ni las Constituciones de los países América Latina ni la CE definen las categorías tributarias. Sí se definen o hay una referencia a ellas en la normativa de Argentina y en la normativa española. Sin embargo, sería muy útil —para el jurista y para el técnico, pero también para los ciudadanos— que existiera una homogeneidad en la utilización de los conceptos tributarios en todos los países de habla hispana a ambos lados del Atlántico.

III.1. España

Tampoco en España existía una definición legal de las categorías tributarias hasta redacción dada a la Ley General Tributaria por la ley 58/2003, del 17 de diciembre. Actualmente, el artículo 2 (“Concepto, clases y fines de los tributos”), define así las categorías tributarias, que tomaremos como referencia para poder clarificar conceptos:

1. Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.

Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.

2. Los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos:
 - a. Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.
 - b. Contribuciones especiales son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos.
 - c. Impuestos son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente.

De este modo, como explican Martín Queralt y otros (2014: 72) no hay más tributos que los que son calificables, en atención a su régimen jurídico, como tasas, contribuciones especiales o impuestos. Y cualquier figura tributaria debe ser, coherentemente, subsumida dentro de una de estas tres especies. De ahí que la Disposición Adicional 1ª) LGT haya dispuesto que “las exacciones parafiscales participan de la naturaleza de los tributos, rigiéndose por esta Ley en defecto de normativa específica”.

Como destacan estos autores, es muy importante la referencia en esta Disposición Adicional a las exacciones parafiscales, pues:

“con ello (la LGT) trata de ponerse fin a una historia, la de los denominados tributos parafiscales, caracterizada por una nota común a todos ellos: siendo tributos, se exigen por normas distintas de las que se aplican a los tributos, obviando sobre todo las exigencias del principio de reserva de ley y de los principios materiales de justicia tributaria” (Martín Queralt y otros, 2014: 72).

Sin embargo, como ha explicado Lasarte Álvarez (2000: 6) en contra de lo que pueda parecer en una primera aproximación, vamos a encontrarnos configuradas como tributos algunas prestaciones patrimoniales coactivamente impuestas cuyos fines no son estrictamente recaudatorios (caso de los tributos con fines extrafiscales), mientras en otras ocasiones, inequívocas figuras tributarias desde una perspectiva dogmática, escapan de ese régimen jurídico (caso de las exacciones parafiscales, o de los precios públicos); o se someten difícilmente a sus principios (caso de las tasas en relación al principio de capacidad económica), o se rigen por disposiciones propias al margen del ordenamiento fiscal propiamente dicho (caso de las cotizaciones a la Seguridad Social en España que, sin embargo, están configuradas como tributos en buena parte de los países de América Latina). En palabras de Aguillo Avilés (1992: 59):

“Semejante vocablo, empero —años de literatura científica así lo han demostrado—, no es más que una suma de signos, cuyo contenido dista mucho de ser preciso. Qué sea el tributo, por decirlo de otro modo, es, aún hoy, un interrogante que no siempre obtiene la misma respuesta”.

Con todo, el tributo es un elemento que ha tenido que elaborar la ciencia jurídica, y así, jurídicos son los elementos caracterizadores que nos aproximan a su esencia. De las múltiples definiciones doctrinales, Lasarte Álvarez (2000: 6) destaca las siguientes características:

Son prestaciones patrimoniales coactivamente impuestas exigidas por un ente público. Es, por tanto, una obligación *ex lege*, es decir, impuesta por ley con independencia de la voluntad de quienes deben satisfacerla. Una vez realizado el presupuesto de hecho previsto por el legislador (en materia tributaria, el hecho imponible o generador como causa del nacimiento de la obligación tributaria) se produce la consecuencia jurídica de la obligación de pago en razón del mandato legal.

Dicha obligación legal encuentra su fundamento en la necesidad y el deber de financiar los gastos públicos (artículo 4 CArg., y artículo 31.1 CE).

Se trata, por tanto, de una obligación patrimonial, pues la prestación consiste en la entrega al ente público correspondiente de una cantidad de dinero. No

obstante, el ordenamiento permite excepcionalmente el pago en especie o la entrega de un bien.

Deben exigirse respetando los principios de justicia material en el tributo (artículos 4 y 16 CArg., y artículo 31.1 CE), siendo la regla fundamental que cada cual pagará de acuerdo a su capacidad económica, pues es éste el presupuesto de hecho que da lugar al nacimiento del tributo.

En algunos casos, los tributos pueden perseguir además fines extrafiscales, alejándose de ese fin exclusivamente recaudatorio; persiguiéndose con ello que el sistema tributario colabore en la consecución de ciertos objetivos económicos y sociales recogidos en la Constitución en aras del interés general.

De estas características, la más importante es que se trate de prestaciones patrimoniales de carácter público coactivas; pues si no lo son, tampoco son tributos, y no tienen porqué cumplir, entonces, los principios de justicia material que los informa y que no tienen sólo un valor programático, sino fundamentalmente normativo. El problema, además, es que la utilización de otras figuras no tributarias puede desplazar el entramado tributario en la financiación del gasto público, y la función redistributiva que cumple (Agulló Agüero, 1993: 550-551) o, al menos, debe cumplir.

Porque los principios tributarios (materiales y formarles, de ordenación y de aplicación del sistema tributario) son los que aseguran el carácter solidario y redistributivo del sistema tributario, y los que garantizan que todos tengan acceso a las mismas prestaciones con independencia de su capacidad económica. De hecho, es doctrina mayoritaria la que considera que los principios materiales de justicia tributaria sólo se predicán de los tributos. Por todos, citamos a Martín Delgado (1979: 64):

“La tesis restrictiva que limitaría la eficacia del precepto a ordenar sólo la contribución a los gastos públicos mediante el sistema tributario, encuentra no pocos argumentos a su favor. En primer lugar, sería el resultado de una interpretación lógica, sistemática e histórica, ya que puede afirmarse que no fue otra la intención del legislador constitucional al recoger la tradición histórica a la que el artículo responde. Pero es que, además, la letra del precepto confirma esta conclusión, ya que, por una parte, alude a la ‘contribución’ al sostenimiento de los gastos públicos, resaltando el aspecto tributario, y por otra, se refiere a la contribución ‘mediante un sistema tributario justo’, lo que parece no dejar lugar a la duda”

Nos encontramos, por tanto, en boca del TC, “ante prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos” (STC 182/1997). Es tradicional atender a la conocida definición de Sainz de Bujanda (1989: 167):

“Aquella obligación de realizar una prestación pecuniaria a favor de un ente público para subvenir las necesidades del gasto público y que la ley hace nacer directamente de la realización de determinados hechos que la misma establece”.

Las sumas así recaudadas se destinarán a la financiación de todos los gastos del Estado, sin afectación de concretos tributos a determinadas finalidades públicas salvo que excepcionalmente así lo establezca una ley. Siguiendo con Lasarte Álvarez, todo ello hace que el tributo se configure como una específica relación de Derecho Público en la que el Estado aparece como titular de un derecho de crédito por obra de la ley, procediendo a la exigencia de la correspondiente prestación en virtud del interés general, dotado de determinadas potestades en defensa de ese interés (la principal es la posibilidad de ejecución administrativa del crédito sin necesidad de acudir a la vía judicial en caso de incumplimiento), frente a un obligado que debe avenirse al pago y que, ante dichas potestades, recibe la protección del derecho a través de la regulación legal de las mismas y de los procedimientos de actuación administrativa, configurándose como un conjunto de derechos y garantías de los contribuyentes que, claro está, pueden hacerse valer a través de los correspondientes recursos administrativos y judiciales.

Sin embargo, qué sea un tributo tampoco es una cuestión pacífica en la normativa de los países de América Latina, donde se utilizan indistintamente los términos tributo, impuesto, gravamen, arbitrio, contribución, patente, licencia, derecho o regalía según el país al que prestemos atención, aunque los elementos básicos de las figuras tributarias coincidan con la legislación española y con las características expuestas (Pérez Zúñiga, 2016: 91-117).

Pero es importante englobar estos ingresos en alguna de las denominaciones, ya que cada categoría implica un régimen jurídico con sus propias particularidades, que influyen tanto en su establecimiento como en los procedimientos de gestión y recaudación; independientemente de la calificación que el legislador le haya dado al ingreso, lo importante es atender a su verdadera naturaleza jurídica para averiguar a qué categoría corresponde (Eseverri Martínez y otros, 2015: 67-68).

III.2. Argentina

En la normativa argentina no hay una definición de tributo ni de cada una de las figuras tributarias. De hecho, la CArg. utilizar el término rentas y contribuciones

(artículos 5, 75, etc.), mientras que la Ley de Procedimiento Tributario (ley 11.683) sí emplea el término tributo, y las categorías (que no define) impuestos, tasas y contribuciones en el artículo 130 de esta norma, mientras que en los artículos 18 y 112 hay referencias a cada uno de los impuestos:

Artículo 112 ley 11.683:

“Sin perjuicio de los preceptos contenidos en las leyes que establecen los gravámenes, las disposiciones de esta ley que no sean de aplicación exclusiva para determinado tributo rigen con relación al Impuesto a los Réditos; Impuesto a las Ganancias; Impuesto a las Ventas; Impuesto al Valor Agregado; Contribución de mejoras establecida por el artículo 19 de la Ley N° 14.385; Impuesto a las Apuestas en los Hipódromos de Carreras; Impuesto a los Combustibles Líquidos derivados de la destilación del petróleo; Impuesto para Educación Técnica; Recargo sobre petróleo crudo elaborado en el país; Impuesto a las Ganancias Eventuales; Impuestos Internos a los Tabacos, Alcoholes, Bebidas alcohólicas, Combustibles y aceites lubricantes y Vinos, Cubiertas y llantas macizas de goma, a los Artículos de tocador, Objetos suntuarios, Seguros, Bebidas gasificadas, Refrescos, Jarabes, Extractos y concentrados, y otros bienes; Impuesto sustitutivo del Gravamen a la Transmisión Gratuita de Bienes; Impuesto especial sobre el precio básico de cada localidad o entrada a salas cinematográficas; Impuesto a los Avisos Comerciales Transmitidos por Radio y Televisión; Impuesto a los Ingresos Brutos por Explotación del Servicio de Radiodifusión y/o Televisión; Impuesto Especial establecido por el artículo 56, inciso c) de la Ley N° 17.319; Gravamen a las utilidades provenientes de exportaciones agrícolas; Impuesto a la Venta de Valores Mobiliarios; Impuesto Adicional al Impuesto Interno a la Nafta; Gravámenes a la producción sobre la venta de cereales, semillas oleaginosas y lanas; Gravamen nacional de emergencia al parque automotor; Impuesto a los Incrementos Patrimoniales no Justificados; Impuesto a los Beneficios de Carácter Eventual; Impuesto a los Capitales; Impuesto a los Patrimonios; Impuesto a las Transferencias de Dominio a Título Oneroso de Acciones, Títulos, Debentures y demás Títulos Valores; Impuesto a los Beneficiarios de Créditos Otorgados por el Sistema Financiero Nacional y Gravamen extraordinario a la posesión de divisas. La aplicación de los Impuestos de Sellos, Derechos de inspección de sociedades anónimas, Arancel consular, Canon minero y Contribución sobre petróleo crudo y gas, se regirá por las leyes respectivas. Con relación a tales impuestos, el Administrador Federal de Ingresos Públicos ejercerá en lo pertinente las funciones que le confieren los artículos 7º, 8º y 9º, punto 1, incisos a) y b), del Decreto N° 618/97. Serán de aplicación

con relación a los mencionados impuestos, las facultades de verificación que se establecen en esta ley. La aplicación del sobreprecio a los combustibles se regirá por la presente ley, facultándose al PODER EJECUTIVO NACIONAL para establecer las excepciones, aclaraciones o modificaciones que considere convenientes para adaptar a las características de dicho gravamen el régimen de esta ley”.

De las distintas definiciones en la normativa de nuestros países, podemos concluir que, salvo las peculiaridades mencionadas, el **impuesto** es la categoría tributaria por antonomasia: se paga porque se ha realizado un hecho indicativo de capacidad económica (sin contraprestación). Por tanto, no requiere actividad administrativa, lo que le diferencia de las tasas y las contribuciones especiales. Su hecho imponible lo constituyen actos, negocios o hechos de naturaleza jurídica o económica; este hecho imponible ha de poner de manifiesto la capacidad contributiva (capacidad económica) del sujeto, como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la circulación de bienes o la adquisición o gasto de renta; y habrá que atender a la naturaleza jurídica del hecho sujeto a imposición cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados. Por tanto, no puede haber tributo si no existe un hecho que indique que el que lo ha realizado goza de capacidad económica.

Las **tasas** son tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público —local, autonómico o estatal—, así como la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecte, o beneficien de modo particular al sujeto pasivo siempre que se den dos circunstancias:

Que esos servicios no sean de solicitud voluntaria para los administrados (no lo será cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias o cuando los bienes, servicios o actividades requeridas por el sujeto de la Administración sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante).

Que esos servicios o actividades no se presten o realicen por el sector privado (sólo por el sector público).

Como podemos apreciar, mientras el impuesto se conecta con una situación de hecho manifestativa de capacidad económica, sin relación alguna con el ente impositor, el presupuesto de hecho de la tasa necesariamente se relaciona con el desenvolvimiento de una actividad del Ente Público que se refiere a la persona del obligado: por ello, la realización del hecho por el administrado sin la colaboración de la Administración convierte esta figura en antijurídica y atípica; una actividad administrativa que se realiza, además, normalmente a instancia de parte.

Finalmente, por lo que respecta a las **contribuciones especiales**, son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o un aumento de valor de sus bienes, como consecuencia de la realización de obras públicas o el establecimiento o ampliación de servicios públicos. Sin ahondar en la cuestión, diremos que de los impuestos se diferencian en que en la contribución especial hay siempre una actividad administrativa; y de la tasa, en que esta actividad administrativa está encaminada a la satisfacción de un interés general (sin perjuicio de que, al mismo tiempo, produzca un beneficio especial a determinadas personas). Aunque es un tributo que también es estatal y autonómico o regional, tiene más importancia en el ámbito de los municipios.

Partiendo de los preceptos citados, debe concluirse que el mecanismo ordinario de contribución a los gastos públicos es el sistema tributario. Así, puede entenderse, tal y como señala Agualló Avilés (1992: 354), que la CE (y entendemos que también la Constitución de Argentina) prohíbe que la mayoría de las “cargas” públicas se sufragen mediante un sistema de precios, público o de cualquier naturaleza.

Pero, dentro de los tributos, son los impuestos las figuras tributarias (por no tener carácter sinalagmático) que exigen de una manera más clara la aplicación de los principios materiales de justicia tributaria, fundamentalmente, los de capacidad económica y progresividad como concreción del principio de justicia tributaria o equidad. Y dentro de los impuestos, son los impuestos directos y de carácter personal los que mejor van a expresar y respetar esos principios.

Por tanto, en un Estado de Derecho, la creación y exigencia de los tributos es objeto de regulación jurídica que debe atender a la protección del interés público y al respeto de los intereses individuales de los obligados a satisfacerlos.

IV. Conclusiones

En los últimos años se han producido reformas tributarias en España y Argentina para mejorar la imposición directa y aumentar la recaudación, pero son las categorías tributarias y los principios generales de imposición los que determinan la tributación.

Si analizamos la normativa de ambos países, observamos que tanto la constitución española como la argentina recogen los principales principios tributarios, tanto formales (el principio de reserva de ley) como materiales (los principios de justicia tributaria).

El principio de legalidad o de reserva de ley determina la organización territorial del poder tributario tanto en España como en Argentina. Actualmente, está

formulado en los artículos 31.3 y 133 CE, y 8 LGT, en España; y en el artículo 75.2 CArg., en Argentina.

En cuanto a los principios materiales de justicia tributaria, Argentina recoge los principios de proporcionalidad (que identificamos con progresividad), equidad e igualdad (artículos 4 y 16 CArg.); y España recoge también los principios de generalidad, igualdad, capacidad económica, progresividad e interdicción de la confiscatoriedad, eficiencia y economía (artículo 31 CE).

También se regulan en España y Argentina las mismas categorías tributarias: impuestos tasas y contribuciones especiales. De la normativa de estos países, podemos concluir que, salvo las peculiaridades mencionadas, el impuesto es la categoría tributaria por antonomasia: se paga porque se ha realizado un hecho indicativo de capacidad económica (sin contraprestación).

Dentro de los tributos, son precisamente los impuestos las figuras tributarias (por no tener carácter sinalagmático) que exigen de una manera más clara la aplicación de los principios materiales de justicia tributaria.

En un Estado de Derecho, la creación y exigencia de los tributos es objeto de regulación jurídica que debe atender a la protección del interés público y al respeto de los intereses individuales de los obligados a satisfacerlos. Una exigencia válida tanto para España como para Argentina.

V. Bibliografía

AGUALLO AVILÉS, A. (1992). *Tasas y precios públicos: análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional*. Valladolid: Lex Nova.

AGULLÓ AGÜERO (1993). "Los precios públicos: prestación patrimonial de carácter público no tributaria", en: *Revista Española de Derecho Financiero*, N° 80, Madrid: Civitas.

AUCAR MERCHAN, O. y SUBÍA PINTO, P. (2008). *Interpretación tributaria extensiva e integración analógica a partir del principio de reserva de ley*. Guayaquil: Edino.

COLAO MARÍN, P. A. (2011). *Autonomía Municipal, Ordenanzas Fiscales y Reserva de Ley*. Barcelona: Bosch Editor.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (2015a). *Panorama Fiscal de América Latina y El Caribe 2015, Dilemas y espacios de políticas 2015*, (LC/L 3961). Santiago de Chile: ONU.

— (2016b). *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe 2016, Las finanzas públicas ante el desafío de conciliar austeridad con crecimiento e igualdad*, (LC/L.4140). Santiago de Chile: ONU.

DE MIGUEL MONTERRUBIO, M. (2015). “El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, en: Martín Fernández, J. (coord.). *La Reforma Tributaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ESEVERRI MARTÍNEZ, E. y OTROS (2015). *Manual Práctico de Derecho Tributario*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ESEVERRI MARTÍNEZ, E. (2008). *Derecho Tributario. Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

ESEVERRI MARTÍNEZ, E. y LÓPEZ MARTÍNEZ, J. (1999). *Temas prácticos de derecho financiero: parte general*. Madrid: Aranzadi.

FERREIRO LAPATZA, J. J. (1989). “Análisis constitucional de la nueva Ley Reguladora de las Haciendas Locales”, en: *Revista de Hacienda Autónoma Local*, Nº 55-56. Madrid.

GALÁN GALÁN, A. (2001). *La potestad normativa autónoma local*. Barcelona: Atelier.

GARCÍA VIZCAÍNO, C. (1996). *Derecho Tributario*, T. I. Buenos Aires: Depalma.

GÓMEZ SABAINI, J. y MORÁN, D. (2013). *Política tributaria en América Latina: agenda para una segunda generación de reformas*, serie Macroeconomía del Desarrollo, Nº 133 (LC/L.3632). Santiago de Chile.

GONZÁLEZ, D. (2009). “La política Tributaria Heterodoxa en los Países de América Latina”, en: *Gestión Pública* Nº 70, CEPAL. Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES).

LASARTE ÁLVAREZ, J. (2000). “Los tributos. Poder tributario. Principios de Justicia Tributaria”, en: J. A. Sánchez Galiana (coord.), *Manual de Derecho Tributario*. Granada: Comares/Dodeca.

MARTÍN ABRIL, D. (2015). “La reforma tributaria: objetivos”, en: J. Martín Fernández, (coord.), *La Reforma Tributaria*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

MARTÍN DELGADO, J. M. (1979). “Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución Española de 1978”, en: *Hacienda Pública Española*, Nº 60.

MARTÍN QUERALT, J. y OTROS (2014). *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. 25ª ed. Madrid: Tecnos.

MORENO PADILLA, J. (1984). *El principio de igualdad en el Derecho tributario*. México: Instituto Cultural Domecq.

PÉREZ ROYO, F. (1972). “Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria”, en: *Hacienda Pública Española*, N° 14.

— (1978). “El principio de legalidad tributaria en la Constitución”, en: *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— (2011). *Curso de Derecho Tributario*. Madrid: Tecnos.

PÉREZ ZÚÑIGA, J. M. (2016). *Sistemas tributarios de España y América Latina*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PLAZAS VEGA, M. (2005). *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*. T. II. Bogotá: Temis.

REZZO AGLI, L. C. y REZZO AGLI B. Ar. (2013). “Teoría de la presión tributaria en base a la igualdad intergeneracional: una perspectiva financiera y tributaria del caso argentino”, en: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasilia vol. 10 N° 1.

SAINZ DE BUJANDA, F. (1989). *Lecciones de Derecho Financiero*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

VALDÉS COSTA, R. (1996). *Curso de Derecho Tributario*, 2ª. ed. Bogotá: Temis.

VILLEGAS, B. (2003). *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Astrea.

Legislación citada

Normativa española

Constitución española de 1978.

Ley N° 26/2014, del 27 de noviembre, por la que se modifican la ley N° 35/2006, del 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (IRNR), aprobado por el RD Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias.

Ley N° 27/2014, del 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (IS).

Ley N° 28/2014, de 27 del noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, del 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), la ley N° 20/1991, del 7 de junio, de modificación del Régimen Fiscal de Canarias, la Ley 38/1992, del 28 de diciembre, de Impuestos Especiales (IIEE), y la ley N° 16/2013, del 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas financieras.

Ley N° 34/2015, del 21 de septiembre, de modificación parcial de la ley N° 58/2003, del 17 de diciembre, General Tributaria.

Normativa argentina

Constitución de Argentina de 1994.

Ley de Procedimiento Tributario (ley N° 11.683, 1998, cuyo texto ordenado fue aprobado por el Anexo I del decreto 821/98, publicado en el Boletín Oficial el 20/07/1998).

Jurisprudencia citada

España

Auto N° 230/1984, del 11 de abril.

STC 27/1981, del 20 de julio de 1981.

STC 19/1987, del 17 de febrero.

STC 37/ 1987, del 26 de marzo.

STC 126/1987, del 16 de julio.

STC 209/1988, del 10 de noviembre.

STC 45/1989, del 20 de febrero.

STC 76/1990, del 26 de abril.

STC 214/1994, del 14 de julio.

STC 185/1995, del 14 de diciembre.

STC 182/1997, del 28 de octubre.

STC 96/2002, del 25 de abril.

STC 137/2003, del 3 de julio.

STC 108/2004, del 30 de junio.

STC 57/2005, del 14 de marzo.

STC 189/2005, del 7 de julio.

Argentina

20/06/1928, “Don Eugenio Díaz Vélez c/ Provincia de Buenos Aires”, SCSA 151: 359.

20/09/2002 “Zofracor SA c/ Estado Nacional s/ amparo Buenos Aires”, SCSA Z. 74 XXXV.

15/06/2010, “Hermitage c/ Poder Ejecutivo Nacional”, SCSA 24278/2010.

Internacional

CIDH Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4, Capítulo IV.

Fecha de recepción: 29-03-2017 Fecha de aceptación: 26-06-2017

Presupuesto público y medio ambiente. Gasto público ambiental. Ley de Presupuesto Público de la provincia de Buenos Aires

POR **MÓNICA BARIGGI** (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La Provincia.— III. Problemáticas ambientales recurrentes.— IV. Economía y ambiente.— V. Presupuesto público y la “externalidad económica ambiental”.— VI. Gasto público ambiental.— VII. Gasto público ambiental provincial.— IX. Conclusión.

Resumen: la frecuencia de los eventos ambientales obliga a replantear las finanzas públicas de los Estados. La consideración del gasto ambiental como una externalidad que no puede ser afrontada por el sector privado hace necesario el planteo del gasto público ambiental dentro del diseño de la Ley de Presupuesto en la provincia de Buenos Aires.

Palabras claves: gasto público ambiental - presupuesto público ambiental - provincia de Buenos Aires.

Public budget and the environment. Environmental Public Spending. Public budget law of the province of Buenos Aires

Abstract: *the frequency of extreme environmental events leads us to rethink the public finance in different countries. Considering Environmental expenditure as an externality that cannot be paid by the private sector us to include environmental public expenditure into the Budget law of the Province of Buenos Aires.*

Keywords: *environmental public expenditure - environmental public budget - Province of Buenos Aires*

(*) Prof. Adjunta Interina de Finanzas y Derecho Financiero Cátedra 3, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

I. Introducción

El presente trabajo tendrá como objetivo analizar la incorporación a las Finanzas Públicas del Estado el denominado Gasto Público Ambiental, ello en relación a la principal provincia de la República Argentina, la provincia de Buenos Aires.

En tal sentido se intentará analizar la forma en que este gasto público ambiental se ve reflejado en las Finanzas Públicas provincial, concretamente en la Ley de Presupuesto de la Provincia de Buenos Aires. Este análisis se efectuará a la vista de las problemáticas ambientales que usualmente azotan a esta jurisdicción, en tanto que resulta innegable que la provincia citada tiene y tendrá que afrontar las condiciones ambientales que se generan cada vez con mayores repercusiones negativas, vinculadas con las variables de temperatura, inundaciones, tornados y fenómenos climatológicos extremos.

Así, del análisis de las problemáticas ambientales usuales en la Provincia se llegará a vislumbrar la urgente necesidad de priorizar la acción pública en pos de mejorar el gasto e incrementar la eficiencia y eficacia de las acciones estatales diseñadas para afrontar el desastre ambiental.

Planteado lo que antecede, debe resaltarse que esta necesidad de incorporar la problemática ambiental en las finanzas públicas fue observada y recomendada por los organismos internacionales en reiteradas oportunidades. En tal entendimiento según el Banco Mundial (2009) los más afectados por el cambio climático serán los países en vías de desarrollo, los que soportarán aproximadamente entre el 75% y el 80% del costo de los daños provocados por la variación del clima. Es citado organismo señala que las proyecciones climáticas para América Latina y el Caribe indican un aumento paulatino pero persistente del promedio de temperatura, aunque con diferencias según las regiones, y que habrá cambios en los patrones de cantidad, intensidad y frecuencia de las precipitaciones.

Se observa además una creciente variabilidad climática, con un consecuente aumento de eventos de temperatura extrema, como olas de calor. Asimismo, se resaltan problemáticas en relación a la disponibilidad de los recursos hídricos a causa de los aumentos de temperatura, los cambios en la precipitación y el aumento de la demanda. Los cambios en la calidad y cantidad de este recurso tendrán efectos negativos en la producción agropecuaria, la generación hidroeléctrica y la disponibilidad para el consumo humano y los ecosistemas.

Así, la preocupación mundial por las cuestiones ambientales se ha incrementado desde la década de 1970, fundamentalmente a partir de la Conferencia de Estocolmo organizada por Naciones Unidas en 1972. Desde entonces, se ha impulsado fuertemente la incorporación de la temática ambiental en la agenda de

los gobiernos y en las estructuras institucionales y legales. De esta manera, se ha producido un importante avance en materia de debates, reformas y medición del gasto público y privado destinado a temas ambientales en los distintos países. Argentina no permaneció ajena a esta experiencia. En 1973 se creó la primera Secretaría de Recursos Naturales y Medio Ambiente en la órbita del Ministerio de Economía y, desde entonces, siempre ha existido algún organismo de este tipo a nivel federal.

En adición a ello, la necesidad de que el Estado incurra en gastos vinculados con el medio ambiente es reconocida por la Teoría Económica por razones de eficiencia, pues los problemas ambientales pueden ser vistos como claros casos de “fallas de mercado”. Específicamente, la contaminación de cualquier tipo puede ser considerada como una “externalidad negativa”, dado que las acciones de algunos agentes perjudican a otros sin que sean estos últimos compensados por el daño, y es entonces que la falta de compensación pecuniaria se debe a que los bienes ambientales —como pueden ser el agua o el aire limpios— no son transados en ningún mercado. A pesar del reconocimiento teórico de su importancia, el gasto ambiental es particularmente vulnerable a los recortes presupuestarios y ajustes macroeconómicos de todas las jurisdicciones. En este sentido, la Argentina tampoco ha constituido una excepción.

Ahora bien ¿qué sucede con la economía ambiental en la provincia de Buenos Aires?, ¿los problemas ambientales son de tal envergadura que requieren partida presupuestaria propia?

II. La Provincia

En la breve introducción desarrollada se observa las predicciones de los distintos organismos internacionales respecto a la incorporación de los Estados al Presupuesto Público de los gastos ambientales, pero a fin de comprender la problemática ambiental y su cuantificación económica, resulta necesario efectuar una rápida descripción de las características de la región.

En efecto, en el informe del Observatorio de Políticas Públicas del año 2010 surge que, el territorio de la provincia de Buenos Aires ocupa aproximadamente el 11% de la superficie total de la República Argentina. Está situada en la región centro este del país limitando con cinco provincia y el Océano Atlántico y el Río de la Plata. Cerca del 40% de los habitantes de la República Argentina viven en este territorio y afrontan al conjunto nacional el mismo porcentaje del PBI.

La economía de este territorio se basa principalmente en la actividad agrícola-ganadera e industrial con el turismo en crecimiento. Respecto de la primera de ellas se encuentra el *feed lot*, que como actividad agrícola genera un impacto

ambiental negativo vinculado principalmente con el empobrecimiento de la calidad del terreno y de la carne. Asimismo respecto de los cultivos, la combinación de la tecnología de siembra directa con el glifosato y las semillas transgénicas de soja, han provocado una tendencia al monocultivo, y la siembra de trigo, maíz y girasol soy muy importantes en la región, actividad que también genera un fuerte impacto negativo en la región.

Respecto a la industrialización la provincia de Buenos Aires se observa que tiene el mayor número de radicación de industrias del país, siendo casi el 27 % del Producto Bruto Geográfico destinado a esta actividad (Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires, 2012).

III. Problemáticas ambientales recurrentes

En primer término corresponde analizar cuáles son los principales acontecimientos ambientales de impacto en nuestro país para luego poder observar qué sucede en la provincia de Buenos Aires. En tal sentido en la República Argentina. El principal origen de las amenazas ambientales se registran en los eventos hidrometeorológicos, artrópodos, geológicos y biológicos como inundación, neblinas, incendios, sismos, epidemias, tempestades, aluviones, actividad volcánica, plagas, deslizamientos, nevadas, olas de calor, contaminaciones, heladas, tormentas eléctricas, sequías, entre otros (Informe Word Wildlife Fund, 2005).

En este orden de ideas, el 69% de los desastres ocurridos en el país entre 1970 y 2015 han sido detonados por eventos de origen hidrometeorológico, entre ellos, los predominantes por su recurrencia son: inundaciones, tempestades, nevadas y sequías (OPP, 2010).

La provincia no se aleja demasiado del escenario nacional, con excepción de la escasa actividad tectónica, y la ausencia normal de nevadas. Motivo por el cual se puede resumir en cuáles son los mayores eventos naturales de gran impacto en la provincia de Buenos Aires que desatan los Desastres Ambientales en la Región:

- a. inundación.
- b. sequías.
- c. tempestades/tormentas con fuertes vientos y/o eléctricas.
- d. plagas.
- e. heladas.
- f. incendios.
- g. suelos: erosión, mineralización, desertificación, etc.

Se sabe que los eventos adversos más importantes en el territorio bajo análisis están ligados al agua, ya sea hidrometeorológicos o debidos a inundaciones por desbordes de los arroyos y lluvias o anegamientos por ambas causas. Pero sobre el principal peligro que hoy cuenta el territorio bonaerense, según la Base DesInventar, los fenómenos hidrometeorológicos fueron la causa del 76,7% de los eventos de desastres registrados en la Provincia entre 1970 y 2004, se han producido 1.666 eventos de los cuales el 45,6% correspondieron a inundaciones, el 14,6% tempestades, el 6,8% sequías, el 5,5% incendios y el 5,2 a vendavales) y por otro con pronósticos en tiempo y forma que facilitan la adopción de decisiones preventivas y preparatorias.

Cuadro Nº 1

Evento ambiental en la Provincia de Buenos Aires	Incidencia total de los eventos ambientales
Hidrometeorológico	76,7%
Inundación	45,6%
Tempestades	14,6%
Sequías	6,8%
Incendios	5,5%
Vendavales	5,2%

Fuente: elaboración propia en base a datos de Base DesInventar.

Entonces, esquemáticamente los problemas ambientales por región bonaerense pueden presentarse de la siguiente forma:

Cuadro Nº 2

Problemática ambiental	Región de la provincia a la que afecta
Anegamientos e inundaciones	Pergamino, Junín, 9 de Julio, Carlos Casares, Trenque Lauquen, Bolívar, Pehuajó, Gral. Vilegas, Tandil, Azul, Olavarría, Lujan, Ensenada, La Plata y Sistema de Encadenadas.
Amenazas de origen tecnológicos, como accidentes y derrames químicos	Región noreste y noroeste de la provincia de Buenos Aires.
Degradación de suelo por engrosamiento y deterioro químico, acidificación	Partidos de Colón, Pergamino, Ramallo, San Nicolás, Rojas (pampa Ondulada), Pampa Deprimida, Sierras de Tandilla, Pampa Interserrana y Costa Atlántica. Lagunas de Montes, Chascomús, Gómez, Carpincho, Tandil. Pampa Arenosa, Depresión de Chasicó, sector Pampeano Patagónica, Sistema de Encadenadas, Sierras de Ventania y Sistemas de Lagunas encadenadas oeste.

Salinización de acuíferos	Pampa Deprimida, y de la Pampa Interse- rrana en las Sierras de Tandilla y en la Costa Atlántica.
Contaminación de aguas subterráneas con flúor y con arsénico	Pampa Ondulada, en la Arenosa, Depresión de Chasicó, sector Patagónico, Sistemas de Encadenadas, Sierra de Ventania, partidos de 9 de julio, Blaquier, Junín, O'Higgins, Chaca- bucó, General Viamonte, Baigorria, Lincoln y Pehuajó.
Contaminación del suelo por mineralización, impermeabilización, tratamiento de residuos	Gran Mar del Plata y el partido de Ameghino, Litoral costero bonaerense, y Partido de la Costa.
Degradación del suelo por sobre pastoreo de ganado, monocultivo y actividad minera.	Zona de la Pampa Deprimida, suroeste pro- vincial, y partidos de Tandil y Olavarría.

Fuente: elaboración propia en base a datos web de Base DesInventar.

IV. Economía y ambiente

Es evidente que la Provincia tiene problemáticas ambientales que impactan negativamente al menos en su producción, su población y en su territorio; estas situaciones adversas generan consecuencias económicas negativas que requieren sustento económico para al menos mitigar, prevenir los efectos adversos. Pero ¿es posible medir económicamente el desastre ambiental?

En un principio los conceptos de Economía y Medio Ambiente parecen presentarse como conceptos contrapuestos, en tal sentido los economistas clásicos consideraban a la tierra como uno de los tres factores productivos que hacían posible el crecimiento económico y la riqueza de las naciones, junto con el trabajo y el capital. La tierra era un recurso natural, en principio inagotable y no se vinculaba con aspectos tales como la calidad, cantidad de agua, la contaminación atmosférica o el tratamiento de residuos. Hacia finales del siglo XIX algunos economistas pioneros introducen el concepto de “externalidad”, para recoger los posibles efectos de la producción o el consumo de bienes sobre otros productores o consumidores y que no se reflejan en los precios de mercado.

Unas décadas más tarde, un economista inglés (Pigou, 1938) utiliza el concepto de externalidad para explicar las divergencias entre el producto neto social y el producto neto privado. El ejemplo utilizado es la indemnización que algunos agricultores reclamaban para cubrir el mayor coste del seguro, consecuencia de los frecuentes incendios que provocaba el paso del ferrocarril por sus tierras. Esta externalidad negativa para los agricultores, podría justificar la intervención del Estado estableciendo un gravamen compensatorio, que pasó al pensamiento económico con el nombre de “impuesto pigouviano”.

Desde entonces, la economía tradicional ha ido, poco a poco, interesándose por incorporar costes no explícitos y aceptando las limitaciones conceptuales de un planteamiento puramente economicista en que no intervengan otros aspectos que condicionan y complementan el crecimiento económico de las naciones. Así, la moderna teoría del desarrollo explica el crecimiento económico de los países no solo por la cantidad de recursos de trabajo y capital puestos en juego en el proceso productivo, sino también y de forma relevante por otros aspectos sociales tan diversos como el nivel educativo (capital humano), el esfuerzo innovador (capital tecnológico) o la inestabilidad política y social.

Las externalidades se definen entonces como decisiones de consumo, producción e inversión que toman los individuos, los hogares y las empresas y que afectan a terceros que no participan directamente en esas transacciones. A veces, esos efectos indirectos son minúsculos. Pero cuando son grandes, pueden resultar problemáticos; eso es lo que los economistas denominan “externalidades”. Las externalidades son una de las principales razones que llevan a los gobiernos a intervenir en la economía.

La asignación de recursos a través del mercado lleva a la depredación del medio ambiente ya que el mercado no puede valorar las externalidades. En consecuencia, podría haberse esperado que la ecología estuviera presente en los debates sobre la planificación económica en la Europa central de finales del siglo XIX y hasta los años treinta.

La palabra “externalidad” describe el traslado de costes sociales inciertos a otros grupos sociales o a las generaciones futuras. Hay grandes externalidades diacrónicas invaluable, así la conmensurabilidad económica no existe separadamente de una distribución social de valores morales referente a los derechos de otros grupos sociales incluidas las generaciones futuras. La conmensurabilidad económica no puede existir tampoco separadamente de unas perspectivas socialmente construidas respecto de los cambios tecnológicos.

Sin embargo no hay que olvidar que la economía del medio ambiente está vinculada con la política. Los intentos de tomar decisiones, no sobre la base de la ciencia económica (que se muestra incapaz de valorar las externalidades diacrónicas) sino, sobre una racionalidad únicamente ecológica, están también destinados al fracaso, ya que para poder comparar costes y beneficios nos hace falta una asignación de valores, y la ecología no puede proporcionar tal sistema de valoración independientemente de la política.

En definitiva, se puede afirmar que economía y ambiente no son conceptos contrapuestos en la actualidad, sin embargo llamar a la problemática ambiental

“externalidad” en la economía, no parece ser un intento de incorporarlo, sino algo así como un intento al menos, de unirlo por fuera.

¿Quién debe soportar económicamente esta “externalidad”?

Hoy resulta innegable entender que producción y de consumo del mundo se sostienen gracias a los ecosistemas del planeta. La capacidad de recuperación de los ecosistemas, tanto naturales como modificados por la acción humana, se ve afectada por muchas de las políticas que utilizamos. Desde el transporte a la energía, la agricultura o el bienestar cultural, las políticas y acciones actuales tienen consecuencias indeseadas y los efectos de toda la presión acumulada sobre los ecosistemas pueden no empezar a sentirse hasta dentro de muchos años, hasta alcanzar ciertos puntos de inflexión que provocarán cambios rápidos no lineales.

Ahora bien, el sistema económico es la forma en que se organiza la actividad económica de una sociedad, la producción de bienes y servicios y su distribución entre sus miembros; sirve por tanto para determinar qué agentes y en qué condiciones podrán adoptar decisiones económicas. Cada sistema económico se caracteriza por su ordenamiento jurídico que especifica el régimen de propiedad y las condiciones de contratación entre particulares.

Es el Estado quien elabora e impone ese ordenamiento jurídico y se reserva para sí ciertos ámbitos y formas de actuación. La gestión económica juega un importante papel en todas las fases del desastre por lo que al igual que otros aspectos, tiene funciones bien definidas antes, durante y después de estos fenómenos. En sentido práctico, los temas económicos se refieren a la planificación, la forma y los motivos para gastar los recursos de una manera en lugar de hacerlo de otra (la distribución racional de recursos) y establece las suposiciones bajo las cuales es posible justificar gastos en producción, entrega de servicios, consumo o inversiones en infraestructura.

Tal como fuera mencionado, la producción de bienes y servicios es quien genera en gran parte estas problemáticas, sumando a ello otros factores tales como la pobreza, y consumo; de manera tal que la respuesta a la primer interrogante planteado sería que quien produce o puede producir el daño debe repararlo; y constitucionalmente es lo acertado; justamente el artículo 41 de nuestra Carta Magna presupone tal afirmación. Consecuentemente bajo una mirada legal, el industrial debe pagar, quien explota una chacra debe pagar, quien compra (consumidor) debe pagar, en definitiva todos nosotros debemos pagar. Y en tal sentido cuando se dice “todos” es en definitiva la imposibilidad jurídica-económica de identificar

y endilgarle a un sujeto determinado las consecuencias económicas-sociales-ambientales de su acción o inacción.

Entonces, si jurídicamente hablando la premisa es “quien debe reparar es quien causa el daño”, en este caso el sujeto más simple y posible de identificar es aquel que conforma el sector privado, sector productivo, empresario, agricultor, el ganadero, etc., y son ellos quienes deben afrontar la carga económica de reparación haya daño concreto o posible; aunque es más humano prevenir una tragedia que acudir a remediarla, esta consideración ética suele coincidir con una consideración económica: generalmente, reparar los daños causados por los desastres naturales cuesta mucho menos que prevenirlos. Aunque costara lo mismo, implica mucho más beneficio invertir en condiciones de bienestar y seguridad que elevan la calidad de vida que hacerlo posdesastre para recuperar las condiciones de vida previas al mismo. Prevenir los desastres es eficiente, equitativo y eficaz (BID-Cepal, 2000).

Ahora bien, ¿qué sucede cuando se presentan desastres naturales constantes, frecuentes e intempestivos? Aquí no sólo se incorpora un hecho dañoso identificable como la contaminación o erosión resultante de una determinada práctica o sector productivo, sino que hablamos de lluvias, inundaciones, tornados o tempestades, etc., que si bien es innegable la participación de la acción de hombre en su aseveración, no es posible identificar quién debe reparar en virtud de las características particulares de estos eventos.

Para poder seguir respondiendo el planteo debe recordarse que nada parece obligar legalmente a acarrear la reparación económica por parte del Estado; salvo que sea el Estado quien esté involucrado en la provocación de los sucesos del Daño Ambiental.

Si bien normativamente no habría una obligación legal primigenia de soportar los costes económicos ambientales en contra del Estado, si se considera al desastre ambiental como una “externalidad económica”, que como se dijo, el mercado como tal no puede considerar, cuantificar, y la magnitud es de una complejidad tal que no puede ser soportada por el sector productivo (por ejemplo; pobreza, asentamientos urbanos en riberas, inundación, canales, crecimiento urbano, consumo, salud, etc.) entonces es de una lógica razón comprender que son circunstancias que deben ser al menos planificadas y gestionadas por el Estado, y allí sí debe entenderse que toda puesta en marcha de la planificación de la gestión integral de riesgo ambiental, debe ser al menos coordinada por el Estado. Esta coordinación necesita su correspondiente financiamiento, y esto deberá planificarse también en el Presupuesto Público estatal.

Hay que reconocer en este punto de análisis que claramente, cuando hay daño (real o inminente) repara en principio el mercado, el sector privado, los productores, industriales, etc.; pero las actividades de prevención en principio, debería estar coordinado por el Estado al menos esto sucede en la República Argentina y no necesariamente en todo el mundo, debiéndose entender que la prevención es, esencialmente, un problema de desarrollo. En los países desarrollados, la mayor parte de las inversiones en formación de capital fijo (es decir, infraestructura básica vinculadas a la problemática ambiental) son realizadas por inversionistas privados y suelen incluir altos estándares de prevención de desastres y de responsabilidad del inversionista o constructor. El gobierno en los países desarrollados concentra gran parte de sus recursos en formación de capital humano y capital social (es decir, servicios sociales básicos, garantía de reglas de juego y movilización ciudadana), también con enfoque preventivo. A la formación de capital ambiental se vinculan inversionistas públicos y privados.

En cambio, en los países con bajos o medianos niveles de desarrollo los recursos públicos suelen aplicarse en cantidades proporcionalmente mayores a la formación de capital fijo, con una muy débil visión preventiva de los riesgos de desastre (de hecho, existen la tendencia a maximizar la cantidad de obras reduciendo sus especificaciones). Las inversiones privadas en infraestructura, relativamente menores, o casi nulas, también carecen de enfoque preventivo, porque no suele atribuirse al inversionista responsabilidad en el manejo del riesgo (en algunos países el gobierno paga cualquier eventualidad que se presente).

Así, cuando los desastres ocurren, es usual que los costos de rehabilitación o reconstrucción de la infraestructura elaborada por el sector público o por inversionistas privados sean financiados con fondos públicos. En tal sentido entonces, en los países con medianos y bajos niveles de desarrollo existe mayor propensión a los desastres y los costos públicos de la recuperación posterior a los desastres son extremadamente altos. A partir de esta constatación, conviene hacer algunas reflexiones de política: a. Entregar al sector privado la formación de infraestructura pública puede liberar recursos para que la inversión gubernamental se concentre en formación de capital humano, capital social y capital ambiental. b. Al entregar responsabilidades en formación de capital fijo a los inversionistas privados, es necesario aprovechar la experiencia del sector privado en el manejo de riesgos. El riesgo es una variable conocida por los sectores productivos, porque la inversión privada siempre opera bajo condiciones de riesgo. El sector privado ha aprendido a operar bajo condiciones de riesgo y ser exitoso mediante la identificación y gestión de los riesgos.

Debe resaltarse que los recursos fiscales tendientes a afrontar la problemática ambiental deben aplicarse con gran énfasis a la inversión en capital humano,

capital social y capital ambiental, todo ello con enfoque preventivo para así estimular más altos niveles de desarrollo y mayor compromiso ciudadano con la prevención de desastres y mayor vigilancia sobre la calidad preventiva de las inversiones.

Bajo este orden de ideas, cuando acontecen los desastres ambientales, es esencial determinar responsabilidades sobre riesgos que pudieron haberse mitigado y obligar la reposición por cuenta de los responsables. De esta manera se estimulan también prácticas preventivas de los inversionistas en infraestructura.

En los países desarrollados, una parte considerable de los procesos administrativos y de los costes de reconstrucción y rehabilitación luego del desastre son asumidos por empresas aseguradoras y otra parte por el Estado; en muchos casos, los costos deben ser asumidos por los causantes de las emergencias. En los países de bajo y mediano nivel de desarrollo, tales costos son asumidos con recursos públicos y fondos de la cooperación internacional, de modo que tienen un enorme costo de oportunidad sobre otros gastos en áreas clave del desarrollo. Quien causa daños ambientales debe responder por ellos y el aseguramiento es un mecanismo decisivo para reducir los niveles de vulnerabilidad y trasladar al sector privado gran parte de los costos de reconstrucción y rehabilitación, evitando que sean financieramente desastrosos para las comunidades nacionales.

V. Presupuesto público y la “externalidad económica ambiental”

Se pudo apreciar en el desarrollo anterior cuáles son las circunstancias y fundamentos en los que se puede decir que el Estado debe hacer frente a esta “externalidad económica”, en tanto que el sector privado no lo puede hacer por la magnitud del evento ambiental, por la complejidad de factores y de actores involucrados en las problemáticas ambientales. Si tal es el razonamiento, el Estado entonces, debe planificar económicamente la forma de afrontar la problemática ambiental y la forma de afrontar económicamente tal externalidad, dependerá entre otros factores, del grado de desarrollo del país.

En tal sentido debe resaltarse que los Estados modernos tienen una actividad planificada en forma precisa, en tanto que el conjunto de sus gastos y recursos es previsto y planificado por adelantado, generalmente para un año. En principio, ningún gasto puede ser efectuado ni ningún ingreso percibido fuera de los incluidos en el plan presupuestario financiero designado y aprobado por cada jurisdicción estatal.

Esta planificación financiera que hacen los Estados se la denomina presupuesto, y justamente constituye para los Estados un plan de gobierno, expresando en él un programa político manifestado en un actuar futuro, expresando el diseño de las prioridades mediante el atendimiento de las diferentes necesidades que esa

jurisdicción pretende atender y llevar adelante. Por tanto, la orientación del gobierno y sus objetivos, quedan reflejados en la forma cómo distribuye los recursos públicos en beneficio de la sociedad.

Resulta innegable entonces que el Presupuesto Público es un plan de administración, dado que la prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de otras actividades administrativas que requieren gastos, dependerán a su funcionamiento como a su eficacia, de las partidas presupuestarias correspondientes, y en nuestro país este acto de gobierno debe efectuarse mediante una ley anual, y esto se refleja en todos los niveles jurisdiccionales del Estado.

Consecuentemente, las externalidades ambientales mencionadas, resultantes de cuantificaciones que no fueron asumidas por el sector privado, o el mercado, deberán ser asumidas por el Estado y gestionadas por éste, debiendo estar contempladas en la Ley de Presupuesto de cada jurisdicción estatal. Visto de otra manera el Presupuesto Ambiental en nuestro país debería expresar la voluntad política de cumplir con la manda constitucional del artículo 41 de la debida Gestión Ambiental por parte del Estado.

Así, la incorporación a esta planificación financiera de la problemática ambiental, deberá ser sostenida con el denominado Gasto Público Ambiental, quien tendrá la obligación de llevar adelante la planificación financiera de la política pública relativa a la gestión ambiental.

VI. Gasto Público Ambiental

Entonces, la forma que tiene el Estado de incorporar económicamente la externalidad ambiental es mediante la denominada Ley de Presupuesto anual. Esta ley conforme las normas de administración financiera de la República Argentina, está compuesta por gastos y recursos públicos.

La contabilidad del Gasto Público Ambiental es la forma genérica de referirse a los flujos de ingresos o gastos de los agentes económicos involucrados en actividades de prevención, mitigación o restauración, motivadas por impactos al ambiente o por la utilización sostenible de un activo natural. La necesidad de estimar el gasto ambiental ha sido una preocupación desde los años 80, cuando se inició con mayor incidencia en Europa.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) define el Gasto en Protección y Control Ambiental (*Pollution Abatement and Control Expenditure* —PACE—) como el gasto en “aquellas actividades que estuvieran directamente relacionadas a la prevención, reducción y eliminación de la contaminación o a las molestias residuales provocadas por procesos de producción o

consumo de bienes y servicios". El PACE clasifica estas actividades de acuerdo al medio que protege (agua, suelo, aire); a la naturaleza del gasto (bienes de capital, bienes de consumo); y a su función (prevención, control, mitigación).

En particular, la estimación de Gasto Público en materia de protección ambiental parte, necesariamente, de la determinación respecto a qué constituye Gasto Ambiental, y qué tipo de variables de información (aperturas desagregadas) conforman los componentes (o subconjuntos de gastos) de este Gasto Público.

En este marco, se han aplicado metodologías y clasificaciones para cuantificar el Gasto Público Ambiental y, en ese sentido, se destaca el empleado en el Sistema de Contabilidad Ambiental y Económica (SCAE). El SCAE (2012) define las actividades de protección ambiental como aquellas que tienen como principal objetivo proteger el ambiente natural, así como prevenir o aliviar los efectos adversos de las actividades económicas y sociales, que incluyen la provisión de bienes y servicios.

Asimismo, provee un marco conceptual y metodológico común para el desarrollo y análisis de la información económica y ambiental, constituido en el Manual del Sistema de Contabilidad Ambiental y Económica, elaborado con el respaldo de la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas (CENU). También proporciona el marco contable para registrar la contabilidad de los recursos naturales y las cuentas monetarias ambientales de manera integrada. Es decir, busca describir las relaciones entre la economía y el ambiente a través de indicadores y estadísticas descriptivas.

El Sistema de Contabilidad Económica y Ambiental Integrada define los gastos de protección ambiental sobre la base de la norma sobre Clasificación de Actividades de Protección Ambiental (CAPA), emitida en 1994 por Eurostat y revisada en el 2000, la cual clasifica operaciones y actividades de protección ambiental dirigidas expresamente a la prevención, reducción y eliminación de la contaminación y cualquier otra degradación del ambiente resultante de los procesos de producción o del consumo de bienes y servicios. Para ello se tiene en cuenta la naturaleza de la contaminación o el daño al ambiente y el tipo de actividad realizada, es decir, se distingue y clasifica las actividades y características en función del tipo de contaminación, daño o degradación causada.

La estructura de clasificación en la que se basa las Naciones Unidas establece el Gasto Ambiental en nueve (9) subclasificaciones de primer nivel relacionadas con:

1. Protección del aire y del clima.
2. Manejo de aguas residuales.

3. Gestión de residuos.
4. Protección de los suelos y las aguas subterráneas.
5. Atenuación del ruido y las vibraciones.
6. Protección de la diversidad biológica y el paisaje.
7. Protección contra la radiación.
8. Actividades de investigación y desarrollo.
9. Otras actividades de protección ambiental.

Por otro lado, la División de Estadística Regional y Ambiental de Nueva Zelanda utiliza la Clasificación de Actividades de Gestión de Recursos Naturales (CGRN), la cual incluye las actividades en donde la finalidad primaria es el uso sostenible de los recursos naturales, por razones sociales y económicas. Menciono esta clasificación ya que es empleada por las comunidades europeas, por países desarrollados y por países en vías de desarrollo para incluir el manejo y explotación de cuatro recursos naturales: subsuelo, flora y fauna natural, aguas interiores, y forestal.

La clasificación registra el gasto ambiental en siete (7) subclasificaciones de primer nivel:

1. Gestión de recursos minerales y energéticos.
2. Gestión de recursos forestales.
3. Gestión de recursos acuáticos.
4. Gestión de otros recursos biológicos (excepto recursos forestales y acuáticos).
5. Gestión de recursos de agua.
6. Actividades de investigación y desarrollo para la gestión de recursos.
7. Otras actividades de gestión de recursos.

La identificación y delimitación del Gasto Público Ambiental en la esfera internacional se entiende perfectamente detallada y justificada en su fundamentación económico jurídica, más allá de algunas discrepancias en las adecuaciones que los Estados u Organismos realicen conforme a las problemáticas locales y la terminología empleada entre gestión o protección. Se puede a simple vista observar

el nivel de detalle de toda la estructura que compromete a la identificación del Gasto Público Ambiental. Sin embargo en la República Argentina no se encuentra una legislación nacional financiera o ambiental, que obligue a estructurar el Gasto Público Ambiental en la leyes presupuestarias, como así tampoco se ha establecido nada parecido en las legislaciones financieras locales, conforme lo cual la estructura del Gasto Público Ambiental en nuestro territorio tendrá las variantes generales de registración de cualquier registro contable correspondiente al Gasto Público, enmarcado en las obligaciones legales que impongan las normas financieras/presupuestarias de cada jurisdicción. En tal sentido entonces, la registración del llamado Gasto Público Ambiental será incorporado a las leyes financieras de cada jurisdicción en virtud de la asignación de cada competencia que cada una de estas jurisdicciones tenga en la materia.

Ello se debe a la complejidad del sistema federal argentino que de acuerdo con la Constitución de 1853 y la organización federal de la República, la división de competencias entre la Nación y las Provincias se establecía en función de los aspectos delegados por las últimas en la primera, sin considerar explícitamente los aspectos ambientales.

Desde entonces, las provincias delegan en la Nación las funciones de defensa, relaciones exteriores y regulación del comercio exterior, correo, telecomunicaciones y servicios públicos (estos aspectos no han sido casi modificados durante la reforma constitucional de 1994). Además, el Gobierno nacional se encarga de administrar la justicia federal, las rutas nacionales y la previsión social, con excepción de aquellas cajas previsionales de provincias y municipios que no fueron transferidas y que son manejadas por los correspondientes niveles subnacionales.

Por su parte, las Provincias se encargan, en forma conjunta con el Gobierno nacional, de asegurar la protección social, el derecho a la vivienda, la infraestructura regional y el desarrollo económico. Al mismo tiempo y a partir de los sucesivos procesos de descentralización de los servicios y funciones, en la actualidad las provincias tienen entre sus funciones la impartición de educación y la provisión de los servicios de salud.

La Nación mantiene entre sus responsabilidades la educación universitaria y la coordinación de las políticas de educación y de la salud. Los municipios se encargan de administrar la vialidad, ordenamiento y aseo urbano, el alumbrado público, los drenajes y la administración de áreas verdes. Además, comparten con las provincias las responsabilidades en torno a la provisión de los servicios de salud, el saneamiento y la defensa civil (CEPAL, 2004).

Ahora bien, en lo que respecta a la legislación nacional en materia ambiental, hasta la reforma constitucional de 1994 la entrada en vigor de la misma en todo

el territorio nacional requería de la adhesión voluntaria de las provincias. Algo similar ocurría (y aún ocurre) en el caso de las normas y reglamentaciones municipales pues, a nivel local, las normas provinciales sólo se aplican si los municipios acuerdan.

Este diseño institucional ha generado, por un lado, superposiciones jurisdiccionales y, por otro, la posibilidad de vacíos y discrepancias regulatorias. No obstante cabe destacar que, desde mediados de los años ochenta, las provincias han avanzado notablemente en el dictado de normas ambientales, ya sea adhiriendo a leyes nacionales o bien dictando normas propias.

La Constitución de 1994 introdujo explícitamente la división de competencias entre la nación y las provincias en materia ambiental (si bien permanecen aún ciertas indefiniciones e imprecisiones), estableciendo que “corresponde a la Nación dictar normas que contengan presupuestos mínimos de protección y, a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales” (Constitución Nacional, artículo 41). De esta forma, se pretendió avanzar hacia la eliminación de los vacíos regulatorios.

Sin embargo, no se ha resuelto el problema de superposición jurisdiccional, pues se mantiene el principio según el cual las provincias conservan todo el poder no delegado a la nación (ver artículo 121 del citado cuerpo legal) y se establece que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

Por lo tanto, las provincias delegan en la nación la capacidad de determinar presupuestos mínimos para la protección ambiental pero éstos se aplicarán de acuerdo a las normas complementarias provinciales.

Adicionalmente, todas las constituciones provinciales y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con excepción de las correspondientes a las provincias de Entre Ríos y Mendoza, incorporan en sus enunciados principios ambientales. Generalmente, esas constituciones reconocen, por un lado, el derecho de todas las personas a un ambiente sano y equilibrado y, por el otro, establecen la obligación de todos los habitantes de protegerlo y colaborar en el cumplimiento de ese objetivo. Asimismo, generalmente en la parte orgánica, consagrada a los poderes de gobierno, se determinan una serie de prestaciones a cargo del Estado para posibilitar que rija ese derecho humano fundamental. En algunas constituciones, la enumeración de los actos a cargo del gobierno es sumamente exhaustiva —*ej.* Formosa o Tierra del Fuego—: otras se contentan con una fórmula más general —Catamarca—. En tres constituciones —Córdoba, Río Negro, y Tierra del Fuego— se le ha dedicado un capítulo especial a la cuestión. Por su parte, los constituyentes de

San Juan, La Rioja y San Luis han ido más lejos en la protección del nuevo derecho y lo garantizan a través de una acción especial de amparo (CEPAL, 2004).

Si bien la Constitución Nacional provee las bases para la distribución intergubernamental de los poderes ambientales, surgen dudas en lo que respecta al alcance de las funciones de cada nivel de gobierno. Generalmente, suele haber acuerdo acerca de los puntos básicos y las responsabilidades de cada nivel, pero los problemas emergen en relación a los detalles en la correcta interpretación del rol de cada parte. Es por ello que, la clarificación de cada función resulta importante para poder diseñar e implementar normas ambientales con eficiencia y efectividad.

En el caso ambiental, como en la mayor parte de los servicios a cargo del sector público y se requiere de algún tipo de diseño de políticas e instrumentos compensatorios o de coordinación que permitan la descentralización de estas funciones sin afectar la eficiencia de la asignación ni la equidad.

Es por ello que resulta conveniente revisar rápidamente los argumentos esgrimidos con más frecuencia en favor de más o menos intervención nacional en la política ambiental. De acuerdo con la literatura, la intervención nacional puede justificarse:

1. Cuando hay problemas de “contaminación interjurisdiccional” (por ejemplo, por el transporte de residuos), en cuyo caso se generan externalidades si el dictado y costeo de normas en una jurisdicción se vuelven beneficiosas para otra y se crea un desincentivo a adoptarlas.
2. En los casos en que se requiere evitar la “competencia destructiva” entre los gobiernos locales, quienes pueden intentar atraer inversiones a costa de imponer menores requisitos ambientales. Este argumento lleva a favorecer el dictado de estándares nacionales mínimos (o presupuestos mínimos). Bajo el argumento de que un esquema nacional común simplifica el cumplimiento de las normas para aquéllas empresas que tienen actividades en varias jurisdicciones y también implica mayor “equidad”, en el sentido de que los requisitos son parejos para empresas operando en distintas jurisdicciones.

Por su parte, la descentralización en el dictado de normas ambientales suele justificarse bajo los siguientes argumentos:

1. Los habitantes de las distintas regiones pueden tener diferentes gustos por la calidad ambiental, por lo que los estándares no deberían ser uniformes en todo el país;

2. Los costos de reducir la contaminación o la capacidad del medio para asimilar los procesos contaminantes pueden variar de un lugar a otro, motivo por el cual se justificaría la adopción de diferentes criterios;
3. La presión política para hacer los cambios necesarios es mayor sobre los niveles de gobierno más bajos, es decir, cuanto más cerca del problema se regula. Sin embargo, los mecanismos de participación y acción ciudadana también pueden ejercerse a escala nacional, por ejemplo, luego de que la Constitución de 1994 defendiera los derechos difusos a través del amparo (artículo 43) que puede ser presentado por individuos, por defensores del pueblo y por las organizaciones no gubernamentales.
4. Los gobiernos locales tienen un conocimiento más cercano de los problemas ambientales, pues poseen más información acerca del potencial contaminante de las instalaciones y las actividades del área. Trabajos recientes han destacado que, muchas veces, el grado de centralización o descentralización de la regulación ambiental no sigue un criterio de eficiencia de acuerdo a las características intrínsecas del problema ambiental en cuestión, sino que, más bien, responden a “percepciones sociales” más generales acerca de la mejor forma de encarar determinadas cuestiones. Por ejemplo, no está totalmente justificado desde el punto de vista ambiental por qué se considera en Europa que el dictado de directivas uniformes para toda la Unión Europea es necesario para la mayor parte de los problemas ambientales. En cambio, parece evidente que dicha tendencia se funda en la necesidad de establecer reglas de juego claras y de minimizar el impacto de las diferencias en la normativa ambiental sobre el comercio y la integración comercial.

Si bien la teoría económica recomienda centralizar o descentralizar la regulación dependiendo del tipo de problema del que se trate, en el caso particular de los residuos peligrosos, la mayoría de los países ha elegido diseñar la regulación a nivel federal e implementarla a nivel local. Aparentemente, los argumentos de contaminación interjurisdiccional y de equidad son los que poseen más peso debido a las particularidades de este tipo de desechos.

No obstante, más allá del caso puntual vinculados a los argumentos teóricos que podrían favorecer la descentralización del ejercicio de la autoridad ambiental en materia de residuos peligrosos en manos de las provincias, en la Argentina es importante enmarcar cualquier discusión en el proceso de ajuste del sector público que han encarado las provincias en años recientes y que compromete la posibilidad de llevar a cabo idóneamente tareas tales como el registro, fiscalización y control de los generadores y operadores que la nueva legislación les asigna. Sin

perjuicio de lo expuesto y desde el punto de vista institucional, parece, en principio, promisorio el reconocimiento a nivel nacional del Consejo Federal del Medio Ambiente (creado a iniciativa de las provincias en el año 1990) como el organismo encargado de la coordinación de la política ambiental a escala federal en la ley marco para el dictado de leyes de presupuestos mínimos (ley 25.675, Ley General Ambiental).

Asimismo, dicho organismo también estará a cargo de la coordinación de políticas en áreas de interjurisdicción, según establece la ley 25.612 de Residuos Industriales. Sin embargo, hasta el momento, dicho consejo ha enfrentado grandes limitaciones de recursos (técnicos y financieros) y de peso político. En tal sentido entonces, es de esperar que los obstáculos se reviertan en el futuro y que finalmente contribuya a incorporar la visión de las provincias en las decisiones de política ambiental nacional y a lograr una mayor coordinación entre las legislaciones provinciales y nacionales.

Parece importante tener en cuenta ciertas debilidades históricas del marco regulatorio ambiental tanto nacional como provincial. Así, además de la falta de recursos suficientes para una adecuada gestión, las normas mayormente adoptan los estándares vigentes en países desarrollados y resultan demasiado ambiciosas en relación a la situación local. Las críticas habituales son la falta de prioridades de política, las dificultades administrativas de implementarlas, la falta de análisis costo-beneficio de los estándares adoptados y la disponibilidad local de técnicas que permitan alcanzarlos. La discusión anterior sugiere que se enfrentan varios problemas financieros y de diseño regulatorio para lograr un avance en la implementación de la normativa ambiental. En este contexto, parece promisorio el reconocimiento creciente en Argentina de la necesidad de avanzar hacia enfoques preventivos o de producción más limpia.

En definitiva las competencias jurisdiccionales ambientales son las siguientes:

Cuadro Nº 3

Competencias de Nación	Competencias de Provincia
<ul style="list-style-type: none"> — Competencia exclusiva, sentar los Presupuestos Mínimos Ambientales — Competencia exclusiva, gestión de Residuos Radioactivos — Gestión ambiental — Coordinación de políticas ambientales 	<ul style="list-style-type: none"> — Competencia exclusiva gestión de Recursos Naturales — Gestión Ambiental

Fuente: elaboración propia en base a Constitución Nacional.

Por tal motivo, a diferencia de lo que acontece a nivel internacional, debe entenderse que la incorporación del Gasto Público Ambiental en las normas financieras del territorio argentino estará conforme a las competencias asignadas por la Carta Magna, en tanto dichas jurisdicciones se encuentren cumpliendo algunas de estas competencias, recordando que no existe norma alguna que detalle los elementos o clasificaciones a tener en cuenta a fin de asentarlos en las normas presupuestarias.

VII. Gasto Público Ambiental provincial

Es así que conforme a la competencia asignada, en la provincia de Buenos Aires la Ley de Ministerios 13.757 del año 2008, crea el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS). Dicho organismo es la autoridad de aplicación en materia ambiental en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, como entidad autárquica de derecho público en la órbita del Ministerio de Jefatura de Gabinete y Gobierno, esto es, con rango ministerial en dicha provincia, y con capacidad para actuar de forma pública y/o privada.

Conforme se establece en dicha norma a la OPDS le compete: planificar, formular, proyectar, fiscalizar, ejecutar la política ambiental y preservar los recursos naturales; ejerciendo el poder de policía, y, fiscalizando todo tipo de efluentes, sin perjuicio de las competencias asignadas a otros organismos. Planificar y coordinar con los organismos competentes, la ejecución de programas de educación y política ambiental destinada a mejorar y preservar la calidad ambiental, participando en la ejecución de la misma a través de la suscripción de convenios con otros organismos públicos y/o privados, municipales, provinciales, nacionales, e internacionales. Intervenir en la conservación, protección y recuperación de reservas, áreas protegidas, y bosques, de los recursos naturales y de la fauna silvestre, del uso racional y recuperación de suelos, de protección y preservación de la biodiversidad, diseñando e implementando políticas a esos fines. Desarrollar acciones tendientes a diversificar la matriz energética provincial a través de las energías generadas por medio de fuentes renovables, alternativas o no fósiles. Promover la investigación y el uso de fuentes alternativas de energía, y desarrollar políticas orientadas a la sustentabilidad y eficiencia energética en el sector público y privado como prevención del cambio climático; y acciones tendientes a la promoción y la instalación de unidades de generación energética a partir de fuentes renovables o no fósiles tendientes a disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero. Ejecutar las acciones conducentes a la fiscalización de todos los elementos que puedan ser causa de contaminación del aire, agua, suelo y, en general, todo lo que pudiere afectar el ambiente e intervenir en los procedimientos para la determinación del impacto ambiental. Fiscalizar, en el ámbito de su competencia, a los organismos

que tengan a su cargo aspectos de la ejecución de la política ambiental que fije el Poder Ejecutivo. Intervenir en los procedimientos de prevención, determinación, evaluación y fiscalización en materia de residuos, sin perjuicio de los lineamientos que establecen las leyes 11.347, 11.720, 13.592, de las obligaciones que en ellas se establecen para los municipios y del decreto-ley 9111/78. Elaborar y ejecutar programas sobre el ecosistema del Delta Bonaerense y de las demás cuencas del territorio de la provincia de Buenos Aires, en coordinación con otros organismos competentes en la materia.

Consecuentemente, debe analizarse cuál fue el presupuesto asignado a este Organismo Ambiental de la provincia de Buenos Aires en la Ley de Presupuesto Anual:

Cuadro Nº 4

Ley de presupuesto —año	Gasto público a la OPDS	Variación del gasto de la OPDS
ley 14.879 para 2017	\$330.400.000	37,7%
ley 14.807 para 2016	\$205.719.700	27,4%
ley 14.652 para 2015	\$149.253.000	-2,1%
ley 14.552 para 2014	\$152.246.000	45,4%
ley 14.393 para 2013	\$83.239.100	13%
ley 14.331 para 2012	\$72.413.800	23,7%
ley 14.199 para 2011	\$55.235.900	33,8%
ley 14.062 para 2010	\$36.549.000	22,4%
ley 13.929 para 2009	\$28.353.600	

Fuente: elaboración propia en base a Ley de presupuesto de cada año de la provincia de Buenos Aires.

La variación que sufre la asignación de recursos a la gestión ambiental de la provincia de Buenos Aires no parece responder a una variable constante, máxime cuando en la Ley de Presupuesto para el año 2015 se proyectó una asignación de gasto para la gestión ambiental de la OPDS con una reducción de 2,1 respecto de la asignación que para el mismo organismo la provincia había efectuado para el año 2014.

Ahora bien, tampoco la variación de asignación de gasto público asignado para la OPDS parece guardar relación con la variación del gasto público total proyectado en las respectivas leyes de presupuesto, tal como a continuación se muestra:

Cuadro Nº 5

Ley de presupuesto —año	Gasto público a la OPDS	Variación del gasto de la OPDS	Gasto público total	Variación del gasto público total
ley 14.879 para 2017	\$330.400.000	37,7%	\$522.602.411.101	32,2%
ley 14807 para 2016	\$205.719.700	27,4%	\$354.244.282.441	30,5%
ley 14.652 para 2015	\$149.253.000	-2,1%	\$246.207.403.229	26,7%
ley 14.552 para 2014	\$152.246.000	45,4%	\$180.506.022.412	23%
ley 14.393 para 2013	\$83.239.100	13%	\$139.019.619.800	18,1%
ley 14.331 para 2012	\$72.413.800	23,7%	\$113.852.514.288	26,8%
ley 14.199 para 2011	\$55.235.900	33,8%	\$83.318.934.733	21%
ley 14.062 para 2010	\$36.549.000	22,4%	\$65.860.460.163	14,9%
ley 13.929 para 2009	\$28.353.60		\$56.032.723.334	

Fuente: elaboración propia en base a Ley de presupuesto anual de la provincia de Buenos Aires.

En este orden de ideas resulta importante también poder analizar cuánto representa la asignación presupuestaria a la gestión ambiental, en el total de gasto público presupuestado para la provincia de Buenos Aires, y en tal sentido puede observarse que:

Cuadro Nº 6

Ley de presupuesto —año	Representación de la participación del gasto asignado a la OPDS sobre el total de gasto público provincial
ley 14.879 para 2017	0,06%
ley 14.807 para 2016	0,06%
ley 14.652 para 2015	0,06%
ley 14.552 para 2014	0,08%
ley 14.393 para 2013	0,06%
ley 14.331 para 2012	0,06%
ley 14.199 para 2011	0,07%
ley 14.062 para 2010	0,06%
ley 13.929 para 2009	0,05%

Fuente: elaboración propia en base a Ley de presupuesto anual de la provincia de Buenos Aires.

Como puede observarse, la afectación al total de recursos provinciales resulta ser ínfima, tanto es así que ésta no llega a un dígito, comparado con otros países como España, o los ayuntamientos españoles que desde el año 1996 se encuentran asignando al menos 13% del gasto total, al gasto ambiental presupuestado para sus ayuntamientos.

Digo ínfima, porque tal como se resalta en la primer parte del trabajo, la provincia de Buenos Aires aporta el 40% del total de la población de la República Argentina, si tomamos los datos oficiales del censo del año 2010 y aceptamos que a hoy (2017) tenemos los 16.000.000 habitantes en la provincia proyectados en el censo 2010, teniendo en cuenta el gasto público asignado para el año 2017 para la OPDS correspondería un gasto de \$206, doscientos seis pesos anuales por habitante de la provincia, para resolver los altos, complejos y asiduos conflictos ambientales que afectan a la población.

Lejos están estos datos de las cifras publicadas por Eurostat (empleando la metodología SERIEE) de los países europeos para el período 2001-2011 que dan cuenta que en promedio el gasto total en protección ambiental esta en torno al 2,2% del PBI. Este porcentaje se descompone entre los productores especializados (tanto públicos como privados) que aportan la mayoría del gasto público ambiental (1,1% del PBI), el sector público (0,7%) y el resto de la industria (0,4%). En tal sentido los montos de los países europeos destinados a protección ambiental han aumentado permanentemente en el tiempo salvo una contracción en el año 2009 debido principalmente a la crisis financiera internacional (CEPAL, 2014).

VIII. Conclusión

Aunque la preocupación por el medioambiente es un tema de relevancia para la discusión de la política pública local e internacional, la cuantificación de los costes ambientales asociados al crecimiento económico, así como del gasto público orientado a la prevención y mitigación de sus efectos ambientales negativos no refleja esa importancia y tal preocupación.

La necesidad de entender que las problemáticas ambientales en general y en particular de la provincia de Buenos Aires, no son situaciones extraordinarias acontecidas esporádicamente, sino que responden a eventos de repetición constante en forma anual que afecta a regiones particulares identificadas; supone que no puede considerarse en la actualidad a la problemática ambiental como un gasto público extraordinario, sino que debe entenderse la necesidad de considerar al Gasto Ambiental como parte integrante de las finanzas corrientes de los sectores públicos y privados.

En tal entendimiento, las “externalidades ambientales” que no sean asumidas por el sector privado, aquellas “externalidades” que se vinculen con la gestión de la problemática ambiental, deberán ser asumidas por los Estados en la medida de sus funciones y competencias constitucionales. Consecuentemente, es de relevancia que los Estados puedan incorporar en el diseño de las normas financieras/presupuestarias al Gasto Público Ambiental como un elemento necesario de valor económico y social concreto dentro del diseño financiero anual.

A lo largo de este trabajo y en cuanto al sector público, en especial en la provincia de Buenos Aires, se pudo observar la escasa valoración presupuestaria que la problemática ambiental local tiene en la Ley Financiera Anual, llegando a un promedio de 0,06 en el total del Gasto Público provincial en los últimos años. Decir que se atiende a la cuestión ambiental asignándole 206 pesos anuales por persona, resulta al menos, un hecho llamativo.

Tampoco puede observarse una relación coherente y programada de política de Gasto Público Ambiental, la destilación y variación del Gasto Público Ambiental en la provincia ha ido modificándose sin ninguna explicación, lógica, o sustento.

Considero que es relevante que la provincia que tiene las características de producción y población como la que analicé, debe hacerse eco de las recomendaciones mundiales lo antes posible, y hacer frente a esta externalidad como corresponde, antes de agotar todos sus recursos naturales y tener consecuencias económicas mayores a las que se avizoran en la actualidad.

XIX. Bibliografía

BASE DESINVENTAR. Disponible en: www.desinventar.org/es/

BECKER, G. (1968). *Desafíos y propuestas para la implementación más efectiva de instrumentos económicos en la gestión ambiental de América Latina y el Caribe: El caso de Argentina*. Santiago de Chile: Publicación CEPAL.

CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y AMBIENTALES (2008). *Informes (CELSI)*. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20161207044933/InformeMundialSobreCienciasSociales.pdf>

— (2009). *Informes (CELSI)*. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20161207044933/InformeMundialSobreCienciasSociales.pdf>

CEPAL (2003). *Aportes para una Estrategia pyme en la Argentina, Grupo de Políticas PYME*. Informe. Buenos Aires: Publicación CEPAL.

— (2004). *Política y gestión ambiental en Argentina: gasto y financiamiento*. Santiago de Chile: Publicación CEPAL.

— (2014). “El gasto en protección ambiental en América Latina y el Caribe Bases conceptuales y experiencia regional”, en: *Informe Documento de Proyecto*. Santiago de Chile: Publicación CEPAL.

— (2015). *Estimación del gasto público en protección ambiental en Chile*. Informe. Santiago de Chile: Publicación CEPAL.

CEPAL/PNUD (2011). “Gasto, inversión y financiamiento para el desarrollo sostenible en Argentina”, en: *Serie Medio Ambiente y Desarrollo* N° 52. Santiago de Chile: CEPAL

CEPEDA, H. y YOGUEL, G. (1993). “Las Pymes frente a la apertura externa y el proceso de integración subregional: un desafío de reacomodamiento competitivo”, en: *Documento de Trabajo* N° 13, FUIA. Buenos Aires: IDI.

CHIDIAC, M. (2003). *Demanda y oferta de bienes y servicios ambientales por parte de pymes: el caso argentino*. Santiago de Chile: Publicación CEPAL/GTZ.

CHIDIAC, M. y BELÁUSTEGUI, V. (2002). *Revisión de Políticas Vinculadas a Temas ambientales y tecnológicos en Argentina*, Informe preparado en el marco del Proyecto “Estrategia Nacional en Producción Limpia”. Buenos Aires: División de Naciones Unidas para el Desarrollo Sustentable/Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable.

CHUDNOSKY, D. y LÓPEZ, A. (2004). *Política y gestión ambiental en Argentina: gasto y financiamiento*. Santiago de Chile: Serie Medio ambiente y Desarrollo.

CHUDNOVSKY, D.; LÓPEZ, A. y FREYLEJER, V. (1997). “La prevención de la contaminación en la gestión ambiental de la industria argentina”, en: *Documento de Trabajo* N° 24. Buenos Aires: CENIT,

CONTE GRAND, Mariana (1998). “Federalismo y regulación de los residuos peligrosos: El caso de Argentina”, en: *Informe de Maestría en Finanzas Públicas Provinciales y Municipales*. Universidad Nacional de La Plata. La Plata: Facultad de Ciencias Económicas.

GATTO, F. y YOGUEL, G. (1993). “Las pymes argentinas en una etapa de transición productiva y tecnológica”, en B. Kosacoff (ed.). *El desafío de la competitividad. La industria argentina en transformación*. Buenos Aires: pub. CEPAL/Alianza.

HERNÁNDEZ TRILLO, Fausto (2015). *Federalismo ambiental en América Latina: una revisión. Estudios de Cambios Climáticos para América Latina*. Santiago de Chile: Publicación CEPAL.

HERRERA CARRASCAL, Giovanni J. (2016). *El carácter social del Gasto Público Ambiental*. Colombia: (s.n.).

LEAL, J. (2003). *Análisis de la oferta de bienes y servicios ambientales para abastecer las necesidades de la PYME en Chile. Base de datos y evaluación de potencialidades*. Santiago de Chile: Publicación CEPAL.

LÓPEZ, A. (1996). “Competitividad, Innovación y Desarrollo Sustentable”, en: *Documento de Trabajo N° 22*. Buenos Aires: CENIT.

— (2004). “La oferta de bienes y servicios ambientales en Argentina. El papel de las PYMES”, en: *Serie Medio Ambiente y Desarrollo*. Santiago de Chile: CEPAL.

— (2004). *La oferta de bienes y servicios ambientales en Argentina. El papel de las PYMES*. Santiago de Chile: Publicación CEPAL.

MUSGRAVE, R. y MUSGRAVE, P. (1992). *Hacienda Pública. Teórica y Aplicada*. 5ª ed. Madrid: McGraw Hill.

OBSERVATORIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS (2010). Disponible en: www.sgp.gov.ar/contenidos/ag/paginas/opp/opp.html

PIGOU, Arthur Cecil (1932). *The Economics of Welfare*. Londres: Mcmillan.

SABSAY, D. (2003). “Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, capítulo actualizado en junio de 2003, en: J. R. Walsh; M. E. Di Paola; G. González Acosta; H. López; M. B. Rovere; D. E. Ryan y D. A. Sabsay. *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*. Buenos Aires: La Ley.

WILSON, Baian (2011). “La protección del ambiente en Canadá”, en: *Revista de Relaciones Internacionales*. Canadá.

WWF Informe (2005). *La Situación Ambiental Argentina*. Buenos Aires: Fundación Vida Silvestre Argentina Buenos Aires, (Word Wildlife Fund —WWF—).

Fecha de recepción: 03-03-2017 Fecha de aceptación: 30-06-2017

Algunas hostilidades de Estados Unidos hacia el Derecho Internacional

POR CARLOS CERDA DUEÑAS (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La universalidad del Derecho Internacional.— III. Los Estados Unidos y el Derecho Internacional.— IV. La ofensiva de los estados federados hacia el Derecho Internacional.— V. Actualidad y prospectiva del Derecho Internacional en Estados Unidos.— VI. Consideraciones finales.—VII. Bibliografía.

Resumen: este artículo examina algunas de las posturas que las entidades gubernamentales, Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial Federales y algunos de los Estados han mantenido respecto del derecho extranjero. Entendido como el derecho internacional, el emanado de algunos tribunales y organismos internacionales y, derecho religioso, particularmente la *sharia*, el cuerpo normativo islámico. En este sentido, se analizan los intentos por prohibir la utilización de éste en las Cortes estadounidenses, pero sobre todo por parte de las Cortes de los Estados. Observando como muchas de estas iniciativas están enfocadas en la normatividad musulmana, pero promoviéndolo en tándem con el derecho internacional para poder ocultarlo y no interferir con las cuestiones relativas a la libertad religiosa, pero también como forma de resaltar una supuesta supremacía de la legislación estadounidense sobre la normatividad internacional.

Palabras claves: derecho internacional - Estados Unidos - *sharia*

Some hostilities of the United States to International Law

Abstract: *This article examines some positions assumed for some offices of Executive, legislative and Judicial branches and some State Governments or Legislatures respect of foreign law, including international law, and religious laws particularly sharia, Islamic regulatory body. In this sense, this paper discusses some attempts to ban on court use of sharia/international law. These projects focus on*

(*) Prof. del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Campus Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Abogado, Maestro en Estudios Diplomáticos, Instituto Matías Romero, Secretaría de Relaciones Exteriores de México. Doctor en Derecho con especialidad en Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Muslim regulations, but take international law to hide it and as a way to highlight the supposed U.S. legislation supremacy.

Key words: *international law - United States - sharia*

I. Introducción

“Terminaremos las hostilidades hacia la Corte Penal Internacional y buscaremos oportunidades para un apoyo efectivo a sus tareas de forma que se promuevan los intereses de Estados Unidos al llevar criminales ante la justicia” (Feinstein y Lindberg, 2011: 58), así lo expresó Hillary Clinton cuando compareció, en enero de 2009, ante el Senado a efectos de su ratificación como Secretaria de Estado. Era, sin duda, una inequívoca confesión del trato proferido a dicho tribunal por parte de los Estados Unidos que análogamente puede utilizarse con la totalidad del derecho internacional, siendo esto lo que configura el núcleo central de este artículo, describir brevemente y exponer con casos concretos cómo dicho país minimiza la importancia de esta rama jurídica y le considera de forma acomodaticia a sus intereses.

Es evidente que el derecho internacional está ocupando, cada vez más, un lugar más importante tanto al interior de los sistemas jurídicos nacionales como en sus respectivas pirámides jerárquicas. No obstante lo anterior, en el caso de Estados Unidos, se generan actos en evidente sentido contrario, como lo constituyen los frecuentes intentos de reformas a las constituciones locales o la creación de leyes para prohibir a los tribunales de dichas entidades federadas aplicar lo que denominan “derecho extranjero” que comprende, en estos casos, tanto el derecho islámico (*sharia*)⁽¹⁾ como el derecho internacional, pareciendo emular la construcción de la legendaria muralla china para evitar las incursiones del exterior.

Sustraerse del Derecho Internacional no es una cuestión fácil en este mundo globalizado. Sin el Derecho Internacional, hoy la economía global no podría funcionar, ni el mundo podría combatir satisfactoriamente las nuevas enfermedades emergentes, controlar las actividades criminales transfronterizas o preservar la paz entre las mayores potencias (Sachs, 2017).

La globalización ciertamente no ha dejado sin tocar al derecho y a la administración de justicia y su impacto en el terreno judicial ha sido llamado

(1) La *sharia* es el conjunto de normas religiosas, y en algunas ocasiones también civiles, que provienen del Corán y la sunna. *Sharia* significa “por el camino recto”. Estas normas regulan tanto los aspectos de la vida de los musulmanes como incluso asuntos de estado. Algunos países mantienen a la *Sharia* como una de las fuentes principales de su sistema jurídico: Irán, Omán, Paquistán, Mauritania o Arabia Saudita.

“cosmopolitismo jurídico” o “cosmopolitismo judicial” que se origina, en principio, como resultado de la tendencia de las Cortes a examinar decisiones y doctrinas judiciales extranjeras (Murray, 2006) (2).

De igual manera, el derecho comparado, entendido como el estudio de las similitudes y diferencias entre varios sistemas jurídicos, es una creciente fuente de inspiración para los jueces en todo el mundo (Murray, 2006). Desconocer al orden jurídico internacional en el siglo XXI parece irrealizable. No es viable y, en la medida que se intente, siempre irá en detrimento de la sociedad involucrada, sobre todo a partir de que este fenómeno, el cosmopolitismo, se genera, primordialmente, en lo relativo a los derechos humanos. Algunos llaman también a este fenómeno “jurisprudencia transnacional”, o más sucintamente, “transnacionalismo”, y sus detractores le consideran una amenaza peligrosa porque considera la idea de que los tribunales estadounidenses deben buscar normas que no han llevado el proceso político en los Estados Unidos para convertirse en ley, señalando que cuando las Cortes observan el derecho internacional o extranjero en la toma de decisiones judiciales, se omite este proceso fundamental y eso es un hecho totalmente ignorado (APPA, 2017).

II. La universalidad del Derecho Internacional

Don César Sepúlveda (1989) aseveraba que el Derecho Internacional, además de ser una disciplina cada vez más amplia, tiene la característica de ser una rama jurídica absurdamente sujeta a polémica constante, por su especial naturaleza, es decir, carga con la obligación de defender, no sólo su contenido, sino su esencia misma de disciplina jurídica, rasgo que las demás ramas del derecho no deben hacer. Señalaba él mismo, que esto se contrarrestaba en la medida que los sujetos, particularmente, los Estados, le reconocían explícitamente. Los propios Estados reconocen estar sometidos al derecho internacional. Dice Michael Akehurst que los Estados suelen aceptar el carácter jurídico del derecho internacional y lo que es más importante suelen ajustarse a él. La soberanía absoluta no existe. Esta es la idea del jurista alemán Georg Jellinek, deducida a su vez del pensamiento kantiano (Orench, 2004). También se ha señalado que los gobiernos reconocen el carácter obligatorio del derecho internacional como un cuerpo de normas, pero tradicionalmente se han reservado el derecho de determinar por ellos mismos lo que

(2) La doctrina denomina *Cosmopolitismo jurídico* a la discusión que se ha generado en los Estados Unidos de tiempo atrás, sobre la importancia de tomar en cuenta el derecho que se produce en otros países. Esta discusión surgió a propósito de algunos fallos emitidos por la Corte Suprema, en los cuales se incluyeron citas expresas a jurisprudencia extranjera. En este caso también se considera el derecho no generado en Estados Unidos, sino por la comunidad internacional (con la concurrencia o no de los Estados Unidos), es decir, el Derecho Internacional.

comprenden esas reglas, cuando deben ser aplicadas a circunstancias específicas y como deben manejarlas (Joyner, 2005).

Así se puede mencionar, por ejemplo, las disposiciones constitucionales de algunos países. En el caso de Portugal, la Constitución establece en el artículo 8 que “las normas y los principios del Derecho Internacional general o común hacen parte integrante del derecho portugués”. En lo que se refiere a las constituciones latinoamericanas más recientes, se podría señalar los casos de Ecuador y la República Dominicana. La actual Constitución ecuatoriana entró en vigor el 20 de octubre de 2008 y en el numeral 416 señala que las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores y, en consecuencia: “9. Reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de estos”. La Constitución de la República Dominicana, del 26 de enero de 2010, señala en la primera parte de su artículo 26:

“Relaciones internacionales y derecho internacional. La República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional, en consecuencia: 1) Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado; 2) Las normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial; 3) Las relaciones internacionales de la República Dominicana se fundamentan y rigen por la afirmación y promoción de sus valores e intereses nacionales, el respeto a los derechos humanos y al derecho internacional”.

La Constitución de la República de Sudáfrica de 1996 va más allá. Indica el artículo 39, relativo a la interpretación de los derechos humanos, que una corte, tribunal o foro debe considerar el derecho internacional (inciso b) e incluso puede considerar la ley extranjera (inc. c).

Con base en lo anterior, puede afirmarse que los sujetos de derecho internacional y, particularmente sus sujetos originarios, los Estados reconocen la validez de las normas que específicamente les dan esta categoría y que ellos contribuyen a crear. Reconocen también que, cada vez más, aumentan los aspectos regulados por este orden jurídico y su íntima interrelación con las normas generadas por los sistemas jurídicos domésticos. Muy importante es señalar la conciencia de que “el sistema interestatal contemporáneo carece de un gobierno mundial, pero no es anárquico en el sentido de estar sin regulación jurídica o sin orden” (Joyner, 2005: 10).

Tampoco puede negarse que hay un grado de compromiso hacia el Derecho Internacional que varía dependiendo del sujeto de que se trate (particularmente los Estados), pero también de quienes tienen a su cargo la responsabilidad de dirigirlos. Hay casos en los que se subestima e ignora que “las autoridades gubernamentales no poseen ilimitada discreción para actuar voluntaria o caprichosamente sin tener consideración de las normas internacionales” (Joyner, 2005: 10). A partir de estas premisas, se puede considerar el caso particular de los Estados Unidos y, con ello, conocer mejor el contexto en el que se genera su inobservancia o las burdas iniciativas de prohibir que los tribunales locales no apliquen y, en consecuencia, desconozcan el derecho internacional.

III. Los Estados Unidos y el Derecho Internacional

La posición de los Estados Unidos con respecto al Derecho Internacional ha sido siempre muy ambigua llegando incluso a su ignorancia o hasta el desprecio. Tanto la práctica de los actores gubernamentales como en la doctrina puede ir desde enfoques de un amplio reconocimiento hasta los de su total desconocimiento.

Así, en el fallo *Paquete Habana*, la Corte Suprema sostuvo que:

“(...) el derecho internacional es parte de nuestro derecho, y debe ser determinado y administrado por los Tribunales de Justicia de las jurisdicciones adecuadas (...) para este fin, donde no existe tratado, y no existe una decisión judicial o un acto legislativo como directriz, debe recurrirse a los usos y costumbres de las naciones civilizadas” (175 U.S. 677, 1900)(3).

Sin embargo, esta postura ha sido muy variable con el transcurso del tiempo.

El 11 de febrero de 2004, el Representante republicano por Alabama Robert Aderholt presentó la propuesta ley HR3799 *Constitution Restoration Act 2004*. La propuesta tenía por objeto “limitar la jurisdicción de las Cortes federales en ciertos casos y promover el federalismo” reformaba la Sección 201 del Título 28 del Código Federal de los Estados Unidos relativo a la interpretación de la Constitución, estableciendo que:

(3) En su decisión sobre el caso *The Paquete Habana*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el derecho internacional consuetudinario era parte integrante del derecho estadounidense que debía ser aplicado por los tribunales, siempre y cuando no existiera un Tratado, un acto legislativo, *controlling executive*, o una decisión judicial. Durante la guerra entre España y Estados Unidos, el *Habana* y el *Lola* eran dos embarcaciones de bandera española dedicadas a la pesca que fueron capturadas por autoridades navales americanas. La cuestión a resolver era si los barcos de pesca constituían o no una excepción al derecho de presa.

“en la interpretación y aplicación de la Constitución de los Estados Unidos, un tribunal de los Estados Unidos no puede fundamentar en ninguna Constitución, ley, regla administrativa, orden ejecutiva, directiva, política, decisión judicial o cualquier otra acción de cualquier Estado extranjero u organización internacional o agencia, que no sea el derecho constitucional inglés y el *common law* hasta el momento de la adopción de la Constitución de los Estados Unidos” (Library of Congress, 2004).

Al año siguiente, el Senador Richard Shelby, también republicano de Alabama, presentó el 3 de marzo de 2005 la propuesta S.520 y un mes después, el 4 de abril de 2005, nuevamente el Representante Robert Aderholt presentó su antigua propuesta. Las dos iniciativas, con el mismo nombre, mismo objetivo e idéntico texto, replicaban la propuesta presentada el año anterior. Las tres propuestas nunca se convirtieron en ley.

Con estas iniciativas como antecedente, en la Introducción al libro “*The International Judge. An Introduction to the Men and Women Who Decides the World’s Cases*” —*El Juez Internacional. Una Introducción a los Hombres y Mujeres que deciden los casos del Mundo*—, Sonia Sotomayor (2007), entonces Juez del Segundo Circuito de Apelaciones de Estados Unidos refería que las iniciativas de ley para prohibir la citación de derecho extranjero en decisiones judiciales federales habían dado lugar a un candente y extensivo diálogo entre jueces, académicos y comentaristas sobre el apropiado papel que el derecho extranjero e internacional debía jugar en las sentencias constitucionales estadounidenses, pero que la cuestión de cuánto se tenía que aprender del derecho extranjero y de la comunidad internacional en la interpretación de la Constitución no era la única cuestión que se debía plantear sino también cabía preguntarse cuánto se había aprendido de las cortes internacionales y de los jueces y juezas sobre el proceso de juzgar y los factores externos del derecho que influían en las decisiones de los tribunales estadounidenses.

La Corte Suprema ha mostrado mucha ambigüedad sobre el Derecho Internacional, la cual es perceptible al revisar algunas sentencias como la del fallo *Lawrence vs. Texas* de 2003, que invalidó las prohibiciones penales para prácticas homosexuales masculinas y que se fundamentó de forma importante en el fallo de 1981 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dudgeon vs. Reino Unido*.

En el Caso *Roper vs. Simmons* (543 U.S. 551, 2005) la Corte Suprema estableció que es inconstitucional imponer la pena de muerte por crímenes cometidos mientras se tiene una edad inferior a 18 años. En su argumentación, el Tribunal había considerado las tendencias nacionales e internacionales, así como evidencias

científicas y llamamientos de organizaciones religiosas, pro derechos humanos y de defensa de la infancia. En este fallo la Corte usa el Derecho Internacional como confirmación de un emergente consenso doméstico contra la imposición de la pena de muerte a menores (Stimson y Levy, 2012). Sin embargo, en el fallo de 2012 *Miller vs. Alabama*, aunque la mayoría de cinco jueces afirmó que los estatutos que imponen cadena perpetua a menores son inconstitucionales, no hacen mención alguna al cuerpo de material internacional. De las cinco opiniones particulares, ninguna menciona algo relativo al Derecho Internacional.

Al resolver el caso *Medellín vs. Texas* (4), en 2009, la Corte Suprema señaló que la sentencia del caso Avena y otros nacionales mexicanos emitida por la Corte Internacional de Justicia, no era automáticamente derecho interno ejecutable porque aunque se tratara de un compromiso internacional, no se podía considerar derecho interno al menos que una ley del Congreso hubiera sido emitida para instrumentar sus estatutos o hubiera sido ratificada con una disposición que les hiciera autoejecutables, es decir, la Corte de Estados Unidos con esta resolución judicial desconoció la validez de las obligaciones emanadas de normas jurídicas internacionales pues es un argumento bastante simplista aducir que la norma internacional debe incorporarse al ordenamiento interno a fin de hacerla válida, cuando la tendencia mundial es reconocer la supremacía de la norma internacional (Cerda, 2010).

En un discurso en el Capítulo de Puerto Rico de la Unión Americana de Libertades Civiles, la juez Sotomayor dejó claro que la citación de las Cortes del derecho extranjero e internacional era propio y laudable, toda vez que “el derecho internacional y extranjero serán muy importantes en la discusión sobre como pensar sobre cuestiones irresolutas en nuestro sistema legal” (Groves, 2009: 1). Agregaría también “no usamos el Derecho Internacional, nosotros consideramos ideas jurídicas que han sido sugeridas por una Corte Internacional”. Este discurso lo pronunció un mes antes de ser nominada como Jueza a la Corte Suprema de Estados Unidos, pero dicha postura le valió críticas al señalarle que ese “uso” es peligroso porque el derecho estadounidense es único donde la protección constitucional de la libertad de expresión es con mucho más robusto que en muchas otras naciones y depender de una persuasiva autoridad extranjera podría socavar esas únicas y determinantes protecciones constitucionales de Estados Unidos (Groves, 2009).

(4) José Ernesto Medellín, era uno de los 51 mexicanos a que se refiere el Caso Avena incoado por México en contra de Estados Unidos en la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Medellín había sido procesado y sentenciado en el Estado de Texas a pena capital por el delito de homicidio. Solicitó un *habeas corpus* ante la Corte Penal de Apelaciones de Texas, que negó el recurso. Se llevó su caso a la Corte Suprema que resolvió que no todas las obligaciones internacionales legales constituyen automáticamente derecho ejecutable en las Cortes de Estados Unidos.

En la doctrina, también se encuentran opiniones divergentes, por ejemplo, el profesor Lung-Chu Chen (2000) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale señala que el Derecho Internacional es quizá hoy el área más dinámica del derecho sin la cual la estabilidad básica en el orden mundial no sería posible, añadiendo que el derecho internacional y el derecho nacional algunas veces se contraponen, y es el Derecho Internacional el que debe prevalecer. Su postura establece que los Estados (y los individuos que componen el Estado) están sujetos a estándares internacionales, que esta es la esencia de la supremacía del Derecho Internacional tan indispensable para mantener el orden mundial. En contraposición, Eric A. Posner (2006) señala que el Derecho Internacional es un fenómeno real, sobre el cual la doctrina de la materia ha exagerado su poder y significado. Sostiene que la mejor explicación para cuándo y por qué los Estados lo acatan, no es porque los Estados lo hayan incorporado a su orden jurídico, o tengan el hábito de respetarlo, o se sientan obligados por un empuje moral, sino que simplemente los Estados actúan por su propio interés.

Si el resto del mundo concuerda en algo, aún algo modelado bajo el liderazgo de los Estados Unidos, es tratado con sospecha y aun considerado peligroso para el país adherirse a ese grupo de países en un tratado, sobre la aparente base de que las obligaciones del tratado infringen la soberanía estadounidense (Sachs, 2017).

IV. La ofensiva de los estados federados hacia el Derecho Internacional

Los estados federados, exactamente porque son federados, no tienen personalidad jurídica de Derecho Internacional público, por lo que carecen de capacidad para expresarse y ejercer su voluntad propia en la escena internacional (Rezek, 2005). Hay unanimidad en considerar que, en una federación, las relaciones con el exterior son una facultad concedida a la autoridad que la representa y no las partes que la integran. Aunque ciertamente, hay ciertas facultades sobre la materia que son autorizadas por los gobiernos “centrales” y toleradas por el Derecho Internacional en la medida que los demás actores internacionales las consientan. El jurista brasileño Francisco Rezek, afirma que:

“no hay razón para que el derecho internacional se oponga a la actitud del Estado soberano que, de conformidad con su orden jurídico interno, decide investir a sus componentes federados de alguna competencia para actuare en el plano internacional, en la medida en que otras soberanías interesadas toleren ese procedimiento, conscientes de que, en la práctica, quien ‘responde’ por la provincia es la unión federal” (2000: 227).

En los Estados Unidos de América, en los años inmediatos al establecimiento como Estado independiente surgió el debate por la forma de organización inter-

na que concluyó en el surgimiento de su federalismo. A tal propósito, se registró un breve disenso doctrinal entre Thomas Jefferson, quien estimó posible concebir un doble grado de soberanía en el complejo federal, y Alexander Hamilton, para quien los estados federados eran los componentes autónomos de una soberanía única, de una sola personalidad internacional.

Entre 2010 y 2012, legisladores de al menos 32 Estados presentaron iniciativas de ley o de enmienda constitucional para limitar las circunstancias en que los tribunales estatales pudieran considerar el derecho extranjero en sus resoluciones. En este contexto, se desarrolló la iniciativa de enmienda constitucional de Oklahoma que fue la que más polémica provocó y que se convirtió, de alguna manera, en la insignia del movimiento en contra del Derecho Internacional y, de la *sharia* como parte del derecho extranjero en particular.

El 25 de mayo de 2010 se aprobó la resolución conjunta de la Legislatura de Oklahoma que recibió el número 1056, a partir de la iniciativa que fue presentada desde enero de 2010 por el Representante Rex Duncan y apoyada por otros doce legisladores de la Cámara baja y dos senadores de la Cámara alta local. Discutida en Comité, se aprobó el 3 de febrero con 9 votos a favor y 2 en contra, posteriormente fue votada en la Cámara de Representantes el 18 de mayo de 2010 por 82 votos a favor, 10 en contra y 9 abstenciones. El 24 del mismo mes se hizo lo propio en la Cámara de Senadores.

Es evidente que el trasfondo de la iniciativa obedecía a una inspiración de corte racista anti-islámica, puesto que el representante Duncan declaró que se trataba de un tumor que debía extirparse, así como preservar la tradición judeo-cristiana del orden jurídico estadounidense y estatal (CAIR, 2010). En los hechos, el debate se centró en la prohibición de la *sharia* y no en la prohibición del Derecho Internacional. La propuesta de enmienda que quedó registrada como la *State Question 755*, y como Referendo Legislativo 355, además llevaba como título Enmienda SOS, “*Save our State*”, Salvemos nuestro estado (5). El 2 de noviembre de 2010 se realizó el referendo con la participación de poco menos del 50% de los electores. 695,650 electores votaron por el “Sí” lo que constituye el 70.08% por 296,944 votos por el “No”, es decir, 29.92% (6).

No es de subestimarse la abrumadora mayoría con que se aprobó la enmienda, pero surgen las dudas sobre el grado de conocimiento con el que se emitió el

(5) El nombre no es original. Lo llevaba la célebre Proposición 187 del estado de California, apoyada por el entonces gobernador Pete Wilson para negar a los inmigrantes indocumentados servicios sociales, médicos y educativos. Fue aprobada en las elecciones de noviembre de 1994 con el 59% de los votos, pero revocada por una Corte federal.

(6) En la misma elección, Rex Duncan fue electo Procurador de Distrito (el 10° de Oklahoma).

voto, sobre todo en lo que respecta al Derecho Internacional. La “definición” que se establece en el texto de la propuesta es corta, inexacta e imprecisa (ver Tabla Nº 1). Bien se ha indicado que el referendo es un mecanismo decisonal con suma cero, puesto que cada vez que se aprueba o se rechaza una propuesta prefijada un grupo resulta vencedor y otro derrotado, es decir, no hay margen a la negociación o al intercambio, no hay concesiones recíprocas, debe decidirse por una opción o la otra. Nada se puede atenuar o corregir. Se toma todo o nada. En este caso se refrenda la muy cierta afirmación de Giovanni Sartori (2003) en el sentido de que para el referendo no basta la opinión, es necesario que exista cognición. Así como, la reticencia a la práctica de estos ejercicios que se fundamenta en el hecho de que los ciudadanos tienden a moralizar acerca de los temas, lo que incluyen aquellos de política internacional y, en este caso, los temas de derecho internacional (Cerdeña, 2011).

Es decir, el que se presentó en la boleta electoral respectiva, señalaba textualmente:

Tabla Nº 1. Texto de la iniciativa para reformar la Constitución

Esta medida enmienda la Constitución estatal. Cambia una sección relativa a las Cortes de este estado. Enmendaría el artículo 7, sección 1. Establece que las Cortes se basen en las leyes federales y estatales cuando resuelvan casos. Prohíbe a las Cortes considerar o usar el Derecho Internacional. Prohíbe a las Cortes considerar o usar la Sharia.

El Derecho Internacional es también conocido como el Derecho de las Naciones. Se refiere a la conducción de las organizaciones internacionales y las naciones independientes, como países, Estados y tribus. Se refiere a las relaciones entre ellos. También se refiere a algunas relaciones con personas.

El Derecho de las Naciones se forma con el asentimiento general de las naciones civilizadas. Las fuentes del Derecho Internacional incluyen también acuerdos internacionales, así como tratados.

La Sharia es el Derecho Islámico. Se basa en dos fuentes principales: el Corán y las enseñanzas de Mahoma.

¿Debe la propuesta ser aprobada?

Por la propuesta —Sí

Contra la propuesta -No

Fuente: Michael, Robert E. (2010). *The unconstitutionality of Oklahoma referendum 755. The ‘save our state amendment’*. New York: City Bar Association.

La decisión tomada es de considerable trascendencia, no en vano, la expresidenta de la Corte Internacional de Justicia, Rosalyn Higgins (1993) acertadamente

señala que en ocasiones las cortes domésticas son emplazadas para interpretar o aplicar tratados internacionales; son requeridas para decidir si tienen que aplicar derecho consuetudinario internacional; muchas veces tienen que encarar consideraciones relativas a derechos humanos y; algunas veces son compelidas a no aplicar una norma interna porque colisiona con el derecho internacional.

La desafortunada redacción de la enmienda denota desconocimiento de los que realmente es el Derecho Internacional, exhibe inclusive ignorancia respecto de las normas constitucionales pues olvida que los tratados son expresamente “ley suprema de la Nación” en términos del artículo VI, Sección 1, Cláusula 2 de la Constitución federal de los Estados Unidos.

Era de esperarse y así fue, que la enmienda fuera impugnada. Se desahogó por ello, un recurso en la Corte de Apelación del 10 Distrito con sede en la ciudad de Denver. En enero de 2012, dicho Tribunal bloqueó la aplicación de la enmienda señalando que es violatoria de la primera enmienda constitucional. Cabe señalar que la impugnación se hizo por organismos de la sociedad civil defensoras de derechos humanos en función de la prohibición de la *sharia* como atentatoria de la libertad de religión y aunque también lo relativo al Derecho Internacional es atacable, no se le dio prioridad a ello, pero sí se menciona. De cualquier manera, la invalidación de la norma contemplaría el todo, puesto que así fue presentada la iniciativa respectiva. El 15 de agosto de 2013, finalmente, la juez federal con sede en la ciudad de Oklahoma, Vicki Miles-LaGrange declaró inconstitucional la enmienda.

A partir de la invalidación de la legislación de Oklahoma por violentar expresamente derechos religiosos, los nuevos proyectos han sido redactados con un lenguaje más amplio y neutral, donde hay un detrimento directo en perjuicio del Derecho Internacional, de hecho, ahora la redacción de estos es muy similar o idéntico al texto conocido como “ALAC Model Legislation” (Legislación Modelo ALAC que son las siglas de “American Laws for American Courts” —Leyes Americana para Cortes Americanas—). Este borrador fue redactado por David Yerushalmi, un abogado de Nueva York que se ha convertido en líder del movimiento anti-*sharia* en los Estados Unidos. Este proyecto tiene un párrafo que literalmente establece:

Según lo utilizado en esta ley, “derecho, código legal o sistema extranjeros” significa cualquier ley, código legal o sistema jurídico de una jurisdicción fuera de cualquier Estado o territorio de los Estados Unidos, incluyendo, pero no limitada a tribunales y organismos internacionales y aplicada por los tribunales de la jurisdicción, órganos administrativos u otros tribunales formales o informales. A los efectos de esta ley, no se entenderá por derecho extranjero, ni incluirán, las leyes de las tribus de nativos americanas en este Estado (APPA, 2017a).

Este modelo de legislación es promovido de forma decidida por la Alianza Americana de Políticas Públicas (APPA por sus siglas en inglés) que, establece en su página electrónica, es una organización no partidista dedicada a proteger los derechos constitucionales de los Estados Unidos, salvaguardar la soberanía de los Estados Unidos y promover la transparencia gubernamental y rendición de cuentas que está trabajando con los legisladores a nivel nacional en las políticas e iniciativas. APPA señala que “hoy una de las mayores amenazas para los valores estadounidenses y de las libertades viene del extranjero, incluyendo el derecho extranjero y las doctrinas legales extranjeras que han sido infiltradas en nuestro sistema judicial a nivel municipal, estatal y federal” (APPA, 2017b).

Esto ha propiciado que algunas legislaciones se hayan aprobado y no hayan sido objeto de apelación. Nueve Estados —Alabama, Arizona, Luisiana, Kansas, Mississippi, Carolina del Norte, Oklahoma, Dakota del Sur y Tennessee— han promulgado leyes con respecto a la aplicación del derecho extranjero en los tribunales de los respectivos estados. Ocho estados lo hicieron a través de legislaciones locales, y en Alabama a través de reforma constitucional. Esa medida fue aprobada por los votantes en 2014. Mississippi aprobó su ley en el año 2015. En el camino se han quedado muchos proyectos similares que han naufragado en las mismas legislaturas locales o han sido vetadas, como en junio de 2013, que el Gobernador de Misuri desaprobó la legislación que le enviaba para promulgar el senado local porque “plantea la solución a un problema que no existe” y por ser una legislación que provocaría “una incertidumbre considerable al sistema jurídico de Misuri” (Office of Missouri Governor, 2013).

A enero de 2017, se contaban 16 iniciativas de ley en 12 Estados relativas a la prohibición de utilizar en Corte la *sharia* Derecho Internacional: Arkansas, proyecto HB 1041 aprobado por la Cámara de Representantes el 6 de febrero de 2017. Se encuentra en revisión en el Comité Judicial del Senado; Connecticut, proyecto HB 5547 en Comisión Mixta sobre el Poder Judicial; Iowa, proyecto HF 223, en revisión en el Comité de la Judicatura de la Cámara de Representantes; Idaho, proyecto HB 94, en revisión en la Comisión de Asuntos de Estado de la Cámara de Representantes; Indiana, proyecto SB 16 y el proyecto SB 56, ambos en revisión en el Comité Judicial del Senado estatal; Kentucky, iniciativas HB 40 y HB 131, ambos en revisión en el Comité de la Judicatura de la Cámara de Representantes; Misuri, proyecto HB 299 presentado en la Cámara de Representantes sin haber pasado a Comité; Montana, iniciativa SB 97 aprobada por el pleno del Senado el 3 de febrero de 2017, pasó a la Cámara de Representantes; Dakota del Norte, iniciativa HB 1425 tuvo ya una audiencia en el Comité Judicial de la Cámara de representantes en febrero de 2017; Oregón, proyecto SB 479, menciona la *sharia* por su nombre de forma similar al proyecto de Oklahoma que fue invalidado por las cortes federales como una violación de la primera enmienda. Se encuentra en el Comité Judicial

del Senado; Carolina del Sur, proyecto HB 3188 en el Comité Judicial de la Cámara de Representantes y; existen tres iniciativas en el estado de Texas, la HB 45 y la HB 498, ambas en la Cámara de Representantes sin haber pasado a Comité y la SB 93 que se encuentra en el Comité de Asuntos de Estado del Senado (NCSC, 2017).

Esta atenuación en la redacción de las iniciativas ha propiciado que sí se hayan aprobado algunas legislaciones al respecto, destacando el estado de Alabama donde se convirtió en texto constitucional: el senador Gerald Allen patrocinó en la legislatura de Alabama una iniciativa para impedir que los tribunales de Alabama reconocieran el derecho extranjero. El proyecto se conoció como “Enmienda sobre Derecho Extranjero en las Cortes de Alabama”, que fue presentada a los electores como Enmienda 1 (2014). Se votó el 4 de noviembre de 2014 y en la redacción del texto de la boleta establecía que era para prohibir al estado de Alabama de dar entera fe y crédito a actos públicos, registros y procedimientos judiciales de otro Estado que violan la política pública del estado de Alabama y para prohibir la aplicación del derecho extranjero en violación de los derechos garantizados a los ciudadanos por las constituciones de Estados Unidos y de Alabama, así como estatutos, leyes y políticas públicas, pero sin aplicación a las entidades mercantiles. Finalmente, el 72.33% votó por el sí y 27.67% la rechazó, por lo que se convirtió en la Enmienda Constitucional 884 (a enero de 2017, la Constitución de Alabama que data de 1901, cuenta con 926 enmiendas). Con un extenso texto cuya fracción 5 establece que:

“diferente del derecho del Estado de Alabama es el derecho extranjero, que es cualquier ley, regla o código legal, o sistema establecido, utilizado o aplicado en una jurisdicción fuera de los Estados o territorios de los Estados Unidos, o que existe como un cuerpo separado de derecho, ordenamiento jurídico o sistema adoptado o utilizado en cualquier parte por cualquier persona, grupo, o cultura diferente de la Constitución y las leyes de los Estados Unidos o el estado de Alabama” (Alabama Legislature, 2014).

Es de destacar que una versión del proyecto de ley presentado en Virginia Occidental establecía que cualquier decisión o la ratificación de un acuerdo privado que se determine, en cuanto al fondo, por un juez de este estado y esté basado en cualquier derecho religioso, sectario o en derecho internacional es nulo, es un error susceptible de ser apelado y es motivo de juicio político y destitución del cargo.

V. Actualidad y prospectiva del Derecho Internacional en Estados Unidos

De acuerdo con el profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Harvard, Jack Goldsmith (2016), Barack Obama llegó a la presidencia con una visión

cosmopolita y un compromiso informado respecto del Derecho Internacional, actitud que difería pronunciadamente de su predecesor George W. Bush, quien era receloso del Derecho Internacional y generalmente lo apreciaba como un obstáculo para el ejercicio del poder estadounidense. Para Obama era en el interés de Estados Unidos trabajar con otros países para construir instituciones y promover las normas internacionales, tenía con una actitud y un equipo que mostraba profundo respeto por el Derecho Internacional relativo a la guerra.

Sin embargo, Obama es el presidente que ha sometido el menor número de tratados al Senado para su ratificación, La mayor cosa acerca de los compromisos políticos desde la perspectiva de un presidente es que éste puede hacerlos bajo la tutela de la Constitución sin ninguna aprobación del Congreso o del Senado (Goldsmith, 2016).

Los Estados Unidos ha permanecido fuera de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas anti-personal y sobre su destrucción (Tratado de Ottawa) no sólo por la oposición del Senado sino porque el ejército estadounidense ha continuado su uso sobre todo en la defensa de Corea del Sur. La aversión del Senado a cualquier forma de tratado negociado por Naciones Unidas es ahora tan intensa y generalizada que ninguno ha sido ratificado en la última década y sólo uno (sobre cibercrimen) en los últimos quince años (7). “Nuestro desdén por las reglas negociadas y compartidas globalmente los aprecia de forma clara el resto del mundo” (Sachs, 2017).

En muchos de los tratados, que incluso han sido promovidos por Estados Unidos y que se han negado a ratificar, se esgrime el argumento de que la pertenencia al tratado limitaría la soberanía estadounidense y si bien, esta postura no es exclusiva de algún partido político, Sachs (2017) disecciona al Partido Republicano respecto de su aversión al Derecho Internacional e indica tres fundamentos: el primero que es la imagen histórica, esencialmente basada en el mito de que Estados Unidos no tiene atado su destino al resto del mundo. Que un principio básico de nuestro país es que sus ciudadanos están sólo sujetos a las normas y regulaciones hechas por el gobierno de Estados Unidos y no por gobiernos extranjeros u organismos internacionales; el segundo es la creencia implícita de que la economía e intereses estadounidenses (en los mares, medio ambiente o armamento) pueden obtenerse con el concurso de acciones estadounidenses sin precisar la suma de acciones de todo el mundo y, el tercer argumento que es una dominante fe en la “primacía estadounidense”, la idea de que los Estados Unidos pueden proteger sus intereses a través de su propio poder, sin necesidad de depender del Derecho Internacional.

(7) El presidente Barack Obama firmó la adhesión al Acuerdo de París de 2015 mediante una orden ejecutiva, sin contar con el apoyo del Senado.

Se ha comentado que la presidencia de Donald Trump obviamente tiene un impacto manifiesto sobre el Derecho Internacional. Después de todo, él y su administración no parecen estar muy interesados en observarlo. Trump señaló en un discurso de campaña que “los soldados tienen miedo de combatir debido a las Convenciones de Ginebra” (Janik, 2017).

La política de Trump de “Estados Unidos primero” cuestiona abiertamente los principios básicos del Derecho Internacional y parece ser la base cuasi absoluta de su entender de la soberanía donde obligaciones de cualquier clase son frecuentemente vistas como obstáculos a los intereses y a la seguridad nacionales. Juzgando sus primeras semanas en el cargo, parece estar siguiendo los pasos de Hegel como negador del Derecho Internacional. Conociéndolo o no, Trump está tratando de hacer de Hegel grande de nuevo (Janik, 2017).

En alguna ocasión, la jueza de la Corte Suprema, Ruth Bader Ginsburg lamentó en un Simposio en la Universidad Estatal de Ohio que la influencia global de la Corte Suprema de Estados Unidos hubiera disminuido desde que no utilizaba con regularidad el derecho extranjero en sus decisiones (Groves 2009), aunque presuntamente el hecho de que muchos Senadores hayan objetado fuertemente el uso del derecho extranjero en la interpretación constitucional durante las audiencias de confirmación de los tres jueces nominados después del fallo *Roper* (Elena Kagan, Sonia Sotomayor y Samuel Alito) hayan influenciado su parecer en la Corte (Stimson y Levy, 2012).

El senador republicano de Nebraska, Ben Sasse, cuestionó Neil Gorsuch, postulado por el presidente Donald Trump para Juez de la Corte Suprema, sobre la aplicación del Derecho Internacional en las decisiones de la Corte Suprema de justicia. Gorsuch respondió que, en algunos casos, como interpretación de un tratado o una decisión en derecho contractual, sería apropiado mirar al derecho extranjero o el Derecho Internacional, pero consideró que sería inadecuado observarlo al interpretar la Constitución, agregando que:

“si estamos hablando sobre la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos, contamos con nuestra propia tradición y nuestra historia. No sé por qué miramos a la experiencia de otros países en lugar de la propia sobre todo cuando todo el mundo mira a nosotros” (Wall Street Journal, 2017).

Como fuere, la nueva administración federal de Estados Unidos muestra, al menos en el discurso, querer retomar la postura, un poco atenuada en la administración Obama, de la supuesta supremacía del sistema jurídico estadounidense y la consecuente lógica de prescindir de la normatividad jurídica internacional.

VI. Consideraciones finales

Parece inconcebible que en un mundo globalizado y de armonización de normas jurídicas internacionales haya intentos de suprimirlas. Parece absurdo pretender nulificar normas que son válidas y aceptadas por la comunidad internacional por su contribución al reconocimiento de derechos fundamentales; de normas que contribuyen a una mejor convivencia entre los miembros de la comunidad internacional que incluso provee elementos para la solución de eventuales o reales controversias; que contribuyen a solucionar problemas o amenazas globales, normas que generan instituciones para propiciar la cooperación en todos los campos de las relaciones internacionales.

Si bien es cierto que ciertas críticas persisten acerca del contenido, significado y efectos de las normas. Algunas veces se dice que la soberanía nacional dicta los parámetros del Derecho Internacional, con los gobiernos de los Estados libres de decidir lo que constituyen las reglas legales internacionales, cómo esas reglas deben ser interpretadas y en qué situaciones deben ser aplicadas. Dicha perspectiva invita a la creencia de que los Estados aplican el Derecho Internacional sólo cuando lo quieren hacer y en qué situaciones lo considera más adecuado a sus intereses nacionales, pero los gobiernos no actúan arbitrariamente o sin tomar en consideración las prescripciones legales internacionales. El hecho es que los gobiernos no son libres de tomar decisiones de política exterior que no tengan consecuencias legales (Joyner, 2005).

Una consecuencia más de la relación y contraste entre los ordenamientos jurídicos internos y el internacional puede producirse por la violación de una obligación internacional debido a la aplicación de una Constitución o unas leyes internas o por una decisión de los tribunales internos contrarios a principios generales internacionales o convenciones particulares. En estos supuestos, se presenta el Derecho Internacional como criterio de referencia frente al cual deben de ser valoradas las leyes internas (Orench, 2005).

En este sentido Don César Sepúlveda (1989: 33) señalaba que “en realidad nunca ha existido oposición dramática entre el derecho internacional y el derecho interno. Las dificultades de aplicación de ese orden jurídico en el campo doméstico son nulas, y el grado de colisión es menor que entre normas superiores e inferiores en el derecho propio del Estado”. Lo cierto es que cada vez más, se está imponiendo la prevalencia del sistema jurídico internacional sobre el doméstico, dejando a salvo las normas constitucionales, aunque de esto último, también comienzan a aparecer excepciones.

Sin embargo, en lo que se refiere a la convivencia de los Estados Unidos con el Derecho Internacional el panorama no es halagüeño. Para Jeffrey Sachs (2017)

existen rumores de que la administración Trump acrecentará la regresión del derecho global: abandonar los recientes acuerdos sobre cambio climático; replantear unilateralmente las reglas comerciales; cortar el apoyo de Estados Unidos a las Naciones Unidas; actuar de lado a tradicionales tratados sobre control de armas; y más. Este autor señala que, si los Estados Unidos viran en dicha dirección, “no sólo se dañará profundamente nuestra seguridad nacional, sino también la decadencia del liderazgo internacional de los Estados Unidos se confirmará y acelerará”. Ahora el “Estados Unidos Primero” de Trump probablemente signifique una mayor denigración del Derecho Internacional y conlleva a un más profundo detrimento de la seguridad nacional de dicho país y sus intereses a largo plazo.

Como bien ha señalado al referirse a este fenómeno la jueza Ginsburg, “Seremos perdedores si no compartimos con, y aprendemos de los otros” (Murray, 2006). Al parecer, una significativa mayoría de los ciudadanos estadounidenses y parte de su clase gobernante no lo consideran así.

VII. Bibliografía

APPA. American Public Policy Alliance (2017a). *Model ALAC Act*. Disponible en: <http://publicpolicyalliance.org/legislation/model-alac-bill/> [Fecha de consulta: 27/03/2017]

— (2017b). Disponible en: <http://publicpolicyalliance.org/about/> [Fecha de consulta: 27/03/2017]

ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR (2017). *Constitución del Ecuador*. Disponible en: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf [Fecha de consulta: 23/03/2017]

BALLOTPEDIA (2014). *Alabama Foreign Laws in Court, Amendment 1 (2014)*. Disponible en: [https://ballotpedia.org/Alabama_Foreign_Laws_in_Court,_Amendment_1_\(2014\)](https://ballotpedia.org/Alabama_Foreign_Laws_in_Court,_Amendment_1_(2014)) [Fecha de consulta: 11/03/2017]

CAIR, Council on American-Islamic Relations (2010). *Sharia & International Law Ban Timeline in Oklahoma*. Capítulo Oklahoma. Disponible en: <https://www.cairoklahoma.com/whyforeignlawbansarebad/> [Fecha de consulta: 18/05/2012]

CERDA, Carlos (2010). “La validez de las normas jurídicas internacionales desde la óptica de la Corte Suprema de los Estados Unidos. El fallo Medellín vs. Texas, en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 1. Buenos Aires. pp. 1-8.

— (2011). “La Incidencia de la Democracia Directa en la Política Internacional” en: Pablo Ayala, y Salvador Leetoy (coord.), *Repensar la ciudadanía. Los desafíos*

de un nuevo pacto global. Guadalajara: Tecnológico de Monterrey Campus Guadalajara y Cátedra de Investigación sobre Comunicación, Globalización y Estudios Culturales, pp. 71-98.

CHEN, Lung-chu (2000). *An introduction to contemporary international law*. New York: Yale University Press.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (1989). Coimbra: Livraria Almedina.

DAVIS, Martha y KALB, Johanna (2011). "Oklahoma State question 755 and an analysis of anti-International Law initiatives", en: *Indiana Law Journal Supplement*. Disponible en: http://ilj.law.indiana.edu/articles/87/87_daviskalb.pdf [Fecha de consulta: 24/05/2012]

DUCHACEK, Ivo (1990). "Perforated Sovereignties: Towards a Typology of New Actors in International Relations", en: H. Michelmann y S. Panayotis (eds.), *Federalism and International Relations. The Role of Subnational Units*. Oxford: Clarendon Press. pp. 1-33.

FEINSTEIN, Lee y LINDBERG, Todd (2011). *Means to and End. U. S. Interest in the International Criminal Court*. Arlington: The Brookings Institution.

GOLDSMITH, Jack (2016). "The Contributions of the Obama Administration to the Practice and Theory of International Law", en *Harvard International Law Journal*. Disponible en: http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/Goldsmith_HILJ-Online-Version_23-June-2016_Final.pdf [Fecha de consulta: 11/03/2017] pp. 1-19.

GOLDSMITH, Jack y POSNER, Eric (2005). *The limits of International Law*. New York: Oxford University Press.

GROVES, Steven (2009). *Questions for Judge Sotomayor on the Use of Foreign and International Law*. Disponible en: <http://www.heritage.org/courts/report/questions-judge-sotomayor-the-use-foreign-and-international-law> [Fecha de consulta: 15/03/2017]

HARPER, David (2013). "Federal judge throws out Oklahoma's ban on Sharia law", en: *Tulsa World*. Disponible en: http://www.tulsaworld.com/archives/federal-judge-throws-out-oklahoma-s-ban-on-sharia-law/article_723036ab-ff92-5d55-b9bd-0bae6beb9ff9.html.

HIGGINS, Rosalyn (1993). *Problems and process. International Law and how we use it*. New York: Oxford University Press.

JANIK, Ralph (2017). *Trump and International Law: Making Hegel Great Again?* Disponible en: <http://opiniojuris.org/2017/02/27/trump-and-international-law-making-hegel-great-again/> [Fecha de consulta: 09/03/2017]

JOYNER, Christopher (2005). *International Law in the 21st Century*. Lanham: Rowman and Littlefield Publishers.

LIBRARY OF CONGRESS (2004). *H.R.3799 - Constitution Restoration Act of 2004*. Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/108th-congress/house-bill/3799/text> [Fecha de consulta: 15/03/2017]

MICHAEL, Robert E. (2010). "The unconstitutionality of Oklahoma referendum 755. The 'save our state amendment'", en: *New York City Bar Association*. Disponible en: <http://www.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072027UnconstitutionalityofOklahomaReferendum755.pdf> [Fecha de consulta: 21/05/2012]

MURRAY, John L. (2006). "New England School of Law Commencement Address", en: *New England Law Review*. Disponible en: <http://newenglrev.com/archive/volume-41/issue-2/v41b2murray/> [Fecha de consulta: 08/06/2012]

NCSC. National Center for States Courts (2017). *Bans on court use of sharia/ international law: 16 bills in 12 states to start 2017*. Disponible en: <http://gaveltogavel.us/2017/02/13/bans-court-use-shariainternational-law-16-bills-12-states-start-2017-arkansas-house-montana-senate-versions-differ-constitutionality-sex-marriage/> [Fecha de consulta: 22/03/2017]

OFFICE OF MISSOURI GOVERNOR (2013). *Veto Senate Bill 267*. Disponible en: <https://governor.mo.gov/sites/governor/files/sb267veto.pdf> [Fecha de consulta: 13/03/2017]

ORENCH, María Asunción (2004). *El Derecho Internacional como ordenamiento jurídico objetivo*. Madrid: Publicaciones de la Pontificia Universidad Comillas.

PODER JUDICIAL. República Dominicana. Sitio Oficial, (2017). *Constitución de la República Dominicana*. Gaceta Oficial 10561 del 26 de enero de 2010. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/constitucion/Constitucion.pdf> [Fecha de consulta: 30/03/2017]

REZEK, José Francisco (2000). *Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Saraiva.

SACHS, Jeffrey (2017). "The high costs of abandoning international law", en: *The Boston Globe*. Disponible en: <https://www.bostonglobe.com/opinion/2017/03/05/>

the-high-costs-abandoning-international-law/OXGzXIJP3th3Fc9EGNsXTN/story.html#comments [Fecha de consulta: 09/03/2017]

SARTORI, Giovanni (2003). *¿Qué es la democracia?* México: Taurus.

SOTOMAYOR, Sonia (2007). "Foreword", en: Daniel Terris, Cesare Romano y Leigh Swigart. *The International Judge. An Introduction to the Men and Women Who Decides the World's Cases*. Brandeis University Press: Waltham. pp. IX-X.

SOUTH AFRICAN GOVERNMENT. *The Constitution of the Republic of South Africa*. Disponible en: <http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/images/a108-96.pdf> [Fecha de consulta: 30/03/2017].

SEPÚLVEDA, César (1989). *El lugar del Derecho Internacional en el universo jurídico*. México: Porrúa.

SUNSTEIN, Cass R. (2009). *A Constitution of Many Minds*. Princeton: Princeton University Press.

THE ALABAMA LEGISLATURE (2014). *Constitution of Alabama 1901*. Disponible en: http://alisondb.legislature.state.al.us/alison/CodeOfAlabama/Constitution/1901/Constitution1901_toc.htm [Fecha de consulta: 11/03/2017]

US SUPREME COURT, 175 U.S. 677, 1900, 08/01/1900 [online]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/677/case.html> [fecha de consulta: 28/03/2017].

US SUPREME COURT, 543 U.S. 551, 2005, 01/03/2005 [online]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/> [Fecha de consulta: 13/03/2017]

WALL STREET JOURNAL. "Gorsuch: 'As a General Matter,' Court Shouldn't Look to Foreign or International Law". Disponible en: <http://www.wsj.com/live-coverage/supreme-court-nominee-neil-gorsuch-hearing-senate-judiciary-committee> [Fecha de consulta: 29/03/2017]

Fecha de recepción: 04-04-2017 Fecha de aceptación: 21-06-2017

El jurado como garante de la justicia en los Estados Unidos de América

POR **FERNANDO MORALES FLORES** (*) Y **CARLOS MANUEL ROSALES** (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Naturaleza jurídica.— III. Conclusiones.— IV. Bibliografía.

Resumen: la institución denominada jurado está basada en la democratización de la justicia, para que sean los ciudadanos los que resuelvan sobre la culpabilidad de las causas expuestas ante ellos. Este trabajo presentará y analizará los elementos que componen esta institución judicial en los Estados Unidos de América.

Palabras claves: administración de justicia - jurisdicción - jurado

The jury as guarantor of justice

Abstract: *the institution called jury is based on the democratization of the justice, in order that the citizens resolve on the guilt from the cases exposed before them. This work will present and analyze the array of elements that compose this judicial institution in the United States.*

Keywords: *administration of justice - jurisdiction - jury*

I. Introducción

La administración de justicia es una de las funciones básicas del Estado. Esta responsabilidad se ha delegado a especialistas en Derecho (jueces) o a los ciudadanos (jurado).

(*) Prof. del Instituto de la Judicatura Federal. Lic. en Derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Diplomado en justicia con perspectiva de género por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Secretario proyectista del Poder Judicial de la Federación en Hermosillo, Sonora. Universidad Autónoma de San Luis Potosí (UASL).

(**) Prof. en la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, y en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). Lic. en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado en Estado de derecho y justicia, Universidad de Heidelberg. Magister y doctorado por la Universidad de Chile. Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

En el caso de la delegación de la administración de justicia a los ciudadanos, su objetivo fue (y es) permitir a la población juzgar a sus iguales. Con esta corporación se democratiza la justicia, y se permite una mayor participación de la sociedad en los asuntos públicos. Esta delegación es una herencia que proviene del juicio popular, en que los habitantes de la comunidad juzgaban y sancionaban a los acusados. De esa forma, se colocaba un referente de moral público y de las costumbres del grupo social. Esa forma de deliberación democrática juzgaba aquellas conductas contrarias a sus creencias y valores, protegiendo a la misma población, y castigándose al culpable, con una sentencia popular, revestida de legitimidad.

El trabajo que se presenta tiene por objetivo describir la institución del jurado en los Estados Unidos de América. Por lo que se expondrá su concepto, naturaleza jurídica, elementos componentes, requisitos para su integración y la forma en cómo delibera. Finalmente, se presentará un conjunto de conclusiones que muestren algunas de las características de un jurado.

Por lo que es menester comenzar con la acepción doctrinal del jurado.

II. Naturaleza jurídica

El juicio por jurado es una institución democrática (1). Su acepción gramatical, la define como: “un cuerpo de personas que se encuentran bajo juramento, para dar un veredicto sobre algún asunto sometido ante ellos; esp.: un cuerpo de personas seleccionadas, que han jurado encontrar en cualquiera de los hechos expuestos la verdad y dar su veredicto según la evidencia” (2).

La definición semántica que señala el diccionario *Black's Law* sobre el jurado es: “cuerpo de hombres y mujeres seleccionados conforme a la ley, que han jurado informarse de ciertos hechos y declarar la verdad sobre pruebas presentadas ante ellos”. Esta acepción adiciona un factor muy importante: “están obligados a aceptar la ley (...) aplicar la ley aplicable al caso, por lo señalado por el juez” (2009: 934-935).

Godfrey Lehman define a este órgano colegiado como: “un número de personas calificadas y seleccionadas de manera que prescribe la ley, colocadas en un

(1) El origen y evolución del jurado no se trataran en este ensayo. Se sugiere consultar: Hans, Valerie P. y Vidmar, Neil, *Judging the Jury*. Cambridge: Perseus, pp. 13-44.

(2) *Diccionario Webster's Collegiate*. USA: Merriam-Webster, p. 634. Por lo regular son doce personas (*petit jury*) las que integran esta institución, pero en algunos estados de la Unión Americana son menos; ellos son responsables de decidir sobre la culpabilidad de un acusado en materia civil o criminal. Y por otro lado, tenemos lo que se denomina el gran jurado (*Grand jury*) que se compone regularmente de 23 ciudadanos. Greenberg, Ellen, *The Supreme Court explained*, p. 32.

panel y que han jurado escuchar los hechos de un caso legal y, dar una decisión sobre las pruebas del caso expuestas ante ellos” (Lehman, 1997: 15).

Otra acepción de esta figura jurídica determina que el jurado es un grupo de gente seleccionada y que se encuentran en juramento, para oír las pruebas de un caso y decidir qué hechos son verdaderos; por lo general, se selecciona a personas de la misma comunidad (Hackney Blackwell, 2008: 273).

P. H. Collin señala que el jurado es un grupo de doce ciudadanos que están bajo juramento, para decidir si alguien es culpable o no culpable sobre la base de pruebas que ellos escuchan en un tribunal (3).

Alexis de Tocqueville, en *Democracia en América* definió al jurado de la siguiente manera:

“El jurado es preeminentemente una institución política. Ésta debe ser considerada como una forma de la soberanía de la gente; cuando aquella soberanía es repudiada, esta debe ser rechazada; o debe ser adaptada a las leyes según las cuales, aquella soberanía está establecida. El jurado es esa parte de la nación la cual ejecuta las leyes y que está incrustada, en las Cámaras del Congreso que se constituyen como una parte de la nación que hace las leyes” (1851: 99).

Thomas Jefferson estimó que: “el jurado fue nuestra mejor forma de asegurar la aplicación de la ley y la mejor manera de impartir justicia, que con exactitud reflejaron las moralidades, los valores y el sentido común que la gente pidieron obedecer en la ley” (1851: 28).

El objetivo del juicio por jurado, es entregar a los ciudadanos la administración de justicia. Pues anteriormente, esta función era un monopolio de los monarcas o de los magistrados asignados (4). La ventaja de esta forma de administración de justicia, es que sean los mismos ciudadanos que conocen las normas, valores y principios de la comunidad el razonar en una sana racionalización si la persona actuó afectando los intereses comunes, materializados en la norma.

La implementación de esta institución en una democracia, permitió que fuera el pueblo el responsable de dirimir lo que era justo, incluso con la posibilidad de

(3) *Dictionary of law*, Ed. Bloomsbury, Italy, 2004, p. 168. *Vid.*

(4) Berman, Harold (1999). *Law & Revolution*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 65 y ss. Es importante mencionar que se puede renunciar al juicio por jurado, si las partes lo convienen. La ventaja del juicio del jurado es la intermediación con la causa, que sean inducidos y su sensibilidad sea expuesta (y tal vez manipulada).

nulificar la ley, en ciertos casos, en que la ley fuera considerada como injusta (5): “el jurado tienen el poder de absolver o desaplicar una norma si ellos consideran que es opresiva, o si ellos creen que una ley es legítima, pero que al aplicarse bajo ciertas circunstancias, pueda convertirse en opresiva” (Abramson, 2001: 59).

Por lo que al analizar este concepto observamos, que el jurado es una institución compuesta por un grupo de ciudadanos (6); seleccionados conforme a lo estipulado en la ley (7); extraños entre ellos mismos (8); de todos los estratos sociales de la comunidad (9); iguales entre ellos (10); que dejan sus trabajos para cumplir su obligación civil, para servir como jurado (11); que se encuentran bajo juramento; y, que (idealmente) desconocen los hechos a juzgar.

La Suprema Corte de los EE.UU. ha definido que la composición ideal del jurado, sucede cuando está representada la comunidad (Smith *vs.* Texas, 1940; 128).

Los integrantes del jurado no son personas especializadas en las leyes (12) (pero puede haberlo en la selección —*voir dire*— del mismo), son personas comunes y corrientes, lo que significa que los procesados serán juzgados por sus pares. El jurado deberá escuchar a ambas partes de manera pasiva y examinar objetivamente

(5) *Vid*, Williams, Mary E. (1997). *The jury system*. San Diego: Greenhaven Press, pp. 18-35. La séptima enmienda de 1791 garantiza el derecho a un juicio por jurado ante una Corte Federal, si el monto de lo que se disputa es mayor a veinte dólares. Se debe advertir que la institución del jurado en EE.UU. proviene del sistema anglosajón, con ciertas variantes de los sistemas alemanes y escandinavos. Véase, Forsyth, William y Appleton, Morgan (1994). *History of Trial by Jury*. USA: Frederickson D. Linn.

(6) El objetivo de entregar a los ciudadanos la facultad para decidir sobre la facultad del acusado, es porque como explica Robert V. Wolf es “democratize law and express respect for the capacities of ordinary men and women to deal responsibly with weighty matters”. *The Jury System* (1998). Chelsea House Publishers, p. 11.

(7) “The principles of jury selection are designed to assemble a jury that will reflect the range of voices in the community and decide cases in an unbiased way. Yet, even if the jury pool is representative, and the community as a whole is relatively unbiased, that is no guarantee that the people selected for the jury will be free from prejudice”. Hans, Valerie P. y Vidmar, Neil (1996). *Judging the Jury*, p. 61.

(8) “The jurors were tested for their ability to evaluate the evidence and apply it to reach what would be considered a correct verdict under the law”. *Idem*, p. 122.

(9) Esto ha tenido diversos tropiezos para constituir jurados, al seleccionar a los integrantes del jurado, si deben estar representadas las minorías y que pasa con los no inscritos en las actas electorales. Como sucedió en el caso de Joan Little en Raleigh, Carolina del Norte en 1974.

(10) Iguales en derechos y obligaciones ante la ley. Sin importar raza, credo, género, sexo, etc.

(11) “Jurors frequently bring personal knowledge as well as more direct personal experiences to bear on the case at hand”. Hans, Valerie P. y Neil Vidmar, op. cit. p. 107.

(12) Wolf, Robert V. *The Jury System*, op. cit. pp. 13, 14, 25, 28 y 36.

las evidencias (13) presentadas ante ellos, para emitir un veredicto imparcial (14) de culpabilidad o inocencia (15).

Sin embargo, pueden darse ciertas situaciones para excluir a algunos ciudadanos de la integración del jurado, como por ejemplo, no ser ciudadano con 18 años de edad; vivir fuera un año fuera del distrito judicial que lo convocó; que sea incapaz de leer, escribir o entender el idioma; que sea incapaz de hablar el mismo idioma; por incapacidad física o mental; o que esté cumpliendo una condena criminal de más de un año y sus derechos civiles no hayan sido restaurados (16).

El jurado administrará justicia de manera colegiada (17). Además, tiene la discrecionalidad de poder ignorar las normas legales para que la impartición de justicia sea servida de mejor manera (18), y poder determinar la inocencia o culpabilidad del procesado, con base en su racional juicio (19). La función judicial del juez será dirigir el proceso y legitimar el veredicto ante toda la población y preservar la confianza pública de la justicia en la sentencia (20).

Un tema medular del sistema de juicio por jurado es el cómo determinan su veredicto. Esto no es una cuestión fácil, sin embargo, se puede decir que:

“(...) no hay directrices estrictas para los miembros del jurado a seguir, no hay ningún manual que ellos puedan utilizar o que les indique, el paso a paso, de qué hacer. La única acción que ellos requieren antes de discutir los hechos y pruebas, es seleccionar (antes de que las

(13) En el caso de *John Peter Zenger vs. New York*, el abogado defensor de Zenger, Andrew Hamilton en sus conclusiones al jurado expresó: “Jurymen are to see with their eyes, to hear with their own ears, and to make use of their own consciences and understandings, in judging of the lives, liberties and estates of their fellow subjects”. Abramson, Jeffrey. op. cit. p. 100. Tedford, Thomas L., *Freedom of speech in the United States*, op. cit. p. 20.

(14) En el *Common Law*, se define al jurado imparcial como “*genuinely capable of bracketing his own interests and preconceptions and of deciding the case only upon evidence presented*”.

(15) En materia criminal, el jurado puede fallar como “no culpable”, pero esto no significa que sea inocente, sino que los fiscales no presentaron pruebas fehacientes e indubitables que demostrarán aquella supuesta culpabilidad, y por el otro lado, que los abogados del presunto delincuente pudieron demostrar la “razonable duda” ante el jurado. Lo fundamental en los juicios por jurado, será el peso de la prueba. Hans, Valerie P. y Vidmar, Neil, op. cit., p. 245.

(16) *Federal civil judicial procedure and rules*, op. cit., pp. 1016-1017.

(17) Harrison, Maureen y Gilbert, Steve, *Great decisions of the Supreme Court*, op. cit., pp. 99-108.

(18) “*The right to nullify is narrow, permitting jurors only the right not to apply the law*”. Schefflin, Alan W., “Jury Nullification: The right to say no”, en: *Southern California Law Review*. N° 45, pp. 168-169.

(19) Abramson, Jeffrey, op. cit., p. 57. Thomas Jefferson estimó que: “the execution of the laws is more important than the making of them”.

(20) *Idem*, p. 124.

discusiones comiencen) un director del jurado (aunque en algunos tribunales de EE.UU., el juez ya haya hecho esto por ellos, por lo general esta función se asigna a la primera persona seleccionada para servir en el jurado). Cada miembro del jurado produce su propia decisión, argumentando con los otros integrantes del jurado las cuestiones del juicio, que tuvieron al alcance de la mano” (Hans y Vidmar, 1996: 248).

Para Jeffrey Abramson, idealmente la deliberación del jurado es un proceso dinámico, en el que las diversas fuerzas del jurado argumentan y confrontan sus puntos de vista, para poder llegar por medio de sus deliberaciones a un veredicto. En donde, “el poder de persuasión es la mejor arma para lograr que el jurado se manifieste unánimemente” (21).

Asimismo, Neil Vidmar señala que:

“(...) durante las deliberaciones, la puerta está cerrada. Nadie puede entrar en el cuarto del jurado, y los jurados no pueden salir. Normalmente, deducimos o imaginamos las cuestiones del debate, el conflicto de personalidades, los argumentos claves o la utilización de las pruebas sobre las cuales el veredicto permanece o se comienza de nuevo toda la discusión” (Hans y Vidmar, 1996: 98).

Las deliberaciones del jurado son democráticas (22) y privadas (23), por lo que se hace difícil saber cómo elaboran sus sentencias al momento de argumentar y discutir sus observaciones expuestas durante el juicio (24).

Los integrantes del jurado tienen prohibido discutir el caso y son llevados a una sala especial (en el Estado de Nueva York, se les “secuestra” y no se les permite

(21) Abramson, Jeffrey, op. cit., p. xi. Si el jurado no obtuviera un veredicto unívoco, se determina que hay *hang jury*, por lo que se sustituye al jurado anterior, convocándose y seleccionándose un nuevo jurado, para el mismo caso.

(22) “Jury democracy is really pseudo democracy because it invites, or at least permits, an anonymous group un elected people to spurn laws passed democratically elected legislature” Abramson, Jeffrey, op. cit., p. 4.

(23) “Verdicts by representative juries, especially in controversial trials, increase the legitimacy of the process in the public’s eyes, because jury verdicts are trusted to represent the community more than are verdicts by judges (...) juries deliberate in secret and need not give reasons for their verdicts as judges must, they retain a flexibility denied to judges: the ability to bend the law to achieve justice in individual cases” Hans, Valerie P. y Vidmar, Neil, op. cit., p. 19.

(24) Wolf, Robert V., op. cit., p. 78. En el año de 1955, se permitió a varios investigadores grabar las conversaciones del jurado, lo que provocó que la Cámara de Representantes Federal legislará prohibiendo grabar las deliberaciones del jurado.

volver a su hogar, hasta que emitan su resolución (25). Durante estas deliberaciones para sentenciar, los miembros del jurado son libres de hablar) (26). Después del momento de la discusión entre ellos, viene la primera votación, la cual el 90% de las ocasiones se conserva en el mismo sentido (27). Posteriormente, de la emisión de su veredicto son libres de conversar sobre el negocio juzgado, sin ninguna reserva (28).

Respecto al mecanismo de cómo valoran las pruebas (29), se ha considerado que los integrantes del jurado deben tener una gran virtud en sus mentes, la cual debería ser como un papel en blanco, y tomar solo en cuenta, la evidencia probada (30).

Por supuesto, que existen personas que están en contra de los juicios por jurado porque “deciden los casos según la emoción, el prejuicio o la simpatía, más no tanto por lo que indica la ley y las pruebas” (31) (Bernstein, 2005).

Varias son las características procesales del jurado que se ha visto: a) sus deliberaciones son secretas; b) no están sujetos a las normas legales y pueden llegar a no utilizar una ley que consideren injusta y; c) no tienen responsabilidad alguna sobre sus resoluciones (32) (Hans y Vidmar, 1996: 115).

Con estos antecedentes, podemos comparar a la institución del jurado con la función jurisdiccional de los Tribunales. Las principales diferencias son:

(25) Es interesante tener en consideración de que los posibles integrantes del jurado hayan discutido el asunto por su relevancia o generado alguna convicción por la influencia de los medios de comunicación. *Vid.*, Ruva, Christine L. (2010). *How Pretrial Publicity Affects Juror Decision Making and Memory*.

(26) “*In its ideal form, deliberation consists of a high-minded exchange of ideas*.” Wolf, Robert V., *op. cit.*, p. 80.

(27) *Vid.*, Kelven, Harry y Zeisel, Hans (1986). *The American Jury*, University of Chicago.

(28) Por ejemplo, en el caso de O. J. Simpson los integrantes del jurado suscribieron contratos con casas editoriales, para descubrir todos los hechos y deliberaciones del jurado.

(29) “*To achieve impartiality through the interaction of the diverse beliefs and values the juror bring from their group experience*.” *People v. Wheeler*, US 583, p. 761.

(30) Baldwin, John y McConville, Michael, (1979). *Jury Trials*. Oxford, p. 94. Debemos señalar que en los juicios del orden civil, los integrantes del jurado cuantifican la compensación y el daño punitivo con que se deberá recompensar a los demandantes. Alderman, Ellen, *The right to privacy*, pp. 243 y 264.

(31) *Idem*, Bernstein, David E. (2005). *You can't say that*. Washington. 25. John Stuart Mill desacredita los juicios por jurados porque ellos “apenas son menos ignorantes que los mismos testigos”. *Sobre la libertad*. Madrid, p. 110.

(32) Hans, Valerie P. y Vidmar, Neil, *op. cit.* p. 115. “*Whenever it occurs, the jury becomes a lawless institution, rendering decisions for which the jurors will never be held accountable*.” Abramson, Jeffrey, *op. cit.*, p. 4.

- 1) los magistrados son especialistas en derecho;
- 2) no son seleccionados al azar, aunque si son parte de la comunidad en que se presenta el conflicto;
- 3) no son pares entre la ciudadanía en sentido estricto, pues son funcionarios públicos y tienen ciertos derechos y obligaciones por su investidura;
- 4) la inamovilidad de los magistrados origina que sean ellos los competentes para resolver todos los casos (a excepción de que haya alguna causal de implicancia, para no conocer del asunto);
- 5) en caso de empate en la votación, el presidente del Tribunal tiene voto de preferencia, lo que no sucede en un jurado, donde todos son pares entre sí;
- 6) los jueces tienen varios mecanismos para valorar la prueba (tasado, mixto y libre), a diferencia del jurado que pondera libremente la evidencia; y
- 7) los jueces deben de fundar y motivar sus sentencias, a diferencia del jurado que solo determina la culpabilidad del acusado, entre otras (33).

III. Conclusiones

El motivo para realizar este opúsculo fue presentar un esbozo de la institución del jurado, en especial en los Estados Unidos de América. Una institución que es diferente al sistema romano establecido en América Latina (que ha evolucionado desde su establecimiento), en la que el juez es el responsable de juzgar la culpabilidad del acusado. Que a diferencia del juicio por jurado, se invita a la comunidad a participar en la administración de justicia a sus pares.

La justicia es un tema complejo de analizar y más de conceptualizar. Depende de muchas aristas como tiempo, lugar, modo, entre otras tantas variables. Han y habrán tantas formas de realizarla como sociedades, tiempos y creencias; pero lo que se debe entender, es que la justicia es un bien jurídico, es un tema de noción pública que nos interesa a todos. El ejercer justicia reconoce la exigibilidad de los derechos, libertades y obligaciones de las personas y que legitima la existencia del Estado.

La importancia de contar con instituciones jurisdiccionales independientes en un sistema democrático es fundamental para el desarrollo económico, político y

(33) Damaska, Mirjan R. (1986). *The faces of justice and state authority*, pp. 3, 5, 19, 33, 37-38, 91, 111, 116, 137, 162, 167, 171, 218, 220-221, 228 y 229.

social de todo país. Esta independencia producirá una sentencia imparcial en el que los operadores judiciales no se vean influenciados por motivos internos o externos a favor de algunas de las partes, se contamina su imparcialidad, si no hay independencia. Estos órganos públicos serán los responsables de proteger los derechos de la población (34).

La imposición, la tradición y la evolución han determinado el establecimiento de las instituciones en cada Estado. En nuestro caso, la institución del jurado nació de la tradición y se heredó por costumbre de que fuera el mismo pueblo, el que decidiera públicamente y sumariamente sobre la culpabilidad de las personas; y posteriormente, se determinara su inocencia, con pruebas de fe. Esta forma de justicia popular dejaba satisfecha a la población, pues veían y sentían que se resolvía conforme a sus creencias y valores. Pero que también, podía causar graves errores en la impartición de justicia. Aparte de que no se contaba con un proceso bien definido, ni un sistema de valoración de la prueba, y que se mezclaba los asuntos religiosos y de la fe, en los asuntos públicos.

La evolución del jurado no apartó a la sociedad de su deber cívico de asistir a la selección e integración del mismo; para resolver, sobre la culpabilidad de las personas. Sin embargo, hubo cambios en esta institución como en su selección, en el número de jurados, la forma de valorar las pruebas, entre otros elementos del actual juicio por jurados. Asimismo, se adicionó un juez que tendría la función de dirigir el proceso, para hacer que se respetaran y aplicaran las normas correspondientes.

La pluricomposición jurisdiccional en los sistemas Angloamericanos (las partes, el juez y el jurado), permitió el progreso y el mejoramiento del papel de esta institución. Esto se dio en dos planos, por un lado con la creación de normas por el poder legislativo que permitieran un mejor acceso a la justicia y por otro lado, las interpretaciones o legislación negativa que se origina desde el poder jurisdiccional. Pero conservándose la facultad del jurado, responsable de valorar las pruebas presentadas y aprobadas por el juez (35).

El objeto del juicio por jurado (*Trial by jury*) es impartir una justicia más democrática. Pero debemos reflexionar qué pasa cuando las diferencias sociológicas, psicológicas, económicas y políticas son notables entre el procesado y los integrantes del jurado. Si bien es cierto, los representantes de las partes tienen el derecho para participar en la selección para la integración del jurado, también es

(34) Gloppen, Siri; Gargarella, Roberto y Skaar, Elin (2004). *Democratization and the judiciary*, pp. 1 y 46.

(35) El juez solo podrá dar sugerencias al jurado para el momento de su deliberación.

cierto, que existen factores que no se pueden determinar en una entrevista. Por otro lado, qué tan conveniente es que un conjunto de ciudadanos, seleccionados al azar (con algunas condiciones), delibere en secreto (contrario al principio de publicidad), valoren las pruebas de manera libre (sin reglas), no se conozcan sus discusiones (privacidad), ni expliquen las razones del porqué de su fallo (no fundan ni motivan sus fallos, y tampoco son responsables, en caso de una decisión equivocada).

En opinión personal, el jurado es una figura jurídica que democratiza la justicia, la hace más próxima a la ciudadanía. Que delega el proceso deliberativo de la culpabilidad a los jurados y que limita como contrapeso el poder del juez. Sin embargo, tiene sus contras como la manipulación del jurado, la emotividad, la falta de profesionalismo, entre otros.

IV. Bibliografía

ABRAMSON, Jeffrey (2001). *We the jury*. USA: Harvard Press.

ALDERMAN, Ellen (1995). *The right to privacy*. New York: Knopf.

BALDWIN, John y MC CONVILLE, Michael (1979). *Jury Trials*. Oxford: Clarendon Press.

BERMAN, Harold (1999). *Law & Revolution*. Cambridge: Harvard University Press.

BERNSTEIN, David E. (2000). *You can't say that*. Washington: Cato Institute.

BROWN, Archibald (1874). *New Law Dictionary*. London: Steven and Haynes.

COLLIN, P. H. (2004). *Dictionary of law*. Italy: Bloomsbury.

DAMASKA, Mirjan R. (1986). *The faces of justice and state authority*. USA: Yale University.

FORSYTH, William y APPLETON, Morgan (1994). *History of Trial by Jury*. USA: Frederickson D. Linn.

GREENBERG, Ellen (1997). *The Supreme Court explained*. USA: W. W. Norton & Company.

HACKNEY BLACKWELL, Amy (2008). *The essential law dictionary*. USA: Ed. Shinx.

HANS, Valerie P. y VIDMAR, Neil (1996). *Judging the Jury*. Cambridge: Perseus.

HARRISON, Maureen y GILBERT, Steve (2003). *Great decisions of the U.S. Supreme Court*. New York: Barnes & Noble Books.

KELVEN, Harry y ZEISEL, Hans (1986). *The American Jury*. Chicago: University of Chicago.

LEHMAN, Godfrey (1997). *We, the Jury. The impact of Jurors on Our Basic Freedoms*. New York: Prometheus Books.

MILL, John Stuart (1984). *Sobre la libertad*. Madrid: Sarpe.

RUVA, Christine L. (2010). *How Pretrial Publicity Affects Juror Decision Making and Memory*. EE.UU.: University of South Florida.

SCHEFLIN, Alan W. (1972). "Jury Nullification: The right to say no", en: *Southern California Law Review*. N° 45.

TEDFORD, Thomas L. (2009). *Freedom of speech in the United State*. USA: Strata Publishing.

WILLIAMS, Mary E. (1997). *The jury system*. San Diego: Greenhaven Press.

WOLF, Robert V. (1998). *The Jury System*. USA: Chelsea House Publishers.

Legislación

"People *v.* Wheeler".

"Smith *v.* Texas".

"Zenger *v.* New York".

Otros documentos consultados

AMERICAN INSTITUTIONS (1851). New York: Barnes y company.

DICTIONARY WEBSTER'S COLLEGIATE (2000). USA: Merriam-Webster.

BLACK'S LAW (2009). USA: West.

FEDERAL CIVIL JUDICIAL PROCEDURE AND RULES (2008). USA: West.

Fecha de recepción: 27-02-2017 Fecha de aceptación: 15-06-2017

Armonizando el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea: el Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales

POR MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 *por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*.— III. Consideraciones finales. IV. Bibliografía.

Resumen: el avance en la integración del Derecho Internacional Privado en la Unión Europea (UE) sigue dando sus frutos con la entrada en vigor desde 2015 de la importante normativa que cubre las tres grandes ramas del derecho Internacional Privado, léase, competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Esta profundización ha alcanzado ámbitos delicados en cuanto que tocan materias personalísimas como son las sucesiones o el que da base a nuestro trabajo, la regulación de los regímenes económicos matrimoniales con elemento internacional: así, el reglamento sobre el que versa este trabajo, de cooperación reforzada, que muestra la voluntad de seguir adelante en el proyecto que Robert Schuman ideara el 9 de mayo de 1950.

Palabras claves: Reglamento de cooperación reforzada - regímenes económico -matrimoniales - Unión Europea

The harmonization of the International Private Law in the European Union: the regulations of marital economic regimes

Abstract: *progress in the integration of private international law in the EU continues to bear fruit with the adoption in the last three years of important legislation*

(*) Lic. en Derecho, Universidad Complutense, Madrid, España. Dra. por la Universidad de Alicante, Política común del transporte aéreo en la Unión Europea. Dir. de Posgrado, Universidad Camilo José Cela, Madrid, España. Prof. y Coord. de Erasmus, Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), España. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Miembro de la International Law Association y del Colegio de Abogados de Valencia, España.

covering the three main branches of private international law, namely, international jurisdiction, applicable law, and recognition and enforcement of judgements. This deepening has reached sensitive areas insofar as they touch on personal matters such as inheritance or the one that underlies our work, the regulation of matrimonial economic regimes with an international element: thus, the regulation on that this work is based, the regulation of enhanced cooperation shows the will to move forward in the project that Robert Schuman devised on May 9th, 1950.

Keywords: *enhanced cooperation - marital property systems- European Union*

I. Introducción

La creación en la hoy Unión Europea (UE) de un Derecho Internacional Privado (DIPr) tiene su origen en el Convenio de Bruselas de 1968 firmado entre los entonces seis estados miembros de las Comunidades Europeas. Las Instituciones carecían de competencia en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, por lo que se recurrió a la forma de tratado o acuerdo internacional como medio de establecer unas reglas comunes respecto a dos de las tres grandes ramas de nuestra disciplina (competencia y validez extraterritorial de decisiones). Doce años después, el Convenio de Roma de 1980 vino a establecer unas reglas comunes en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones contractuales que, como su denominación ya indica, toma también la forma de acuerdo internacional por igual motivo que con el llamado Convenio de Bruselas I.

La primera reforma de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (CCEE), el Acta Única Europea de 1986, no cambiaría la cuestión competencial de las instituciones en cuanto a la materia que nos interesa ahora. Así tampoco la segunda, realizada con el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea, que sin embargo ya creaba una Unión Europea basada en tres pilares, uno de los cuales contendría las armas necesarias para la futura creación de un derecho internacional privado: el pilar de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) que por el momento tendría carácter intergubernamental. Ello cambiaría sustancialmente con la tercera reforma, el Tratado de Ámsterdam que ya comunitariza el pilar mencionado merced a las normas contenidas en el artículo 65 dentro de la llamada *cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza*.

La gran consecuencia de ello sería la reconversión de aquellos tratados en actos jurídicos vinculantes, especialmente en reglamentos. A la fecha de la firma de este tratado firmado en 1997 los Estados miembros ya eran quince y las materias de derecho internacional privado se concretaban en el Convenio de Bruselas I sobre *competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil* y en el Convenio de Roma de 1980 sobre la *ley aplicable a*

las Obligaciones Contractuales. Con la entrada en vigor dos años después, en 1999, del Tratado de Ámsterdam se produce una importante producción de normas que han ido cubriendo paulatinamente las materias de derecho privado de tal forma que a la fecha de la firma de este trabajo existe un importante volumen de normas vinculantes de derecho internacional privado. El Convenio de Bruselas de 1968 se reconvirtió en el Reglamento 44/2001, del 22 de diciembre de 2000 *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Este instrumento ya proclama el reconocimiento de decisiones judiciales de forma automática, sin necesidad de abrir procedimiento alguno, como el *exequatur*.

El año 2015 nos parece especialmente reseñable porque entró en vigor el reglamento 1215/2012, que modifica el anterior 44/2001 y que establece ya verdaderamente una *libre circulación de resoluciones judiciales, quinta libertad comunitaria*, de forma que las decisiones procedentes de un Estado parte en la organización jurisdiccional de los países que son parte en el mismo, no necesitan de fórmula alguna para ser reconocidas y, ahora con esta modificación, ejecutadas en el territorio de los demás Estados miembros. Junto a este reglamento, el reglamento 650/2012, conocido como Reglamento Sucesorio Europeo (RSE) entra también totalmente en vigor armonizando normas de DIPr en un campo tan sensible como el sucesorio. Valga remarcar que este RSE no armoniza los derechos internos, que particularmente siguen teniendo sus particulares figuras, pero establece novedades significativas —como la posibilidad de ejercicio de la *professio iuris*— inexistentes hasta el momento en algunos de los sistemas sucesorios de los Estados miembros, como es el caso de España.

En el pasado año el Consejo aprobó dos actos jurídicos vinculantes de enorme importancia: el Reglamento 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 *por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas*, y el que viene a ser objeto de la presente contribución, el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 *por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*.

Con ellos, las normas relativas al matrimonio y a las parejas de hecho registradas regulan los principales aspectos que un acto tan personal como jurídico, como es la institución matrimonial y situaciones asimilables, conllevan. Hasta el momento la UE había regulado a través del Reglamento 2201/2003 los ámbitos de la competencia judicial y del reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial (separación, nulidad y divorcio) y las relaciones parentales, pero

faltaba el quizás más relevante del conflicto de leyes. A la sazón, se realizó una propuesta de reglamento del Consejo presentada en 2006 en aras de incluir normas relativas a la ley aplicable, que no tuvo éxito pero que encontró salida merced al Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 *por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*.

II. El Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 *por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*

II.1. Características generales

A diferencia de las directivas comunitarias, el reglamento es un tipo de acto dirigido a todos los estados, que entra en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) es general (dirigido a todos los estados) de aplicación y de efecto inmediato y goza de la primacía propia del derecho de la UE. Nos parece en cualquier caso relevante que nuevamente (ya se hizo con RSE) el articulado del reglamento prevea su entrada total en vigor para el 29 de enero de 2019, por lo que aún no contamos con jurisprudencia nacional o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que soporte las afirmaciones que verteremos respecto del mismo.

En segundo lugar, se debe señalar que se trata de un reglamento de *cooperación reforzada* al igual que el reglamento 1259/2010 (1). Ello significa que no todos los Estados miembros han querido ser parte en el mismo. Se debe insistir en que la Unión Europea no es una unión de tipo político: los Estados miembros ceden el ejercicio de competencias derivadas de su soberanía pero ni en el caso de la cesión con carácter exclusivo en favor de la UE, los Estados pierden un ápice de su soberanía. Son parte en este Reglamento los siguientes Estados: Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Suecia y Chipre. Por otra parte, como fácilmente se deduce de su título, se trata de un acto de derecho internacional privado que cubre las tres ramas. Es pues un reglamento *triple*.

Dada la extendida posibilidad hoy en día de conformar una pareja o unión de hecho registrada, como alternativa al matrimonio, el reglamento que nos ocupa deja aparte aquéllas situaciones. Ello se explica por las dificultades halladas en

(1) Este reglamento que atiende sólo a la ley aplicable entró en vigor en su totalidad el 21 de junio de 2012.

aprobar un instrumento único y en consecuencia se optó por regularlas separadamente: de un lado las situaciones derivadas del matrimonio y de otra las de las uniones registradas, lo que se llevó a cabo mediante el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016, *por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.*

II.2. Gestación del Reglamento

El Consejo Europeo, la más alta institución política de la Unión, en su cumbre celebrada en diciembre de 2004 pidió a la Comisión (institución que ostenta casi en exclusiva la iniciativa normativa) un estudio, Libro Verde, sobre el conflicto de leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales, el que fue presentado en julio de 2006 y en el que la Comisión ya apunta la conveniencia de ampliar el ámbito a las uniones de pareja distintas del matrimonio.

En su posterior reunión de diciembre de 2009, el Consejo Europeo aprobaría el *“Programa de Estocolmo - Una Europa Abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”* al que seguiría la presentación por parte de la Comisión Europea del *Informe sobre la ciudadanía de la Unión de 2010: la eliminación de obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la UE*. En el ya se anuncia la adopción de una *propuesta* legislativa con el fin de eliminar los obstáculos a la libre circulación de las personas, y en particular resolver los problemas a los que se enfrentan las parejas en la administración o división de su patrimonio. Estos documentos fueron fundamentales para llegar a armonizar cuestiones como las que desembocarán en la adopción de los reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, al considerarse que la cuestión de la unión de parejas o del matrimonio está íntimamente ligada a una de las cuatro libertades tradicionales comunitarias: la libre circulación de personas. Además el número de “parejas internacionales” era ya considerable, por lo que si no un deber, era una responsabilidad de las instituciones el regular la situación producida cuando tales se rompen con el problema consecuente de la división o administración del patrimonio.

Pero las diferencias entre los sistemas económicos en el territorio de la UE son importantes aunque no un obstáculo insalvable. Respecto a esta cuestión Alemania había afirmado que de los 200 diferentes sistemas habidos en la República, se había llegado al acuerdo de reducirlos a cinco. La dificultad de armonizar las normas en este ámbito es evidente: en el seno de la Unión hay diferencias culturales que se plasman en sus respectivos ordenamientos jurídicos, de ahí que el Programa de Estocolmo literalmente señale que se debe respetar el orden público de cada estado y las tradiciones nacionales en el ámbito que nos ocupa, lo que traerá como consecuencia final que los estados no hayan uniformizado los diferentes

regímenes económicos, sino que cada uno siga teniendo sus normas internas propias que definan *ad ex*, lo que es una sociedad de gananciales o una separación de bienes, por tomar como referencia los dos grandes tipos existentes en buena parte de Latinoamérica y España.

Como antes se indicó, siguiendo lo marcado en el Programa de Estocolmo, la Comisión a finales de 2011 presentó sus propuestas de regulación en materia de efectos patrimoniales tanto de las uniones registradas como la de los regímenes matrimoniales, pero las reticencias de los estados seguían manifestándose de manera que el Consejo, en la cumbre celebrada en diciembre de 2015, afirmó la imposibilidad de lograr la unanimidad requerida para la adopción de las propuestas COM por lo que la *Unión en su conjunto no podría alcanzar los objetivos de la cooperación en este ámbito en un plazo razonable*. En consecuencia, diecisiete Estados de la Unión se dirigieron posteriormente a la Comisión expresando su deseo de establecer una cooperación reforzada en este ámbito económico y le solicitaron que presentase un proyecto o propuesta al Consejo. Chipre se unió a la misma un mes después. Así, en junio de 2016 el Consejo adoptó la Decisión (UE) 2016/954 por la que se autoriza la cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

La cooperación reforzada es un mecanismo previsto en el Tratado de Lisboa, artículo 328, apartado 1 del TFUE (2) que permite que determinados estados continúen profundizando su integración. La autorización contemplada en el párrafo primero para llevar a cabo una cooperación reforzada será concedida por el Consejo a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 90, si bien la entrada en vigor del reglamento es la general de los 20 días a partir de su publicación en el DOUE, será aplicable en su totalidad a partir del 29 de enero de 2019. Tan sólo los artículos 63 a 67 relativos a cuestiones tales como información a disposición del público, información sobre datos de contacto y procedimientos, se empiezan a aplicar antes (artículos 65 a 67 a partir del 29 de julio de 2016 y del 29 de abril de 2018 para los artículos 63 y 64). Pero en lo que respecta al Capítulo II que contiene las disposiciones sobre ley aplicable se aplicarán a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial después del 29 de enero de 2019.

(2) El Tratado de Lisboa se divide en dos grandes partes: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Este período de cuatro años es sin lugar a dudas llamativo. Hasta ahora, los reglamentos mantenían un período mínimo para su entrada en vigor, incluso — como antes apuntábamos— el señalado para el Reglamento 1259/2010 fue de dos años. En este sentido, sigue la vía establecida para los regímenes sucesorios, ya el reglamento que los regula, el RSE se aprobó en el año 2012 pero su entrada total en vigor se produjo tres años después. Sin duda ello pone de manifiesto la dificultad existente a la hora de establecer normas comunes en este otro ámbito igualmente delicado.

Por tanto, adelantemos que se dejan intactas las fórmulas económicas derivadas del matrimonio o de las uniones registradas existentes en los Estados participantes, pero se armoniza la competencia judicial internacional, señalando la ley aplicable a un conflicto sobre la materia y estableciendo disposiciones que sirven al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y actos y documentos públicos.

II.3. Ámbito de aplicación del reglamento

A pesar del título del reglamento, “regímenes económicos matrimoniales” hay determinadas cuestiones relacionadas con el matrimonio que quedan exceptuadas de su ámbito de aplicación. Así en primer lugar, las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas quedan fuera de campo, y también las relacionadas con: a) la capacidad jurídica de los cónyuges; b) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio; c) las obligaciones de alimentos; d) la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges; e) la seguridad social; f) el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este; g) la naturaleza de los derechos reales sobre un bien, y h) cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro.

Respecto a las mismas, debe recordarse que las obligaciones de alimentos están reguladas por el reglamento 4/2009 y las relativas a la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges, por el reglamento 650/2012. Por último tengamos en cuenta que el reglamento 2201/2003 regula las cuestiones de competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras respecto de la separación, nulidad o divorcio y las de responsabilidad parental y el reglamento 1259/2010 establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

Dejando a un lado las normas de competencia judicial internacional que nos haría excedernos, por lo que respecta a la ley aplicable que se regula como antes hemos señalado en el Capítulo III, se debe proceder a la concreción de algunos términos, y es que el reglamento se ocupa en el artículo 3 de proveer ciertas “definiciones” de las que señalamos las que más nos interesan ahora: la de a) “régimen económico matrimonial” que se conceptúa como el *conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución* y la de b) “capitulaciones matrimoniales”, o *acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial*.

Además, como ya hiciera el reglamento 1259 y el RSE, entiende como “órgano jurisdiccional” toda autoridad judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de regímenes económicos matrimoniales y que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control, siempre que dichas otras autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial; b) tengan una fuerza y unos efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las demás autoridades y profesionales del Derecho a que se refiere el párrafo primero, de conformidad con el artículo 64. Ello se traduce en que los notarios, en el papel que tienen conferido en España y buena parte de Latinoamérica, queden incluidos en este concepto.

II.4. La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales

En este apartado se señalan junto al régimen que establece y las novedades que aporta, los problemas posibles de aplicación de las normas de conflicto que contiene: la calificación, el orden público y leyes de policía, el reenvío y la remisión a sistemas plurilegislativos.

Con carácter previo digamos que aunque hallemos este precepto más adelante (según el orden del reglamento) el ámbito de aplicación debe ser mencionado desde ahora ya que debe dejarse bien especificada la clase de cuestiones a las que se aplica, a saber a) la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges en diferentes categorías durante la vigencia y después del matrimonio; b) la transferencia de bienes de una categoría a otra; c) la responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones y deudas del otro cónyuge; d) las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o de ambos con respecto al patrimonio;

e) la disolución del régimen económico matrimonial y el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio; f) los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero, y g) la validez material de las capitulaciones matrimoniales.

Como se anticipó anteriormente, proclama su aplicación universal. Con ello, todos los Estados participantes deben aplicar, como norma de conflicto, la que señale el reglamento aunque conduzca a la aplicación de la ley de un Estado no miembro y se aplicará a la totalidad de los bienes incluidos en el régimen que fuere y con independencia de donde estén situados. En definitiva, las dos primeras características resultantes de este reglamento son las de: universalidad y unidad de la ley aplicable.

Pero ¿cuál es esa ley? El artículo 22 del reglamento faculta a que los contrayentes o futuros contrayentes la designen (o cambien) de común acuerdo siempre que la elegida sea la correspondiente a la residencia habitual de los dos o de uno de ellos en el momento de la celebración de tal acuerdo y alternativamente la de la nacionalidad de los dos o de uno de éstos igualmente. De forma muy similar a la establecida en el artículo 5 del reglamento sobre la ley aplicable a la separación o divorcio.

Como puede suceder que posteriormente deseen modificar el régimen, cualquier cambio sólo surte efectos en el futuro, salvo acuerdo en contrario de los cónyuges que en cualquier caso encuentra límite en la posible afectación negativa de derechos de terceros. Por lo tanto, con lo preceptuado en el artículo 22, se ofrece la posibilidad de ejercicio de la *professio iuris*. En este aspecto se asemeja e incluso curiosamente coincide el numeral del articulado con el RSE y se distingue del mismo en que no hay desplazamiento del punto de conexión nacionalidad en favor de la residencia habitual sino que se ofrece ahora de forma alternativa con la inserción de la conjunción copulativa “o”.

Con lo establecido ahora en el reglamento tiene lugar un nuevo desplazamiento de las disposiciones del Código Civil español (CC), concretamente de los artículos 9.2 y 3.

El artículo 9.2 del CC reza que:

“2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

Así pues, de señalarse en nuestro sistema como norma de conflicto prioritaria la correspondiente a la nacionalidad de ambos en el momento del matrimonio, norma general, se atiende ahora con el reglamento, a la de la residencia habitual también.

Y por lo que respecta a las capitulaciones matrimoniales, el artículo 25 del reglamento desplaza al 9.3 del CC español, ya que para determinar su validez, ahora el reglamento establece que:

“(...) 2. Si la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración de las capitulaciones establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación. Si los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros en el momento de la celebración de las capitulaciones y las leyes de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes para las capitulaciones matrimoniales, el acuerdo será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos leyes. Si en la fecha de celebración de las capitulaciones, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro y la ley de ese Estado establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación. 3. Si la ley aplicable al régimen económico matrimonial impone requisitos formales adicionales, dichos requisitos serán de aplicación”.

En relación al desplazamiento de normas internas dada la primacía del derecho de la Unión Europea, ya dijimos en otro trabajo, a propósito de la primera RDGN de fecha 15 de junio de 2016 recaída sobre el RSE, que éste ha desplazado al artículo 9.8 CC (Iglesias, 2016). Ciertamente una gran parte de la doctrina estima que sigue operando para las situaciones internas, es decir, las de derecho interregional. Y no será de extrañar que se invoquen iguales razones a efectos de considerar la supervivencia de los apartados 2 y 3 del artículo 9.

La tesis que mantenemos es la de que desde el momento en el que el título que contiene estas normas es el de *Normas de Derecho Internacional Privado* (artículo 8 a 12 del CC, Cap. IV del Título Preliminar) que precede al que contiene las *normas de Derecho interregional*(3) (aquellas que solventan los conflictos de normas internas debido a la coexistencia de varios códigos civiles en España) debe procederse a una modificación del precepto o a una nueva redacción del correlativo, pues a cada término debe darse una definición y no puede, reiteramos que en

(3) Cap. V. Título Preliminar del Código Civil. Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional.

personalísima opinión, dejar como norma de derecho *internacional* privado una norma llamada a desplegar efectos *interregionales*. En este sentido parece pronunciarse la RDGRN antes mencionada.

Volviendo a la cuestión de la ley aplicable, puede ocurrir que los contrayentes o futuros cónyuges nada hayan pactado al respecto y aquí la norma de conflicto *en cascada* contenida en el artículo 26 hace que nos remitamos en primer lugar a la ley del Estado de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio (*ad ex* la holandesa, sea cual fuere su nacionalidad, si ambos cónyuges establecen en los Países Bajos su residencia: piénsese en la movilidad laboral dentro de la UE) o en su defecto la de la nacionalidad común (los dos son argentinos pero viven en Italia: aplicación de la ley argentina) o por último, si no se pudiesen aplicar las anteriores, la ley con la que los cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de celebración del matrimonio (ambos cónyuges —que lo son en segundas nupcias para uno de ellos— han dejado de residir en Francia donde fijaron su primera residencia y tienen distinta nacionalidad: aplicación por ejemplo de la ley donde los hijos del matrimonio del primer cónyuge residen).

El problema de la elección de la nacionalidad como punto de conexión conduce inevitablemente a la posibilidad de ostentar más de una nacionalidad (especialmente en los casos *ad ex* de Argentina o de España, países en que son habituales las situaciones de ciudadanos con más de una) por lo que el reglamento, en estos casos, hace inaplicable el segundo supuesto, la elección de la nacionalidad como segundo punto de conexión. En consecuencia sólo se aplicará, o la de la primera residencia habitual posterior a la celebración del matrimonio o la ley con la que ambos tengan una conexión más cercana.

En el apartado siguiente y como avanzamos precedentemente, procedemos a resaltar los principales problemas de aplicación que se plantean en general con las normas de conflicto, dado que este reglamento se basa en el método indirecto o de remisión.

II.4.1. La calificación

Siguiendo la definición propuesta por Calvo Caravaca y Carrascosa González (2017), *calificar es definir, definir en términos jurídicos una relación*. Pues bien, el artículo 29 del reglamento “adaptación de los derechos reales” nos resuelve uno de los más importantes problemas que pueden surgir dada la divergencia entre categorías jurídicas en los ordenamientos de los estados miembros de la UE debido en parte a la clásica diferenciación entre los llamados derechos continentales o los de *common law*.

Según la posibilidad que nos ofrece el reglamento, aunque, por ejemplo en España, no exista una determinada categoría jurídica relativa a los derechos reales, el juez o autoridad que conozca del caso buscará mediante la indagación o interpretación de la naturaleza jurídica y de la función que despliega en el ordenamiento de procedencia, la más cercana a la española: *Cuando una persona invoque un derecho real del que sea titular en virtud de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y la ley del Estado miembro en el que se invoque el derecho no conozca el derecho real en cuestión, ese derecho deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, adaptarse al derecho equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real específico y los efectos asociados al mismo.*

II.4.2. El orden público y leyes de policía

Como ya viene siendo habitual en los reglamentos comunitarios, se inserta una disposición específica acerca del orden público y las leyes de policía que constituyen un límite a la aplicación de la ley extranjera.

El orden público opera para salvaguardar los principios esenciales de un ordenamiento jurídico, y así el reglamento, en el artículo 31, rechaza la aplicación de la ley contraria al *orden público*, y de similar forma el precepto anterior consagra la no restricción de las normas de policía del foro en aras a aplicar las disposiciones del reglamento.

Un ejemplo sería cuando la ley a aplicar vulnera cualquiera de los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*ad ex* discriminación por razón de sexo). Pero la cuestión de lo que sea o no contrario al orden público es materia que las autoridades de cada estado debe sopesar y juzgar.

II.4.3. El reenvío

El reglamento, al igual también que los dos reglamentos con los que venimos efectuando una suerte de paralelismo, excluye la posibilidad de que la figura del reenvío se produzca.

Para el caso de España puede no parecer tan extraño, ya que el artículo 12. 2 del CC sólo admite el reenvío de primer grado o de retorno, y por jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) no se admite en el caso por ejemplo de las sucesiones donde al ser principio esencial el de la unidad y universalidad de la sucesión, el alto órgano interpretando el precepto señalado, estatuye que es facultativo pero

no obligatorio (4). El artículo 32 del reglamento al señalar el hecho de que la norma de conflicto nos remita a otro derecho declara como aplicables las normas materiales excluyendo las de Derecho Internacional Privado.

II.4.4. Remisión a sistemas plurilegislativos

La posibilidad de que la norma de conflicto nos señale como aplicable el ordenamiento jurídico de un estado en el que haya más de un derecho, es algo que en el caso español puede darse con frecuencia tanto en el ámbito sucesorio como en el matrimonial.

En general, la diversidad de ordenamientos dentro de un Estado, dicho de otra forma, los estados plurilegislativos lo pueden ser en razón de las personas o en razón del territorio.

Este último supuesto es al que nos referimos mencionando el caso español. Efectivamente, junto al Derecho Civil común coexisten los llamados forales (*ad ex* en Aragón o Navarra). Estados Unidos de América sería otro ejemplo a tener en cuenta de entre los más cercanos o el del Reino Unido.

No existe desde el punto de vista de nuestro derecho internacional privado *nada nuevo bajo el sol* siendo así la solución la misma que ofrece el artículo 12. 5 del CC. Será pues la ley del Estado en cuestión la que señale qué normas materiales o sustantivas deben proporcionar solución al fondo del asunto planteado.

Ad ex si se ha de aplicar la ley española, se habrá de recurrir a las normas de derecho interregional (artículo 13 a 16 del CC) para encontrar el ordenamiento a aplicar.

Puede ocurrir que el estado en cuestión no prevea la solución, por lo que el reglamento traduce la ley aplicable a la residencia habitual a la correlativa de la unidad territorial (ordenamiento navarro, aragonés, de Maryland, etc.) en la que los cónyuges tengan esa residencia habitual. Cuando resulte ser aplicable la de la nacionalidad, también se tomará aquella con la que los cónyuges tengan una conexión más estrecha y si, finalmente, la ley del Estado a aplicar tomando como punto de conexión otros elementos que sean puntos de conexión, la ley de la unidad territorial en que tal punto esté situado, será la aplicable.

(4) Así, las sentencias del Tribunal Supremo N° 887/1996, Sala 1ª, de lo Civil, del 15 de noviembre de 1996. [R] 8212], Fundamento Jurídico 8, VLEX-17742690, o la N° 436/1999, Sala 1ª, de lo Civil, del 21 mayo 1999, [R] 4580], VLEX-17746879. *Vid* también la RDGN del 4 de julio de 2016, BOE del 12 de agosto de 2016, p. 59070. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/08/12/pdfs/BOE-A-2016-7817.pdf>.

Como señalábamos anteriormente, cabe que sea la base personal la que dé lugar al ordenamiento jurídico plurilegislativo, y este supuesto es también atendido por el reglamento siendo la solución la aplicación de las normas con las que el sujeto tenga vínculos más estrechos.

Una precisión que pudiera pasar desapercibida es la realizada en el artículo 35 del reglamento y que conecta con la cuestión de desplazamiento de las normas españolas de Derecho Internacional privado a la que hacíamos referencia cuando hemos sustentado la tesis de que se debe proceder a la supresión o modificación del artículo 9.8 (del 9.2 y 3 del CC en tanto no sean acordes) del conjunto referente a *Normas de Derecho Internacional privado* o proceder por ejemplo a la inserción de una referencia a la norma comunitaria.

En efecto, este reglamento desplazará a determinadas normas del Cap. IV del Título Preliminar del CC (Derecho Internacional Privado) pero no a las del Derecho Interregional, que ciertamente provoca problemas similares de aplicación de normas, de ley aplicable, pero de carácter interno. Así, expresamente declara la no afectación del sistema de derecho interregional que el estado en cuestión tenga establecido.

III. Consideraciones finales

El reglamento 2016/1103 del Consejo sobre regímenes económico-matrimoniales es un instrumento típico de Derecho Internacional privado que cubre tanto la competencia judicial internacional y el derecho aplicable como el reconocimiento y la ejecución de decisiones en la materia.

A la vez que se aprobó el reglamento, las Instituciones atendieron también al régimen económico que pudiera resultar de las Uniones de Hecho registradas a fin de prever la solución a un tipo de situaciones *asimilables* al matrimonio.

Hemos podido comprobar cómo este acto jurídico vinculante es muy similar en cuanto a estructura al reglamento 650/2012 incluso en la forma de resolver determinados problemas derivados de la aplicación de la norma de conflicto: así la exclusión del reenvío o el desplazamiento de la prioridad del tradicional punto de conexión nacionalidad por el de residencia habitual e incluso por el ordenamiento más estrechamente vinculado o conectado con el supuesto. Hay que manifestar desde luego que ambos reglamentos regulan las tres ramas del Derecho Internacional privado, a diferencia del 1259/2010 que sólo se refiere a la ley aplicable.

Proclamando su universalidad, se procede a armonizar las normas de esta rama del Derecho Internacional privado, de manera que fuere el estado que fuere

(de la Unión Europea) donde se produzca un conflicto relativo al régimen económico-matrimonial, la solución será la misma.

Sin embargo, recalcamos que armoniza o si se quiere, se uniformiza la forma de dar respuesta a las situaciones privadas internacionales, pero no así de las particularidades internas de cada Estado.

En efecto, cada miembro de la Unión sigue y seguirá manteniendo sus tradicionales categorías jurídicas y no parece que por el momento haya indicios de una posible armonización de los derechos internos en estas materias que por tocar esferas más personales son las más complicadas de uniformizar. Ya el artículo 13 del reglamento sobre ley aplicable a la separación o divorcio dejaba patente la no armonización en estas materias de los derechos de los Estados miembros, y así, estatuye que “nada de lo dispuesto en el presente reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente reglamento”.

Aunque se señale que en general hay cuatro grandes sistemas en lo referente a los regímenes económicos, las diferencias entre categorías incluso con similar *nomen iuris* son importantes. Por citar un ejemplo, la sociedad de gananciales que en España comienza con la celebración del matrimonio, no incluyendo los bienes privativos que los cónyuges pudieran poseer en razón de los acontecimientos laborales o familiares de su vida pasada, difiere del holandés, donde el sistema del *common goods* puede hacer llevar a la sociedad del matrimonio los bienes anteriores que fueren propiedad de cualquiera de los cónyuges. Claro está que siempre cabe la posibilidad de manifestar voluntad en contrario.

El reglamento está atento a los problemas derivados de la aplicación de las normas de conflicto en él contenidas y así proporciona solución a los clásicos problemas de la calificación (adaptación), leyes de policía y de orden público como límite a la aplicación de una ley extranjera, la remisión a los sistemas jurídicos compuestos por más de un ordenamiento (sistemas plurilegislativos) o el clásico del reenvío que excluye como ya hemos dicho, hiciera su antecesor, el reglamento sucesorio europeo.

Consideramos que el reglamento objeto de estas líneas es de enorme importancia práctica por cuanto la movilidad de las personas hoy en día es elevada en cuanto a su número, lo que ha tenido repercusiones en lo que respecta a los matrimonios internacionales.

Desde un punto de vista positivo, considerando que el Derecho Internacional privado es una rama estatal de los ordenamientos jurídicos de los Estados, puede entenderse que supone un paso más en aras al fortalecimiento del Derecho de la Unión Europea.

Desde una perspectiva no tan positiva, diremos que este reglamento así como el que respecta a parejas de hecho registradas sean de *cooperación reforzada* o el relativo a la separación o divorcio, pone de manifiesto que determinados estados de la Unión parecen reacios a armonizar sus sistemas internos en favor de una Unión que —desde luego no ente político— sigue adelante su camino integrador pese a las crisis; trances que no han provocado un *impasse* sino que han servido como decía apenas hace unas semanas Donald Tusk, Presidente de la Unión Europea, para que sigamos clamando por un “*United we stand, divided we fall*”.

IV. Bibliografía

CALVO CARAVACA, Alfonso L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2016). *Derecho Internacional Privado*. 16ª ed. Granada: Comares.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis y OTROS (2017). *Derecho Internacional Privado*. 15ª ed. Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi (Recopilatorio de legislación).

PROGRAMA DE ESTOCOLMO - UNA EUROPA ABIERTA Y SEGURA QUE SIRVA Y PROTEJA AL CIUDADANO. Diario Oficial N° C 115 de 4/5/2010. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0034> [Fecha de consulta: 28/02/ 2017]

Legislación de la Unión Europea citada

Derecho originario

TRATADO DE ÁMSTERDAM, 2 de octubre de 1997. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf> [Fecha de consulta: 28/02/2017]

TRATADO DE LISBOA, 13 de diciembre de 2007. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT> [Fecha de consulta: 28/02/2017]

Derecho derivado

CONVENIO DE BRUSELAS (1968). “Sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, en: *Diario Oficial* N° L 299 de 31/12/1972 p. 0032-0042.

CONVENIO DE ROMA (1980). “Sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en: *Diario Oficial* N° L 266 de 9/10/1980.

REGLAMENTO (CE) 2201/2003, 27 de noviembre. “Relativo a la competencia, el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000, en: *Diario Oficial* N° L 338/1 de 23/12/2003.

PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL CONSEJO REGLAMENTO DEL CONSEJO por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 2201/2003 sobre la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, 17 de julio de 2006. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A116020> [Fecha de consulta: 28/02/2017]

REGLAMENTO (CE) 4/2009 DEL CONSEJO, 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, en: *Diario Oficial* N° L 7/1 de 10/01/2009.

REGLAMENTO (UE) 1259/2010 DEL CONSEJO, 20 de diciembre por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, en: *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 343/10.

REGLAMENTO (UE) 650/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, en: *Diario Oficial de la Unión Europea*, N° L 201/107 de 27/07/2012.

REGLAMENTO (UE) 2016/1103 DEL CONSEJO, 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, en: *Diario Oficial de la Unión Europea*, N° L 183/1 de 08/07/2016.

REGLAMENTO (UE) 2016/1104 DEL CONSEJO, 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, en: *Diario Oficial de la Unión Europea*, N° L 183/30 de 08/07/2016.

Legislación española

REAL DECRETO, 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la ley de 26 de mayo. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.tp.html [Fecha de consulta: 28/02/2017]

Jurisprudencia española

TRIBUNAL SUPREMO, sentencia N° 887/1996, Sala 1ª, de lo Civil, 15 de noviembre de 1996, [RJ 8212], VLEX-17742690.

TRIBUNAL SUPREMO, sentencia N° 436/1999, Sala 1ª, de lo Civil, 21 de mayo 1999, [RJ 4580], VLEX-17746879.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, 15 de junio de 2016, en: *Boletín Oficial del Estado*, N° 175, sección III, p. 51281, 21 de julio de 2016.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, 4 de julio 2016, en: *Boletín Oficial del Estado*, N° 194, Sec. III, p. 59066, 12 de agosto de 2016.

Sitios web

COMISIÓN EUROPEA. Atlas Judicial Europeo en materia civil. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_es.htm [Fecha de consulta: 28/02/2017]

NOTARIES OF EUROPE. *Couples in Europe*, Disponible en: <http://www.coupleseurope.eu/es/home> [Fecha de consulta: 28/02/2017]

Fecha de recepción: 01-03-2017 Fecha de aceptación: 02-05-2017

La teoría del derecho de propiedad y el ejercicio de la función notarial

POR **SEBASTIÁN JUSTO COSOLA** (*)

Sumario: I. Breves nociones constitucionales.— II. Consolidación histórica del Derecho de Propiedad en nuestro país.— III. La propiedad y el dominio. IV. El derecho real de dominio en nuestro derecho.— V. La función social de la propiedad.— VI. Corolario. Tutela de la propiedad y ejercicio de la función notarial.— VII. Bibliografía.

Resumen: el presente ensayo intenta resumir en primer término, algunos aspectos sobresalientes de la Teoría general del Derecho de Propiedad. Analizados los institutos referidos conjuntamente con los fines históricos y presentes establecidos se tienen en cuenta los tópicos relevantes destacables que son los que desde el ejercicio práctico tendrá en cuenta el notario a la hora de realizar la elaboración notarial de este derecho en el seno de la escritura pública. De esta manera se comprueba que en la actualidad, ciertos aspectos relevantes del derecho de propiedad establecidos con la ilustración no han mutado de perspectiva ni aún con el desarrollo de un nuevo derecho privado unificado; sin embargo, la tutela jurídica actual desvía la atención hacia la protección de la vivienda única, lo que permite inferir que la proyección del derecho del propietario actual ya no coincide con el objeto de protección establecido en la era de la codificación decimonónica, ya que por el contrario, vuelve a insistir en ciertos aspectos relevantes de la denominada *función social*.

Palabras claves: propiedad - protección - tutela - vivienda - notariado-ambiente

The property theory and the notarial exercise

(*) Prof. Titular, Adjunto o Asociado (de grado y Postgrado) de Derecho Notarial, Derecho de los Contratos y ética de las profesiones jurídicas, Facultad de Derecho, UBA; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, UNLP; Facultad de Derecho, UNNOBA y Universidad Notarial Argentina. Presidente del Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino. Director del Centro de Estudios de investigación de temas de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, y Prof. Titular de la carrera de Escribanía, Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, UNNOBA.

Abstract: *Relevant Aspects of the property theory; specially incidence in the new law of the classics and modern perspectives. Notarial exercise related to this developing.*

Keywords: *property - protection - guardianship - living place - notarial exercise - environment*

I. Breves nociones constitucionales

Referir al *derecho de propiedad* impone la necesidad de realizar algunas primeras reflexiones desde la *teoría del derecho constitucional*(1). La mencionada disciplina suele explicar la institución como una categoría dentro o de los derechos civiles (2) o de los derechos patrimoniales (3), ya que le pertenecen al hombre por el solo hecho de ser persona humana. En la concepción actual, los derechos civiles son considerados derechos naturales *exigidos por la justicia* (Zarini, 1996: 51) y el derecho de la propiedad, al decir de Adolfo Ziulu, ampara el uso y la disposición de todos los bienes, tanto materiales como inmateriales, que pueden o tienen posibilidad de integrar el patrimonio de una persona (4).

En este esquema, *la propiedad*, aunque no definida en la *Constitución Nacional*, es un derecho natural que la misma *reconoce, protege y garantiza* (Ziulu, 1997: 57). Desde aquí entonces se reconocen los titulares de la propiedad —personas humanas o de existencia ideal (Ziulu, 1997: 57)—, los sujetos pasivos de la propiedad —el Estado y los particulares (Ziulu, 1997: 57)—, y especialmente, se afirma el doble carácter de la propiedad en nuestro derecho, privada y social, ya que atiende al *interés de los particulares* y mira al *bienestar común* (Ziulu, 1997: 58).

Es posible acordar con Germán Bidart Campos que en torno al bienestar común, en el tratamiento académico existe una especie de trilogía encaminada a definir el contenido y alcance del bien común público, del bienestar general y del interés público (5), como bienes, valores y realidades materiales e inmateriales

(1) La Constitución recepta al mencionado derecho implícitamente en los siguientes artículos 14, 17 y 20 respectivamente, haciendo referencia al contenido, las defensas y los derechos de los extranjeros —en este caso, en relación al derecho de propiedad— respectivamente.

(2) Cfr. Zarini, Helio Juan (1996). *Constitución Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires: Astrea, p. 51.

(3) Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel (2007). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: LexisNexis, p. 143.

(4) Cfr. Ziulu, Adolfo Gabino (1997). *Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Depalma. T. I. p. 260.

(5) Cfr. Bidart Campos, Germán J. (2007). *Nociones constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*. Buenos Aires: Ediar, p. 196.

que rinden utilidad y provecho al conjunto de personas que integran la totalidad de una sociedad política. Es público entonces, porque no es exclusivo o propio de alguna o ciertas personas, sino de la generalidad del grupo (Bidart Campos, 2007: 196). Así comprendido, en indudable opinión de Alfonso Santiago, el bien común se posiciona y erige como fin de toda la comunidad humana (6).

Sobre lo antedicho, se reconoce que no se admite en nuestra *Nación* un derecho de propiedad *absoluto e ilimitado*. El derecho de propiedad se encuentra sometido a las reglas y limitaciones que son indispensables tanto para el orden social como para el bien común (Zarini, 1996: 58). De aquí entonces que la propiedad privada reconozca las mencionadas limitaciones (Zarini, 1996: 58) que tienen como objeto el *interés privado* (*derecho privado* y especialmente el *Código Civil*) y aquellas que tutelan el interés público (*derecho administrativo*) (Zarini, 1996: 58). Esto sin dejar de reconocer las garantías que ofrece el derecho de propiedad en nuestro país, a fin de evitar entre otras cosas, que el Estado se apropie de los bienes de las personas (Gelli, 2014: 264). En definitiva, digamos que el principio en nuestro derecho constitucional es la protección de la propiedad, por ello es que solo puede privarse de ella por causa de utilidad pública —mediando la correspondiente indemnización— y por alguna razón fundamental que sea excepcional y perfectamente fundada (7).

Se reconoce además que los derechos reales, los derechos crediticios o personales, los derechos patrimoniales regidos por el derecho administrativo, los derechos de transmisión de bienes por causa de muerte, los derechos de propiedad intelectual, industrial y comercial, la propiedad de la tierra, y los denominados derechos adquiridos —hoy constitucionalmente considerados y protegidos— conforman los más importantes derechos concretos que integran el concepto de propiedad (Ekmekdjian, 1997: 143-144).

II. Consolidación histórica del Derecho de Propiedad en nuestro país

La *Constitución Nacional* viene consagrando de manera *originaria* el sistema *liberal* de expresión y respeto por la libertad y la dignidad de la persona (8). Así, se declaran en su seno tanto los derechos como las facultades que el *Estado* debe reconocer a todos los habitantes del país (Gelli, 2014: 264), que se consolidan por

(6) Cfr. Santiago, Alfonso (h) (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aire: Marcial Pons, pp. 90 y ss.

(7) Cfr. Clerc, Carlos Mario (1994). *La posesión de cosas muebles*. Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. N° topográfico 253.231/1994. 1.7 (TD).

(8) Cfr. Gelli, María Angélica (2014). *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley. T. I. p. 83.

ser, en feliz explicación de María Angélica Gelli, origen en los constituyentes de 1853/1860, que aceptaron sin dudar por aquel entonces que eran estos *derechos naturales e inalienables del ser humano* (Gelli, 2014: 264).

En las *bases de Alberdi* se encuentran los motivos y la necesidad de la defensa y protección de la *propiedad privada*:

“Nuestro derecho colonial no tenía por principal objeto garantizar la propiedad del individuo sino la propiedad del fisco. Las colonias españolas eran formadas para el fisco, no el fisco para las colonias. Su legislación era conforme a su destino: eran máquinas para crear rentas fiscales. Ante el interés fiscal era nulo el interés del individuo. Al entrar en la revolución hemos escrito en nuestras constituciones la inviolabilidad del derecho privado, pero hemos dejado en presencia subsistente el antiguo culto del interés fiscal (...). Es menester otorgar garantías de que esto será reformado, y de que las palabras de la Constitución sobre el derecho de propiedad se volverán realidad práctica por leyes orgánicas y reglamentarias, en armonía con el derecho constitucional moderno (9)” (Alberdi, 2007: 125).

De aquí entonces en que los autores reconozcan que las bases garantizan la protección de los derechos de los individuos frente al fisco (10).

Y de aquí también puede derivarse y concluirse al fin porque autores como Olsen Ghirardi postulan seriamente un fundamento de derecho natural en Alberdi que se advierte tan clara como grandilocuentemente (Ghirardi, 1997: 48). Es que de las obras del recordado mentor de la *Constitución Nacional* se desprenden fundamentos para conformar la razón colectiva de la humanidad, para afirmar las necesidades sociales, y para fundamentar la asociación: en palabras del propio Ghirardi: “el ser del hombre y su destino, el ser social y sus necesidades; el ser de la humanidad y su razón colectiva”. A estas palabras, Julio César Castiglione agregará el significado del derecho que en el espíritu de *Alberdi* se identifica con la concreción de la moral en la conducta humana (11). En fin, siempre es importante recordar que la primigenia escuela platense de derecho se ha esforzado por demostrar con énfasis que el concepto y alcance de la propiedad, en la órbita del

(9) Cfr. Alberdi, Juan Bautista (2007). *Bases*. Buenos Aires: Terramar, p. 125.

(10) Cfr. García Belsunce, Horacio A. (2003). *El derecho constitucional en las bases, AA.VV., Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*. Córdoba: ANDCSC-Advocatus. T. I. p. 263.

(11) Cfr. Castiglione, Julio César (2002). *La filosofía y el derecho en el fragmento preliminar de Alberdi*. AA.VV., *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*. Córdoba: ANDCSC-Advocatus. T. II. p. 98.

derecho constitucional, aun teniendo en cuenta la base romanista, es típicamente *alberdiana*, lo que es equivale a decir que es esencialmente liberal (12).

La propiedad así se erige en la *carta magna* como uno de los derechos personales clásicos de la democracia liberal, lugar donde reposa su protección indudable (Gelli, 2014: 261), encontrando asidero esencialmente en tres artículos indispensables para su desarrollo: el 14, referido al derecho de todos los habitantes a *usar y disponer de su propiedad*; el 17, que consagra la inviolabilidad de la propiedad, y el 20 finalmente, que otorga el derecho a los extranjeros de *poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos* (13).

II.1. El proceso de codificación en nuestro país y el derecho de propiedad

El profesor Víctor Tau Anzoátegui enseña de manera inmejorable que la codificación decimonónica en el mundo jurídico de tradición romano canónica constituyó una reforma trascendental (14). La misma no fue simplemente una renovación y reordenación de la técnica legislativa, sino que fue el inicio de una nueva concepción del derecho, motivada por los ideales de la revolución francesa, el respeto a los derechos individuales, en definitiva, una revolución jurídica nacida *al calor de un profundo y sólido movimiento europeo* (Tau Anzoátegui, 2008: 30). Las ideas jurídicas europeas, principalmente elaboradas en *Francia* y en *Alemania*, se convirtieron en guías esenciales para los demás países del mundo, entre ellos, la península ibérica y la *América Española*, que al no conformar un papel eminentemente protagónico en el nacimiento de las nuevas concepciones jurídicas “se limitaron a recibir, filtrar y matizar las nuevas ideas para aplicarlas a cada una de las realidades concretas” (Tau Anzoátegui, 2008: 30).

El por entonces nuevo derecho privado fue impregnado de cuatro nuevos caracteres: *sistematización, nacionalización, secularización* y el *positivismo de Estado* (Tau Anzoátegui, 2008: 31), y por ello el instrumento clave para su consolidación es el código racionalista que en palabras del citado historiador argentino, conforma la *encarnación suprema del ideal jurídico de la época* (Tau Anzoátegui, 2008: 31). En estas concepciones, la secularización y la autonomía de la razón humana son baluartes fundamentales que concretan vertiginosamente el nuevo derecho privado (Tau Anzoátegui, 2008: 32), por ello es en esa época en donde

(12) Cfr. Muñoz Drake, Juan Francisco (1937). *La evolución constitucional y el derecho de propiedad*. La Plata: AFCJS-UNLP. T. VIII, p. 694.

(13) Cfr. Peretti, Enrique (2014). *Ambiente y propiedad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 59.

(14) Cfr. Tau Anzoátegui, Víctor (2008). *La codificación en Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e ideas jurídicas*. Buenos Aires: Librería Histórica Emilio J. Perrot, p. 29.

se comienza por comprender al hombre como *constructor de su mundo y artífice de su destino*, a la vez que se alejan las concepciones que advertían que el hombre era un ente guiado por los *designios de la providencia* (Tau Anzoátegui, 2008: 33). Se prescinde entonces de fundamentos religiosos y metafísicos para la construcción de una nueva sociedad; se obra dentro de instancias racionalistas (derecho naturales fundamentado desde un dictamen de la razón) y empiristas, que entrelazan los derechos naturales con la legislación positiva, siendo el *contrato* la fuente más importante; existe una afirmación de la ilimitación de la libertad como una utopía, y entre otras características, un proceso de secularización de lo jurídico y también de lo moral, lo que genera un notable distanciamiento de ambas esferas (15).

En este marco, el *Código Napoleón* receptor de las nuevas ideas y modelo en el mundo, se enrola en una propuesta de una sociedad que reconoce y respeta los derechos individuales por sobre todos los demás, y por esa razón, es receptor de las ideas fisiocráticas, que aludían a que entre otras cosas, la riqueza de las naciones era una derivación del cultivo de la tierra que se desarrollaba bajo un sistema de propiedad privada amparado por la ley (16). El código civil francés, portador de los principios emergentes de la *filosofía de las luces*, trae consigo las nuevas ideas de libertad e igualdad de la *revolución francesa* (17), y por ello desde el punto de vista sociológico, funda una nueva sociedad en torno a los valores predominantes de la burguesía como el liberalismo económico y el conservadurismo social (Cabrillac, 2004: 184), aspectos desde los cuales la defensa a la propiedad privada se alza como un estandarte fundamental. De esta manera el *código* instaura la supremacía del individuo, su igualdad ante la ley independientemente de su condición social y de su libertad, siendo entonces los pilares básicos de su sistema entre otros:

- a) La libertad contractual, y
- b) El carácter absoluto del derecho de propiedad (18).

(15) Cfr. Leocata, Francisco (2003). *Las ideas iusfilosóficas de la ilustración*, AA.VV., *La codificación: raíces y prospectiva*. Buenos Aires: Educa. T. I. p. 76.

(16) Cfr. Mazzinghi, Jorge A. (2003). *El código Napoleón*, AA.VV., *La codificación: raíces y prospectiva*. *El Código Napoleón*. Buenos Aires: Educa. T. I. p. 35.

(17) Cfr. Cabrillac, Rémy (2004). *El código francés e Hispanoamérica*, AA.VV., *La codificación: raíces y prospectiva*. *La codificación en América*. Buenos Aires: Educa, T. III, p. 183 y ss.

(18) Cfr. Montilla Zavalía, Félix Alberto (2005). *La iglesia católica ante la codificación normativa*, AA.VV., *La codificación: raíces y prospectiva*. *¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?* Buenos Aires: Educa, p. 412.

II.2. La propiedad privada en la Doctrina de la Iglesia

La doctrina de la Iglesia viene sosteniendo al menos cuatro principios esenciales en el desarrollo del derecho de propiedad, al que considera un problema central en el transcurso de la vida en sociedad (19). De esta manera, desde la institución se reconoce:

- a) *Un destino universal de los bienes*, principio que afirma que los bienes creados son de absoluta propiedad de Dios, pero están destinados *al uso de todos los hombres y de todos los pueblos* (Palma, 2001: 4);
- b) El principio de *legitimidad de la propiedad privada*, inclusive teniendo en cuenta los *bienes de producción*, considerado como un *derecho natural*, emergente de la propia *naturaleza* (Palma, 2001: 7);
- c) La *función social de la propiedad*, reflejada a través de los deberes que impiden que su ejercicio sea fuente de injusticia desde el principio que ordena que *la posesión justa de las riquezas se distingue del uso justo de las mismas* (Palma, 2001: 13) y
- d) Legitimidad del principio que sostiene la propiedad pública cuando es necesario, pudiendo coexistir ésta con la propiedad privada (Palma, 2001: 20).

Sobre lo antedicho, debo decir que efectivamente se advierte una fuerte defensa de la propiedad privada en las encíclicas *Rerum Novarum* de León XIII (20), *Mater et Magistra* (21) y *Pacem in Terris* (22) de Juan XXIII, *Quadragesimo Anno*

(19) Cfr. Palma, Jorge A. (2001). *Propiedad Privada (Colección Doctrina Social de la Iglesia)*. Rosario: UA, p. 3.

(20) Cfr. León XIII (2005). *Rerum Novarum. Encíclica sobre la cuestión obrera*. Buenos Aires: Ediciones Paulinas, p. 11. En párrafo indispensable se lee lo siguiente: "Se deduce (...) que la propiedad privada es claramente conforme a la naturaleza (...)".

(21) Cfr. Juan XXIII (1961). *Mater et Magistra*. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html El punto 109 dice: "(...) el derecho de propiedad privada, aún en lo tocante a bienes de producción, tiene un valor permanente, ya que es un derecho contenido en la misma naturaleza, la cual nos enseña la prioridad del hombre individual sobre la sociedad civil, y, por consiguiente, la necesaria subordinación teológica de la sociedad civil al hombre".

(22) Cfr. Juan XXIII (2003). *Pacem in Terris. Carta encíclica sobre la paz en la tierra*. Buenos Aires: Ediciones Paulinas, p. 13. "De la naturaleza humana brota también el derecho a la propiedad privada sobre los bienes (...)".

de Pío XI (23), y *Centesimus Annus* de Juan Pablo II (24), esta última con una impecable crítica al sistema actual que incluye a la propiedad dentro del mercado de consumo (25) (Juan Pablo II, 2006: 80). En la actualidad, es Francisco I quien en la encíclica *Laudatio Si'* (26), recuerda que la Iglesia siempre ha defendido la propiedad privada, pero entendiendo que la misma grava una *hipoteca social* para que los bienes sirvan al destino general que Dios ha previsto para ellos (Francisco I, 2015: 74). Por ello, el santo padre afirma que la tradición cristiana nunca reconoció al derecho de propiedad privada como absoluto e intocable, sino que debe el mismo comprenderse dentro del esquema de la *función social* (Francisco I, 2015: 73). En sus propias palabras: “El principio de la subordinación de la propiedad privada al destino universal de los bienes y, por tanto, el derecho universal a su uso es una ‘regla de oro’ del comportamiento social y el ‘primer principio de todo el ordenamiento ético-social’” (Francisco I, 2015: 73).

El derecho de propiedad así comprendido se relaciona directamente con el fin del *bien común*. Las exigencias del bien común se proyectan en tres dimensiones; una *jurídica*, que señala a cada uno la parte de dominio que le corresponde sobre determinado bien (Palma, 2001: 11); una *económica*, que es generadora de trabajo y que incentiva a la incesante capacidad productiva (Palma, 2001: 11) y finalmente, la dimensión *política*, que constituye una condición indispensable de la

(23) Cfr. Pío XI (1931) *Quadragesimo Anno*. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html Dos párrafos llaman la atención: Punto 44: “Y para entrar ya en los temas concretos, comenzamos por el dominio o derecho de propiedad (...) nuestro predecesor, de feliz recordación, defendió con toda firmeza el derecho de propiedad contra los errores de los socialistas de su tiempo, demostrando que la supresión de la propiedad privada, lejos de redundar en beneficio de la clase trabajadora, constituiría su más completa ruina contra los proletarios, lo que constituye la más atroz de las injusticias (...); Punto 45: “Ante todo, pues, debe tenerse por cierto y probado que ni León XIII ni los teólogos que han enseñado bajo la dirección y magisterio de la Iglesia han negado jamás ni puesto en duda ese doble carácter del derecho de propiedad llamado social e individual, según se refiera a los individuos o mire al bien común, sino que siempre han afirmado unánimemente que por la naturaleza o por el Creador mismo se ha conferido al hombre el derecho de dominio privado, tanto para que los individuos puedan atender a sus necesidades propias y a las de su familia, cuanto para que, por medio de esta institución, los medios que el Creador destinó a toda la familia humana sirvan efectivamente para tal fin, todo lo cual no puede obtenerse, en modo alguno, a no ser observando un orden firme y determinado”.

(24) Cfr. Juan Pablo II (2006). *Centesimus Annus. Carta encíclica en el centenario de la “Rerum Novarum”*. Buenos Aires: Ediciones Paulina, p. 64 y ss.

(25) Dice: “No es malo el deseo de vivir mejor, pero es equivocado el estilo de vida que se presume como mejor, cuando está orientado a tener y no a ser, y que quiere tener mas no para ser más, sino para consumir la existencia en un goce que se propone como fin en sí mismo”.

(26) Disponible en: http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_sp.pdf

libertad civil que entre otras cosas, impide la concentración de bienes únicamente en manos del Estado (Palma, 2001: 12).

Puede deducirse entonces que de los principios mencionados se deriva una ampliación del campo de ejercicio de la libertad (Palma, 2001:9), se permite un mejor rendimiento del patrimonio (Palma, 2001: 10) generándose una mayor cantidad de bienes (Palma, 2001: 11), brindando mayor seguridad y facilitando el orden y la paz social (Palma, 2001: 11). De esta manera, la propiedad se justifica moralmente cuando alcanza a crear oportunidades de trabajo y de crecimiento humano para todos (Palma, 2001: 14), pudiendo su uso ser *individualista* o *comunitario*, ya sea ejercido en el propio provecho o priorizando la satisfacción del *bien común* (Palma, 2001: 17).

Finalmente, recordemos que frente a la propiedad privada, el Estado debe protegerla y fomentar su difusión, establecer un régimen jurídico de la misma y conformar un régimen de gestión de la administración de los bienes comunes (Palma, 2001: 22). Así, si se atienden los postulados concretos descriptos, la propiedad privada será manifestación de la dignidad personal del hombre, que proyecta una superioridad y dominio sobre los bienes terrenos, a través de cuya posesión el mismo sirve a los demás evitando así, un camino hacia el egoísmo en contra de lo ordenado por la misma naturaleza (Palma, 2001: 43).

II.3. Apreciaciones *iusfilosóficas* de la propiedad. Posiciones de Michel Villey y de Juan Berchmans Vallet de Goytisoló

Michel Villey (27) y Juan Vallet de Goytisoló (28) brindan interesantes consideraciones acerca de la importancia de la propiedad considerada ya como elemento de la *iusfilosofía*. Los análisis efectuados por los autores a la hora de describir sus pensamientos son más que relevantes a la hora de justificar al final, la presente investigación.

Villey comienza por cuestionar que no entiende que pueda existir el orden jurídico sin la propiedad, por cuanto como primera medida desde el derecho se la define como papel de *atribuir a cada uno lo suyo* (1981: 95). Pero el autor advierte que la propiedad es el lugar donde se observa la tensión entre la *libertad* y la *igualdad*. Para alcanzar alguna respuesta satisfactoria, se debe partir de la premisa del confornte, del enfrentamiento entre el concepto moderno y el concepto antiguo de la propiedad (Villey, 1981: 96).

(27) Cfr. Villey, Michel (1981). *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Buenos Aires: Ghersi Editor, pp. 95 y ss.

(28) Cfr. Vallet de Goytisoló, Juan Berchmans (1973). *Panorama de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, pp. 147 y ss.

Antes de proyectar el fantástico análisis villeyano de la propiedad, es preciso y necesario ubicar a la misma dentro de la categoría correspondiente de derechos humanos según la adecuada interpretación de José Castán Tobeñas (29). El recordado autor español nos ilustra acerca de las clásicas y antiguas clasificaciones de los derechos humanos, que han agrupado, en la parte que aquí interesa, a los *derechos individuales* en *dos grupos*: a) los de *igualdad civil* y b) los de *libertad individual* (1976: 26).

Al referirse a la *igualdad civil* se propugna una igualdad ante la *ley*, ante la *justicia*, ante los *cargos* y las *cargas públicas* (Castán Tobeñas, 1976: 26). Los *derechos de la libertad* en cambio reconocen tanto aquellos que miran a los *intereses morales*, como la *libertad de conciencia*, *de opinión*, *de reunión*, *de asociación*, *de enseñanza* y *de petición* como aquellos que dirigen la atención hacia los *intereses materiales* como la *libertad personal*, *el derecho de propiedad*, *la libertad de trabajo* y *de ejercicio de industria y comercio* y *las inviolabilidades de la correspondencia y del hogar* (1976: 26).

II.4. El concepto moderno de propiedad

Según el *concepto moderno*, engendrado por el *individualismo moderno* (30) (Villey, 1981: 97), la propiedad es un atributo de la persona, correspondiente al *derecho subjetivo*; una facultad, un poder, un permiso para realizar ciertos actos físicos con referencia a una cosa determinada (1981: 97). En esta tendencia, que posiciona altamente al derecho subjetivo, la propiedad es el corolario de la libertad o un necesario instrumento para su ejercicio (1981: 97). De ahí que surjan los poderes reconocidos a los propietarios emanados de la libertad como los de *usar*, *gozar* y *disponer* de la *propiedad*; la posibilidad de tomar los *frutos del capital*; la *especificación* de los atributos del ejercicio de los poderes como el *carácter exclusivo*, el *carácter absoluto* y la *perpetuidad*; la exaltación de la *independencia del poder del propietario* en relación a los particulares y al Estado a través de la elaboración de las doctrinas de las fuentes naturales de la propiedad y de los modos de adquisición llamados *originarios*, entre otros caracteres sobresalientes (1981: 98). Autores dispares como Grocio (31) (1981: 98), Hume (32) (1981: 99), Locke (33) (1981: 99),

(29) Cfr. Castán Tobeñas, José (1976). *Los derechos del hombre*. Madrid: Reus, pp. 26 y ss.

(30) El autor aclara que estas premisas sugieren un pensamiento moderno del derecho, que lo piensa y explica a partir de la función del individuo, *dotado de poderes por el orden jurídico*.

(31) Se refiere al mito de la primera ocupación que da derecho al hombre que ha ocupado primeramente la cosa.

(32) Hume expone la explicación psicológica de la conversión natural de la situación del poseedor en propiedad.

(33) El autor expone la tesis de la adquisición de la propiedad por el trabajo.

Wolff y Kant (34)(1981: 99) entre tantísimos otros, terminan por justificar a través de diferentes posiciones que la propiedad es un derecho del hombre inviolable y sagrado, sancionado por el *Estado* que reconoce su existencia en el derecho natural (1981: 99). De esta forma, se generaliza el régimen de la propiedad, y mientras que en el derecho francés se reserva el alcance de la palabra únicamente para los derechos reales que se refieren a las cosas, el *iusnaturalismo* saca el máximo provecho extendiendo el concepto de propiedad sobre uno mismo, sobre el propio cuerpo, la esfera del libre arbitrio, *etcétera* (Villey, 1981: 99).

La *crítica* a este concepto moderno de propiedad se refiere a que la teoría es en sí misma irrealizable. Al aspirar a la justicia ideal de que todos los hombres alcancen por igual la propiedad, se genera la desigualdad ya que no todos pueden alcanzar el estándar sugerido por el individualismo (Villey, 1981: 101). Autores como Mably, Rousseau, Proudhon, Marx, se alzan contra esa moderna y particular consideración del derecho de propiedad atacando al eje, pero no así al propio concepto de propiedad, que siempre ha sido concebido como un *derecho subjetivo corolario de la libertad* (Villey, 1981: 102).

Con el arribo del *positivismo*, sucesor del *iusnaturalismo moderno*, una nueva escuela se convierte en fuente de la propiedad, ya que *un trazo de pluma del legislador es suficiente para hacer culminar los poderes del propietario* (Villey, 1981: 103). La propiedad entonces no pierde poderes, lo que hace es extender su aplicación a la esfera pública a través de las transformaciones del régimen de producción, los procesos de nacionalización de empresas y de tierras, desarrollo de espacios verdes, de parques de interés nacional entre otras formas de propiedad (Villey, 1981: 103).

II.5. El concepto clásico de propiedad

Genéticamente concebido en *Roma*, el término *proprietas* tiene significancias muy diferentes a las relacionadas con el moderno concepto de propiedad recientemente analizado (Villey, 1981: 105). El término aludido, emparentado con la noción de dominio, hace alusión en un sentido estricto al objeto de lo que hoy se denomina *nuda propiedad (el beneficio de una cosa aprovechado por dos personas, el usufructuario y el propietario)* (Villey, 1981: 106). Ya en sentido amplio, la propiedad es la *cualidad que una cosa tiene de pertenecer a alguien de manera privada* (1981: 106). La propiedad en *Roma*, *no es el atributo de una persona, sino la cualidad de una cosa* (1981: 106). Y por esta razón es que no existe la descripción de la esencia del poder del propietario sino la carga del dominio (1981: 107);

(34) Los autores exponen a la propiedad como una condición necesaria para *la perfección de la naturaleza del individuo*.

por ello no se posiciona el *jus utendi* del propietario, porque es un derecho que beneficia al usufructuario, implicancia de la situación de quien tiene la propiedad de una cosa: que tenga poder sobre ella no le permite destruirla o abusar de ella (1981: 108), ya que ni el concepto romano de propiedad ni de *dominium* implican un poder arbitrario (1981: 108). Digamos además que hay una simple fracción de cosas que únicamente son apropiables en Roma, y las prerrogativas del propietario estaban sutilmente modeladas conforme a las cualidades de esas propias cosas (1981: 111). No hay libertad sobre uno mismo, sobre el propio cuerpo, sobre la libertad en el ejercicio de actividades, ya que únicamente el reparto romano se refiere a los bienes exteriores (1981: 112). Para Villey, el concepto de propiedad del derecho romano era más realista; *no centraba su atención ni en el idealismo ni en el individuo, sino en la realidad social que se refiere al reparto de los bienes en el grupo*. En fin, se conforma así un concepto mucho más restringido que el que postula el derecho moderno (1981: 112). En su concepto, el autor opta por enaltecer el sistema romano clásico de propiedad en lugar de criticarlo (1981: 112), porque advierte que es el único concepto que responde a las dos exigencias de *libertad* y de la *igualdad* (1981: 113).

En Roma, se recepta la libertad a través de la explicación del fin del derecho: “que cada uno tenga lo suyo, *suum cuique*, su parte propia bien determinada”. Pero esa libertad tiene límites, no cae en el exceso producido por “la torpeza de los pensadores modernos que se abstrae de la dimensión social del hombre”. Roma da al hombre la libertad, pero en su justa medida, no es ni ilimitada ni arbitraria tal como se perpetúa en las tramposas declaraciones de los derechos del hombre (Villey, 1981: 114). Nuestra auténtica libertad —afirma Villey— no es ni absoluta ni universal (1981: 114), ya que la libertad, que postula el derecho, referida a la posesión propia de los bienes exteriores no es para todos (1981: 114). Es útil, bueno y necesario que existan comunidades, cosas comunes, cosas públicas, y que el régimen de la propiedad *no sea generalizado* (1981: 114).

También Roma hace honores a la igualdad. La misma es una búsqueda de la justicia (Villey, 1981: 114), aunque tampoco es absoluta como la plantean los idealistas modernos. Hay ámbitos donde todos somos *aritméticamente iguales* como por ejemplo en nuestra vida espiritual, ante *Dios*, pero no así en la propiedad de los bienes exteriores. La igualdad del derecho romano es la geométrica, que atribuye a cada uno lo suyo en la proporción de sus méritos o sus necesidades o la función que ocupa en la sociedad, sin dejar de tener en cuenta otros diversos factores (Villey, 1981: 115). Las doctrinas políticas antiguas intentaron prevenir una notable desproporción entre las fortunas de los ciudadanos, pero aceptaban la existencia de ricos y pobres (Villey, 1981: 115), y así, de esta manera:

“La igualdad así comprendida admite perfectamente bien que el hombre trabajador se enriquezca más rápido que el borracho. Tiene en cuenta las diferencias que existen naturalmente entre los hombres dentro de un organismo social. Si no se respetan esas diferencias no puede existir propiedad. Solo este tipo de igualdad, que es proporcional, se concilia con la libertad. Las dos nociones, siempre rivales, dejan de ser incompatibles” (Villey, 1981: 115).

Los análisis expuestos por Villey son en general compartidos por nuestro maestro *Juan Vallet*, en cada oportunidad en donde le sirven de fuente para el estudio y la propuesta constante de nuevas consideraciones acerca del derecho. En el caso en estudio, Vallet además desvía el foco de atención hacia otros lugares inexplorados por Villey. Agreguemos a todo lo antedicho entonces que el eminente notarialista hispano recuerda que la propiedad privada es una institución del derecho natural (35) que se apoya sólidamente tanto en la *personalidad individual* como en la *utilidad social* (Vallet, 1968: 148). La considera una de las mayores garantías de libertad, en contra de la propiedad plena del Estado que es la fórmula *más totalitaria de dominación del poder público* (Vallet, 1968: 149).

Al momento de tratar la definición de la propiedad, trae al análisis los conceptos del individualismo (suma de facultades), pero también desarrolla la definición como una plenitud de señorío de una persona con la cosa, “*o como un núcleo centrípeto y elástico del poder del hombre sobre la cosa*” (Vallet, 1968: 153), que determina las diversas facetas que presenta la institución (Vallet, 1968: 154). Y en cuanto a las limitaciones, considera Vallet (1968: 155) que pueden clasificarse de acuerdo a su finalidad. Así existen:

- a) Las limitaciones en contra de la concepción individualista de la propiedad que son las que tienden a proteger la propiedad familiar (1968: 155);
- b) Las limitaciones contra la *absolutibilidad* que son las que propician instituciones tales como el *abuso del derecho* (1968: 156);
- c) Las limitaciones *contra la falta de contacto del propietario con la cosa*, caso del propietario que no explota la cosa de modo directo y personal siendo en cambio el arrendatario quien realiza la mencionada explotación del mismo modo directo y personal (1968: 156), y
- d) Limitaciones desde el *aspecto económico*, como las cargas fiscales o los aumentos de la tributación, que no afectan directamente la esencia del dominio, pero si lo afectan materialmente desde afuera (1968: 156).

(35) Vallet De Goytisolo, Juan Berchmans. *Panorama de Derecho Civil*, ob. cit., p. 147.

II.6. Correlación directa de los postulados *iusfilosóficos* con el derecho privado. Principios e imprecisiones terminológicas

Las apreciaciones confirmadas desde la *iusfilosofía*, permiten corroborar que el derecho privado de naturaleza románica se inclina hacia el mismo sentido y dirección y no solo en los aspectos atinentes al derecho a la protección de la propiedad privada, sino en todos los derechos inalienables a la condición humana. En los últimos tiempos, los magníficos aportes de Jorge Mosset Iturraspe (36), Ricardo Lorenzetti (37), Félix Trigo Represas (38) y Rodolfo Vigo (39) por citar solo algunos ejemplos, dan prueba cabal y consistente de que el derecho privado nacional se encuentra en íntima relación con los preceptos emanados de la *Constitución Nacional*.

En relación al derecho de *propiedad*, los autores en general se refieren, tan siquiera parcialmente, a los modos de considerar la propiedad desde el derecho romano (posición sobre la cosa) o desde el individualismo (consolidación desde los derechos de las personas). En este sentido, Ripert y Boulanger advierten que el derecho de propiedad, con origen en el derecho romano, no constituye un único poder, sino un conjunto de poderes (40) cuyo ejercicio determina los principios de la *ilimitación* (Ripert, 2007: 89), la *exclusividad* (Ripert, 2007: 92) y la *perpetuidad* (Ripert, 2007: 93). En idéntica orientación en *México* se orienta Rojina Villegas (2014: 78 y ss.) y en nuestro país un buen punto de partida para aprender las mencionadas manifestaciones lo constituye la obra de Salvat (1962: 6 y ss.). Agreguemos a esto el aporte de González Barrón (2013: 797), que desde *Perú* además nos advierte que la propiedad se integra con una serie de situaciones entrelazadas entre sí: “una serie de libertades, una serie de poderes normativos, un derecho a no ser intervenido en el uso y disfrute de la cosa y una inmunidad referida al *status* normativo de la cosa que no puede ser alterado por los demás” (2013: 798). Todo lo expuesto hace pensar, enseña Lafaille (2012: 3), que la propia expresión *propiedad* es utilizada en sentido muy extenso, ya que abarca todos los derechos

(36) Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge (2011). *Derecho civil constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

(37) Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis (2006). *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 290 y ss.

(38) Cfr. Trigo Represas, Félix A. (2003). “La persona humana y sus derechos fundamentales en la Constitución Nacional de 1853 y el derecho civil”, en: AAVV., *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*. Córdoba: ANDCSC-Advocatus, T. II. pp. 28 y ss.

(39) Cfr. Vigo, Rodolfo Luis (2005). *De la ley al derecho*. México: Porrúa; y, (2013). *Constitucionalización y judicialización del derecho (Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional)*. México: Porrúa.

(40) Cfr. Ripert, Georges y Boulanger, Jean (2007). *Tratado de Derecho Civil (Según el tratado de Planiol)*, trad. García Daireaux, Delia Sup. Llambías, Jorge Joaquín. Buenos Aires: La Ley, T. VI. pp. 88.

patrimoniales y también todos aquellos que no se confunden con la persona. Esto explica que en materia de principios, por ejemplo, se suela referir al principio de *amplitud de la propiedad*, que explica que la misma era la potestad más amplia que se podía tener sobre una cosa (41).

En este panorama, el derecho romano es el *abanderado del derecho del propietario*, ya que sólo únicamente el propietario puede extinguir su derecho sobre la cosa a través de un acto emanado de su propia voluntad, lo que implica considerar por contrario que nadie puede transmitir lo que no es suyo (42). Sin embargo en derecho, el problema de la apertura de las instituciones a diversas situaciones que contemplan un amplio uso de las figuras en general, comienza por reflejar algunas dudas provenientes, inicialmente, de la cuestión terminológica.

III. La propiedad y el dominio

En nuestro país, los conceptos de propiedad y de dominio siempre se han confundido, a través de autores motivados por aclarar ciertas imprecisiones etimológicas o consideradas desde una inadecuada cita de fuentes de origen, como así también por una sencilla —y hasta *más cómoda*— utilización de los términos como sinónimos. No debemos dejar de pasar por alto que en la clásica enciclopedia jurídica *Omeba*, la voz *propiedad* remite para su tratamiento a la voz *dominio* (43).

De esta manera, Llambías nos recuerda que no debe confundirse la propiedad como género del dominio como especie de ese género (44). En el mismo sentido, Lafaille y Jorge Alterini (2013: 4) precisan que el vocablo propiedad es omnicomprendivo de todos los derechos subjetivos de contenido patrimonial, mientras que el dominio es el derecho real mediante el cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad de una persona o una cosa. En interpretación similar se inclina Clerc, aclarando además que todo esto es así porque en Roma no existía una palabra que sintetizara, el concepto jurídico de dominio tal cual hoy lo conocemos, ya que en épocas de esplendor del derecho romano el término *propietas* es el que llega a

(41) Cfr. Rabinovich-Berkman, Ricardo D. (2006). *Principios generales del derecho latinoamericano*. Buenos Aires: Astrea, p. 179.

(42) Cfr. Clerc, Carlos Mario (1994). *La posesión de cosas muebles* (TD). Buenos Aires: Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, n° topográfico 253.231/1994, pp. 1-7, pto. 1.4.

(43) Cfr. Goldstein, Mateo (1993). *Dominio*. Buenos Aires: Enciclopedia Jurídica OMEBA, Driskill. T. IX. pp. 325.

(44) Cfr. Llambías, Jorge Joaquín (1991). *Tratado de Derecho Civil-Parte General*. Act. Raffo Benegas, Patricio. Buenos Aires: Perrot, T. II. p. 205.

consolidarse como más común (45). De ahí que existan algunos autores que distinguan los conceptos de propiedad y dominio mientras que otros afirmen que los mismos deben ser utilizados como sinónimos (Clerc, 1984: 51). En resumen, en apretada síntesis se expone que la palabra *propiedad* en la *Constitución Nacional* es comprensiva tanto del concepto de *patrimonio* como también de *todos los derechos apreciables en dinero que una persona puede tener fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad*, mientras que en el código civil la misma palabra es utilizada como sinónimo de *bien, derecho real y derecho real de dominio* (46).

En efecto, el *Código de Vélez* se regula el derecho real de dominio, sin embargo, el propio codificador utiliza las voces dominio y propiedad indistintamente (Clerc, 1984: 52). El nuevo Código Civil y Comercial omite brindar una definición del dominio como género, y solo se limita a dar un concepto de dominio perfecto, contracara del dominio imperfecto (47). Si bien queda relativamente claro que la voz propiedad es más amplia y que la voz dominio debe orientarse pura y exclusivamente a la consideración de los derechos reales, parte de la doctrina actual aun sigue considerando el tema con un tratamiento idéntico, advirtiendo dentro del análisis de derecho de dominio, las bondades del más amplio *derecho de propiedad que puede tenerse sobre una cosa* (Malizia, 2014: 329). En efecto, aun siguen los autores *explayándose* acerca de la cuestión intercambiable de los términos. En el caso de María Angélica Gelli, la autora nos dirá que: “en el derecho civil argentino, la propiedad se identifica con el dominio —perfecto o imperfecto— y sus desmembramientos; se la caracteriza con las notas exclusivas de exclusividad y perpetuidad; y se establece que es inherente a la propiedad el derecho a poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular” (2014: 262-263).

II.1. Los límites a la propiedad y la comprensión del ambiente

Ha pasado un tiempo prolongado desde que la literatura latinoamericana de excelencia encabezada por Eduardo Galeano comenzara por poner de manifiesto la importancia del ambiente como medio de desarrollo tanto del hombre como

(45) Cfr. Clerc, Carlos Mario (1984). *El derecho de dominio y sus modos de adquisición*. Buenos Aires: Ábaco, p. 50.

(46) Cfr. Navas, Raúl (h) (1999). *Derechos reales de propiedad, uso y goce*. Buenos Aires: Oxford, p. 84.

(47) Cfr. Malizia, Roberto (2014). “Del dominio”, en: Julio César Rivera y Graciela Medina (dir.), Mariano Esper (coord.), *Código Civil y Comercial de La Nación. Comentado*. Buenos Aires: La Ley, T. V. 2014, p. 328.

del ser vivo en general (48). Desde esa posición inicial, fue la literatura una herramienta fantástica para comprender que el ambiente se estaba deteriorando por la acción despiadada del hombre, y que ello implicaba al menos el reconocimiento de su responsabilidad, que ya no era cuestión solo de los grandes agentes contaminantes, sino de todo el mundo. Pero el elogio de la responsabilidad del hombre en su individualidad se ponía de resalto al advertir que si en definitiva, *todos somos responsables de la ruina del planeta, nadie en definitiva lo es*, y por ello es que las consecuencias negativas en relación al ambiente tienen que necesariamente ser individualizadas, para que los culpables de su deterioro sean identificados y no sean comprendidos dentro de una generalidad que los absuelve (Galeano, 1997: 9). Algunos años después y desde la misma posición, sería el mismo autor quien prudentemente sugería a la Iglesia que dictara —desde el inmejorable ensayo titulado *el derecho al delirio*—, un último mandamiento olvidado por Dios, que entre otras líneas, debería expresar lo siguiente: *“Amarás a la naturaleza, de la que formas parte”* (49).

Tan relevante se ha vuelto el desarrollo y la comprensión del ambiente para el hombre, que ha sido el jurista uno de los primeros científicos en decidirse a estudiarlo y a comprenderlo desde su total magnitud. Por estos tiempos, una reciente y acreditada obra pone de manifiesto la importancia que en el nuevo Código Civil y Comercial reviste la relación entre la propiedad y el ambiente (Peretti, 2014: 164). Sin embargo, esta situación no puede descartar que mucho antes en el tiempo, los profesores enrolados en disciplinas como las agrarias o las relativas al derecho de la minería y energía venían advirtiendo con cierta insistencia en que la cuestión ambiental es un tema que merece especial y principal atención, aunque por aquellos entonces la tutela efectiva del mismo haya reconocido objetos y direcciones diferentes.

En efecto, el ambiente no fue siempre considerado como un elemento jurídico supremo que por su importancia, debería otrora merecer un tratamiento elemental (un derecho humano). Es así que mucho antes de la reforma constitucional del año 1994 —que introduce dentro de los nuevos derechos a la cuestión ambiental—, se entendía que el ambiente era una porción de la realidad que desde lo físico, contenía al suelo, el clima y el agua; desde lo biológico a las plantas y los animales; desde el factor social, era el medio que contenía al hombre, la familia y la comunidad rural por sobre todas las cosas y desde los factores económicos, al

(48) Cfr. Galeano, Eduardo (1997). *Úselo y tírelo. El mundo del fin del milenio visto desde una ecología latinoamericana*. Buenos Aires: Planeta, p. 9.

(49) Cfr. Galeano, Eduardo (1998). *Patás Arriba. La escuela del mundo al revés*. Buenos Aires: Catálogos, p. 344.

trabajo, la técnica y el capital productivo (50). Por aquellos entonces no era relevante el estudio del ambiente en sí, sino que su mención se tornaba conveniente al solo efecto de la consolidación de la autonomía científica de las disciplinas agrarias y mineras especialmente. La reforma constitucional trajo aparejada la idea de que el ambiente hace referencia al espacio natural que rodea la vida del hombre y de todo ser viviente favoreciendo la existencia y el desarrollo en las mejores condiciones, y por ello, tanto el suelo, como el agua, la tierra y la biosfera merecen una especial protección jurídica precisamente porque en razón de esa comunidad de factores es que existe y acontece la vida del hombre (51). Comienza a valorarse *mercidamente* la cuestión ambiental (52), y en razón de ello es que la *Carta magna* intenta preservar el ambiente de las agresiones y deterioros que la persona humana individual o colectivamente desataba tanto sobre la naturaleza como sobre los recursos que la misma suministra (Gelli, 2014: 567). Es a partir de la reforma constitucional que en nuestro país comienza por valorarse el derecho ambiental desde su máximo esplendor (53), con argumentos suficientes y convincentes para comenzar a creer que ya no alcanza con la mera referencia a los factores físicos implicados, sino al estudio y protección de los recursos naturales en relación con la vida, con la naturaleza y con el derecho (Pigretti, 2000: 4). En la actualidad, las obras de derecho agrario (54) o minero (55) respectivamente tratan y consideran como un tema elemental el uso, aprovechamiento y cuidado del *medio ambiente*.

En este momento histórico para el derecho, la realidad nos alerta acerca de la imperiosa necesidad de una *justa ordenación de las conductas*. Consecuentemente, de lo que se intenta es de dar cierta respuesta —y con ella, una cierta *tutela*— a los derechos de *incidencia colectiva*, con la consecuente característica de indivisibilidad y uso común. Se consiente y comulga entonces con un derecho general que actúa en defensa y protección de los *bienes colectivos*. El nuevo Código entonces se refiere a los *derechos individuales* y de *incidencia colectiva* (56), en consonancia y

(50) Cfr. Vivanco, Antonino Carlos (1954). *Introducción al estudio del derecho agrario*. Buenos Aires: La Facultad, pp. 13 y ss.

(51) Cfr. Ziulu, Adolfo Gabino (1996). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, T. I, p. 356.

(52) Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis (2008). *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley, pp. 7 y ss.

(53) Cfr. Pigretti, Eduardo A. (2000). *Derecho ambiental*. Buenos Aires: Depalma, p. 285.

(54) Cfr. Brebbia, Fernando P. y Malanos, Nancy L. (2011). *Derecho agrario*. Buenos Aires: Astrea, pp. 84 y ss.

(55) Cfr. Catalano, Edmundo F. (1999). *Curso de derecho minero*. Buenos Aires: Zavalía, pp. 241 y ss.

(56) Artículo 14 CCiv. y Com.: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

respuesta a los grandes aportes provenientes de la *filosofía del derecho* y del *derecho constitucional*. En palabras del profesor Robert Alexy:

“Entre los principios relevantes para la decisión del derecho fundamental se cuentan no solo los principios que se refieren a los derechos individuales, es decir, que confieren derechos fundamentales *prima facie*, sino también aquellos que tienen por objeto bienes colectivos y que, sobre todo, pueden ser utilizados como razones en contra, pero también como razones a favor de los derechos fundamentales *prima facie*” (2008: 110).

Esto demuestra que el nuevo derecho privado se conforma, se consolida y se realiza desde los postulados trascendentes para la vida del hombre, entendidos como principios, valores, paradigmas, en fin, como máximos preceptos generales que desde la Constitución se disparan hacia todos los derechos. Entonces el derecho actual, que otrora ordenaba la conducta individual a través de la imposición de deberes individuales a las personas, hoy presenta una tutela integral legislativa y jurisprudencial de los derechos generales de la ciudadanía (57). En este sentido, el texto del artículo 14 del nuevo código introduce el concepto de *ambiente*, y además regula el abuso del derecho desde una doble versión objetiva, relativa tanto a la afectación de los derechos individuales como a la afectación de los derechos de incidencia colectiva que son los que involucran a *grupos, clases, categorías, o a la sociedad en su conjunto* (Peretti, 2014: 164-165). Son tiempos de celebración, por cuanto se ha verdaderamente tomado en cuenta la importancia que reviste entre nosotros este tema tan esencial, que se aleja definitivamente de una consideración general como tema meramente investigativo, para ser un tema troncal en la agenda actual del escenario jurídico. Como hace tiempo lo había referido la profesora Silvia Nonna, al momento de poner en conocimiento que en nuestro país existen más de cuatro mil normas de distintas jerarquías con referencia al tema ambiental:

“La degradación del medio ambiente es uno de los temas que mayor preocupación viene generando en la humanidad. Se ha ido tomando conciencia de los costos ambientales, que en muchos casos resultan ya, irreversibles. El hombre, en pos del progreso y el bienestar, ha echado mano de los recursos naturales, haciendo uso de ellos en forma abusiva, inadecuada y descuidada. Esas acciones deben tener un límite y el derecho es una herramienta eficaz para fijarlos” (58) (1996: 3).

(57) Cfr. Cosola, Sebastián Justo. *Fundamentos del derecho notarial 1-La concreción del método*. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 54.

(58) Cfr. Nonna, Silvia C. (1996). *Derecho ambiental en América Latina*. Buenos Aires: DPF DUBA, p. 3. Para ver las *normas* de disímil jerarquía, consultar Nonna, Silvia C. (2002). *Guía de la Regulación Normativa provincial argentina sobre residuos peligrosos*. DPCASI.

III.2. El notariado, la propiedad y el ambiente

Fue el genial Juan Francisco Delgado de Miguel quien desde el notariado advirtió, hace ya más de veinte años, ciertos aspectos trascendentes de la función y actividad notarial destinada al cuidado y la preservación del *ambiente* (59). De esta manera presentó un estudio —en oportunidad del desarrollo de una *Jornada Notarial Iberoamericana*— que relaciona por vez primera a la *práctica notarial* y al ambiente de una manera formidable. Su principal fundamento —y a la vez, el punto de partida— fue la declaración de principios del *Acta final de la Conferencia de Helsinki del año 1975* (60) (Delgado De Miguel, 1992: 318), y sobre ello, construyó la idea de que si bien es el Estado el principal promotor de la defensa del medio ambiente, son tanto los profesionales como las entidades intermedias las que efectivamente puedan coadyuvar a formar un criterio por demás razonable en materia de práctica y defensa del mencionado medio ambiente.

Para ello se impone tener en cuenta ciertos postulados establecidos en otras declaraciones fundamentales, como la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* (61), que sirven para sustentar más acabadamente el tema en referencia, para luego si poder visualizar la contribución que el ejercicio de la función notarial puede realizar a la causa ambiental. Se erige así el primer *deber ético notarial*, que es el de información, mediante el cual el notario alerta correcta y adecuadamente a los requirentes, acerca de la incidencia de las actividades que posiblemente puedan llegar a realizar en la propiedad y de sus eventuales afectaciones y consecuencias al medio ambiente. Esto se explica a través de la posición que entiende que la función notarial reviste especial interés en el tema por cuanto en circunstancias el medio ambiente es causa y origen de las limitaciones a la propiedad; y por ello, de manera consecuente, supone el cumplimiento necesario de las formalidades y requisitos administrativos olvidados o no conocidos frecuentemente por las partes requirentes de la actuación notarial (62). De esta manera, se considera que el desarrollo de la función notarial en relación con el medio ambiente puede ser de inestimable ayuda para el alcance de un desarrollo sustentable, en casos que,

(59) Cfr. Delgado De Miguel, Juan Francisco (1992). *La práctica notarial y el medio ambiente*. Madrid: RJdN N° I Extraordinario, p. 207.

(60) Se expresa en la Declaración: “El éxito de una política de medio ambiente supone que todas las categorías de población y todas las fuerzas sociales conscientes de sus responsabilidades contribuyan para proteger y mejorar el medio ambiente”.

(61) El autor se refiere el autor al artículo 19 de la mencionada declaración, en lo relativo al derecho a investigar y a recibir información.

(62) Cfr. Cosola, Sebastián Justo (2008). *Los deberes éticos notariales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 231.

como menciona Juan Francisco Delgado (63) (1992: 344), son más comunes que extraordinarios: de servidumbres determinadas, como la de acueducto por ejemplo, que deba constituirse sobre el lugar donde menos perjudique un paisaje; o con el recuerdo de la obligación de observar los preceptos que llevan la evaluación del impacto ambiental; o la protección de zonas determinadas de espacios protegidos que necesariamente limitan el uso de la propiedad, entre otros de suma importancia (1992: 323).

Al igual que en *España* (64) (Delgado De Miguel, 1992: 221), en nuestro país la protección del medio ambiente adquiere rango constitucional (65), y de ahí que reconocidos fallos de la *Corte Suprema de Justicia de La Nación* conformen en la actualidad una verdadera doctrina de privilegio para el desarrollo de estos temas tan trascendentes (66). La constitucionalización proyectada en el nuevo derecho privado ha incorporado la materia ambiental al cuerpo de Código Civil y Comercial de la Nación (67).

(63) Dice el autor: “Una de las consecuencias más importantes para la práctica notarial que representa la inclusión del Medio Ambiente en los diferentes ordenamientos jurídicos es la fuerte carga limitativa que produce el régimen de propiedad cuya manifestación más evidente dentro del derecho civil reside en el notable incremento de los supuestos de tanteos y retractos legales, tanto por lo que hace a la propiedad urbana como rústica, así como el aumento desproporcionado de licencias administrativas”.

(64) Dice el artículo 45 de la Constitución Española, parte I: “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona así como el deber de conservarlo (...)”.

(65) Dice el artículo 41 de La Constitución Nacional, en la parte relativa a las Declaraciones, derechos y garantías: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para completarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos.” De este último párrafo puede leerse que como expresara oportunamente Juan Francisco Delgado de Miguel, la exclusiva responsabilidad sobre el cuidado del ambiente pertenece al Estado.

(66) CSJN. Fallos: 326:2316: “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” Apartado 7: “El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente (...)”.

(67) *Cfr.* Artículos 14 y 240 del CCiv. y Com.

IV. El derecho real de dominio en nuestro derecho

El dominio considerado como derecho real es el mayor sometimiento de que puede ser objeto una cosa (Papaño, Kiper y otros, 2012: 187). Los autores son pacíficos en reconocer al dominio desde el Código civil velezano como *un derecho real por el cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona*, aunque advierten de la necesidad de agregar a esta definición los caracteres esenciales que lo destacan como *absoluto, exclusivo y perpetuo* (68). El dominio en el derecho privado argentino se circunscribe a los objetos corporales, a las cosas singulares, íntegras y específicamente determinadas (69). De aquí que se derive, de conformidad con el código civil vigente, que es inherente a la propiedad del derecho a poseer la cosa, a disponer o servirse de ella, y a usarla y a gozarla conforme a un ejercicio regular, no pudiendo ese ejercicio ser restringido siempre y cuando no fuere abusivo aunque privare a terceros de ventajas o comodidades (Borda, 2008: 146).

V. La función social de la propiedad

En el derecho moderno, la propiedad tiene una función social que cumplir. Si bien el propietario tiene derecho a servirse de la cosa, usarla, gozarla y disponer de ella, ya no puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla sin razón suficiente (Borda, 2008: 146). La ley no ampara el ejercicio abusivo de la propiedad, y por esta razón, cada vez que el derecho de propiedad sea utilizado o esgrimido de manera *antisocial o en contra de los derechos de la comunidad*, no tendrá el amparo legal establecido en la legislación (Borda, 2008: 146). Con el mismo énfasis, los *Mazeaud* ya exponían claramente que la evolución en el derecho de la propiedad hace ver que la misma se socializa cada día más, siendo el ejercicio del derecho de propiedad una función social, que la jurisprudencia sanciona ante el posible sometimiento por el propietario de abuso del derecho (70). Y también expone

(68) También Salvat, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales*. ob. cit. T. II, p. 21; Borda, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*. ob. cit., p. 144; Peña Guzmán, Luis Alberto. *Derecho Civil. Derechos Reales*. ob. cit. T. II, p. 26; Gurfinkel de Wendy, Lilian. *Derechos Reales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. T. II, p. 277; Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge Horacio. *Derecho Civil. tratado de los derechos reales*. ob. cit. T. II, p. 21.

(69) Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge Horacio. *Derecho Civil, Tratado de los derechos reales*. ob. cit. T. II, p. 22. En referencia a las aludidas calificaciones, los autores admiten que se excluyen del dominio los bienes inmateriales, inclusive los derechos de cualquier categoría, como también las universalidades de hecho o de derecho, el dominio sobre "partes de un objeto" y consecuentemente, las cosas calificadas por genero o cantidad que pueden ser objeto de obligaciones pero no de derecho real de dominio.

(70) *Cfr.* Mazeaud, Henri; Mazeaud, León y otros (1960). *Lecciones de derecho civil*. Parte Segunda. trad. Alcalá-Zamora y Castillo, Luis. Buenos Aires: EJEJA, V. IV, p. 2.

con *acierto* Marta Fazio que el concepto acerca de que la propiedad privada debe servir a los intereses sociales ya aparece cuando los primeros hombres superan su denominado estado primitivo y se organizan creando las bases de las instituciones (71). Así, en concordancia con las expresiones de Comte y de Duguit la jurista argentina enseña que para esta posición el individuo tiene *la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa* (Fazio, 1973: 124). De esta manera, *la propiedad ya no es un derecho subjetivo del propietario sino una función social del tenedor de la riqueza* (Fazio, 1973: 124).

Esta mencionada función social recoge en los tiempos actuales una innumerable cantidad de apreciaciones que a simple vista, parecieran escapar al análisis sistemático del derecho. En efecto, se comprueba entonces la importancia que tiene la *memoria de la propiedad* —perteneciente a un individuo que piensa en ella— de la *memoria en la propiedad*, en donde es la propiedad la que almacena la memoria ya sea individual o colectivamente (72). De ahí que los hombres expongan teorías que tiendan a valorar el sentido de la propiedad y a justificar la función social de protección y guarda, propias de las naciones civilizadas.

La noción de *función social de la propiedad* recobra importancia a través de las presentaciones que efectuara en Buenos Aires el célebre León Duguit (73). Para el jurista francés, la propiedad no es un derecho sino una función social, y así, la propiedad tiene y presenta límites internos que determinan que el propietario tiene obligaciones en relación con su cosa, que no puede hacer lo que quiera con la propiedad por más que sea suya; y la riqueza que la misma genera debe ponerse al servicio de la comunidad mediante su explotación económica (Foster, 2013: 13). De esta manera, la idea de *función social* se fundamenta y cobra impulso desde una *descripción de la realidad social que reconoce a la solidaridad como uno de sus ejes constitutivos* (Foster, 2013: 13). Puede consecuentemente entonces deducirse que se pretende con ella garantizar el fin de la prosperidad humana para todos los ciudadanos de todos los Estados (74), sin descuidar aspectos de relevancia para los tiempos actuales como los referidos a la profusión de tipos de propiedad (Crawford, 2013: 98) y los problemas de sustentabilidad y crisis ambientales

(71) Cfr. Fazio, Marta Encina (1973). *La función social de la propiedad privada en el derecho contemporáneo* (TD), Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, N° topográfico 252.251, p. 8.

(72) Cfr. Peñalver, Eduardo M. (2013). "Memorias de la propiedad", en: Daniel Bonilla Maldonado (coord.), *La función social de la propiedad*. Buenos Aires: Eudeba, pp. 83 y ss.

(73) Cfr. Foster, Sheila y Bonilla Maldonado, Daniel (2013). "La función social de la propiedad en perspectiva comparada", en: *La función social de la propiedad*. Buenos Aires: Eudeba, p. 13.

(74) Cfr. Crawford, Colin (2013). "La función social de la propiedad y la capacidad humana de prosperar", en: Daniel Bonilla Maldonado (coord.), *La función social de la propiedad*. Buenos Aires: Eudeba, p. 95.

producidos por la actividad humana descontrolada (Crawford, 2013: 99). La idea de prosperidad humana en relación a la función social de la propiedad estará dada entonces por la importancia que se le dé en el contexto adecuado: la misma será útil porque se concentran los deseos y necesidades individuales en un contexto más amplio, sometido a consideración de todos (Crawford, 2013: 102). En definitiva, es una respuesta desde la solidaridad a las consideraciones individualistas que concluyen que la propiedad privada es el camino para la libertad social y económica (Crawford, 2013: 103).

V.1. Noción de la protección de la propiedad considerada como única vivienda. Bien de familia y protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Directamente relacionado con lo antedicho, recordemos aquí que es precisamente Lorenzetti (2006: 290) quien argumenta que una de las discusiones más trascendentes del derecho actual es la referida a la adjudicación de la propiedad privada teniendo en cuenta el criterio del sistema de mercado que surge como pilar de los sistemas jurídicos de Occidente. En efecto, el presidente de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* se pregunta si todas las propiedades deben estar reguladas por un mismo criterio o si debe hacerse alguna excepción teniendo en cuenta los bienes primarios básicos o primarios para la subsistencia (2006: 291). Los problemas que se presentan son entonces la escasez de los recursos, la adjudicación de la propiedad según reglas del mercado, un derecho de propiedad considerado a la manera tradicional que explica que su sentido es excluir a otros del uso o beneficio de la cosa y no así de resaltar su función económica, y los límites de la adjudicación de los bienes que permiten una colisión con la propia dignidad de la persona (2006: 291): “Hay una gran cantidad de individuos que no tienen posibilidades de pagar el precio que se fija a bienes esenciales, provocándose una exclusión que afecta a la dignidad personal y familiar” (Lorenzetti, 2006: 292). Entre todos los bienes considerados primarios, el acceso y la protección de la propiedad como *única vivienda* es un derecho fundamental que resalta la dignidad y la libertad de las personas (75).

Nuestro país cuenta felizmente con una doctrina consolidada en materia de protección de la vivienda. La protección de la vivienda única reconoce que la propiedad en definitiva, cumple una función social que sirve de sustento físico y económico para el desarrollo de la familia en el seno de la comunidad. Tal cual se ha considerado, la presente es una herramienta que cobra relevancia en la era de la *posmodernidad* y la *globalización*, que produce, paradójicamente, un fenómeno

(75) Cfr. Mussetta, César J. (2004). *La vivienda única como derecho fundamental (Su protección desde una perspectiva del derecho civil constitucional)*. Córdoba: Editorial Mediterránea.

contradictorio: reconocimiento de la persona como ser libre, capaz y con derecho de autorrealización y de elección por un lado, y por el otro, una ineludible *masificación* que lo vuelve indefenso frente a las fuerzas del mercado y del sistema de precios (Mussetta, 2004: 22-23). De esta forma, la realización del derecho depende del desarrollo exclusivamente socioeconómico, aunque un desarrollo de estas características sin derechos y sin libertad es tan excesivamente injusto como la manutención de fuerzas que sofoquen el ejercicio pleno de la libertad y de los derechos en general (76). Mucho tiempo antes de la consolidación de estos males que aquejan al hombre actual y al desarrollo de su vida en sociedad, Juan Vallet de Goytisoló advertía de los mismos a través de una adecuada interpretación de los fines de la *sociedad de masas* (77) y del pretendido establecimiento del mito de la *tecnocracia* (78). De estas dos obras que deben leerse e interpretarse en orden a su aparición, se deduce que se opta por la masificación de los individuos, que son arrancados de sus estructuras naturales y reducidos a *masa trabajadora* o *consumidora*, para que puedan luego ser introducidos en sucesivos moldes, continuamente contruidos, destruidos y reconstruidos, siempre al compás de las nuevas orientaciones económicas y tecnológicas aplicadas por los tecnócratas (Vallet De Goytisoló y Berchmans, 1975: 127).

En este esquema, la protección jurídica de la vivienda familiar se constituye entonces como una verdadera necesidad humana (79), y hasta nuestros días, esta función se cumple con la realización de instituciones tan importantes para el desarrollo de la vida familiar como el *bien de familia* hoy postulado como *protección a la vivienda*. Algunos autores inclusive, argumentan no sin razón suficiente que la vivienda presenta uno de esos valores superiores para los individuos, erigiendo a su protección como un derecho fundamental (80). Las doctrinas nacionales civilistas y notarialistas son pacíficas en reconocer las bondades de esta noble institución (81), y además desde argumentos que encierran una interpretación

(76) Cfr. Bidart Campos, Germán J. (1974). *Los derechos del hombre*. Buenos Aires: Ediar, p. 134.

(77) Cfr. Vallet De Goytisoló, Juan Berchmans (1968). *Sociedad de masas y derecho*. Madrid: Taurus.

(78) Cfr. Vallet De Goytisoló, Juan Berchmans (1975). *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*. Madrid: Montecorvo, p. 336.

(79) Cfr. Levy, Lea M. y Bacigalupo de Girard, María (2011). *Protección de la vivienda familiar*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 18.

(80) Cfr. Abella, Adriana N. y Sabene, Sebastián (2015). "Vivienda", en: Eduardo G. Clusellas (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*. Buenos Aires: Astrea-FEN, T. I, p. 621.

(81) Cfr. Bossert, Gustavo A. (1998). "Bien de Familia (Ley 14.394)", en: Augusto César Belluscio (dir.) y Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*. Buenos Aires: Astrea, T. VI, p. 286 y ss.; Areán, Beatriz (2001). *Bien de familia*. Buenos Aires: Hammurabi; Fazio de Bello, Marta Encina y Martínez, Nory Beatriz (2009). *Bien de familia*. Buenos Aires: La Ley; Gustavino, Elías

constitucional de tutela efectiva, dignos de los más grandes elogios (82), destinados a asegurar los bienes básicos esenciales insustituibles e irrenunciables para la posteridad (83).

El nuevo *Código Civil y Comercial de la Nación* prevé la afectación de un inmueble destinado a vivienda por su totalidad o teniendo en cuenta parte de su valor, que se inscribirá en el registro de la propiedad, no pudiendo someterse al presente beneficio más de un inmueble (84). El instituto que por primera vez se presenta en nuestro país en un capítulo especial del cuerpo normativo, sigue la institución del *bien de familia* reconocida anteriormente en ley especial, por cuanto se considera en la actualidad que el derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano fundamental reconocido como tal al hombre y a la familia por el conformada desde los tratados con jerarquía de derechos humanos (85). En el esquema actual del nuevo código, la ampliación de la protección se amplía, pudiendo constituirse sobre el bien no solo de la familia, sino también de una persona individual que requiera su amparo (86). Como novedades, deben destacarse tanto la cuestión de la retroactividad de la de la registración teniendo en cuenta el sistema de reserva de prioridad establecido en la ley registral, y no desde el momento de su definitiva inscripción como hasta la fecha se venía considerando de acuerdo a lo establecido en la referida ley de bien de familia (Peralta Mariscal, 2014: 549) como así también la incorporación de la subrogación real en el momento de la transmisión y de la nueva adquisición con el mismo destino, hecho que recepta el reclamo de la doctrina ya tenido en cuenta por algunas decisiones judiciales (87). Lógicamente, la instrumentación adecuada para la conformación del mencionado derecho es

P. (2010). *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*. act. Molina Quiroga, Eduardo. Buenos Aires: La Ley, T. II; Lamber, Rubén Augusto (2010). *Derecho Civil aplicado*. Buenos Aires: Astrea, pp. 393 y ss.

(82) Cfr. Alterini, Jorge Horacio. "Protección constitucional de la vivienda familiar". JA 1992-IV-772. ¿Por qué afirmo lo de los elogios? Precisamente porque el presente ensayo fue escrito mucho antes de la pretendida y notoria constitucionalización del derecho, inclusive antes de la reforma constitucional de 1994, razón por la cual debe destacarse tanto su sentido de coherencia como su notable adecuación a la realidad.

(83) Sobre esto ver el excelente ensayo de Junyet Bas, Francisco y Izquierdo, Silvina (2011). "La protección de la vivienda familiar. Alcance e integración en el Derecho, con especial énfasis en la normativa concursal", RDPC 2011-1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 93 y ss.

(84) Cfr. artículo 244 del CCiv. y Com.

(85) Cfr. Causse, Federico y Pettis, Christian R. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derechos reales*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 279.

(86) Cfr. Peralta Mariscal, Leopoldo L. (2014). "Vivienda", en: Julio César Rivera y Graciela Medina (dir.), Mariano Esper (coord.), *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley, T. I, p. 549.

(87) Cfr. Flah, Lily R. y Aguilar, Rosana I. (2014). "Vivienda", en: Ricardo Luis Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de La Nación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, T. I, pp. 829 y ss.

la *escritura pública*, tal cual se ha venido realizando hasta la fecha con el *bien de familia*, único instrumento que reconoce un control de legalidad indubitable en manos del notario.

V.2. La necesidad de la propiedad

Las definiciones de la propiedad siempre han sido objeto de inabarcables estudios y reflexiones, que motivaron a los juristas a lo largo del tiempo a defender determinadas conclusiones con obtención de resultados que se confrontan con los postulados establecidos en los textos (88).

Sin embargo, hay un punto fundamental para considerar si se pretende con él llegar a un resultado que permita establecer la importancia real que el mencionado derecho reviste para la sociedad. Si se atiende entonces a la diversidad de planteos efectuados por la doctrina, puede en ellos advertirse que los fundamentos que se esgrimen para arribar a las esperadas conclusiones se sostienen en raíces tan dispares como las históricas, las jurídicas, las filosóficas, las sociológicas, las religiosas, las políticas y las económicas. ¡Tan sencillo es advertir una determinada inclinación cuando se indaga en los fundamentos que se esgrimen para adoptar una determinada posición! Debo entonces reconocer que me han ido sucediendo las más extrañas sensaciones mientras transcurrían los días de lectura para conformar el presente capítulo, para que al final, termine por considerar que intentar una identidad de orientaciones frente a la enorme disparidad de conclusiones a las que se arriba es tarea ardua y por demás de dificultosa.

Sobre esto, pienso que una luz puede iluminar el panorama si todas las posiciones se preparan y se disponen para ceder su mejor aspecto en defensa del *bien general, del bien común*, de la satisfacción de toda la comunidad. De esta única manera, desde la proyección de ese gesto de humildad de las teorías que impulsan los diferentes aspectos de la propiedad, puede resultar la única teoría que la pueda ubicar en todas las posiciones independientemente del resultado a las que arriben cada una. Recordemos que si se analizaran todos los posibles ejes de fundamentación del derecho de propiedad, podrá entonces advertirse lo siguiente:

- a) Desde lo *histórico*, el derecho de propiedad sobre las cosas y sobre las personas ha justificado durante siglos, el ejercicio de la violencia extrema, de las dominaciones y de las aberraciones tristemente celebres de la humanidad, desencadenantes de guerras, luchas, invasiones y más modernamente, de

(88) Cfr. Peñalillo Arévalo, Daniel (2008). "Los derechos reales en algunos códigos latinoamericanos de los siglos XX y XXI", en: Gabriel De Reina Tartiére (coord.), *Derechos Reales. Principios, elementos y tendencias*. Buenos Aires: Heliasta, p. 103.

- conflictos bélicos de envergadura notoria e inhumana (89), como así también fue motivo de disputas por el poder del reinado (90);
- b) Desde lo *jurídico* se pretende establecer el alcance de la propiedad y del dominio, las características, las defensas y las excepciones, con todos los problemas ya analizados, para que la misma se pueda consolidar como un derecho fundamental del hombre y como el derecho real por excelencia de las legislaciones occidentales;
- c) Desde lo *filosófico* se intenta precisar si la institución responde a las necesidades más importantes de las personas, individual o colectivamente consideradas tratándose de posiciones que se presentan como extremas —o si se prefiere, al decir de Norberto Bobbio como posiciones de *izquierda* y de *derecha* (91)—, o si en definitiva la misma se presenta como una mera regulación de relación entre el interesado y la cosa, con prescindencia de enmarcarla dentro de los cánones de igualdad, legalidad, fraternidad y libertad;
- d) Desde lo *sociológico* se pretende focalizar la función precisamente social de la propiedad (92), y la necesidad de que ella se nutra de la debida protección a través de las instituciones jurídicamente establecidas para tal fin, como las destinadas a consolidar el bien de familia y hoy el derecho de vivienda, o aquellas que defienden el derecho a la vivienda digna;
- e) Desde lo *religioso*, la propiedad es un factor fundamental de desarrollo para la libertad del hombre, que a través de su trabajo y su esfuerzo —como hemos ya analizado en las encíclicas referidas anteriormente— llega a consolidar para protección de su familia;

(89) Un excelente repaso de lo aquí afirmado puede leerse en la obra de Bellamy, Alex J. (2009). *Guerras justas. De Cicerón a Iraq*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. En este libro se hace un repaso de la teoría de la guerra justa, a la posible justificación de la invasión de la tierra en manos de reyes, príncipes y soberanos.

(90) Cfr. Ortega y Gasset, José (2004). *La rebelión de las masas*. Madrid: Biblioteca de Grandes Pensadores, pp. 29 y ss.

(91) Cfr. Bobbio, Norberto (2014). *Derecha e izquierda*. Buenos Aires: Taurus.

(92) Cfr. Bauman, Zygmunt (2014). *¿Para qué sirve realmente... un sociólogo?* Buenos Aires: Paidós. En este libro fantástico, una de las respuestas del genial sociólogo se refiere a posibilidad que la sociología haga feliz a la gente. Responde: “Puede (la sociología hacer feliz a la gente), siempre que mirar al mundo al que damos forma para formarnos a nosotros mismos nos haga más felices que no hacerlo. Por contraste, hay pocas posibilidades de felicidad si cerramos los ojos o miramos hacia otro lado”. El análisis sociológico de la realidad del derecho en el tema de la propiedad siempre fue importante, y hoy, a la luz de las necesidades actuales, es elemental y esencial.

- f) Desde lo *político*, la propiedad siempre fue utilizada como un medio de captación de voluntades y de control social, por cuanto nada hay máspreciado que la consolidación del ejercicio del dominio en cabeza de la familia necesitada y esperanzada en poder alcanzarlo, en sentirse dueños de su propia casa, y en razón de ello es que el *Estado moderno* hace proliferar —como veremos seguidamente— instituciones públicas indispensables para alcanzar tales fines como las *escribanías generales de gobierno*, las instituciones o personas encargadas de llevar adelante procedimientos de *regularización dominial*, los programas destinados a satisfacer a través de créditos hipotecarios la adquisición de la única vivienda como los que históricamente lleva adelante el *Banco Hipotecario Nacional* entre otros similares, y
- g) Desde lo *económico*, la propiedad es analizada como elemento de acumulación de riqueza —justa (93) o injusta (94) desde el lugar de donde se la defiende—, que posiciona al sujeto en el mercado de precios y consumo como un elemento fuerte en las operaciones de intercambio.

Como se advierte, no existe ni hay un solo eje del tema propio que ofrece el derecho de propiedad. Y las orientaciones académicas serán absolutamente diferentes al posicionar un análisis por sobre otro, precisamente porque cada orientación busca una finalidad diferente de consolidación frente a la ciudadanía ansiosa por obtener respuestas diversas que ayuden a mejorar su calidad de vida. En definitiva, la palabra que une todos los postulados, pienso que es *necesidad*. La propiedad es necesaria e indispensable para las personas, por cuanto permite que las mismas puedan allí desarrollarse y desde entonces, alcanzar la tan mencionada libertad propia de los hombres y mujeres que viven y proyectan su vida de acuerdo

(93) Cfr. Luchinger, René (2011). *Los doce economistas más importantes de la historia*. De Adam Smith a Joseph Stiglitz. Bogotá: Grupo Editorial Norma. Este libro presenta un somero repaso de los conceptos tradicionales de la riqueza a partir de los argumentos de los más notables economistas.

(94) Es realmente apasionante investigar ciertas posturas extremas, como las de Guevara, Ernesto. Uno de los pasajes de su obra que me ha generado fuertes emociones es el que le sigue a la exposición de la muerte y la desnutrición infantil en Cuba: “Pero habrán visto unos niños cuya constitución física haría pensar que tiene 8 o 9 años, y que, sin embargo, casi todos ellos cuentan con 13 o 14 años. Son los más auténticos hijos de la Sierra Maestra, los más auténticos hijos del hambre y de la miseria en todas sus formas; son las criaturas de la desnutrición. En esta pequeña Cuba, de cuatro o cinco canales de televisión, de centenares de radios, con todos los adelantos de la ciencia moderna, cuando esos niños llegaron de noche por primera vez a la escuela y vieron los focos de luz eléctrica, exclamaron que las estrellas estaban muy bajas esa noche (...) (de ahí) comprendimos perfectamente, que vale, pero millones de veces más, la vida de un solo ser humano, que todas las propiedades del hombre más rico de la Tierra”. Más adelante el revolucionario argentino se referirá a que la lucha por la propiedad privada en manos de pocos es el mal de todos. Cfr. Guevara, Ernesto (2011). *El pensamiento del Che*. La Habana: Capitán San Luis, pp. 19 y ss.

con el derecho. Como se desprende del núcleo central de la presente tesis, este derecho indispensable debe estar protegido y perpetuado para la prosperidad, a través de la *institución notarial*, por cuanto del documento como resultado de los deberes éticos notariales aplicados, se desprenden los valores de fe, justicia y seguridad, que en conjunto fundamentan el sentido de su misión.

VI. Corolario. Tutela de la propiedad y ejercicio de la función notarial

Al notariado corresponde enfrentar entonces los desafíos propios que plantean quienes a través de una vida de relación —en ocasiones justas, en otras autoritarias, y en casi todas desigual— recurren a las notarías a buscar soluciones en un marco de paz. Siempre ha sido así. En los prolegómenos de la revolución notarial del derecho, el fundador de la *Unión Internacional del Notariado*, José Adrián Negri, esquematizó el problema notarial en una fantástica descripción de los males que el notariado debía de sortear para poder avanzar en el ámbito técnico y científico (95). Por ello se refirió a cuestiones que por aquellos tiempos no ofrecían ninguna certeza y sí, interminables dudas permanentes: determinación del alcance de la función notarial (1966: 17), superabundancia de profesionales de título (1966: 28), cuestiones relacionadas con los estudios para la —por aquellos entonces— magra profesión de escribano (1966: 37 y ss.), formas de relacionar la libertad notarial (1966: 51 y ss.), cuestiones relativas a la colegiación (1966: 111 y ss.), o de ética entre colegas, entre tantísimas otras. Por supuesto que Negri ofrecía la respuesta, bajo el noble epígrafe de *solución armónica de los problemas notariales* (1966: 119 y ss.). Así, el autor se refirió a una triple clasificación de los recursos que el notariado debe alcanzar para dignificarse: intelectuales, morales y de control (1966: 120 y ss.). Todos ellos, se conjugan y se hacen fuertes en el proyecto de ley notarial que el autor ofreció oportunamente al notariado con la esperanza de que sea elevado a las instituciones republicanas correspondientes (1966: 129 y ss.).

Uno de los axiomas más importantes del derecho notarial es el que aportara hace algún tiempo considerable, el genial Rafael Núñez Lagos: “*En el principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creo al notario, aunque hoy el notario haga el documento*” (96). Pues bien, es hora entonces de honrar al inolvidable profesor de notariado español complementando el axioma en los tiempos actuales: “Y el notario crea el documento, luego de la exposición de los deberes éticos notariales aplicados, en el sentido más amplio de argumentación e integración, en defensa de la verdad, de la justicia y de la seguridad, valores en los

(95) Cfr. Negri, José Adrián (1966). *El problema notarial*. Obras Completas. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Capital Federal. V. II.

(96) Cfr. Núñez Lagos, Rafael (1950). *Hechos y derechos en el documento público*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, p. 2.

que se sustenta el derecho de propiedad contenido en el documento notarial". En inmejorable tiempo para escribir estas líneas, el *Código Civil y Comercial de la Nación* presenta un nuevo paradigma del derecho y del documento digno de elogio. Es cierto que desde la parte general del articulado las palabras utilizadas en los capítulos referidos a los instrumentos públicos y a las escrituras públicas en especial, no presentan un panorama descriptivo de la realidad notarial en la argumentación jurídica actual, ya que no se diferencian en demasía a lo expresado en el código velezano, más que en cuestiones técnicas positivas como la diferenciación de las escrituras con las actas, o en cuestiones propias de la evolución del derecho en general, como la inclusión, en materia de incompatibilidades personales, del conviviente, por ejemplo. Pero sí lo hace la comisión redactora en la exposición de motivos desde esta inigualable expresión de reconocimiento de la realidad:

“Todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*” (Lorenzetti, Highton y Kemelmajer de Carlucci, 2015: 543).

De aquí que la nueva argumentación notarial del derecho sea la de conferir al documento notarial de un contenido adecuado al desarrollo del derecho en la actualidad, en franca armonía en el caso en análisis con el derecho de propiedad, que dirige a constitucionalizarlo y adecuarlo a partir de los principios y de todas las fuentes jurídicas necesarias del derecho multicultural, todo previsto de manera notable en el título preliminar del código en vigencia. El hecho de la reforma debe ser una celebración desde el punto de vista de la nueva argumentación jurídica que exige un derecho de principios en lugar de un derecho de exégesis. El derecho decimonónico ya resultaba insuficiente para cumplir con el cometido sustancial de la disciplina de dar respuesta a los reclamos de justicia, y por ello el tiempo actual reclama al jurista una adecuación de las soluciones a los cánones fundamentales del hombre, que ordena suplir el silencio de la ley con la integración de la misma a través de *principios jurídicos* (97).

VII. Bibliografía

ABELLA, Adriana N. y SABENE, Sebastián (2015). “Vivienda”, en: Eduardo Gabriel Clusellas (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*. Buenos Aires: Astrea-FEN, T. I.

(97) Cfr. Vigo, Rodolfo Luis (1978). *Integración de la ley*. Buenos Aires: Astrea, pp. 101 y ss.

- ALBERDI, Juan Bautista (2007). *Bases*. Buenos Aires: Ediciones Terramar.
- ALEXY, Robert (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALTERINI, Jorge Horacio (1992). "Protección constitucional de la vivienda familiar". *JA* 1992-IV-772.
- BAUMAN, Zygmunt (2014). *¿Para qué sirve realmente... un sociólogo?* Buenos Aires: Paidós.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1974). *Los derechos del hombre*. Buenos Aires: Ediar.
- (2007). *Nociones constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*. Buenos Aires: Ediar.
- BOBBIO, Norberto (2014). *Derecha e izquierda*. Buenos Aires: Taurus.
- BORDA, Guillermo A. (2008). *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*. Actualizado por Borda, Delfina. Buenos Aires: La Ley.
- BOSSERT, Gustavo A. (1998). "Bien de Familia (Ley 14.394)" en: Augusto César Belluscio (dir.) y Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*. Buenos Aires: Astrea, T. VI.
- BREBBIA, Fernando y MALANOS, Nancy (2011). *Derecho agrario*. Buenos Aires: Astrea.
- CABRILLAC, Remy (2004). "El código francés e Hispanoamérica", en: AA.VV., *La codificación: raíces y prospectiva. La codificación en América*. Buenos Aires: Educa, T. II.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1976). *Los derechos del hombre*. Madrid: Reus.
- CASTIGLIONE, Julio César (2002). *La filosofía y el derecho en el fragmento preliminar de Alberdi*, AA.VV., *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*. Córdoba: Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Advocatus, T. II.
- CATALANO, Edmundo (1999). *Curso de derecho minero*. Buenos Aires: Zavalía.
- CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian R. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derechos reales*. Buenos Aires: Hammurabi.
- CLERC, Carlos Mario (1984). *El derecho de dominio y sus modos de adquisición*. Buenos Aires: Ábaco.

— (1994). *La posesión de cosas muebles*. Buenos Aires: Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, n° topográfico 253.231/1994, p. 1. 7.

COSOLA, Sebastián Justo (2008). *Los deberes éticos notariales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

— (2013). *Fundamentos del derecho notarial 1. La concreción del método*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

CRAWFORD, Colin (2013). *La función social de la propiedad y la capacidad humana de prosperar*. Buenos Aires: Eudeba.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (1992). *La práctica notarial y el medio ambiente*. Madrid: Revista Jurídica del Notariado N° I - Extraordinario.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (2007). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: LexisNexis.

FAZIO, Marta Encina (1973). *La función social de la propiedad privada en el derecho contemporáneo* (Tesis Doctoral). Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. N° topográfico 252.251/1973.

FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I. (2014). “Vivienda”, en: Ricardo Luis Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de La Nación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

FOSTER, Sheila y BONILLA MALDONADO, Daniel (2013). “La función social de la propiedad en perspectiva comparada”, en: Bonilla Maldonado, Daniel (coord.), *La función social de la propiedad*. Buenos Aires: Eudeba.

GALEANO, Eduardo (1997). *Úselo y tírelo*. Buenos Aires: Planeta.

— (1998). *Patas Arriba. La escuela del mundo al revés*. Buenos Aires: Catálogos.

GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. (2003). “El derecho constitucional en las bases”, en: AA.VV., *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*. Córdoba: Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Advocatus, T. I.

GARCÍA DAIREAUX, Delia (2007). *Supervisión de Llambías*, Jorge Joaquín. Buenos Aires: La Ley, T. VI.

GELLI, María Angélica (2014). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Buenos Aires: La Ley, T.I.

GIRALDHI, Olsen A. (1997). *El derecho natural en Alberdi*. Córdoba: Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-El Copista.

GOLDSTEIN, Mateo (1993). *Dominio*. Buenos Aires: Enciclopedia Jurídica Omeba. Driskill, T. IX.

GONZÁLES BARRÓN, Gunther (2013). *Tratado de derechos reales*. Lima: Jurista editores, T. I.

LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge Horacio (2010). *Tratado de los Derechos Reales*. Buenos Aires: La Ley, T. II.

LEOCATA, Francisco (2003). “Las ideas iusfilosóficas de la ilustración”, en: AA.VV., *La codificación: raíces y prospectiva*. Buenos Aires: Educ, T. I.

LEVY, Lea M. y BACIGALUPO DE GIRARD, María (2011). *Protección de la vivienda familiar*. Buenos Aires: Hammurabi.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín (1991). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Actualizado por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Perrot.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2006). *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

— (2008). *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley.

LORENZETTI, Ricardo Luis; HIGHTON, Elena Inés y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2012). *Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de reformas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

LÜCHINGER, René (2011). *Los doce economistas más importantes de la historia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

MALDONADO, Daniel (2013). *La función social de la propiedad*. Buenos Aires: Eudeba.

MALIZIA, Roberto (2014). “Del dominio”, en: Julio César Rivera y Graciela Medina (dirs.). *Código Civil y Comercial de La Nación. Comentado*. Buenos Aires: La Ley.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean (1960). *Lecciones de derecho civil*. Parte Segunda. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, V. IV.

MAZZINGHI, Jorge A. (2003). “El código Napoleón”, en: AA.VV. *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*. Buenos Aires: Educa, T. I.

MEDINA, Graciela (2014). “Del dominio”, en Julio César Rivera y Graciela Medina (dir.). *Código Civil y Comercial de La Nación. Comentado*. Buenos Aires: La Ley, T. V.

MONTILLA ZAVALÍA, Félix Alberto (2005). “La iglesia católica ante la codificación normativa”, en: AA.VV., *La codificación: raíces y prospectiva. ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?* Buenos Aires: Educa.

MOSSET ITURRASPE, Jorge (2011). *Derecho civil constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

MUÑOZ DRAKE, Juan Francisco (1937). “La evolución constitucional y el derecho de propiedad”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: La Ley, T. VIII.

MUSSETTA, César J. (2004). *La vivienda única como derecho fundamental (Su protección desde una perspectiva del derecho civil constitucional)*. Córdoba: Editorial Mediterránea.

NAVAS, Raúl (h) (1999). *Derechos reales de propiedad, uso y goce*. Buenos Aires: Oxford.

NEGRI, José Adrián (1966). *El problema notarial*, Obras Completas. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Capital Federal.

NONNA, Silvia (1966). *Derecho ambiental en América Latina*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho UBA.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael (1950). *Hechos y derechos en el documento público*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

ORTEGA Y GASSET, José (2004). *La rebelión de las masas*. Madrid: Biblioteca de Grandes Pensadores.

PALMA, Jorge A. (2001). *Propiedad Privada (Colección Doctrina Social de la Iglesia)*. Rosario: Universidad Austral.

PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, Claudio M. y otros (2012). *Derecho Civil. Derechos Reales*. Buenos Aires: Astrea, T. I.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2008). “Los derechos reales en algunos códigos latinoamericanos de los siglos XX y XXI”, en: Gabriel De Reina Tartière (coord.), *Derechos Reales. Principios, elementos y tendencias*. Buenos Aires: Heliasta.

PEÑALVER, Eduardo M. (2013). "Memorias de la propiedad", en: Daniel Bonilla Maldonado (coord.), *La función social de la propiedad*. Buenos Aires: Eudeba.

PERALTA MARISCAL, Leopoldo, "Vivienda", en: Julio César Rivera y Graciela Medina (dirs.), Mariano Esper (coord.), *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley, T. I.

PERETTI, Enrique (2014). *Ambiente y propiedad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

PIGRETTI, Eduardo A. (2000). *Derecho ambiental*. Buenos Aires: Depalma.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo (2006). *Principios generales del derecho latinoamericano*. Buenos Aires: Astrea.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1956). *Tratado de Derecho Civil (Según el tratado de Planiol)*. Buenos Aires: La Ley.

ROJINA VILLEGAS, Rafael (2014). *Compendio de Derecho Civil*. México: Porrúa, T. II.

SALVAT, Raymundo M. (1962). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Actualizado por M. Argañaraz, M. Buenos Aires: TEA, T. II.

SANTIAGO, Alfonso (h) (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons.

SANTO PADRE Francisco I. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si_sp.pdf [Fecha de consulta: 30/04/2017]

SANTO PADRE Juan Pablo II (2006). *Centesimus Annus. Carta encíclica en el centenario de la "Rerum Novarum"*. Buenos Aires: Ediciones Paulinas.

SANTO PADRE Juan XXIII. *Mater et Magistra*. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html [Fecha de consulta: 30/04/2017]

SANTO PADRE Juan XXIII (2003). *Pacem in Terris. Carta encíclica sobre la paz en la tierra*. Buenos Aires: Ediciones Paulinas.

SANTO PADRE León XIII. (2005). *Rerum Novarum. Encíclica sobre la cuestión obrera*. Buenos Aires: Ediciones Paulinas.

SANTO PADRE Papa Pío XI. *Quadragesimo Anno*. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html [Fecha de consulta: 30/04/2017]

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (2008). *La codificación en Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e ideas jurídicas*. Buenos Aires: Librería Histórica Emilio J. Perrot.

TRIGO REPRESAS, Félix A. (2003). “La persona humana y sus derechos fundamentales en la Constitución Nacional de 1853 y el derecho civil”, en AA.VV., *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*. Córdoba: Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Advocatus, T. II.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans (1968). *Sociedad de masas y derecho*. Madrid: Taurus.

— (1975). *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*. Madrid: Montecorvo.

— (1973). *Panorama de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.

VIGO, Rodolfo Luis (1978). *Integración de la ley*. Buenos Aires: Astrea.

— (2005). *De la ley al derecho*. México: Porrúa.

— (2013). *Constitucionalización y judicialización del derecho (Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional)*. México: Porrúa.

VILLEY, Michel (1981). *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Buenos Aires: Ghersi Editor.

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

ZARINI, Helio Juan (1996). *Constitución Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires: Astrea.

ZIULU, Adolfo Gabino (1997). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, T. I.

Fecha de recepción: 31-03-2017 Fecha de aceptación: 23-06-2017

Niños envueltos (Entre leyes y relatos en fueros de infancia en la provincia de Buenos Aires)

POR ERNESTO E. DOMENECH (*)

Sumario: I. La propuesta.— II. Las fuentes judiciales.— III. Un escenario complejo y en transición.— IV. La transición legal en los fueros de infancia y las fuentes judiciales en la provincia de Buenos Aires.— V. Conclusiones e interrogantes.— VI. Bibliografía.

Resumen: este trabajo muestra la utilidad e importancia de las fuentes judiciales para el análisis de diversos tipos de prácticas. Explora sentencias y casos de infancia en la transición de nuevas legislaciones en la provincia de Buenos Aires, como alternativas a las leyes del Patronato que indican severas dificultades en la instrumentación de los cambios.

Palabras claves: fueros de infancia - transición legal - niño sujeto de derechos

Wrapped Children

(Among laws and stories in the children's courts in the Buenos Aires province)

Abstract: *this paper shows the usefulness and importance of legal sources to the analysis of different practices. It explores courts' rulings and children involved cases during the transition to new legislation on the Buenos Aires province which appeared as an alternative to the Patronato's laws and that shows several difficulties in the implementation of changes.*

Keywords: *children's courts legal transition - children as subjects of rights*

(*) Prof. Titular Ordinario Derecho Penal I. Dir. del Instituto de Derecho Penal y de Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

Una modesta proposición

Propondré ahora por lo tanto humildemente mis propias reflexiones, que espero no se prestarán a la menor objeción.

Me ha asegurado un americano muy entendido que conozco en Londres, que un tierno niño sano y bien criado constituye al año de edad el alimento más delicioso, nutritivo y saludable, ya sea estofado, asado, al horno o hervido; y no dudo que servirá igualmente en un fricasé o un ragout.

Ofrezco por lo tanto humildemente a la consideración del público que de los ciento veinte mil niños ya calculados, veinte mil se reserven para la reproducción, de los cuales sólo una cuarta parte serán machos; lo que es más de lo que permitimos a las ovejas, las vacas y los puercos; y mi razón es que esos niños raramente son frutos del matrimonio, una circunstancia no muy estimada por nuestros salvajes, en consecuencia un macho será suficiente para servir a cuatro hembras. De manera que los cien mil restantes pueden, al año de edad, ser ofrecidos en venta a las personas de calidad y fortuna del reino; aconsejando siempre a las madres que los amamenten copiosamente durante el último mes, a fin de ponerlos regordetes y mantecosos para una buena mesa. Un niño llenará dos fuentes en una comida para los amigos; y cuando la familia cene sola, el cuarto delantero o trasero constituirá un plato razonable, y sazonado con un poco de pimienta o de sal después de hervirlo resultará muy bueno hasta el cuarto día, especialmente en invierno.

He calculado que como término medio un niño recién nacido pesará doce libras, y en un año solar, si es tolerablemente criado, alcanzará las veintiocho.

Concedo que este manjar resultará algo costoso, y será por lo tanto muy apropiado para terratenientes, quienes, como ya han devorado a la mayoría de los padres, parecen acreditar los mejores derechos sobre los hijos.

Jonathan Swift. Dublín. Irlanda, 1726

I. La propuesta (1)

Nos proponemos en este trabajo explorar algunas fuentes judiciales de la provincia de Buenos Aires en el período 2007-2015 que exhiben las significativas dificultades que existen en la protección de niños durante la transición de la

(1) Este trabajo forma parte del Seminario organizado por el Instituto de Derechos del Niño de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP celebrado durante el primer cuatrimestre de 2016.

legislación vinculada al patronato de menores, de la doctrina de la situación irregular, a la destinada a transformarlo, que anunciaba un nuevo paradigma: el niño como sujeto de derechos. Previamente nos referiremos, brevemente a las fuentes judiciales.

II. Las fuentes judiciales

Los historiadores suelen recurrir a los expedientes judiciales, que denominan fuente judicial, como datos a partir de los cuales realizar inferencias. Han reflexionado en torno a ellas y sus posibilidades metodológicas, centrándose muchas veces en los llamados expedientes judiciales (Barreneche, 1989) (Durán, 1999) (Zebeiro, 2009), aunque también han acudido a otras fuentes en sus investigaciones.

Las fuentes judiciales son muy variadas y exceden largamente a los expedientes judiciales. Estadísticas de la Corte o de Procuración, Resoluciones o Acordadas de las Cortes, legajos de funcionarios, magistrados y empleados, sumarios que se les realicen, inspecciones de las Oficinas de control judicial, recibos sueldos, actas de inspecciones carcelarias o de “institutos de menores”, formas de adquisición de mobiliario, o modos de diseño del mobiliario y las salas de juicio, pueden permitir muy variadas y valiosas inferencias, no sólo, claro está, para operadores. Pese a su singular valor las fuentes judiciales se emplean poco en la formación de grado de los abogados, que, en el mejor de los supuestos se limitan al análisis de sentencias o casos (2).

Los expedientes judiciales, por otro lado, en vías de extinción en su formato papel y de enorme complejidad constructiva y semiótica son una muy valiosa base para otro tipo de pesquisas y operaciones, dentro y fuera del mismo proceso.

Muchas veces los expedientes son material de lectura de los expertos convocados como peritos en el proceso como ocurre con los médicos, psiquiatras, psicólogos, antropólogos trabajadores sociales e ingenieros entre otros. Los expedientes para ellos darán cuenta del escenario de la disputa en el que actuarán, o serán fuente de información a partir de la cual sacar otras conclusiones como cuando, del largo de una huella de frenada de un automotor se infiere la velocidad de circulación del vehículo que la realizó, o por los daños ilustrados en fotografías la mecánica de un choque.

(2) Tampoco los trabajos teóricos jurídicos han demostrado interés en el empleo de estas fuentes, sea para investigarlas, para la producción de textos para la enseñanza, o para la evaluación en los procesos de aprendizaje. En él la producción penal se cuenta con un muy interesante libro de Hassemmer, *Fundamentos de Derecho Penal* y en la pesquisa histórica con la compilación de los Casos de Bunge.

Las actas de testimonios, informes periciales, las resoluciones que se adopten y las sentencias que se escriban constituyen, además, un fecundo campo de análisis para lingüistas y semiólogos en general, que pesquisarán las escrituras judiciales con variados propósitos.

Del mismo modo los expedientes judiciales pueden brindar una jugosa información sobre una muy amplia gama de temas contemporáneos, pues de alguna manera son la forma escrita que asumen las diversas prácticas que en ellos se inscriben. Desde las formas de su organización de la oficina judicial, el uso del tiempo, la gestión de los casos que instrumentan, los saberes que se inscriben en los relatos que se formulan, provengan del conocimiento común o de conocimientos más tecnificados y científicos de los expertos peritos, las valoraciones y cosmovisiones de quienes han actuado en una gran diversidad de roles.

Las fuentes judiciales contemporáneas facilitan el cotejo y análisis con otras disponibles y la indagación sobre los dispositivos institucionales que las producen con el aporte de diversas disciplinas sociales que aborden la escritura de las prácticas, como la etnografía, las ciencias de la administración y la psicología institucional, al modo como lo ha hecho Magistris (2012) o Fabiana Barrera (2012) con la Corte Suprema de Justicia de la Nación completar.

La complejidad constructiva de los casos judiciales y sus posibilidades para el aprendizaje del derecho en la hemos explorado en Casos Penales, construcción y aprendizaje (Domenech, 2004). En especial es relevante el análisis de Bert Van Roermund, 1997.

En temas de infancia hemos empleado diferentes fuentes judiciales de manera distintas. Me he detenido en la caracterización del Maltrato Institucional, a partir del estudio de la casuística y sus procesos. En Violencia Institucionales y Escrituras de las Prácticas (Domenech, 2004).

Ciertas fuentes judiciales (como las estadísticas) permiten un análisis de tipo cuantitativo como el que abordamos con Liliana Guido al analizar el uso de las reglas del Patronato en la Provincia de Buenos Aires por los operadores judiciales con referencia al empleo de la internación de niños en cada departamento judicial que comparamos con la población y los índices de NBI.

En este trabajo emplearemos distintas fuentes judiciales con dos propósitos diferentes. Por un lado tomaremos algunas consideraciones de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que esboza la situación de la infancia en el país en el momento que nos ocupa con el objetivo de caracterizar el escenario en el que tuvieron lugar las restantes fuentes empleadas. Por otro exploraremos un expediente judicial en el que se acusó a un madre por el abandono seguido de

muerte de una niña celíaca y luego una resolución de la SCBA relacionada con la devolución por parte de sus guardadores de una niña entregada en guarda con fines de adopción próxima a cumplir sus 15 años en la que interactúan diversos operadores judiciales y no judiciales.

III. Un escenario complejo y en transición

Un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la información del Observatorio de la Deuda Social de la UCA permiten reconocer la complejidad y las tensiones de la infancia en el período que nos ocupa, en especial las normativas.

III.1. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en la causa 7537 D. 147

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en la causa 7537 D. 147 resuelve un recurso de hecho interpuesto por la Fiscalía de Casación y mantenido por el Procurador de la Nación.

¿Qué había resuelto la Sala III de la Cámara Nacional *en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537?*

El propio fallo lo reseña en estos términos en el primero de sus considerandos:

“la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, resolvió: “II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados. III) Poner en conocimiento de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, de lo aquí resuelto. IV) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Título IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. V) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061. VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que: 1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la libertad progresiva de los menores

de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss. de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños; 2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que —una vez comprobada la edad del menor— en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de la ley 26.061, para su oportuna incorporación. 3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de la ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que dé cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen. VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11:30 hs. a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas. Contra ello, el Fiscal General ante dicha Cámara interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja. 2º”

La Corte Suprema resolvió revocar esta decisión. El argumento central se expuso después de señalar la fuerte tensión existente entre la ley 22.278, y la normativa posterior como la CIDN, las reglas de Beijing y la ley 26.061. Dijo la Corte en el sexto considerando:

“con todo, la fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. Tal como lo reiteró esta Corte no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el artículo 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que —en esta materia— tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: 329:3089; 330:4866). Ello implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos:

330:4866, 4873/ 4874); máxime, cuando el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le ha adicionado al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños” (artículo 75, inc. 23, de la Constitución Nacional).

El argumento radica en que la decisión de la Casación agravia la distribución de los Poderes de la Nación, aunque se insinúan otros argumentos más consecuencialistas que pareciesen indicar que es peor el remedio intentado que la enfermedad que las tensiones normativas enuncian.

La decisión, extensa, contiene largos *obiters dictums* destinados a reconocer que el diagnóstico formulado por los peticionantes era correcto pero la vía adoptada para hacerlo por la Casación no, sin embargo sostuvo en el mismo considerando:

“No es asunto de desaprobar solamente leyes que, basadas en la anacrónica situación irregular limiten los derechos, libertades y garantías de los niños. Se trata de eso, por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación. Tales acciones, cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos, resultan previas a cualquier medida de alcance general —como la apelada— que, con el sincero espíritu de creer mejorar la situación ya grave, no la favorezca y —eventualmente— en la práctica lleve a la vulneración de los derechos que intenta proteger. Es dable afirmar que las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas, como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda. El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta Corte” (7º)(3).

(3) Sin embargo la Corte no permaneció ajena al tema y en los considerandos 7, 8 y 9 expuso: “De todos modos, el tribunal no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la letra del texto constitucional y, en especial, a la de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por consiguiente cabe requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (artículo 75, inc. 22, segundo párrafo). 8º) Que el texto de la ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las

Estas afirmaciones de la Corte indican que no basta la mera desaprobación de leyes acunadas en la doctrina de la situación irregular, que el problema es mucho más complejo se vincula con la necesidad de que existan políticas públicas sobre una variada cantidad de temas, recursos para llevarlas adelante y personal capacitado para hacerlo.

La Corte en esta decisión no se deja fascinar por el “magnetismo de los derechos” (Magistris, 2012) se aparta de un cierto “activismo judicial” que la decisión revocada parece exhibir, al reconocer límites en su poder para descalificar leyes por inconstitucionales, y reparte “responsabilidades con otros poderes”. Lo hace en una escena de tensión normativa, y de una muy problemática situación de la infancia en relación a mucho de los derechos que se deben garantizar.

Como puede leerse hacia 2008 se ponía en evidencia la ausencia de políticas públicas sobre muy variados derechos de los niños y de prácticas en las instituciones destinados a resguardarlo.

También se advierte la absoluta insuficiencia de los cambios legales como única herramienta vinculada a garantizar los derechos de los niños.

III.2. La infancia según el Observatorio de la Deuda Social de la UCA de 2008

Ahora bien, ¿cómo describir la situación de la o las infancias en el momento de las decisiones que se analizan? El informe del Observatorio de la Deuda Social de

niñas, niños y adolescentes ‘debe ser implementada mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios (...) en la elaboración de a) políticas, planes y programas de protección de derechos, (...) c) recursos económicos; (...) e) medidas de protección de derecho’ (artículos 32 y 33). Por lo tanto y en atención a todo lo que se lleva dicho, resulta de toda urgencia y necesidad que los organismos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia emprendan las acciones necesarias con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan, en todo lo que sea apropiado, a excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal (artículos 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño). En este orden de razonamiento, corresponde requerir a los Poderes Ejecutivos Nacional y local para que, a través de los organismos administrativos correspondientes, en un plazo razonable, adopten las medidas que son de su resorte. 9º) Que la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho. En este cometido, la medida adoptada aparece como la más adecuada para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Aquella se funda en el rol institucional que le compete a esta Corte como Poder del Estado, sin desentenderse de las relaciones que deben existir con los otros poderes, los que —claro está— se encuentran también vinculados con el propósito constitucional de afianzar la justicia. Dichos departamentos de Estado constituyen, en el caso concreto, el canal adecuado para llevar a cabo aquellas acciones sin cuya implementación previa, se tornaría ilusoria cualquier declaración sobre el punto”.

la UCA para el comienzo del período exhibe que las tensiones de la o las infancias no sólo eran normativas, sino que evidenciaban una ruptura profunda, una grieta entre las reglas y su eficacia. Una anomia que tenía dos fuentes: una normativa, la otra empírica.

El Observatorio aborda los derechos de niños y adolescentes relacionados con la vivienda, el medio ambiente, la salud, la alimentación, el ocio, el trabajo, la estimulación familiar, y la escolaridad todos de enorme relevancia en la “constitución de la subjetividad”, en el modelado del niño como “sujeto” (Janin, 2016).

Se puede leer así: “En la Argentina urbana viven aproximadamente 10.963.461 niños, niñas y adolescentes entre 0 y 17 años de edad”. De este total, el 60,7% viven en hogares vulnerables en términos socioeconómicos, mientras el “65% en hogares con bajo clima educativo”. A continuación se expone el informe: “La primera infancia (0 a 5 años) representa el 30% de la infancia urbana (3.289.000 niños y niñas); los niños y niñas en edad escolar (6 a 9 años) el 40% (4.385.384 niños y niñas), y la adolescencia (13 a 17 años) el 30% (3.289.077 adolescentes). El 57,8% de los niños y niñas en la primera infancia, el 62,2% en la edad escolar y el 61,7% en la adolescencia viven en hogares vulnerables en términos socioeconómicos”.

En términos de derecho a la vivienda y desarrollo de un medio ambiente adecuado “se ve vulnerado en el 59,4% en la primera infancia, 56,6% en la edad escolar y 45,7% en la adolescencia urbana”. Vinculado a esto el derecho a descanso en privacidad se vulnera en el “21,5%, 14,4% y 6,5%, respectivamente”. A esto se suma que los hogares más pobres son aquellos donde este es más vulnerado.

En cuestiones de salud podemos leer: “Tres de cada diez niños, niñas y adolescentes residen en hogares vulnerables en su capacidad de atender su salud, más de cuatro de cada diez pertenecen a hogares con dificultades para acceder a una adecuada alimentación.” Además, se informa que “Casi la mitad de los niños, niñas y adolescentes, pertenecen a hogares sin cobertura de salud a través de obra social, mutual, prepaga, etc.”.

Respecto del acceso a una alimentación saludable y suficiente: “El 49,5% de los niños, niñas y adolescentes en el estrato socioeconómico muy bajo, y el 60,9% en el bajo no reciben ningún tipo de alimentación gratuita. En la primera infancia el 55,1% de los niños y niñas en el estrato socioeconómico muy bajo, y el 72,4% en el bajo, no reciben asistencia alimentaria”. La escolarización influye sensiblemente, en tanto es mayor la cobertura alimentaria ya que permite que accedan “a refrigerios, copa de leche e incluso almuerzos en el ámbito escolar, pero aún así en el estrato muy bajo y en el bajo el déficit de cobertura en la asistencia alimentaria es significativo (38,9% y 47,2%, respectivamente)”.

Otra cuestión abordada es el trabajo infantil, sea en tareas domésticas de tipo intensivo o ayudando en labores familiares, aumenta en la medida que se descende en la escala socioeconómica. Se observa que “dicha propensión es significativamente mayor en la adolescencia (22,3%), en las mujeres que en los varones, y en los estratos socioeconómico muy bajo y bajo, es decir en el 50% de los hogares más pobres”.

Respecto de la crianza y socialización en las grandes ciudades se observa una presencia primordial de la madre y dentro del propio hogar especialmente en los niños más pobres. Se afirma que: “la presencia de la figura paterna en el cuidado de los niños/as es baja en los tres ciclos vitales considerados, dicha ausencia es mayor en el Gran Buenos Aires en la primera infancia, que en las ciudades del interior; y en el estrato socioeconómico más bajo. También, es de destacar la socialización temprana de las niñas con otros familiares y no familiares; y la mayor permanencia de los adolescentes solos/as en los estratos sociales medio y medio alto que en los más bajos”. Se analiza que: “el hogar aparece como el principal espacio de reunión de niños, niñas y adolescentes a la hora del almuerzo con independencia de las condiciones materiales y sociales de los hogares, salvo en el caso de los niños, niñas y adolescentes más aventajados y los más pobres que también suelen almorzar en el ámbito escolar como consecuencia, entre los primeros, de la mayor extensión de la jornada escolar completa, y en el caso de los segundo por la necesidad de cubrir al menos una comida diaria en el ámbito del comedor escolar”. El hogar además resulta “el principal espacio de celebración de los cumpleaños infantiles. Si bien esta es una costumbre muy extendida, lo es menos en los estratos socioeconómicos medio y medio alto, donde también se suele festejar en otros espacios de recreación infantil”. Sin embargo, “dos de cada diez niños, niñas y adolescentes no festejó su cumpleaños el último año en los grandes centros urbanos, tres de cada diez en el 25% de los hogares más pobres (...)”.

Respecto la estimulación emocional e intelectual en el proceso de crianza tanto en primera infancia como durante la edad escolar “también está presente en los cuentos, relatos que se les lee o narra. El déficit en este sentido es importante y tiende a incrementarse a medida que los niños/as crecen. En efecto, tres de cada diez niños/as en la primera infancia y casi seis de cada diez en la edad escolar, no suelen ser receptor de una narración oral. Este déficit en la estimulación emocional e intelectual es mayor en los varones que en las mujeres en la edad escolar (...)”.

En relación a hábitos de lectura en edad escolar y adolescencia así como de acceso a las nuevas tecnologías se encuentra que “casi la mitad de los niños, niñas y adolescentes no suele tener hábitos de lectura, dicho déficit es mayor entre los varones que entre las mujeres, y tiende a incrementarse a medida que disminuye el nivel socioeconómico de los hogares (...)”. Mientras que “siete de cada diez niños/

as en edad escolar y más de cuatro de cada diez adolescentes no suele acceder al uso de internet. El no uso o falta de acceso a internet se incrementa a medida que desciende el nivel socioeconómico de los hogares, pero aún así es significativo en los estratos medio y medio alto". Por otro lado "el acceso a telefonía celular presenta grandes desigualdades socio-económicas claramente regresivas para los niño/as y adolescentes menos aventajados". Se nota un corte genérico en "el acceso a Internet está más difundido entre los varones tanto en la edad escolar como en la adolescencia" mientras "el uso de telefonía celular lo está en mayor medida entre las mujeres".

Finalmente, se encuentra respecto de los castigos que la forma más utilizada es la penitencia o el reto en vos alta, en menor medida el castigo físico o verbal. Por otro lado "Las sanciones a través de golpes, chirlos y/o cachetazos son más frecuentes entre los niños y niñas en la primera infancia (31,8%) y en los escolares (27,5%); entre estos últimos es más frecuente como método de castigo y enseñanza en los varones que en las mujeres, (...) y a medida que desciende el estrato socioeconómicos en la edad escolar y la adolescencia".

En todos los tópicos comentados se notan peores condiciones en grandes ciudades del interior que en la Provincia y Ciudad de Buenos Aires.

Las muy valiosas informaciones del barómetro permiten concluir que son múltiples los derechos de la infancia controvertidos, y que exceden largamente los problemas del régimen penal de la infancia, aunque claramente tengan fuerte incidencia en él. También exhibe que los actores involucrados en estas carencias no son sólo operadores del Estado (jueces o miembros del ejecutivo), sino que involucra a las estructuras familiares, más laceradas cuando son pobres.

Muchas de estas falencias se verán espejadas en uno de los casos abordados para pensar la transición de la legalidad del patronato a la legalidad del niño como sujeto de derechos en la provincia de Buenos Aires y para analizar el funcionamiento de las nuevas instituciones.

IV. La transición legal en los fueros de infancia y las fuentes judiciales en la provincia de Buenos Aires

Hemos explorado las dificultades evidenciadas en la transición (4) de los nuevos fueros de niños en la provincia de Buenos Aires a través de un expediente penal

(4) El proceso de cambio legislativo de la Provincia ha sido muy azaroso con leyes que se sancionaron, impugnaron por inconstitucionales y al ser confirmadas por la SCBA se modificaron sin poner en vigencia. Luego se sustituyeron con leyes que anunciaron otras que, finalmente, derogaron el fuero de "menores", crearon el fuero de responsabilidad penal juvenil con sus procesos, los sistemas

en el que se acusó a una madre, finalmente absuelta, por el abandono seguido de muerte de su hija Belén por otro una resolución de la SCBA que versa sobre la devolución de una joven entregada en guarda con fines de adopción.

IV.1. Vida y muerte de Belén

Quizás una de las formas posibles de contar un caso (si acaso hubiese uno y solo uno) sea con un inventario de sus relatos. Los relatos de inicio, impulso y conclusión. Después de todo, el mundo jurídico ha sido considerado como una gran Fábrica de relatos (Brumer: 2003).

En el expediente que analizamos encontramos relatos de los hechos en la denuncia, en la elevación de la causa a juicio y en el desistimiento por parte de la Fiscal. Además de las que podrían encontrarse en las pruebas que se colectaron. El camino entre unos relatos y otros relatos transcurre entre el 31 de marzo de 2009 y concluye en 2015. Dura entonces más de seis años. En el último tramo tuvo lugar el juicio oral.

IV.2. La denuncia

En estos términos se informa la existencia de una denuncia:

Al sr. Agente Fiscal Nro. 05

Al señor Juez de Garantías en turno.

Al defensor oficial en turno

Departamento judicial La Playa

Aproximadamente a las 23.45 hs del día 31 de marzo de 2009:

“Recepcionose en este elemento despacho radiográfico de Cria. La Plata. 5ta. Informando el ingreso sin vida al Htal. De Niños-La Plata de la menor L. B. A. de 8 años de edad, dda. *** Nro. **** de este medio, por “haber sufrido cuadro de desnutrición y paro cardiorespiratorio”.

Después de esta introducción se afirma que a las 23.55 hs “en forma espontánea se presenta en este elemento (sic) la ciudadana M. del C. F. (...) [52 años]

zonales y locales de promoción y protección de derechos, y derivaron a los Juzgados de Familia, las temáticas que los Juzgados de Menores trataban como “asistenciales”. Leyes sin vigencia (12.061), proféticas (13.298), y definitivas, rodeadas de cuantiosas reglamentaciones administrativas, han constituido el tránsito errático de la legislación provincial del nuevo paradigma.

quien denunció que resulta ser progenitora de A. I. V. (...) de 29 años (...), la cual se halla viviendo en concubinato desde hace aprox. 8 años a la fecha con el ciudadano P. A. que a su vez resulta abuela de B. A. L. de 8 años y de M. C. L. de 10 años, siendo ambas menores de una pareja anterior que tuvo su hija A.”

Sin embargo, la denunciante parece haber olvidado, o sencillamente no consignó otros tres hermanitos de ambas niñas, que aparecerán nombrados en el expediente un tiempo después.

La motiva a acercarse “a esta seccional para dejar constancia que desde hace tiempo atrás a la fecha, le consta que tanto su hija como así también P., resultan “maltratar” a sus nietas, como así también la “descuidan” toda vez que las mismas se encontraban en un cuadro de desnutrición”.

Nuevamente, sólo expresa su preocupación en relación a dos de sus nietas, lo cual resulta llamativo. Por otro lado, como veremos, parece haberse mostrado bastante activa en relación a la situación, se lee: “(...) con fecha 30 cte., se apersonó en la Unidad funcional de defensa Nro. 05 de La Plata, lugar donde le dieron oficio para presentarse en el Servicio local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de La Plata, haciendo lo mismo, donde denunció lo antes expuesto. Que así las cosas en la fecha, en horas de la mañana, le consta que se hicieron presentes en el domicilio de sus nietas (...) dos asistentes sociales del mencionado servicio de Protección”.

Finalmente se expone según consta en el oficio “Que siendo aprox. las 22.00, circunstancias en que se encontraba en su domicilio, es que llegó hasta el mismo su esposo A. J. V. quien le informó que llevaron hasta el Hospital de Niños a B., pero ahora ya falleció (sic. Que en razón de que su otra nieta (M.), si no la puede ‘rescatar’ va a terminar de la misma manera, es que se acerca a realizar la presente denuncia”.

Después de esta información y a renglón seguido se afirma: “Mantenida comunicación con la UFI en turno, en la persona de la titular Dra. Aguilar, misma dio directivas, debiendo remitir restos a la Morgue Judicial a los fines de practicar operación de autopsia y elevación de actuaciones a sede judicial. Se cumplen recaudos legales. Investigo. En consecuencia se labraron actuaciones caratuladas a *prima facie* por el hecho de averiguación causales de muerte, con su digna intervención”.

IV.3. La elevación a Juicio

En estos términos la causa fue elevada a juicio:

“Se encuentra debidamente acreditado en autos que en el período comprendido entre los años 2007 a 2009, una persona de sexo femenino —la cual revestía posición de garante— puso en peligro la salud de su hija menor Belén Leguizamón, por entonces de 6 años, colocándola en situación de desamparo al omitir los cuidados médicos aconsejados a fin de certificar el diagnóstico presuntivo de celiaquía que aquejaba a la niña, lo que ocasionó hacia el año 2009, el deceso de la menor, por constatarse un cuadro de desnutrición severa”.

¿Qué diferencias o que similitudes existen entre la denuncia y esta narración?

Una primera mirada permite concluir que el primer relato es la información policial a un Fiscal de una comunicación del Hospital de Niños que da cuenta de la muerte de Belén, y diez minutos después de la recepción de la denuncia —transcripta textualmente— de una abuela que se presenta en forma espontánea en la seccional.

Las palabras de la abuela de Belén son escuchadas en la policía y de algún modo, no del todo precisable, son “traducidas” a un lenguaje singular, caracterizado por el uso de la tercera persona y términos como “progenitora” y “ciudadano” infrecuentes en usos coloquiales del español. Cuando se intenta transcribir en forma textual las manifestaciones de la abuela de Belén se comillan, como ocurre con las palabras “*maltratar*,” “*descuidan*,” “*llevaron hasta el Hospital de Niños a Belén, pero ahora ya falleció*” (*sic*) “*rescatar*”.

Esta denuncia es la escritura de un diálogo en el que el diálogo mismo ha desaparecido como tal. En la que las preguntas que lo atravesaron, han sido obviadas, como los sentimientos y las emociones de quienes dialogaron. Es un vestigio de ese diálogo oculto, del que ha quedado sólo lo que una de las personas registró, una traducción de las palabras/respuestas, de quien fue interrogado al denunciar.

El relato de elevación a juicio, en cambio, es una reconstrucción realizada a partir de otros relatos, el de las pruebas que permiten tener por “legalmente acreditados” los hechos que se narran. Es entonces una suerte de “meta relato” un relato que se apoya en otros relatos para obtener verosimilitud. Un relato “probado”. En esta versión se han abstraído por completo los detalles y circunstancias. Impreciso en la fecha, no puede determinarse con certeza donde acaecen las acciones que en modo alguno se individualizan, algo que complicará la valoración de la prueba que se ha producido.

Se acusa a una persona de sexo femenino cuyos datos biográficos, su edad, su educación, su familia de origen y la actual, su emplazamiento, sus necesidades, se ignoran en la narración. Datos todos cruciales para la evaluación punitiva.

Nada se consigna sobre la escena del desamparo. Es algo así como una acción incierta en una escena abstracta. Y en este aspecto tanto la denuncia como la elevación a juicio comparten una singular característica: algo no dicen de lo sabido, o de lo presuntamente acaecido. Algo, tal vez, no preguntado. Y en este ocultamiento, en este encubrimiento se evidencia un acto de poder, el poder del no decir, del no registrar, del no preguntar. Como si fuese una encarnación de una añosa canción (El avestruz) que decía *“tra la la la yo, no lo veo, no puede ser tan feo”*, que en los setenta cantaba Nacha Guevara (5).

Se dice de la madre que “revestía posición de garante”, una expresión que requiere un diccionario que pocos poseen, para ser entendida, pero que seguramente podría encontrarse en libros de derecho penal. Una expresión que generaliza o sustituye otros términos de los previstos en la figura del abandono, que alude a la persona que “debe mantener o cuidar a otra”, o a la que la persona que el autor haya incapacitado, expresiones que obligan a recorrer leyes no penales para especificar su significación.

Y en la construcción del relato pareciese inevitable emplear las palabras mismas de la descripción legal de la transgresión, al emplearse términos como *“puso en peligro la salud (...) colocándola en situación de desamparo”*, que pueden leerse en el artículo 106 del Código Penal (CP).

La narración tampoco es suficientemente clara, pues parece insinuar que la muerte de la Belén se produjo sólo porque no concurrió a certificar un diagnóstico presuntivo de celiaquía. Pero ¿es la ausencia de diagnóstico presunto la causa de su muerte, o una celiaquía no tratada?

IV.4. El desistimiento

Tras la elevación del proceso a juicio y ya iniciado el debate, consta en el acta correspondiente el desistimiento de la Fiscal que decide no acusar tras evaluar la prueba que se había producido. Se lee en el acta que la Dra. Laura Lasarte manifiesta:

“En relación a estos dos testimonios, el de la médica del Hospital de Niños y el de la Directora de la Escuela han sido determinantes para mí respecto de a quien correspondería la responsabilidad de lo sucedido, que no es a la persona aquí presente sino al Estado —a quien estoy representando— y pido disculpas, aunque no es mi campo, pero

(5) Un tema de Michael Flanders/Donald Swann - Adaptación: Nacha Guevara/Alberto Favero. Del espectáculo “Este es el año que es” (Buenos Aires, 1971) y “Este es el año que fue” (Uruguay, 1972).

siento la obligación de pedirle disculpas personalmente a usted por el abandono en el que la han dejado. Es vergonzoso, estando en épocas de elecciones, los miles y miles de pesos que se gastan en propagandas tanto para el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires como para el Intendente de la Ciudad, que pasen estas cosas es indignante y ya hablo como ciudadana y no como Fiscal. Solicito al Tribunal que arbitre ya los medios para que estos dos chiquitos de Adriana Volpi, que también padecen celiaquía, reciban la atención y la alimentación necesaria y por el tiempo que haga falta para que no les pase lo de Belén y una vivienda digna que no le falte a la Señora porque si hay tanta plata para algunas cosas como no puede haberla para estas. Solicito al Tribunal que más que pedir se exija a quien corresponda lo solicitado”.

Entre estos relatos ¿qué es lo que ha sucedido? Entre otras cuestiones el debate oral en el que testimoniaron pediatras, asistentes sociales y directores de escuela que pusieron de relieve el esfuerzo de la madre en el cuidado de Belén, su extrema vulnerabilidad social y las significativas carencias en la atención hospitalaria. No obstante una pericia médico legal de la IPP contiene una información clara y sintética de las circunstancias del proceso, de su complejidad, y de los diversos actores involucrados. Después de consignar *la altísima complejidad de su análisis, en virtud de la extensa documentación, los numerosos incidentes y operadores sanitarios sanitarios (sic), judiciales, escolares y familiares que atraviesan la vida y la muerte de la niña a partir de 2007* y reconstruir con detalle toda la trayectoria de Belén, en su familia, escuela y hospitales que la trataron concluye que:

Del acotado relato de los hechos surge la intervención de distintos individuos y organismos durante la enfermedad de Belén, cuyo resultado final hubiese sido previsible si el diagnóstico presuntivo de celiaquía se hubiera confirmado en forma oportuna, indicando el tratamiento dietético acorde.

Sólo con fin ilustrativo, dadas las limitaciones forenses que esta I.P.P. plantea, dividimos la participación del entorno de la niña de la siguiente manera:

- 1) Abuela continente que denuncia malos tratos hacia Belén y Macarena existiendo intervenciones previas del Tribunal de Menores Nro. 5 a cargo del Dr. Bardi, que al menos dan cuenta de la preocupación de la abuela y de la posible existencia de violencia intrafamiliar.
- 2) Hospital San Roque de Gonnet:

Al ser internada la niña en el 2007 se agotaron los medios de diagnóstico y tratamiento para la patología agua. Se hizo diagnóstico presuntivo de celiaquía,

estudio que se envió al Hospital de Niños Sor María Ludovica, pero que nunca fue retirado por la familia de la niña.

Es necesario remarcar, que durante las entrevistas psicológicas Belén se mostró activa y vivaz situación que variaba ante la presencia de su madre.

Asimismo resulta destacable la operatividad y compromiso del Servicio Social de dicho Hospital que articuló una estructura de contención familiar y escolar para el adecuado seguimiento de Belén sin perjuicio de los trágicos resultados por la fractura de este andamiaje.

- 3) El Poder Judicial a través de los distintos operadores, sumado a ello el cambio de la ley al momento de que la niña requiera protección, posibilitó un cono de sombra sobre su evolución.
- 4) La escuela a la que asistiera Belén, asumió un rol casi excluyente en la protección y seguimiento de la niña, agotando en forma comprometida todos los medios a su alcance.
- 5) La madre, el padre y el padrastro de Belén omitieron llevar a la niña a los controles médicos indicados.

Excede a estos peritos brindar otras opiniones y/o consideraciones sobre las circunstancias que promovieran dicha conducta.

Sin perjuicio de lo expuesto resulta necesario resaltar que, con los avances de la ciencia en relación a la celiaquía, resulta inconcebible que una niña de 8 años muera por la no instauración del tratamiento acorde que salvo en las complicaciones y comorbilidades sólo se reduce a una dieta libre de gluten.

El informe contiene mucho más que consideraciones médico legales pues, de alguna manera, analiza el modo de intervención de las instituciones involucradas, en términos laudatorios o tibiamente enjuiciadores. Llama a la abuela “continente”, destaca “la operatividad y compromiso” del servicio social del Hospital San Roque de Gonnet y considera que *La madre, el padre y el padrastro de Belén omitieron llevar a la niña a los controles médicos indicados.*

También destaca que: “El Poder Judicial a través de los distintos operadores, sumado a ello el cambio de la ley al momento de que la niña requiera protección, posibilitó un cono de sombra sobre su evolución” y consigna que: “La escuela intentó involucrar a la Dirección de Niñez y Adolescencia, sin resultado alguno e incluso cuando la niña en marzo de 2009 ya se encontraba postrada, personal de la escuela se hizo presente en el domicilio recomendado su internación, argumentando la madre que al no tener con quien dejar a los hermanos la niña

desmejoraba” e informa que: “Cabe remarcar que el 01/03/07 el Hospital establece como ‘pendiente’ el resultado de análisis por celiacía (...) QUE SE CONOCERÁ EN OCTUBRE DE 2011 ES DECIR DOS AÑOS DESPUÉS DE LA MUERTE PREVENIBLE DE BELÉN.

El proceso no contó con las causas o expedientes judiciales de Belén y sus hermanos. Pero dos fueron los tribunales involucrados, al parecer, durante la vigencia del llamado “patronato” de menores o doctrina de la situación irregular Uno que intervino en una primeras actuaciones sobre maltrato a Belén y sus hermanos y otro que lo hizo estando internada Belén en el Hospital San Roque, y determinó su inmediata puesta a disposición.

Con el cambio de legislación el Tribunal que interviniera se excusó de seguir haciéndolo porque ya no tenía competencia “asistencial” y cuando la escuela intentó involucrar a la Dirección de Niñez y Adolescencia no obtuvo resultado alguno “e incluso cuando la niña en marzo de 2009 ya se encontraba postrada, personal de la escuela se hizo presente en el domicilio recomendado su internación, argumentando la madre que al no tener con quien dejar a los hermanos, la niña desmejoraba”.

Estas consideraciones y análisis permiten algunas inquietantes inferencias.

Vigente la legislación del patronato con sus tribunales de menores, frente a una internación de Belén en el Hospital San Roque fue puesta de inmediato a disposición del Juez de Menores, aunque nada se sepa de lo ocurrido con esta intervención.

Con la nueva legislación provincial, ni los antiguos operadores, ni los nuevos realizan o posibilitan intervención alguna. Unos se declaran incompetentes, otros, pese a la gravedad del caso, no dan respuesta alguna.

Claro que el contexto en que esta situación ocurrió evidencia severísimas carencias en el núcleo familiar de Belén.

La figura de su padre biológico no aparece ni siquiera explorada. Y médicos, trabajadores sociales, y educadores, pusieron de relieve las enormes carencias económicas que padecían, con vivienda errática y casi en situación de calle una situación que afecta severamente las condiciones de tratamiento de la celiacía.

IV.5. Guarda y devolución de O

Para poder narrar en parte la vida de O nada mejor que leer detenidamente una resolución dictada el 6 de abril de 2016, en La Plata, por la Suprema Corte de

Justicia de la Provincia de Buenos Aires que da cuenta de que el día 2 de marzo la SCBA toma conocimiento por oficio : “remitido vía fax por el Juzgado de Familia N° 1 de Mercedes a la Secretaría Civil y Comercial de este tribunal, de las manifestaciones efectuadas por el doctor Pedro S. Kaufmann —en su rol de Abogado del Niño de la adolescente *O. A.*— con motivo del cumplimiento de las disposiciones emanadas de la sentencia dictada por esta Corte con fecha 11 de noviembre de 2015 en los autos caratulados ‘*A. , O. E. . Incidente*’”.

Se afirma en el fallo que de la lectura del escrito “surge que en el mes de julio de 2015, *O.* habría sido dejada en las oficinas del Servicio Local de Protección de Derechos de Morón por quienes hasta ese momento eran sus guardadores, los señores *F. M. B.* y *M. D. B.* y alojada en el Hogar “Abuela Alicia” por disposición del Juzgado ante el cual —y durante diez años— tramitara la causa tutelar de la referida menor”.

Y continúa “En atención a las circunstancias denunciadas, previo contacto telefónico con el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 2 de Morón —órgano ante el que tramita la causa de *O.*— y frente a la posible vulneración de derechos de la adolescente, se requirió con urgencia la remisión a este tribunal de la causa N° 028990 ‘*A., O. E. Abrijo*’ y todas las vinculadas con la misma que se encontraran radicadas en el citado juzgado”.

A partir de la información remitida se reconstruye los pasos institucionales que se habían dado:

“Se constata la comparecencia espontánea ante esa dependencia del señor *F. M. B.* y la señora *M. D. B.* manifestando su voluntad de no continuar ejerciendo la guarda de *O.* (acta de fs. 214 labrada en el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 2 de Morón, con fecha 19 de mayo de 2015) por los motivos que allí esgrimieron. Frente a ello, el juzgado comunicó la situación a la Asesoría de Incapaces N° 2 departamental, cuyo titular convocó tanto a *O.* como al matrimonio *D. B. B.* a una entrevista (fs. 215). Del acta labrada en aquella oportunidad se desprende que, con fecha 19 de mayo de 2015 la joven había manifestado no querer ser llevada a un hogar, deseando quedarse con sus guardadores (fs. 216), mientras que estos últimos ratificaron su postura de declinar la guarda de la adolescente —que ejercieron durante dos años— invocando la existencia de innumerables problemas en la convivencia con la menor (fs. 217)”.

El relato de la deriva institucional continúa esta manera:

“Luego, el 1 de julio de 2015, el juzgado remitió las actuaciones al Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil

departamental para la realización de una pericia psicológica respecto de *O.* y sus guardadores (fs. 220). Del informe efectuado surgió que entre la niña y los referidos adultos no se había logrado establecer un vínculo de familiaridad, sugiriendo el perito que se contemple la posibilidad de mantener a la adolescente en el colegio al que se encontraba asistiendo y, en caso de considerarse necesario, el regreso de *O.* al hogar de proveniencia (fs. 226/227)”.

A continuación se lee:

“Conferida la vista al Asesor de Incapaces, éste dictaminó con fecha 1 de julio de 2015, recomendando que sea el Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño el encargado de evaluar la situación de *O.* como “otrotra lo hiciera” (sic) y agregó: ‘evaluando e implementando’ las estrategias a seguir a fin de propiciar las medidas tendientes a lograr el beneficio de *O.*, por lo que sugiero se le ponga en conocimiento de la problemática planteada” (fs. 229 vta.)”.

El abandono de *O.* por sus guardadores se describe de este modo:

“El juzgado, el 7 de julio de 2015, requirió entonces al Servicio Zonal Zona Oeste que evalúe la situación de la menor y elabore las estrategias al respecto, librando a tal fin un oficio haciéndole saber al citado organismo administrativo que el señor B. y la señora D. B. se encontraban autorizados a diligenciar el mismo, disponiendo que el organismo remita luego un informe de lo actuado al juzgado (fs. 231). Es allí cuando *O.* es dejada en las oficinas del Servicio, con algunas pertenencias y efectos personales”.

La SCBA consigna luego:

“Ante tal panorama, el Servicio Local de Morón, con fecha 10 de julio de 2015 solicitó ante el Tribunal de Familia N° 1 de Morón, el control de legalidad de la medida de abrigo que adoptara respecto de *O.* con fecha 7 de julio. En dicho marco planteó que se ordene como medida cautelar la fijación de una cuota de alimentos provisorios a cargo del matrimonio B. D. B. que contemple los gastos de escolaridad de *O.* a fin de que, ante la declinación de responsabilidad efectuada por el citado matrimonio a menos de diez días del comienzo del receso escolar de invierno y a veinte días de que *O.* cumpliera sus 15 años de edad, se garanticen —al menos— las relaciones afectivas forjadas en el centro educativo al que se encontraba asistiendo”.

“Solicitó también que la Defensoría Civil designe un abogado del niño para asumir la defensa de los intereses de la adolescente y requirió expresamente que a los efectos del control de legalidad de la medida adoptada, no intervengan las autoridades judiciales vinculadas al proceso tutelar aún abierto, esto es, el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 2 de Morón y la Asesoría de Incapaces N° 2 departamental. A esos fines efectuó una reseña del sistema protectorio de la niñez y la adolescencia así como del tránsito de *O.* por el sistema tutelar, señalando que luego de una década de proceso judicial, resultó desacertado el actuar del juzgado interviniente al enviar al matrimonio guardador junto con la niña ‘con un oficio en la mano’, delegando de tal modo en el organismo administrativo la competencia para resolver la situación civil de *O.* (fs. 251/253)”.

La morosa deriva institucional y el activismo de la SCBA se describen a continuación:

“Ante ello, con fecha 26 de agosto de 2015 el Tribunal de Familia previa solicitud al juzgado penal juvenil de copia certificada de la resolución por la que se otorgó la guarda de *O.* (fs. 26 de la causa 847), resolvió sin más inhibirse de seguir entendiendo en las actuaciones, remitiendo las mismas a ese órgano (Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 2 de Morón, fs. 34/35 de la causa 847 cit.). Recibidas las actuaciones por el juzgado penal (fs. 36 de la causa 847) éste, como primera medida, con fecha 8 de octubre de 2015, requirió al Servicio Local un informe respecto de la situación de la joven (fs. 270) y más adelante, con fecha 26 de noviembre de 2015, entabló comunicación con el Hogar Sian de Paso de Rey y reiteró el pedido de informes al Servicio. A partir de allí, cesó toda actividad útil del órgano interviniente en pos de una adecuada protección de los derechos de *O.*, activándose recién la causa el 2 de marzo del corriente, coincidentemente con el llamado telefónico de la Secretaría Civil y Comercial de esta Suprema Corte ese día (fs. 276)”.

En el tercer punto concluye la Corte con un análisis lapidario del caso que involucra a muchos de los operadores, judiciales o no, del nuevo sistema instaurado:

“Del análisis de las actuaciones reseñadas surge la existencia de un trámite —respecto de *O. A.*— absolutamente desentendido de las pautas básicas del sistema protectorio de la niñez y la adolescencia, tanto legales como convencionales *prima facie* y sin ahondar —en esta oportunidad— en la totalidad de las actuaciones producidas, puede apreciarse por parte del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N. 2 de Morón un insuficiente control y seguimiento de la idoneidad de las personas a quienes, con fecha 23 de febrero de 2013, se otorgó la

guarda de O., con ausencia de comunicación al Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos de la mentada medida (Ac. 3607, SCBA); ineficaz tratamiento de la problemática planteada a partir de la advertencia de un necesario abordaje terapéutico en pos de superar las dificultades en la convivencia puestas de manifiesto ante el órgano; inadecuada derivación del caso al organismo administrativo (luego de una judicialización del mismo durante una década) tal como lo señala el Servicio Local (fs. 246/252) y excesivas demoras en la adopción de medidas de protección de derechos relativas a una persona menor de edad en situación de extrema vulnerabilidad”.

“Es de destacar también la inacción por parte del Tribunal de Familia ante el reclamo de protección urgente y cautelar (mediante el concreto pedido de fijación de alimentos provisorios para solventar la continuidad en la escuela a la que asistía O.) formulado por el Servicio Local, el que tampoco fue atendido por el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil. Luego de ello, como se señalara, se observa una inaceptable demora en tomar cualquier medida posterior, inacción solo quebrada ante el llamado telefónico de esta Corte (v. fs. 276)”.

Las críticas continúan de este modo:

“A esto debe sumarse la deficiente actuación en pos de una adecuada y eficaz protección de los derechos de O. tanto por parte del Asesor de Incapaces actuante (quien fuera el que propiciara la intervención del Servicio Local), como del doctor Kaufmann, quien reviste la condición de ‘Abogado del Niño’ de O. (tal como surge del incidente iniciado en el marco de la causa ‘S. ,S. Abrigo’ que tramite ante la justicia de familia de Mercedes), figura que tiene por finalidad, tal como lo prescribe el artículo 1 de la ley 14.568, ‘(...) la de representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces’ (artículo 12, incisos 1 y 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 27 de la Ley 26.061)”.

Contra el abogado nombrado se dispondrá “remitir las actuaciones al Tribunal de Ética del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Morón, esto último para que se analice la actuación del doctor Pedro Kaufmann”.

Finalmente, la Corte critica la intervención del fiscal: “—por un lado— se observa insuficiente además de inadecuada para la debida protección de los derechos de

O. y —por el otro— la del ‘Abogado del Niño’, absolutamente inexistente, cuando se trata —en los dos casos— de letrados con un mismo deber: requerir medidas urgentes e idóneas para la adecuada protección de una adolescente con sus derechos gravemente vulnerados”.

Por último se determina en el apartado cuarto:

“habrán de adoptarse medidas excepcionales e inmediatas en pos de la efectiva protección de los derechos de O. A., aplicándose a tal fin las normas de actuación contenidas en el Código Civil y Comercial relativas a esta materia como así también las reglas contempladas en la Convención de los Derechos del Niño y, asimismo, las directivas que dimanen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicables en la especie (artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y los mandatos de eficacia procesal en causas que involucren a menores derivados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en los casos ‘Furlán y familiares vs. Argentina’, sent. del 31-VIII-2012 y ‘Fornerón e hija vs. Argentina’, sent. del 27-IV-2012; artículos 3, 20 y 25, de la Convención de los Derechos de Niños y 706 y 709 y concs. del CCyCN)”.

Y estas son: hacer cesar la intervención del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 2 de Morón cuyas actuaciones serán investigadas (se encuentra en la parte dispositiva del fallo que se dará intervención a la Subsecretaría de Control Disciplinario y a la Procuración General, se examine la actuación del Juzgado y de la Asesoría de Incapaces N° 2 del mismo Departamento Judicial) “y, consecuentemente, atribuir competencia a los fines de las medidas a adoptar en lo sucesivo al fuero de Familia de Morón, atendiendo a la solicitud y por los fundamentos expuestos por el Servicio Local de Morón en la comunicación de la medida de abrigo obrante a fs. 237/253”.

Además “disponer que, asignada la causa al Juzgado de Familia que corresponda —ello, con motivo de la disolución de los Tribunales colegiados y su transformación en unipersonales—, éste adopte de modo urgente y con la especial sensibilidad que el caso requiere medidas de protección de los derechos de O. que, teniendo especialmente en consideración su palabra y la concreta situación actual de la adolescente (residencia, vínculo con su familia biológica, realidad escolar, expectativas personales a la luz de la historia transitada, deseos y posibilidades de desarrollo de los mismos, etc.), atiendan a su interés superior”.

La SCBA establece además que: “deberán extremarse los esfuerzos a los fines de una adecuada selección de los aspirantes a guardadores, ofreciendo este Tribunal todo el auxilio de sus estructuras específicas para colaborar en la tarea de

encontrar una familia para *O.* acorde a sus necesidades y expectativas vitales. Asimismo, deberá dicho órgano brindar concreta respuesta al pedido de prestación alimentaria formulado por el Servicio Local (v. fs. 3/6 de la causa 847), el que deberá ser adecuado a los requerimientos actuales de *O.*”

Se dispone a continuación que para evitar repeticiones de la experiencia “como la suscitada en torno a la niña *O.* y en tanto los señores B. y D. B. fueron postulantes del Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción —aun cuando los mismos se encuentren incluidos a la fecha en la nómina de baja—, corresponde disponer la anotación de lo aquí dispuesto en ese Registro y encomendar que arbitre las medidas tendientes a dejar constancia de lo acaecido en el legajo de los nombrados, ello ante posibles futuras postulaciones”.

La lectura de este fallo permite una serie de interesantes inferencias:

- a. Es una sentencia extremadamente clara, sin tecnicismos que la vuelvan inaccesible, o poco comprensible, valores de singular importancia.
- b. Muestra una Suprema Corte activa, que actúa de modo oficioso, y hasta llama por teléfono a los Tribunales para interiorizarse del trámite.
- c. Pone en cuestión y en tela de juicio la actuación de nuevos operadores jurídicos, sean del Poder Judicial o no. Involucra desde el abogado del niño de reciente creación e implementación. Los tribunales de familia, con sus cambios y mutaciones y el fuero de responsabilidad juvenil con sus causas de transición.
- d. Evidencia una crisis en el uso e interpretación de la palabra del niño. ¿Quién y cómo pudo escuchar a *O.*? ¿Cuáles fueron sus opiniones, deseos, y acciones, si estas se pudiesen entender como un lenguaje?
- e. Da cuenta de las formas más complejas de violencia institucional: las que involucran pluralidad de actores obrando más por negligencias o descuidos que por otros móviles más espurios (Domenech, 2004). El abandono inicial de *O.*, su estado de adaptabilidad, se replica en otra serie de abandonos: de sus guardadores, y de las distintas instituciones que, con su morosidad, e inacción no logran ni acotarlo, ni modificarlo, para de modo trágico, espejarlo, repitiéndolo.

En este caso la violencia no es física. No hay lesiones físicas. No hay tormentos. Pero el sufrimiento moral, el daño moral es extenso, además de las dificultades alimentarias que se enuncian.

La forma de la devolución de O., la oportunidad próxima a las vacaciones, con clara afectación de otros vínculos como los escolares lo evidencian.

- f. Exhibe una de las más dolorosas cuestiones del cuidado de niños entregados en guardas con fines de adopción por sus guardadores.
- g. Por ende pone sobre el tapete temas relacionados que se pueden presentar como preguntas:

¿Con qué criterios y recaudos se otorgan guardas con fines de adopción?

¿Cuáles son las obligaciones de los guardadores durante y después de la guarda, en especial en relación a las obligaciones alimentarias?

¿Cómo se acompañan las guardas? ¿Cómo se contienen?

¿Qué mecanismo de control de las guardas se prevén?

¿Cómo opera la palabra del niño en estas emergencias?

V. Conclusiones e interrogantes

Las fuentes judiciales, aun con las dificultades y límites que presentan, son de gran utilidad para la realización de estudios cualitativos y cuantitativos sobre las prácticas judiciales y de instituciones asociadas.

La sentencia de la CSJN pone en evidencia no solo las tensiones entre la legislación penal juvenil vigente y las normas constitucionales, sino la complejidad sociopolítica del problema, y los límites de las meras respuestas judiciales “activistas”. Los análisis de las conclusiones del Observatorio de la Deuda Social de la UCA muestran la alarmante vulneración de los derechos de los niños y la crisis de instituciones relacionadas con su socialización y contención

Los casos analizados, uno a través del proceso mismo, otro a partir de una sentencia de la SCBA, aluden al cuidado y alojamiento de niños durante la transición del sistema denominado del Patronato de Menores en la Provincia de Buenos Aires, al sistema actual que presume de garantizar los derechos de los niños como sujetos de derechos, rodeándolos de una amplia gama de actores entre los que se ubica el abogado del niño.

Estos se inscriben en un escenario anómico por las tensiones normativas en la legislación de infancia, las severas dificultades en la implementación en la nueva normativo y las importantes privaciones de la niñez en el período, muchas

vinculadas por un lado a su constitución como sujeto y los lazos sociales capaces de contenerlo por otro.

En ambos casos se advierten importantes disfunciones que concluyen con la muerte de una niña y con el abandono institucional de una adolescente. Configuran, además, un verdadero maltrato institucional.

Estas sentencias y casos ponen en evidencia singulares (y graves) falencias, en las instituciones y actores instituidos en nombre de una nueva legislación que atrajo cómo un imán a los defensores de derechos de niños y adolescentes. Evidencia de una paradoja lacerante: cuantos más derechos se escriben y se consagran, más se los vulnera.

Es que ciertas fuentes judiciales, como los expedientes y las sentencias, aunque muchos de sus relatos opaquen las emociones, las suscitan pues encarnan y escriben diversas formas del dolor. El mismo dolor que se oculta tras la satírica “modesta proposición” de Jonathan Swift.

VI. Bibliografía

BARRENECHE, Osvaldo; MAYO, Carlos y MALLO Silvia (1989). “Plebe urbana y justicia colonial: las fuentes judiciales. Notas para su manejo metodológico”, en: Leticia Barrera (2012), *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*. Buenos Aires: Siglo XXI.

BRUMER, Jerome (2003). *La fábrica de historias*. Derecho, literatura, vida. Buenos Aires: FCE.

DOMENECH, Ernesto E. (2004). *Casos Penales, construcción y aprendizaje*. Buenos Aires: La Ley.

— (2006). *Violencia y Escritura de las prácticas en Subjetividad y procesos cognitivos*. Buenos Aires: UCES, pp. 115-125.

DOMENECH, Ernesto y GUIDO, Ma. Liliana (2003). *El paradigma del patronato. De la salvación a la victimización del niño*. La Plata: Edulp.

DURÁN, C. L. (1999). “Apuntes sobre la fuente judicial como recurso para la investigación social” [online]. *Sociohistórica*, (6). Disponible en: http://www.fuentesmemoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.2815/pr.2815.pdf

JANÍN, Beatriz (2016). “La memoria colectiva, el trabajo y los lazos sociales en la constitución de la subjetividad”, en: *Actualidad Psicológica* 450. Buenos Aires: Infancias y Sociedad.

MAGISTRIS, Gabriela Paula (2012). "El magnetismo de los derechos. Narrativas y tensiones en la institucionalización de los Sistemas de Protección de Derechos de los niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires (2005-2011)". *Tesis presentada como requisito para optar por el título de Magister de la Universidad Nacional de San Martín en Derechos Humanos y Políticas Sociales*. Buenos Aires, septiembre. Disponible en: <http://www.equidadparalainfancia.org/wp-content/uploads/2013/06/El-Magnetismo-de-los-Derechos.pdf>

SALVIA, Agustín (2008). "Argentina 2007: condiciones de vida de la niñez y adolescencia. Una mirada desde la perspectiva de los derechos, en: *Barómetro de la Deuda Social de la Infancia* N° 2. ISBN 978-987-23930-7-6. Disponible en: Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina,

SWIFT, Jonathan (1729). *Una modesta proposición Para prevenir que los niños de los pobres de Irlanda sean una carga para sus padres o el país, y para hacerlos útiles al público* [Sátira Texto completo] Dublín, Irlanda. Disponible en: <http://ciudadseva.com/texto/una-modesta-proposicion/>

VAN ROERMUND, Bert (1997). *Derecho, relato y realidad*. Madrid: Tecnos.

ZEBEIRO, Blanca (2009). "Fuentes judiciales y la historia social. Perspectivas y metodologías. Una reflexión a partir del proceso a Mateo Banks", en: *Anuario II*. Escuela de Historia. Revista digital N° 1. Rosario: Facultad de Humanidades y Artes. UNR.

Fecha de recepción: 26-03-2017 Fecha de aceptación: 04-06-2017

Debates preliminares para una nueva Ley de Responsabilidad Penal Juvenil

POR **MARÍA JOSÉ LESCANO** (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Reseña del proceso de transición normativa.— III. La violencia y los medios de comunicación.— IV. Convocatoria para participar en la confección del anteproyecto de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil.— V. Ley 22.278/80 y su modificatoria ley 22803/83.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.

Resumen: con motivo de la reciente convocatoria realizada por el Ministerio de Justicia de la Nación para debatir acerca de la reforma de la ley 22.278, se ha impulsado nuevamente el proceso de transición normativa en materia de infancia. Cabe recordar que el Estado Argentino, al no contar con una ley que consagre un nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil acorde a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), ha sido exhortado por la comunidad internacional para que actúe en consecuencia. Es indispensable, por tanto, no perder esta oportunidad para reflexionar en torno a esta cuestión, debiendo las Universidades implicarse para contribuir con el conocimiento producido, y así aspirar a que la nueva normativa goce de la más alta legitimidad y que sea capaz de garantizar realmente los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Palabras claves: ley - penal - juvenil

Preliminary debates for a new Juvenile Criminal Responsibility Law

Abstract: *On the occasion of the recent call by the Ministry of Justice of the Nation to discuss the reform of law 22.278, has been pushed again the process of regulatory transition in the field of children. It should be recalled that the Argentine State, since it does not have a law that establishes a new system of juvenile criminal responsibility according to the CIDN, has been urged by the international community to*

(*) Doctora en Derecho Penal, Universidad de Salamanca. Secretaria del Instituto de Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Prof. de postgrado en las Especialización en Derecho Penal y en Violencias interpersonales y de género, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Jueza de Garantías del Joven de la ciudad de La Plata.

act accordingly. It is therefore essential not to lose this opportunity to reflect on this issue, universities should be involved to contribute with the knowledge produced, and thus to hope that the new legislation enjoys the highest legitimacy and is able to truly guarantee the Rights of children, girls and adolescents.

Keywords: *new law juvenile - responsibility - criminal law*

I. Introducción

Nuestro país al haber adherido a la CIDN asumió el compromiso con la comunidad internacional de proveer a la adecuación de su Derecho interno a los postulados contenidos en dicho Tratado de Derechos Humanos. Instrumento jurídico que, por la materia objeto de regulación, integra el texto de la Constitución Nacional, según lo establece el artículo 75 inc. 22.

Si bien el Estado argentino ha avanzado en el proceso de transición legal, hasta el momento no ha cumplido con la plena estructuración de un sistema de justicia penal juvenil, pues aún resta modificar el “*régimen penal de la minoridad*” previsto por el decreto-ley 22.278.

Ciertamente no han sido razones de técnica jurídica las que obstaculizaron la modificación de una ley penal en vigencia, que sólo cuenta con 13 artículos y que, como en reiteradas veces se sostuvo, ha surgido en tiempos de la dictadura a partir del dictado de un decreto-ley.

Con motivo de la reciente convocatoria realizada por el Ministerio de Justicia de la Nación, para que distintos actores sociales se reúnan a debatir el contenido de una futura legislación, entiendo oportuno a través del presente trabajo poner de manifiesto cuáles han sido los temas objeto de reflexión y los principales aportes que se manifestaron en esta instancia preliminar a la confección del anteproyecto de ley.

Por otra parte aspiro con estas líneas dar a conocer que, la universidad pública en la que participo, también se ha implicado en este proceso de reforma, expresando su vocación de contribuir con el conocimiento producido en materia de infancia a través de las distintas unidades académicas, en el convencimiento de que es necesario promover el debate y arribar a consensos políticos para la aprobación parlamentaria de una nueva ley de responsabilidad penal juvenil (1).

(1) La convocatoria realizada por el Ministerio también tuvo su impacto en el ámbito de esta Universidad, pues a instancias de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Rectorado, se comenzaron a realizar reuniones a los efectos de integrar los conocimientos adquiridos en los distintos proyectos de extensión, de investigación y de formación académica relativos a los derechos de la niñez,

II. Reseña del proceso de transición normativa

Para poder comprender históricamente el proceso de cambio legal, debemos recordar que el Derecho de la Infancia surgido al abrigo de la CIDN comenzó a gestarse en el Ordenamiento jurídico argentino a partir de la sanción de diversas legislaciones provinciales.

De manera prioritaria pero dispersa, las distintas provincias de nuestro país, en ejercicio de sus facultades no delegadas, fueron implementando el sistema de promoción y protección integral de derechos. Luego, el reconocimiento de los derechos de los niños, continuó a nivel nacional con la sanción de la ley 26.061 que supuso la derogación de la Ley del Patronato de Menores (*Cfr.* ley 10.903).

Sin embargo, la creación de una nueva ley penal juvenil no ha corrido igual suerte. Hace más de diez años que, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores han cobrado y perdido estado parlamentario numerosos proyectos de reforma al régimen penal de la Minoridad que luego han caído en el olvido (2).

Hasta el momento no se pudo alcanzar a nivel político, el consenso para que el Poder Legislativo nacional apruebe un nuevo régimen de responsabilidad penal adolescente, pese a las reiteradas exhortaciones que recibió el Estado argentino para saldar esta deuda moral, que décadas atrás fuera asumida ante la comunidad internacional.

El Comité de los Derechos del Niño, como fiel custodio de que los Estados adherentes efectivicen lo expresado en la Convención, solicitó —en el informe producido en el 31º período de sesiones—, que se arbitren las medidas necesarias para lograr la reforma de las leyes derivadas del Paradigma del Patronato.

Concretamente, el mencionado Comité le comunicó a nuestro país que no solo debía revisar las leyes sino también las prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención —en particular con los artículos 37, 39 y 40—, en correlación con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia

solicitándose al Honorable Consejo Superior de la UNLP con fecha 5 de mayo del corriente, sea declarado este espacio de interés institucional.

(2) Puede citarse como ejemplo de los proyectos que adquirieron estado parlamentario el presentado por De Narváez 1802-D-2014; Bullrich 2236-D-2012; Carrió, Sánchez y Javkin 1334-D-2014; Rogel, Viela Calvet, Benedetti, Alfonsín, Maldonado y Storani 7255-D-2013; Donda y Stolbizer; 6545-D-2013, 5438-D-2013; Bianchi, 5225-D-2013; Garrido y Storani; 1339-D-2013 Gambaro. *Cfr.* Jarolinsky, Karen (2015). “Proyectos y tentativas de modificación del Régimen penal de la minoridad: mil intentos y ningún invento”, en: *Políticas penales y de la seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 160.

de Menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) (3).

También la Corte Interamericana en el fallo “Mendoza y otro *vs.* Argentina” se expidió al respecto. En el punto 20 de su resolución dictada el día 14 de mayo de 2013, expresó que Argentina debía:

“(...) ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil, y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas, así como la asignación de adecuados recursos presupuestales, para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes (...)” (4).

II.1. Inconsistencias jurídicas internas

La ausencia de una legislación penal acorde al paradigma proclamado por la Convención, provocó también dificultades internas, en la medida que se fueron suscitando lagunas normativas e inconsistencias sistemáticas.

La labor de los jueces al tiempo de aplicación de la ley no se halló, por tanto, exenta de dificultades. A lo largo de todo el territorio nacional los magistrados tuvieron que lidiar con preceptos jurídicos que se enfrentaban, en tanto la legislación procesal a aplicar respondía ideológicamente a un fundamento diverso al de la ley nacional.

En esta encrucijada, los jueces de fuero penal juvenil se vieron compelidos a asumir las más variadas posiciones interpretativas, opacando de modo preocupante el principio que aspira alcanzar la uniforme aplicación de la ley (5).

A título ilustrativo, cabe poner de relieve la singular tensión normativa que se produce entre las instituciones previstas por la ley bonaerense, que rige el proceso penal juvenil (13.298/13.634), y las contenidas en la 22.278, demostrando a través de su aplicación, la impostergable necesidad de solventar legal y definitivamente estas dificultades.

(3) CRC/C/15/Add.187, 9 de octubre de 2002.

(4) La Corte Interamericana condenó al Estado argentino y entre varias cuestiones en su decisión hizo especial mención a la necesidad de que Argentina apruebe una nueva legislación penal juvenil.

(5) La ley 22.278 en reiteradas ocasiones fue impugnada desde el punto de vista constitucional. A veces el planteo tuvo parcial recepción al declarar inconstitucionales algunas de sus previsiones, en otros casos se declaró su absoluta e integral inaplicabilidad, pero también existieron supuestos en que se reconoció su plena vigencia en tanto la aplicación se realice a través de una interpretación *aggiornada* a los postulados emanados de la CIDN.

En la ley procesal de esta provincia se establece por ejemplo la posibilidad de aplicar por el Juzgado de Responsabilidad medidas cautelares sobre el joven imputable, pero también contempla la imposición de consecuencias jurídicas tanto para niños punibles como no punibles(6); y hasta ha regulado su incidencia al momento de computar las penas. Temas estos que claramente deberían estar previstos de modo previo en una ley a nivel nacional, para disipar colisiones normativas y desechar cualquier sospecha de inconstitucionalidad.

Lo expuesto revela que ante la omisión legisferante del Parlamento nacional, surge la extraña tendencia del legislador provincial de invadir facultades que ya han sido delegadas a la Nación. Por otra parte, esta inconsistencia sistemática somete a los operadores jurídicos al más agudo desconcierto, teniendo los jueces que intervenir intelectual y artesanalmente en cada conflicto con sutileza extrema, dada la vacilante legislación con la que cuentan.

En este confuso panorama, en el seno del fuero de la responsabilidad penal juvenil comenzaron a emitirse fallos con sentidos diversos, poniendo de manifiesto que los niños y niñas de nuestro país obtenían dispar tutela en el reconocimiento de sus derechos.

La situación de gravedad institucional fue de tal envergadura que el máximo Tribunal del país debió tomar cartas en el asunto. Un caso de gran resonancia fue el resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *habeas corpus* deducido por la Fundación Sur Argentina(7). En esa ocasión la Corte se expidió revocando la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Casación que había declarado la inconstitucionalidad de la ley 22.278, considerando que dicha ley resultaba de aplicación hasta tanto se apruebe una nueva normativa que homologue el paradigma de la Convención.

(6) En la provincia de Buenos Aires también la declaración de la inconstitucionalidad de ciertas normas de la ley 13.634 y de la 22.278. *Cfr.* causa 06-00-041750-08 “R, S. A. s/ hábeas corpus”, en la cual el Juez de Garantías del Joven de esta ciudad hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad de artículo 64 de la ley 13.634 como así también dispuso la inaplicabilidad de los artículos 1, tercer y cuarto párrafos de la ley 22.278. Posteriormente en razón de la apelación deducida por la Fiscal, la Sala Primera de la Cámara de Garantías en lo Penal de ese departamento judicial revocó la decisión impugnada por resolución del 11 de marzo de 2009 (Reg. N° 80).

(7) La acción de *habeas corpus* se fundó en el artículo 43 de la Constitución Nacional y el 1° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y se dedujo a favor de todas las personas que por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los dieciséis (16) años de edad, se hallaban privados de su libertad en virtud de resoluciones judiciales emitidas por los Juzgados Nacionales de Menores, en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; como aquellos que se encuentran alojados en el Instituto “Gral. José de San Martín”, sito en la calle Baldomero Fernández Moreno 1783 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en demás instituciones de similares características.

Así fue que en el *habeas corpus* colectivo interpuesto por el Dr. García Méndez y la Dra. Laura Musa, los Jueces integrantes del Máximo Tribunal del país sostuvieron su constitucionalidad. Los magistrados expresaron que más allá de las “*fuertes tensiones*” que se advierten en la ley 22.278 y teniendo en cuenta de que no es el Poder Judicial quien puede arbitrar “*un régimen general sustitutivo*” era necesario reconocer su vigencia.

Y en otro precedente, en pos de velar por la debida interpretación y cumplimiento de los Tratados (8) con una precisa actividad hermenéutica, la Corte de la Nación se expidió en sintonía, en tanto no declaró inconstitucional disposición alguna de dicha ley y optó por desarrollar argumentos suficientes como para dotar a la 22.278 de una mirada interpretativa que no se oponga a los preceptos emanados de la CIDN.

A partir de un análisis puntual de algunos de sus preceptos, los Jueces de la Corte en este importante precedente se explayaron reconociendo pretorianamente el “*sistema jurídico de la justicia penal juvenil*” como aquél surgido de la mentada Convención y de otros tratados de derechos humanos como son: el Pacto San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

III. La violencia y los medios de comunicación

Estos últimos tiempos, mientras la academia seguía inmersa entre proclamas y deliberaciones teóricas, la cruda realidad fue la encargada de activar las respuestas jurisdiccionales llamadas a dirimir conflictividades sociales de extrema violencia; y por su intermedio, se comenzaba a interpelar al Parlamento para que abandone su situación de continuo letargo (9).

La conmoción social producida por ciertos hechos de sangre atribuidos a jóvenes infractores fue lamentablemente el principal motor del cambio (10). El clamor comunitario encendido por el dolor, se dirigió hacia los responsables de los tres

(8) La Corte de Justicia de la Nación consideró que existía cuestión federal suficiente y decidió expedirse acerca de ciertas normas contenidas en la ley 22.278. *Cfr.* CSJN, “R. M. J. L.”, R 1734, Causa N° 3202. 31/10/06. Para mayor desarrollo puede consultarse Pitlevnik, *ob. cit.*

(9) La Corte exhorta al Poder Legislativo para que trabaje en la elaboración de una nueva legislación en materia de responsabilidad penal juvenil. *Cfr.* CSJN, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537” Recurso de Hecho” G. 147. XLIV. 2/12/2008.

(10) A partir de la muerte violenta de Brian, un niño de 15 años que se hallaba con su abuelo en el barrio de Flores de la ciudad de Buenos Aires, a consecuencia de un delito en el que habría intervenido una persona de su misma edad, la sociedad nuevamente se cuestiona sobre qué debe hacer el Estado para abordar estos desgraciados sucesos en términos preventivos. Inmediatamente surge

poderes del Estado, legítima petición ciudadana que logró tornar prioritaria la necesidad de profundizar el proceso de transición legal.

Fueron los medios de comunicación masiva quienes a través de su amplia y continua cobertura de los acontecimientos, movilizaron a la comunidad para que se discuta sobre qué debería hacer el Estado en términos preventivos para dar alguna respuesta frente a sucesos tan desgraciados.

El estupor y la zozobra, sin dudas, fueron eficaces para interpelar al poder político a que abandone el silencio y se disponga, de una vez por todas, a perfilar los contornos de una nueva legislación penal juvenil.

Antes bien, aun cuando es plausible observar que el cambio legal parece haber adquirido su marcha, en esta instancia, debemos ser cautos en la medida de que el proceso previsto para la consagración de la ley no se vea concebido por pura emocionalidad. La experiencia nos ha demostrado que el surgimiento de leyes aprobadas al albor de la urgencia no siempre son garantías de una mejora de la calidad institucional.

Por otra parte, quienes nos abocamos al estudio de la problemática de la infancia, debemos advertir que el enfoque mediático del problema en general margina los aportes científicos y erróneamente circunscribe el análisis del tema como una cuestión de inseguridad pública, ignorando las raíces profundas de toda manifestación de violencia social.

Para pensar en la confección de una nueva ley de responsabilidad penal juvenil, es necesario reconocer que la respuesta punitiva del Estado por sí sola, es ineficaz para resolver los conflictos sociales, más aún cuando se encuentran involucrados niños, niñas y jóvenes con derechos vulnerados (11).

el debate acerca de la legislación vigente y se reabren los enfrentamientos discursivos cuando se comienza a plantear el tema de bajar o no la edad de imputabilidad penal.

(11) Estos fueron uno de los puntos de acuerdo alcanzados en las reuniones realizadas en la Universidad en la que participaron Verónica Cruz y Emilia Preux de la Secretaría de DD.HH. de la UNLP; Jerónimo Pinedo, Secretario de Extensión de la FaHCE; Ángela Oyhandi y Alicia Villa, investigadoras de la FaHyCE; Paula Talamonti del Proyecto Niñez, de la Secretaría de Extensión de la FaHCE; Analía Chilliami, Silvina Rivas y Tomas Bover de la FTS; Daiana Bruzzone, Nancy Olivera y Sol Logroño del Laboratorio “Jóvenes, Medios y Comunicación” de la FpyCS; Moira Severino de la Dirección de Inclusión Académica de la Prosecretaría de Asuntos Académicos de la UNLP; Juan Manuel Santillán de la Comisión de Niñez, Adolescencia y Juventudes del Consejo Social de la UNLP y Juan Carlos Domínguez Lostaló, docente investigador de la Facultad de Psicología. También de esta Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, participaron Analía Consolo del Instituto de Cultura Jurídica; Carola Bianco del Programa “Niñez, Políticas Públicas y Derechos Humanos”, Secretaría de Extensión y los integrantes del Instituto de Derechos del Niño (IDN); Ernesto Domenech y María José Lescano.

En este contexto, es dable alertar que debatir un nuevo régimen de responsabilidad penal juvenil, exige de modo indisoluble el compromiso y la decisión política de proceder realmente a la implementación del Sistema de Promoción y Protección de Derechos. Ello a su vez demanda la previsión presupuestaria para la conformación de equipos técnicos interdisciplinarios capacitados conceptual y metodológicamente, para crear o reformular intervenciones institucionales que puedan presentarse como respuestas idóneas y en su caso, como alternativas a imposición de penas privativas de libertad.

IV. Convocatoria para participar en la confección del anteproyecto de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil

En este contexto, el Ministerio de Justicia de la Nación —en el marco del programa de acción denominado Justicia 2020— en el afán de superar la situación de indefinición y de promover un racional proceso de gestación normativa, en enero de este año realizó una amplia convocatoria a la sociedad para abrir la discusión sobre estas cuestiones, invitando a participar de las comisiones de trabajo, creadas para diseñar un nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil (12).

Estas comisiones desplegaron su labor a partir de una especial metodología (13). Se abocaron a tratar cuestiones puntuales y al final de las jornadas se realizaba una síntesis de los acuerdos alcanzados. Así en este marco de acción, se pudo reflexionar y tomar nota de las aportaciones producidas acerca de cómo debería desplegarse la actividad de prevención del Estado y cómo debía diseñarse la justicia especializada.

También se propuso establecer cuáles deberían ser las medidas alternativas a la privación de libertad, las alternativas al proceso y medidas restaurativas. Asimismo fueron tema de discusión, los delitos que deben ser relevantes para penalizar a un joven, la edad de imputabilidad y las sanciones a imponer acordes a la CIDN.

Se dialogó, además, sobre cuáles deberían ser las condiciones de detención en miras a la reinserción social, útiles para evitar la reincidencia. En otro orden, se realizaron propuestas sobre los sistemas de información que deberían crearse y proveer a su articulación, para garantizar el trabajo conjunto entre los distintos organismos y operadores que intervienen en el sistema de promoción y protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

(12) *Cfr.* Resolución 2017-21-APN-MJ.

(13) Se diseñó una agenda de trabajo en la que se establecía como condición a la participación, la presentación formal de distintos aportes doctrinales, para abordar de tal modo ciertas cuestiones, evitando la dispersión de las ideas y que puedan integrar el Anteproyecto de ley a presentar el Poder Ejecutivo ante al Parlamento Nacional.

Como novedad, se pensó en incorporar al anteproyecto normas que prevean el abordaje de los conflictos a través de distintas intervenciones mediadoras o reparadoras que se adecuen a la denominada “*Justicia Restaurativa*” en el convencimiento que tales respuestas resultan más efectivas en términos sociales, en tanto brinda un rol protagónico a las víctimas de delitos a la par que admite el trabajo en torno de la responsabilidad individual del infractor, pero con menor afectación del derecho a la libertad.

También se planteó la propuesta de gestar nuevos programas de intervención para hallar reales alternativas al cumplimiento de las medidas impuestas judicialmente a los jóvenes infractores. Medidas sancionatorias, que sin desconocer la responsabilidad por el hecho realizado, resulten más respetuosas de sus prerrogativas subjetivas, partiendo del real convencimiento de que la pena privativa de libertad en este esquema debe ser entendida como último recurso del Estado.

IV.1. Aportes

Quienes tuvimos la posibilidad de concurrir a dichos encuentros y realizar algunos aportes acerca de cómo debería perfilarse la nueva ley, coincidimos en resaltar como positivo la creación de ese escenario de diálogo, en el que intervinieron personalidades provenientes del sector político, judicial y académico.

También tuvieron voz los representantes de las más variadas organizaciones sociales —que trabajan comprometidamente en el territorio— e incluso los familiares de víctimas de delitos.

Sin dudas que la comisión en la que realizaron las presentaciones más encendidas ha sido la N° 8, en la que se discutió acerca de cuál debería ser la edad indicada para presumir la imputabilidad y consecuentemente habilitar la persecución penal.

En esa ocasión, casi por unanimidad se propuso no bajar la edad de imputabilidad, manteniéndose los 16 años como el límite a partir del cual se puede atribuir penalmente a un joven la comisión de una infracción penal (*cfr.* artículo 1 punto de la ley 22.278).

No obstante habrá que esperar para conocer la confección del documento final, que contenga todas las conclusiones redactadas por cada comisión, pues aquel resultado tan categórico no se condice con lo expuesto en la Comisión N° 4, en donde los participantes debatieron cómo debía preverse las penas en expectativa de los delitos, distinguiendo distintas respuestas sancionatorias en función de dos franjas etarias, aludiendo a supuestos de casos graves atribuidos a jóvenes de edad inferior a los 16.

V. Ley 22.278 y su modificatoria ley 22.803

Extrañamente, cuando todo indicaba que la ley 22.278 en estas mesas de trabajo iba a sufrir su última estocada, se esbozaron propuestas semejantes a algunas de sus previsiones normativas que en la práctica se revelaron como progresistas, y se reflexionó sobre cómo deberían integrarse al nuevo texto de ley, en tanto y en cuanto comulgue con el paradigma instaurado a partir de la CIDN.

Por ejemplo se sugirió continuar con la limitación del ámbito punitivo en razón de ciertos delitos (objetivo) y en razón de una determinada edad del infractor (subjetivo) (14), también la importancia de que el proceso sea flexible para que se permita al juez, bajo determinadas condiciones, revisar al fallo condenatorio o la modalidad de la pena impuesta según la evolución de cada joven y naturalmente, se coincidió en el fortalecimiento del principio de especialidad con especial mención a los lugares de ejecución de las penas (artículos 1, 3, 4 y 9 de la ley 22.278).

Cabe recordar en términos generales respecto a la especialidad, que es un principio rector del sistema de promoción y protección integral de derechos, y sin embargo es un postulado de fuerte arraigo en nuestro Derecho aún en tiempos del Patronato.

En el año 1954, el legislador nacional a través de la ley 14.394 ya había decidido extraer del Código Penal la regulación de los casos penales que involucraba a menores (15). Y la misma inteligencia fue adoptada por la ley 22.278, en tanto se entendía que las infracciones cometidas por menores requerían de un abordaje especial (16), respondiendo a la entonces ideología reinante, de origen pedagógico tutelar (D'Antonio, 1978).

Con una mirada diversa, el principio de especialidad es central en la actualidad para la construcción del nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil (Barbirotto, 2014). Surge de la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño (17) que los Estados en sus legislaciones deben consagrarlo en todos sus matices.

(14) La CIDN recomienda a los Estados la implementación de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños y/o adolescentes no tienen capacidad para infringir leyes, configurándose así un límite decisivo para regular un sistema penal general y otro para adolescentes. En este sentido también puede consultarse la Opinión Consultiva 17/2002 párrafos 98, 109 y 12 y las Directrices de la Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

(15) Se derogaron los artículos 36 a 39 del Código Penal 1921. *Cfr.* De la Rúa, Jorge, ob. cit.

(16) La legislación propia del Patronato partía de la concepción de que la delincuencia juvenil era un síntoma de abandono y que el Estado debía intervenir para regularizar la situación del menor y en, su caso evitar, la respuesta sancionatoria retributiva.

(17) Concretamente en sus párrafos 92/93.

En este instrumento se establece la importancia acerca de que la justicia de niños y adolescentes cumpla con esta cualificación, que es una forma de materializar el “*plus de derechos*” que los sujetos más vulnerables tienen con relación a los adultos. De ello se deriva la garantía que supone la implementación de unidades especializadas en la policía y en todas las instituciones que intervengan en este proceso de responsabilidad.

La exigencia del principio de especialidad también se desprende de las Reglas de Beijing. Particularmente las reglas 2. 3, 6. 1, 6. 2 6. 3 y 22 que aluden a este principio como herramienta para perfilar un sistema de justicia más eficaz, justa y humanitaria, integrado por jueces, fiscales y defensores oficiales seleccionados por sus conocimientos y vasta experiencia sobre el tema.

También debería proyectarse el principio de especialidad en la legislación a crear, con la previsión de las especies de pena y las escalas de pena privativa de libertad en distintos supuestos, pues en la actualidad estas cuestiones dependen de la punición prevista por el delito para los adultos y se aplica en los adolescentes con una pauta de reducción o de imposición disminuida (*cf.* artículo 4 párrafo segundo y tercero de la ley 22.278).

De este modo, la reformulación del principio de especialidad tendría que aspirar a profesionalizar la función de todos aquellos que trabajan en el sistema de infancia, buscando revertir las facultades discrecionales excesivamente reconocidas a los entonces Jueces de Menores, cuya meta no solo sea intervenir más racionalmente ante las conflictividades penales, sino primordialmente adaptar los procesos a las necesidades de los jóvenes, conforme exige el artículo 3 de la CIDN (Cillero Bruñol, 1999).

VI. Conclusiones

La doctrina ha insistido durante los últimos años sobre la necesidad de proveer a la construcción de un nuevo paradigma de la infancia, sin embargo, dicho objetivo difícilmente pueda alcanzarse a partir de decisiones políticas aisladas, al margen de una mirada integral de la cuestión.

Creo importante recordar que el proyecto de Reforma al Código Penal que había sido presentado en el año 2014 por el Dr. Zaffaroni (18) había postergado la reforma de la ley de responsabilidad penal juvenil, criticable ausencia que demostraba una vez más la falta una política pública en la materia.

(18) En el mes febrero del año 2014 fue presentado al Poder ejecutivo Nacional un anteproyecto de reforma al Código Penal, que fuera confeccionado por una comisión reformadora presidida por el Dr. Zaffaroni, creada por decreto 678, el 7 de mayo de 2012.

Pensar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de manera jurídicamente segmentada es en sí mismo una opción política desafortunada, que vulnera el principio del interés superior del niño —de indiscutible anclaje constitucional *cf.* artículo 3 de la CIDN y 75 inc. 22 CN— y dejaba al descubierto una vez más la morosidad del Estado Argentino frente a los reclamos de modificación legal realizados por la comunidad internacional.

A esta altura de los acontecimientos no podemos volver atrás para reformular el camino de cambio legal recorrido, el cual sin duda pudo haberse transitado de una mejor manera.

Todo indica que en adelante no deberíamos ser tan improvisados guiados por la urgencia, sino que tenemos que comenzar a dar pasos firmes para lograr sustituir el esquema mental y jurídico impuesto por la cultura del Patronato.

En esta exposición he querido poner de relieve el avance que en términos institucionales ha significado que los argentinos nos animemos a debatir un anteproyecto de ley de responsabilidad penal juvenil, basado en el intercambio de argumentaciones que atienda a los conocimientos teóricos y las prácticas experimentadas en las distintas regiones de nuestro país, incluso evaluando las experiencias reformistas habidas en las legislaciones de otros países vecinos.

Dialogar ampliamente sobre un nuevo encuadramiento legal en relación a los jóvenes infractores de ley, si bien nos enfrenta al riesgo de que el convencimiento personal que cada uno de nosotros pueda tener sobre estas cuestiones no sea el finalmente receptado por las mayorías, ello no puede poner en tela de juicio el valor intrínseco que en términos democráticos todo debate social y naturalmente, parlamentario supone.

No sé si se darán las condiciones finales para que en un futuro no lejano se logre la ansiada consagración legal de un nuevo régimen penal juvenil, pero de lo que estoy convencida es que hemos madurado y que nos hemos dado cuenta de que la omisión en legislar, produce también sus efectos gravosos. La ausencia de una ley en materia penal ha demostrado que dilatar la resolución sobre estas cuestiones, ciertamente tuvo sus implicancias negativas que afectaron el debido ejercicio de los derechos de los más vulnerables.

También hemos aprendido que la urgencia es mala consejera. Que la solidez de una ley depende asimismo del conocimiento que la sustenta y de cómo se construye. En tal sentido, la labor científica realizada en las universidades será de gran utilidad para su elaboración.

Es de desear entonces, que el actual impulso que ha adquirido la realización de un anteproyecto que promueva la sanción de una nueva Ley de Responsabilidad Penal Juvenil no se detenga, pues ello es una condición esencial para la total implementación del sistema de promoción y protección integral de derechos. De lo contrario, de manera patológica seguiremos culpabilizando a un decreto-ley, por ser concebido en tiempos de la dictadura, cuando en realidad somos nosotros quienes, en pleno desenvolvimiento de los mecanismos democráticos, no hemos sido capaces de consagrar una propuesta legal alternativa a la 22.278, que goce de indiscutible legitimidad material y que definitivamente permita consolidar la construcción del nuevo paradigma.

VII. Bibliografía

BELOFF, Mary (2016). *¿Qué hacer con la justicia juvenil?* Buenos Aires: Ad-Hoc.

BARBIROTTO, Pablo (2014). "El principio de especialidad en la justicia penal de los niños y adolescentes", en: *Pensamiento Penal*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.org.ar/el-principio-de-especialidad-en-la-ley-penal-juvenil-por-pablo-barbirotto> [Fecha de consulta 19/04/2017]

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). "El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño", en: *Justicia y Derechos del Niño*. Santiago de Chile: Unicef.

D'ANTONIO, Daniel Hugo (1978). *El menor ante el delito*. Buenos Aires: Astrea.

DE LA RÚA, Jorge (1997). *El Código Penal argentino*. Parte General, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma.

DOMENECH, Ernesto (2008). *Republicanos e inconstitucionalizados. Reflexiones sobre la inconstitucionalidad de la ley 22.278*, Conferencia presentada en las Jornadas de Protección y garantías en el régimen penal juvenil, organizado por la Asociación Argentina de Magistrados, funcionarios y profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia. Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino.

FREGA, Gerardo Lucas (2010). *Responsabilidad penal juvenil. Garantías procesales penales*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

GUEMUREMAN, Silvia (2015). *Políticas penales de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

JAROLINSKY, Karen (2015). "Proyectos y tentativas de modificación del Régimen penal de la minoridad: mil intentos y ningún invento", en: *Políticas*

penales y de la seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

LESCANO, María José (2015). “El anteproyecto de reforma al Código Penal Argentino. Su incidencia en el régimen de la responsabilidad penal juvenil”, en: *Revista Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP)*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

PITLEVNIK, Leonardo (2007). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Hamurabbi.

TERRAGNI, Martiniano (2015). *El principio de especialidad en la justicia de menores a través de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

VETERE, Daniela (2010). “Justicia restaurativa y solución alternativa de conflictos en el marco de una justicia penal juvenil”, en: *Derechos de niños, niñas y adolescentes. Seguimiento de la aplicación sobre los derechos del niño*, Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Seguridad y Justicia de la Nación. Buenos Aires.

Legislación

Constitución Nacional.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Ley N° 26061, República Argentina. BO 26/10/2005.

Ley N° 22278, República Argentina. BO 28/8/1980.

Ley N° 13298, Provincia de Buenos Aires. BO 27/1/2005.

Ley N° 13634, Provincia de Buenos Aires. BO 2/2/2007.

Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 678, 7 de mayo de 2012.

Jurisprudencia

CSJN, 2/12/2008, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537” Recurso de Hecho” G. 147. XLIV.

CSJN, 31/10/2006, “R. M., J. L.”, R 1734, Causa N° 3202.

Cámara de Apelación y Gs. en lo Penal de la Plata, Sala Primera, causa “R., S. A. S/ hábeas corpus” S/art 64 de la ley 13.634. Resolución del 11/3/2009. Reg. N° 80.

Fecha de recepción: 01-05-2017 Fecha de aceptación: 01-08-2017

La faz práctica de la suspensión del juicio a prueba

POR NATALIA LORENA ARGENTI (*)

Sumario: I. Palabras iniciales.— II. Estructura del trabajo.— III. Desarrollo de la propuesta.— IV. Conclusión.— V. Bibliografía.

Resumen: la temática que he escogido retrata el estado actual de la jurisprudencia respecto del instituto de la suspensión del juicio a prueba. Se garantiza un recorrido por la faz práctica de este medio alternativo de solución del conflicto penal, dejando al descubierto cada uno de los temas medulares que engendra en su marcha la herramienta que brinda el artículo 76 bis del Código Penal. Se analizarán todas las situaciones prácticas posibles y se brindarán las distintas respuestas que han ensayado y siguen haciéndolo, los órganos judiciales. La diversidad de abordajes, nos mostrará a modo de espejo, las diferentes formas de trabajar con este instituto, relevando en el camino las corrientes que se han gestado en su seno, ya sea aquellas que defienden un uso amplio de esta vía alternativa al juicio oral, y las que lo acotan o restringen. Todas las inquietudes propias del tema seleccionado, serán abordadas en este trabajo de la mano de una variada jurisprudencia que nos ilustrará acabadamente sobre las aristas particulares que presenta.

Palabras claves: suspensión - juicio - prueba - *probation*

The practical face of trial suspension

Abstract: *the subject I have chosen portrays the current state of jurisprudence with respect to the institute of suspended trial. It guarantees a tour of the practical face of this alternative measure of solution of the criminal conflict, exposing each one of the core issues that engender in its march the tool provided by article 76 bis of the Penal Code. All possible practical situations will be analyzed and the different responses that have been tried and continue to be carried out by the judicial bodies will be provided. The diversity of approaches will show us, in a mirror way, the different ways of working with this institute, highlighting in the way the currents that have been created within them, either those that defend a broad use of this alternative route to the oral trial, and those that limit or restrict it. All the concerns*

(*) Prof. Prácticas Penales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

of the selected topic will be approached in this work in the hand of a variety of jurisprudence that will illustrate us in detail about the particular edges that it presents.

Keywords: *suspension - trial - test - probation*

I. Palabras iniciales

El estudio del campo práctico del instituto de la suspensión del juicio a prueba, nos permitirá observar el modo en que los diferentes órganos judiciales trabajan con el mismo. El área práctica dejará al descubierto las incesantes interpretaciones que se hacen de él, las que lo llevan hacia zonas de amplia acogida o a destinos de acotado alcance. Este tránsito, revelará los fundamentos de las diversas posturas jurisprudenciales y sus consecuencias, con el objeto de que luego de contar con el menú completo de posibilidades, el lector se encuentre en condiciones de tomar posición por alguna de las opciones.

Cabe partir de la base de que el instituto que se examinará nació como una herramienta destinada a la economía y racionalización de la intervención estatal en la criminalidad, con el fin de restar del sistema causas por hechos menos graves y posibilitar entonces una persecución más eficaz de los delitos que afecten intensamente la paz social, ya que la suspensión de la persecución penal a prueba otorga oportunidades previas para evitar la aplicación de una pena respecto de delincuentes primarios o de delitos de poca monta o de menor repercusión social.

La meta primordial de esta empresa es proveer información sobre los diversos puntos que hacen a la aplicación del instituto, inherentes a cuando se emplea esta medida alternativa al juicio oral y público, a como se la aplica, a quienes se encuentran incluidos y quienes excluidos de acogerse a la misma, al conjunto de contingencias que pueden presentarse y a la forma en que son abordadas.

En suma, en este trabajo se pasará revista de todos los temas que se le presentan o se le pueden presentar a quien trabaja con la norma prevista en el artículo 76 bis del Código Penal (CP). Todo esto, como adelanté, de la mano de fuentes jurisprudenciales.

II. Estructura del trabajo

Los datos que se suministran se encuentran dispuestos en 11 puntos, que van de lo general a lo particular, y aportan una amplia gama de información sobre todas las aristas conflictivas o no que reviste el tema escogido.

Los puntos son los siguientes: 1) Beneficio amplio o limitado —tesis amplia o restringida—, 2) El consentimiento fiscal, 3) La *probation* y las penas de

inhabilitación, 4) Los funcionarios y empleados públicos y la posibilidad de acogerse al beneficio, 5) La comisión de un delito en el plazo de la vigencia de la suspensión, 6) La privación de la libertad en la etapa de cumplimiento, 7) La posibilidad de otorgar una suspensión en el fuero de adultos, cuando dicho beneficio fue concedido previamente en el fuero de responsabilidad penal juvenil, 8) El efecto del cumplimiento o no de las reglas de conducta impuestas, 9) La improcedencia en los casos de violencia de género, 10) El instituto y los delitos reprimidos en las leyes 24.769 y 25.413 —contrabando y penal tributario— y 11) El particular damnificado y la intervención en la concesión del instituto.

No se efectuarán citas bibliográficas, ya que el objeto de esta empresa, es dejar al descubierto la faz práctica del instituto. Y es en tal dirección que los diversos puntos aludidos se formularon empleando jurisprudencia de diferentes órganos judiciales, tanto de la esfera nacional como de la provincial. Ubicándose al final una breve reflexión personal a modo de conclusión.

III. Desarrollo de la propuesta

III.1. Beneficio amplio o limitado —tesis amplia o restringida—

Este tema resulta el punto de arranque o piedra inicial en lo que hace al instituto en análisis, ya que es la pregunta obligada para quien trabaja con el instituto de la suspensión del proceso, relativa a que figuras legales quedan bajo su ámbito de aplicación y las que resultan excluidas. Y en el ojo de la tormenta se encuentra la pena que habilita el beneficio. Ya que dos son las formas en que se ha interpretado el instituto. La primera y de modo restrictivo sólo habilita el beneficio en el caso de delitos conminados con una sanción penal de hasta 3 años de prisión, mientras que la segunda, admite el uso del beneficio de modo amplio, ya no se fija en el máximo de la pena conminada en abstracto sino en la posibilidad de que sea dejada en suspenso (mínimo no superior a los 3 años).

El terreno transitado ha sido largo y sinuoso, cuatro son los precedentes que han gravitado en mayor medida en las decisiones.

En un primer momento, y ante la disparidad de opiniones, fue dictado el plenario de la Casación Federal en el caso “Kosuta, Teresa” (del 17/08/1999) exponente de la tesis restringida. Este plenario no fue acatado como se esperaba, ya que quienes adherían a la tesis amplia continuaron concediendo el beneficio, hasta fue dictada por la Procurador de la Nación la resolución PGN 86/2004 que indicaba que los fallos plenarios no sólo no eran obligatorios sino que en modo alguno podían vincular al Ministerio Público. La resolución afirmaba que:

“(…) a lo largo de los últimos años, la denominada tesis amplia no sólo se ha mostrado como una respuesta racional frente al grave congestionamiento que viven casi todos los órganos jurisdiccionales en donde se celebran juicios orales, sino además evita la estigmatización del delincuente primario no reiterante, favorece notoriamente el acercamiento de la víctima a la resolución del conflicto y mejora las posibilidades para que todos los operadores del sistema penal, incluyendo los fiscales, puedan concentrar sus mayores esfuerzos en llevar a juicio aquellas causas de mayor gravedad (...)” (Procurador de la Nación la resolución PGN N° 86/2004).

Instruyendo a los fiscales en materia penal de todo el país, para que en los casos en que sea solicitada la suspensión del juicio a prueba, ajusten su actuación a la resolución PGN 22/00 que postulaba la “tesis amplia”. Temperamento reiterado en la resolución PGN 6/11 del 3/3/2011.

Posteriormente en el caso “Acosta, Alejandro Esteban” del 23/04/2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —CSJN— (A. 2186 XLI) bregó por el uso amplio de la norma, descartando la tesis acotada o restringida. Pero aún así, pese al pronunciamiento del más alto interprete de la Constitución Nacional, la tesis restringida no quedó en desuso.

Repasemos algunos de los sólidos argumentos dados por la CSJN en dicho precedente:

“5º) Que, como se dijo, la suspensión del juicio a prueba fue denegada por considerar que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia de este instituto es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años. Para el apelante, por el contrario, el art. 76 bis comprende dos grupos de delitos, un primero que encierra a aquellos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años (párrafos 1º y 2º), y un segundo que comprende a delitos —no incluidos en el primer grupo— que, previendo la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de privación de libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso de acuerdo al art. 26 del Código Penal (párrafo 4º)”.

“6º) Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304: 1820; 314: 1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313: 1149; 327:

769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306: 940; 312: 802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310: 937; 312: 1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”.

“7º) Que, en tales condiciones, cabe concluir que el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante”.

Con posterioridad, el 9/9/2013, se reunió en pleno el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires con el objeto de unificar criterios de actuación sobre este punto —y otros relacionados de los que me ocuparé en otro momento de este trabajo— obteniendo mayoría de votos la opinión que comulgaba con la tesis amplia. Se trata de un resolutorio muy extenso en la causa 52.274 “B., L. E. y O., A. R. s/ recurso de queja (artículo 433 CPP) - Pedido de Acuerdo Plenario”, en cuya parte resolutive se lee: “RESUELVE: (...) 2. El instituto de la suspensión de juicio a prueba, es aplicable en todos los casos en que pudiere corresponder una condena de ejecución condicional”.

Recientemente, el 7/9/2016, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa P. 125.430 (“Altuve, Carlos Arturo —Fiscal—. Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 65.899 del Tribunal de Casación Penal, Sala VI” y “Peña de De Vicente, Claudia S. —particular damnificada—. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y de nulidad en causa N° 65.899 del Tribunal de Casación Penal, Sala VI), adhirió a la tesis amplia diciendo:

“No ha estado en tela de juicio la posibilidad de aplicar el instituto de la suspensión del juicio a prueba al caso, aun cuando el delito enjuiciado tenga prevista pena de prisión mayor a tres años, siendo que, como

fuere, las diversas exégesis por los tribunales a los párrafos 1º, 2º y 4º del artículo 76 bis del Código Penal quedó ‘zanjada’ en el fallo plenario dictado por el Tribunal de Casación Penal antes mencionado que fijó el criterio de que ‘el instituto de la suspensión de juicio a prueba, es aplicable en todos los casos en que pudiere corresponder una condena de ejecución condicional’”.

En línea con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Acosta, Alejandro Esteban”, fallado el 23 de abril de 2008, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en honor de brevedad. Por lo demás, sobre el punto no hubo reparos por quien recurre “(...) la Corte decidió zanjar la cuestión de fondo, vinculada a la inteligencia de los párrafos primero y cuarto del tantas veces mentado artículo 76 bis del Código penal, con adscripción en cuanto a ello concierne a la denominada ‘tesis amplia’”.

En este punto si se puede decir, que en la actualidad, el conflicto de opiniones ha sido superado y la tesis amplia es la respuesta viable.

III.2. El consentimiento fiscal

Conforme lo ha sostenido variada jurisprudencia la exigencia de motivación es el mecanismo para resguardar a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces y de los fiscales, que no podrán así dejarse arrastrar por impresiones puramente subjetivas ni decidir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y a valorarlas racionalmente.

El porqué de lo dispuesto por un juez o lo dictaminado por un fiscal debe leerse de sus actos, de allí que podamos controlar sus fundamentos. En lo que hace el beneficio en estudio, el fiscal al dictaminar sobre la procedencia o no del pedido de suspensión del proceso a prueba, debe dar a conocer las razones de su parecer, ya sea al brindar su consentimiento o al formular su oposición.

Los problemas que se han generado en esta área tienen que ver con la necesidad o no del consentimiento fiscal para la procedencia del instituto, la determinación de si resulta vinculante el parecer fiscal y el registro de un pleno poder de la Magistratura para soslayar el dictamen fiscal (debidamente motivado y con un razonamiento que obedezca a la lógica).

He de adelantar que tanto la jurisprudencia, como los antecedentes doctrinarios y el propio espíritu del legislador, puesto de manifiesto al promulgar la ley 24.316 dan sustento a la afirmación que consiste en que la actuación del fiscal, en la aplicación de la suspensión del juicio, resulta preponderante, pues es él quien

decide, luego de un amplio análisis de las circunstancias fácticas y jurídicas emanadas del caso concreto, si presta o no su consentimiento a la concesión del beneficio, quedando por ende el órgano jurisdiccional, luego de efectuar su propio control de logicidad y fundamentación, supeditado al mismo.

Al respecto ha dicho la Sala IV del Tribunal de Casación provincial en la causa 62.184 “Petronio, Diego Martín”, del 24/6/2014, que:

“La oposición manifestada por el Ministerio Fiscal no puede ser infundada o caprichosa: el ejercicio responsable de las facultades que le son conferidas (más allá de la obligatoriedad de motivar debidamente sus dictámenes que emerge del citado art. 56 del CPP) resultan necesarias para que el órgano jurisdiccional pueda cumplir con la función que le compete, que es la de controlar la logicidad de la postura del órgano acusador. En efecto, la oposición fiscal al pedido de suspensión de juicio a prueba debe ser razonada y fundada porque de lo contrario estaríamos frente a un área reservada al arbitrio de una de las partes, situación insostenible en nuestro ordenamiento legal. En ese norte, corresponde señalar que para ser válidos los dictámenes fiscales, deberán ser motivados, exigencia que comporta tanto una garantía en beneficio de los eventuales imputados y acusados, como también para el Estado en cuanto asegura la recta administración de justicia. De igual forma, esta garantía constitucional de justicia fundada en el régimen republicano de gobierno, impone la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los fiscales al formular sus requerimientos y facilita el control de la actuación judicial por parte del pueblo, de quien en definitiva emana la autoridad. Sin duda alguna, la exigencia de motivar responde al propósito de que la colectividad pueda controlar así la conducta de quienes administran justicia en su nombre (cfr. CNCP, Sala III, causa Nro. 9808 ‘Generoso, Carlos Orlando s/ recurso de casación’ (Reg. 121/09 y sus citas, voto del Dr. Riggi). (...) Desde esta perspectiva, considero que en el caso en análisis la Sra. Agente Fiscal no ha dado las razones suficientes para oponerse a la concesión de la suspensión del proceso a prueba. En consecuencia, deviene contrario a derecho el pronunciamiento atacado (artículos 106 y 210 del CPP) toda vez que para arribar a su decisorio el *a quo* ponderó el dictamen fiscal, el cual resulta a todas luces irrazonable en atención a las premisas en que se funda”.

Sentado lo expuesto, vale decir que a lo largo del tiempo se han sucedido diversas interpretaciones en lo que hace a la necesidad del aval fiscal.

Por ejemplo, la ex Sala 1 del Tribunal de Casación Penal (causa N° 807), entre otros muchos otros tribunales, afirmaba que cuando se trataba de delitos

amenazados con pena que no excedía de tres años, la concesión de la suspensión no tenía necesidad de contar con la aprobación del titular de la acción, pero si el delito era más grave y la pena en expectativa sobrepasaba el monto aludido, comenzaba a gravitar el parecer del fiscal con facultad de imponer su veto.

Para aunar criterios, el plenario de ese mismo Tribunal, que ya venimos estudiando (causa 52.274 “B., L. E. y O., A. R. s/ recurso de queja —artículo 433 CPP— Pedido de Acuerdo Plenario”), resolvió que: “4. La anuencia del fiscal, es, en principio, necesaria en todos los supuestos contemplados en la norma del artículo 76 bis del Código Penal”.

Esto también fue lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCJBA) en el fallo P. 125.430 que hemos invocado anteriormente:

“Para la concesión del beneficio, la norma exige además de la posibilidad de condena condicional si las circunstancias del hecho lo ameritan, el aludido consentimiento (...). Abona todo lo expuesto, el propósito que ha animado a la disposición legal en examen, en cuyo trámite parlamentario se expresó que no basta el cumplimiento de condiciones objetivas para ser merecedor de tal beneficio, sino que se requiere además una valoración subjetiva que deberá hacer el Agente Fiscal sin cuya aprobación no podrá concederse la suspensión del juicio a prueba (ver Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, 8ª reunión, del 16 de junio de 1993, inserción solicitada por el señor Diputado Sodero Nievas ya citada, pág. 1448). (...) la atribución de controlar la motivación y la razonabilidad de la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal no autoriza al juez a sustituirla por la suya”.

Así defendió la falta de consentimiento formulada por el acusado público en el caso, explicando que:

“(...) el Fiscal puso de resalto la razonabilidad de su disconformidad con la suspensión del juicio a prueba respecto del aquí encartado con sustento en razones de política criminal vinculadas con la gravedad del hecho en su realización, la extensión del daño causado y la conducta procesal de aquél, por lo que postularía de recaer condena la aplicación de una pena de efectivo cumplimiento. En suma, el Tribunal de Casación dispuso dar andamio a la suspensión del juicio sin demostrar que la oposición del Fiscal careciera de motivación”.

También cabe señalar que la circunstancia de que el fiscal haya opinado favorablemente acerca de la concesión del beneficio no resulta vinculante para el tribunal, ya que otorgarle ese carácter implicaría delegar la función jurisdiccional en

el Ministerio Público Fiscal, con afectación del debido proceso. Su aval no obliga al órgano judicial a adoptar su posición.

III.3. La *probation* y las penas de inhabilitación

Otro tema altamente reñido se trata de la posibilidad o no de otorgar el beneficio cuando el delito además de estar conminado con pena de reclusión o prisión sea pasible de inhabilitación.

Aquí la cruda discusión continúa en la actualidad, ya que coexisten diversos fallos opuestos, de allí que si hoy nos preguntamos si un ilícito, conminado en forma conjunta con la sanción de inhabilitación entra en la órbita de la suspensión, la respuesta puede ser tanto un SI como un No. Veamos esto con mayor detenimiento, con el auxilio de las variantes jurisprudenciales en constante pugna.

Esta temática, al igual que el debate por la adopción de la tesis amplia o la restringida, también fue parte del temario del fallo plenario del Tribunal Provincial de Casación Penal que fue citado en el punto 1) —c. 52.274 “B., L. E. y O., A. R. s/ recurso de queja (artículo 433 CPP), Pedido de Acuerdo Plenario” del 9/9/2013—; obteniendo mayor número de votos la chance de conceder el instituto, la respuesta fue un SI. Admisión en la que tuvieron gran influencia los fallos de la CSJN “Acosta” (ya desarrollado) y “Norverto, Jorge Braulio” del 23/4/2008, que abordó un supuesto de infracción al artículo 302 del CP, que sanciona el pago con cheques sin provisión de fondos con prisión de 6 meses a 4 años e inhabilitación especial conjunta de 1 a 5 años, y remitió su solución al caso “Acosta”.

El plenario se hizo eco de la circunstancia de que el beneficio constituye un derecho del imputado, que en orden a la técnica legislativa empleada sólo quedaban fuera del radio de concesión, los casos de delitos amenazados únicamente con esa sanción, que negar el beneficio en los delitos culposos constituía una respuesta irrazonable que generaba efectos tan paradójales como que a una persona le resulte más beneficioso, para evitar legalmente la pena penal, asumir que los delitos perpetrados mediante conductas claramente culposas en realidad fueron dolosas, como sería el caso de las lesiones leves.

Asimismo se recalcó, que portar un criterio negativo implicaba desconocer la doctrina sentada por la CSJN en la causa “Norverto, Jorge Braulio” del 23/4/2008, N. 326. XLI, que abordó una infracción al artículo 302 del CP, y remitió su solución al caso “Acosta” de la CSJN resuelto en idéntica fecha.

En el fuero federal la situación se replicó, si bien no existió un plenario de por medio, el alcance del fallo “Norverto” de la CSJN corporizó un mayoritario asentimiento para la concesión del instituto. Veamos, como muestra de lo dicho, lo

resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, en el caso 10.171 “Moretti, Jorge Andrés” del 15/5/2009, en el que se rechazó un recurso interpuesto por el fiscal:

“Que en virtud de lo resuelto en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ‘Acosta, Alejandro Esteban s/ Infracción artículo 14, primer párrafo, de la ley 23.737’ —causa N° 28/05—, A. 2186. XLI, y ‘Norverto, Jorge Braulio s/ infracción art. 302 del CP’, N. 326.XLI, no ha de tomarse como obstáculo para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba la escala penal prevista para los delitos imputados, tanto en lo relativo a las sanciones privativas de la libertad como a las de inhabilitación”.

Dicha posición se registró en otras Salas del mismo cuerpo: Sala I c. 9680 “Ruar-te” del 02/02/2008, c. 10.558 “Tavarozzi” del 12/12/2008, c. 10.672 “Reynoso” del 27/03/2009, c. 10.171 “Moretti” del 15/05/2009, Sala II C. 10.941 “Maccha Gamarra” del 02/06/2009”, Sala IV c. 5365 “Norverto” del 30/6/2009, Sala V c. 37.881 “Barrera, M. E s/ homicidio culposo” del 21/10/2009.

En la causa “Moretti” mencionada se trabajó un tema muy debatido en esta área, que lo representa la posibilidad de establecer como una de las condiciones de cumplimiento por el plazo de prueba la autoinhabilitación ofrecida por el imputado, vale saber que en el marco de dicha causa el fiscal había dado su consentimiento para la concesión del beneficio condicionado a la autoinhabilitación ofrecida por el imputado para ser titular de cuentas corrientes propias y de operar en la de terceros y el Tribunal había concedido la *probation* sin sujetarlo a dicha regla; la Cámara avaló la resolución del Tribunal diciendo:

“En oportunidad de celebrarse la audiencia prevista en el artículo 293 del Código Procesal Penal de la Nación el fiscal interviniente sujetó su conformidad a la ‘autoinhabilitación’ ofrecida por Jorge Andrés Moretti, medida que esta Sala reiteradamente ha desautorizado ‘por cuanto admitir tal postura implicaría permitir no sólo la creación por vía jurisprudencial de una forma de cumplimiento de la pena no contemplada legalmente sino, además, convalidar el sometimiento del imputado —aunque sea voluntario— a una pena no mediando sentencia condenatoria firme que la sustente, todo ello en franca trasgresión a las normas constitucionales que consagra la división de poderes y las garantías del debido proceso y la defensa en juicio, en especial, el principio de legalidad y el estado de inocencia (cfr. esta Sala, causa N° 7041, ‘Luongo, Miguel y otros/ recurso de casación’, reg. N° 8946, rta. el 1° de junio de 2006, y sus citas)”.

“(…) Por lo demás la decisión impugnada se encuentra fundada en cuanto a las razones por las cuales ha individualizado las reglas de conducta impuestas, en atención al caso en concreto y las condiciones personales del imputado, con motivación, exenta de vicios lógicos, que lo pone a cubierto de la sanción de nulidad prevista por el artículo 404 del CPPN y, por cierto, de la tacha de arbitrariedad articulada. Ello así pues el tribunal que otorgó el beneficio tuvo en cuenta las circunstancias personales del encausado y descartó la inhabilitación ofrecida por su manifiesta incompatibilidad como regla de conducta al resultar una pena de las previstas en el artículo 5 del Código Penal, y no encontrarse comprendida de manera taxativa en el artículo 27 bis del citado código. En suma, por los argumentos expuestos la oposición fiscal contraviene el examen jurisdiccional de legalidad y razonabilidad al que debe subordinarse”.

La Sala V en plena sintonía con lo expuesto señaló en la causa 68.524 “P., H. C.” del 11/09/2012, lo siguiente:

“Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes ‘Acosta’ (Fallos, 331: 858) y ‘Norverto’ (N. 326 XLV), consolidó la llamada tesis amplia en cuanto a los criterios de admisibilidad de la suspensión del juicio a prueba, todo lo cual contribuyó a una evolución en los distintos niveles del pensamiento jurídicos vinculados a la materia (...). Más allá de no encontrarse debatida en el caso ‘Acosta’ la procedencia del instituto para delitos reprimidos, también, con pena de inhabilitación, lo cierto es que en el caso ‘Norverto’ —en que el delito implicado preveía la doble sanción de prisión e inhabilitación— la Corte decidió concederlo igualmente, sin hacer referencia siquiera a un posible ofrecimiento de autoinhabilitación o a la imposición de ese extremo como regla de conducta durante el plazo de la suspensión”.

Siendo entonces, como se acaba de ver, que el ofrecimiento voluntario para ser inhabilitado en actividades regladas y que dependen de autorización estatal, no resulta una regla de uso pacífico, se disponen en su lugar otras actividades supletorias. Por ejemplo para el caso de delitos vinculados a la conducta de conducir un vehículo, en vez de imponerse la inhabilitación para conducir se observa que se coloca como regla la ejecución de cursos de educación vial; en el caso de delitos vinculados con la portación atenuada de armas o tenencia de armas —por ejemplo con credenciales de tenencia o portación vencidas o no renovadas— se da el abandono del arma secuestrada. En el caso antes enunciado —“P., H. G.”— la Cámara Federal de Casación entendió acertada la disposición del Juez de instrucción, encaminada a que el imputado realice un curso orientado a la neutralización de su incompetencia vial, ello ponderando los fines de prevención especial

positiva que persigue la suspensión del juicio a prueba y los objetivos buscados en el curso de reeducación de la Escuela de Capacitación Vial dependiente de la Comisión Nacional del Transporte.

En el otro lado del ring, hace menos de un año, la SCJBA, en el caso P. 125.430 (también citado en el Punto 1) iniciado por un homicidio culposo, se inclinó por un rotundo NO. Al respecto afirmó que la letra de la ley era clara, que los jueces no podían atribuirse funciones legislativas y que las pautas sobre el modo en que se persiguen los delitos y se delinear los castigos son cuestiones que pertenecen al campo de la política criminal Estatal.

Sobre la forma de interpretar la letra de la ley aseveró que:

“La primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos 299:167; 304:1820; 314:1849, entre muchos) de modo que cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente (...) más aún cuando la prescripción es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía que integran el ordenamiento jurídico ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales (Fallos 327: 5614). En este orden, no parece razonable diferenciar por vía interpretativa los delitos según que la sanción de inhabilitación que prevén sea única, conjunta o alternativa para establecer que sólo los primeros quedasen alcanzados por la prescripción legal. Ello implicaría tanto como sustituir al legislador en su tarea, aspecto vedado a los tribunales (Fallos 273: 418), que deben observar las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus facultades propias, tal como éstos las concibieron (Fallos 300: 700). De lo contrario, el tribunal distinguiría donde el precepto no lo hace, lo cual, se sabe, no es pertinente (Fallos 304: 226 y 330: 971, entre muchos), y que de haberse así concebido por el legislador habría sido especificado”.

Luego de realizar un extenso repaso de todos los antecedentes legislativos y los proyectos de reforma concluyó que:

“Los diversos intentos parlamentarios de modificación del precepto no hacen más que ratificar la fuerza de convicción del criterio interpretativo aquí postulado. Ante esta realidad parece claro que la voluntad del legislador se compadece con el sentido literal del texto en cuando consagra la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba para los casos que, como el delito de homicidio culposo, prevé junto con la de prisión, la pena de inhabilitación especial. (...) No se trata por eso de sustraer al imputado de un derecho que la propia ley le reconoce (conf. C.S., ‘Acosta’, Fallos 331: 858, cons. 6º). El legislador fundó su convicción en la inconveniencia de la aplicación del instituto, porque

cuando el delito contempla la inhabilitación especial como pena conjunta (*v.gr.*: en el homicidio culposo o las lesiones culposas; artículos 84 y 94, CP, respectivamente), responde a una situación compleja. La sanción no se agota en los fines de prevención propios de la pena privativa de libertad. En cuanto el hecho revela la incompetencia del imputado en el desempeño de una actividad, arte o profesión cuyo ejercicio depende de una licencia o habilitación del poder público, (como es, por ejemplo, la expedición de la licencia de conducir automóviles), da cuenta de un interés social complementario. (...) El legislador pudo contrarrestar este déficit de otro modo —por ejemplo, autorizando el acogimiento del instituto si el imputado se auto-impone o consiente expresamente como regla de conducta durante el período de prueba el cese de la actividad en la que habría sido inhabilitado de recaer condena, con el compromiso de asumir la capacitación necesaria para evitar la impericia manifestada en el delito—, mas no lo hizo. Optó por la solución restrictiva”

Contestó las arduas críticas que no dejan de escucharse en relación a las incongruencias lógicas y resultados injustos que genera esta postura.

“No desvirtúa la interpretación propiciada el hecho de que el autor de lesiones leves dolosas pueda acceder al beneficio, a diferencia de lo que sucede con quien causare un resultado equivalente pero como consecuencia de su comportamiento negligente. Obsérvese que si por eso fuera los delitos dolosos son más graves que los imprudentes, quedaría sin justificación que los primeros (artículo 89, CP) tienen prevista una pena de un mes a un año de prisión, en tanto para las lesiones culposas la pena es de un mes a tres años de prisión o multa, con más la de inhabilitación especial por uno a cuatro años (artículo 94, t.o., ley 25.189). Claro que en este último obrar quedan aprehendidas en el mismo precepto también las graves o gravísimas, y cuando el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor; pero en tales casos el mínimo de la pena asciende a seis meses, con aumento también respecto de la de multa y el piso de la de inhabilitación.

En los delitos imprudentes entran en consideración otras variables y la solución del conflicto no se corresponde únicamente con la pena de prisión. Sus situaciones no son parangonables a fin de concluir en la irracionalidad que se reprocha”.

Y por último negó que la CSJN haya tratado este tema en caso “Norverto Jorge Braulio”. Explicó que la Corte resolvió el caso por remisión, en lo pertinente, a las consideraciones vertidas en “Acosta”, dictado el mismo día de su pronunciamiento, desplazando el tema procesal vinculado al límite temporal para la solicitud del

beneficio y que bien interpretada, esa remisión sólo tuvo en miras lo concerniente a la posibilidad de la concesión del beneficio respecto de delitos que tienen prevista pena cuyo máximo supera los tres años de prisión pero que por sus circunstancias permitía dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable. No se expidió sobre el otro tópico relevante, dado que el delito de frustración maliciosa del pago de un cheque, tipificado en el artículo 302 del Código represivo, tiene previsto, junto con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, la de inhabilitación especial de uno a cinco años. Recalcó que:

“en ‘Acosta’ la Corte no se expidió sobre la inteligencia dada al acápite del precepto que alude a las penas de inhabilitación porque el caso no la preveía. Así entonces, la doctrina del alto Tribunal en el caso ‘Norverto’ carece de las consecuencias que pretenden derivarse en punto a la viabilidad del instituto en delitos con penas de inhabilitación”.

Tal como lo adelanté, en la actualidad los portadores del Sí siguen enarbolando las banderas de “Acosta” y “Norverto” y los que bregan por el NO invocan el reciente fallo de la Suprema Corte Provincial. Es de esperar que la CSJN, conociendo el conflicto práctico que sigue existiendo, se pronuncie nuevamente y así provea a la unificación del modo de trabajo.

III.4. Los funcionarios y empleados públicos y la posibilidad de acogerse al beneficio

El artículo 76 bis, séptimo párrafo del CP señala que: “no procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito”.

Tal como reza el artículo 77, párrafo tercero del CP, el término funcionario público designa a quien participe accidentalmente o permanentemente del ejercicio de las funciones públicas, sea por elección popular o autoridad competente.

Con el dictado de la Ley de Ética Pública (ley 21.188), sancionada a los fines de cumplir en el ámbito interno con los compromisos asumidos al ratificar la Convención Interamericana contra la Corrupción (artículo 7 de la ley 24.759), respecto del concepto de funcionario público, se adoptó una definición más amplia que la prevista en el artículo 77 antes aludido, su artículo 1º expresa:

“La presente ley de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso

o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. (...) Se entiende función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

Resulta atinado evocar lo discurrido en el debate parlamentario de la ley 24.316 (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 2 da. Reunión, 1º sesión ordinaria, 4/5/94, pág. 384), del cual surge que la *probation* no procederá cuando el partícipe es un funcionario público, dado que en este caso existiría una, vinculación con los delitos contra la administración pública y se pondría en juego toda la transparencia que la comunidad exige de aquellos que de alguna manera tienen injerencia en la administración de los recursos comunales.

Cabe traer a cuento que a partir del año 2009, y en razón de la resolución PGN 97/09 del 14/9/2009, dictada por el Procurador General de la Nación Dr. Esteban Righi, en el fuero federal se observó un criterio más acotado para el uso del instituto, ya que dicha resolución se instruyó a los integrantes del Ministerio Público Fiscal a oponerse a la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, cuando se esté ante un delito de corrupción, de conformidad con lo establecido por los artículos 15 a 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y artículos 6, 8, 9 y 11 de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Ello sin que corresponda hacer al respecto distinciones entre particulares o funcionarios públicos, o que en este último caso el hecho haya sido cometido en ejercicio o no de la función pública, siempre que esté vinculado a ella.

En el camino de identificar el obstáculo de la concesión del beneficio con la idea de actos de corrupción, se encuentra la Sala I del Tribunal de Casación Provincial, en la causa 68.652 “Bonano, Alberto Enrique y otro”, del 21/04/2015, sostuvo de modo vehemente que el hecho debe permitir hipotizar sobre la existencia de un delito emparentado con la corrupción, temáticas sobre las cuales versan dos instrumentos internacionales, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, y por ello refirió que la restricción en la concesión del beneficio sólo tiene razón de ser en tanto se investigue un hecho que afecte el bien jurídico administración pública y siempre que el agente se trate de un funcionario público.

La Sala III de dicho Tribunal, en la causa N° 11.630 “Bolo, Marta Liliana” del 2010, explicó que la finalidad de trato diferenciado a un funcionario público encuentra fundamento en un aprovechamiento de la especial situación en la que el funcionario se encuentra por su actividad profesional. Indica que no resultará suficiente que se cometa el hecho atribuido meramente en ocasión de esa actividad

si no conlleva a su vez un abuso de la posición, la autoridad o la capacidad de la que ha sido revestido por su cargo.

La Sala V de dicho órgano judicial, en la causa 66.144 “Colman, Karina Pamela y otro”, 02/06/2015, expuso que el régimen de la suspensión del juicio a prueba no se contenta con la verificación del carácter de funcionario público del imputado sino que requiere que al realizarse la conducta penalmente reprochable se ejerza efectivamente la función pública, y no cualquier actividad privada, se atiene a un carácter funcional, vinculado al desempeño profesional propio del funcionario público. Así habla de la necesidad de que se dé un “abuso de poder” y de la importancia de que quienes cumplen una misión estatal la desempeñen con fidelidad:

“La norma exige que el ilícito pueda ser considerado como un acto de abuso de poder en el desempeño de las legítimas funciones atribuidas al funcionario público. Esta interpretación del concepto “en el ejercicio de sus funciones” se compadece con el sentido teleológico de la norma toda vez que la eficacia persecutora del Estado va dirigida al abuso del poder en lo funcional (...) el sentido de la norma viene determinado por la mayor exigencia o rigurosidad requerida en el cumplimiento de las normas legales para aquellos agentes que cumplen una elevada misión destinada a la preservación del orden, la paz y la tranquilidad pública, brindándose, así, un mayor resguardo a los individuos frente a quienes ejercen funciones propias del poder estatal”.

Tal precedente también se ha pronunciado sobre el interrogante relativo a la necesidad de que el delito imputado sea de carácter especial respecto de la autoría, indicando que dicha exigencia no se desprende del texto de la norma, y por ende que no se debe limitar el ámbito de aplicación de la prohibición en tal dirección, ya que resulta comprensiva de todo delito cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, independientemente de si el delito exige o no como requisito para su configuración que el autor del mismo revista la calidad de funcionario público.

Teniendo en cuenta la situación especial en la que se encuentra ubicado quien ejerce una función pública en la sociedad, dicho fallo descarta rotundamente que la limitación resulte violatoria del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

En la misma sintonía se ha pronunciado la Cámara Nacional de Casación Nacional, en numerosos precedentes (Sala II: c. 30.174 “Gauto” 17/5/2011, c. 30.829 “Spitzer” del 17/10/2012, c. 32.286 “De Filpo, Gustavo”, del 1/11/2012) indicando que:

“el hecho de que el imputado se desempeñe como agente público ni implica por sí solo que se vea excluido de la posibilidad de aplicación

a su respecto de la suspensión del juicio a prueba. En este sentido, se ha afirmado que la exclusión de un derecho individual a quien la ley presume inocente, respecto de la imputación de cualquier delito y por el sólo hecho de tratarse de un funcionario público, importaría un trato legal discriminatorio (...) una correcta interpretación del artículo 76 bis del Código Penal, obliga a considerara que la salvedad efectuada en el párrafo séptimo los es en relación a aquellos casos en los que el delito supuestamente cometido tiene vinculación directa con la actividad que se realiza, esto es, en los que se compruebe la existencia de un ejercicio abusivo de las funciones públicas que le fueron confiadas al agente”.

Un supuesto que se encuentra discutido, es aquel que hace a la viabilidad de la concesión del beneficio a los notarios públicos, ya que algunos entienden que se trata de un funcionario público y otros no. Por la posibilidad de otorgamiento se ha expedido la Sala III del Tribunal Provincial de Casación Penal, en la causa N° 11.287 “Grondona, Juan Cruz Martín” del 17/06/ 2010, al decir que el escribano no puede asimilarse a un funcionario público, ya que la actividad del notario es una profesión que sólo encuentra necesaria una “habilitación” por parte del Estado (artículo 1 de la ley 9.020), pero en modo alguno es asimilable al nombramiento o relación jerárquica o dependiente dentro de una estructura estatal; tal como lo afirman Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre.

Otro tema debatido lo representa el criterio a seguir respecto de los terceros que participaron en el delito, pero no revisten la calidad de funcionarios públicos; dos son las respuestas que se verifican, una que habilita la concesión de la *probat*ion y la otra que la torna inaccesible.

Así se ha dicho que la intervención de un funcionario público en el hecho obsta de modo objetivo la suspensión del proceso a prueba respecto de los partícipes aunque no tengan tan calidad (*cf*r. CNCP, Sala II c. 11.665 “Gasparini, Gianni” del 14/12/2009, c. 12.589 “Pichetto, Andrés Luis” del 06/07/2010 y c. 30.829 “Spitzar”, del 17/10/2012). Tal opinión también luce en minoría en el fallo del Tribunal de Casación Provincial ya comentado, en la causa 68.652 “Bonando, Alberto Enrique y otro” acudiendo en el argumento a la debida armonía con otras normas, en el caso con el artículo 67 del CP que en lo que hace a la prescripción de la acción señala que la misma se suspende en los casos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público; ello además de mencionar como otro punto fuerte la resolución PGN 97/09 emanada del Procurador General de la Nación.

III.5. La comisión de un delito en el plazo de vigencia de la suspensión del proceso

El tema que aquí se desarrolla aborda la situación que se genera cuando dentro del lapso de duración del beneficio (entre un año y tres) al imputado se le endilga un nuevo hecho delictivo, acaecido luego de la concesión del instituto en estudio.

Pueden darse dos situaciones diversas, una con una solución muy simple y la otra no ha dejado de protagonizar desencuentros jurisprudenciales. La primera posibilidad es que el delito se pruebe por una sentencia firme durante el curso de la suspensión —aquí no hay problemas en torno a la operatividad del cuarto párrafo del artículo 76 bis— ya que, acaecido el hecho y arribada la sentencia con autoridad de cosa juzgada, la suspensión debe revocarse con la grave consecuencia, relativa a que la pena que se imponga a las resultas del debate habrá de ser de cumplimiento efectivo. Por ejemplo: el imputado A en el marco de la causa “X” es beneficiado con una suspensión del juicio a prueba por el plazo de un año, esto es del 12/12/2015 al 12/12/2016, y el día 03/03/2016 se inicia una causa “Y” ante la comisión de un nuevo hecho, recibiendo sentencia condenatoria el 04/04/2016, la que adquirió firmeza. Como se ve dentro del plazo de la suspensión se sucedieron todos los actos procesales, sin que ninguno supere dicho tramo temporal.

La segunda, muestra un caso similar al anterior, pero en el cual la sentencia de condena no adquirió firmeza dentro del plazo de la suspensión. Y es en esta hipótesis en la que se presenta una divergencia de criterios: una postura considera que, si se han cumplido la totalidad de las reglas impuestas y consensuadas, debe extinguirse la acción por cumplimiento, otra expone que puede revocarse sin más el beneficio y la última señala que debe diferirse el pronunciamiento sobre la condición de no cometer delitos, hasta tanto el superior se pronuncie o hasta tanto opere la extinción por prescripción.

A continuación transitaremos por cada una de esas sendas, para conocer sus fundamentos.

- a) Una muestra de la postura más dura se representará con el decisorio de la Sala I de la Cámara Apelación y Garantías de La Plata, dictado en el marco de la causa 688/15, “Duffau, Rodrigo Nicolás”, datado del 12/12/2016, en el que se ha señalado que la correcta interpretación del cuarto párrafo del artículo 76 ter es atendiendo a sus palabras, y cuando indica que “(...) Si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito (...)”, lo hace sin hacer mención alguna a la necesidad de una sentencia firme y a que esa sentencia tenga que acontecer dentro del tiempo de suspensión acordado. Asimismo indicó que exigir otros elementos representaría el agregado de un nuevo recaudo, no previsto por el legislador.

- b) Una postura intermedia es aquella que hace diferir el pronunciamiento sobre la condición de cometer delitos, y así la extinción y el consecuente sobreseimiento, al resultado de la vía recursiva o a la prescripción de la acción, lo que acontezca primero. Como ejemplo podemos citar lo fallado en la misma causa antes señalada, por el Juzgado Correccional N° 2 de La Plata (c. 688/15 “Duffau”).
- c) La última opción, es aquella que han acompañado la totalidad de las Salas del Tribunal de Casación Provincial. En innumerables precedentes ese Excelentísimo Cuerpo ha dicho que la condición de “no cometer nuevos delitos durante el tiempo fijado por el tribunal” (cuarto párrafo del artículo 76 ter del CP), alude a un hecho cometido dentro del plazo de prueba, hecho que debe haberse probado por sentencia firme dentro de dicho plazo de suspensión o lo que es lo mismo, se trata de un hecho ocurrido en el plazo de prueba sobre el que pueda predicarse la entidad legalmente requerida, por haber recibido sentencia firme en ese mismo lapso. Ha reiterado hasta el cansancio, que sólo una sentencia firme dictada durante la vigencia de dicho plazo obsta la extinción de la acción.

Veamos algunos casos resueltos por ese Tribunal.

En punto a la necesidad de la existencia de una sentencia de condena firme dentro del plazo de la suspensión de juicio a prueba y a la imposibilidad legal de diferir el pronunciamiento, la Sala II del Tribunal de Casación, en el caso 62685 (21/08/2014) ha dicho que para afirmar que se ha perpetrado un ilícito es necesaria la existencia de una sentencia condenatoria firme que así lo declare, en clara consonancia con el principio de inocencia consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional (CN). Explica que la sentencia firme es el único título jurídico legítimo mediante el cual se encuentra probada la comisión de un delito, razón por la cual resulta insuficiente —para poder aplicar los efectos del artículo 76 ter del CP atribuye a la comisión de un nuevo delito— la existencia de un proceso penal en trámite a su respecto. Por consiguiente, cumplido el período de prueba al que fue sometido el imputado y llamado el órgano jurisdiccional a resolver la extinción de la acción penal, ninguna norma autoriza al tribunal a suspender su pronunciamiento hasta tanto se resuelvan, en definitiva, los procesos en trámite seguidos al encausado. La misma línea argumental es la que se concilia con la interpretación que debe efectuarse en el mismo sentido con otros institutos previstos en el Código Penal.

Dicha sala, en la causa N° 60.612, “Kinder”, del 29/5/14, expuso que:

“si bien Kinder cometió un delito durante el plazo de la *probation*, lo cierto es que a la fecha de la resolución del órgano jurisdiccional, la

sentencia que lo condenara por dicho hecho no se encontraba firme, por lo que no puede incidir como causal impeditiva de la extinción de la acción. Ello porque la única circunstancia que habilitaría la revocación del plazo concedido, es la sentencia firme que así lo declare como delito cometido, durante el período de prueba. Este Tribunal de Casación recientemente ha establecido que una vez finalizado el período de suspensión del juicio a prueba el imputado adquiere un derecho a obtener una resolución respecto de la extinción de la acción penal por el cumplimiento de las condiciones impuestas. El escrutinio sobre la observancia de las condiciones impuestas debe materializarse con los datos verdaderamente existentes al momento en que finaliza el período de suspensión. Ninguna norma abriga la posibilidad de que esa resolución pueda quedar sujeta a la instancia de la parte, o a la celeridad del órgano jurisdiccional que intervenga ni mucho menos quedar supeditado a la resolución de la causa instruida por otro delito. La extinción de la acción no puede quedar supeditada a la espera de la sentencia que recaiga en relación al nuevo hecho, pues sólo el art. 67 del CP regula las causales de suspensión respecto de la prescripción y ante la ausencia de previsión legal respecto de la suspensión del juicio a prueba, una interpretación extensiva en esa orientación no se encontraría legalmente justificada” (causa nro. 55.987 caratulada “Rosales González, José Luis s/recurso de casación” rta. el 1/8/2013).

Sobre la decisión de diferir el pronunciamiento la Sala III del mismo Tribunal (causa N° 22.211 del 1/2/2007) ha dicho que al diferir el pronunciamiento de la extinción de la acción a resultas de la investigación en trámite se violan los principios básicos del proceso penal liberal, esto es, el principio de inocencia y el de legalidad. Enuncia que se viola el principio de inocencia, cuando el *a quo* no declara la extinción de la acción penal y el consecuente sobreseimiento, encontrándose cumplidos todos los requisitos legales impuestos, por el sólo hecho de existir una causa penal en trámite; siendo que sólo puede revocarse el beneficio de la suspensión del juicio a prueba mediante una sentencia condenatoria firme. Enseña que:

“no basta para obstaculizar la extinción de la acción penal, la mera imputación de un delito posiblemente cometido en el período de prueba, es necesario, además de la imputación, el pronunciamiento de una sentencia de condena firme, que es el único título jurídico válido para probar la comisión de un delito. Sin ella, el órgano competente debe declarar la extinción de la acción penal, como en este caso, por haberse cumplido con los requisitos legales impuestos (...) la extinción de la acción penal, entonces, opera de pleno derecho ante la finalización del plazo de prueba y su dictado resulta obligatorio y no facultativo conforme lo normado en el artículo 76 ter, 4º párrafo CP”.

Al tratar esta forma de prorrogar el dictado de la decisión de la extinción de la suspensión del juicio a prueba, la Sala I ha señalado que la prórroga del pronunciamiento implica la subrogación de facultades legislativas reñidas con el sistema republicano de gobierno y el principio de legalidad procesal (artículo 6 del CPP y 1 de la CN) al exigir requisitos que exceden los fijados por la normativa vigente para evacuar su decisión” (causas 56.083, 56.445, 57.028 y 62.733).

Dicha Sala en el marco de la causa 66.200 —en la que precisamente se venía cuestionando la decisión de diferir el pronunciamiento— sostuvo que la interpretación efectuada en punto al artículo 76 ter cuarto párrafo del CP resulta francamente violatoria del principio de inocencia, del derecho de todo acusado de obtener una resolución jurisdiccional que defina su situación procesal dentro de un plazo razonable (artículos 1, 18 y 75 inc. 22 de la CN, artículos XXV y XXVI de la DSDDH, 8 y 10 de la DUDH, 14. 2 del PIDC y P y 8. 2 de la CADH).

También la Sala IV se ubica en esta misma línea de trabajo, en la causa 74.693 “Díaz Lucas Esteban” del 29/9/2016, sostuvo que:

“entiendo que no debe tenerse por cometido un nuevo hecho, respecto del cual no se ha dictado resolución final (artículo 1 del CPP). Mal puede hablarse de la comisión de otro delito cuando en el hecho presuntamente interruptor no ha recaído sentencia firme. Sostener lo contrario, trae aparejado las siguientes consecuencias: 1. Lesiona el principio de inocencia según el cual toda persona debe ser considerada inocente hasta tanto una sentencia firme indique lo contrario. En efecto, por imperio de este principio la única manera válida de establecer que se cometió un delito es a través de una sentencia condenatoria firme (...). 2. Lesiona la garantía constitucional de la defensa en juicio que incluye el principio a obtener justicia en un plazo razonable (...). 3. Al diferir el pronunciamiento sobre si corresponde la extinción de la acción penal una vez transcurrido el plazo por el que se suspendió el juicio a prueba, se debe suspender o archivar el proceso hasta tanto finalice el juicio del hecho presuntamente cometido en violación a lo establecido en el artículo 76 bis y siguientes del CPP. Así entonces, fácil es advertir que además de dilatarse indebidamente el estado de indefinición en que se mantiene el imputado, se afecta el principio de progresividad. 4. Menoscaba el principio de legalidad a través de la creación vía jurisprudencial, en perjuicio del imputado, de una causal de suspensión del pronunciamiento sobre la extinción de la acción que no se encuentra contemplada en ley”.

En mi opinión personal la última opción —c)— es la que se ajusta a derecho, en modo alguno hace nacer un nuevo recaudo al artículo 76 ter del CP, sino que fluye

de una interpretación armónica del plexo legal y de todos los principios constitucionales involucrados. Una interpretación contraria acarrea inevitablemente una errónea aplicación del precepto mencionado y genera la consecuencia de la inoperatividad del artículo 56 inc. 7 del CP. El hecho de diferir el pronunciamiento acerca de la extinción de la acción, deja vacía de contenido la exigencia prevista por la primera parte del cuarto párrafo del artículo 76 ter del CP, en cuanto establece que la revocación del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, sólo puede tener lugar si durante el período de prueba se comete un delito: comisión que debe probarse por sentencia firme dentro de tal plazo. Es patente que esta interpretación, viola el principio de inocencia, el principio de legalidad porque crea una causal de suspensión del pronunciamiento sobre la extinción de la acción que no se encuentra contemplada en ley, el principio de progresividad y la garantía de la defensa en juicio, ante el derecho del imputado a obtener una resolución que defina su situación procesal en un plazo razonable, y sin que la fecha de cierre de la suspensión acordada sea ampliada de un modo arbitrario.

III.6. La privación de la libertad en la etapa de cumplimiento

Este acápite se encuentra emparentado con el punto 6), ya que trata la situación en la que se encuentra quien, luego de verse beneficiado con el otorgamiento de una suspensión del proceso, queda sujeto a una medida de coerción por un hecho posterior (lo que nos coloca nuevamente en los casos analizados hace sólo instantes). De allí que la solución dependerá de la postura en la que se enrole el lector, con más los datos particulares que se esbozarán a continuación.

Quien comulgue con la idea de que la comisión de un nuevo delito se genera con el sólo inicio de una nueva causa, no dudará en revocar el beneficio.

Pero quien comparta la necesidad de una sentencia firme para dar por probada tal comisión, no tendrá el valladar del cuarto párrafo del artículo 76 ter, pero deberá sortear el obstáculo inherente a la imposibilidad de ejecución de las reglas de conductas, que al concebirse tuvieron en cuenta para su desarrollo el medio libre (por ejemplo: concurrir al Patronato de Liberados, realizar tareas para la comunidad, concurrir a un centro de rehabilitación, no tener trato conflictivo con la víctima, etc.).

El Juzgado Correccional N° 1 de La Plata, al tratar un caso de idéntico tenor al planteado (causa 4913-3, "Pacheco, José Antonio", del 21/4/2016) señaló que:

"Que lo informado por la actuario, da cuenta de que el encartado se encuentra privado de su libertad de manera cautelar y la no existencia

de una sentencia firme. Que el plazo de suspensión de juicio a prueba otorgado en la presente no se encuentra vencido, restando casi un año para producirse el mismo y que, hasta la fecha de la detención cumplió las reglas de conducta impuestas y en el tiempo que le fuera requerido se presentó a someterse a las pericias indicadas. Que hasta el presente no se ha destruido el estado de inocencia del que goza el encartado y no se advierte configurado un incumplimiento malicioso de las reglas de conducta, sino que el mismo fue dado por la circunstancia de que el imputado se encuentra privado de su libertad de manera cautelar, y por ello se tornan actualmente de imposible cumplimiento. Ello conforme los lineamientos del fallo de la Sala III de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal causa G-14.132 (...). No hacer lugar a la revocación del beneficio (...) por resultar prematura y continuar el trámite de la presente según su estado, en tanto no se advierten configuradas las causales establecidas en el artículo 76 cuarto párrafo del CP”.

En una tónica similar el Juzgado Correccional N° 5 de La Plata (causa 2740, “Ojeda, Fabián Orlando” del 11/11/2015) resolvió declarar extinguida la acción penal por los argumentos que paso a detallar:

“Es dable considerar que como bien se desprende de lo informado por el Patronato de Liberados a fs. 9, el Sr. Peralta cumplió con su presentación inicial, el mismo día del otorgamiento del beneficio, 16/07/14, lo cual no permite sostener que hubo incumplimiento previo a la detención del citado, ésta se produce el 18/07/14, lo cual le impide, obviamente, realizar presentaciones posteriores. Esto último no es una cuestión menor, pues una cosa es resolver la petición tenida en vista cuando hay incumplimientos previos a la aprehensión —como podría serlo mudar de domicilio ion dar aviso, o incomparecer al patronato— y ora cosa es revocar por la única circunstancia de la detención, sin que se verifique el desconocimiento de las restantes condiciones. (...) tal como lo resolvió la Sala III de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo PENAL Departamental, en fecha 10/x/08, en causa G-14.132, no puede aseverarse que el imputado incumpla voluntariamente las condiciones, cuando éste se encuentra detenido a raíz de una medida cautelar dispuesta en otro proceso. (...) En otro orden de ideas el imputado no ha cometido un nuevo delito, según surge de la ausencia de condenas informadas (...). Por lo tanto, corresponde declarar extinguida la acción penal en la presente causa, conforme lo dispone el artículo 76 ter párrafo del CP”.

III.7. La posibilidad de otorgar una suspensión en el fuero de adultos, cuando dicho beneficio fue concedido previamente en el fuero de responsabilidad penal juvenil

Para analizar este tema resulta muy útil la lectura de un fallo de la Sala III el Tribunal de Casación Penal emitido en la causa N° 65.239 “Arabi, Daniel”, del 21/12/2015, ya que emplea herramientas jurídicas de última generación en lo que hace a derechos humanos. Dicha Sala casó la decisión de la Cámara de Apelaciones que revocó la resolución del Juzgado de Garantías N° 1 que hiciera lugar a la suspensión de juicio a prueba, fundada en la prohibición que establece el párrafo sexto del artículo 76 ter del Código Penal al haberle sido concedida al imputado una *probation* anterior en un proceso tramitado ante el Fuero Penal Juvenil, alegando que ello no se ajustaba a derecho y ponía en riesgo la responsabilidad internacional del Estado Argentino. En su rico desarrollo, se citan las reglas y fallos que indefectiblemente deben tenerse en cuenta en un área tan sensible como resulta la relacionada a los procesos tramitados en el fuero de responsabilidad penal juvenil, con sus principios rectores y sus notas de especialidad, reserva y confidencialidad. Enseña que:

“el Bloque Federal Constitucional establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional). Entre ellos se incluye a la Convención sobre los Derechos del Niño. Ardua ha sido la tarea en nuestra provincia para la adecuación de su legislación a la normativa internacional respecto a esta temática (...). A su vez, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el año 2002 recomendó al Estado Argentino que revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores, como así también que incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y que adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento (Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 9/10/2002. CRC/C/15/Add. 187 9 de octubre de 2002). En paralelo se sanciona la ley 13.634, su modificatoria 14537 y complementarias, estableciéndose en su artículo 10° que se consideran principios interpretativos de la misma, a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) Resolución Nro. 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución Nro. 45/113 de la Asamblea General, y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD), Resolución 45/112.

El artículo 21.1 de las Reglas de Beijing expresa que los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas. Continúa en el artículo 21.2 estableciendo que los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”.

En idéntica sintonía, se han pronunciado los Juzgados Correccionales 2 y 3 de La Plata, el primero en el marco de la causa 3818/16 “Baiza, Cristian” el 07/02/2017 y el segundo en el expediente N° 5443, “Azcona, Braian Alexis” el 09/06/2016, decisorio que fue confirmado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones y Garantías de La Plata con fecha 15/7/2016.

Ese cierre del área de menores se estructura sobre la base de las reglas de derecho interno y de derecho internacional, y desde el mes de mayo del año 2016 ha recibido el acompañamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (fallo P. 114.153 “Quiroz, Matías Sebastián” —04/05/2016—) que revalorizó las reglas de confidencialidad, reserva y no estigmatización, al afirmar la impertinencia absoluta de comunicar la información nacida al amparo de un proceso seguido a un menor en conflicto con la ley penal, al Registro Nacional de Reincidencia de Mayores. A partir de ese momento la doctrina legal de la Corte se ha ocupado de dejar bien en claro que:

“a.— Más allá de que la información fruto de la comunicación ordenada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal carezca de relevancia para la declaración de reincidencia (artículos 50 CP y 5 Ley 22.278), la decisión impugnada no pone énfasis en el régimen diferenciado que poseen los niños en relación a los adultos y las garantías especiales que en materia de registro de información los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución aseguran a las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal (artículos 75 inc. 22 CN y 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño). b.— El principio del interés superior del niño y el derecho a la intimidad, en esa sintonía, alcanzan especial relieve para asegurar la reserva y confidencialidad de los datos vinculados con los procesos que involucran a ese grupo etario y tienden a resguardar los postulados rectores del régimen de responsabilidad penal juvenil con marcada orientación hacia la restricción de los efectos estigmatizantes del proceso penal y a la reinserción social (artículos 1, 2 y 4 de la ley 22.278 T.O.). c.— La Provincia de Buenos Aires posee un registro específico, el Registro de Procesos del Niño (artículo 51 ley 13.634) que tiene por finalidad la

centralización de toda la información de las causas que tramitan ante el fuero de responsabilidad penal juvenil, a cuya entidad debe ponerse en conocimiento el fallo. d.— De acuerdo a lo someramente señalado, cabe afirmar que es absolutamente impertinente la comunicación de información nacida al amparo de la tramitación de un proceso seguido a un menor en conflicto con la ley penal al Registro Nacional de Reincidencia (artículos 3 y 40 de la Convención cit.) y por ende, debe hacerse lugar al recurso de la Defensa Oficial Juvenil y revocar la decisión de fs. 110 y vta. en cuanto confirmó la comunicación del decisorio por el que se aplicó sanción penal a Matías Sebastián Quiroz al Registro Nacional de Reincidencia” (artículo 469 Cód. cit.).

De allí que es dable afirmar, que los datos del fuero de menores, al no poder ser informados, ninguna consecuencia pueden irradiar. La lógica indica que si un antecedente que caducó en el registro (luego de 10 años tal como lo indica el artículo 51 del CP), no puede ser informado (ya que acontece como si hubiese sido eliminando de la faz de la tierra), un antecedente que no puede comunicarse al registro de Reincidencia de Adultos (bajo la premisa del interés superior del niño que debe decodificarse en términos de confidencialidad y la no estigmatización) jamás podrá ser informado, ni por ende empleado en dicho fuero.

Lo que arroja como correlato que una suspensión del juicio a prueba concedida en el fuero de menores no puede reputarse un obstáculo para la concesión del mismo beneficio en el fuero de adultos.

III.8. El efecto del cumplimiento o no de las reglas de conducta impuestas

La mecánica de esta clase de suspensión del juicio implica que en el plazo acordado deben cumplirse las reglas de conducta que se hayan impuesto (como vimos puede darse una variada gama de conductas, exigencias, labores, etc.).

Obviamente no ofrece ningún tipo de problema la situación de aquel que dentro del plazo ejecutó todas las mandas que le fueron encomendadas, ya que se ha hecho acreedor de la extinción por cumplimiento y su consecuente sobreseimiento. Por ejemplo: se concedió el beneficio por el plazo de un año bajo las siguientes condiciones: 1. Constituir domicilio y comunicar cualquier cambio al respecto. 2. Presentarse en forma bimestral ante el Patronato de Liberados. 3. Inicia un tratamiento para controlar la ingesta de alcohol (ello más la condición legal inherente a la no comisión de delito alguno en dicho plazo).

La situación se complica cuando el imputado, no ha cumplido alguna o todas las reglas de conducta impuestas. Sobre la cuestión, una corriente de trabajo, señala que para revocar el beneficio, debe escucharse en forma previa al imputado,

para que tenga oportunidad de expresar las razones que pudiera tener para justificar el incumplimiento, ya que actuar de otro modo presupondría un excesivo rigor formal.

En tal línea de acción se pronunció la Sala III de la Cámara de Garantías de La Plata, en la causa A-20.729, I.P.P. 06-03-000659-10 “Aversente, Jonathan Alejandro s/ hurto”, del 29/10/2013, en el marco de un caso en el que el Juez de Garantías había revocado la suspensión del juicio a prueba, ante el incumplimiento de algunas de las condiciones impuestas (reparar el daño, realizar tareas comunitarias) pese a que el imputado se había presentado regularmente al Patronato de Liberados y en el plazo de la suspensión no había cometido un nuevo delito. La Sala indicó que ello resultaba prematuro porque no se había citado al imputado para que pueda ser oído al respecto; veamos sus palabras:

“La decisión de revoca la suspensión del proceso a prueba resulta apresurada, pues debería citarse al nombrado para que pueda ser escuchado en relación al incumplimiento atribuido. Así se ha dicho, que la inobservancia de las reglas de conducta no determina directamente la revocación del beneficio, sino que se requiere una persistencia en el incumplimiento atribuido. Corresponde entonces que antes de revocar la suspensión del proceso a prueba, el órgano que la concedió intime al imputado a observar las reglas que no han sido cumplidas (...). Ello es una consecuencia lógica de los dispuesto en el último párrafo del artículo 27 bis del CP que establece que, en caso de incumplimiento de alguna de regla de conducta, puede no computarse parte del tiempo transcurrido y que sólo si se persistiese o reiterase el incumplimiento dará lugar a la revocación del beneficio”.

III.9. La improcedencia en los casos de violencia de género

Aquí la situación avista un antes y un después del 23 de abril del 2013, fecha en la que la CSJN dictó el fallo “Góngora” (Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa N° 14.092” G. 61. XLVIII, 23/4/2013), precedente en el que el alto Tribunal hizo visible la presencia de una conflictividad compleja que surge de las obligaciones que asumió el Estado Argentino al aprobar, por ley 24.632, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujer, conocida como “Convención de Belém do Pará”.

A raíz de dicho fallo resulta inaplicable la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género, por considerar que el otorgamiento viola las obligaciones internacionales del Estado Argentino emanadas de la Convención de Belem Do Pará relativas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de

violencia contra la mujer (*cf.* artículo 7 inciso primero) y a establecer un procedimiento legal justo y eficaz para la mujer, que incluya un juicio oportuno (*cf.* art. 7 inciso “f”).

Entendió que en consonancia con dicho instrumento internacional, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral se torna improcedente.

“Este impedimento surge, en primer lugar, de considerar que el sentido del término juicio expresado en la cláusula en examen resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal (Libro Tercero, Título 1 del Código Procesal Penal de la Nación), en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitiva sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención. Particularmente, en lo que a esta causa respecta, la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que *prima facie* han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle. En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el ‘acceso efectivo’ al proceso (*cf.* también el inciso ‘f’ del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba. De lo hasta aquí expuesto resulta que prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la “Convención de Belem do Pará”.

Descartó la eficacia del instituto en esta clase de delitos:

“Es menester afirmar que ninguna relación puede establecerse entre ese instituto de la ley penal interna y las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de la norma citada en último término (artículo 7g de la Convención de Belem do Pará) referidas al establecimiento de mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo, por parte de la mujer víctima de alguna forma de violencia, **‘a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.** Asegurar el cumplimiento de esas obligaciones **es una exigencia autónoma, y no alternativa respecto del deber de llevar adelante el**

juicio de responsabilidad penal al que se refiere el inciso ‘f’ de ese mismo artículo’

Habrà que determinar si se está o no ante un contexto de violencia de género, en el caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, del 28/01/2009, la Corte Interamericana consideró necesario aclarar que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará, afirmó que resultaba necesario demostrar en el caso, en qué sentido las agresiones fueron especialmente dirigidas contra una mujer, explicando las razones por las cuales la mujer se convirtió en un mayor blanco de ataque por su condición de mujer.

En tal inteligencia, y sobre la base de dicha producción interamericana, la Sala I de la Cámara de Penal Apelación y Garantías de La Plata, ha otorgado el beneficio en estudio, descartando casos de violencia de género, por ejemplo en la causa reg. 116/14 “Fuguretti, Pablo Miguel”, del 10/03/2014, enumeró las cuestiones que deben quedar probadas a los efectos de poder hablar de violencia de género, y estas son que exista un estado, o sea una situación con alguna estabilidad en el tiempo y no un hecho aislado, y que el ataque lo sea contra la mujer por su sola condición de género. Señalando que de lo contrario, se abriría la puerta para que cualquier hecho en donde se vea afectada una mujer —aun en forma ocasional— pueda catalogarse como violencia de género.

III.10. El instituto y los delitos reprimidos en las leyes 24.769 y 25.413 —contrabando y penal tributario—

En los delitos previstos en las leyes especiales 24.769 y 22.415, ilícitos tributarios y contrabando, el beneficio siempre ha dado que hablar, ya que en la jurisprudencia siempre zigzagueo entre el sí y el no para con su admisión, esto hasta que en el mes de diciembre de 2011 por imperio de la ley 26.735, el beneficio en estudio quedó totalmente excluido del campo de estos delitos especiales.

De allí que en la actualidad este tema solo tiene virtualidad para los casos en los que corresponda aplicar la ley anterior a la reforma, por imperio del principio de ley penal más benigna, o lo que es lo mismo ilícitos tributarios cometidos con anterioridad al 28 de diciembre de 2011.

Mirando al pasado, para conocer el campo de trabajo en los delitos penales tributarios, he seleccionado algunos fallos de la Cámara Federal de Casación Penal que nos llevarán al momento en que se enfrentaban los criterios de otorgamiento y de rechazo; señalando al respecto que dos fallos de la CSJN: “Acosta”—portador de la tesis amplia— y “Nanut” fueron los que impulsaron un mayor empleo del instituto en estudio.

La Sala I, en el caso “Gione, Sergio Ricardo”, del 12/03/2009, se hizo cargo del cambio de temperamento y explicó exhaustivamente sus razones:

“Esta Sala ha sostenido en diversas oportunidades la incompatibilidad del régimen previsto para la materia tributaria y el instituto de suspensión del juicio a prueba (artículo 10 de la ley 24.316). Comparto, con ese alcance, el criterio del señor juez preopinante. II. Ello a salvo, cabe señalar que el 7 de octubre próximo pasado la Corte Suprema, con remisión al precedente ‘Acosta’, declaró aplicable el aludido beneficio pese al agravio del acusador particular que expresamente había hecho hincapié en aquél óbice (sentencia recaída en la causa N° 7800, ‘Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Nanut —N.272. XLII—’ sustanciada por infracción al artículo 1° de la ley 24.769). (...) El doctor Juan E. Fégoli dijo: Tal como lo señala el colega que me precede en la votación, el caso traído a estudio debe resolverse con arreglo a la línea jurisprudencial trazada por el más Alto Tribunal en el precedente ‘Nanut’, que resulta de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores en virtud de la doctrina del leal acatamiento”.

Pero la negativa siguió existiendo, por ejemplo la Sala III, el 12/09/2011 en el expediente “Colacioppo de Alemany, Carmen”, con una nueva perspectiva adoptada por la mayoría (Riggi y Catucci) en cuanto al análisis que había hecho el Máximo Tribunal en el caso Acosta, en punto a que la Corte solo se había limitado a resolver respecto de la aplicación de la tesis amplia, sin expedirse respecto de la limitación establecida en el artículo 10 de la ley 24316, regresando a la doctrina de la restricción de la aplicación en los delitos de índole fiscal.

En tal contexto, es posible afirmar que en el precedente “Nanut” de cita, la Corte Suprema de Justicia de la Nación solo ajustó su pronunciamiento a lo resuelto en “Acosta, Alejandro Esteban”, ‘en lo pertinente’, que no es otra cosa que:

“(...) el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el artículo 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante. Sin expedirse sobre la compatibilidad o no entre el régimen extintivo previsto en la ley penal tributaria y el del artículo 76 bis del ordenamiento penal”. “(...) no corresponde apartarse del criterio fijado *in re* ‘Martínez’ antes citado, en el que se sostuvo que ‘cuando el artículo 10 de la ley 24.316 dispone sobre la inalterabilidad de los regímenes dispuestos en las leyes 23771 y 23737 asegura

el prevalecimiento de la norma especial, en este caso el artículo 14 de la ley penal tributaria, respecto del precepto general del artículo 76 bis del Código Penal”.

Un punto álgido en esta temática lo constituye el tema de la reparación del daño en la medida de lo posible —requisito previsto en el tercer párrafo del artículo 76 bis del CP—, teniendo en cuenta que en los ilícitos de esta clase siempre hay un monto de dinero que se adeuda al fisco.

La Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, en la causa “Ugolini, Adriano” del 15/10/2008, analizó la razonabilidad del ofrecimiento efectuado por el imputado, al igual que lo hizo el fiscal en su dictamen. Vale la pena reproducir dicho análisis:

“El enjuiciado ofreció en concepto de reparación por el daño causado la suma de \$5.000 a pagar en 20 cuotas iguales, mensuales y consecutivas. A su vez, ofreció realizar tareas comunitarias de mantenimiento en el Hogar de Ancianos cuya administración era ejercida por Caritas. Durante la audiencia celebrada, de acuerdo con lo previsto por el artículo 293 del CPPN, la parte querellante, DGI-AFIP, expresó que no analizaría el monto de reparación del daño ofrecido respecto del monto evadido porque el mismo era en razón de las reales posibilidades del imputado para afrontarlo (...). El Fiscal expresó que en la ley existía un instituto de extinción por pago en la ley penal tributaria y toda vez que, en este caso, el perjuicio fiscal serían montos astronómicos, cualquier ofrecimiento realizado por un monto menor sería rechazado por la AFIP, en tanto se encuentra imposibilitada de aceptar pagos parciales. Adunó que el ofrecimiento debía ser en la medida de lo posible para el imputado, motivo por el cual, si bien el ofrecimiento era exiguo, era también razonable. (...) el ‘a quo’ consideró que lo dispuesto por el artículo 10 de la ley 24.316 no impedía la concesión del beneficio respecto de los delitos tipificados en la ley 23.771, por cuanto cuando la ley ha querido establecer los casos de improcedencia del instituto, los ha regulado estableciendo que el beneficio ‘no procederá’ como sucede en los párrafos anteúltimo y último, en vez de ‘no alterará’ como en el artículo 10”.

La Sala I de dicho Tribunal, en la causa “Littau, Dardo Roberto” del 20/04/2010 nos muestra como avaló la decisión del Tribunal Oral que otorgó la *probation* y eximió al imputado de reparar el daño:

“1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada en favor de Sergio Ricardo Gione por el plazo de un año y no admitió el ofrecimiento de

la reparación patrimonial por aquél ofrecida. Contra esta resolución la representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación (...) la recurrente señaló que se ha incurrido en la errónea interpretación de la ley sustantiva al eximir al imputado de la obligación de reparar el daño (...). El párrafo tercero del artículo 76 bis del Código Penal impone al imputado, para acceder al beneficio de la suspensión del juicio a prueba, hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible. Tal recaudo ha sido satisfecho en términos que contaron con la oportuna aquiescencia del Ministerio Público Fiscal (fs. 136) sin perjuicio de que la AFIP rechazó el ofrecimiento, disconforme con el monto (...) motivo por el cual no se advierten otros obstáculos para la concesión del beneficio si, como se ha dicho, se ha observado la única condición que la norma que rige el caso establece respecto del resarcimiento: ofrecimiento posible. Así pues, la decisión del tribunal que otorgó la suspensión del juicio a prueba es ajustada a derecho; la declaración de inadmisibilidad de la oferta, en tanto deja expedita la acción civil, se ciñe también a la letra del texto legal”.

Respecto de los delitos de contrabando, el formato de trabajo, no resultó muy diferente, hubo resistencia a su otorgamiento. Vale la pena traer a cuento un caso que si bien llegó a la CSJN fue desestimado el 4/2/2014 por incumplimientos formales por parte del apelante —la Dirección General de Aduanas—, caso en el que se le otorgó la suspensión del juicio a Lambiris Vilche, Jorge Omar en el marco de un recurso de la defensa resuelto por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal el 30/8/2010, fijándose como reglas de conducta la realización de tareas no remuneradas por 2 años en la Fundación Argentino Científica Establo Terapéutico, el pago de una reparación económica de \$3000, la presentación ante el Tribunal cuando fuera requerido, la necesidad de solicitar autorización para salir del país y la veda para ejercer el comercio.

III.11. El particular damnificado y la intervención en la concesión del instituto

En este punto me refiero a si el particular damnificado o querellante particular, tiene la facultad de intervenir el proceso de concesión del beneficio en paridad de condiciones con el Ministerio Público Fiscal.

Al respecto cabe traer a cuento una resolución reciente de la Sala IV de la Cámara de Apelación y Garantías de La Plata, causa 5882-3, “Coelho, T. s/ lesiones leves” del 14/03/2017, en la que trató la oposición formulada por el particular damnificado a la concesión de la suspensión del juicio a prueba en una audiencia instrumentada en el sistema de flagrancia, en la cual el fiscal había prestado su consentimiento para el otorgamiento del beneficio. Por unanimidad la Sala entendió

que: “El instituto de la suspensión del juicio a prueba no prevé la intervención del particular damnificado. Su concesión o no depende de la aquiescencia del fiscal. No puede entonces considerarse que esté habilitado el damnificado para cuestionar lo decidido. El recurso no puede aceptarse”.

IV. Conclusión

Como palabras finales he de señalar que tal como ha quedado en evidencia el instituto de la suspensión del juicio a prueba, con todas sus bondades, aún no posee una única forma de trabajo, sino que a pesar de los esfuerzos jurisprudenciales siempre quedan espacios abiertos y conflictivos de trabajo, que deben ser cerrados de una vez y para siempre por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque esto signifique que este órgano ingrese nuevamente a tratar temas que ya ha abordado, pero esta vez enunciando el camino seguir de modo circunstanciado y claro, sin que las respuestas, por el alto grado de abstracción o generalidad con que muchas veces se exponen, dejen margen a interpretaciones dispares.

V. Bibliografía

Jurisprudencia

CSJN, 23/04/2008, “Acosta, Alejandro Esteban”, A. 2186 XLI.

CSJN, 23/04/2008, “Norverto, Jorge Braulio”, N. 326. XLI.

CSJN, 23/04/2013, “Gongora, Gabriel Arnaldo”, G. 61. XLVIII.

CSJN, 07/10/2008, “Nanut, Daniel”, c. 7800, N. 272.XLII.

SCBA, 07/09/2016, “Altuve, Carlos Arturo —Fiscal—. Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 65.899 del Tribunal de Casación Penal, Sala VI” y “Peña de De Vicente, Claudia S. —particular damnificada—. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y de nulidad en causa N° 65.899 del Tribunal de Casación Penal, Sala VI”, reg. P 125.430.

SCBA, 04/05/2016, “Quiroz, Matías Sebastián”, reg. P. 114.153.

CALP, Sala I, 12/12/2016, “Duffau, Rodrigo Nicolás / recurso de apelación”, reg. N° 688/15.

CALP, Sala III, 29/10/2013, “Aversente, Jonathan s/ hurto”, reg. A-20.729/I.P.P. 06-03-000659-10.

CALP, Sala I, 10/03/2014, “Fuguretti, Pablo Miguel s/ recurso de apelación”, reg. N° 116/14.

CFALP, Sala IV, 14/03/2017, “Coelho, T. s/ lesiones leves”, reg. N° 5882-3.

CFCP, acuerdo plenario, 17/08/1999, “Kosuta, Teresa s/ recurso de casación”, reg. N° 1403.

CFCP, sala I, 15/05/2009, “Moretti, Jorge Andrés s/ recurso de casación”, reg. N° 10.171.

CFCP, Sala II, 17/05/2011, “Gauto s/ recurso de casación”, reg. N° 30.174.

CFCP, Sala II, 17/10/2012, “Spitzer s/ recurso de casación”, reg. N° 30.829.

CFCP, Sala II, 1/11/2012, “De Filpo s/ recurso de casación”, reg. N° 32.286.

CFCP, Sala II, 14/12/2009, “Gasparini, Gianni s/ recurso de casación”, reg. N° 11.665.

CFCP, Sala II, 06/07/2010, “Pichetto, Andrés Luis s/ recurso de casación”, reg. N° 12.589.

CFCP, Sala I, 12/03/2009, “Gione, Sergio Ricardo”, reg. N° 13.397.

CFCP, Sala III, 12/09/2011, “Colacioppo de Alemany, Carmen y otros s/ casación”, reg. N° 12.517.

CFCP, Sala IV, 15/10/2008, “Ugolini, Adriano s/ recurso de casación”, reg. N° 10.938.

CFCP, Sala I, 20/04/2010, “Littau, Dardo Roberto s/ recurso de casación”, reg. N° 12.754.

CFCP, Sala IV, 30/08/2010, “Lambiris Vilche, Jorge Omar s/ recurso de casación”, reg. N° 12.514.

CFCP, Sala I, 02/02/2008, “Ruarte s/ recurso de casación”, reg. N° 9680.

CFCP, Sala I, 12/12/2008, “Tavarozzi s/ recurso de casación”, reg. N° 10.558.

CFCP, Sala I, 27/03/2009, “Reynoso s/ recurso de casación”, reg. N° 10.672.

CFCP, Sala II, 02/06/2009, “Maccha Gamarra s/ recurso de casación”, reg. N° 10.941.

CFCP, Sala IV, 30/06/2009, “Norverto s/ recurso de casación” del 30/6/2009, reg. N° 5365.

CFCP, Sala V, 21/10/2009, “Barrera, M. E s/ homicidio culposo”, reg. N° 37.881.

Juzgado Correccional N° 2 La Plata, 29/04/2016, “Duffau, Rodrigo Nicolás s/ In. art. 239 CP”, c. 688/15.

Juzgado Correccional N° 1 de La Plata, 21/04/2016, “Pacheco, José Antonio”, c. 4913-3.

Juzgado Correccional N° 5 de La Plata, 11/11/2015, “Ojeda, Fabián Orlando”, c. 2740.

Juzgados Correccionales N° 2 de La Plata, 07/02/2017, “Baiza, Cristian y otro”, c. 3818/16.

Juzgado Correccional N° 3 de La Plata, 09/06/2016, “Azcona, Braian Alexis”, c. 5443.

Resoluciones del Procurador General de la Nación Procurador de la Nación PGN N° 86/2004, PGN N° 97/09 del 14/9/2009, PGN N° 6/11 del 3/3/2011.

TCPBA, acuerdo plenario, 09/09/2013, “B., L. E. y O., A. R. s/ recurso de queja (art. 433 CPP) - Pedido de Acuerdo Plenario”, reg. N° 52.274.

TCPBA, Sala III, 17/06/2010, “Grondona, Juan Cruz Martín c/ recurso de casación”, reg. N° 11.287.

TCPBA, Sala I, 21/04/2015, “Bonano, Alberto Enrique s/ recurso de casación”, reg. N° 68.652.

TCPBA, Sala III, 13/05/2010, “Bolo, Marta Liliana s/ curso de casación”, reg. N° 11.630.

TCPBA, Sala I, 02/06/2015, “Colman, Karina Pamela s/ recurso de casación”, reg. N° 66.144.

TCPBA, Sala I, 29/09/2016, “Díaz, Lucas Esteban s/ recurso de casación”, reg. N° 74.693.

TCPBA, Sala II, 29/05/2014, “Kinder, Javier Omar s/ recurso de casación”, reg. N° 60.612.

TCPBA, Sala III, 21/12/2015, “Arabi, Daniel Alberto s/ recurso de casación”, reg. N° 65.239.

TCPBA, Sala IV, 24/06/2014, “Petronio, Diego Martín s/ recurso de casación”, reg. N° 62.184.

Fecha de recepción: 02-05-2017 Fecha de aceptación: 18-06- 2017

Responsabilidad de Jefes de Estado por su participación en crímenes internacionales (Sobre la posibilidad de juzgar penalmente a los “líderes públicos criminales”)

POR **FAVIO FARINELLA** (*)

Sumario: I. Introducción: la protección de las víctimas del terror de Estado en el Derecho Internacional Público.— II. Líderes y organizaciones criminales penalmente responsables.— III. La evolución de la responsabilidad: el *hostis humani generis* como motor del sistema de derechos humanos.— IV. Obligación de los individuos de no cometer crímenes internacionales.— V. A modo de conclusión.— VI. Bibliografía.

Resumen: no existe al momento una fundamentación precisa de la responsabilidad de los Jefes de Estado por los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (1) tipificados en el Estatuto de Roma: crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. Los buenos propósitos y la pena capital (2) se han sucedido como forma de tratar con los Jefes de Estado que ordenan la comisión de estos delitos, por lo cual los consideramos enemigos de la humanidad. Desde la “moral internacional y la santidad de los tratados” invocados en los Tratados de Versailles, hasta la “amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar del mundo” reconocida en el Estatuto de Roma, cada norma que creó una jurisdicción penal de carácter internacional, afirmó la responsabilidad individual como un concepto auto-evidente. Este trabajo se propone fundamentar la responsabilidad de los jefes de Estado —verdaderos líderes

(*) Prof. Investigador, UNMdP, UAI. PhD UNMdP. Doctorando UBA. BSc. in International Relations and Politics, University of London, London School of Economics and Political Sciences. Seoul National University, Corea del Sur.

(1) Estatuto de Roma de la CPI, A/CONF.183/9, 17/07/1998, Preámbulo.

(2) Los “buenos propósitos” —y sólo eso— se expresaron en la intención de llevar a proceso al Sultán Turco y demás líderes responsables del genocidio Armenio (Tratado de Sèvres, 10/08/1920, artículo 230); o al emperador Guillermo de Hohenzollern y otros líderes Alemanes responsables de ofensas contra la moral internacional y la santidad de los tratados (Tratado de Versailles, artículos 227 a 230). Las “penas capitales” hacen referencia a las 12 condenas decididas por el Tribunal de Núremberg.

públicos criminales— por su participación en crímenes internacionales a fin de evitar que los mismos secuestren principios y normas de Derecho Internacional general creadas para regular la vida interestatal, y los utilicen con el exclusivo propósito de escapar a su responsabilidad y castigo.

Palabras claves: delitos internacionales - derechos humanos - jefes de Estado - responsabilidad

Holding Heads of State accountable for international crimes

Abstract: *the international accountability of Heads of State and government for the commission of “the most serious crimes of concern to the international community as a whole” —such as war crimes, crimes against humanity and genocide—, is a work still in progress. Simply good will and capital punishment have taken turns as an answer to deal with these enemies of mankind. From “international morality and the sanctity of treaties” invoked in Versailles to the “threat to the peace, security and well-being of the world”, stated in the Preamble of the Rome Statute, every rule that instituted an international criminal jurisdiction, affirmed international individual responsibility as a self-evident concept. This paper intends to settle the foundations of the accountability of Heads of State —truly criminal public leaders— as a result of their involvement in international crimes. The aim is to forbid them to invoke principles and norms which belong to the international legal system to protect states and peoples, in order to escape their due accountability and punishment.*

Keywords: *international crimes - human rights - head of states - accountability*

I. Introducción: la protección de las víctimas del terror de Estado en el Derecho Internacional Público

¿Cuánto debe subordinar la persona al interés del Estado? Ciertamente no su vida, o su libertad, o su integridad física. En el siglo XXI estos bienes ya no constituyen moneda de cambio para el mantenimiento del sistema internacional de Estados soberanos. Pero, ¿y si algún Estado decidiera lo contrario? ¿Podrá el Derecho Internacional Público (DIPu) obligar a respetar tales valores, o incluso castigar a las personas físicas que utilizan al Estado como instrumento de violación sistemática y generalizada de derechos y libertades fundamentales?

Si la preocupación de Locke consistía en conocer la medida en que el Estado podía entrometerse en la libertad del individuo, casi cuatro siglos después, planteamos aquí conocer, si un gobernante al decidir tomar la vida, libertad o integridad física de personas bajo su jurisdicción, viola el DIPu, y si es así, si el mismo puede huir de la justicia trasladándose a un refugio seguro provisto por algún Estado soberano. En tanto la pregunta que planteamos es similar a la de cuatro

siglos atrás, pretendemos argumentar las razones por las cuales, un gobernante en ejercicio puede devenir enemigo de la humanidad (*hostis humani generis*) y consecuentemente, ser castigado. Situaciones extremas ocurridas durante el siglo XX han aportado soluciones a preguntas centenarias que permanecen por la falta de respuestas de un DIPu históricamente preocupado más por los Estados que por las personas.

El DIPu clásico ligaba el respeto de la soberanía al territorio del Estado, derivando principios como la integridad territorial, la independencia política, la no intervención en asuntos internos, y la igualdad soberana, entre otros. El DIPu contemporáneo necesita relacionar la soberanía estatal con el principio *pro-homine*. Es ésta una relación de subordinación, donde la soberanía aparece limitada por el paradigma de los derechos humanos. En la visión de Akehurst-Malanczuk (1997) cuatro elementos se unen hacia la segunda mitad del siglo XX para elevar el status del individuo en el DI: (a) los límites al uso de la fuerza; (b) los impulsos humanitarios; (c) el concepto de *jus cogens*; y (d) el orden público internacional. El DIPu protege integralmente a la persona humana a través de diversos estatutos cuyas bases normativas trascienden el interés de uno o más Estados para constituirse en valores comunes a todas las naciones. Encontramos aquí al derecho internacional humanitario (DIH); el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH); el derecho de los refugiados (DIR); y tras el fracaso en la protección, el derecho internacional penal (DIPenal). Vemos aquí una fuerte tendencia dirigida a la construcción de un sistema internacional integrado de protección de la persona humana, con aristas civiles y penales y asignación de responsabilidades tanto a las personas jurídicas (Estados y otras organizaciones políticas) como a las personas físicas.

El interés común de proteger y promover los derechos fundamentales fue desarrollándose progresivamente y de manera pro-activa en el ámbito normativo y en el sociológico, avalados ambos por una notable evolución axiológica, que afirmó al individuo como fin en sí mismo y además, supremo (3). El respeto del paradigma de los derechos humanos veda en forma absoluta toda conducta negatoria de la persona humana y la humanidad. Hoy además, la castiga *penalmente* en la persona de los líderes y ejecutores. Lord Steyn en el caso Pinochet (Nº 1), argumentó

(3) Esto es afirmado en la Carta de la ONU y desarrollado por la Carta Internacional de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la CIJ y de tribunales regionales de derechos humanos. La Carta Internacional aporta el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, no vinculante pero reflejo de la costumbre internacional, mas los Pactos Internacionales de derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La CIJ, contribuye con sus opiniones consultivas como la referida y su interpretación del DIPu de los derechos humanos como obligaciones estatales. Los tribunales regionales, aportando su interpretación de la Convención Europea de derechos humanos y de la Convención Americana de derechos humanos, mediante las sentencia del Tribunal Europeo e informes y jurisprudencia de la Comisión y Corte Interamericanas, etc.

que los actos de tortura junto a otros “grandes crímenes” como el genocidio, la toma internacional de rehenes y los crímenes contra la humanidad jamás podrán ser considerados por el DIPu como actos ejecutados en ejercicio de la funciones de un Jefe de Estado (4). Si la violencia es planeada u ordenada desde la cúspide organizacional, los Jefes de Estado se convierten en *líderes públicos criminales* y deberán rendir cuenta. El siglo XX ha experimentado la jerarquización del paradigma de los derechos humanos devenidos verdadero límite del accionar legal de los Estados. Afirma Carrillo Salcedo (1996: 133) que “los instrumentos convencionales universales y regionales en materia de derechos humanos han contribuido a precisar qué derechos humanos son fundamentales y, por tanto, absolutos, y no susceptibles de limitaciones ni derogaciones” (5).

La Carta de Naciones Unidas compromete a los Estados a cooperar a fin de realizar el respeto universal a los derechos humanos sin distinción (6), constituyendo así un interés común y superior a los intereses de los Estados miembros. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) en *Reservas a la Convención sobre Genocidio* (1951: 23), resumió la manera de interpretar el interés superior de los derechos humanos afirmados convencionalmente:

“En tal Convención, los Estados contratantes no tienen intereses propios. Tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones”.

Uno de los propósitos más relevantes afirmados en la Carta de Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Toda violación

(4) Ver caso *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte Pinochet Ugarte (No 1) United Kingdom House of Lords (25 november 1998) 119 ILR 51, para. 115. Criticando este razonamiento, afirma Gattini que “el hecho que los actos de tortura en supuesto alguno puedan ser considerados como perteneciendo a las funciones de un Jefe de Estado no significa que tales actos no puedan considerarse ‘actos oficiales’”.

(5) Continúa afirmando “En este sentido, tanto el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 (de Derecho Internacional Humanitario, pero de indudable relevancia en derechos humanos), con los artículos 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, han contribuido significativamente a precisar un núcleo duro de derechos humanos inderogables, y por ello absolutos”.

(6) Carta de NNUU, artículos 55 y 56.

masiva de derechos humanos puede constituir una amenaza o quebrantamiento de la paz y seguridad internacional, y eventualmente, dar lugar a las medidas previstas en el capítulo VII. Los delitos internacionales considerados desde Nüremberg en adelante y tipificados en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, constituyen violaciones masivas de derechos fundamentales que revisten ciertas características diferenciales. Existe así una relación directa entre su comisión, el quebrantamiento de la paz y seguridad internacional y los responsables directos de la violencia masiva. Las acciones criminales de los Jefes de Estado pueden quebrantar la paz y seguridad internacionales, eje sobre el cual gira el sistema político internacional.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) afirma que la codificación de los crímenes internacionales cubre sólo aquellos "delitos bajo el derecho internacional que poseen tal carácter por constituir una amenaza a la paz y seguridad internacionales, por lo cual la prohibición y sanción de estas conductas son una consecuencia directa del DI" (7).

Los líderes estatales son los responsables políticos de las amenazas y quebrantamientos de la paz y seguridad internacionales, generando un contexto de amenaza o violación directa de los derechos fundamentales. En situaciones comunes de conflicto armado, estados multiétnicos, reclamos del ejercicio de la libre determinación, amenazas terroristas o simplemente proyectos de liderazgo mesiánico, surgen líderes que lleven adelante un plan o una política dirigidos a realizar sus objetivos, y en algún caso, al tomar el poder, están dispuestos a ejecutar violaciones de naturaleza masiva, realizando un uso criminal de la maquinaria estatal.

En este sentido, los líderes estatales han sido los primeros en darse cuenta del enorme poder destructivo de la maquinaria burocrática que dirigen, orientada ésta hacia el aniquilamiento de derechos de grupos seleccionados, ya que actúan desde una pseudolegalidad interna brindada por el monopolio del poder legisferante, y al amparo del DIPu al invocar los principios de soberanía, no injerencia e inmunidad jurisdiccional. Estas circunstancias convirtieron al Estado en la primera y más destructiva organización política de sus propios habitantes. Y aunque se hizo esperar, la reacción llegó aunque a costa de millones de víctimas.

Los delitos internacionales son siempre cometidos por personas físicas. Cuando éstas actúan como líderes y miembros de organizaciones políticas, los conocidos problemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas se trasladan a la esfera internacional. A pesar de existir tímidos avances relativos

(7) Crimes against the peace and security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II, part two, p. 20.

a la responsabilidad penal del Estado y otras personas jurídicas por la comisión de graves infracciones al DIPu, los desarrollos significativos se producen casi de manera exclusiva en el campo de la responsabilidad penal individual.

Todo Estado reconoce una estructura jerárquica que procura sus fines a la par que cuenta con un número necesario de ejecutores confiables. Existe una relación simbiótica entre la organización política y sus líderes. La organización genera el contexto inmediato en el cual el plan o la política criminal será posible. Hitler, Stalin o Pol-Pot, de no haber ocupado la máxima jerarquía en sus Estados, hubieran sido eventuales psicópatas, eventualmente criminales, pero jamás “enemigos de la humanidad”. Lo que los distinguió fue el haber utilizado la maquinaria estatal para sus fines criminales.

En este sentido, la actividad del jefe reconoce una doble importancia. Primero, establece los fines a los que comprometerá la actividad de las agencias estatales. Segundo, ordena acciones y omisiones en función de un plan previo o una política deliberada necesaria para alcanzar los fines establecidos. Una maquinaria criminal luce sin sentido sin un motor que le de vida. Ésta es la misión de los líderes, quienes dinamizarán su voluntad criminal en potencia. Utilizan los atributos de un Estado soberano, reconocidos por el DIPu, para violarlo en su dimensión última, la del ser humano y de la humanidad.

En suma, el DIPu contemporáneo expresa una relación de fuerzas entre los principios protectores de la persona humana y aquellos que sostienen al Estado como sujeto supremo del sistema internacional. Este conflicto entre el deber ser y el ser del sistema debe analizarse desde los valores, principios y reglas que obligan a los Estados, a sus gobernantes y a sus agentes, basados ellos en el respeto de los derechos y libertades fundamentales de la persona y de la Humanidad.

II. Líderes y organizaciones criminales penalmente responsables

El DIPu provee cuatro estatutos básicos de protección de la persona y de la Humanidad, producto de la evolución cultural e histórica de las principales naciones.

Tres de ellos protegen *indirectamente* al individuo como la más sagrada misión de la civilización. Son el derecho internacional de los derechos humanos(8), el

(8) El sistema internacional de protección de derechos humanos gobernado por diversas agencias de NNUU como el Consejo de derechos humanos, el Alto Comisionado de NNUU para los derechos humanos y los sistemas regionales existentes en Europa, América y África tratan exclusivamente con denuncias contra Estados por violaciones de derechos humanos afirmadas en instrumentos que los mismos han ratificado. CDI, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado (Draft Articles on state responsibility). Los primeros 35 artículos fueron adoptados en su primera lectura en

derecho internacional humanitario (9) y el derecho internacional de los refugiados (10). El cuarto castiga *directamente* a los individuos que transgreden en forma masiva el umbral de los más graves delitos internacionales: es el derecho internacional penal (11). Sin responder a una distribución racional de competencias, surgen y evolucionan como respuesta a situaciones de violencia masiva extraordinariamente odiosas a las conciencias de cada época. Por esto, los ámbitos de superposición son generosos.

El DIPu no se encuentra vacío de contenido para tratar la responsabilidad individual de los líderes que planean u ordenan la comisión de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Considerados en conjunto, los subsistemas constituyen un naciente sistema internacional de protección de la persona humana, que si bien se inicia tras la II Guerra Mundial, se dispara normativa e institucionalmente, tras el final de la guerra fría (12). Y esto sucede porque en tal momento se reúnen por vez primera: (i) la comisión de violaciones particularmente odiosas para la conciencia de la humanidad; (ii) la tecnología como canal de comunicación y publicidad de tales conductas criminales; y (iii) la voluntad material de castigar a los responsables individuales por parte de los Estados con poder para lograrlo.

La existencia de una organización política es condición necesaria para la comisión de los crímenes internacionales. Sin embargo, ninguno de los subsistemas se ocupa de la criminalidad de las organizaciones políticas en su calidad de personas jurídicas. Esto es sorprendente porque como afirma Hazlitt: “los entes corporativos son más corruptos y malvados que los individuos, porque ellos poseen más poder para cometer infracciones, y son menos capaces para caer en desgracia o

1980 y refieren los orígenes de la responsabilidad internacional. La Parte II que refiere el contenido, forma y grados de la responsabilidad internacional (artículos 36 a 53) y la Parte III conteniendo la Solución de Controversias (artículos 54 a 60), complementada con dos anexos sobre mecanismos de solución de controversias, fueron adoptados en primera lectura en 1996. Official Records of the General Assembly. Fifty-first Session, Supplement No. 10. Documento A/51/10 y Corr. 1, pp. 125-151. En el proyecto de 1997 el artículo 19 luego derogado constituía la piedra de toque de la responsabilidad internacional de los Estados por actos contrarios al DI, y específicamente delitos y ofensas internacionales. Los artículos 51 a 53 referían las consecuencias del delito internacional.

(9) Los ejemplos salientes son los tribunales internacionales para la ex- Yugoslavia (1993) y Rwanda (1994).

(10) Véase Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28/07/1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14/12/1950.

(11) El ER que crea la CPI (1998-2002) trata exclusivamente sobre la responsabilidad penal individual.

(12) Ya Kelsen (1944) refería la responsabilidad penal individual en DI. pp. 5, 10-11, 35-36.

ser sancionados. Ellos no sienten vergüenza, remordimiento, gratitud ni buena voluntad” (1901: 359)(13).

Respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas existen tres desarrollos inconclusos.

Primero, la CDI en el comienzo de su trabajo relativo al Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, planeó cubrir no sólo la responsabilidad penal de los individuos, sino también la de los Estados. Pero luego decidió centrar su labor en lo primero, aunque sin excluir completamente la cuestión de la responsabilidad penal estatal (14).

Segundo, el artículo 19 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (CDI) (15) distinguía entre crímenes y delitos internacionales, siendo los primeros definidos como graves violaciones del *jus cogens* y sirviendo como base para un procedimiento criminal, en tanto los últimos constituían simples violaciones en el nivel internacional, que podían fundar una demanda civil (16). Esta división tenía por lógica confirmar que no toda violación de una obligación internacional arroja igual consecuencia. Sin embargo, hubo quienes en desacuerdo, argumentaron que la distinción entre “civil y penal” no tenía fundamentos claros en el DI, ni tampoco significación operativa, en tanto las consecuencias propuestas para ambos tipos de violaciones no diferían mayormente (Bodansky y Crook). Finalmente, el artículo 19 fue eliminado en su redacción original y el artículo 40 define una categoría general de “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de DIPu general”. Dentro

(13) La cita constituye las primeras palabras del excelente libro de Celia Wells (2001). *Corporations and criminal responsibility*, 2nd edition. UK: Oxford University Press.

(14) Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 may - 22 July 1994, Official Records of the General Assembly, Forty-ninth session, Supplement No. 10, Document A/49/10, Extract from the Yearbook of the International Law Commission:- 1994, vol. II(2), p. 75, para. 102.

(15) El Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, con sus comentarios fueron adoptados en su última versión por la CDI en 09/08/2001, A/56/10 y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12/12/2001.

(16) En *common law*, la palabra “Delict” refiere a un ilícito causado a intereses particulares. El derecho de los “delict” refiere los requisitos para que un daño sea cualificado como tal y los remedios que se brindan a la parte que ha sido víctima del daño. Respecto de la palabra “crime”, aun cuando el mismo “crime” pueda producir daños a bienes o personas en lo privado, refiere básicamente actos dirigidos contra el interés público. La conducta criminal que puede ser castigada es referida como crimen (“crime”) u ofensa (“an offence”) y es perseguida por el Estado en un juicio público. El “delict” opera en el derecho civil en tanto los segundos son parte del derecho penal. En Escocia este área del derecho es llamada “Delict” mientras que en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte es llamada “the law of Tort”.

de tales normas imperativas, se incluyen la agresión, esclavitud, genocidio, discriminación racial, apartheid, tortura, violación de “las reglas básicas del derecho internacional humanitario”, y el derecho a la libre determinación. En todo caso, la gravedad de la violación se funda en su carácter “flagrante o sistemático”, característica insoslayable de los delitos internacionales (17).

Tercero, en las negociaciones previas al Estatuto de Roma (ER), al no lograrse consenso respecto de la criminalidad estatal, los negociadores prefirieron dejar la cuestión para un desarrollo futuro. El ER sólo trata sobre la responsabilidad penal individual. De cualquier forma, sus provisiones realizan tres referencias a la responsabilidad internacional penal de actores no estatales, las cuales podrían ser útiles en el desarrollo futuro de una práctica legal. Así se menciona “la política del estado u organización”; el “plan o política”; y la “actividad o propósito delictivo del grupo” (18).

Por lo que vemos, sin entrar en las razones, la responsabilidad penal de las organizaciones políticas debe ser dejada para un desarrollo futuro, en tanto al presente sólo nos conduce a un campo de abierta especulación. Centramos entonces la atención en la responsabilidad de las personas físicas que las conducen y actúan en su nombre, y específicamente en sus líderes, materia sobre la que se han producido recientes e interesantes desarrollos normativos y sociológicos, que en el campo de derechos fundamentales, son consecuencia de una evolución axiológica en la conciencia de los pueblos.

La consolidación de un sistema integrado de protección de la persona que comprenda a todos los estatutos protectorios del individuo debe comenzar por sus intersecciones, y de lograrse, constituirá la respuesta a la violencia masiva planeada y ordenada por los líderes estatales con la ayuda de la organización que comandan. Su condición de *hostis humani generis* se funda en la destrucción de valores universales. A modo de paradoja, a estos grandes asesinos debemos los avances normativos humanitarios.

(17) Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Artículo 40, inc. 2. Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12/12/2001.

(18) Cuando el Estatuto de Roma refiere la responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes contra la humanidad “(...) de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”; (artículo 7.2.a) o respecto de los crímenes de guerra “cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (artículo 8.1); y cuando al ensanchar la responsabilidad penal individual, el Estatuto refiere la contribución a la comisión o la tentativa de comisión de un crimen por un grupo de personas “i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen” (artículo 25.3.d.i y 25.3.d.ii).

La responsabilidad individual por crímenes internacionales se encuentra afianzada en el DIPu. Es en Nüremberg donde por vez primera se concreta la responsabilidad individual, dándose por fundamento que ésta “había sido reconocida hacía tiempo”, aunque sólo se cita en su apoyo la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *ex Parte Quirin* (19). Radbruch (1980: 126) afirma que en Nüremberg “se trata de crear un derecho internacional, que no obligue sólo a los Estados sino también a los hombres de Estado, personalmente, y de un derecho penal internacional, que alcance personalmente a los destructores de la paz”.

III. La evolución de la responsabilidad: el *hostis humani generis* como motor del sistema de derechos humanos

La necesidad de limitar a la autoridad generó los primeros antecedentes de la doctrina de los derechos humanos. Los ‘Fueros Españoles’ (20) y la ‘Carta Magna’ (21) son ejemplos conocidos. Desde la antigüedad, el enfrentamiento entre la persona y el Estado se refleja de manera permanente en los roles estáticos de víctima y victimario. Ya decía Mill: “La lucha entre la Libertad y la Autoridad es la más conspicua característica de (...) Grecia, Roma e Inglaterra” (1863: 8) (22).

Los primeros intereses comunes de los Estados expresados en Westfalia pronto se convierten en valores europeos, y siglos después, algunos servirán de fundamento a la doctrina de los derechos y libertades fundamentales. En lo penal, el primer interés común se expresó en la persecución de individuos que con sus

(19) *Ex Parte Quirin*, U.S. 317 (1942) 1-48. La CS de EE.UU. reseñó varios ejemplos históricos y sostuvo en la p. 27 y ss.: “Desde el mismo inicio de su historia esta Corte ha reconocido y aplicado las leyes de la guerra como inclusivas de aquella parte de la ley de las naciones que prescribe, para la conducción de la guerra, el status, los derechos y los deberes de las naciones enemigas al igual que de los individuos enemigos”.

(20) Un fuero podía ser concedido por el Señor Feudal a ciertos grupos o comunidades, básicamente la Iglesia Católica Romana, la milicia, y ciertas regiones que caían bajo la misma monarquía. En el Derecho Medieval de Castilla, el rey podía asignar privilegios a ciertos grupos. El ejemplo clásico de la Iglesia Católica Romana consistía en que el clero no pagaba impuestos al Estado, disfrutaba de ingresos a partir de títulos de propiedad de tierras locales y no se hallaba sujeto a los tribunales civiles. La Iglesia administraba cortes eclesiásticas. Hasta fines del siglo XII, los fueros españoles poseían la forma de las cartas de población similares a las ‘cartas de derechos y fundación’ en partes del mundo anglosajón y Europa. James F. Powers (2000). *The Code of Cuenca. Municipal Law on the Twelfth-Century Castilian Frontier*, trans. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, pp. 11 y ss.

(21) La Carta Magna afirma: “Ningún hombre libre será tomado o hecho prisionero or disseised o exiliado o de cualquier forma destruido, ni se podrá ir contra él ni enviar a alguien en su contra, salvo que sea por el juicio legal de sus pares o por el derecho de la tierra”. *Magna Carta*, 1215, para. 39.

(22) Original “The struggle between Liberty and Authority is the most conspicuous feature in the portions of history with which we are earliest familiar, particularly in that of Greece, Rome, and England”.

conductas violaban elementos vitales del sistema internacional. La sumatoria de las conductas lesivas de valores significativos constituye el desarrollo gradual de la tipificación de los más graves delitos internacionales. Aparecen así los ‘*delicta jure gentium*’ de piratería, esclavitud, crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad.

El delito de piratería castigaba a los individuos que violaban valores de su época, como el comercio y la seguridad de las comunicaciones interestatales. El pirata se erige así en el primer enemigo de la humanidad (23), el primer *hostis humani generis* (24). La defensa de los valores comunes básicamente centrados en los intereses estatales constituyó además el origen de la aún controvertida *jurisdicción universal*, en tanto la persecución penal tenía lugar independientemente de los principios atributivos de jurisdicción reconocidos, como la territorialidad o nacionalidad.

En este primer delito internacional aparece una cualidad que luego se repetirá en otros: el carácter universal del delito se refleja en la posibilidad de una jurisdicción internacional o universal, y en consecuencia se habilita el juzgamiento por un tribunal distinto del que prioritariamente tenía bases jurisdiccionales sobre él. Existe un valor común violado, aparece un interés común en castigarlo. Esta circunstancia llevará a que ya en el siglo XX, la tipificación de los delitos internacionales evolucione de la mano —y en el mismo estatuto constitutivo— de la jurisdicción creada a fin de castigarlos.

Uno de los primeros casos, que a su vez posibilitó el ejercicio de la jurisdicción universal, fue el juzgamiento de Thomas Green por la Corte Suprema del Almirantazgo de Escocia en 1705. En ausencia de conexión criminal alguna con Escocia o el Derecho Escocés, se discutió la jurisdicción de la Corte: “Aunque el acusado no era Escocés ni tampoco lo era su buque, ni acto alguno había sido cometido en Escocia, ni tampoco procedía la jurisdicción en función de la nacionalidad Escocesa de las víctimas, el caso fue aceptado” (Barea, 2008).

El Fiscal dijo: “(...) lo que sucede en el caso de la piratería, un crimen contra el derecho de las naciones, y respecto del cual la Humanidad toda posee interés en perseguir, donde sea que se encuentren los piratas; el interés de la Fiscalía en perseguir el crimen es manifiesto” (Barea, 2008).

(23) Jr. Burgess & R. Douglas “The dread pirate Bin Laden”, *Legal affairs*, July - August. Disponible en: http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2005/feature_burgess_julaug05.msp. Burgess explica que ya por el año 912, los piratas que navegaban las costas de Europa occidental y se llamaban a sí mismos ‘guerreros del mar’ o vikingos, aterrorizaban Bretaña y conquistaban Normandía.

(24) En el derecho Romano, los piratas mantenían un status único como criminales internacionales sujetos a jurisdicción universal. (Cicerón) fue quien aplicó el calificativo de *hostes humani generis* a los piratas.

Sin embargo, pronto se produce un radical cambio de estatus de los piratas, quienes pasan de ser criminales combatidos por los Estados a ser prohijados por estos. Hasta mediados del siglo XIX, las potencias occidentales empleaban piratas regularmente para sostener guerras secretas. Por ejemplo, Francis Drake y Walter Raleigh fueron los más afamados ‘exploradores’ de la corona inglesa.

El pirata se convierte así en el primer antecedente directo de responsabilidad internacional penal de personas afiliadas a un aparato estatal. Esta transformación en criminales ‘para-estatales’, en la terminología actual, es fundamental, y permite trazar un paralelo con el actual ‘terror de exportación’, en el que el Estado brinda apoyo a grupos que luego actuarán extra-territorialmente o bien cuando el Estado realiza operaciones encubiertas en jurisdicciones extrañas.

Sin embargo, los Estados pronto comprendieron que habían desatado una fuerza incontenible. Esta toma de conciencia guió la ‘Declaración de París sobre derecho marítimo’ que abolió el uso de la piratería para propósitos estatales (25). Desde ese momento, los piratas permanecieron definitivamente fuera del accionar estatal reconocido como lícito por el DI, y su conducta hoy constituye los delitos de piratería marítima (26) y aérea (27).

El traficante de esclavos es nuestro segundo *hostis humani generis* (28). Siendo la esclavitud tan antigua como la historia de la humanidad, las naciones Europeas acuerdan recién en el Tratado de Berlín de 1885, que “el tráfico de esclavos está[ba] prohibido de conformidad con el DI.” La Convención sobre la Esclavitud de 1926 constituyó un punto de quiebre en la prohibición global del tráfico de esclavos, ya

(25) Declaración sobre Derecho Marítimo, realizada en París el 16 de abril de 1856, p. 1. British State Papers 1856, Vol. LXI, pp. 155-158.

(26) Al presente, la piratería marítima está definida en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, artículo 101.

(27) Estas son (a) la Convención de Tokio sobre delitos y otros actos cometidos a bordo de aeronaves; b) la Convención de La Haya sobre delitos y otros actos cometidos a bordo de aeronaves; y c) la Convención de Montreal para la supresión de actos ilegales contra la seguridad de la aviación civil. La Haya define el apoderamiento ilegal de aeronaves: “cualquier persona que a bordo de una aeronave en vuelo (a) ilegalmente, mediante fuerza o amenaza consecuente, o mediante cualquier otra forma de intimidación, captura, o ejerce control sobre, dicha aeronave, o intenta ejecutar un acto a tal fin, o b) es un cómplice de una persona que ejecuta o intenta ejecutar tales actos (...)” Hague Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, artículo 1.

(28) En 1772, en el caso Somersett (R. v. Knowles, ex parte Somersett) ante la Corte Inglesa del Rey afirmó en su sentencia que la esclavitud era ilegal en Inglaterra, aunque no en todas las partes del Imperio Británico. Otro caso similar, el de Joseph Knight tuvo lugar en Escocia cinco años después y concluyó que la esclavitud era contraria a la ley Escocesa. Como resultado del trabajo de los abolicionistas en el Reino Unido, el ‘Act for the Abolition of the Slave Trade’ (Acta de abolición de la esclavitud) fue aprobado por Parlamento en 25/03/1807.

que no sólo prohíbe la práctica entre Estados, sino que obliga a éstos a prohibirla internamente. Define a la esclavitud como “el status o la condición de una persona sobre la cual se ejerce uno o todos los poderes del derecho de propiedad” (29).

La calidad criminal del esclavista se desarrolla incluyendo varias otras conductas. Ya en la segunda mitad del siglo XX encontramos una norma general y varias particulares. La “Declaración Universal de Derechos Humanos” prohíbe la esclavitud (30). La Convención suplementaria de Naciones Unidas de 1956 relativa a la Abolición de la Esclavitud, proscribe ésta universalmente y añade la esclavitud infantil. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe además de la esclavitud, el tráfico de esclavos en todas sus formas, e incluye la servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio en su artículo 8. Finalmente, y ya en la esfera penal, el Estatuto de Roma considera a la esclavitud y la esclavitud sexual como crímenes contra la humanidad (31).

El criminal de guerra constituye un tercer tipo de enemigo de la humanidad. Las reglas de la guerra han existido por siglos en calidad de derecho consuetudinario entre Estados ‘civilizados’. Los actos de perfidia; el asesinato y tratos crueles o inhumanos de prisioneros de guerra; la matanza de rehenes; la destrucción deliberada de ciudades y pueblos; cualquier devastación no justificada por la necesidad militar; y la deportación de civiles residentes en un territorio ocupado hacia campos de trabajo esclavo, constituyen tradicionales usos y costumbres de la guerra. Varias de estas normas consuetudinarias fueron codificadas en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907. El concepto moderno de crímenes de guerra fue desarrollado en los juicios de Núremberg y luego codificado en las IV Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 (32). Los crímenes de guerra comprenden tanto violaciones de los citados documentos como también de las leyes y costumbres de la guerra. El Estatuto de Roma los incluye en su artículo 8.

Los participantes en crímenes contra la humanidad y genocidio constituyen otras dos categorías que emergen conjuntamente tras la II Guerra Mundial. Estas

(29) Convención sobre la Esclavitud, hecha en Ginebra en 25/09/1926, artículo 1.

(30) Declaración Universal, artículo 4: “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

(31) ER, artículos 7.1.c y 7.1.g.

(32) América y especialmente nuestro país también reconocieron la existencia de crímenes de guerra como parte del DI consuetudinario. Véase la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en Chapultepec, en los meses de febrero y marzo de 1945, repudió en su Acta Final los crímenes de guerra acaecidos en la segunda guerra mundial como “horrendos crímenes en violación de las leyes de la guerra, de los tratados existentes, de los preceptos del Derecho Internacional, de los códigos penales de las naciones civilizadas y de los conceptos de civilización” en su Resolución VI “Crímenes de Guerra”, documento al que adhirió la República Argentina por decreto N° 6945/45, aprobado por ley 12.837.

conductas previstas de manera conjunta en el Estatuto de Núremberg(33), comienzan a diferenciarse con la Convención de NNUU para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, que afirma que “el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”, para luego establecer la responsabilidad individual: “Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares” (34). El Estatuto de Roma provee la tipificación de ambos crímenes en sus artículos 6 y 7.

IV. Obligación de los individuos de no cometer crímenes internacionales

Existen obligaciones impuestas al individuo que trascienden el derecho interno, entre ellas, el no atentar contra su especie. La responsabilidad individual constituye la piedra de toque del DIPenal (35), el tanto el subsistema nace y se desarrolla en torno de ella. Esta obligación se interpreta de forma más estricta respecto de los líderes estatales, ya que en los casos de violencia masiva organizacional, la responsabilidad acrece en función del poder decisorio, que generalmente se corresponde con la mayor jerarquía en el mando organizacional.

El tabú de Núremberg rompe con el dilema existente entre la protección de los derechos fundamentales de la persona, y el respeto de la inmunidad de jurisdicción de los agentes estatales. Como precedente inmediato, los tratados de Versalles habían decidido el enjuiciamiento de las autoridades Turcas responsables del genocidio Armenio y luego, la responsabilidad del Káiser Wilhelm II como autor de crímenes contra la paz, aunque diversas circunstancias impidieron los respectivos procesos. Comenzaban a disminuir los territorios seguros para los criminales internacionales.

El DIPu retoma en Núremberg, el esbozo fallido de Versalles, para modelar la responsabilidad penal individual, separando la responsabilidad del acusado, de la

(33) Estatuto del TMI, artículo 6.c. crímenes contra la humanidad.

(34) Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, AG ONU, Resolución 260 A (III), 9/12/1948, artículos 1 y 4 respectivamente.

(35) Así lo afirma la CDI en sus comentarios al Proyecto de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two, p. 18. El principio de responsabilidad penal individual impuesta de manera directa por el DI fue afirmado en el artículo 1 del proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la Comisión en 1954, y en el artículo 2, inc. 1 del Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (CDI) de 1996. Anuario de la CDI, United Nations Publications, A/CN.4/SER.A/1996/Add. 1 (Part. 2), Vol. 2, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, 1996, p. 20.

inmunidad de jurisdicción de la que pudiera gozar como gobernante o agente del Estado, y aún de la propia responsabilidad del Estado en cuestión. Dijo el Tribunal de Nüremberg:

“Se ha dicho que el Derecho Internacional sólo se ocupa de las acciones de los Estados soberanos, y que no provee castigo para los individuos (...). En la opinión del Tribunal, [esta alegación] debe ser rechazada. Es largamente reconocido que el Derecho internacional impone obligaciones y responsabilidades tanto a los individuos como a los Estados” (36).

La CDI basó el principio de responsabilidad individual por la comisión de delitos internacionales en el Estatuto de Nüremberg (37), reformulando en términos generales la referencia del Estatuto relativa a quienes “actuaron en el interés de los Estados del Eje Europeo”, brindándole el estatus de “principio” de DIPenal (38).

La existencia de la responsabilidad por crímenes internacionales es independiente de la eventual tipicidad doméstica (39). Dijo el tribunal de Nüremberg que: “(...) la verdadera esencia de la Carta [del Tribunal] es que los individuos poseen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado del cual es nacional” (40). Sin embargo, como la aplicación del DIPenal es competencia primaria de las jurisdicciones domésticas, el juez nacional enfrentará graves dificultades si intenta fundar su jurisdicción, en la ‘tipicidad consuetudinaria’ del delito internacional, o si aún existiendo instrumentos internacionales vigentes, el Estado cuya jurisdicción ejerce, no ha

(36) Nazi Conspiracy and Aggression Opinion and Judgement (Washington, United States Government Printing Office, 1947), p. 52.

(37) Estatuto de Nüremberg, artículo 6, sub-para. (a), (b) y (c), donde se afirma la competencia del tribunal para procesar y castigar a las personas que a título particular o como miembros de organizaciones y actuando conforme los intereses de los Estados del Eje Europeo, habían cometido los crímenes bajo examen.

(38) Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nüremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. Texto adoptado por la CDI en su segunda sesión, en 1950, y enviado a la Asamblea General como parte del Reporte de la Comisión cubriendo el trabajo de la sesión. ILC Report, A/1316 (A/5/12), 1950, part III, paras. 95-127, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II.

(39) El Principio II expresa: “El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”. Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg. Resolución de la Asamblea General 95 (I), adoptada el 11/12/1946.

(40) Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, vol. I, Nüremberg 1947, p. 223.

ratificado el instrumento. O aún, si habiéndolo hecho, no ha incorporado la figura y la pena en su legislación interna. En todos estos casos, estaría contraviniendo la interpretación doméstica del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Para la jurisdicción internacional, en cambio, la tipicidad consuetudinaria ha sido en varias situaciones, el fundamento de su jurisdicción (41).

La obligación en examen puede analizarse en función de un cuádruple criterio:

- (a) la ampliación de las formas de participación criminal internacional, intentando abarcar a la totalidad de los intervinientes;
- (b) la irrelevancia del cargo oficial, a efectos de la persecución penal;
- (c) las doctrinas de responsabilidad de mando y empresa criminal conjunta, que en derecho interno —adelantamos—, encuentran un fuerte vínculo con el dominio por organización, con el fin de despejar el camino hacia los líderes-Jefes del Estado; y,
- (d) la exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad, que libera el camino hacia los ejecutores directos.

A partir de Nüremberg, los cuatro pilares se irán repitiendo en todos los estatutos constitutivos de tribunales internacionales y mixtos, cuyo objeto sea el procesamiento de responsables de crímenes internacionales. Los cuatro criterios no deben analizarse aisladamente, ya que forman parte de un todo. Intentan consolidar la última ratio del sistema de protección internacional de los derechos humanos: la sanción penal frente a la comisión ya ocurrida. Veamos la validez de esta afirmación.

Los Estatutos de los tribunales penales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (TPIY) y Rwanda (TPIR) receptan la responsabilidad individual penal, afirmando como ámbito personal: “(...) a los presuntos responsables de violaciones del DIH (...TPIY); y “(...) a los presuntos responsables de violaciones graves del DIH (...) y a ciudadanos de Rwanda responsables de violaciones de esa naturaleza (...TPIR)” (42). Como formas de participación, ambos Estatutos incluyen en forma amplia, a quien “haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado

(41) Estatuto del Tribunal de Nüremberg y demás procesos iniciados a partir de la Ley del Control aliado N° 10, respecto de los calificados como ‘crímenes contra la humanidad’ que se basaban en la tipicidad consuetudinaria.

(42) Estatuto TPIY, artículo 1 y Estatuto TPIR, artículo 1, respectivamente.

de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados (...)” (43). Ambos Estatutos receptan los criterios mencionados (44).

También el ER incluye los cuatro pilares (45). Primero, afirma la competencia de la CPI sobre las personas físicas, en un amplio espectro de formas de participación, contemplando a quienes: (i) ejecuten; (ii) ordenen ejecutar; (iii) participen como instigadores, cómplices, encubridores, y ayuden y alienten; o (iv) contribuyan de cualquier otra manera a la comisión o tentativa del crimen por un grupo de personas con una finalidad común, en tanto su contribución sea intencional y tenga como fin, llevar adelante la actividad o propósito grupal o con el conocimiento de la intención criminal del grupo (46).

Segundo, excluye la excepción de la inmunidad de jurisdicción basada en la capacidad oficial del agente criminal, a la vez que acepta la doctrina de responsabilidad de comando, y rechaza la doctrina de la obediencia debida (47).

Tercero, afirma la obligación de aprobar legislación doméstica que tipifique y sancione los crímenes internacionales, captando así los principios de derecho interno *nullum crimen, nulla poena sine lege*, con el propósito de facilitar el principio de jurisdicción subsidiaria de la CPI.

La tendencia se consolida en el siglo XXI con los estatutos de los tribunales penales *ad hoc* de Sierra Leona, Líbano y las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya.

El Estatuto para el Tribunal Especial de Sierra Leona reitera las formas de participación previstas en el artículo 25 ER arriba transcritas (48), y añade las

(43) Estatutos TPIY y TPIR, artículos 7.1 y 6.1 respectivamente.

(44) Estatuto TPIY, artículo 7; Estatuto TPIR, artículo 6.

(45) Los tribunales internacionales y mixtos precedentes fueron estatuidos a partir de los siguientes documentos: La Carta de Londres que instituyó el TMI de Núremberg (1945); la Resolución del CS ONU 827 (25/05/1993) que establece el Estatuto del TPIY (artículo 7, para. 1 y artículo 23, para. 1) y la Resolución 955 (8/11/1994) que establece el TPIR (artículo 6, para. 1, artículo 22, para. 1); el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, establecido por un acuerdo entre la ONU y el gobierno de Sierra Leona de acuerdo a la Resolución de CS 1315 del 14/08/2000; La Ley de Camboya sobre el Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias con la inclusión de enmiendas promulgada el 27/10/2004, estableciendo el Tribunal que investiga las atrocidades cometidas por el Khmer Rouge; el Estatuto para el tribunal Internacional del Líbano, Artículo 3.1.b, CS UN Resolución 1757 adoptada en su 5685 sesión en 30/05/2007. Fue reafirmado asimismo por la CDI en el Principio I de Núremberg.

(46) ER, artículo 25.3.

(47) ER, artículos 27 y 28.

(48) Estatuto para Sierra Leona, artículo 6.1: “La persona que planeó, instigó, ordenó, ejecutó o de cualquier otra forma ayudó y alentó la planificación, preparación y ejecución de un crimen referido

previsiones de la legislación penal interna: “la responsabilidad penal individual por los delitos mencionados en el artículo 5 [crímenes bajo el derecho de Sierra Leona] serán determinados conforme las respectivas leyes de Sierra Leona” (49).

En la situación de Sierra Leona, se optó por perseguir principalmente al liderazgo superior:

“El Tribunal Especial podrá, (...) procesar a las personas que posean la mayor responsabilidad por violaciones graves del DIH y del derecho Sierra Leonés cometidas en el territorio de Sierra Leona desde el 30/11/1996, incluyendo aquellos líderes que, al cometer tales crímenes, han amenazado el establecimiento de y la instrumentación del proceso de paz en Sierra Leona” (50).

Se afirma la doctrina de responsabilidad por mando, y niega la obediencia debida como eximente (51).

El Estatuto para el Tribunal del Líbano origina un tribunal penal internacional *ad hoc*, creado —como todos— con posterioridad a los hechos que lo motivaron. Este tribunal especial posee “jurisdicción sobre las personas responsables del ataque del 14 de febrero de 2005” (52), que originaron la muerte del presidente Hariri y otras 22 personas, aun cuando puedan investigarse otros actos conexos (53).

Respecto de las formas de participación, afirma la responsabilidad penal individual toda vez que una persona cometa, participe, organice o dirija a otros a cometer el crimen o contribuya a su comisión “a través de un grupo de personas actuando con un propósito común, siendo tal contribución intencional y hecha con el propósito de avanzar la actividad o el propósito criminal general del grupo o en el conocimiento de la intención del grupo de cometer tal crimen” (54).

en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto será individualmente responsable por el crimen”. El Estatuto para la Corte Especial de Sierra Leona, fue establecido por un acuerdo entre la ONU y el gobierno de Sierra Leona luego de la Resolución 1315 del Consejo de Seguridad de 14/08/2000.

(49) *Ibidem*, artículo 6.

(50) *Ibidem*, artículo 1.

(51) *Ibidem*, artículos 6.3 y 6.4.

(52) Estatuto para el Tribunal del Líbano, artículo 1.

(53) El vínculo entre el atentado y otros actos criminales se establece a partir de una combinación de elementos no exclusivos como la intención criminal, el propósito detrás de los ataques, la naturaleza de las víctimas elegidas como blanco, el *modus operandi* de los ataques y los partícipes. Estatuto para el Tribunal del Líbano, artículo 1.

(54) Statute of the International Tribunal of Lebanon, articles 3.1.a y 3.1.b. UN Security Council Resolution 1757 adopted at its 5685th meeting, 30/05/2007.

Como en las demás situaciones, se establecen los alcances de las doctrinas de la responsabilidad de comando y obediencia debida (55).

En la situación de Camboya (56), la misión del tribunal consiste en “llevar a proceso a los principales líderes de Kampuchea Democrática, y aquellos que han sido mayores responsables de los crímenes y violaciones graves de las leyes criminales de Camboya, el derecho y la costumbre internacional humanitarios, y las convenciones internacionales reconocidas por Camboya (...)” (57). Como forma de participación, se incluye a todo sospechoso “que hubiera planeado, instigado, ordenado, ayudado y colaborado, o cometido los crímenes referidos en (...) esta ley” (58).

La ley refiere las doctrinas de responsabilidad de comando y de obediencia debida (59).

Los tribunales internacionales penales creados durante el primer decenio del siglo XXI para Timor del Este, Kosovo, Bosnia-Herzegovina, Burundi e incluso Iraq (60), reafirman la responsabilidad penal individual por la comisión de los más

(55) Estatuto para el Líbano, artículos 3.2 y 3.3.

(56) La Ley para el Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya para la persecución de crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática, verdadero tribunal mixto, ya que funciona dentro del Estado Camboyano, pero las decisiones referidas a creación, integración y funcionamiento se comparten entre Camboya y la ONU. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27/10/2004 (NS/RKM/1004/006). Unofficial translation by the Council of Jurists and the Secretariat of the Task Force. Revised 26/08/2007. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, disponible en: www.eccc.gov.kh. Véase también la página web de la UN Assistance to the Khmer Rouge trials: www.unakrt-online.org

(57) Estatuto para las Cámaras Extraordinarias, artículo 1.

(58) *Ibidem*, artículo 29.

(59) “The fact that any of the acts (...) were committed by a subordinate does not relieve the superior of personal criminal responsibility if the superior had effective command and control or authority and control over the subordinate, and the superior knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators’ and ‘The fact that a suspect acted pursuant to an order of the Government of Democratic Kampuchea or of a superior shall not relieve the suspect of individual criminal responsibility” (artículo 29, p. 3 y 4, Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers (...)).

(60) Los tribunales son: (a) los Paneles para graves crímenes en las cortes de distrito de Dili (Timor del Este), activas entre los años 2000 y 2005; (b) los Paneles de las Regulaciones 34 y 64 en las cortes de Kosovo, activos desde 2000; (c) la Cámara de crímenes de guerra de la Corte de Bosnia-Herzegovina, activa desde 2005; y la Cámara Especial en las cortes de Burundi. En teoría, el Tribunal Especial para Iraq podría considerarse un tribunal mixto, ya que su Estatuto prevé que puedan designarse extranjeros junto con los fiscales y jueces Iraquíes. En la práctica, ha sido un tribunal

graves delitos internacionales, y reiteran en forma amplia, las posibilidades de participación ya referidas; excluyen la capacidad oficial como excepción procesal; y rechazan la doctrina de la obediencia debida como eximente de responsabilidad.

En suma, la obligación internacional de no cometer crímenes internacionales y la responsabilidad penal para los individuos que la transgredan, principia en Nüremberg, y cobra un impulso decisivo en la última década del siglo XX, bajo el amparo del paradigma de los derechos humanos. Los estatutos analizados confirman este punto. El juzgamiento de los responsables puede a su vez, dividirse entre los estatutos que otorgan mandato para procesar a la totalidad de los intervinientes (situaciones de la ex-Yugoslavia, Rwanda y Sierra Leona), y aquéllos que refieren el juzgamiento exclusivo o preferente del liderazgo criminal superior o intermedio como jefes de Estado y ministros (situaciones de Camboya y Líbano).

La existencia de los tribunales *ad hoc* evidencia dos circunstancias. Primera, cierta voluntad de la comunidad internacional en hacer efectiva la responsabilidad individual por crímenes internacionales. Segunda, un evidente fracaso de las jurisdicciones internas, ya que son éstas las primeras obligadas a actuar la consecuencia jurídica de la norma violada.

Sin embargo, jamás la obligación de no cometer crímenes internacionales será efectiva, en tanto existan paraísos de impunidad. Hace siglos, Grocio entendió la cuestión y entonces, afirmó la obligación de los Estados de 'extraditar o castigar'. Siglos después, se continúa discutiéndola.

V. A modo de conclusión

Tres ideas sobre lo expuesto. Primero, las víctimas. Los sujetos protegidos por el DIPu a través de la normativa referida, son en primer lugar las personas físicas, circunstancia que revaloriza su subjetividad internacional. Estas víctimas son fungibles, en el sentido que su elección depende no de sus características personales, sino de su pertenencia objetiva a un grupo elegido como blanco de la victimización. En tanto el carácter de víctima trasciende la propia persona de quien sufre la violación, el DIPu está protegiendo además, al colectivo Humanidad. En *Erdemovic*, el TPIY señaló que:

“con respecto a los crímenes contra la humanidad, el Tribunal de sentencia considera que la vida del acusado y la de la víctima no son completamente equivalentes. Contrariamente al derecho doméstico,

estrictamente Iraquí que juzga a ciudadanos Iraquíes y excepcionalmente a extranjeros residentes que han violado la ley Iraquí y cometido crímenes internacionales durante el régimen de Saddam Hussein.

la violación en estos casos no se dirige al bienestar físico de la víctima aislada sino de la humanidad como un todo” (61).

En el derecho argentino, al tratarse la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final, la CSJN hizo referencia a “las conductas que violan las reglas que protegen los valores esenciales que la humanidad ha reconocido para cada ser humano, tales como el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a tratamientos crueles, a tortura (...) en este sentido, la víctima es la comunidad internacional o la conciencia de la humanidad” (62). En *Priebke* la CSJN afirmó que estos delitos “se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta [y]... que es justamente por esta circunstancia (...) que se los reputa como delitos contra el ‘derecho de gentes’ que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales” (63).

Con razón se ha dicho que los delitos internacionales “protegen a la persona abstracta más que a la víctima concreta y es esta calidad genérica y universal, que exige que la protección del derecho de gentes se ajuste, o en palabras de Graven, se superponga a la del derecho común” (64). Esta es la razón por la cual no puede existir contradicción entre el DIPenal y el derecho penal doméstico, en tanto los jueces domésticos comprendan que cuando juzgan estos crímenes actúan en nombre de la humanidad y no sólo del Estado cuya jurisdicción ejercen.

Segundo, los victimarios. Los líderes estatales en estudio son quienes violan el piso mínimo de derechos humanos comunes a los subsistemas del DIPu protectorios de la persona humana. Al hacerlo, se desentienden del respeto a sus valores, principios y reglas. Esto produce dos consecuencias relevantes.

Primera, al decidir situarse en la ilegalidad internacional, no pueden luego invocar las normas creadas para proteger la soberanía del Estado que han utilizado como maquinaria criminal.

(61) TPIY, *Prosecutor vs. Drazen Edermovic*, Case IT-96-22-T, Sentencing Judgment, 29 november 1996, par. 19. Traducción del autor. Original inglés: “[w]ith regard to a crime against humanity, the Trial Chamber considers that the life of the accused and that of the victim are not fully equivalent. As opposed to ordinary law, the violation here is no longer directed at the physical welfare of the victim alone but at humanity as a whole”.

(62) Argentina, Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 2, Obediencia debida y punto final. Declaración de nulidad, 13/07/2004.

(63) CSJN *Priebke*, Erich s/ solicitud de extradición -causa 16.063/94, pág. 457. XXXI R.O, 02/11/1995, para. 31 y 32.

(64) *Recueil des Cours, Collected Courses, Volume 76 (1950-I)*, Académie de Droit International de la Haye / Hague Academy of International Law, J. S. Pictet, E. Hambro, C. Carabiber, C. Eagleton, J. Graven, G. Vedovato. *Les crimes contre l'humanité* par Jean Graven, p. 548.

Segunda, devienen enemigos de la humanidad al atentar contra el piso mínimo de derechos humanos reconocidos.

Lamentablemente, se constituyen por esto, en el verdadero motor del progreso normativo internacional en sus fases de promoción y protección en tiempos de paz (DIDH), de conflicto armado (DIH y DIR), y de criminalización de las violaciones en todo momento (DIPenal). Según varíe la interpretación doctrinaria, atentan contra bienes universales, o contra el derecho de gentes, o contra normas imperativas de DI general (*jus cogens*).

Tercero, los derechos lesionados. Las normas internacionales que hemos relevado traducen valores y principios aceptados universalmente a situaciones concretas ligadas con la protección de la vida, la libertad, la seguridad personal, la prohibición de la tortura, entre las principales. Por esto, deben ubicarse en el mayor nivel jerárquico provisto por el DIPu, esto es, como normas imperativas de DI general —*jus cogens*—.

Proyectan hacia el siglo XXI, el conflicto perenne entre la autoridad y sus límites de las que hablaba Locke y Mill, delimitando fuertemente los últimos para contener a la primera.

Bacigalupo (2005: 82) señala que “los derechos humanos reconocidos en las convenciones internacionales constituyen un límite interno de la legitimidad del ejercicio del poder estatal frente a las personas”. Maurach y Zipf (1994: 430) dicen: “(...) en la conciencia de todos los pueblos civilizados existe un cierto núcleo del derecho, el que, de acuerdo a un principio jurídico general, no puede ser lesionado por ninguna ley ni por ninguna otra clase de medidas autoritarias”. En el mismo sentido de reconocer la existencia de valores humanos fundamentales se pronuncian Díaz Cisneros y Bassiouni (65).

Finalmente, resumimos aspectos básicos a considerar respecto de la responsabilidad penal internacional de los jefes de Estado por su participación en la comisión de delitos internacionales.

Primero, existen al presente cinco tipos de *hostis humani generis*, en tanto violentan bienes que forman parte del *jus cogens*: (i) el pirata; (ii) el traficante de esclavos y esclavista; (iii) el criminal de guerra; (iv) el criminal de lesa humanidad; y (v) el genocida.

Segundo, los enemigos de la humanidad se constituyen en la negación directa de los derechos humanos. Con excepción de los piratas, que eran definidos en

(65) Véase también Díaz Cisneros, César (1955). *Derecho Internacional Público*, Tomo I. Buenos Aires: TEA pp. 278/282 y Cherif Bassiouni, M. (1984). *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, pp. 68/69.

función de la violación de bienes centrados en intereses estatales, los restantes revisten esta calidad por atentar contra bienes universales comprendidos en la teoría de los derechos humanos.

Tercero, el DIPenal no diferencia respecto de la calidad personal del participante, sea éste miembro o lidere un Estado o una organización política. Los jefes de Estado y demás altos mandos civiles o militares quedan aquí incluidos.

Cuarto, el principio de inmunidad estatal de Jefes de Estado queda relegado, a fin de perseguir a los responsables individuales de estos delitos, cuando la jurisdicción que reclama el proceso posee carácter internacional como la Corte Penal Internacional o mixto como las Cortes Extraordinarias de Camboya.

Quinto, las doctrinas de responsabilidad de comando y dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder, junto con la exclusión de la obediencia debida (66), todas estrechamente asociadas con la responsabilidad individual, se desarrollan y consolidan en la órbita internacional y nacional respectivamente, desde la segunda mitad del siglo XX en adelante. Todas ellas sirven para fundamentar la responsabilidad internacional de los jefes de Estado y se utilizan en forma indistinta por diversas jurisdicciones internacionales y domésticas.

Sexto, frente a estos avances, la cuestión de la responsabilidad internacional penal de las personas jurídicas, como el Estado y otras organizaciones políticas —incluidas las terroristas—, queda aún por resolver.

Nuestro trabajo intentó muy humildemente, contribuir a la lucha contra la impunidad internacional evidenciada por la falta de castigo a los Jefes de Estado — simples líderes públicos criminales—, principales responsables de motorizar la maquinaria estatal hacia la comisión de los más graves crímenes internacionales. Cuando la promoción y protección de los derechos básicos han fallado, debe al menos, surgir la Justicia, a veces muy humana, y por esto pequeña, imperfecta, incluso ‘a la carta’, buscando siempre la manera de ser como escribe Ana Frank en el último renglón y último día de su diario, “como de verdad nos gustaría ser y cómo podríamos ser (...) *si no hubiera otra gente en este mundo*” (67).

Esa *otra gente* merece castigo.

(66) Principios de Núremberg, AG ONU, Res. 95(I) 11/12/1946, Principio IV: “El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción”.

(67) Frank, Ana (2009). *El diario de Ana Frank*. Argentina: Beeme, p. 299. Las palabras transcritas -adecuándolas al plural- son las últimas del libro de Ana, un 1º de agosto de 1944, tres días después, sería arrestada.

VI. Bibliografía

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2008). “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 14, Nº 2.

AKEHURST, Michael's (1997). *Modern Introduction to International Law*, by Peter Malanczuk. 7th edition. London: Routledge.

ALEXY, Robert (2000). “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, *Doxa*, Nº 23.

— (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

AMBOS, Kai (2000). “Responsabilidad penal individual en el derecho penal supranacional, un análisis jurisprudencial - De Nüremberg a La Haya”. Versión original (“Individual criminal responsibility in International Criminal Law: A jurisprudential analysis - From Nüremberg to The Hague”), en: Gabrielle Kirk McDonald y Olivia Swaak-Goldman (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*. Volume I. Commentary. The Hague *et al.*

— (2001). “Superior responsibility (article 28)”, en: *International Criminal Law for the ICC*. Oxford, UK.

ARENDDT, Hannah (1963). *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. USA: Penguin Classics.

BACIGALUPO, Enrique (2005). *Derecho Penal y Estado de Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

BANTEKAS, Ilas (2004). *Corporate social responsibility in international law*, 22 Boston U. Int'l L. J.

— (1999). *The contemporary law of superior responsibility*, 93 AJIL.

BARBERIS, J. A. (1983). “Nouvelles questionnes concernant la personnalité juridique internationale”, en: *Hague Recueil*, p. 179.

BARBOZA, J. (1999). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía.

BAREA, Phillip (2008). “Old Piracy Laws Created Universal Jurisdiction”, en: *Modern International Criminal Law Learned from Ancient Problem*, Suit

101, oct. 15. Disponible en: http://war-crimes.suite101.com/artículo.cfm/piracy_forced_creation_of_universal_jurisdiction

BASSIOUNI, Cherif (1999). *International Criminal Law*. C. Springfield: Thomas Publisher: US.

— y WISE, E. M. (1995). *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*. M. Nijhoff Pub.: Dordrecht/Boston/London.

BROWNLIE, Ian (1985). *Principles of Public International Law*, 3ª ed., Clarendon Press: Oxford.

CALVOCORESSI, Peter (2001). *World Politics*. 8ª ed. England: Longman, Pearson Education.

CANÇADO TRINDADE, A. A. (2003). *The Inter-American system of protection of human rights: evolution, present state and perspectives*. Institute International de Droits de l'Homme, Strasbourg France.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1996). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en derecho Internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos.

CASSESE, Antonio (2001). "The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Ascertainment of General Principles of Law Recognized by the Community of Nations", en: Sienho Yee and Wang Tieya (eds.), *International Law In The Post-Cold World*. London: Routledge.

GATTINI, Andrea. "Pinochet cases", en *Oxford Law citator* www.oxfordlawcitor.com

HIGGINS, Rosalyn (1997-1998). "Derogations under human rights treaties". *British Yearbook of International Law*.

KELSEN, Hans (1944). "La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", en: *Revista de la Universidad de Córdoba*, 2 (31), pp. 317-368.

KEYLOR, W. R. *The twentieth Century World, an international history*, 4ª ed. Oxford University Press.

KITTICHAISAREE, Kriangsak (2002). *International Criminal Law*. US: Oxford University Press: (reprinted).

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz (1994). *Derecho Penal. Parte General*. Traducción Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone. Buenos Aires: Astrea.

METTRAUX, Guénaël (2005). *International Crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford: UK.

MILL, J. S. Boston, *Ticknor and Fields*, 2ª ed.

NÜREMBERG WAR CRIMES TRIAL, Rules of Procedure, adoptadas el 29/10/1945.

PASTOR RIDRUEJO, José A. (1997). “Las Naciones Unidas y la codificación del Derecho Internacional: Aspectos Jurídicos y Políticos”, en: Carlos Fernández De Casadevante Roman y Francisco J. Quel López (coord.). *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*. Barcelona: Ariel.

PICTET, Jean (ed.) (1960). *Commentary, Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Convention III (ICRC, Geneva).

RADBRUCH, Gustav (1980). *El hombre en el derecho*. Traducción de Aníbal del Campo. Buenos Aires: Depalma.

REMIRO BROTONS, Antonio (1999). *El caso Pinochet*. Madrid: Biblioteca Nueva.

REPORT OF THE ILC ON THE WORK OF ITS FORTY-NINTH SESSION (1994) G.A.O.R., 49th sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/49/10.

ROOSEVELT, Theodore (1978). “On human rights in foreign policy, State of the Union Message 1904”, en: Laquer and Rubin (eds.), *The Human Rights Reader*, Penguin.

ROULOT, Jean Francois (2002). *Le crime contre l'Humanité*. París: L'Harmattan.

ROXIN, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de Coello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons.

SANDS, Philipe J. (2001). “Turtles and Torturers. The Transformation of International Law”, 33 NYU, *JIntL&Pol*, pp. 527-59.

SCHABAS, William A. (2000). “Hate Speech in Rwanda: The Road to Genocide”, en: *McGill Law Journal*, Vol. 46, N° 1.

SHELTON, Dinah (2003). *An introduction to the history of International human rights law*, Institute International de Droits de l'Homme. University of Notre Dame: US.

TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y Derecho Internacional*. 2ª ed. Buenos Aires: Heliasta.

— (1996). *La Corte Interamericana de derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

— (1984). “Emergencia y derechos humanos”, en: *El Derecho*, 18/04/1984.

VERDROSS, Alfred (1973). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Jurisprudencia

Argentina, CSJN, 24/08/2004, “Arancibia Clavel, Enrique L.” (CS) Đ. Fallos: 327:3294.

Argentina, CSJN, 02/11/1995, “Priebke Erich s/ solicitud de extradición”, causa Nº 16.063/94, P. 457. XXXI R.O.

Argentina, CSJN, 14/06/2005, “Simón, Julio Héctor y otros”. S. 1767. XXXVIII, recurso de hecho, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, causa Nº 17.768C. Fallos: 328:2056.

Argentina, CSJN, 11/12/2003, A. 1553. XXXIX. R.O., “Astiz Alfredo Ignacio s/ extradición”.

Argentina, CSJN, 10/05/2005, “Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición”. L. 845. XL.

Canadá, Finta, Ontario Court of Appeal, 29/04/1992, ILR 98, 520-663.

Corte Europea de Derechos Humanos, caso “Kolk y Kislyiy v. Estonia: Imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva”, Demandas Nº 23052/04 y Nº 24018/04, 17/10/2006.

CIJ, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Sentencia del 14/02/2002.

CIJ, Réserves á la Convention sur le Génocide, Avis Consultatif: CIJ Recueil, 1951.

Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Petición Nº 7920/1981. Sentencia de 29/07/1988. Serie C Nº 4.

Corte IDH, “El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24/09/1982. Serie A Nº 2.

Estados Unidos, ex Parte Quirin, U.S. 317, 1942.

Estados Unidos, “Filartiga v. Pena-Irala”, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), 30/06/1980, on remand, 577 F. Supp. 860 (E.D.N.Y. 1984), 10/01/1984.

Francia, casos “Barbie” (1987) y “Touvier” (1994).

Inglaterra, Corte Inglesa del Rey, caso “Somersett (R. v. Knowles, ex parte Somersett)”, 1772.

Israel, Eichmann (1962) Att. General of Israel v. Eichmann, 36 I.L.R. 18, 26 (Isr. Dist. Ct. Jerusalem 1961), 36 I.L.R. 277 (Isr. S. Ct. 1962).

Reino Unido (CCL 10, Nüremberg), Casos 2, 4, 13, 14, 15, 18, 23, 25, 31 y 34. Entscheidungen Des Obersten Gerichtshofes Für Die Britische Zone in Strafsachen, Vol. I.

Reino Unido, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (Nº 1) United Kingdom House of Lords (25 November 1998) 119 ILR 51.

Reino Unido, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex. p. Pinochet Ugarte (1998) 4 All ER897, HL (lord Steyn).

TPIY, Prosecutor v. Erdemović, Sentencing Judgement, Case No. IT-96-22-T, T. Ch. I, 29/11/1996.

TPIY, Prosecutor v. Furundzija, T.Ch.II, Judgement, 10/12/1998 (IT-95-17/1-T). App. Ch., Judgement 21/7/2000 (IT-95-17/1-A).

TMI de Nüremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals, Nüremberg, 30/09 y 01/10/1946, London, His Majesty’s Stationery Office, 1946.

Trials of War Criminals before the Nurnberg Military Tribunals under Control Council Law Nº 10, vols. I-XV (U.S. Govt. Printing Office: Washington 1950). Law Reports of Trials of War Criminals (también UN War Crimes Commission London, 1949).

UNWCC Law Reports XV, UNWCC, Law Reports of Trials of War Criminals, vols. I-XV (London 1947-1949) (“UNWCC Law Reports”).

Yamashita, 327 U.S. 1-81, 13-14 (1945). The Tokyo Judgement, Roling/Rüter (eds.), The Tokyo Judgement: the international military tribunal for the Far East (IMTFE), Amsterdam 1977.

Fecha de recepción: 20-02-2017 Fecha de aceptación: 06-06-2017

La propiedad industrial en el ámbito del Derecho penal cubano

POR ALEXEYS GONZÁLEZ MEDINA (*), JUAN CARLOS MENDOZA PÉREZ (**)
Y YALENNIS ARIAS HERNÁNDEZ (***)

Sumario: I. Introducción.— II. El bien jurídico propiedad industrial.— III. La tutela penal de la propiedad industrial en Cuba: principales insuficiencias.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía.

Resumen: la problemática que hoy genera la deficiente regulación de la Propiedad Industrial en la legislación penal cubana, al no contener los diferentes supuestos de hechos que tipifique las conductas antijurídicas lesivas de este bien jurídico, motiva esta investigación en la que a partir de un estudio doctrinal y exegético de la teoría del bien jurídico se aportan elementos para su adecuada configuración y tutela en sede penal, que garanticen el respeto a la seguridad jurídica. Fueron utilizados como métodos científicos los propios de las investigaciones jurídicas (el teórico y el exegético), así como los generales de las investigaciones teóricas (análisis-síntesis, inductivo-deductivo, histórico-lógico). En la investigación no se aportan las insuficiencias que tiene la configuración del bien jurídico Propiedad Industrial, sino un diagnóstico de ellas en el ordenamiento jurídico penal cubano.

Palabras claves: bien jurídico - propiedad industrial - Código Penal

The industrial property in the cuban penal Law space

Abstract: *the problematic that nowadays brings up the insufficient regulation of the Industrial Property in the Cuban Penal Legislation, since it doesn't contain the different postulates of facts that that typify the harmful unlawful behavior against*

(*) Lic. en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Guantánamo, Cuba. Especialista en Derecho Penal, Universidad de Oriente, Cuba. Prof. Instructor en Metodología de la Investigación Jurídica, Historia General del Estado y el Derecho, Historia del Estado y el Derecho en Cuba y Criminología, Universidad de Guantánamo. Cuba.

(**) Lic. en Derecho. Prof. de Derecho Notarial y Derecho de Obligaciones, Departamento de Derecho, Universidad de Guantánamo. Cuba.

(***) Lic. en Educación de Lenguas Extranjeras, Facultad de Humanidades, Universidad de Ciencias Pedagógicas, Guantánamo, Cuba. Prof. Instructor en Idioma Inglés.

that juridical welfare, motivates this investigation in which, starting from a (doctrinal and exegetic) study of the Juridical Welfare Theory, propitiates elements for its proper care and configuration in its penal seat, that guarantee the respect to the juridical security. There were used as scientific methods, the ones of the juridical investigations (the theoretical and the exegetic) such as the generals of the theoretical investigations (analysis-synthesis, inductive-deductive, historical-logical). This investigation does not provide the insufficiencies that the configuration of the Industrial Property Juridical Welfare has, but a diagnosis of the Cuban Juridical Penal Ordering.

Keywords: *juridical welfare - industrial property - Penal Code*

I. Introducción

La tercera revolución industrial ha traído consigo en las últimas décadas un creciente desarrollo de la propiedad intelectual. Por ello, la comunidad internacional (los Estados) se ha visto en la necesidad de buscar vías que les permita controlar el desarrollo científico y tecnológico, a través de la cooperación, así como adaptar sus normativas a nuevas formas de protección, producto del aumento de conductas delictivas que laceran este tipo de bien jurídico protegido en una sociedad determinada.

Cuba no está exenta de este desarrollo de la propiedad industrial ni de que se cometan ilícitos penales de este tipo, por lo que debe tomar todas las medidas y regulaciones pertinentes para la protección de este bien jurídico, máxime cuando somos signatarios de los diferentes Convenios Internacionales que le dan protección a este tipo de bien y en consecuencia debemos ajustar las normas (1).

Por consiguiente la actividad inventiva del hombre y las relaciones comerciales han determinado que los bienes inmateriales objeto de la propiedad industrial, se conviertan en una fuente generadora de riqueza y poder. Que al decir del valor de muchos bienes materiales son ínfimos en comparación con los beneficios económicos que brinda la explotación de los Derechos de Propiedad Industrial en sentido general.

“Este nuevo paradigma se comienza a identificar como nueva economía y se puede caracterizar por las siguientes claves: rapidez del cambio de las tecnologías, la globalización que permite conseguir la presencia de productos o servicios en el mayor número de mercados

(1) Cuba adhiere a la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el año 1994, y un año después el 20 de Abril de 1995 a su Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), y adhiere al Convenio de Berna el 20 de febrero de 1997.

posible y en un corto plazo de tiempo, el incremento de la cultura económica del consumidor y el conocimiento y la información (intangibles) como elementos que añaden mayor valor al producto o servicio” (Castro, 2004: 69).

Así, cuando suceden en nuestra sociedad conductas delictivas contra la propiedad industrial se violan derechos de exclusiva sobre ideas, objetos ideales, intangibles e inmateriales; que se manifiestan dentro de las modalidades de las patentes, las marcas, los dibujos y modelos industriales, la protección contra la competencia desleal y los secretos empresariales, teniendo una estrecha relación con el concepto de propiedad, de exclusividad en el ejercicio de los derechos definidos por las normativas que lo regulan: su reglamento (2).

Este aparece como un capítulo que reclama creciente atención en el nuevo escenario institucional en pleno proceso de consolidación a escala internacional. Además, resulta particularmente significativo para el establecimiento de estrategias y políticas de protección de los resultados científicos de los centros de investigación y demás entidades, así como para la concertación de las bases legales que sustentan la asimilación de tecnologías foráneas, en correspondencia con las necesidades actuales de llegar a fórmulas legislativas que respondan a estudios profundos y de beneficio para la realidad cubana en este campo, en relación con las obligaciones internacionales asumidas, las tendencias y debates a escala mundial.

Por ello, es imprescindible en Cuba la realización de un estudio sobre las deficiencias que presenta la regulación de la propiedad industrial en el ámbito penal, al proporcionar los elementos necesarios, que permitan una adecuada tipificación e interpretación de las conductas delictivas que afectan este tipo de bien jurídico y su nivel de aplicación por los operadores del derecho.

Y para su consecución nos planteamos el siguiente **objetivo**: diagnosticar las principales insuficiencias de la protección de la propiedad industrial como bien jurídico en la sede penal cubana.

Definitivamente los delitos que afectan los derechos de la propiedad industrial ameritan su revisión en aras de fundamentar la necesidad de su perfeccionamiento legislativo, para que se alcance su efectiva aplicación a todos los hechos que lo requieren, pues la protección jurídica de las modalidades que la integran es un aspecto vital para el desarrollo armónico de las actividades empresariales. También es un tema de permanente actualidad, si tenemos en cuenta los desafíos que

(2) Decreto-ley 68 del 14 de mayo de 1983. Destaca el alcance y protección de los derechos sobre las modalidades de la propiedad industrial. Y la resolución 21 del 28 de febrero de 2002, que destaca el sistema nacional de propiedad Industrial.

impone la nueva sociedad al conocimiento del hombre de su propia realidad, a la correcta percepción de los procesos o fenómenos que en ella acontecen, así como de su interpretación y aplicación por los operadores del derecho.

II. El bien jurídico propiedad industrial

Como sostiene Garrido (2001), la misión del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, al darle legitimidad en la imposición de castigos y en la adopción de medidas de protección. Además Quirós (2005) sustenta que el ordenamiento jurídico le otorga fundamentalmente las funciones de realizar la protección del sistema de relaciones sociales (función de protección) y de promover en todas las personas la observancia y desarrollo de comportamientos ajustados a derecho, del propio sistema (función de motivación), al regularse éstas en el artículo 1.1 del Código Penal vigente.

De lo dicho se desprende que el Derecho Penal tiene la finalidad de tutelar los bienes jurídicos de las personas y de la sociedad para que estos tengan una convivencia pacífica. Así también sostiene Garrido (2001), que la importancia del Derecho Penal en el orden social, surgió como medio para controlar a la sociedad, a través del ordenamiento jurídico, ya que legitima el mantenimiento de la paz social de una comunidad libre y organizada, el cual no trabaja solo por estar conformado por un conjunto de normas que regulan su funcionamiento, y dentro de estas se encuentran un grupo de regulaciones que tienen características coercitivas, para mantener el respeto a esas normas, en cuanto protegen intereses fundamentales de la sociedad, por tener como objetivo impedir el quebrantamiento del orden jurídico.

Así Gonzalo Rodríguez (s/f) sostiene que lo político criminal que reviste el bien jurídico es de vital importancia en la dogmática jurídico penal, ya que se superponen y complementan, caracterizando a la política criminal como suministradora de criterios valorativos del derecho vigente y revelando cuál es el que debe regir en el futuro.

Otro de los fundamentos medulares para el Derecho Penal lo plantea Hormazabal (1992) al identificar el objeto de protección, que en sus comienzos tuvo una significación liberal y garantista de la vida en común, suponiendo una limitación a la potestad punitiva del Estado, la que fue impulsada por Feuerbach, protegiendo derechos subjetivos, y delimitando la potestad penal y la potestad política del Estado. La concepción del bien jurídico surge con el objetivo de controlar el poder del Estado en la definición de conductas criminales, a la exclusiva protección de bienes jurídicos.

Precisando que cuando se protege la sociedad en un estado social de derecho se está acreditando la intervención del Derecho Penal, que al estar expresada por medio de la tutela de bienes jurídicos se pone de manifiesto tal protección, resultando en intereses sociales, que por su importancia merecen la protección penal.

De todo lo expresado anteriormente se hace necesario establecer la relación que existe entre el bien jurídico y la propiedad industrial, ya que es uno de los bienes jurídicos regulados por la mayoría de los países del globo terráqueo, por estar previsto en las legislaciones penales de los mismos, ello hace que resulte imprescindible la protección de la acción mediadora del Estado en el desarrollo del país, por lo que en sí mismo representa y equivale.

Al hablar del bien jurídico propiedad industrial, su objeto jurídico tutelado son los derechos del creador, protegidos siempre por los principios de intervención mínima y de fragmentariedad, así como los concretos presupuestos típicos. Tales derechos reúnen facultades exclusivas tanto en el ámbito moral como en el patrimonial correspondiente a su titular, que relacionado a estos últimos revisten derechos exclusivos de explotación. Con el propósito de reforzar la defensa de un instrumento para la promoción del mercado de las creaciones del ingenio humano en beneficio de la sociedad.

Los Estados, al ser sociedades políticamente organizadas, y al tener legislaciones que regulan este tipo de propiedad por medio del derecho público y privado, saben que para hacerle frente a los comportamientos ilícitos, tienen que recurrir al Derecho Penal para criminalizar estos actos antijurídicos, que hacen un uso indebido de los bienes de propiedad industrial, ya que si no se realiza esta labor de criminalización punitiva, estos comportamientos pondrán en grave peligro fórmulas de regulación y protección, y estaríamos en presencia de lo expresado por Delia Lipszyc, referente al Derecho de Autor, que es aplicable a la propiedad industrial, al decir:

“La tipificación penal de las conductas antijurídicas depende de cada ordenamiento legal, aunque las legislaciones relativas a los derechos de los autores coinciden en disponer sanciones penales y generalmente, también medidas cautelares. Una legislación carente de sanciones penales para reprimir las infracciones a los precitados derechos, sería inocua” (2005: 551).

Quiere expresar que la labor legislativa que se realice sin tener en cuenta el apoyo del Derecho Penal en el proceso de criminalización, fracasará irremediablemente. De ahí la importancia de la intervención punitiva, en la protección de los derechos de la propiedad industrial, por la labor preventiva de las normas que tipifican los delitos contra ésta, al reforzar las normas no punitivas de protección

de los derechos. Máxime cuando la tutela penal de éstos, constituyen una disposición expresa recogida en una regulación de índole internacional, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio que dispone en la formulación de su artículo 61, parte III la observancia de los derechos de Propiedad Industrial, Sección 5, la obligatoriedad de los miembros de establecer procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de las marcas o de piratería al derecho de autor. De esta misma forma, en la redacción final del precepto se establece la obligatoriedad de los miembros de prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de Propiedad Intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial. Esta disposición, ratifica el apremio a los países signatarios de implantar las prescripciones relativas a la observancia de la patente en la jurisdicción penal.

Por consiguiente el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio es el instrumento que contiene el marco mínimo de protección, en materia de propiedad intelectual, que los países miembros de la Organización Mundial del Comercio deben prever en su legislación interna. Sus disposiciones son el resultado de las negociaciones entabladas por los países miembros del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en Inglés *General Agreement on Tarrifs and Trade*) en el marco de la ronda de negociaciones comerciales conocida como Ronda Uruguay, que finalizó el 15 de diciembre de 1993 (3).

En tal sentido el fundamento de la protección de las creaciones industriales se debe al deseo de recompensar al creador por poner a disposición de la sociedad su descubrimiento, de modo que se sienta estimulado a contribuir a mejorar el nivel tecnológico. Lo que permitirá fijar en el próximo epígrafe los límites y desarrollo de la calidad técnica del Código Penal vigente para la protección la Propiedad Industrial, así como proporcionar criterios firmes para llegar a conclusiones estables en la aplicación de dicha ley.

III. La tutela penal de la propiedad industrial en Cuba: principales insuficiencias

A partir de lo regulado en la ley penal sustantiva, el poseedor de un derecho de exclusiva de propiedad industrial, tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción penal, y garantizar que se tipifiquen como delitos los actos de explotación

(3) "El Acuerdo sobre ADPIC" de la que Cuba es parte y mediante la cual asumió el compromiso de atemperar su legislación nacional en materia de propiedad industrial a los preceptos emanados de ese compromiso.

prohibidos por el alcance del *ius-prohibendi*, en correspondencia con las prescripciones de la Ley de Propiedad Industrial; reconociendo como requisito *sine qua non* el elemento intencional y la finalidad industrial o comercial del acto, al establecer para esos efectos las sanciones que reserva para la concurrencia del delito.

Las problemáticas relacionadas con la inaplicabilidad de una institución jurídica pueden estar determinadas por deficiencias en su configuración legal, lo que no quiere decir que siempre ha de ser esta la única causa o la principal. También puede detectarse por el desconocimiento de las características teóricas de la institución jurídica que conduzcan a problemas de interpretación, su no identificación en determinados supuestos y por tanto su falta de aplicación. Por ello, es fundamental la importancia que tienen los derechos de propiedad industrial en la configuración de la responsabilidad penal de cuya adecuada regulación y apreciación depende la protección de los derechos de exclusiva del titular, por tal razón nos dedicaremos al diagnóstico de las deficiencias de su regulación en el vigente Código Penal cubano, ley 62, de abril de 1988, que avalan la necesidad de su perfeccionamiento.

Al derogarse el artículo 399 (4) de la anterior ley 21, marzo de 1979, Código Penal, donde estaba designada la protección de los derechos conferidos a los titulares. Por razones de pérdida de su peligrosidad social, así como por su no tipificación, al no configurarse conductas delictivas por los ciudadanos. En tal sentido nuestra normativa penal vigente dejó en un estado de indefensión total a todas aquellas personas naturales y jurídicas que tenían derechos de exclusiva de la propiedad industrial. Al eliminar según sostiene Moreno Horta (2007) las garantías sustantivas y procesales para la reclamación de sus derechos, en el caso de que fueran violados. Se puede decir en sentido general que no tiene prevista la protección a los derechos de propiedad industrial ni tampoco para modalidades específicas.

No obstante, al hacer un análisis exhaustivo del cuerpo legal, se puede llegar a algunas reflexiones interesantes de posible aplicación de otros artículos, pero no son del todo suficientes para una buena regulación. Así reguló en el Título V “Delitos contra la Economía Nacional”, en el Capítulo VII, la figura delictiva de “Difusión ilegal y uso no autorizado de invento”, al consignarlo en el artículo 226, incisos a) y b); también desarrolló en el Capítulo VIII, relativo a la “Infracción de las normas de protección de los consumidores”, en el artículo 227.1 y 2; y reguló en el Capítulo IX, la figura de la “Actividad Económica Ilícita”, en su artículo 228. 1.

(4) Artículo 399: el que, de cualquier modo, usurpe el derecho de los titulares de marcas o modelos industriales, o patentes de invención, registradas debidamente, es sancionado con privación de libertad de tres a nueve meses o multa hasta doscientas setenta cuotas o ambas.

Del artículo 226 se pueden realizar diferentes comentarios, debido a la redacción que emplea para su configuración. Cuando al leerlo se infiere que el Estado es la única persona que posee la titularidad de los derechos de explotación en exclusiva de la invención patentada (5). Al quedar claro que el creador de la invención no tiene la facultad de disponer plenamente del uso del resultado de su investigación en el extranjero, sin que a éste se le otorgue la previa autorización del órgano o funcionario competente. Resulta de esta forma si se está en presencia de invenciones realizadas en el ámbito laboral, por el contrario, solo se le exigirá al titular de la invención su registro, siempre que cumpla los requisitos que son exigidos en esta materia, y podrá realizar su explotación en el lugar que desee. En tal sentido atendiendo al carácter de la territorialidad (6) que alcanza la patente de invención, ésta solo tendrá efecto válido en el territorio donde el Estado que dio la concesión ejerce su soberanía. Por lo tanto no se puede considerar como delito una invención que está siendo utilizada en el extranjero.

Desde otro punto de vista, el artículo se encuentra dentro del título en el cual se protege el bien jurídico de la Economía Nacional en su sentido más amplio, no es el caso al que hace referencia de la propiedad industrial como institución jurídica. Es decir no se le da protección a la propiedad industrial como bien jurídico, sino a la economía nacional.

Puede, decirse también, que de una interpretación integral del precepto, este se pudiera aplicar además a los secretos empresariales cuando en la ausencia de protección penal éstos sean vulnerados, siempre que tengan un objeto asimilable a la invención, pudiendo correr el riesgo de no abarcar todo el universo que comprende dicha figura. Al realizar un análisis del término invento, a determinadas experiencias, conocimientos o informaciones técnicas que pueden constituir

(5) El decreto-ley 290 del año 2011 es la legislación vigente en materia de invención, modelo de utilidad y dibujos y modelos industriales, al expresar en el artículo 6.1: el derecho a la titularidad de patentes y registros concierne a los inventores y a los autores, excepto cuando corresponda a otra persona natural o jurídica, en virtud de actos jurídicos o disposiciones normativas que le sean aplicables, reconociendo la posibilidad de que los inventores y autores disfruten tanto de los derechos morales (reconocimiento de la paternidad) como patrimoniales (explotación de la invención) sobre el resultado de su actividad creadora. Sin embargo este precepto está vinculado artículo 12.5 del referido decreto donde se establece que “el inventor o autor del objeto de una patente o un registro obtenido conforme a los supuestos del Apartado 1 del artículo 11 no tiene derecho a realizar en el extranjero publicación o revelación de dicho objeto, ni algún acto relacionado con la información no divulgada, sin el consentimiento expreso de la entidad”, es esta a quien se le reconoce la titularidad de la patente, en relación a los derechos patrimoniales.

(6) Principio de territorialidad: la protección jurídica y el ejercicio del derecho se encuentran limitados al territorio del país en que se otorga la concesión, pues el acto que los concede es un acto administrativo de autoridad nacional. Esta disposición, se considera además contradictoria con este Principio que rige el actual sistema de patentes.

conductas de divulgación de los secretos, especialmente de tipo industrial, se podría invocar esta regulación. Aunque la denominación de invento no queda definida, ni tampoco los secretos industriales, al quedarnos sin saber específicamente a qué se refiere, si es a cualquier tipo de invención, si debe estar protegida o si por el contrario se asocia a informaciones secretas.

Resulta significativo el reconocimiento intencionado del elemento de la divulgación, lo que supone que los conocimientos no son de dominio público, por cuanto no estarían referidos en una invención protegida, de la cual se tiene conocimiento del contenido que la conforma, excepto que aún esté desprovista de protección. Por lo tanto se hace referencia a informaciones que no han sido divulgadas.

Otro elemento que puede plantearse, es relacionado al vocablo invento que de manera general en los diccionarios se lo vincula con los descubrimientos o las invenciones. Que al ser reconocidas desde el punto de vista de la propiedad industrial, alcanzan gran importancia porque determinan el régimen de derechos exclusivos y la protección legal de los mismos. En tal sentido el artículo describe varias conductas infractoras, en el inciso (a) que limitan al inventor (7) como pueden ser: el registro, la divulgación o autorice a otro su uso en el extranjero. Al no corresponderse en ningún caso a los intereses de los titulares de patentes reconocidos al amparo de la legislación vigente.

Por consiguiente queda claro que el delito ha de ser cometido por el inventor, siempre que la invención se obtenga del resultado de las relaciones laborales o en virtud de su empleo debe requerir de la autorización previa. Pero, ¿qué pasaría si esta persona desarrolla una invención de forma independiente?; lo lógico es pensar que no se configuraría este delito, aunque podría aplicarse sin ser tan estricto, porque quien desarrollaría a cabalidad un invento el cual tenga relevancia económica, más si tenemos en cuenta que individualmente sería un tanto difícil. Además se hace referencia al “funcionario competente” que es quien otorga o no la debida autorización, en tal caso se tendría que analizar quien sería esta persona.

En cuanto al inciso (b) del propio precepto se tiene que el sujeto activo es general, ampliando su campo de acción y asíéndola más extensiva a “cualquier otra persona”. Es decir que la acción típica, antijurídica, ya no está centrada en el

(7) “Conviene recordar el significado del término ‘Inventor’ para la propiedad industrial, el mismo se entiende como la persona natural que llega a la solución técnica o al resultado concreto y no tiene por qué coincidir con el futuro titular, que sería la persona natural o jurídica que ejerce los derechos exclusivos de explotación sobre ese resultado. Por lo tanto no siempre coinciden inventor y titular” (Aguilar, 2008: 83).

inventor, puede ser cualquier persona, siempre que el invento se haya realizado en Cuba, por cuanto no interesa como tuvo conocimiento del mismo, la conducta ha de ser sancionada. Por lo tanto se puede encontrar una mejor descripción de la violación de los secretos empresariales, que a diferencia del apartado anterior, es difícil que el tenedor legítimo de la información confidencial (persona natural o jurídica) la divulgue.

Por otra parte, el artículo 227.1 (8) hace referencia a una serie de apartados en los cuales se puede observar, la clara aspiración que tuvo el legislador en su momento para procurar un ámbito de protección a los consumidores de los diferentes productos, que se obtienen tanto por vía nacional como de la importación, por lo cual se puede constatar la intención que el bien jurídico “intereses de los consumidores” reciba una clara protección. Que a nuestro juicio se incluyen los actos preparatorios, ante el Tribunal Municipal (9).

Por consiguiente del análisis realizado al inciso (e) se puede constatar una interpretación diferente, pues se aprecia la protección a determinadas modalidades de propiedad industrial como las marcas, los modelos industriales y las patentes. Aunque se efectúa bajo la defensa del mismo bien jurídico, la forma en que se redacta, pudiera extenderse a la protección penal de los titulares de las referidas modalidades concretamente. Lo cual ampliaría su rango de protección, y dictaría en gran medida de lo establecido en la aplicación de justicia.

Así también sostiene González (2007), que independientemente de poder realizar otros razonamientos técnicos jurídicos de la norma penal, el artículo es impreciso y deficiente, pues supondría una interpretación extensiva del mismo, para poder relacionarlo con el tema en cuestión, y así poder darle protección al titular en algunos de estos derechos, puesto que no coincide con el bien jurídico que se protege en esta figura, ni tampoco está definido que haya sido el propósito del legislador al redactar la norma.

Por otro lado en el caso del artículo 228 apartado 1) se puede tener presente su aplicación para el momento en el que una persona natural o jurídica sin la

(8) Para la configuración de este delito el Dictamen 216 de 1985 el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, establece que requiere de la actuación intencional, lo cual es válido en un acto desleal. Este artículo fue modificado por el decreto ley 175 del 17 de junio de 1997, el que amplió su contenido a nuevas situaciones no previstas anteriormente, entre las que se destaca la utilización ilegal de marca, modelo industrial o patente (G. O. Ext. N° 6 del 26 de junio de 1997. Artículo 24, p. 43).

(9) En instancia municipal atendiendo los marcos penales establecidos por el artículo 8 de la Ley de Procedimiento Penal, donde las sanciones son hasta 3 años de privación de libertad y multa hasta 300 cuotas son competencia de ese Tribunal. Este artículo fue modificado por el decreto ley 310 del año 2013.

correspondiente licencia de uso de derechos exclusivos realice actos en relación con los productos o servicios amparados por la marca registrada (10).

En el mismo cuerpo legal en el Título II “Delitos contra la administración y la jurisdicción”, en su Capítulo I “Violación de los Deberes Inherentes a una Función Pública” están comprendidos los artículos 129 y 130, por los cuales se puede establecer una demanda en relación con la infracción de los secretos, y en la definición del artículo 131 se hace referencia al secreto administrativo, que de una interpretación extensiva de dicha definición pudiera sancionarse el secreto industrial.

Pero esta vía tal y como está regulado en la norma penal no es la más adecuada pues sería engorroso para los involucrados lograr su correcta tipificación y por supuesto, sería en relación con derechos exclusivos registrados, quedando excluidos de la protección aquellos signos que no gozan de protección registral excepto para el caso de los secretos.

De todo el análisis realizado anteriormente a los diferentes artículos de la norma penal se puede concluir que en nuestro país es insuficiente la protección penal a los derechos patrimoniales y morales adquiridos bajo el sistema de propiedad industrial (11) al no ajustarse a las nuevas condiciones del desarrollo tecnológico, económico y social del país a la luz de los lineamientos de la nueva política económica que se gesta; y a las exigencias del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, que obliga a los Estados signatarios a conceder una efectiva protección penal a los derechos de propiedad industrial; al establecer en cada una de sus legislaciones normas sustantivas y procesales en materia penal contra todas aquellas conductas lesivas a estos derechos y garantizar la observancia de los derechos concedidos vigentes, cuando la norma internacional prevé que al menos deban ser protegidos contra acciones de piratería comercial e industrial que lesionarán los referidos derechos.

En añadidura a lo dicho, consideramos que debe brindarse en el Código Penal un tratamiento definido a la propiedad industrial, por estar relacionada con su tutela jurídica, al adquirir en nuestro país una relevancia significativa, a partir de los cambios operados en la política económica, y el valor alcanzado por los bienes

(10) Este artículo fue modificado por el decreto ley N° 150 del 6 de junio de 1994. Se introdujeron modificaciones en su redacción y se exceptuó de la excusa legal absolutoria del inciso 4, aquellos casos en que se utilicen medios o materiales de producción ilícita (G. O. Ext. N°. 6 del 10 de junio de 1994. Artículo 3, pp. 15 y 16).

(11) Moreno Cruz, considera que en Cuba no existe protección alguna de los derechos de propiedad industrial.

intangibles en el comercio como activo empresarial. Así como la necesaria protección del patrimonio científico nacional, al incrementarse últimamente por el desarrollo de la ciencia en Cuba. Por tal razón se precisa la protección penal a través de la denominación de un bien jurídico concreto y más atemperado a la realidad económica actual.

IV. Conclusiones

La presente investigación no abarca en absoluto todo el ámbito de la propiedad intelectual, solo desarrolla criterios y valoraciones que nos permiten un acercamiento lógico para el análisis, interpretación o aplicación de los delitos contra los derechos de la propiedad industrial, por cuanto deja fuera la categoría Derecho de Autor que merece también un análisis exhaustivo de las modalidades delictivas en futuras investigaciones. De acuerdo a esto podemos concluir lo siguiente:

La propiedad industrial forma parte del cuerpo más amplio del Derecho conocido con el nombre de Propiedad Intelectual, la que se encarga de regular bienes inmateriales, relacionados con la actividad industrial, económica y comercial, a través de la especial tutela de modalidades como las invenciones, las marcas, los dibujos y modelos industriales, las indicaciones geográficas, los secretos empresariales y la represión contra la competencia desleal. Al encontrarse en constante desarrollo y perfeccionamiento, por estar motivado por su aporte económico y el desarrollo científico y tecnológico es que la propiedad industrial es un bien jurídico a tutelar, pues no beneficia únicamente a cierto grupo de la sociedad sino que todos los que la conforman deben tener una existencia digna, a través del principio de justicia social.

El Tratado internacional de mayor significación actualmente en el comercio mundial es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en el cual se establece la necesidad de observar los derechos de propiedad industrial, con el fin de brindarles la debida protección jurídica; disposición que tiene carácter vinculante para los Estados signatarios, entre los que se encuentra Cuba, obligados jurídicamente a brindarles tutela penal a estos derechos en su legislación nacional.

Las características de la regulación de los delitos contra los derechos de la propiedad industrial, revelaron la existencia de un vacío legislativo a la protección de estos derechos, dado que este cuerpo legal no se pronuncia de modo expreso a su tutela. Solo mediante una interpretación extensiva de la norma se podría inferir que se defiendan algunas de sus modalidades, cuya regulación tiene un carácter muy limitado.

V. Bibliografía

AGUILAR VILLÁN, Andryth (2008). *Los secretos empresariales como parte de la propiedad industrial. Reflexiones en el caso cubano*. (Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas). Cuba: Universidad de la Habana. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho. La Habana Cuba.

CASTRO DÍAZ-BALART, Fidel (2004). *Ciencia, Tecnología y Sociedad. Hacia un desarrollo sostenible en la era de la globalización*. 2ª ed. La Habana: Editorial Científico-Técnica.

GARRIDO MONTT, Mario (2001). *Derecho Penal General*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. T. I.

GONZÁLEZ ZALDÍVAR, Yudesky (2007). *La regulación jurídica de la patente, a partir del acuerdo sobre los ADPIC: consecuencias para Cuba*. (Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas). Cuba. Universidad de Camagüey. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho.

GONZALO RODRÍGUEZ, Mourullo (s/f). *Derecho penal Parte General*. Civitas. Manuales.

HORMAZABAL MALAREE, Hernán (1992). *Bien jurídico y Estado Social y democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal)*. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur.

LIPSYC, Delia (2005). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. La Habana: Félix Varela. T. II.

— (2005). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. La Habana: Félix Varela. T. I.

MORENO CRUZ, Marta y HORTA HERRERA, Emilia (2007). *Selección de lecturas de Propiedad Industrial*. La Habana: Félix Varela. T. II.

— (2007). *Selección de lecturas de Propiedad Industrial*. La Habana: Edit. Félix Varela. T. I.

QUIRÓS PÍREZ, Renén (2005). *Manual de Derecho Penal I*. La Habana: Félix Varela.

Legislación

Ley N° 5 del 13 de agosto de 1997. Ley de Procedimiento Penal cubano.

Ley N° 62, Código Penal del año 1987, entró en vigor el 30 de abril de 1988.

Ley N° 87, Modificaciones al Código Penal, Gaceta Oficial, N° 1 del 15 de marzo de 1999.

Decreto-ley N° 68 del 14 de mayo de 1983, destaca el alcance y protección de los derechos sobre las modalidades de la Propiedad Industrial.

Decreto-ley N° 175 del 17 de junio de 1997, destaca la utilización ilegal de marca, modelo industrial o patente.

Decreto-ley N° 203 del 2 de mayo del 2000, de marcas y otros signos distintivos.

Decreto-ley N° 290 del año 2011. Legislación vigente en materia de invención, modelo de utilidad y dibujos y modelos industriales.

Decreto-ley N° 140, Modificaciones al Código Penal, Gaceta Oficial, Extraordinaria, N° 4, del 13 de agosto de 1993.

Decreto-ley N° 150, Modificaciones al Código Penal, Gaceta Oficial, Extraordinaria, N° 6 del 10 de junio de 1994.

Decreto-ley N° 175, Modificaciones al Código Penal, Gaceta Oficial, Extraordinaria, N° 6 del 26 de junio de 1997.

Decreto-ley N° 310 del año 2013, modifica la Ley de Procedimiento Penal del año 1997.

Decreto-ley N° 228 del 22 de febrero de 2002. De Indicaciones Geográficas.

Resolución N° 21 del 28 de febrero de 2002, destaca el sistema nacional de Propiedad Industrial.

Legislación extranjera

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC), forma parte integrante del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), del 15 de abril de 1994.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): Ley tipo sobre invenciones para los Países en desarrollo, Ginebra, 1980. T. II.

Fecha de recepción: 29-03-2017 Fecha de aceptación: 15-07-2017

Alternativas interpretativas, dogmática y decisión política en torno al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (*)

POR JOSÉ LUIS ENNIS (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Propuestas de la dogmática en torno a la estructura típica del enriquecimiento ilícito.— III. Estructura típica y prescripción.— IV. La cuestión en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.— IV. Las consideraciones valorativas y políticas ante las alternativas dogmáticas y sus consecuencias.— VI. La imprescriptibilidad como alternativa no plausible.— VII. Consideraciones finales.— VIII. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se intenta destacar la incidencia concreta que puede asumir en la perseguibilidad de hechos de corrupción la opción por alguna de las alternativas interpretativas que la dogmática ha ensayado respecto del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público contemplado en el artículo 286 (2) del Código Penal, considerando además las vinculaciones que existen entre la estructura típica y el régimen de prescripción de la acción. Se destaca en esa línea la importancia de asumir el carácter político de esta opción por sobre las consideraciones de estricta técnica jurídica.

Palabras claves: corrupción - funcionario público - enriquecimiento - prescripción

Dogmatik und Politik über das Verbrechen der illegalen Bereicherung von Beamten

Abstrakt: *bei dem vorliegenden Aufsatz wird es angestrebt, die tatsächliche Auswirkung hervorzuheben, die auf die Verfolgung von Korruptionstaten die*

(*) Una primera versión de este trabajo, ahora ampliado y actualizado en algunos aspectos de relevancia, fue presentada por el autor como ponencia en el Congreso de Derecho Penal y Procesal Penal para estudiantes y jóvenes graduados en la Universidad Nacional de Buenos Aires, el 23 de septiembre de 2016.

(**) Jefe de Trabajos Prácticos ordinario Derecho Penal I, Cátedra 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Subsecretario a cargo de la Sala de Relatoría Penal de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Entscheidung für eine unter den bereits von der Dogmatik angesichts dem Straftat der ungerechtfertigten Bereicherung öffentlicher Beamter gemäß dem Art. 286 (2) des argentinischen strafrechtlichen Kodex versuchten Deutungsalternativen einnehmen kann. In diesem Rahmen werden ebenso die Verknüpfungen zwischen dem Tatbestand und der für diesen Tat vorhandenen Verjährungsregelung in Anbetracht genommen. Besonders wichtig ist in diesem Sinne die eher politische als streng technisch-juristische Natur solcher Entscheidungen zu berücksichtigen.

Schlüsselwörter: *korruption staaten - öffentlicher Beamter - Bereicherung - Verjährungsregelung*

I. Introducción

El objeto del presente trabajo es analizar los problemas de distintos órdenes que plantea la interpretación y aplicación de la normativa de fondo que contempla una de las figuras penales previstas por el legislador nacional para reprimir el enriquecimiento ilícito o injustificado de funcionarios públicos, como una de las específicas modalidades que puede asumir el fenómeno de la corrupción.

En esa línea, intentaremos demostrar la estrecha vinculación que existe entre los problemas procesales o de perseguibilidad, los de orden estrictamente dogmático y la naturaleza política de la decisión que subyace en toda interpretación de la ley.

Con ese propósito, incorporaremos al análisis, desde un principio, dos variables particularmente relevantes: en primer lugar, el Código Penal. Como compendio ordenado de normas de fondo que regula algunas cuestiones de naturaleza procesal innegable, entre ellas, las referidas a la acción penal en general y en particular, las que estructuran el régimen de extinción de la acción penal por prescripción. En segundo término, es claro que el derecho penal y el derecho procesal, como disciplinas autónomas, guardan una estrecha vinculación y cierto grado de dependencia, especialmente en el plano ideológico o político criminal, pues los principios que estructuran ambos saberes son o deberían ser estrictamente paralelos, pues ambas disciplinas tienen como normas primarias a la Constitución Nacional y a los instrumentos de derecho internacional (Zaffaroni, 2002: 165). Esta estrecha vinculación o dependencia es particularmente intensa para quienes consideran que derecho penal y procesal penal no son más que partes de un único sistema penal, que exige coherencia, en particular política, entre los subsistemas (Binder, 1997: 27).

Con este marco de referencia intentaremos demostrar cómo la opción por una determinada interpretación de la normativa de fondo —en concreto, de la figura del enriquecimiento ilícito de funcionario público—, incide directamente en

el régimen de prescripción de la acción penal correspondiente y en qué medida ello se puede transformar en un obstáculo concreto para la perseguibilidad de determinadas conductas que la propia Constitución Nacional impone perseguir penalmente.

Nos limitaremos a reseñar, esquemáticamente, las líneas del intenso debate, reflejado en la jurisprudencia nacional de distintos niveles, en torno a los alcances de la figura del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, concentrándonos en dos aspectos puntuales del mismo: la necesidad de incorporar al régimen de extinción de la acción penal por prescripción como una variable importante en la consideración del problema, la incidencia que en la materia correspondería asignar al principio *pro homine*, como pauta o criterio general de interpretación de la ley, y la posibilidad de recurrir a los instrumentos internacionales suscriptos por el Estado Nacional para optar por una u otra de las variables interpretativas a las que el texto legal ha dado lugar.

Sumaremos, además, un referencia puntual a la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia en la materia, destacando como dato de interés la existencia de pronunciamientos contradictorios en el seno de ese tribunal, obligado por distintas circunstancias a alterar su natural integración.

A partir de ese ejemplo, y retomando la vinculación del tema con mandas constitucionales y convencionales impone incorporar a la discusión la variable política o, más precisamente, hacer explícita la consideración de determinados principios de moral política que presupone toda decisión jurídica.

II. Propuestas de la dogmática en torno a la estructura típica del enriquecimiento ilícito

El artículo 268 (2) del Código Penal argentino, reprime con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua a quien “al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño”. Precisa luego que el enriquecimiento puede consistir tanto en un incremento patrimonial en dinero, cosas o bienes, como en la cancelación de deudas o extinción de obligaciones y que la misma pena corresponde a toda persona “interpuesta para disimular el enriquecimiento”.

La figura descripta por esa norma —incorporada al Código por la ley 16.648, sobre la base de un proyecto de Ricardo C. Núñez que reconoce como antecedente

inmediato al Proyecto de Código Penal de 1960 (Buompadre, 2011: 862)— ha sido objeto de un intenso y polémico tratamiento dogmático del que han surgido, básicamente, tres líneas interpretativas en lo que concierne a la estructura típica de la figura penal, que pasamos a reseñar.

II.1. El enriquecimiento ilícito como tipo omisivo

Una parte importante de la doctrina nacional sostiene la tesis de la omisión, ubicando al núcleo de la figura en la falta de justificación del enriquecimiento apreciable ante el requerimiento debidamente formulado (Caballero, 1997: 793; Soler, 1988: 264; Creus, 1981: 422 y 1991: 323; Núñez, 1985: 441; Chiappini, 1986:853; Laje Anaya, 1981: 160; Donna, 2008: 451; Buompadre, 2011: 871), admitiendo incluso en algún caso que el enriquecimiento podría provenir, incluso, de operaciones lícitas (Creus, 1991: 323).

Se ha entendido que la situación típica en la que adquiere relevancia jurídico penal la omisión mencionada tendría lugar una vez que se formule el requerimiento de justificación, que podría provenir de una autoridad administrativa o de la autoridad judicial que lleva adelante la instrucción de la causa. Se ha objetado que, en esta última alternativa, el delito se consumaría ante el juez en el marco de un proceso penal iniciado para investigar una conducta que, hasta ese momento, sería atípica.

Intentando sortear esta crítica se ha sostenido que lo que se sanciona es no justificar el enriquecimiento objetivo, comprobado, notorio y apreciable del funcionario público, cuando esta condición y aquella circunstancia así lo imponen, para evitar que el bien jurídico tutelado, que no es otro que la imagen de transparencia, probidad y pulcritud de la administración pública, sea lesionado (De Luca y López Casariego, 2000: 251), de modo tal que sería el propio sujeto activo quien generaría, al enriquecerse, la situación típica.

II.2. El enriquecimiento ilícito como tipo activo

Algunos autores interpretan que el tipo en cuestión presenta la estructura de un tipo doloso activo, considerando que la conducta típica consiste en el obrar del funcionario que conduce al enriquecimiento apreciable y desproporcionado frente a la magnitud de sus ingresos legítimos.

Entre quienes adscriben a esta postura, la ausencia de justificación posterior puede ser considerada una condición objetiva de punibilidad (Fontán Balestra, 1990: 366) o de procedibilidad (Sancinetti, 1994: 109).

En este grupo podemos ubicar también a quienes, poniendo el acento en el deber de austeridad que pesa sobre los funcionarios públicos que deriva del propio principio republicano de gobierno (artículos 1 y 33 de la Constitución Nacional [CN] y 2 inc. a) de la ley 25.188), sostienen que es irrelevante que el incremento patrimonial apreciable derive de una conducta activa u omisiva del agente. El fundamento del injusto sería el enriquecimiento, comportando el requisito de no justificación un “especial elemento de la antijuridicidad necesario (requisito positivo) para constituir el injusto penal, no para excluirlo” (Magariños, 2004: 724).

Esta alternativa fue la adoptada, en definitiva, por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Alsogaray” y luego por la Corte Suprema, por remisión al dictamen del Procurador, en la sentencia dictada en esa causa el 22 de diciembre de 2008 (CSJN Fallos 331: 2799).

En este último pronunciamiento se indicó que el bien jurídico tutelado es el interés público por la transparencia y probidad en el desempeño de los funcionarios, y que se lo lesiona mediante el “(...) enriquecimiento apreciable e injustificado del agente público durante la vigencia de la relación funcional”, que es aquel que “(...) resulta considerable con relación a la situación económica del agente al momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo del desempeño de la función” y que no tiene origen en “(...) una fuente legítima compatible con el desempeño en el cargo“. La falta de justificación no sería la que proviene del funcionario cuando es requerido, sino la que resulta de la comprobación “(...) de que no encuentra sustento objetivo en los ingresos registrados del agente”, por lo que “no se castiga en virtud de una presunción, sino por el hecho cierto y comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado, quehacer que se vincula con los delitos de acción”.

II.3. La figura “compleja”

Se ha planteado una tercera alternativa, sostenida originariamente por Ricardo Núñez, a quién se le atribuye la autoría de la fórmula legal, que asigna a la figura una estructura delictiva compleja, integrada por una parte activa —enriquecerse apreciablemente— y otra omisiva —no justificar posteriormente su origen— (Núñez, 1992: 144).

Tanto en esta tercera alternativa, como en la que asume que se trata de un tipo activo, la objeción vinculada a la compatibilidad de un requerimiento de justificación con la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación coactiva cobra particular relevancia.

Sin embargo, estas dos últimas alternativas interpretativas —que incorporan con distinta intensidad la referencia al aspecto omisivo del tipo—, también podrían sortear las objeciones constitucionales planteadas. Así, la mera intimación a un funcionario público para que justifique un supuesto aumento de su patrimonio, no constituye de por sí una medida incompatible con las garantías constitucionales del requerido, pues en un régimen representativo y republicano (artículos 1 y 33 de la CN) enmarcado en un sistema democrático (artículo 36, 1º párrafo de la CN) al estado no le está prohibido exigir a los representantes del pueblo (artículo 22 de la CN) una rendición no sólo de las cuentas cuya administración se les confió, sino, también, de la evolución de su patrimonio, teniendo en cuenta el declarado bajo juramento, al inicio del mandato (artículo 36, párrafos 5º y 6º y artículo 38, donde se prescribe que los partidos políticos deberán dar publicidad al origen y destino de sus fondos).

A ello se puede agregar que, a la luz de la severa cláusula del artículo 36, penúltimo párrafo de la Constitución Nacional ya citado, “no resulta en principio lesiva esta justificación del patrimonio acrecido durante su mandato que se le exige al funcionario, sino, más bien, una reglamentación racional y posible de tal precepto (artículo 928)” (del dictamen del Procurador General al que se remitiera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Bussi, Antonio Domingo” sentencia del 18/12/2003).

La posibilidad de requerir del funcionario una adecuada justificación del incremento de su patrimonio no significa, en modo alguno, invertir la carga de la prueba en el proceso penal, sino cumplir con una previsible exigencia de su especial condición, previa a la sustanciación del proceso e incluso al ejercicio del primer acto de defensa. La “obligación” de justificar no parte de un organismo del estado en el ejercicio de la actividad encaminada a la persecución de delitos, sino del régimen legal de la función pública, que cuenta con sustento en las cláusulas constitucionales antes citadas.

III. Estructura típica y prescripción

En el debate dogmático reseñado, en gruesos trazos, en los apartados precedentes, no se ha destacado —con la importancia que asume a la luz de los hechos— la incidencia que, inevitablemente, ejerce la opción por una de las alternativas interpretativas planteadas en la determinación de los plazos de prescripción de la acción penal correspondiente al delito en cuestión, en la medida que ese plazo empieza a correr desde el día en que se cometió el delito, conforme lo dispuesto en términos generales por el artículo 63 del Código Penal.

Cabe destacar que otro factor relevante en este aspecto es la previsión del artículo 67 del mismo Código, que establece que el plazo de la prescripción se suspende, en los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, mientras cualquiera de los que hubieren participado se encuentre desempeñando un cargo público.

De este modo, es claro que la opción por la estructura típica activa impone ubicar el comienzo del plazo de prescripción en un momento anterior al que corresponde a las otras dos opciones interpretativas, en las que la falta de justificación posterior al requerimiento pondría el *dies a quo* correspondiente en una fecha ulterior, toda vez que el enriquecimiento al que alude el tipo es lógicamente previo a su falta de justificación.

IV. La cuestión en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires

Nos detendremos ahora en una serie de pronunciamientos de la Suprema Corte bonaerense en los que aquella concreta incidencia de la opción interpretativa en las posibilidades concretas de perseguibilidad se ha visto materializa, presentando la serie completa de matices posibles, a punto tal que resultaría difícil precisar los alcances de la doctrina legal del alto tribunal provincial en la materia.

Es preciso destacar que la doctrina de los superiores tribunales de provincia es determinante en el caso, pues la interpretación y aplicación de la ley de fondo es una materia reservada por las jurisdicciones locales, conforme lo dispuesto por los artículos 75 inc. 12 y 116 de la Constitución Nacional y tal como la ha reconocido expresamente, en reiteradas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. Fallos 333:866 y sus citas).

En concreto, puede señalarse que en los fallos dictados en P 72.733 “Carnevale” el 15/03/2000, primero (1), y luego en P 90.595 el 07/05/2004; P 93.737 el 05/05/2010 y P 101.271 el 04/03/2015, la mayoría del Superior Tribunal provincial se inclinó por la tesis comisiva, ubicando en consecuencia en el momento del enriquecimiento o, en todo caso, en el del cese de la función el inicio del plazo de prescripción de la acción penal correspondiente.

(1) Estrictamente, en el voto del Juez Ghione que se impusiera en “Carnevale” se indicó que “en este caso es innecesario referirse tanto al momento consumativo del delito de enriquecimiento ilícito como a la cuestión de la existencia o no de un delito continuado” por considerar que había operado la causal de suspensión de la prescripción del segundo párrafo del artículo 67 del Código Penal. Sin embargo, fue invocado luego como antecedente de la doctrina sentada en los que se citan a continuación.

A diferencia de lo que ocurriera en esos pronunciamientos, al dictar sentencia en las causas P 91.426 del 26/08/2009, P 91.943 del 19/05/2010, P 89.715 del 26/10/2011 y P 95715 del 16/05/2012, la Corte consideró —en todos los casos por mayoría— que el delito previsto en el artículo 268 (2) del CP tenía una estructura omisiva.

Aun cuando no constituya el objeto de este trabajo es preciso destacar que el dictado de pronunciamientos basados en criterios diferentes, e incluso contradictorios en ciertos aspectos, por un mismo tribunal superior en un mismo período de tiempo responde a motivos coyunturales que podrían explicarse, sintéticamente, a partir de las numerosas excusaciones de jueces de la Corte provincial en casos en los que el imputado fue funcionario del poder ejecutivo provincial —en la mayoría de los casos, una alta autoridad de las fuerzas de seguridad provinciales— durante el mismo período en el que también cumplieran funciones en el ámbito del poder ejecutivo provincial quienes luego fueran designados jueces de la Suprema Corte. Este dato, que podría sumarse a cualquier estudio crítico de los procesos de designación de los integrantes del poder judicial, podría ser objeto de otro tipo de análisis que excede claramente el enfoque estrictamente jurídico.

Anticipando alguna de las consideraciones que se formularán más adelante, es oportuno señalar que la inexistencia de una doctrina legal precisa y unívoca del alto tribunal provincial en la materia es tan preocupante en el plano técnico jurídico como en el político, en la medida que no es posible establecer en términos claros la orientación de las decisiones del órgano superior de uno de los poderes del estado provincial en una materia que involucra, nada más y nada menos, que al ejercicio del poder punitivo frente a casos de corrupción de funcionarios públicos.

V. Las consideraciones valorativas y políticas ante las alternativas dogmáticas y sus consecuencias

Llegamos así al punto en el que es preciso reflexionar sobre los criterios que fundan la adopción de una u otra postura dogmática, incorporando a las consecuencias procesales concretas o de “perseguidibilidad” de una u otra opción como una variable determinante en el análisis.

Asumimos, desde ya, que no es posible plantear entre aquellas opciones oportunamente reseñadas una disyuntiva que separe a la correcta, verdadera o acertada —tanto en el plano de la compatibilidad constitucional como en el estrictamente dogmático— de las incorrectas, falsas o desacertadas, pues en definitiva se plantea una elección entre alternativas interpretativas posibles que responde, en último término, a una opción política. Fue claro, en ese sentido, el propio Procurador General cuando, en el dictamen al que luego se remitiera la corte en

“Alsogaray” descartó que una determinada interpretación de la regla en examen sea “la única admisible desde la óptica constitucional”.

Los jueces no pueden —o no deberían— basar sus decisiones exclusivamente, al menos en los casos difíciles, en consideraciones técnicas, sino que deben hacerlo incorporando expresamente las de índole política, sobre la creencia de que ciertos principios de la moral política son correctos o al menos preferibles a otros. Se prioriza de ese modo una concepción del derecho centrada en los derechos —de la comunidad política como tal, en nuestro caso—, más que en los reglamentos (Dworkin, 2012: 26 y ss.). En esta línea podríamos indicar que, si se admite que las decisiones políticas traspasan la dogmática jurídico penal en todos sus aspectos (Zaffaroni, 2000: 132), sería recomendable que los jueces expliciten en sus decisiones, adoptadas con el auxilio de las construcciones de los teóricos del derecho, esas definiciones políticas subyacentes a la decisión del dogmático y a la del propio juez.

En este contexto, entiendo que es posible optar por una alternativa que, salvando las objeciones constitucionales que podrían formularse, aleje en el tiempo, en la medida de lo posible y respetando la resistencia semántica de la fórmula legal, el momento de inicio del plazo de prescripción correspondiente —alejando al mismo tiempo al ejercicio efectivo de la función pública, con la posibilidad de influir en las autoridades llamadas a investigar, perseguir y juzgar la conducta del funcionario en el plano penal, del momento en el que esto último ya no es posible por el transcurso del tiempo—. En términos generales, esta alternativa sería aquella que considera a la figura del artículo 286 (2) del Código Penal un tipo de estructura compleja, que combina un comportamiento activo (el enriquecimiento) con una omisión posterior (la falta de justificación ante el requerimiento formulado en sede judicial o administrativa), y conforme la cual el momento de la consumación se trasladaría, con el momento en el que comienza a correr el plazo de la prescripción, al momento en el que el funcionario o ex funcionario requerido no justifica el enriquecimiento apreciable e incompatible con los ingresos provenientes de la remuneración propia de aquella actividad.

V.1. Los compromisos internacionales asumidos por el estado argentino

Esta elección u opción interpretativa reconoce, expresamente, sus fundamentos políticos, que se vinculan con las obligaciones asumidas por el estado argentino respecto de la persecución y represión de aquellos delitos que puedan vincularse con el fenómeno de la “corrupción”.

La primera referencia en este sentido es el propio artículo 36 de la Constitución Nacional, que constitucionaliza al delito en cuestión y que es coherente con la

incorporación a la legislación interna de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097) y con lo dispuesto por la Ley 25.188 de Ética Pública.

La Convención Interamericana establece que el delito de enriquecimiento ilícito será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la convención y, al enunciar esos propósitos, menciona el de promover y fortalecer el desarrollo “de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción”. En similares términos lo establece la Convención de las Naciones Unidas citada (artículos 1 y 20). Este último instrumento contiene una referencia específica a la prescripción, proponiendo la adopción de plazos amplios y de causales específicas de interrupción (artículo 29).

Estas disposiciones convencionales dan cuenta del compromiso asumido por el estado argentino para perseguir eficazmente estos delitos y no pueden ser dejadas al margen a la hora de priorizar una interpretación de la ley por sobre otras.

V.2. Los alcances del principio *pro homine*

Con el marco de referencia que trazan la normativa constitucional y convencional antes mencionada es cuestionable que también en este ámbito —en el que existen un imperativo constitucional y un expreso compromiso a nivel internacional— se imponga necesariamente la opción interpretativa menos extensiva de penalidad como la única admisible.

Es decir, podría asumirse en el caso que no rige con la misma intensidad que en otros supuestos la aplicación del principio *pro homine* como pauta genérica que permitiría orientar las decisiones del intérprete hacia la más restrictiva de punibilidad, tal como lo hiciera expresamente, al pronunciarse sobre las alternativas interpretativas que se presentaban ante el texto del artículo 76 bis del Código Penal, la Corte Suprema de Justicia en “Acosta Alejandro Esteban s/Infracción Artículo 14, 1º párrafo ley 23.737 - causa N° 28/05”.

En primer lugar, porque la distinción entre particulares y estado, que impone priorizar la interpretación que más restringe la injerencia punitiva de éste sobre aquellos se relativiza cuando, como en el caso bajo análisis, los términos de la relación se alteran, pues no se trata de simples particulares frente al estado, sino de funcionarios públicos o agentes de ese mismo estado.

En segundo término porque, como se indicó, es la misma normativa internacional de la que se infiere la existencia de este principio cuya aplicación se extiende al ámbito jurídico interno, la que impone la persecución penal de estos delitos

que, como el fenómeno de la corrupción en general, presentarían más de una conexión con las graves violaciones a los derechos humanos.

VI. La imprescriptibilidad como alternativa no plausible

En una reciente decisión de la Sala II de la Cámara de Federal de Apelaciones de La Plata (“M. D. M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP”, sentencia del 06/10/2016) la cuestión que venimos trabajando ha sido considerada desde un punto de vista que rompe el molde: se ha considerado que los delitos que constituyan actos de corrupción en el ejercicio de la función pública son imprescriptibles.

En el voto del juez Schiffrin, que abre el acuerdo, se realiza una extensa cita de antecedentes bíblicos y romanos, rematada con una exhortación a asumir ante la corrupción “un grado importante y extendido de moral cívica, de preocupación por el bien común” para que “(...) el torrente ígneo de la profecía bíblica corra por las estructuras de nuestra antigua y elaborada tradición penal románica”. Se señala luego que nuestro país ha celebrado dos convenciones contra la corrupción, una, la Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29/03/1996), aprobada por ley 24.759, del 04/12/1996 y la otra, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31/10/2003), incorporada por ley 26.097 del 10/05/2006, ambas sin rango constitucional.

Menciona luego el trabajo de Andrés Gil Domínguez, que da cuenta de numerosos proyectos de ley sobre la imprescriptibilidad de los delitos vinculados a la corrupción (Gil Domínguez, 2015), un trabajo de Carlos A. Ghersi, otro de Natalia Volosín y doctrina norteamericana, cuidándose de establecer una equiparación entre estos delitos y los de *lesa* humanidad, para encontrar finalmente el fundamento constitucional de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en la expresión “asimismo” del cuarto párrafo del artículo 36 de la CN, que permitiría extender a los delitos que allí se mencionan las consideraciones formuladas respecto de otros delitos en los párrafos anteriores.

En principio parecería que esta propuesta la que se impuso, pues el juez Álvarez consideró que podría encontrarse suspendido el curso de la prescripción en los términos del artículo 67 del Código Penal, apartándose en consecuencia del criterio propuesto por su colega del primer voto, y la jueza Calitri se pronunció, como el juez del primer voto, por la imprescriptibilidad, aunque indicó que tratándose de hechos de corrupción esa solución se impone por constituir una grave violación de derechos humanos, citando el artículo 36 de la Constitución Nacional y por constituir además delitos contra la humanidad, conforme lo establecido en el Estatuto de Roma.

La propuesta que parecería haberse impuesto por mayoría —obviando toda referencia a la falta de mayoría de fundamentos que descalificaría al pronunciamiento como acto jurisdiccional válido— no aparece, a mi entender, como una alternativa interpretativa de la ley vigente y aplicable al caso, en la medida que prescinde por completo de ella, sustituyéndola por un criterio diverso fundado en una exégesis forzada del texto constitucional (pueden verse las objeciones de Arballo, 2016) y que responde en definitiva a una pura decisión política. Es gráfica, en este sentido, la frase final del voto del juez Schiffrin: “proclamar el principio de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción significa lanzar a la sociedad un desafío moral, algo que sirva para sacudir la inercia que la carcome”, pasaje que destaca también, aunque en sentido inverso Gil Domínguez (2016), halagando la decisión adoptada.

Advertimos más arriba sobre el innegable contenido político de toda decisión judicial, incluso de aquellas que se basan en una propuesta interpretativa —más o menos razonable— de la ley que se considera aplicable a ciertos casos.

Sin embargo, la decisión judicial que prescinde de la ley para formular su propuesta política es difícil de encajar en el esquema institucional diseñado por la constitución. En ella se potencian, además, las objeciones de legitimación democrática que cabe formular a las decisiones políticas de los jueces, en particular en materia penal, donde se administra la coerción estatal más violenta (Gargarella, 2016: 81).

VII. Consideraciones finales

Las consideraciones expuestas ponen en evidencia la intrínseca relación que existe entre la opción por alguna de las alternativas planteadas por la dogmática en torno a la estructura típica de la figura del enriquecimiento ilícito, el régimen de extinción de la acción penal por prescripción y las concretas posibilidades de persecución y eventual castigo de determinadas conductas delictivas, así como la imposibilidad de abstraer las conclusiones a las que se pudiera llegar en cada uno de esos campos del contexto general de decisión política en el que se desarrollan y al que, en definitiva, aportarán sustento argumental.

En esa clave es que se propuso la opción por la estructura compleja como la alternativa preferible, asumiendo que no se trataba de la única alternativa correcta, sino de la políticamente más conveniente entre las jurídicamente admisibles.

Entendemos, además, haber aportado ejemplos concretos, tomados de casos jurisprudenciales recientes y relevantes, en los que aquella vinculación de la decisión jurídica y judicial con el sentido político de la cuestión se mantiene implícita pero no deja, por ello, de ser evidente.

Es preciso advertir que la propuesta de hacer explícitas las variables políticas en las decisiones judiciales, en la que desembocan las reflexiones hasta aquí desarrolladas, no importa, en modo alguno, prescindir de las reglas legales expresas y más o menos precisas del ordenamiento jurídico, sino analizarlas, organizarlas sistemáticamente y —en el caso de los jueces— aplicarlas conforme a ciertos principios políticos, entre los que es preciso incluir a aquellos que estructuran nuestro sistema constitucional y a los que orientan los compromisos asumidos por el estado argentino en el plano regional e internacional.

Creemos, por lo tanto, que la consideración de la variable valorativa o política en los fundamentos y en la definición de las propuestas dogmáticas clarifica y enriquece el debate teórico, definiendo claramente qué argumentos las sustentan.

Pero además, y ello es de vital importancia, torna expreso, perceptible y, en su caso, cuestionable, el sentido valorativo último de la decisión jurisdiccional que recurre a alguna de esas propuestas teóricas para determinar la suerte de un caso concreto, abriendo el debate y exponiendo a la comunidad en general —particularmente interesada en los casos de corrupción que involucran a funcionarios públicos— los motivos de una decisión de la que los jueces deben hacerse responsables en términos políticos.

VIII. Bibliografía

ARBALLO, Gustavo (2016). *Imprescriptibilidad y corrupción*. Disponible en: <http://www.saberderecho.com/2016/10/imprescriptibilidad-y-corrupcion.html> [Fecha de consulta: 02/02/2017]

BINDER, Alberto (1997). *Política Criminal. De la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Astrea.

BUOMPADRE, Jorge E. (2011). “Artículos 268 (1) / 268 (3)”, en: David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, T. X.

CABALLERO, José Severo (1997). “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley, pp. 793-800.

CREUS, Carlos (1981). *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Astrea.

— (1991). *Derecho Penal. Parte especial*. Buenos Aires: Astrea, T. II.

CHIAPPINI, Julio O. (1986). “El delito de no justificación de enriquecimiento (art. 268 [2] del Código Penal)”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley, C-851.

DE LUCA, Javier y LÓPEZ CASARIEGO, Julio (2000). “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley, A-249.

DONNA, Edgardo (2008). *Delitos contra la Administración Pública*. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

DWOEKIN, Ronald (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI. Traducción de Victoria de los Ángeles Boschioli.

FONTÁN BALESTRA, Carlos (1990). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, T. VII.

GARGARELLA, Roberto (2016). *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2015). “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Una obligación constitucional y convencional”, en: *Suplemento Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2016-A-574. AR/DOC/4338/2015.

— (2016). “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción: un fallo trascendente”, en: *Suplemento Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2016-F-157. AR/DOC/3359/2016.

LAJE ANAYA, Justo (1981). *Comentarios al Código Penal*. Parte Especial. Buenos Aires: Depalma, V. III.

MAGARIÑOS, Mario (2004). “El delito de enriquecimiento ilícito: la posibilidad de una interpretación orientada desde principios constitucionales”, en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 716.

NÚÑEZ, Ricardo C. (1985). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Córdoba: Lerner.

— (1992). *Tratado de Derecho Penal*. Córdoba: Lerner, T. V. V. II.

SANCINETTI, Marcelo (1994). *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público —art. 262, 2 del Código Penal—*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

SOLER, Sebastián (1988). *Derecho Penal Argentino*. 4ª ed. parte especial. Buenos Aires: TEA, T. V.

ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Jurisprudencia

Fallos 331:2799.

“Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” A 1846; L. XLI, sentencia del 22/12/2008.

Causa N° 28/05 A. 2186. XLI, sentencia del 24/3/2008. “Acosta Alejandro Esteban s/Infracción Art. 14, 1° párrafo ley 23.737”.

“Bussi, Antonio Domingo s/enriquecimiento ilícito” B. 504. XXXVI, sentencia del 18/12/2003.

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II.

“M.D.M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP”, sentencia del 6/10/2016.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. P. 72.733 “Carnevale” sent. del 15/3/2000; P. 90.595, sent. del 7/5/2004; P. 91.426 sent. del 26/8/2009, P. 93.737 sent. del 5/5/2010; P. 91.943, sent. del 19/5/2010, P. 89.715 sent. del 26/10/2011; P. 95.715, sent. del 16/5/2012; P 101.271 sent. del 4/3/2015.

Legislación

Ley 24.759, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 17/01/1997.

Ley 25.188, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 26/10/1999.

Ley 26.097, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 09/06/2006.

Fecha de recepción: 02-03-2017 Fecha de aceptación: 31-05-2017

Litigio y apelación: aportes para un análisis procedimental del Estado de derecho

POR **CLAUDIO CONTRERAS** (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Discusión crítico-metodológica: los problemas del análisis filosófico y la historia conceptual, frente al análisis procedimental-procesual del derecho.— III. La modernidad como crisis de la autoridad en tres momentos: el Árbitro, el Tribunal civil, el Estado de derecho.— IV. De la autoridad soberana a la sociedad civil: “arbitrio arbitrario” en Hobbes y Locke.— V. La personalidad del Estado como síntesis del modelo contractual y el modelo civil.— VI. La personalidad en el Estado de derecho: la disolución de la autoridad arbitraria y el surgimiento de las “reglas” (Maßnahmegesetze, dispositions, rules).— VII. Conclusión.— VIII. Bibliografía.

Resumen: en el artículo presente vamos a analizar los antecedentes del concepto del Estado de derecho que operó durante el siglo XIX en términos de una reflexión retrospectiva. Para ello vamos a establecer una discusión crítica con los métodos de la historia y análisis conceptual en vistas de formular un problema procedimental: la cuestión del pasaje del conflicto civil al litigio a través del recurso de apelación a la autoridad. Los antecedentes procedimentales del Estado de derecho son los siguientes: el Árbitro en el contractualismo (Hobbes), el Juez en la sociedad civil (Locke), la Personalidad en el Estado constitucional (Hegel). A partir de los problemas derivados de estos antecedentes, por último, vamos a referir de un modo sumario el modo en que la cuestión es formulada por la tratadística del siglo XIX en torno al Estado de derecho: en ella se devela una crisis del concepto jurídico de la autoridad.

Palabras claves: estado de derecho - autoridad - ley - regla - sociedad civil

Litigation and appeal: contributions to a procedural analysis of the rule of law

(*) Abogado de la Universidad Nacional de la Plata. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de la Plata. Prof. Titular de Derecho Político y docente investigador, Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, UNNOBA.

Abstract: *in the present article we are going to analyze in terms of a retrospective reflection the background on the concept of "Rule of law" that has operated in the XIX century. For that we going to establish a discussion with the methods of conceptual history and analysis on view to formulate a practical problem: the question of the transition from civil conflict to the lawsuit through the resource of appeal to authority. The practical antecedents of Rule of law concept are the next: the Arbiter on contractualism (Hobbes), the Judge on civil society (Locke) and the Personality on the constitutional State (Hegel). Starting from the problems that we can derive from these background, for the last, we going to refer in a summary way the manner in which the question of lawsuit has been formulated by the XIX century thinkers of Rule of law: in there we can refer a crisis on the concept of authority.*

Keywords: *rule of law - authority - law - rule - civil society*

I. Introducción

La sociedad civil como punto intermedio entre el discurso contractualista y el Estado de derecho.

En el siguiente artículo vamos a esbozar en términos generales lo que fue la primera etapa de nuestra actual investigación en torno al concepto del Estado de derecho (*Rechtsstaat, Rule of law, Etat de droit*): esta concierne al análisis retrospectivo de la génesis procedimental del concepto en sus tres formulaciones a inicios del siglo XIX: aquella alemana por Von Mohl y aquellas, más tardías, de Dicey en Inglaterra y Carré de Malberg en Francia. Nos detuvimos ante todo en la confrontación directa de tales formulaciones con un concepto del contrato y del pacto originario, así como de la soberanía que podemos hallar en Kant, en Rousseau y en Hobbes de modos diversos. Este artículo se va a ocupar de especificar aquello que en la investigación solo pudimos indicar de forma sumaria: nos referimos al pasaje histórico y a los conflictos que operan el tránsito de una teoría contractualista de la soberanía al concepto del Estado de derecho como auto-limitación soberana. Este tránsito concierne a la formación del concepto de sociedad civil: vamos a detenernos entonces en el modo en que en Francia, Inglaterra y Alemania fue formulado este concepto como un índice de conflictos que tiene la forma del litigio y la apelación: en Francia con Rousseau, (al cual confrontan Sieyès, Guizot y Hauriou); en su formulación anglosajona con Locke (que es discutido por Ferguson, Bentham y Austin); y en Alemania con los estado jurídicos de Kant y Hegel (disputados por Petersen y von Mohl, Von Stein y Marx). Un análisis sumario de la reducción de la sociedad civil, o bien a la política estatal, o bien al gobierno económico nos va a permitir entender el punto medio que el Estado de derecho va a formular entre la noción política (contractual) y la noción económica (civil) de la misma. Como veremos, el concepto del Estado de derecho del siglo XIX va a ser de

algún modo el mediador administrativo (“económico”) y regular (“político”) entre el poder soberano y la sociedad civil a través de la legalidad.

II. Discusión crítico-metodológica: los problemas del análisis filosófico y la historia conceptual, frente al análisis procedimental-procesual del derecho

El análisis de lo que podríamos llamar previamente el pasaje del contractualismo a la formulación del Estado de derecho a través de la formación del concepto de sociedad civil supone una doble discusión antecedente: en primer lugar una discusión con respecto al modo en que los análisis jurídico-filosóficos plantean la cuestión en términos de la doctrina misma supuesta en tales conceptos; en segundo lugar con respecto al método que la historia conceptual implementa en vistas de abordar la formulación genética de tales conceptos. Esta distinción, en principio, tendría que referirse simplemente a diferenciar entre un análisis estático que se sirve de los conceptos en vistas a formular lo que sería de algún modo la teoría subyacente a tales conceptos (contrato, sociedad civil, Estado de derecho): por ejemplo, delimitar una lista acotada de requisitos que darían de algún modo la fórmula del “republicanismo” a través de la extensa tradición que se sirve de uno u de otro modo del lema según el cual es preciso que rija “el gobierno de las leyes, no de los hombres”. En segundo lugar se trataría, en cambio, de un análisis genético: análisis abocado ante todo en las grandes rupturas desde las cuales no podría decirse que es el uso del mismo lema o palabra de forma recurrente lo que nos importa, sino más bien el lugar que ocupa en un campo de enunciación bajo supuestos conceptuales a la vez específicos y endebles: no es lo mismo sin duda, decir que rige el gobierno de las leyes por sobre el de los hombres si con ello refiero a una ley comprendida como un mandato divino o trascendente del Legislador, o si con ello comprendo una regulación inmanente de la misma soberanía a través de mecanismos administrativos contingentes.

El primer modo de análisis lo hallamos sin duda más abocado al comentario detenido de los autores más eminentes en el análisis de los supuestos filosóficos del derecho como si fueran contemporáneos: es decir, sean estos autores clásicos (Hegel, Bentham, Locke), sean autores recientes (Raz, Dworkin, Hardt) estos análisis van a discutir con ellos de forma directa (es, sin duda, el aporte local del germanista Dotti en sus análisis sobre Hegel y Schmitt, y de Samuel Rosler en sus actualizaciones sobre el derecho estadounidense de la escuela de Hardt). El segundo modo de análisis se concentra, en cambio, en llevar a cabo una documentación, no del material de archivo, sino de los tópicos de enunciación donde pueden identificarse rupturas singulares en la semántica de los conceptos: identificación que, sin duda, apuntaba en principio a una reconstrucción de los grandes entramados conceptuales pero que, se ve diferida, o bien en una identificación exhaustiva de

los conceptos específicos (donde la diferencia entre *Grundbegriff* y *Grenzbegriff* se ve disuelta) o bien en una multiplicación de las rupturas históricas en la búsqueda de los antecedentes de un concepto (por ejemplo el de soberanía popular de la revolución francesa a la neo-escolástica española, de esta a sus formulaciones en el pensamiento medieval post-tomista, etc.) como se multiplicaban las hipóstasis al infinito en los sistemas neoplatónicos. De modo que no parece ser una falla, sino la culminación de este proyecto la supuesta “recaída” en un diccionario conceptual (como aquel que realizó Koselleck en Alemania, y Fernández Sebastián emuló con los “Iberoconceptos”); aunque también pueden verse propuestas analíticamente más ambiciosas en las disputas en torno al neo-revisionismo constitucional entre Elías Palti, Francois-Xavier Guerra (Palti, 2007: 25).

Ahora bien, no hace falta hacer una lectura muy atenta de tales analíticas para percatarse de que, aun cuando estas se formulan en un paralelismo formal según el cual sus indagaciones podrían correr libremente sin tocarse, no dejan de referirse la una a la otra: por un lado la historia conceptual denuncia, hasta el hartazgo, el hecho de que el supuesto de una tradición continua refiere más bien a la “historia de las ideas”, cuyo núcleo invariable vendría a ser dispuesto por una serie de usos históricos incongruentes; por otro lado, la analítica filosófica denuncia a la historia conceptual mostrando que ésta es incapaz de indicar con respecto a la formulación presente de los conceptos en su vigencia actual no más que su precariedad, su contingencia y abriendo una especie de indeterminada incertidumbre con respecto a cualquier diferenciación en el análisis político. En fin, la historia conceptual tienta de develar el equívoco conceptual de las reactualizaciones que tienta de llevar a cabo la historia “militante” recurriendo al archivo de autor (pensemos en la intrincada disputa entre Palti y Laclau o los “neo-marxistas”), a lo que los comentaristas de autor responden replicando la tentativa de reducir los conflictos vigentes a un análisis historiográfico y aún meramente conceptual (pensemos en las réplicas de Tarcus a Palti).

Pero lo que el cruce evidencia no es simplemente una confusión temática de los análisis, sino cierta complementariedad funcional sobre la que estos pueden operar a nivel de lo que los mismos hacen: en otros términos, yendo de algún modo en contra de lo que las mismas disciplinas se proponían, el análisis filosófico al no dejar de comentar en una hermenéutica incesante, reactualiza de algún modo *de forma discontinua* la potencia de enunciación de los textos clásicos, y la historia conceptual no deja de documentar de forma retrospectiva los mismos textos, como un epígono que tienta, sin nunca lograrlo, llegar al presente de *forma retrospectiva* hasta fecharlo y enterrarlo en la línea quebrada de los archivos históricos.

La cuestión, sin embargo, es paradójica, ya que en cierto punto *nada de esto le preocupa al derecho*: se trata de dos análisis escolares, uno de índole filosófica

que se enfrenta a la tradición en un continuidad indefinida, otro de historia conceptual, que intenta delimitar una serie de rupturas de forma retrospectiva identificando en los discursos históricos lo endeble de los conceptos. Mas la paradoja reside en que, de un modo u otro, el derecho es una disciplina que no se vale simplemente de sí misma para proceder: a diferencia de las ciencias humanas más próximas, como la economía, la biología o la lingüística, no es posible en el derecho distinguir entre el sistema científico de supuestos axiomáticos, y la axiología que permite su aplicación a nivel tecnológico (Bunge, 1997: 35): de allí que el derecho no pueda reducirse a la mera legalidad como un aparato axiomático formal, sino que tenga que referirse de forma incesante a un aparato de legitimidad que no remite simplemente a una valuación axiológica que traduce los supuestos axiomáticos y los interpreta: es a la inversa. De allí que este tipo de análisis de índole filosófica o de la historia conceptual se introdujeron en el discurso mismo del derecho cada vez que se apela a una disputa en torno al modo en que se produce el pasaje supuesto de lo formal al contenido: pero este procedimiento de justificación retrospectiva es solo un artificio del que hay que cuidarse si es que el derecho tiene que aparecer para nosotros aun como un problema, y no como algo que haya que “fundamentar” o, peor aún, “justificar”.

Y esto plantea un dilema, ya que, fuera de estos análisis filosóficos o historiográficos, la ausencia de precauciones metodológicas pueden llevar fácilmente a recopilaciones sin duda exhaustivas y detalladas (pensemos sin duda en los aportes de Levaggi, Zaffaroni o Arnedo a la jurisprudencia como ausentes de un rigor metodológico en el abordaje de su contenido crítico que llevan a las simples “compilaciones” o, peor aún, al cientificismo obsoleto de los “manuales” de derecho que mezclan tendencias epistemológicas como el “positivismo”, el “romanticismo”, el “utilitarismo” el “clasicismo”, con tratamientos de materiales casuísticos concretos reduciendo lo procedimental a una tipificación ideal. Dilema al que, sin embargo, no estamos en condiciones de responder al nivel de un análisis local de los problemas que trae el estudio procedimental del derecho en Sudamérica a nivel historiográfico retrospectivo, partiendo del derecho colonial, y menos aún del estatuto actual de la jurisprudencia. La elección del problema del Estado de derecho tiene al menos la ventaja estratégica de comprender un concepto que, hacia fines del siglo pasado tentó de ser elevado a la escala internacional-global, cuyas consecuencias modificaron de forma directa a la inmersión de los denominados países en desarrollo en el proceso de mundialización: apuntamos, entonces, a las consecuencias de tales transformaciones en la contemporaneidad y en la jurisprudencia local de un modo indirecto.

Ahora bien, aun en este corte temático restringido que va a partir de un concepto en apariencia extrínseco a los problemas de la disputa local, la discusión no deja de ser ineludible si pretendemos evitar mantenernos en la línea de un análisis

aislado, sea por el lado de una analítica filosófica del primer tipo, sea por el lado de una analítica al nivel de la historia conceptual del segundo tipo, evitando las inevitables confrontaciones mutuas con respecto a la índole del objeto "derecho". Discutir no es aquí refutar por el simple impulso de competir, o, peor aún, deconstruir a nuestros contemporáneos de una forma más o menos artificiosa; tampoco vamos a intentar una suerte de síntesis difusa de los aportes "positivos" de cada uno: se trata, en cambio, de pararnos ya de supuesto en la reformulación de sus aportes y tomar a los mismos como problemas, a la vez formales-analíticos, y referidos al contenido del objeto analizado. Esto, en principio parece ser "obvio": para dar una definición del objeto en términos filosóficos (como la primera analítica lo pretende a través del comentario) tiene que haberse recorrido previamente el análisis retrospectivo (que la segunda analítica detenta a través de la enunciación documentada). Ahora bien lo que desplazamos es el modo de análisis del "texto" y el "contexto", de la "letra" y el "escolio" a la especificidad del derecho, en la relación entre procedimiento y proceso. Análisis que sin duda apunta desde y hacia las formas vigentes en que el concepto se formula en una instancia procedimental siendo susceptible de generar o no un consecuente proceso jurídico identificable como "caso". Pero el modo del análisis procede entonces a la inversa: parte de los procesos tomados como datos y va hacia los procedimientos que los hacen posibles y los generan como derecho.

Sin duda el medio de estos análisis es el lenguaje: se trata entonces de procedimientos de enunciación y de procesos discursivos que se generan a partir de ellos, pero donde lo determinante es el derecho mismo como campo efectivo procedimental y procesal que opera a través del medio lingüístico, (tomando por supuesto que la relación entre derecho y lenguaje no se halla aún formulada de un modo ni siquiera sumario). La cuestión, entonces, no está en determinar ya si el comentario es fiel a la fuente de la autoridad, o si el análisis conceptual es susceptible de restituir a su lugar la enunciación impersonal de un concepto histórico que comprende en sí una semántica contradictoria: *si no volvemos a ese punto en que, aún, el decir derecho autoriza, es decir, suspende el conflicto y lo convierte en litigio por medio del establecimiento de instancias de apelación*. De lado de la escuela, en cambio, el conflicto es ineludible: y, como es sabido, de ciertos autores (Averroes, Shakespeare, Aristóteles) se ha dicho con recurrencia que no eran una, sino muchas manos escribientes, para las cuales la disputa incesante y el debate continuo de las escuelas nunca acababa: unas manos, sin duda, seguirían corriendo tinta al comentario, las otras, en cambio, tratarían de sellar y datar qué golpes de la tinta fueron posibles y cuando: lo que es evidente, sin duda, es que ninguno de los dos, autor o función de autoría, puede tocar algo así como la letra de la ley.

III. La modernidad como crisis de la autoridad en tres momentos: el Árbitro, el Tribunal civil, el Estado de derecho

“Es imposible —afirma en la introducción— estudiar la realidad humana sin entrar, en primer lugar, en contacto con el fenómeno del ‘derecho’. Esto es verdadero ante todo si se considera el aspecto político de esta realidad: y más aún cuando este se ocupa de cuestiones relacionadas con la constitución del Estado, dado que la noción de ‘constitución’ es una noción tanto política como jurídica. (...) Sería muy fácil dar una definición arbitraria del derecho y, en consecuencia, refutar el hecho de considerar como ‘jurídico’ a todo eso que se tiene comúnmente como tal, pero que no ingresa en la definición precedente. Más una definición similar sería muy poco interesante, dado que es imposible no tener en cuenta de forma absoluta las indicaciones que están implícitas en la historia y en el lenguaje” (Kojève, 1988: 25-26).

Esta cita del *Esbozo para una fenomenología del derecho* puede ser tomada por nosotros como una precaución metodológica para abordar el problema del derecho: el problema metodológico según Alexandre Kojève, (intérprete eminente de Hegel que disputó en torno al origen del fenómeno jurídico con Carl Schmitt a mediados del siglo pasado) sería aquel de vincular el lenguaje (el concepto del derecho) con una dispersión de casos fenoménicos diversos, casos que tienen que ser de por sí extra-jurídicos: en otros términos se trata del pasaje de un conflicto o una lucha extra-jurídica a una instancia lingüística de apelación. Kojève identifica entonces a la génesis del derecho con un conflicto prejurídico en cuya base está el lenguaje: mientras no intervenga el lenguaje, no hay mediación posible en el conflicto; el lenguaje es el modo en que, entre las dos partes en conflicto de un litigio se establece una mediación que puede ser definida como “*jus-titia*” (*justice*) (Kojève, 1988: 283) sea bien la justicia en su figura aristocrática, del Amo, o bien su inversión en la justicia burguesa, del “esclavo”, siempre uno de los términos prejurídicos (amo, esclavo).

Esta desigualdad irresoluble que está a la base del concepto de justicia es la que determina que en cualquiera de sus figuras históricas se distinga algo así como una autoridad que ocupa el lugar del “lógos”, de modo que puede transformar el conflicto en un litigio reconociendo, sin embargo, en las instancias inferiores una “apelación”: tenemos entonces la autoridad privilegiada, la autoridad divina, la autoridad del tribunal burgués, como una serie de figuras históricas de la justicia que se realiza de modo parcialmente “injusto”: el reconocimiento es siempre desigual, la reparación es siempre parcial. El momento culminante, en que la autoridad que define la justicia ya no es un sujeto, es decir, un Árbitro, sino la “Constitución” en sentido del “gobierno de las leyes” y no de los “hombres”, o el Estado de

derecho (la justicia sintética del “ciudadano”). Pero esta justicia, sin embargo, no está aún dada: es el derecho “absoluto” del porvenir (Kojève, 1988: 223).

El problema está precisamente en determinar hasta qué punto puede seguir hablándose de “derecho” y de “autoridad”, si es que el “reconocimiento” llega a su realización plena: a su vez, en determinar hasta qué punto esta disolución del conflicto sigue siendo “legal” y no puramente “política”: la autoridad podría devenir, entonces “autoritaria”. Del mismo modo si en la justicia es el lenguaje el que se aplica bajo el modo de la ley a una diversidad de casos concretos que refiere siempre de forma parcial, es decir, dejando un margen de no-juridicidad en la definición de lo jurídico mismo, el problema de una culminación del derecho implica de algún modo, o bien una palabra que al aplicarla coincide perfectamente con la letra de la ley, o bien una palabra que se disocie de la ley y venga a operar de forma puramente arbitraria.

Luego de finalizar estos análisis en clave de pronóstico “provisorio” (Kojève, 1988: 27), en un breve ensayo titulado *La noción de autoridad*, Kojève parece llegar a una conclusión diversa de la antecedente (más o menos convergente con la hegeliana), que vería en la modernidad la culminación del concepto del derecho en las instituciones objetivas del Estado: Kojève, que se encontraba exiliado en medio de la Segunda Guerra mundial, y frente al eclipse del Estado de derecho tal como lo hallamos en Weimar, en el positivismo francés o en el *Rule of law* inglés, da como diagnóstico una crisis de la noción de autoridad que se encuentra a la cabeza del fenómeno jurídico. Parte de esta crisis afirma, sería precisamente la crítica al “autoritarismo”, y el olvido de un tratamiento exhaustivo de la noción en sus implicancias jurídicas: pero no solo eso, sino que el último estadio de esta crisis es precisamente aquel del Estado de derecho, donde la autoridad se ve disuelta y atribuida a una legalidad abstracta.

Notemos, en primer lugar que la crítica de Kojève es paralela a aquella de Schmitt al Estado de derecho: sin embargo, Schmitt no basa su crítica en una noción exhaustiva (es decir, lingüística) de la autoridad, sino que la asimila a su modelo de la “decisión” efectiva frente al conflicto, que excluye los problemas del litigio y la apelación tal como tentamos de analizarlos. En segundo lugar, el diagnóstico de la crisis de la autoridad no puede reducirse simplemente a la contemporaneidad y al fenómeno del autoritarismo; se trata, en cambio, de una tensión entre el litigio y la instancia de apelación misma que define al derecho moderno: frente al medioevo donde la Autoridad que se disputa entre la Iglesia y el Monarca, sea ascendente o descendente tiene siempre un referente, o bien en la ley natural ascendente, o bien a la ley divina descendente: y, paradójicamente, en caso de excepción, no es nunca el “juicio de Dios” el que decide, sino la espada eclesiástica, para unos, o la espada terrenal, para otros. La modernidad es el momento en que la autoridad

deviene “arbitraje” en un sentido problemático: según la fórmula acertada de Madanes con respecto a Spinoza y Hobbes, se trata de un “árbitro arbitrario”, aunque no en un sentido peyorativo. Se trata de “una antigua técnica para resolver disputas refiriéndolas a la decisión de un tercero” (Mदानes, 2001: 37), que, sin embargo, Hobbes y Spinoza van a reformular de una manera radicalmente diversa: ya que, en caso de que el mediador no sea un soberano, el arbitraje del conflicto queda librado al “juicio de Dios” sin punto intermedio posible.

Ahora bien, mientras que en las críticas de entre-guerras y de la postguerra de Kojève y Schmitt al Estado Constitucional se abría una perspectiva difusa en torno a la cuestión, tenemos que considerar en tercer lugar el hecho de que desde fines del siglo pasado haya sido un modelo *global* del Estado de derecho el que se haya venido a presentar en una oscilación conflictiva como instancia de “reconciliación” y “arbitraje”, o bien de “intervención judicial” y “causa internacional”. Es en esta triple perspectiva, entonces, que es preciso un desplazamiento de la analítica que reconsidere el modo en que autoridad, litigio y apelación vienen a verse modificados en la modernidad: como afirmamos al inicio, nuestro punto de partida va a ser el tránsito que el concepto de sociedad civil implica entre el contractualismo y el Estado de derecho. Vale para esto una aclaración: no vamos a tratar a los conceptos de contrato, de sociedad civil y de Estado de derecho como simples nociones teóricas, sino como términos procedimentales que hacen posible volver inteligible en una instancia de conflicto los términos de un proceso bajo un modo tal o cual del litigio y de la apelación.

IV. De la autoridad soberana a la sociedad civil: “arbitrio arbitrario” en Hobbes y Locke

Kojève (1988: 62) distinguía en sus notas sobre la autoridad, al menos cuatro nociones, las cuales tendrían que oponerse a la idea de que la autoridad se basa simplemente en la “fuerza”, es decir, es “autoritaria” la autoridad divina, la autoridad justa, la autoridad del saber, la autoridad por supremacía, que a su vez se refieren respectivamente a ciertas funciones políticas específicas, del padre, del juez, del maestro, del señor o amo. Cada una de estas funciones, dice Kojève, “fundan” su autoridad en algo diverso: en la mayoría de edad o la tutela, en la justicia o la equidad, en la sabiduría o la virtud, en la victoria y el reconocimiento. Fuera de ellas, en cambio, sucede lo que en la contemporaneidad: la autoridad deviene “autoritaria” por remitirse únicamente a la fuerza. Este tránsito de las nociones clásicas de autoridad a las nociones autoritarias no puede ser hecho de un modo tan brusco: hay que considerar, en cambio, el problema de la transformación moderna de la autoridad que tiene lugar con la figura del árbitro.

Como lo nota Madanes en su ensayo, si bien la función de arbitraje es anti-
cuísimas en el derecho, remontándose al medioevo y hasta el derecho romano, es
preciso considerar que solo en la modernidad, y ante todo con Hobbes la misma
es arrancada de sus formas subsidiarias y puesta como fundamento del orden po-
lítico: si es cierto que Hobbes piensa al soberano en la figura del comandante o
el sujeto de mando, no es menos cierto que le asigna también, de un modo dis-
tintivo, una función arbitral en la que los análisis no se han detenido lo suficiente
(Madhanes, 2001: 37). Ahora bien, las indicaciones de Madanes en torno al poder
arbitrario en Hobbes nos permiten comprender hasta qué punto este permite una
transformación de la noción de autoridad: en primer lugar el árbitro no está de-
terminado por la ley, sea natural o divina, de modo que opera en su decisión a
discreción. En segundo lugar la decisión del árbitro es convencional y no tiene
por qué atenerse a la “justicia”. El juez, en cambio, está determinado por la ley, de
modo que tiene que evitar a toda costa la instancia de decisión. En segundo lugar
el juez no actúa bajo el mutuo consentimiento de las partes en la apelación, sino
que puede hacerlo con la demanda de una sola o de ninguna. En tercer lugar, el
juez tiene que inquirir en las razones por las cuales se cometió la falta para dar su
sentencia. Finalmente los jueces de un tribunal tienen que comunicar a las partes
en juego las razones alegadas de su sentencia.

Sin duda es cierto que es preciso considerar la innovación de Hobbes con res-
pecto al carácter arbitrario del poder como un avance con respecto a la formu-
lación moderna del problema de la “opinión”: sin embargo, la formación de un
concepto tal y la modificación del estatuto de la autoridad no puede reducirse a la
formulación del pacto de sujeción soberano tal como Hobbes lo formula. Hay que
considerar, en cambio, aquellas formulaciones que no reducen el arbitraje, aun
considerando su arbitrariedad, a un sujeto, es decir al gobierno de un “hombre” o
de una “asamblea de hombres”: formulación en cambio que considera la primacía
de una legalidad formal por encima de razón soberana frente a los alegatos de las
partes. En otros términos Hobbes reducía el arbitraje a una apelación en términos
de “consejo”, donde las partes alegaban una diversidad de razones, y de “mando”,
donde el árbitro decidía por la primacía de una de ellas u otra mayor en vistas de
definir el litigio por la justicia. Con ello Hobbes opone su modelo de arbitraje al
Common law y a las corporaciones de jueces y abogados: y no está de menos decir
que Hobbes no será quien salga vencedor en esta disputa, sino aquel del tribunal.

Como lo nota Madanes en los análisis del uso del vocablo en sus diversas fun-
ciones, hay una denotación que se mantienen recurrente más allá de los juristas,
incluso en Shakespeare: arbitraje es ante todo una función de decisión *inapelable*.
Ahora bien, es preciso señalar que, pocos años después de Hobbes se genera en
Inglaterra una tentativa de establecer un modelo de asociación cuya forma este
precisamente en la noción de una auto-apelación civil a través de la ley, es decir,

reduciendo en la mayor medida posible la función decisionaria: se trata de Locke, y en consecuencia, y más específicamente del concepto de sociedad civil (para no hablar del tan confuso “liberalismo”). Notemos: el modelo del arbitraje, entonces, corresponde al derecho comprendido como contrato o pacto de sujeción en vistas de evitar el conflicto. El árbitro de Hobbes no es un juez, o al menos no lo es en todo caso: de modo que su modelo de conflicto es ante todo el “equivoco” recíproco en alegatos contrarios que puede desatar una lucha o, en mayor escala, una guerra civil.

El caso de Locke, en cambio, va a ser precisamente el inverso: el caso de conflicto que esta va a proponer va a ser reducido a la penalidad, y el arbitraje, dentro de lo posible, a la función judicial. Pero ello no implica que tengamos un retorno a la figura del juez como autoridad máxima: el juez no es más que una instancia de aplicación y sentencia en la apelación de la sociedad civil a sí misma. Esto tiene una consecuencia casuística inmediata: el criminal no es aquel que es considerado al interior de la ley como un actor racionalmente incorrecto o equivocado en su cálculo, con respecto a la Razón soberana, diverso entonces del enemigo que, al no reconocer el soberano mismo se pone en situación de guerra con aquel; el criminal para Locke es el enemigo mismo, más no porque todo conflicto se reduzca al modelo de la guerra, sino porque la guerra misma ingresa en un modo de la penalidad. Pero este desplazamiento subrepticio comprende un desplazamiento más complejo: ya no se trata de oponer partes en disputa, sino de oponer a individuos en falta con respecto a una unidad ya constituida de lo que va a denominarse la “sociedad civil”.

Madanes nota la ambigüedad en el uso que hace Locke del término arbitrario: por un lado refiere peyorativamente al poder absoluto, por otro, positivamente a las prerrogativas como actos arbitrarios de decisión al margen de la ley. Ahora bien, si es cierto que la gran reforma y crítica de la legalidad no se encuentra en Locke ni en Hume, Blackstone o Ferguson, sino que solo vendrá a formularse con Bentham y Mill, lo que si vemos gestarse en los primeros es el concepto de sociedad civil como instancia de apelación. Y es la especificidad de este concepto lo que le permite a Locke diferenciarse de la trasposición del poder patriarcal al poder político tal como lo hace Filmer en vistas a criticar a Hobbes. Filmer pretende fundar el poder del árbitro en el patriarcado, es decir en lo que Kojève denomina la autoridad paternal. Locke, en cambio, va a tener que discernir la jurisdicción paternal de la jurisdicción civil, en vistas a restringir la autoridad del primero a un plazo temporal, frente al carácter definitivo de la autoridad legislativa, que se deriva de la autoridad de juzgar (*authority to judge*).

Locke diferencia entonces dos sociedades o comunidades de intereses, las cuales se definen por dos modos diversos de poder: en primer lugar la familia, o

asociación conyugal que se define por el poder paternal o de tutela: el interés principal de esta asociación es en primer término la propagación de la especie. Pero Locke especifica al menos dos funciones más que no conciernen simplemente a la prosecución de un interés sino, ante todo al ejercicio de un poder bajo una autoridad: por un lado la educación de los menores como traspaso a la mayoría de edad; por otro el tomar cuidado de la herencia, es decir de la sucesión de los bienes de propiedad por descendencia.

Ahora bien, aclara Locke, que esta autoridad, no solo tiene una jurisdicción específica y diversa de la civil, sino que también se define por cierto plazo temporal, aquel de la crianza de los menores, y aquel del traspaso de la herencia que, una vez dictaminadas, permiten la disolución más o menos parcial de los lazos de asociación. En el caso de la sociedad civil y su autoridad específica la cuestión, en cambio, es más compleja. En primer término, el sujeto en cuestión no renuncia a su libertad natural al pactar, sino a su poder de castigar a aquel que atente u ose atentar contra la misma. Esto ya de por sí plantea un problema: pues, si renuncio en vistas de asociarme a mi poder de castigar y no a mi libertad natural con sus atributos (personalidad, propiedad, etc.) entonces lo que se forma no parece ser una sociedad civil, sino una especie de sociedad penal. Ahora bien, esto se resuelve en cuanto el cometido del castigo es precisamente aquel de la protección de la libertad y la propiedad eminentemente: lo que la asociación civil permite, entonces, es una instancia de apelación que Locke llama “terrenal” para distinguirla de la apelación al “juicio de Dios”:

“Y al haber sido excluido todo juicio privado de cada miembro en particular, la comunidad pasa a estar arbitrando (*comes to be umpire*) según reglas que fueron establecidas, indiferentes y las mismas para todas las partes, y por hombres teniendo la autoridad de la comunidad, para la ejecución de estas reglas” (Locke, 2003: 137).

Sin embargo la distinción funcional persiste con respecto a la función de la autoridad: la comunidad a la que se traslada la autoridad y la ley opera en una doble función: por un lado tiene que resolver las controversias a través de la decisión en las cuestiones derecho, es decir la función del árbitro en el litigio de intereses civiles, por otro tiene la función de juzgar las infracciones de la ley y castigar a los ofensores, es decir una función judicial y penal. Locke sin embargo reúne ambas funciones en una misma autoridad y ley que le permite no especificar la distinción: difieren, sin embargo, las prerrogativas del árbitro que se definen en el capítulo catorce, capaz de actuar discrecionalmente en la omisión o incluso la oposición a la ley, de las penas del juez que, según el parágrafo 87, “(...) castiga las ofensas que algún miembro haya cometido a la sociedad, con las penas que la ley ha estipulado (...)” (Locke, 2003: 136).

Es más, la distinción de funciones no es solo formal sino que implica una diversidad de contenido. Locke afirma que la prerrogativa del árbitro, atribuida al poder Ejecutivo, no opera sus medidas extraordinarias sino en vistas al “bien común”, y nunca con respecto a una pena; mientras que el juez opera, en cambio, sus sentencias siempre con respecto a una especificación casuística de la ley con respecto a la pena infringida, es decir, que se ve subordinado al poder legislativo. Tenemos entonces una distinción funcional procedimental y procesual entre el árbitro que decide discrecionalmente a través de las prerrogativas en vistas de un fin positivo común, al margen de la ley, y el juez que sentencia según lo prescripto por la ley en vistas a castigar un daño con una pena, daño que también es considerado como una amenaza común. Pero la diferencia no es solo procedimental formal ni procesual material al nivel de lo “positivo” y lo “negativo”, sino que concierne a la índole de la misma comunidad como sujeto de apelación: en otros términos, la sociedad civil propiamente dicha no se define por la función judicial o por la función arbitral sino por la existencia de una instancia de apelación.

Ahora bien, por un lado esa instancia es “la ley común y una judicatura a la que apelar” (*common established law and judicature to appeal to*), es decir la función judicial, por otro es la instancia “una autoridad a la que apelar” (*an authority, to appeal to*), es decir la función arbitral (Locke, 2003:137). La escisión funcional entonces remite a una escisión más fundamental según la cual el sujeto “sociedad civil” en el acto de apelación, apela a la vez a una autoridad arbitraria que está por encima de la ley, y a una legalidad judiciaria que se halla subordinada a la aplicación de la ley. De hecho la formulación de Locke ya es en cierto punto equívoca: este dice que se resigna el poder de castigar “en las manos de la comunidad en todos los casos que *no se vea excluido* para la apelación a la protección de la ley establecida por ello” (*resigned it into the hands of the community in all cases that exclude him not from the appealing for protection to the law established by it*) (Locke, 2003: 137), es decir, supone que hay casos en que esta apelación lo excluya en términos de la legalidad.

Locke va a intentar resolver esta escisión interna a la sociedad civil en los siguientes párrafos por mecanismos de subdivisión: un poder judicial ejercido hacia los ciudadanos internos, un poder de guerra ejercido hacia los enemigos externos; o bien la distinción entre una función Legisladora y una función Ejecutiva. Ahora bien, esta distinción, en verdad no remite a dos jurisdicciones diversas, sino a una misma autoridad: la autoridad de dictar las leyes en el legislativo, la autoridad de aplicar la fuerza en la función ejecutiva, las cuales, en ciertos casos, pueden no coincidir ni conciliarse; de modo que por un lado se deriva un aparato judicial que rige sobre los casos de apelación legal, más por otro un aparato ejecutivo que opera “por juicios ocasionales fundados en las presentes circunstancias de la ocasión” (Locke, 2003: 137), cuya apelación es arbitraria. Es en esta distinción entre

caso legal y caso “ocasional” que se define de algún modo la distinción entre el “adentro” y el “afuera” de la sociedad civil.

Locke, sin embargo, no va a dejar de acentuar la diferencia entre el poder judicial y el poder arbitrario, mostrando como el primero es capaz de apelación, mientras que el segundo no lo es, por lo cual es emparentado con aquel del monarca absoluto (en 90-91). Es más, aun cuando en las monarquías absolutas existe la instancia de apelación a la ley y a la decisión de los jueces, sin embargo, no hay seguridad de que esta protección sea cumplida, sino que su juicio es equivalente al juicio de dios. De hecho, en una consideración retrospectiva o genética, es cierto para Locke (94), que los hombres dieron en un principio la autoridad natural (*natural authority*) al mando de un jefe con arbitrio para las controversias (*arbitration of their differences*). Pero en el punto de que se percataron de la ausencia de garantía de este arbitrio, los llevó a desplazar el poder hacia una asociación gubernamental, cuya función es la preservación de la propiedad. De este modo, afirma, “ninguno podría, por su propia autoridad, sustraerse de la fuerza de la ley una vez hecha” (*nor could anyone, by his own authority, avoid the force of the law when once made*), ninguno tiene, por ello, capacidad de “exención” (*exemption*). Y así, Locke puede parafrasear a Hooker afirmando que “Ningún hombre en la sociedad civil puede estar exento de las leyes de la misma” (*No man in civil society can be exempted from the laws of it*) (Locke, 2003: 137). Esto solo puede entenderse así: la autoridad del arbitrio no es de ningún hombre, sino de la comunidad: cada uno, en cambio, como particular, está bajo la ley, y puede apelar a ella para su aplicación.

Podemos reconsiderar entonces la ambigüedad que señalaba Madanes con respecto a la doble apreciación “ambigua” del arbitrio o la función arbitraria en Locke. Se trata ante todo de una transformación de la noción de autoridad que pasa del arbitrio del soberano a la sociedad civil como instancia de apelación cuyo *modus operandi* no es la soberanía sino el “gobierno” (*government*). Locke entonces desplaza la función de la autoridad del sujeto particular al cuerpo colectivo, o la sociedad civil, como una instancia de apelación que recurre a sí misma, es decir, se gobierna a sí, desplazando la función soberana hacia fuera: ello, sin embargo, implica la consideración de una escisión interna en la misma entre una función ejecutiva de arbitrio sobre el caso excepcional (soberana) y una función legisladora sobre el caso regular. Esto tiente de resolverlo, lo que va a ser un distintivo del liberalismo de allí en adelante, por medio de una subordinación del ejercicio de la autoridad a la función judicial que restringe el conflicto a su función penal, aunque no elimina la función arbitraria, sino que la desplaza hacia “fuera” como poder soberano sobre el enemigo (aun cuando no dejen de confundirse *in concreto*).

V. La personalidad del Estado como síntesis del modelo contractual y el modelo civil

Hemos visto, entonces el modo en que de Hobbes a Locke, al modificarse la instancia de litigio, de un sujeto de conflicto presocial en estado de naturaleza (la multitud, el individuo) a un sujeto social, es decir, la sociedad civil, se modifica a su vez la instancia de apelación misma: ya no es el árbitro, sino el tribunal y el juzgado. Sin embargo, se da una tensión entre la subordinación de la autoridad a la ley, bajo la forma del juez, y de la ley a la autoridad bajo la forma de la prerrogativa. Ahora bien, lo que a inicios del siglo XIX va a intentar formularse es precisamente la resolución de esta escisión operativa entre una legalidad impersonal y externa a la dinámica del conflicto que lo vuelve litigio, y una autoridad singular que tiene que dirimir en torno al caso específico en juego: el problema va a estar en la posibilidad de pensar una legalidad inmanente al conflicto social en el que se produce la apelación, en tanto que comprende una historicidad específica; en segundo término, a su vez, va a tratarse de comprender al mediador como una instancia interna al mismo litigio que este necesariamente supone.

Esta tentativa, que podemos hallar por primera vez en Hegel, ya no va a oponer dos instancias diversas: aquella impersonal de la ley y aquella personal del litigio, sino como momentos de una misma personalidad jurídica. Un examen sumario de la concepción hegeliana se vuelve necesario en cuanto *es el concepto de personalidad jurídica aquel que, desde Hegel a Von Stein, y de este a Jellinek, incluyendo luego a Malberg y a Dicey, va a constituir el supuesto filosófico del mitologema del Estado de derecho: la autoridad del Estado de derecho no es un hombre particular, sino una personalidad, que no corresponde ni al soberano ni al ciudadano, ni a la policía ni a la sociedad, sino al mismo Estado en cuanto limitado por la legalidad jurídica.*

Podría decirse, en principio, que Hegel tienta de criticar a las formas de autoridad del contractualismo (árbitro público como consecuencia de intereses individuales en pugna) y a aquella de la sociedad civil (tribunal judicial como consecuencia de cálculos individuales de necesidad-arbitrio): pero Hegel no se limita simplemente a criticarlos, los incorpora, en cambio, como “momentos”, aun en su carácter indigente, para la realización de la libertad individual bajo la forma del “*ethos*” o la personalidad absoluta. Así, Hegel va a considerar a la personalidad jurídica en su filosofía del derecho, como instancia de conciliación: es la personalidad que rige a través de la autoridad soberana y de la constitución, estableciendo entre ambas una tercera instancia de reconocimiento. Esta puede ser considerada subjetiva u objetivamente, pero es la misma autoridad que se genera la que se ve también dividida entre el derecho y el deber:

“La moralidad social o Eticidad (*Sittlichkeit*) es el acabamiento del espíritu objetivo, la verdad del espíritu subjetivo y del espíritu objetivo mismos (...). Las relaciones del individuos en las condiciones donde se particulariza la substancia constituyen los deberes sociales. La personalidad ética (*Sittlich Personalität*), es decir, la subjetividad penetrada por la vida substancial es la virtud” (Hegel, 1952: 275).

La Eticidad, entonces, incluye ambos aspectos del espíritu conciliados: objetivo y subjetivo; por un lado, del subjetivo están los deberes contraídos en los hábitos; por el otro lado, objetivo, están los derechos reconocidos en la constitución. En el caso subjetivo los deberes son incorporados por el ciudadano a través del hábito: hábito que es corregido por el árbitro y el juzgado, en cuanto se ven escindidos la igualdad formas de las personas, y la desigualdad competencial de los deberes. En el caso de la personalidad objetiva del Estado, en cambio, no le importaría este aspecto “arbitrario” de la habitualidad. Sin embargo, para que la objetividad de la ley se reconozca en su autoridad es precisa una “persona”, la cual, sin embargo, es arbitraria. Personalidad de derecho y persona de deber, entonces, nunca coinciden completamente; aparece, entonces, el problema del sacrificio de la individualidad por el común del Estado:

“Este estado de cosas muestra a la substancia del Estado en su individualidad llegando a la negatividad abstracta, como la potencia en la cual la autonomía particular de los individuos y el estado en el que se encuentran absorbidos en la existencia (*Dasein*) exterior de la propiedad y en una vida natural, se revela al sentimiento al sentimiento como una nada, la cual conserva la substancia común por medio del sacrificio de este ser natural y particular y del anonadamiento de la nada que se eleva contra él (*Vereitlung des Eitelns*), realizándose en su intención” (Hegel, 1952: 290).

VI. La personalidad en el Estado de derecho: la disolución de la autoridad arbitraria y el surgimiento de las “reglas” (*Maßnahmegesetze, dispositions, rules*)

Podemos entonces hacer un *examen sumario* del concepto del Estado de derecho desde el punto de vista de una historia retrospectiva de la autoridad, que no se reduzca a una consideración de historia conceptual, tal como hallamos en Luc Heuschling en Inglaterra, Disenhaus en Alemania, Rosanvallon en Francia y Tamanaha Estados Unidos, sino a una consideración procedimental de lo que, en cada una de estas regiones, sucede a los tratamientos previamente considerados. *Nuestro examen es sumario porque sirve simplemente de indicación de los desplazamientos que tratamos de forma específica en nuestra investigación en curso.* Este tránsito que desplaza la autoridad del modelo contractualista de Hobbes con el

Árbitro, al modelo civil de Locke, con el Juez y el Árbitro escindidos, y al modelo estatal de Hegel, con una escisión entre Autoridad y Constitución al nivel de la personalidad objetiva. La teoría del Estado de derecho puede leerse, entonces, como un intento de suprimir la instancia arbitraria de la personalidad: para ello establece la noción de “auto-limitación” de la soberanía en la legalidad, del Estado en el Derecho. Ahora bien, esto lleva a nuevos desdoblamientos inusitados.

En Von Mohl (1844) por ejemplo, el Estado de derecho entonces es unitario por comprender una personalidad: pero esta, al excluir la instancia soberana de arbitraje, se divide en cambio en una Constitución y una Administración. La primera concierne a la garantía de los derechos subjetivos por el poder soberano, la segunda a la administración de la población por el poder de policía. Ahora bien ambas partes poseen un equilibrio por medio de una relación de limitación. Pero esta relación, formulada bajo la forma mitológica de la “auto-limitación” de la soberanía en la legalidad, hace a la administración posible: ahora bien, ello implica que, a nivel procedimental lo que viene a medirse ya no es el bien común soberano bajo la ley, sino el bienestar de todos y cada uno en la regularidad del gobierno.

“De acuerdo con cada concepto general de la vida, debido a su fuerza y su orden, al pueblo corresponde una variedad de instituciones entre las cuales la más vasta es ciertamente el Estado, que es la organización de la convivencia de un pueblo en un territorio determinado bajo el poder soberano (...). El Estado de Derecho (en cambio) no es otro que aquél donde del orden de la convivencia del pueblo facilita que cada miembro esté protegido y socorrido en el ejercicio de la más libre de sus fuerzas” (Von Mohl, 1844: 17).

A la ciencia de la policía se le opondrá la tratadística del cameralismo que, en cambio, va a intentar suprimir, no ya el arbitraje de la autoridad, sino toda forma del poder de policía en una tentativa de reducir el gobierno a la instancia administrativa pura (y no “policial”), la cual veremos especificarse con respecto al concepto del Estado de derecho: en primer lugar, la misma pasará a concernir a la formación de instancias de apelación del ciudadano al Estado (Von Gneist), o bien tribunales de justicia (Bährh), como *instancias formales procesuales*. Para Mayer y Stahl *la vida política* será, entonces, *la regulación de los actos administrativos por una especificación de la ley*, con respecto a los casos y la interpretación judicial, tomando al *hecho como dato casuístico identificable*: lo que se espera de ello era *una reducción* de los conflictos a los litigios, y desde allí, *de la vida misma a la regla, donde ciudadano y gobernante devienen sujetos procedimentales formales*.

“Un estado que no tiene para su administración, ni la forma de la ley ni la del acto administrativo, no es un *Rechtsstaat*. Un Estado que tiene

lo uno o lo otro es más o menos perfecto como *Rechtsstaat*, en la medida en que utiliza estas formas y asegura sus resultados” (Mayer, 1905: 301).

Contra ambas nociones del Estado de derecho, aquella de la ciencia política y aquella de la administración se opondrán las concepciones de Bluntschli y Jhering (1880): se trataría de la reducción del Estado a un “estado normal” cuya función sería, no la preservación de los derechos en la legalidad, sino la seguridad de la vida regular de los individuos. Frente a ello estas teorías indican dos puntos: en primer lugar aquel de la lucha por la posesión que antecede al derecho litigante, en segundo lugar las necesidades materiales de aquellos que no encuentran su representación en los derechos subjetivos. Lo que veremos surgir, entonces, es la exigencia de un concepto de la “vida social” que preceda a las indagaciones jurídicas formales y a su examen de la regularidad administrativa.

“Este concepto nació en la segunda mitad del siglo XVIII de los esfuerzos contra la manía entonces bienhechora quizá, pero insoportable, de gobernarlo todo, sistema que se justificaba por la idea del bien y el interés general. Limitando este fin del Estado a la seguridad del derecho, parecía que se hallaba una fórmula victoriosa, y al Estado comprendido así se le dio el nombre de *Rechtsstaat*, por oposición a la fórmula detestada del *Polizeistaat*. Pero esta estrecha limitación no podía satisfacer a los modernos: la seguridad del derecho, es, sin duda un deber principal del Estado, pero jamás gobierno alguno limitará su actividad a esta sola misión” (Bluntschli, 1880: 260).

La primer formulación de la cuestión se encuentra en Lorenz Von Stein (1852): el mismo distinguía como dos personalidades diversas aquella del Estado y aquella de la sociedad, según dos sujetos procedimentales diversos: *los funcionarios y las clases*. Ahora bien, tal como la sociedad se halla en sí dividida entre los que poseen los derechos privados y aquellos que vienen a saldar las necesidades por medio del trabajo, así el Estado viene a suplir tal escisión a través de una Constitución que reconoce los derechos subjetivos, y una administración que salda las necesidades no suplidas por el trabajo: lo que se halla en disputa, entonces es *el modo de distribución jurídica de los privilegios con respecto al capital corriente a los sujetos procedimentales de clases*.

“Para aliviar la dependencia de las clases más bajas, el estado debe, en primer lugar, garantizar por la constitución la igualdad de todos los ciudadanos bajo las leyes públicas. Este será el principio supremo de la ley; a su vez, en la esfera de la administración su primer cometido estará en elevar el status de las clases más bajas” (Von Stein, 1852: 57).

La segunda formulación, en cambio, va a criticar esta “dialéctica” de las es-cisiones en vistas de una consideración positivista: así, según Jellinek (1905), lo que se da, más bien, son unidades de asociación en la vida humana, de las cuales el Estado es solo una de ellas. Así la regularidad estatal comprende una serie de deberes cuyo núcleo se encuentra implícito en las mismas formas de asociación que los individuos transmiten de forma inconsciente: derechos cuyo antecedente histórico no es fechable empíricamente, más cuyo hecho establecido tiene que considerarse como una herencia con fuerza obligante. El Estado de derecho recupera su forma mitológica de la auto-limitación, más como un límite cuyo sujeto procedimental no es el Estado soberano, sino la sociedad misma en su regularidad inmanente.

“El concepto sociológico de la sociedad comprende todas las relaciones sin excepción que derivan para el hombre de la vida en común; por lo tanto, podemos definir a la sociología como la ciencia de la vida del hombre en común (...). Y en esta doctrina sociológica, por otro lado, no se opone el Estado a la sociedad, como en las teorías que acabamos de desarrollar: el Estado no aparece más que como una de las formas de la sociedad” (Jellinek, 1900: 158).

De Jellinek el concepto pasa a la tratadística francesa: en esta la formulación más clara del concepto del Estado de derecho es la que Malberg (1985) defiende contra Hauriou: también en este lo eminente no es la relación conflictiva entre los gobernantes y gobernados en el poder de policía, ciudadanos y súbditos en la legalidad, sino la relación entre administrantes y administrados bajo las “disposiciones”. Lo que se tienta es de llevar a cabo una reducción de la política y el derecho a una función administrativa procedimental, donde todo acto se encuentre operando “bajo la regla”. Se pone en juego el mitologema de la auto-limitación de la soberanía: limitación donde el poder de policía es regulado por la legalidad bajo la forma de la personalidad. Pero el Estado de derecho no excluye el *Imperium* del poder de policía, sino que lo incluye en el mismo momento en que lo limita por una regla que se da a sí mismo: esta le permite incorporar por las disposiciones, los diversos casos de conflicto, excluyendo como “extra-jurídico”, al caso de necesidad.

“Pues Derecho y Necesidad son dos términos que se excluyen, en el sentido de que la necesidad, si es suficiente para justificar de hecho el recurso a medios improvisados (de intervención), no es suficiente para conferirles la corrección y el valor de medio legales (...). Y allí donde el Derecho en su vigor no alcanza a prevenir (*pourvoir*) las necesidades que no supo prever (*prévoir*), ya podrá jamás pretender de imponer su imperio de una manera irresistible” (Malberg: 620).

En la administración, entonces, la juridicidad opera de un modo doble: en primer lugar como ley reconocedora de derechos hacia los sujetos, derechos de los que estos no son portadores, sino el mismo Estado en su persona. En segundo lugar, como disposición que viene a regular la conducta exigiendo prestaciones o servicios de parte de los sujetos. La juridicidad misma entonces puede concernir al acto administrativo de decisión de qué es o no derecho, por la ley, o bien a la disposición preventiva para apreciar la regularidad, por la norma. En otros términos la juridicidad tiene un contenido preventivo disposicional que le permite distinguir la regularidad de la irregularidad, la buena circulación de la seguridad: no solo es ley que castiga la contravención, sino disposición que previene la buena conducta.

El Estado de derecho tienta de saldar las escisiones que presentaba la teoría de la soberanía: el Estado tiene que reducir entonces el conflicto a la forma del litigio jurídicamente codificado del cual este es Árbitro, más bajo el modo de la “personalidad” de una “ley”, sin autoridad personal concreta. Y ello de modo tal que la situación de tumulto, es decir el *casus necessitatis* en el cual solo se puede resolver por el ejercicio directo del poder de policía sin limitaciones sea prevenido por todos los medios posibles. El Estado de derecho, entonces, posee una personalidad orgánica que no se identifica con aquella de sus sujetos: estos, bien puede cumplir sus servicios como funcionarios, bien pueden ser reconocidos por los derechos, pero también pueden devenir criminales, o bien enemigos del Estado en el tumulto.

Por último, desde la formulación de Von Gneist la noción pasará también a Inglaterra para confrontarse con el utilitarismo reinante: en la concepción utilitarista se parte de un supuesto positivo de la ley como una fórmula dada en términos de la “letra legal”, la cual opera frente al interés individual del sujeto utilitario. Ahora bien, el elemento que va a introducir Dicey (1915) con su noción de *Rule of law* es precisamente el carácter “heredado” de la ley como *regla de conducta*, que viene a transmitirse de manera parcialmente independientemente de sus intereses y de su designación formal, produciendo precisamente a los “sujetos” de la misma. El concepto central será aquel de “antecedente” que viene a operar entre la letra de la ley y el caso: el antecedente concierne a una “regla” (*rule*) implícita en ellos que regula la conducta del juez y del sujeto.

No hay aquí, como en Hardt (1993) y los teóricos contemporáneos, una diferencia entre ley y hábito: el Estado de derecho es un “hábito de la ley”. Pero es un hábito *no en el sentido de que la ley misma, en su letra, sería el mandato que el ciudadano internaliza en una costumbre habitual, sino el hábito del antecedente que, a través de los casos, determina la aplicación de la ley por parte de los funcionarios*

y jueces. La ley misma es efectiva por ser un *hábito regular* que se aplica al caso a través del antecedente que da su regla. Este hábito legal permite al menos tres procedimientos a los gobernantes, los cuales solo intervienen en caso de una irregularidad: el castigo, la oficialidad y la decisión.

En primer lugar ejecutar el castigo de un modo regular u ordinario para asegurar y no atentar a los derechos privados; en segundo lugar, hay una igualdad legal general de trato con respecto a los individuos para las diversas clases, igualdad que especifica su diferencia con respecto a los deberes oficiales de cada uno que determinan la índole del caso: de modo que, en los servicios, lo que rige el caso es el deber cumplido en la subordinación; en tercer lugar, la primacía de la decisión judicial sobre el conflicto como acto determinante para la formulación del caso antecedente que hace posible el litigio jurídico. Dicey propone, entonces un modelo “inductivo” del derecho a partir del caso (por antecedente) y no “deductivo” de la instancia general (por contrato o pacto), cuyo sujeto no es el soberano sino el juez: a su vez, el sujeto procedimental que formula es el “oficial”, es decir, el sujeto de administración bajo el modo del servicio. El derecho surge de la excepción por la suspensión del daño singular en el litigio, es decir, como remedio que da la seguridad: *ubi ius ibi remedium*.

“La absoluta necesidad de provisión de remedios adecuados por los cuales los derechos proclamados (y decir, apelados y declarados en cada caso) deben ser reforzados (*enforced*). (Pues) hay una conexión inseparable entre los medios de reforzar un derecho y el derecho de ser reforzado, el cual es la fuerza de la legislación judicial. La sentencia *ubi ius ibi remedium*, se vuelve, en este punto de vista algo mucho más importante que una mera proposición tautológica” (Dicey, 1915: 118).

VII. Conclusión

En pocas palabras: ¿qué vemos surgir a nivel procedimental con el Estado de derecho del siglo XIX, que lo diferencie de las autoridades del Árbitro, del Juez y del Estado? Se trata de la instancia de la administración que no se rige ya por la legalidad, en sentido de una legislación soberana o constitucional, sino por una serie de “reglas” que cada una de las formulaciones del concepto, alemana, francesa e inglesa denominan respectivamente a su modo: son las *Maßnahmegesetze*, las *dispositions*, las *rules* de los hábitos. Estas tienen la singularidad de distinguir ya no entre legalidad e ilegalidad, entre conducta civil y conducta penalizada, sino entre los casos jurídicos mismos, en su “regularidad” que puede reducirse al litigio, y los casos “no-jurídicos”, en su carácter irregular como “*casus necessitatis*”, es decir, aquel cuyo conflicto excede la legalidad. No se puede entender, entonces,

la crisis jurisdiccional y política del Estado de derecho en el siglo veinte (eminentemente la de Weimar) sin este “antecedente” procedimental: y es a la luz de la misma, a su vez, que tendrán que reevaluarse las transformaciones del concepto estatal-local a lo largo del siglo pasado hasta su forma global presente.

VIII. Bibliografía

BUNGE, Mario (1997). *Ciencia, técnica y desarrollo*. Buenos Aires: Sudamericana.

BLUNTSCHLI, Gaspar (1880). *Deutsche Staatslehre und die heutige Staatenwelt*. Berlin: Nördlingen.

CARRÉ De MALBERG, Raymond (1962). *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris: CNRS Éditions.

DOTTI, Jorge (1987). *Dialéctica y derecho*. Buenos Aires: Hachette.

DICEY, A. V. (1915). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres: Macmillan.

HEGEL, Georg Wilhelm (1952). *Precis de L'Encyclopedie des sciences Philosophiques*. Paris: Vrin.

— (2004). *Principios de la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Sudamericana.

HARDT, H. L. A. (1993). *The concept of law*. Nueva York: Oxford University Press.

HOBBS, Thomas (1998). *Leviatán*. Nueva York: Oxford University Press.

JELLINEK, Georg (1900). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Hölder.

KOJÉVE, Alexandre (1988). *Linee di una fenomenología del Diritto*. Florencia: Jaca Book.

— (2005). *La notion de l'autorité*. Paris: Gallimard.

LOCKE, John (2003). *Two Treatises of Government*. Londres: Yale University Press.

MADANES, Leiser (2001). *El árbitro arbitrario*. Buenos Aires: Eudeba.

MAYER, Otto (1905). *Le droit administratif allemand*. Paris: Giard et Brière.

PALTI, Elías (2007). *El tiempo de la política*. Buenos Aires: Siglo XXI.

ROSLER, Andrés (2016). *Razones públicas: seis conceptos básicos sobre la república*. Buenos Aires: Katz.

VON MOHL (1844). *Die Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Berlin: H. Laupp.

VON STEIN (1852). *System der Staatswissenschaft*. Basilea: Statistik.

Fecha de recepción: 06-05-2017 Fecha de aceptación: 05-06-2017

Faustino J. Legón: la primera comunidad epistémica del Derecho Político en Argentina y la introducción del Derecho Político en la Universidad Nacional de La Plata

POR RAÚL ARLOTTI (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La llegada del Derecho Político como asignatura a la Argentina.— III. La comunidad epistémica inicial del Derecho Político en Argentina.— IV. El objeto de estudio del Derecho Político.— V. Los programas de enseñanza del Derecho Político.— VI. Faustino J. Legón: breve semblanza.— VII. Su militancia católica.— VIII. ¿Qué es el Derecho Político según Legón?— IX. La Ciencia y el Arte de la Política.— X. La Prudencia como Fundamento del arte de la Política.— XI.— El Estado: su origen y definición.— XII. El método para explicar el Derecho Político.— XIII. A modo de conclusión.— XIV. Obras de Faustino J. Legón.— XV. Bibliografía.

Resumen: este artículo se compone de dos partes. En la primera se expone sobre la introducción del Derecho Político como asignatura obligatoria en la carrera de derecho, en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de La Plata, para lo cual se conforma una comunidad epistémica, la que integra Faustino J. Legón, primer profesor de Derecho Político de la Universidad platense. La segunda parte, trata sobre el programa que elabora para la asignatura y los contenidos de las primeras lecciones que dicta el profesor Legón.

Palabras claves: Derecho Político - Comunidad Epistémica - Universidad Nacional de La Plata - Faustino J. Legón

Faustino J. Legón: Première Communauté Épistémique de Droit Politique en Argentine et l'Introduction du Droit Politique dans l'Université Nationale de La Plata

Résumé: cet article se compose de deux parties. La première exposées sur l'introduction du Droit Politique en tant que matière obligatoire dans les études de droit à l'Université de Buenos Aires et l'Université Nationale de La Plata, pour lequel

(*) Prof. Regular Adjunto de Teoría del Estado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

est formée une communauté épistémique, qui intègre Faustino J. Legón, premier professeur de droit politique à l'Université de la Plata. La deuxième partie traite du programme préparé pour le sujet et le contenu des premières leçons de l'enseignant dicté par Legón.

Mots-clés: *Droit Politique - Communauté Épistémique - Université Nationale de La Plata - Faustino J. Legón*

I. Introducción

El presente trabajo tiene un doble propósito, a saber:

- a) Mostrar la relación que se traza entre la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, para incorporar el Derecho Político entre sus asignaturas de la carrera de abogacía, la cual, más allá de las diferencias doctrinarias de sus profesores se mantiene constante y fluida.
- b) Presentar, en ajustada síntesis, las bases doctrinarias que dan contenido a las enseñanzas del Derecho Político que impartió, desde 1926, el doctor Faustino J. Legón en la Universidad Nacional de La Plata.

II. La llegada del Derecho Político como asignatura a la Argentina

La idea de introducir la asignatura Derecho Político en la currícula de la carrera de abogacía en nuestras universidades llegó en la primera década del siglo XX, por conducto de una de las escuelas jurídico filosóficas por entonces en boga en España: el krausismo. El principal responsable de tal introducción en nuestro país fue Adolfo Posada, quien nos visitó por primera vez en 1910, invitado por el presidente de la Universidad Nacional de la Plata, Dr. Joaquín V. González, para dictar un curso de Sociología y Política, que desarrolló entre los meses de junio y septiembre de ese año.

Posada se dedicó desde 1883 a la enseñanza del Derecho Político en distintas universidades y centros de estudios de España, actividad a la cual se abocó por casi medio siglo; pero ya en 1884, publicó su primer libro sobre la materia: "*Principios de Derecho Político*". Su vocación por la disciplina la adquirió tras asistir a las lecciones impartidas por Francisco Giner de los Ríos, en la Institución Libre de Enseñanza de Madrid. Ello hizo que su aprendizaje y enseñanza de la materia quedara impregnada por la influencia krausista de inspiración gineriana. Él lo cuenta en estos términos:

“Derecho político de abolengo krausista, sin duda, por su base ética, sus supuestos metafísicos y su sentido esencialmente orgánico, pero de una profunda originalidad frente a las tendencias entonces invasoras del organicismo sociológico... Giner contribuyó como nadie, quizá, a afirmar la sustantividad del Derecho Político, disciplina distinta de la Política y del Derecho Constitucional y del llamado Derecho Público, y contribuyó también a la rectificación de la clásica división del Derecho —en público y privado—, tan característica de lo que algunos, no sé si con precipitación o exageración, llaman escuela jurídica española: jurídica y política, diría yo” (Posada, 1981: 85-86).

Una de las grandes preocupaciones académicas del catedrático español se expresó en el reconocimiento de la necesidad de que las facultades de Derecho educasen a sus estudiantes y al pueblo como ciudadanos éticos, a través de la Sociología y de la Ciencia Política.

Posada había enseñado eso desde su cátedra. Su punto de partida era la consideración que esto se debía hacer desde el Derecho Político como una rama separada del Derecho Constitucional; puesto que sus normas son directamente aplicables por los tribunales de justicia y se limita al estudio del Estado en un espacio y tiempo determinados, mientras que el Derecho Político abarca en forma genérica a todos los Estados, sean o no constitucionales, y se basa además en las construcciones prescriptivas provenientes de la ética.

Esta posición estaba en estrecho vínculo con los principios krausistas de renacimiento espiritual, culto a la ciencia, fe en una pedagogía moderna y respeto a una moral estricta, postura que, por cierto, lo ponía en un punto opuesto a las filas de hombres del derecho adherentes al *iuspositivismo*, corriente mayoritaria entre juristas y abogados de esa época (Castillo, 1960).

En la visita de 1910, y en la segunda venida del catedrático español a nuestro país, que se produjo en 1921, fue escuchado y admirado en sus charlas, cursos y conferencias por un sinnúmero de profesionales del Derecho, académicos, profesores y estudiantes universitarios en general, pero un pequeño grupo de hombres con vocación docente y ávidos por enseñar derecho de una forma más comprometida con saberes filosóficos, especulativos y políticos sigue la propuesta del maestro ovetense consistente en incorporar el Derecho Político a la carrera de abogacía. Entre ellos se encuentran: Mariano De Vedia y Mitre y Faustino Legón, quienes luego serán los primeros profesores de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata.

III. La comunidad epistémica inicial del Derecho Político en Argentina

Esos dos hombres del Derecho, provenientes de la misma ‘alma mater’, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, dan origen a una primera y pequeña comunidad epistémica que concibe al Derecho Político como una disciplina fundada en una base ética y, además, lo reconocen como uno de los instrumentos más apropiados para que estudiantes y profesionales del Derecho adquieran una formación integral, amplia y comprometida con su realidad política y social.

Dejamos aclarado que al utilizar el sintagma ‘comunidad epistémica’ lo hacemos en un sentido amplio y para referir una red de profesionales con reconocimiento en temas relevantes para la elaboración de políticas en un área temática, los que actúan como creadores de creencias intersubjetivas y vinculantes de supuestos teóricos, interpretaciones y significados colectivos. Al respecto coincidimos con Stone en que las comunidades epistémicas comparten al menos cuatro aspectos: ciertas creencias y principios que sirven de base para algunas de sus acciones, juicios profesionales, nociones de validez y cuentan con una agenda política común (Stone, 1996). Tal agenda en el caso que aquí tenemos bajo nuestra mirada es la incorporación del Derecho Político en los estudios formales de la carrera de abogacía.

III.1. Los puntos de los saberes políticos a incorporar en el Derecho Político

Otro de los aspectos que sobre el particular compartían De Vedia y Mitre y Legón, fue la necesidad de incorporar en los estudios de derecho algunos puntos de la disciplina de la Ciencia Política, especialmente aquellos que refieren a la filosofía de la comunidad o de la sociedad y a la historia de las ideas y de las doctrinas políticas y, para lo que entendieron que el Derecho Político era el vehículo más apto.

El objeto de tal incorporación no perseguía un fin teórico o de transmitir y recibir erudición, sino un fin práctico. Ambos profesores participaban la común visión de que la Ciencia Política es una ciencia práctica, un saber que se pregunta por el actuar político bueno y justo, descartando así la mera descripción de los fenómenos políticos. La concebían como un saber que se plantea la cuestión sobre qué forma de orden, qué instituciones en el mundo que se vive hacen posible el respeto la libertad. Orden que, además, debía estar orientado por el Derecho y tener como objetivo la vida buena y virtuosa de la comunidad y de cada uno de aquellos que la componen. En resumen, la pensaban como una ciencia que tenía

que buscar respuesta a la pregunta sobre lo que promueve el orden bueno y las instituciones buenas.

III.2. La filosofía de la comunidad o filosofía de la sociedad

Si esa era la interpretación de la misión de la Ciencia Política en general, en lo referido al campo filosófico de la comunidad o de la sociedad en particular, encontraban la necesidad de incorporarla a la asignatura, puesto que ella tiene como objeto reflexionar sobre la esencia de las normas de la convivencia humana y sobre principios políticos estrechamente vinculados entre sí, tales como: dominación, autoridad, amistad política, libertad, paz, etc.

III.3. La historia de las ideas y de las doctrinas políticas

Por otra parte, veían que la incorporación de la historia de las ideas y del pensamiento político al Derecho Político era instrumento apto para comprender la evolución del Estado en sus distintas etapas y formas, y útil también para captar lo positivo que se puede extraer de ellas para aplicarlo a la realidad presente del Estado. En este sentido, la historia adquiere su dimensión de *'magister vitae et testis temporum'*, un saber que enseña por analogías y no como un recetario de cocina, que se convierte en pieza clave para la comprensión del presente. Su estudio proporciona herramientas útiles al Derecho Político para extraer principios, ideales y valores.

Esta concepción de los saberes políticos como parte del Derecho Político no permite que los mismos se repliegan en una presunta y pura cientificidad sin preocuparse de si lo conocido es, en cada caso, posible y accesible. Por otra parte, es un conocimiento cuyo *'ethos'* está al servicio del bien de la comunidad. Así, a través de los saberes políticos, el Derecho Político se presenta como un educador de la vida cívica.

IV. El objeto de estudio del Derecho Político

En esos primeros momentos del Derecho Político en Argentina, se entiende al Estado como su objeto de estudio, al cual De Vedia y Mitre concebía "como entidad que responde a una ley natural, por la que se organiza y existe" (De Vedia y Mitre, 1926: 11), y Legón, como "la institución cuya finalidad es la de servir al bien común, y en ese orden buscar la perfección auténtica de la vida humana (*"sufficiencia vital"*) que no puede dejar a un lado los valores espirituales".

Debe sumarse a ello, que ambos profesores sostenían que es en el Estado donde confluyen el Derecho y la política.

La función del Derecho Político en el estudio del Estado consiste en marcar los andariveles que le señalan el recto camino para que responda de manera acabada con la ley natural que lo organiza, y según Legón, para que cumpla con su finalidad, que como dijimos más arriba, es el bien común y la perfección de la vida humana.

Por otra parte, ambos profesores le daban a la asignatura una traza de carácter espiritualista. En el caso de De Vedia y Mitre tal huella provenía del krausismo, mientras que en Legón la fuente se encontraba en el pensamiento cristiano, en el que confluyen y se aúnan el escolastismo, el neoescolastismo y el pensamiento social cristiano.

Tanto el entorno disciplinar como el objeto del Derecho Político que reconoció la primera comunidad epistémica de esa disciplina en Argentina, hizo que los programas de la asignatura guarden gran similitud en las dos facultades.

V. Los programas de enseñanza del Derecho Político

La estructura de los primeros programas, tanto en Buenos Aires como en la Plata, tienen una estructura que se va a proyectar en el tiempo. Una introducción general, consistente en los conceptos básicos que hacen a la disciplina, su finalidad, su contenido y sus ramificaciones. Una segunda parte, en la cual se desarrollan los fines y la estructura del Estado, en la que se da cuenta de los elementos que lo componen, la soberanía, los fines, la organización de la autoridad, la opinión pública, el sufragio, las funciones del Estado y la centralización y descentralización del mismo. Mientras que en la tercera parte se expone el desarrollo de los problemas políticos, que abarcan desde la polis griega hasta las expresiones contemporáneas del mismo. En ellos se comprueba que tienen como criterio ordenador el principio científico lógico, esto es que contienen una sistemática en la que se parte de lo más simple desde el punto de vista lógico para ir diferenciando de manera progresiva las cuestiones que se ponen bajo tratamiento. De esa manera, las ideas elementales se encuentran en el inicio del proceso de enseñanza-aprendizaje del curso.

Hasta aquí los puntos centrales que unen a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, para incorporar al Derecho Político en sus currícula de la carrera de abogacía, lo cual nos ha permitido hablar de una primera comunidad epistémica que se conforma. Resta ahora exponer algunos de los rasgos distintivos y particulares con los que Faustino J. Legón encaró la enseñanza de dicha materia en la Universidad Nacional de la Plata.

VI. Faustino J. Legón: breve semblanza

¿Quién fue Faustino J. Legón? Por cierto, esta es una pregunta válida para las jóvenes generaciones de hombres y mujeres con formación en Derecho y no dedicadas al Derecho Político o al estudio del pensamiento político y social de nuestro país, pues las generaciones anteriores conocen sobradamente el prestigio y la labor desempeñada por este jurista. De todas maneras, se impone en este trabajo, dar algunas pinceladas sobre su educación y formación profesional que lo llevan a la titularidad de la cátedra en la Universidad Nacional de La Plata, y sobre su militancia doctrinaria en el catolicismo social.

Faustino J. Legón, nació en Sunchales, provincia de Santa Fe, en el año 1897, educado en su formación media por los padres jesuitas en el Colegio de la Inmaculada de la ciudad de Santa Fe. Terminados sus estudios secundarios se trasladó a Buenos Aires, donde se recibe de abogado y en 1919 obtiene el grado de doctor en jurisprudencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Su tesis doctoral sobre el Patronato Nacional, es laureada con el premio “Estímulo” de esa Facultad, consistente en una medalla de oro y diploma, y publicada por la Editorial Lajoune en 1920, bajo el título *Doctrina y Ejercicio del Patronato Nacional*. En ella realiza una lúcida crítica a tal institución desde el punto de vista católico. Con esos antecedentes académicos, asumió la titularidad de cátedra como primer profesor de Derecho Político de la UNLP, donde dictó la materia desde 1926. En 1931, a raíz del prestigio adquirido como docente en la cátedra de la universidad gonzaliana, que proviene de sus capacidades pedagógicas, su claridad para transmitir conocimiento, un gran talento expositivo y una reconocida erudición, es incorporada en la cátedra de Derecho Político en la UBA.

También en la Universidad Nacional de la Plata, entre 1944 y 1949, fue designado para dirigir el Instituto de Derecho Político, Constitucional y Comparado, creado por el entonces decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de esa casa de estudios, el Dr. Luis Longhi. Una función académica similar desempeñó en la Universidad de Buenos Aires, a partir de 1948, cuando asumió la responsabilidad de la dirección del Instituto de Derecho Político, Constitucional y de la Administración, creado por Resolución de la Universidad del 10 y 14 de septiembre de ese año.

VII. Su militancia católica

Las décadas de los años 20 y 30 del siglo XX, fueron una época de gran ebullición y expansión del pensamiento social católico, tanto a nivel internacional como en nuestro país. Desde fines del siglo anterior, tal pensamiento iba incorporando adeptos tanto entre los sectores obreros, como entre los grupos profesionales de

distintas disciplinas. Producto de ello nacieron las Semanas Sociales de Francia; la fundación en 1919, por Luigi Sturzo del Partido Popular Italiano, de claro posicionamiento católico, que obtuvo un importante caudal electoral en las elecciones de ese año; en España, entre 1915 y 1920, los sindicatos católicos conocieron una gran expansión; en Bélgica, en 1920, bajo la dirección del Cardenal Mercier se fundó la Unión Internacional de Estudios Sociales, de cuya labor surgieron los lineamientos contenidos en el Código Social de Malinas (1927); en el mundo intelectual comenzaron a descollar las tesis de Jacques Maritain, autor que, por cierto, es largamente citado por Legón su *Tratado de Derecho Político*.

En nuestro país, en ese período, un importante número de juristas de extracción católica, tuvieron sucesivos centros de reunión y expresión. Inicialmente, uno de esos centros fue la Academia Literaria del Plata, fundada por los padres jesuitas en 1879, la cual se instituye con el objeto de que sus miembros “promuevan todas las manifestaciones de las ciencias, las letras y las artes que den testimonio del pensamiento católico y de la vida cultural argentina”. Legón fue incorporado en 1917, y llegó a presidirla en el período 1932 y 1933. En esa época la Academia editaba la revista Estudios, la que alcanzó gran prestigio en la intelectualidad argentina (Arlotti, 2015).

Ya en los inicios la primera década del siglo XX, otro lugar de reunión y enseñanza de juristas católicos de Buenos Aires fue la Universidad Católica, en la cual se dictaba la carrera de abogacía, pero en 1920 debió cerrar sus puertas al no conseguir que se reconocieran sus títulos (Leiva, 2014). Como consecuencia de ese cierre, a fines de 1921, se crearon los Cursos de Cultura Católica, y entre los jóvenes que los fundaron e integraron su primera Comisión Directiva se encontraba Faustino J. Legón.

En 1928, Atilio Dell’Oro Maini, fundó la revista “Criterio” de orientación católica, Legón colaboró estrechamente en ella, junto a otros hombres que formaban el equipo de los Cursos de Cultura Católica.

Esas fueron las principales actuaciones de Legón en el campo de la militancia católica, aunque nunca tuvo militancia partidaria. Su participación en las filas del catolicismo siempre estuvo bajo el signo del pensamiento social católico y, ciertamente alejado de lo que se conoce como integrismo católico. Esto no descartó los ataques a los que luego fue sometido y que lo llevaron al alejamiento de sus cátedras de las universidades nacionales.

Respecto de la doctrina católica, que él alejó de todas las interpretaciones particulares o de las distintas escuelas que pretendían aglutinar la verdad sobre la misma, escribió: “No son los hombres, sino la doctrina, lo que ostenta la garantía

del bien y de la verdad en el catolicismo: mezclar la doctrina en el juego de egoísmos particulares sería criminal, porque la basteardearía” (Legón, 1930: 48).

En ese mismo texto, y a renglón seguido, hace la justificación del porqué de su no participación en los partidos políticos desde su postura doctrinaria: “Por eso la Iglesia, sabiamente, ha querido mantenerse ajena a los partidos políticos. ¡Y con qué enérgicas palabras a veces! León XIII, en su encíclica *Sapientiae Christianae* decía: ‘Es monstruoso abuso de la religión traer la Iglesia a un partido o pretender de todos modos que le dé su ayuda para vencer a los adversarios’” (Legón, 1930: 48).

VIII. ¿Qué es el Derecho Político según Legón?

Legón era un *jusnaturalista* que vio al positivismo jurídico como el gran encorsetador del Derecho. En ningún momento de su vida profesional y académica ocultó su posición, a la que dejó señalada desde el mismo día en que recibió su diploma de abogado, pues en el discurso que pronunció en su acto de colación en representación de los graduados afirmó: “se constata en las nuevas tendencias filosóficas de la juventud como una reacción espiritual contra el chato positivismo utilitario, cuya caída debe festejarse como una liberación de la ciencia del derecho” (Legón, 1930: 134).

En ese mismo discurso pasó a reconocer que en la filosofía de su tiempo se había producido “la evidencia del resurgimiento metafísico e idealista” (Legón, 1930: 135).

En su visión existía un conflicto irreductible entre libertad y disciplina, entre derecho individual y deber social, pero esa irreductibilidad no resultaba tal si se recurría a los principios morales surgidos de la moral cristiana.

Desde esa postura escribió: “no debe olvidarse que esta materia [el derecho político] no consiste en un derecho positivo, ni en una legislación predefinida: es la búsqueda de la manera razonable y sagaz de entrar en el orden de la positivización jurídica con el ideal de la vida buena, justa, honesta, de la sociedad encuadrada en el Estado” (Legón, 1959, I: XIV-XV). O como lo definió en ese mismo Tratado algunas páginas más adelante es “el orientador, a través de pautas éticas y de lo ‘científico prudencial’, de la positividad legal y gubernativa, y por ello, se encuentra en un lugar de prelación respecto del Derecho Constitucional, al que rige” (Legón, 1959, I: 54-55, n. 8).

Con tal definición, deja en claro que el Derecho Político que enseñaba tenía un carácter suprapositivo y teleológico. Con lo suprapositivo interpreta y evalúa al derecho positivo y al Estado desde los ideales más elevados de la naturaleza

humana. En lo referido a lo teleológico, las acciones políticas dentro del Estado son evaluadas por sus aportes al bien común.

Así, el Derecho Político se convierte en una disciplina práctica, cuyo objetivo es orientar a los hombres y a los grupos que existen dentro del Estado al bien común.

IX. La ciencia y el arte de la política

La referencia al complementario “Político” que tiene el Derecho que pone bajo estudio, guarda el significado de “materias relativas a la estructura y regulación de la sociedad civil, en cuanto ordenamiento jurídico bajo la égida del poder o autoridad de mando con facultades de sanción. Entonces la política supone los problemas del destino de los pueblos, de la libertad del orden de la disciplina” (Legón 1930: 33). Dicho en otros términos, la política es “conducta de la sociedad temporal llamada Estado” (Legón, 1959, I: 49).

Hay que recordar que la política como ciencia y filosofía práctica se remonta a la división realizada por Aristóteles en filosofía teórica y práctica. La filosofía teórica se divide por el grado de abstracción de la materia; mientras que la filosofía práctica, según los discípulos de Aristóteles, entre ellos Eudemo y Alejandro de Afrodisia, se divide en: ética, que estudia y regula la vida moral individual; doméstica, que inquiere sobre lo perteneciente a la familia, y política, que estudia y regula la vida civil.

Para nuestro profesor, la política, en cuanto ciencia práctica, tiene como misión: trazar las normas racionales de la convivencia. Diseño que debe realizar consultando los principios permanentes y el interés predominante de los tiempos que se viven (Legón, 1930).

Su definición de Ciencia Política es la siguiente: aquella ciencia “que se refiere a un conocimiento de las causas y una precisa fijación de los procesos para alcanzar el bien común” (Legón, 1959, I: 49).

Por lo tanto, además de conocimiento sistemático y metódico para alcanzar el bien común, la política es parte de la vida práctica moral, cuyo primer principio es: *hay que obrar el bien y evitar el mal*.

Tal principio, al cual debe someterse la política, presenta los caracteres siguientes: 1. El sujeto del mismo expresa la noción primera y más universal del orden práctico, puesto que el bien es el objeto formal de todo apetito. 2. El predicado enuncia lo que conviene *per se* al bien.

El arte de la política no se define por la lucha de pasiones e intereses contrapuestos ni por la violación de las normas jurídico-morales, por el contrario, supone el imperio de la verdad, que rectifica y ordena los intereses según el principio del buen obrar.

X. La prudencia como fundamento del arte de la política

Al entender de Legón, la política es más que un arte, es asunto de prudencia. Esto es reconocer que la acción política, cuando es genuina, debe estar sometida a la prudencia. La cuestión de la virtud cardinal de la prudencia es un tópico grave entre aquellos que adhieren al pensamiento escolástico cuando tratan de explicar y dar a comprender las materias propias de la política, pues reconocen a tal virtud como imprescindible para la acción de gobierno buena y recta. Legón recuerda que la prudencia “tiene por objeto lo que se va a decidir. Le incumbe aplicar a los casos, las reglas de la ciencia moral y de la razón” (Legón, 1959, I: 66).

Esta virtud se encuentra en el “grado supremo de la práctica” (Legón, 1959, I: 66), y da las luces necesarias para actuar de la mejor manera en los “negocios de la vida”.

Legón destaca en la virtud de la prudencia al objeto de la misma: “lo que se va a decidir” (Legón, 1959, I: 46); y le reconoce su campo y ámbito de incumbencia en la aplicación de las reglas de la ciencia moral y de la razón a los casos concretos; además, para dar fundamento al uso de la prudencia en la decisión política, recurre a la parte ‘cuasi integral’ de dicha virtud, la ‘solercia’, entendiéndolo por tal “cierta agudeza y prontitud que acompaña hábilmente las decisiones urgentes con orientadora sagacidad” (Legón 1959, I: 69).

De esta manera, el arte de la política queda determinado como un arte prudencial y moral.

XI. El Estado: su origen y definición

XI.1. Origen

Después de pasar revista a diversas doctrinas del origen del Estado, Legón sintetiza las tres soluciones posibles que surgen de ellas:

1. Producto de la libre voluntad.
2. Obra de un poder superior al hombre (espíritu o materia) que se impone de manera necesaria y fatal.

3. Resultado de un poder superior que destina al hombre a la sociedad, pero sin excluir la cooperación de la voluntad humana.

Reconoce en esta última la solución correcta (Arlotti, 2015).

XI.2. Definición

En las primeras páginas de su Tratado, deja definido al Estado como: “la sociedad perfecta en el sentido de que posee la plenitud de la autoridad para mantener el orden, la paz y la justicia” (Legón 1959, I).

En el pensamiento que inspira a Legón, se entiende por ‘orden’ a la conveniente relación o disposición recíproca de lo múltiple según un principio de ordenación; en lo político-social tal ordenación se realiza en función del fin que procura la sociedad política: el bien común.

En esa misma postura, la paz es, según la célebre definición de San Agustín que retoma Santo Tomás: “*tranquilidad del orden*” (S.T., IIa, IIae, Q. 29, a. 2-4) una tranquilidad sólo puede surgir si el orden no menoscaba la actividad privada del hombre y respeta su fin personal. De ello se infiere que el Estado no debe ni hacerlo todo (estatismo), ni dejar hacer todo (individualismo), sino ayudar a hacer.

Legón tampoco se aleja de la doctrina escolástica en lo que refiere a la justicia en el Estado. Distingue tres especies de justicia:

1. La justicia *general* o *legal*, que dispone al individuo, en cuanto es miembro de una sociedad, a dar a esta todo lo que debe para promover de su parte el bien común. Debe encontrarse principalmente en la autoridad civil, cuya misión es ordenar hacia ese fin, mediante leyes, la actividad de cada uno. Este modo de obrar no es la justicia propiamente dicha, puesto que comprende la práctica de todas las virtudes; es lo que hoy en día llamamos deberes de solidaridad.
2. La justicia *particular*, que manda a dar a cada uno lo que es debido, según cierta igualdad, justicia que puede ser:

2.1. *Conmutativa*, que preside las permutas entre individuos y consiste en dar a los demás lo que de ellos se ha recibido, conforme a una *igualdad aritmética* de cosas, a una equivalencia de cargas, por ejemplo, entre una mercancía y su precio justo, sin considerar los méritos, cualidades o condición de la persona. Obliga a la restitución si ha sido violada, porque su razón de ser, consistente en impedir que el prójimo sea privado de su bien legítimo, subsiste hasta tanto que tal desorden no haya sido reparado.

2.2. *Distributiva*, concierne a la sociedad con respecto a sus miembros y consiste en dar a cada uno de ellos —proporcionalmente a su importancia social y sin acepción de personas— la parte de bienes o cargas que le corresponden. En esta especie no se trata de una igualdad aritmética, sino de una *igualdad geométrica* de dos proporciones. Esto es tratar a cada cual proporcionalmente a sus méritos o a sus necesidades, tratar igualmente las cosas iguales y desigualmente las desiguales, esto es justicia distributiva (Tomás de Aquino, 1946).

XII. El método para explicar el Derecho Político

Legón entiende que el método que debe seguirse en la enseñanza del objeto del Derecho Político tiene que basarse en generalidades y en la unidad que nace como consecuencia de interpretar esas generalidades.

En cuanto a la generalidad, reconoce que la enseñanza y aprendizaje del Derecho Político “exige abstraer los asuntos (casi plantearlos subspecie *aeternitatis*), y no incurrir frecuentemente en alusiones particulares, así se trate de lo vernáculo y nacional” (Legón, 1959, I: XI).

Tomando en cuenta tal afirmación es posible reconocer que el método es aquel que procura reducir lo complejo a lo simple, lo particular a lo general, extrayendo de los casos concretos tipos universales; de hechos singulares, por diferente que sea su aspecto, leyes generales.

Por vía de ese método llega al doble objetivo que persigue el conocimiento del Derecho Político: el especulativo y el práctico.

XIII. A modo de conclusión

Más allá de las particularidades doctrinarias con las que Legón fundamenta sus enseñanzas en la Universidad Nacional de la Plata, de las que hemos dado cuenta en las páginas previas, la primera comunidad epistémica del Derecho Político en Argentina, cuyos centros son la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de la Plata, desde donde se va a irradiar a otras casas de altos estudios como Córdoba y del Litoral, ve al Derecho Político, como un Derecho que busca superar el positivismo imperante en el estudio de tal disciplina.

Por otra parte, la lectura de la obra de ambos profesores deja ver que el Derecho Político tiene valor instrumental para que el Estado no se salga de sus cauces, para crear una verdadera ‘razón de Estado’ en la que se opere un equilibrio entre el Estado, el individuo en cuanto persona humana y el respeto que se le debe que tal condición, y la sociedad.

En particular, en lo que refiere a las posturas de Legón, es posible agregar que el Derecho Político es un saber complejo, en el cual es necesario: a) Instrumentalizar la concepción positivista formalista del Derecho. b) Incorporar casos en sus estudios con el objeto de dar un enfoque global a los estudios jurídicos. c) Unificar el fenómeno jurídico al contexto sociocultural.

XIV. Obras de Faustino J. Legón

1920. *Doctrina y Ejercicio del Patronato Nacional*. Buenos Aires: Lajouane.

1927. *Comentarios a la nueva Constitución de San Juan*. Buenos Aires: Ciencia de las Leyes.

1930. *Afirmaciones de Ortodoxia y Política*. Buenos Aires: Valerio Abeledo.

1935. *Reformas Democráticas y Auténtica Supremacía Constitucional*. Buenos Aires: Cervantes.

1935. *Reorganización del Sistema Constitucional de Brasil*. Buenos Aires: Cervantes.

1936. *La Ejemplaridad de Alberdi*. Buenos Aires: Compañía Impresora Argentina.

1936. *La Política del Espíritu*. Buenos Aires: Amorrortu.

1937. *Sentido Político y Alcances Jurídicos de la Estructuración Supraestatal*. La Plata.

1938. *Carácter y Contenido de la Constitución Brasileña de 1937*. Buenos Aires: Tall. Gráf. Porter.

1938. *Diagrama Doctrinal de la Política de López*. Buenos Aires: Valerio Abeledo.

1938. *Discurso Inaugural del Instituto de Ciencias Políticas* - "Anexo a las facultades de Filosofía y Teología de San Miguel" en: Publicaciones del Instituto, Serie I, no 2. Buenos Aires.

1938. *La Soberanía: Conceptos, Formación Histórica, Doctrinas Críticas, Sentido Ético*. Buenos Aires: Librería Jurídica V. Abeledo.

1939. "Introducción al Estudio de la Doctrina Política de la Asociación de Mayo", en: *Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional*, diciembre.

1940. "Gloria y Miseria de la Escritura", en: *Revista del Notariado*, agosto.

1942-1949. *Prólogo a la obra Leyes Nacionales del Trabajo De la República Argentina y sus Reglamentaciones: Actualizadas, Anotadas y Comentadas y Leyes fundamentales de la Provincia de Buenos Aires de J. D. RAMÍREZ GONDRA*, 2 vol. Buenos Aires: Ideas.

1942. *Homenaje a Estrada*. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad.

1942. *Recopilación y Advertencias de Fragmentos de José Manuel Estrada*. La Plata: Universidad Nacional de la Plata.

1942. *Tras el Rastro de Estrada*. Buenos Aires: Espasa Calpe Argentina.

1943. *Derecho Público Provincial*. Buenos Aires: Valerio Abeledo.

1943. *Anteproyecto de Constitución para la Provincia preparado por el P.E. Ley no. 1486 - Artículos 6. y 7*. Mendoza: Imprenta Oficial.

1945. "La Acción Social del Estado", en: *Tercera Semana Nacional de Estudios Sociales. El Nuevo Orden Social Cristiano*. Buenos Aires.

1948. "Educación y Personalidad", en: *Segundo Congreso Interamericano de Educación Católica*, t. I. Buenos Aires.

1948. Análisis prologal a "Condición del extranjero en América de SARMIENTO". Buenos Aires.

1948. *Reforma de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Acción Social.

1949. *Iglesia y Estado*. Buenos Aires.

1951. *Cuestiones de Política y Derecho*. Buenos Aires: Depalma.

1953. En coautoría con Samuel W. MEDRANO, *Las Constituciones de la República Argentina*. Madrid: Cultura Hispana.

1953. "Política y Planismo", en: *Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, julio-agosto.

1954. "John Stuart Mill y la Libertad", en: *Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, septiembre-octubre.

1959-1961. *Tratado de Derecho Político general*, 2 vol. Buenos Aires: Ediar.

1960. "El Deán Funes en Córdoba", en: *Estudios*, N° 513. pp. 229-239.

XV. Bibliografía

ARLOTTI, Raúl (2015). "Las Primeras Lecciones de Derecho Político del Profesor Faustino J. Legón en la FDyCS de la UBA" en: Tulio Ortiz, *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Enseñanzas de su Historia*, pp. 125-149.

BIANCHI, Susana (2002). "La Conformación de la Iglesia Católica como Actor Político Social. Los Laicos en la Institución Eclesiástica: La Organización de la Élite (1930-1950)", en: *Anuario IEHS*, N° 17, pp. 143-161.

CASTILLO, José O. (1960). "Sociedad y Nación en Adolfo Posada", en: *Revista de Estudios Políticos*, N° 113-114, pp. 159-173.

DE VEDIA Y MITRE, Mariano (1926). *Curso de Derecho Político*. Buenos Aires: s/e.

LEIVA, Alberto D. (2014). "La Literatura Jurídica Católica en la Argentina al Promediar el Siglo XX", en: *Revista Cruz del Sur*, año IV, N° 6, pp. 87-141.

POSADA, Adolfo (1884). *Principios de Derecho Político: Introducción*. Madrid: Impr. de la Revista de Legislación.

POSADA, Adolfo (1981). *Breve Historia del Krausismo Español*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

SEGOVIA, Juan Fernando (2012). "Faustino J. Legón: Del Derecho Natural al Derecho Constitucional", en: *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*. Madrid, vol. XVII, pp. 83-136.

STONE, Diane (1996). *Capturing the Political Imagination: Think Tanks and the Policy Process*. London: Portland, Frank Cass.

TOMÁS de AQUINO, Sto. (1946). *La Justicia: Comentarios al Libro Quinto de la Ética a Nicómaco*. Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica.

Fecha de recepción: 01-05-2017 Fecha de aceptación: 04-06-2017

¿Qué es la Democracia? Diferentes aproximaciones al concepto. La Democracia como Régimen Político

POR FEDERICO SAGGESE (*)

Sumario: I. Introducción.— II. ¿La democracia es lo que creemos que es? ¿Y qué creemos que es?— III. Problemas de la Democracia.— IV. Democracia y “Populismo”.— V. Democracia, Deliberación y Gobierno.— VI. Democracia y Propiedad Privada: la influencia política de la desigualdad económica.— VII. Conclusiones provisionarias.— VIII. Bibliografía.

La democracia debe ser entendida como un ámbito destinado primordialmente a facilitar la reflexión crítica. El statu quo no merece un trato deferencial, por el hecho de serlo, particularmente cuando —como sucede en la mayoría de las sociedades modernas— las condiciones iniciales en las que se desarrolla la política no parecen esencialmente justificadas.

Gargarella (2009: 37).

Resumen: el presente trabajo constituye la primera entrega de uno mayor centrado en efectuar un análisis crítico del concepto de Democracia en su uso en las ciencias jurídicas y sociales. Partiendo de la base de que los contenidos políticos, legales y filosóficos que se desarrollan en muchos estudios doctrinarios —y asimismo en prácticas políticas concretas— dan por sentado un entendimiento común acerca de los alcances del término, el artículo se propone decodificar y desagregar el axioma ideológico subyacente en el mismo, haciendo notar la influencia que una caracterización más profunda y compleja puede tener sobre nuestras nociones de régimen político, teoría de la representación, república, sistemas electorales, toma de decisiones colectivas, igualdad material, libertad política, división de poderes y sistema de frenos y contrapesos.

Palabras claves: democracia - régimen político - Derecho Constitucional

What is Democracy? Different approaches to the concept. Democracy as a Political Regime

(*) Prof. Adjunto Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

Abstract: *this paper is the first result of a more extensive work intended to perform a critical analysis of the concept of Democracy as it is applied in legal and social sciences. As political, legal and philosophical contents developed in many doctrinal studies —and also in concrete political practices— assume a common understanding of the scope of the term, this paper attempts to decode and separate the ideological axiom underlying this concept. It also shows the influence that a deeper and more complex characterisation may have on our idea of political regime, theory of representation, republic, electoral systems, collective decision-making, material equality, political freedom, division of powers, and system of checks and balances.*

Keywords: *democracy - political regime - Constitutional Law*

I. Introducción

La Democracia es un concepto político, jurídico, social y filosófico. Como tal, es parte de un discurso público, y constituye en sí mismo un *relato* —polémico—, que como tal debe ser puesto en clave interpretativa, análisis, crítica y toma de posición. A menudo efectuamos construcciones teóricas o conceptuales, o bien desarrollos argumentativos que parten —inocentemente— de bases pretendidamente indiscutidas acerca de un entendimiento común del concepto de Democracia. Sin embargo, como veremos, no existe tal cosa como un concepto unívoco, ni su delimitación resulta tan clara ni compartida. La forma en que entendamos la extensión, la naturaleza y la finalidad de este instituto, pues, determinará sin dudas una afectación indirecta de otros razonamientos que derivan, positiva o negativamente, de nuestra postura frente a ello.

Dada su trascendencia para el estudio de las materias jurídicas y sociales (y en particular del Derecho Constitucional) en el presente trabajo, se pretende plantear un abordaje crítico de los procesos de toma de decisión colectivos (públicos) en los Estados contemporáneos, particularmente en los pertenecientes al sistema constitucional proveniente de los modelos francés y norteamericano, que guiaron gran parte del devenir político de todo occidente desde el siglo XVIII. Para ello, se analizarán y cuestionarán desde la óptica del pensamiento crítico, conceptos tan utilizados a menudo de manera casi automática e irreflexiva por muchos agentes discursivos como ser: democracia, régimen político, igualdad material, libertad política, forma de gobierno, república, división de poderes, sistema de frenos y contrapesos.

En virtud de la densidad teórico-conceptual del tema en desarrollo, el presente artículo debió ser forzosamente dividido para su publicación en dos partes, siendo el presente la primera parte de un trabajo más amplio. El mismo incluirá, en una segunda entrega, un complemento de lo aquí expresado donde se desarrollarán

—comparativamente— seis modelos teóricos concretos de Democracia, los cuales serán abordados desde su faz filosófica, política, práctica y crítica.

II. ¿La democracia es lo que creemos que es? ¿Y qué creemos que es?

Según expresa la famosa frase de Jouvenel (1948: 338) “las discusiones sobre la *democracia* (...) carecen de valor intelectual, ya que no sabemos de lo que estamos hablando”. Por ello resulta prioritario, si no esclarecedor, detenernos previamente a todo debate, en aclarar algunos conceptos que —por manidos o reiterados— no dejan de ser confusos o ambivalentes. Ningún intercambio de razonamientos puede conducir a sitio alguno si no partimos de un uso convencional y estable de los términos y las definiciones a utilizar.

En tal sentido, diversos autores modernos —no nos ocuparemos, aquí, por cuestiones de espacio de los antiguos y originarios pensadores del tema planteado— proponen una aproximación al término desde categorías innegables tales como “principio de legitimidad”, es decir, el mínimo común denominador de toda doctrina “democrática”, reside en que el poder sólo es legítimo cuando procede de la autoridad del pueblo y está basado en su consentimiento (Sartori, 1974: 489) (1).

Esencialmente, la Democracia es una *forma de gobierno* (Gelli, 2009: 561). O bien, un “**régimen político**”, en el sentido de Ackerman y Garretón (PNUD, 2004: 93 y 225, respectivamente). En la misma obra, definen “régimen político” sobre tres ejes principales, como “una forma de organizar socialmente el poder político a partir de ciertos principios y mecanismos que regulan la relación entre Estado y Sociedad orientada a resolver institucionalmente cuestiones de gobierno, la vinculación de los individuos con el Estado y la resolución de los conflictos y las demandas sociales”. Los regímenes políticos se distinguen entre unos y otros por la forma en que se resuelven, doctrinaria y fácticamente, estos tres conflictos principales. Así, la “democracia” es un tipo de régimen político.

Más allá de ello, existen distintas teorizaciones acerca de lo que debe entenderse por “democracia” y “procesos democráticos”, según las concepciones iusfilosóficas y políticas que se asuman en la definición.

(1) En tal texto, el autor aborda el concepto desde distintas perspectivas a saber: *normativa* (tanto desde el enfoque polémico -lo que la democracia no es-; realista —lo que puede ser efectivamente en un Estado actual— y perfeccionista o ideal —perspectiva normativa utópica del deber ser—); *descriptiva* (carácter de verdaderas poliarquías y sistemas de partidos) y *tipológica* (en sentido amplio —no dictadura—; medio —existencia de “gobierno constitucional”—, o estricto —sumando patrones de democracia económica y democracia social—).

Desde una visión tradicional y simplista, se entiende a la Democracia como “el simple gobierno de la mayoría con base en el principio de una persona un voto”. Se incluye aquí a la democracia “representativa” e incluso a la “directa”. También en este caso la democracia es propuesta como una **forma de gobierno**. En tal sentido, la *Enciclopedia Británica*, define el término como “una forma de gobierno basada en el autogobierno del pueblo y, en la época moderna, en instituciones representativas libremente elegidas, un poder ejecutivo responsable ante el pueblo, y una forma de vida basada en el supuesto fundamental de la igualdad entre los individuos y su igual derecho a la vida, la libertad (incluyendo la libertad de pensamiento y expresión) y la búsqueda de la felicidad” (2).

Estos recortes de la realidad, al proceder a teorizar o conceptualizar un término tan importante para nuestra vida política y jurídica, no han sido ajenos tampoco a los doctrinarios del Derecho Constitucional, en general, demasiado displicentes y leves en el tratamiento de la cuestión. Así, según Bidart Campos (2005: 431), la Democracia sería una *forma de Estado*, en la que se respeta la dignidad de la persona humana y de las instituciones, reconociendo sus derechos y libertades (3). Otro constitucionalista tradicional argentino, Miguel E. Ekmekdjian también se ha esmerado en presentar una definición estrechísima del término, completamente afín con el pensamiento político más conservador del que se tenga noticia en esta rama de la ciencia jurídica:

“Lo que afirma el artículo 22 de la CN es que la única forma legítima y verificable de la expresión soberanía el pueblo es el sufragio. Por medio de éste, el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Este artículo rechaza la anarquía del populismo y el autoritarismo de derecha e izquierda, así como cualquier intento de quebrantamiento del sistema constitucional y de las instituciones políticas. Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio (tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, *locksouts* u otros medios de acción directa, vayan o no acompañadas por las armas, etc.) no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo, sino a lo sumo de un grupo sedicioso” (Ekmekdjian, 1994: 599) (4). Notable.

(2) Resulta notable destacar como, en la *Enciclopedia Francesa* de Diderot, la democracia se asocia a la idea de igualdad y ya no a la de “libertad”.

(3) Con todo el respeto que nos ha merecido el autor, resulta evidente que una definición de este tipo, no puede siquiera considerarse válida en términos de expresión doctrinaria.

(4) Resulta muy útil y gráfica esta cita en particular, por dos razones: primero porque ilustra de manera muy concreta cuál es la opinión mayoritaria dentro de los Profesores de Derecho Constitucional en nuestro país; y nos pone en alerta sobre ello y sus intencionalidades políticas; y luego, por cuanto esta opinión en particular ha servido a nuestros jueces como argumento de autoridad

Otros autores, más próximos a la *realpolitik*, se han apresurado a presentar a la Democracia como un conjunto de reglas para solucionar conflictos políticos y sociales sin derramamiento de sangre (5). Desde tal perspectiva, *la alternancia en el poder* —apoteagma a menudo repetido en diversos ámbitos ideológicos sin sustento teleológico o deóntico, al hablar de democracia— se presenta como una mera posibilidad, no como una necesidad, ni mucho menos un objetivo a obtenerse. Así, tras observar el resultado de una elección, los perdedores deciden —históricamente— si respetar su resultado o recurrir a un choque de fuerzas físicas —ejércitos, milicias, o poder popular civil insurreccional—, todo en base a la evaluación de tales fuerzas como posibilidad real de arribar al poder (6).

Pero sucede que la Democracia, al ser analizada un tanto más profundamente, comienza a plantear ciertos conflictos con la forma de organización del gobierno y el Estado. Así, es ya reconocida la *relación de tensión* que existe entre Constitución y Democracia: las constituciones actúan como límites a la capacidad de gobernar de las mayorías (puntualmente a través de las Declaraciones de Derechos y de su estructura rígida) (7).

Así, no resulta tan fácil sostener, simplemente, que la Constitución “está por encima de todo”, como lo hacen muchos autores, puesto que tal premisa choca incontestablemente con argumentos muy sólidos como los derivados del valor:

para aplicar razonamientos circulares y viciados en temáticas tan importantes como la protesta social, particularmente, en el *caso “Schifrin”*, sentencia del 23/04/2004, de la Cámara Nacional de Casación Penal, caso paradigmático sobre la criminalización de la protesta social, donde los jueces basaron su argumento central sobre la democracia en éste mismo párrafo.

(5) Aquí tenemos autores como Bobbio, Simmel y Fearon. Przeworski (2010): nos invita, por su parte, a pensar a las elecciones “democráticas” asimismo.

(6) Desde el siglo XX, con la institucionalización moderna de las fuerzas armadas y la policía como entes organizados y monopólicos de la fuerza física y militar, las minorías perdedoras de una eventual elección se convencen fácilmente de que su resistencia es inútil en términos de lucha política armada. Esta forma de pensar la democracia, parte de la perspectiva de considerar, en ciertos casos, a los partidos como ejércitos (Przeworski, 2010).

(7) Por ello, pensadores como Paine y Jefferson proclamaban el “derecho de los que están vivos” por sobre “el derecho de los muertos”, en su idea de que “cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que la precedieron”. En tal valorización del autogobierno, proponían, la reforma periódica de la Constitución, al menos cada 19 años (Gargarella, 2009). Este debate posee una inexorable importancia en la actualidad, atento a la constitucionalización de los DD.HH. en varios países de la región; con ello, y concretamente a partir de intervenciones concretas de la Corte IDH como *v.gr.*: en el *caso “Gelman vs. Uruguay”* (2011), donde se debatía la validez de una ley de amnistía que había sido aprobada por dos plebiscitos populares y que, sin embargo la Corte IDH declaró nula, donde se sostuvo que “la protección de los derechos humanos” constituía “un límite infranqueable a la regla de las mayorías” y que los plebiscitos uruguayos no dotaban a la norma objetada de “legitimidad ante el Derecho Internacional”.

autogobierno (8). Más allá de ello, Gargarella (2009) apunta al ideal de la igualdad como valor superador (o en camino de superar) la dicotomía entre Constitucionalismo y Democracia (en tanto componente de los dos conceptos).

Aquí resulta útil, entonces, recordar el pensamiento de Carl Schmitt, para quien la democracia consiste fundamental y básicamente en la identidad entre gobernantes y gobernados. Esta calidad de “representación” es una característica clave en el sentido de “responsividad” (9), “transparencia” o “*accountability*” (literalmente, “obligación de rendir cuentas”) en cuanto a una forma de gobierno que debiera implicar una total responsabilidad ante los gobernados (Przeworski, 2010: 227). Este pensamiento, dará luego, paso a la argumentación política respecto de la conveniencia de conferir extensos poderes a los nuevos Departamentos Ejecutivos estadales, como forma de volverlos más “eficientes y pro-activos”, en contra del —para nosotros ya perimido— sistema de división de poderes propio del régimen madisoniano.

También resulta interesante traer a esta presentación del tema, el planteo desarrollado por Mouffe (2012: 36), quien afirma que la Democracia Liberal, en sus diversas denominaciones —democracia constitucional; democracia representativa; democracia parlamentaria; democracia moderna— no es la aplicación del modelo democrático a un contexto más amplio, como lo entienden algunos; por el contrario, entendida como *régimen*, concierne al ordenamiento simbólico de las relaciones sociales y es mucho más que una mera “*forma de gobierno*”. Es una forma específica de organizar políticamente la coexistencia humana, lo que se produce como resultado de la articulación entre dos tradiciones diferentes: por un lado, el liberalismo político (imperio de la ley, separación de poderes y derechos individuales) y, por otro, la tradición democrática de la soberanía popular. Así, la diferencia entre la democracia antigua y la contemporánea no es una cuestión

(8) Como expresa Gargarella (2009) en la obra citada, los defensores de la primacía de la Constitución esbozan argumentos atendibles (tales como: el que nos dice que la comunidad debe sentirse sujeta a una Constitución porque ésta es derivación de un previo acuerdo democrático; la que expresa que existe un “consenso tácito” posterior en la aceptación indiscutida por la comunidad durante décadas —Locke—; la necesidad de general una calma social y estabilidad del régimen; y finalmente, la idea de *Ulises y las sirenas* —Elster—, según la cual la Constitución, lejos de limitar la democracia, la exacerba), los cuales, sin embargo encuentran siempre postulados contrarios que reducen su implicancia (a saber: el carácter elitista y discriminador general de aquellos acuerdos originarios —contra las mujeres, los pobres, los esclavos, los “incultos”, etc.—; no existe tal consenso tácito, sino resignación, acostumbramiento o dificultad práctica de reforma; el estallido de determinados conflictos podría ser beneficioso en términos sociales por sobre una “tensa calma”; y por último, el mito de *Ulises* no explica por qué las generaciones futuras no podrían cambiar de posición. Este debate se ha dado particularmente en la controversia entre Jefferson (“Notas para el Estado de Virginia”) y Madison (*El Federalista* N° 49).

(9) Tomado literalmente de su escritura original.

de *tamaño* (cantidad de circunscripciones, formas complejas de distribución de competencias, elecciones públicas, modelos de representación, etc.), sino de *naturaleza*. En este esquema, la política liberal democrática consiste, de hecho, en el constante proceso de negociación y renegociación —a través de distintas articulaciones hegemónicas— de su inherente paradoja.

Desde aquí, comenzamos a transitar un sendero complejo y polémico respecto de la profundidad del concepto, que se transforma en territorio de disputa según cuál sea la particular visión del mundo y su dinámica. En particular, sea cual sea ésta, creemos que en la actualidad, para juzgar el desarrollo de la democracia en un país determinado, ya no basta con preguntarse ¿quién vota?, sino más bien la pregunta que hay que hacer es ¿sobre qué asuntos puede votarse? (10).

III. Problemas de la Democracia

De otro lado, desde sus orígenes conceptuales, *la Democracia* ha sido caracterizada clásicamente por Aristóteles como una constitución en la que los nacidos libres y los pobres controlan el gobierno —quienes al mismo tiempo son mayoría—, a diferencia de *la oligarquía* en la que los ricos y los mejor nacidos controlan el gobierno —quienes al mismo tiempo son una minoría—. Los criterios sociales —pobreza en un caso, riqueza y alta tasa de nacimientos en el otro— representan un papel importante en estas definiciones, que sobrepasan el criterio numérico. Así, el filósofo griego hace énfasis en el hecho de que la verdadera diferencia entre la democracia y la oligarquía es la diferencia entre la pobreza y la riqueza, de modo que una *polis* sería democrática aún en el improbable supuesto de que los pobres en el gobierno fueran al mismo tiempo una minoría (Meiksins Wood, 2000) (11).

En un sentido similar, Sócrates se plantaba críticamente frente al instituto de la Democracia: en efecto, fiel a postura de que debía estimularse el *pensamiento analítico* en los ciudadanos, práctica que por lo común no era considerada necesaria ni abundante en la vida cotidiana de la antigua Grecia, el filósofo objetaba las bases mismas del sistema democrático. Si, como era comprobable, la mayoría de las personas no razonaban durante la mayor parte del tiempo, y aún lo hacían de manera incorrecta o llegando a conclusiones equivocadas en su vida privada, ello era muy posible que se trasladase a la vida pública comunitaria. Siendo así, la democracia no aseguraba en modo alguno que las decisiones colectivas fueran racionales, por lo que la sociedad entera podría verse involucrada en una serie de

(10) Cfr. Bobbio (1989).

(11) Con cita de Aristóteles, *La Política*, p. 256. En el mismo sentido, Pericles, un demócrata moderado, si bien no definió a la democracia desde “el gobierno de los pobres” si acuñó originalmente la connotación de “gobierno de las mayorías,” en la cual debía incluirse *necesariamente* a los pobres.

medidas de política pública por completo irracionales y movidas por pensamientos absurdos que, como única condición de validez, hubieran logrado una mayoría de opiniones coincidentes.

Otros estudios, además, y pese a reconocer que la Antigua Atenas no poseía una verdadera Constitución política en los términos en que hoy la entendemos —siglos V y IV a.C.— dan cuenta de la existencia de mecanismos “metaconstitucionales” que impedían virtualmente que la Asamblea cambiara las reglas a mitad del juego. Allí, pues, por primera vez se vería el temor político a las “pasiones populares” —que luego sería estandarte enaltecido del sistema político diseñado por Madison— que se expresaran como movimientos mayoritarios. Para contrarrestar este tipo de arranques de las emociones masivas, según resume Elster (2002), los atenienses contaban con cuatro tipos de mecanismos: la *anapsephisis*, la separación de poderes, los procedimientos de dos etapas y los complejos mecanismos por los que se pedían cuentas a aquellos que encendieran las emociones de la gente (12).

Ya modernamente, y pese a que los constituyentes de EUA claramente no tuvieron por norte a la Antigua Atenas sino al Imperio Romano, el concepto de Democracia plantea algunas problemáticas que afectan, quizás, a todos los regímenes o sistemas políticos que pudieran querer implementarla. En tal sentido, Przeworski (2010: 48) nos advierte acerca de la impronta de equilibrio inestable que supone el *ideal del autogobierno* (13): *las personas son libres porque cuando el pueblo gobierna nadie obedece más que a sí mismo.*

Compartimos la idea clara de que este apotegma plantea indudables problemas lógicos, políticos y prácticos. En efecto, tal afirmación sólo sería coherente si todos estuviéramos de acuerdo sobre el orden legal en que nos gustaría vivir. De lo contrario, el principio de que “el pueblo” se gobierna a sí mismo, no se traduce en un sistema institucional en el que las personas —en plural— se gobiernan a sí mismas. Parecería más bien que este ente abstracto “pueblo”, resulta constitutivamente ajeno a los individuos que lo componen (con valores, pasiones e intereses heterogéneos), y la estructura socio-económico-cultural que lo conforma termina por establecer moldes y parámetros simbólicos y efectivos que alteran notablemente la matriz de personas-votos-gobiernos.

En este contexto, parece claro que las instituciones representativas modernas, niegan *políticamente* las diferencias socioeconómicas de los habitantes

(12) La *anapsephisis* es la posibilidad de volver a reconsiderar una decisión anterior, pudiendo cambiar su sentido.

(13) Este ideal del autogobierno debe su fuente filosófica ingente a Rousseau, y no a Kant, como erróneamente se postula en muchas construcciones teóricas.

(diferencias sociales) y en su lugar afirman un concepto equívoco de “igualdad política”, de contenido eminentemente formal (no material). Y como sabemos, sin igualdad social o económica, no puede haber verdadera igualdad política, punto que es reconocido por los propios autores liberales más responsables (14). Esta contradicción no parece tener punto de superación axiológico o material dentro del discurso dominante.

Es de destacar, pues, en este aspecto, que desde la propia revolución francesa, autores como Montesquieu (1689-1748) partieron del principio de que *bajo la democracia toda desigualdad debía derivar de la naturaleza de la democracia y del principio de la misma democracia*. Para lo cual “el padre de la República” brindaba el aleccionador ejemplo de que las personas que tenían que trabajar para vivir no están preparadas para desempeñar un cargo público o tendrían que descuidar sus funciones, en esos casos —decía—, la igualdad de los ciudadanos “se puede suspender en una democracia por el bien de la democracia”. Algo similar, sucedía en América Latina con la influencia de Bolívar (dispuesto a instituir un Senado hereditario —y aristocrático— y su propia Presidencia hereditaria y vitalicia). Pero, en todos los casos, estas desigualdades electorales calificadas, eran por razones de fortuna o de clase social, con una clara tendencia aristocratizante (las exclusiones religiosas, raciales, educacionales y de género, en general, tenían que ver con la real imposibilidad de convertirse los electores en propietarios) (15).

De allí que tal como lo sostuvieran diversos pensadores (Bobbio, Kelsen, al igual que recientemente Mouffe) no exista la posibilidad práctica del verdadero “consenso” en el autogobierno, del mismo modo en que carece de realización material la entelequia del “bien común” o la “voluntad general”. En todo caso, afirman, se estaría creando un método (en el concepto clásico de democracia) para imponer la voluntad de “algunos” —que constituyen una mayoría relativa— por

(14) Ver al respecto, Dalh (2008: 76). Allí, el autor, desde una óptica netamente neoliberal expresa, con total desparpajo “dos consecuencias adversas” de la economía de mercado: ella “inevitablemente daña a algunas personas” con desempleo, empobrecimiento, incapacitación física y laborativa, alojamiento inadecuado, daños a la autoestima y la confianza e incluso la muerte; y, por otra parte, ella “inevitablemente” genera una gran desigualdad de recursos entre los ciudadanos, lo que lleva a una desigualdad política notable. Este ignominioso punto de vista, como se ve, resalta dogmáticamente claro, la inevitabilidad de adoptar el sistema de la economía de mercado, y en todo caso intentar matizar sus efectos negativos (en tanto ello no cause problemas al régimen capitalista) a través de una breve intervención del Estado. Es, por lo demás, el punto de vista mayoritario (con los matices del caso según la época y el partido político) entre los actores políticos de mayor incidencia por estas partes del mundo.

(15) Escribía Boissyd’ Anglès —autor del borrador de la Constitución Francesa de 1795— “Debemos ser gobernados por los mejores (...) un país gobernado por propietarios está dentro del orden social, el que está dominado por no propietarios está en estado de naturaleza”; citado por Prezeworski (2010: 138).

sobre “otros” —que constituyen una minoría, o eventualmente una mayoría numérica—. De tal modo, se sigue, lo que en rigor de verdad sucede en las prácticas políticas contemporáneas es que los dirigentes de fuerzas sociales (partidos, gremios, gobiernos, empresas) no buscan pues el citado bien común, sino verdaderas transacciones sobre intereses en conflicto, las cuales son validadas cada determinado tiempo por masas electorales en rondas de votos. ***La deliberación es sustituida por la negociación***, y en tal esquema “el pueblo” solo puede validar en forma general esas prácticas, o bien producir un estallido para desbancar globalmente una estructura antifuncional de acuerdos, *v.gr.*: caso argentino 2001 y la proclama “que se vayan todos” (Przeworski, 2010: 69).

Refiriéndose a este mismo tema, autores como Heller (1947), han planteado la necesidad de oponerse a Rousseau y al pensamiento político romántico, en cuanto la referencia a la “*volontè générale*” presenta un tinte puramente metafísico por cuanto implica una armonía política y un acuerdo de voluntades, anteriores al Estado, voluntad común que nunca se da en la realidad del pueblo, que es siempre de carácter antagónico.

Siempre figurará latente, por lo pronto, el inabarcable problema de “la voluntad de las mayorías”, sobre el cual, en definitiva —y según pensamos— gira gran parte de los problemas intelectual/inteligibles de la discusión sobre *la Democracia* (claro está, descartando aquella porción “indecible” de las ideologías elitistas y/o clasistas —cuando no racistas y excluyentes— que deliberadamente eluden la transparencia dialógica de sus verdaderos intereses teleológicos). En este punto, nos gustaría recordar la idea del radicalismo-populismo, planteada por Gargarella (2008) tomando para ello conceptos de H. Hart, respecto de la distinción entre el “aceptable principio de que el poder político se encuentra confiado del mejor modo cuando se delega en las mayorías” y aquél otro según el cual “lo que las mayorías hagan con ese poder se encuentra fuera de toda crítica y no debe ser nunca resistido” (16).

IV. Democracia y “Populismo”

Como breve apostilla en este punto, digamos que el concepto político-técnico de “**populismo**” resulta uno de los más polémicos y controversiales de nuestro tiempo. Así, algunos autores que aglutinaremos alrededor de los conceptos de

(16) Así, en la definición de H. Hart, el populismo es aquella visión según la cual la mayoría tiene el derecho moral de dictar los modos según los cuales deben vivir todos los demás, es decir, que las decisiones políticas correctas (o imparciales) se definen a partir de la posición de las mayorías. Existen, por oposición, posiciones radicales “no populistas”; *Cfr.* Gargarella (1996: 85). El concepto del populismo, pues, a tenor de estos contornos, problematiza en gran medida la idea de una Democracia de factura simple.

Laclau (1978), optan por orientar tal conceptualización en un sentido positivo (en términos de filosofía política), a saber: aquellos movimientos políticos que se relacionan con una forma específica de discursividad política, que en sus interpelaciones al pueblo antagonizan con la ideología dominante. Otros, como el aquí a menudo nombrado Gargarella (2014), utilizan una definición basada en una suma de rasgos, muy propios de un momento histórico dado —principalmente en Latinoamérica con las experiencias Argentina y Brasileña de Perón y Getulio Vargas, respectivamente— y consistentes en: apuesta por un Estado regulador e industrialista, antiizquierdismo marcado, nacionalismo, búsqueda de apoyo en los trabajadores industriales, orientación personalista, negociación de intereses entre el empresariado y los trabajadores —bajo el amparo y protección del Estado—.

Retomando entonces, y en consonancia con estos pareceres —y las posiciones que históricamente han prevalecido al respecto—, la **República estadounidense** estableció firmemente una definición de “democracia” en la que la transferencia del poder a los “*representantes del poder*” constituía no sólo una concesión necesaria en cuanto al tamaño y la complejidad, sino más bien la esencia de la democracia misma. Por lo tanto, los estadounidenses, aunque no inventaron la representación, pueden recibir el reconocimiento de haber establecido una idea constitutiva esencial de la democracia moderna: su identificación con la enajenación del poder. Desde un punto de vista crítico, no se trata simplemente de cambiar la representación por una democracia directa (sin duda alguna la forma de gobierno más democrática) sino más bien en entender que los “*padres fundadores*” configuraron una representación como medio para distanciar al pueblo de la política, defendiéndola por la misma razón que los atenienses desconfiaban de la democracia (recordemos que en Atenas se elegían los cargos por “sorteo”): porque favorecían a la clase propietaria. **La “democracia representativa”, al igual que una de las mezclas de Aristóteles, es la democracia civilizada con un toque de oligarquía** (Meiksins Wood, 2000; Przeworski, 2010).

En palabras de uno de sus “padres fundadores”, se observa una distorsión en el abordaje de la cuestión conceptual de la democracia (*El Federalista XIV*, 2006), por cuanto utiliza, antojadiza aunque reveladoramente, tal categoría **como forma de gobierno opuesta a la República**. Así, expresa que: “(...) en una democracia el pueblo se reúne y ejerce la función gubernativa personalmente, en una república se reúne y administra por medio de sus agentes y representantes. Una democracia, por vía de consecuencia, estará confinada a un espacio pequeño. Una república puede extenderse a una amplia región”.

De allí se desprende, claramente, que para los constituyentes originarios de Norteamérica, el principio representativo tenía cabida únicamente en el modelo republicano por ellos propuesto, con lo cual, la “democracia” (entendida como

mera “democracia directa”)(17) no era posible como forma de gobierno en un territorio tan abarcativo como era el espacio ocupado por las trece colonias.

Para mayores datos, Alexis de Toqueville (2010), autor claramente conservador que pensaba que los pilares de la organización social eran la familia y la propiedad, en el mismo sentido —y retomando las ideas de la “democracia madisoniana”— expresaría que la palabra “demócrata” no puede ser más que un insulto, asimilable a “republicano radical” o, mejor aún, “socialista”. Ya que claramente, Democracia se oponía —en su lógica— a República representativa. En tal sentido, luego dirá este autor que no le molestaría la universalización del sufragio, porque incluso en tal contexto, confiaba plenamente en la capacidad de los sectores acomodados de la sociedad para hacer más “visibles” sus ideas, y de esta forma imponerlas más tarde o más temprano a las masas ignorantes. Este punto de vista, como lo ha demostrado la más encumbrada historiografía, constituía el entendimiento general de la época: la Democracia era el seguro y rápido prelude del “socialismo”. El miedo a la revolución social era *real* en el siglo XIX (18).

En el mismo tenor, entre nosotros, Alberdi (1853-1928: 103) directamente pregonó —como es sabido— la doctrina de la “pureza del voto”, es decir, la calificación como requisito para votar en elecciones políticas. En su libro “Elementos de Derecho Público Provincial para la República Argentina” dijo: “El sistema electoral es la llave del gobierno representativo. Elegir es discernir y deliberar. La ignorancia no discierne, busca un tribuno y toma un tirano. La miseria no delibera, se vende. Alejar el sufragio de manos de la ignorancia y la indigencia es asegurar la pureza y el acierto de su ejercicio” (19).

Quizás pueda argumentarse con razón, que el rigor técnico exigido actualmente desde el plano de la teoría política no pudiera ser aplicado con justicia a

(17) El contexto histórico en que se dio este debate en EUA y las posibles fuentes bibliográficas de las cuales se disponía en aquél momento, nos hacen pensar que esta forma de “democracia” interpretada por los *padres fundadores* tiene que ver con el primer modelo teórico (de un total de 5 ideas distintas de democracia) descrito por Aristóteles, en *La Política*, libro IV, cap. IV. Allí, el estagirita se refiere directamente a la cuestión de la igualdad entre “pobres y ricos”, esto es, a un sistema que permita que los pobres —que son mayoría— no puedan tener supremacía sobre los ricos —minoría—, que ninguna clase tenga la soberanía, sino que ambas estén en un mismo nivel.

(18) En dicho plano, Hobsbawm (2013) comenta luego, en consonancia con estas líneas, que una vez avanzado el siglo, los gobernantes de los estados avanzados de Europa comenzaron a comprender, con mayor o menor desgano, no sólo que la “democracia” (entendida ahora como una Constitución parlamentaria con un amplio derecho al sufragio) era inevitable, sino también que, a pesar de ser una probable molestia, era políticamente inofensiva.

(19) Dichos criterios luego serían plasmados en la Ley 140, de 1857 (voto calificado) donde el elector votaba una lista de candidatos y la que obtenía la simple mayoría se adjudicaba la totalidad de las representaciones (sistema de lista completa a simple pluralidad de votos).

elaboraciones teóricas sucedidas hace más de dos siglos, pero lo que si deviene como un despropósito analítico es no corregir tal desfasaje conceptual en los debates constitucionales contemporáneos, en donde resulta un punto por demás aceptado que la democracia (en casi cualquiera de sus concepciones) abarca un sinnúmero de posibles adaptaciones y, con ello, un régimen político perfectamente compatible con la forma de gobierno (o de Estado) republicano.

Avalando esta interpretación de los fenómenos representativos y electorales, podemos decir con Giovanni Sartori, que el impacto de la elección popular en la asignación de cargos públicos y el acceso al poder dependerá —en cierta medida— de diversas peripecias procedimentales (características propias de cada sistema electoral, del sistema de partidos, etc.), pero en última instancia, más allá de cualquier tipo específico de diagrama electoral, “el votante no se puede identificar con la imagen abstracta de un partido mientras esa imagen no le sea proporcionada, es decir, hasta que se le deje de confrontar con meros *partidos de notables*. Por lo mismo, y concurrentemente, el votante no puede considerar al partido como un ente abstracto a menos que tenga capacidad de abstracción y esto implica, a su vez, alfabetización” (Sartori, 2012: 52).

Por lo tanto, en situaciones de extrema marginación social como se ven lamentablemente en casi toda Latinoamérica (y gran parte del mundo), donde existen tasas estructurales de analfabetismo y —por ende— de carencia de condiciones para proporcionar las bases para efectuar un pensamiento político abstracto (ni hablemos todavía, de un pensamiento crítico), resulta impensable pergeñar con mínima sinceridad intelectual un sistema electoral que alcance algún grado de verdadera “representación” social, en los términos planteados idealmente por “los padres fundadores” de la cultura político-jurídica de Norteamérica.

Para finalizar, digamos que actualmente la doctrina tradicional mayoritaria suele entender a la República como una *forma de gobierno*, caracterizada por la elección popular de los gobernantes, la periodicidad de sus mandatos, la responsabilidad de los representantes y la publicidad de los actos de gobierno (20). El contrario de la república pues, ya no sería hoy la Monarquía (21) —como lo fue en sus orígenes históricos revolucionarios— sino aquellos regímenes políticos caracterizados por la concentración del poder, la perpetuidad de los gobernantes en sus cargos (por más que estos tengan el apoyo popular expresado en elecciones libres) y principalmente, con una fuerte intervención estatal en la economía. En tales

(20) Ver, entre muchos, Rosatti (2011: 186).

(21) Por lo demás, hoy las monarquías existentes son “parlamentarias”, por lo que presentan muchas —o todas— de las características comunes tradicional y generalmente asignadas a un gobierno republicano, excepto por la existencia de la Casa Real.

condiciones, pues, deberíamos aclarar que la vinculación de la República con la Democracia, a la luz de lo arriba expresado, dista mucho de ser evidente o aún, concluyente. La *República* pues, es una forma de organización del poder, con una fuerte carga histórica e ideológica, pero que, de consuno, no implica de por sí la existencia de una verdadera Democracia, entendida esta en su vertiente material.

V. Democracia, Deliberación y Gobierno

Como sabemos, la Constitución Argentina histórica (1853) fue el producto de la negociación política y de intereses de los dos sectores sociales dominantes en aquella época, luego de la batalla de Caseros, esto es: liberales y conservadores. Ambas tendencias, si bien antagónicas en punto a temas centrales como verbi-gracia el rol del Estado y su relación con la Iglesia y la doctrina católica, así como en el carácter, atribución y extensión de los derechos individuales tenían, por otra parte, un núcleo común de acuerdos, particularmente en lo que hacía al aseguramiento de determinadas condiciones que permitieran conseguir el “orden” y la “paz” tan cara a sus necesidades de poder y estructuración social diagramada. En particular, a sendos sectores les seducía la idea de un elitismo político que permitiera conservar el poder en las mismas manos, sin arriesgarse a la aventura de plantear un modelo democrático que pudiera desplazar a los sectores económicos dominantes y sus agentes políticos del mantenimiento de la propiedad privada en los términos obtenidos, y del ejercicio real del poder (Gargarella, 2011) (22).

En tal contexto, surgió el **artículo 22** CN, que resulta de particular importancia en el análisis de la cuestión vinculada con el modelo “democrático”. Tal como quedó redactada la norma (apartándose en este punto incluso del modelo de Alberdi, que sólo prohibía la “deliberación” de las fuerzas armadas), el sistema democrático adoptado es representativo aún cuando esta característica ha sido atemperada por la inclusión de formas semidirectas de democracia (artículos 39 y 40 CN). La prohibición de deliberar finalmente incorporada se refiere, pues, a la que es previa a la decisión gubernamental y no impide, en virtud de los **artículos 14 y 33** CN, la deliberación asociativa, comercial, religiosa, sindical o el derecho de reunión, reclamo y protesta (Gelli, 2009: 383).

Este artículo, sin embargo, niega abiertamente las tesis democráticas de Rousseau (1762) sobre la indelegabilidad de la soberanía del pueblo y ubica nuestro sistema político en la órbita de la enajenación del poder popular como un

(22) Destacando allí el autor el temor de tales sectores al resurgimiento de un movimiento federal-populista como fue en su momento el Rosismo en la Argentina, y como otros movimientos que principalmente desde el socialismo amenazaban el *statu quo* en los gobiernos latinoamericanos a mediados del siglo XIX.

régimen de poder en sí mismo considerado (23). Recordamos que este autor proponía la vigencia periódica de Asambleas ciudadanas, en las cuales, antes de cualquier cosa, las masas debían contestar obligatoria y expresamente a la pregunta de si deseaban continuar con la actual forma de gobierno, y si iban a dejar la actual administración en manos de los encargados presentes (“no existe ninguna ley fundamental que no pueda revocarse, incluso el mismo pacto social”). Tales asambleas se verificaron en variados tiempos históricos recientes (Revolución francesa; Revolución en EUA; la Comuna de París —1871—; los primeros “consejos populares” o Soviets de la URSS, y Asambleas populares en los recientes tiempos de los gobiernos populares en Latinoamérica —Argentina, Bolivia, Venezuela, Ecuador—).

Más allá de la dureza y elitismo político del texto constitucional argentino, y de su incompatibilidad filosófica y política con las posteriores reformas constitucionales (1949, 1957 y 1994), Gargarella (1996) nos recuerda que si bien la Constitución originaria se mostraba hostil a la participación política, las nuevas reformas fueron producto de una sociedad movilizada y ansiosa por protagonizar modificaciones políticas más igualitarias e inclusivas de sectores postergados (mujeres (24), trabajadores rurales, inmigrantes, pueblos originarios, etc.) también en términos constitucionales.

Dichas diferentes “capas constitucionales”, compuestas de diversos pensamientos y posturas político-filosóficas a lo largo de las décadas en nuestro país, lleva a que hoy en día exista un objetivo “hecho de contradicción” entre diversas normas constitucionales, que hace más difícil y compleja la tarea de interpretación, necesariamente dinámica. Tales postales de nuestra historia más reciente y no tanto, nos obligan, en función de una historia tan común como innegable, a adoptar formas de adecuación compatibles con la evolución del concepto de democracia en nuestra teoría y práctica constitucional.

(23) Expresaba al respecto el ginebrino: “La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable: consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo, pues, no son ni pueden ser sus representantes, son únicamente sus comisarios y no pueden resolver nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no ratifica es nula (...) tan pronto como el pueblo se da representantes, deja de ser libre y deja de ser pueblo” (1762, Libro. III, Cap. XV).

(24) Las mujeres en Argentina sólo comenzaron a votar a partir de 1947. El primer país en Latinoamérica que contó con el voto femenino fue Uruguay (1927) y luego Brasil (1932), Chile y Cuba (1934), en el plebiscito de Cerro Chato; y los primeros países en el mundo que contaron con esta extensión democrática fueron Australia (1902) y Tasmania (1903). El estado de Wyoming (1869) fue el primero dentro de EUA (aunque no permitía votar a las “personas” de color, para la totalidad del país en 1920). Rusia comunista lo incorporó en 1917 y Alemania lo incorporó en 1918. Con la Constitución de Weimar; España lo estructuró a partir de la Constitución Republicana de 1931. Ver al respecto, también, Dahl (2008: 31).

Este camino, claramente no está siendo recorrido de manera honesta por quienes en la actualidad proponen criminalizar la protesta social (entendida en el marco de la libertad de expresión), y aún llegan a proponer un concepto de democracia que considera como sedicioso todo aquél acto social que exceda al mero sufragio periódico.

A pesar de ello, algunos autores muy calificados hoy en día en nuestro país continúan considerando, como Gelli (2009), que los **cortes de ruta** encuadran en la prohibición constitucional, aun cuando las autoridades suelen ser complacientes con aquéllas, por motivos políticos o sociales y, en ocasiones, para evitar males mayores.

Como no podía ser de otra manera, desde los orígenes mismos del constitucionalismo moderno se ha discutido el ser y el deber ser de la composición del poder institucional, en un modelo republicano y democrático. El tema es largo y complejo, simplemente expresemos aquí que los que creen que la “fractura del poder” es valiosa *per se* (25), en tanto impediría la concentración del mismo en una o pocas manos, olvidan la diferencia que existe entre forma y sustancia. La misma que existe entre una democracia formal (en el sentido de meramente representativa), y otra, sustancial, con verdadera participación del pueblo en las decisiones de gobierno. La creación de distintas dependencias estatales u “organismos independientes de control”, en modo alguno implica la creación de distintos *centros de poder*. Puesto que —en definitiva— *el poder del Estado es sólo uno* y en tal caso, son todos los poderes institucionales en que el mismo divide su actuación material, quienes tienen la obligación de adoptar medidas de acción positiva (políticas públicas) más allá de las prioridades operativas que estipula el propio texto constitucional.

Pero aún hay más por comentar a este respecto.

Como se ha dicho, la lucha por la democracia tiene en nuestros territorios los condimentos históricos de la renuente aceptación de la apuesta inclusiva. A menudo los sectores privilegiados de la sociedad se han opuesto a la expansión de los derechos políticos a sectores de la población considerados como “no calificados” o “no merecedores” de la participación electiva en general, y de la consulta política, en particular.

Curiosamente, los argumentos utilizados para negar la inclusión de toda la población en la deliberación democrática eran “la falta de autonomía y de

(25) Esta es una opinión muy común en la doctrina constitucional y administrativa, ver así, entre muchos, Gordillo (2009) y Gargarella (1996), en contra. Sobre esta temática en general, puede verse, entre otros, *El Federalista* (2001), principalmente los cuadernos N° 10 y 78.

responsabilidad". Se daba por supuesto que sólo algunas personas (educados, propietarios, políticos, militares) poseían las capacidades morales y cognitivas necesarias para participar en la vida política. Con lo cual se consagró en la práctica —y en nuestro país esto fue claro— la existencia de verdaderas plutocracias o regímenes democráticos oligárquicos.

Pues bien, pese a que, como es sabido, en la actualidad el marco formal de la democracia —posibilidad de elegir y ser elegido para los cargos públicos— ha sido extendido a todos y todas, justamente los críticos conceptos de falta de autonomía y carencia de conciencia política de los propios intereses de gran parte de la población —ayer y hoy debidos a las mismas causas— hacen que la vigencia de una democracia sustantiva tenga sólo una existencia parcial. Lo que antes era "causa" de la exclusión (arbitraria y discriminatoria) del sistema político para grandes masas poblacionales, hoy es "consecuencia" de una inclusión que en estos casos es simplemente formal o estadística. La práctica política cotidiana y el sistema burocrático-institucional, excluyen —esta vez— a los grupos desaventajados de un pleno goce de su autonomía personal y de su derecho a un nivel de vida adecuado, por lo que la amplitud del régimen democrático resulta seriamente comprometida.

Ante este panorama, ¿podemos hablar de una democracia real? ¿Podemos creer que alguien en su sano juicio elija "democráticamente" vivir en un régimen que lo hace vivir en condiciones infrahumanas? Y más aún ¿podemos analizar conceptos como la dificultad contra mayoritaria del mismo modo en que se utilizan en el "primer mundo"?

VI. Democracia y Propiedad Privada: la influencia política de la desigualdad económica

Otro aspecto a ser considerado, radica en la cuestión de que la Democracia es un mecanismo que trata a todos los participantes por igual. Pero cuando los individuos desiguales son tratados en forma igualitaria, su influencia en las decisiones colectivas es desigual. A este respecto, tomaremos el ejemplo gráfico brindado por Przeworski (2010: 156), relativo a un partido de básquet. En él, hay dos equipos, que jugarán un partido con reglas perfectamente universalistas, y con un árbitro realmente imparcial. Pues bien, ¿qué sucedería si los jugadores de un equipo tuvieran en promedio 1,90 mts. de altura y, los del otro, digamos, 1,50 mts? El resultado del partido estaría determinado de antemano, aunque las reglas y el árbitro trataran a todos los jugadores por igual, el resultado depende de los recursos que cada uno lleve al a cancha.

El autor citado en este punto, plantea muy atinadamente pues, como a través de la concentración de la riqueza en pocas manos la desigualdad socioeconómica

se transforma en desigualdad política. *El dinero* influye ciertamente en los resultados políticos (eleccionarios y estructurales), ya sea que su provisión sea legal (*v.gr.*: en aquellos países que como la Argentina o EE. UU. permiten el financiamiento privado de los partidos políticos y sus campañas (26)) o ilegal (a través de “coimas” o sobornos, o en general, de “escándalos” mediáticos que dan cuenta de valijas llenas de dinero en despachos públicos, contratos de gobierno que ceden obras a empresas de las cuales los propios funcionarios son dueños directa o indirectamente; cuentas de los partidos políticos en suiza; etc.). Esta influencia (o corrupción) esquemáticamente podría pensarse desde: i) los pobres que tienen menos probabilidades de votar —o de que sus votos sean dirigidos legítimamente a sus verdaderos intereses—; ii) las contribuciones políticas afectan a las plataformas que proponen los partidos —ya sea imponiendo candidatos o bien dándole apoyo a través de *lobbys* y contribuyentes de campaña a quienes luego sostendrán sus intereses en el gobierno—; iii) los fondos de campaña afectan decisiones burocráticas y judiciales; iv) las contribuciones políticas afectan el proceso legislativo; v) en decisiones burocráticas o judiciales influye el soborno (Przeworski, 2010: 158).

Incluso en la misma redacción de *El Federalista* (2001: LXXIII y LXXIX), encontramos un pasaje reiterado que retrata arteramente esta situación de conexión determinante entre la capacidad económica y su relación con el ejercicio pleno de los derechos (o atribuciones políticas), bien que para argumentar en el plano de la necesidad de proveer a un sostenimiento económico independiente respecto del Presidente y los miembros del Poder Judicial: “ (...) un poder sobre la subsistencia de un hombre equivale a un poder sobre su voluntad”.

VII. Conclusiones provisorias

Atento a que, como se dijo, el presente trabajo constituye una primera entrega de un estudio que por razones de espacio no pudo ser incluido aquí de manera completa, quedan aún por expresar diversos abordajes de la temática tratada, en particular una comparación puntual entre diversos modelos o “paradigmas” de la Democracia como régimen político, tanto a nivel teórico como a nivel material-real, que permitirán clarificar cuáles son los puntos polémicos, discutibles

(26) En la Argentina rige la “Ley de financiamiento de Partidos Políticos” (2002) que en una regulación de 73 artículos otorga financiamiento público a los partidos en base a los resultados de las elecciones anteriores, y prevé un financiamiento privado —en teoría bastante restrictivo— con supervisión a cargo de la AGN. Ver al respecto, “La cuenta para la campaña”, *Buenos Aires Herald*, 21/03/2015, durante la campaña electoral presidencial del 2015, donde cada “silla” (una persona) cotizaba \$ 50.000, y hubo 280 mesas de 10 personas cada una, recaudándose —en un solo día— 120 millones de pesos. Cifra, que de más está decirlo, ningún otro partido pudo obtener de manera legal o, especulamos, ilegal.

pero no debidamente discutidos, y propios de una puja de intereses contradictorios y/o difusos que tienen una inocultable influencia —más o menos directa— en la distribución del poder institucional pero también fáctico dentro de las organizaciones estatales actuales —particularmente las occidentales—, sin por ello olvidar su impacto consecuente en la eficacia simbólica de un determinado orden social.

A este último respecto, recordemos pues que, como ha dicho Bourdieu, “el análisis de discurso que estudia el discurso (*sea éste político, jurídico, filosófico, etc.*) sin estudiar las condiciones sociales de producción del discurso no entiende nada” (27) (2014: 30). Así pues, detrás de toda fuerza social, de toda estructura de intercambio, existe una relación de fuerza económica y simbólica (en tanto “representada” es decir, cuando no es reconocida públicamente como tal). Y esto, estaremos pronto de acuerdo, se verifica también en el campo del Derecho en general, y del Derecho Constitucional en particular.

En ese orden de consideraciones, hemos intentado presentar al concepto de Democracia como una figura esencialmente polémica, que constituye una pauta ambivalente y dinámica, que precisa ser necesaria y constantemente discutida, por la mayor cantidad posible de sectores sociales, con la mayor de las libertades, pero también con un alto grado de compromiso y honestidad intelectual.

Dentro de tal cometido, hemos tratado de mostrar ciertas dificultades no muy frecuentemente explicitadas en la bibliografía corriente de la materia, que nos permitirán —más acabadamente hacia el final del trabajo— llegar a un adecuado tratamiento del concepto de referencia, con la profundidad y complejidad que el mismo posee por sus naturales implicancias expansivas.

VIII. Bibliografía

ACKERMAN, Bruce (2004). “Hacia una síntesis Latinoamericana”, en: *La democracia en América Latina. El debate conceptual sobre la democracia*. PNUD, ONU. Buenos Aires: Alfaguara, pp. 87/101.

ALBERDI, Juan Bautista (1853 —1928—). *Elementos del Derecho Público Provincial para la República Argentina*. Buenos Aires: Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso.

(27) Lo escrito en cursiva entre paréntesis es un agregado del autor de este artículo para una mejor comprensión del sentido de la frase en el contexto de lo escrito. En diferentes textos, Bourdieu analiza al Derecho como un discurso, esto es, una unidad de significación o práctica enunciativa en un contexto de producción (Bourdieu, 2001).

BIDART CAMPOS, Germán (2005). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar, t. I.

BOBBIO, Norberto (1989). *The future of democracy*. Minneapolis: University of Minnesota Press.

BOURDIEU, Pierre (2001). *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Bilbao: Palimpsesto-Desclée.

— (2014). *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989/1992)*. Barcelona: Anagrama.

DAHL, Robert (2008). *La Igualdad Política*. Buenos Aires: FDE, pp. 31 y ss.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (1994). *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, t. II.

ELSTER, Jon (2002). *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Barcelona: Gedisa.

GARGARELLA, Roberto (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.

— (2008). *Los Fundamentos Legales de la Desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Siglo XXI.

— (coord.) (2009). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. I.

— (2011). “Los fundamentos de una comunidad de iguales y el artículo 22” en: AA.VV. - Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 Propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 225-231.

— (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.

GARRETÓN, Manuel Antonio (2004). “Discusión de tres tesis para un marco teórico para el proyecto sobre el Desarrollo de la democracia en América Latina: estado, percepciones ciudadanas, indicadores y atentes”, en: *La democracia en América Latina. El debate conceptual sobre la democracia*. PNUD, ONU. Buenos Aires: Alfaguara, pp. 225-232.

GELLI, María Angélica (2009). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. 4ª ed. Buenos Aires: La Ley, T. I.

GORDILLO, Agustín (2009). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: FDA, t. I. pp. IV-12.

HAMILTON, MADISON, JAY (2006). *El Federalista*. México: FCE.

HELLER, Hermann (1947). *Teoría del Estado*. México: FCE.

HOBSBAWM, Eric (2013). *La era del capital 1848-1875 —Trilogía—*. Barcelona: Crítica.

JOUVENEL, Bertrand de (1948). *Power. The natural history of its growth*. London: Batchworth.

LACLAU, Ernesto (1978). “Hacia una teoría del populismo”, en: *Política e ideología en la teoría marxista*. Madrid: Siglo XXI.

LOCKE, John (1690). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Lo-sada, parágrafos 123, 172, 181 y 196.

MEIKSINS WOOD, Ellen (2000). *Democracia contra capitalismo*. México: Siglo XXI.

MONTESQUIEU (1995 —1748—). *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard.

MOUFFE, Chantal (2012). *La paradoja de la democracia, El peligro del consenso en la democracia contemporánea*. Buenos Aires: Gedisa.

PRZEWORSKI, Adam (2010). *Qué esperar de la democracia. Límite y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI.

ROSATTI, Horacio (2011). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, t. II, p. 186.

ROUSSEAU, Jean Jaques (1762). *Contrato Social*, libro III, cap. XV.

SARTORI, Giovanni (1974). *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Volumen 3. Madrid: Aguilar S. A.

— (2012). *Ingeniería Constitucional Comparada*. México: FDE.

TOQUEVILLE, Alexis de (2010 —1835 y 1840—). *La democracia en América*. Madrid: Trotta.

Fecha de recepción: 06-03-217 Fecha de aceptación: 23-06-2017

Constitucionalización del derecho privado y sus implicancias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en especial los derechos reales (*)

POR **DIEGO DE ROSA** (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Concepciones en torno a la propiedad.— III. Constitucionalización del derecho privado y su impacto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en especial los derechos reales.— IV. Consideraciones finales.— V. Bibliografía.

Resumen: la Constitución Nacional de 1994 incorporó de manera expresa materias que son abordadas y propias de los Derechos Reales, sin perjuicio de otras —también pertenecientes al Derecho Privado—, que ahora han descendido de la norma fundamental y se encuentran enunciadas y tratadas en el Nuevo Código Civil y Comercial. Ellas son: a) Propiedad indígena, b) Vivienda, c) Derechos de incidencia colectiva. Límites al ejercicio de los derechos en materia ambiental y d) Aplicación de la relación de consumo a la figura de los nuevos derechos reales del Tiempo compartido, Cementerio Privado y Conjuntos inmobiliarios. En este trabajo se esbozan esquemáticamente las directrices hacia donde se encuentra orientada la mira en materia referida a los Derechos Reales, previamente a realizar una breve reseña en torno a las concepciones en torno a la propiedad.

Palabras claves: Constitución - Código Civil y Comercial - Derechos reales

La constitutionnalisation du droit privé et son impact sur le nouveau code civil et commercial de la nation Argentine et en particulier les droits réels

Résumé: *la Constitution Nationale Argentine de 1994 a incorporée expressément de questions qui sont traitées en Droits Réels, sans préjudice des autres —appartenant également au Droit Privé—, qui sont maintenant descendus de la norme*

(*) El presente artículo contó con la colaboración de María Sol Jacobsen, ayudante con trámite de adscripción a la Cátedra II de Derecho Civil IV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

(**) Prof. Adjunto Ordinario de Derecho Civil IV (Derechos Reales), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Secretario de Presidencia de la Excma. Cámara de Apelación Civil y Comercial de Quilmes.

fondamentale et sont présentées et traitées dans le nouveau Code Civil et Commercial de la Nation. Ils sont : a) La propriété des peuples autochtones b) Protection du logement c) Des droits de propriété pour la défense collective. Limites à l'exercice des droits en matière d'environnement et d) application du ratio de la consommation à la figure de nouveaux droits réels de multipropriété en temps partagé, cimetière privé, des ensembles immobiliers. Ce travail présente schématiquement les lignes directrices à où vue orientée en matière de droits réels, auparavant faire une brève revue des concepts autour de la propriété.

Mots-clés: *Constitution - Code Civil et Commercial - Droits réels*

I. Introducción

A modo de introducción cabe decir que en el presente trabajo pretenden plasmarse esquemáticamente —a nuestro humilde entender— algunas directrices que consideramos de suma importancia en torno hacia donde novedosamente se encuentra orientada la mira en materia referida a los Derechos Reales, a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCiv. y Com.) a través de la ley 26.944 y su entrada en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 (ley 27.077 modificatoria de la antes citada).

Es de destacar que gran parte de las ideas aquí volcadas han sido producto del Proyecto de Investigación intitulado “Implicancias sobre cambios del Código Civil y Comercial de la Nación, Eje - Derechos Reales” codirigido por la Dra. Susana Tabieres y el Abogado Mauro Fernando Leturia, elaborado bajo el Programa Institucional: “Nuevo Código Civil y Comercial Argentino” desarrollado en el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata durante el año 2015.

De esta forma, en primer término, pretende realizarse una descripción de las concepciones en torno a la propiedad plasmadas tanto en el Código Velezano y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, para luego abordar —en lo que se considera una primera aproximación— a algunas claves para entender los grandes lineamientos que han atravesado los Derechos Reales.

II. Concepciones en torno a la propiedad

Sabido es que el concepto de propiedad proviene del vocablo latino *proprietatis*, el cual deriva a su vez del término *prorium*, cuya raíz es *propre*, que significa lo que pertenece a una persona o es propio de ella, la cual denota aquello que se encuentra cerca o sugiere cierta unidad o adherencia no física sino moral de las cosas de la persona.

Cabe recordar, sumado a ello, que nuestra Constitución Nacional en sus artículos 14 y 17 garantiza tal derecho al establecer como principios que “(...) la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley (...)” y queda asegurado a los ciudadanos, conforme las leyes que reglamenten el ejercicio, el derecho de “(...) usar y disponer de su propiedad (...)”.

Si bien en algún tiempo pudo dudarse acerca de si el término propiedad o dominio se trataban de términos similares o no, hoy día no existen dudas —ya que en forma casi unánime tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia así lo entienden—. El vocablo propiedad resulta ser un término más amplio que constituye un género que abarca ya no solo derechos materiales sino también inmateriales (CSJN Casos Horta, Traba, Bourdieu), pudiéndose hablar que ésta puede ejercerse sobre “(...) todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo fuera de su vida y de su libertad (...)”. En cambio dominio es entendido como una de sus tantas especies, el cual es utilizado para hablar específica y técnicamente del derecho real, al decir de Jorge H. Alterini, “madre” o “referenciante”, cuyas disposiciones hoy las encontramos dentro del Libro IV, título III, Capítulo I del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sentado ello consideramos realizar un somero repaso de la evolución histórica sobre las concepciones en torno a la propiedad, para, luego, atrevernos a dar una humilde apreciación en torno hacia dónde va direccionándose la misma a través de la letra del nuevo CCiv. y Com.

II.1. Roma

Comenzando por el **Derecho Romano** para el cual la propiedad fue entendida —en sus orígenes— como concepto de señorío en interés del grupo familiar, diferenciado, donde frente a ella se encontraba el *pater familias* al que estaban sujeto tanto personas como cosas. Pasando luego por la República, primeros tiempos de Roma y época intermedia, puede decirse que para esta concepción el concepto de dominio fue entendido como más amplio al de propiedad. Si bien los romanos no se encargaron de definirla, aunque sí los glosadores y comentaristas posteriores, ellos la describieron obteniendo sus elementos constitutivos los cuales pueden ser resumidos a través de los tres *ius*: 1) *utendi*, 2) *fruendi* y 3) *abutendi*, obviamente y como ocurre en nuestra realidad con sus diversas limitaciones.

II.2. Edad Media

Pasando a la **Edad Media**, se reconoció al Rey como señor y autoridad superior aunque con poderes limitados. Allí se consolidó la denominada propiedad feudal,

en donde con anhelo de seguridad, se sometía a personas a quienes se protegía. El Señor feudal protegía a sus Vasallos y el feudo era el lugar donde el Señor ejercía su poder: normalmente un lote de tierra dado en usufructo por el Rey (aunque también podía llegar a ser un castillo, una abadía o un cargo determinado en las cortes). La estructura estaba compuesta a la cabeza por el Señor feudal donde por lo general vivía en un castillo con su familia, criados y siervos, donde el mismo administraba las tierras (señoriales, censuales comunales). En esta etapa histórica puede decirse que la propiedad de dominio útil era propiedad usada por el Vasallo que estaba sujeta a cargos feudales(1). Dominio inminente o dominio directo correspondía al verdadero dueño de la cosa y era el que conservaba el Señor feudal sobre sus tierras.

II.3. Revolución Francesa

Para la **Revolución Francesa** esas cargas feudales fueron abolidas, dado los abusos cometidos, quedando el dominio directo o inminente sólo en el Rey, lo cual heredó el Estado Moderno. Así la reacción generada en la época feudal instaló el individualismo, poniendo el acento en los derechos de la persona como individuo, esto es, otorgando una enorme fuerza a la propiedad privada, en desmedro de los derechos colectivos; donde la máxima expresión de ello fue el Código Civil francés de 1804 o Código Napoleón. La Revolución al haber atacado el sistema feudal, confiscó bienes de la Iglesia y en general suprimió cargas generadas por la estructura feudal. Así se llegó a tener una definición de propiedad en la cual el artículo 544 del Código Civil Francés estableció que “La propiedad es un derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de él un uso prohibido por las leyes o los reglamentos”. Precepto del cual propiedad absoluta, debía entenderse —dado el contexto histórico— no como propiedad ilimitada, sino como opuesta a la de propiedad gravada con cargas feudales que eran vistas como injustas y propias de una etapa que debía ser superada. Lo que se rechazaba no eran las limitaciones al dominio sino los gravámenes feudales.

En este sentido Puig Brutau sostiene que los seres humanos han de contar con los medios necesarios para vivir con independencia de toda voluntad ajena y poder salvaguardar su personalidad. Si la libertad es el concepto más fundamental para la vida humana, el primer paso para darle contenido consiste en completarla con el derecho de Propiedad. Sin duda aquí radica la justificación Moral y Política del Derecho de Propiedad (Puig Brutau, 1994). Ese ámbito de libertad necesita el poder poseer cosas como propias, estables que constituyan un ámbito de reserva de la intromisión de otras personas y de los poderes públicos. Por ello, el papel

(1) Feudo es palabra que se utilizó para designar el precio que se pagaba por el beneficio que se recibía de bienes muebles o inmuebles, también llamado beneficio.

fundamental que en materia de propiedad juega el derecho real de dominio, primero y los restantes derechos reales luego, al engendrar un ámbito de reserva y de creatividad para el ser humano (Alterini, 2015: 4).

II. 4. Función social y socioambiental de la propiedad

La *teoría de la función social de la propiedad*, cuyo uno de sus máximos expositores fue León Duguit, entiende que la propiedad no es un derecho sino antes bien una función social, que el propietario debe cumplir. Sostenía este jurista francés que:

“(...) la propiedad no es ya en el Derecho Moderno el derecho intangible absoluto que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella (...). El poseedor de una riqueza por el hecho mismo de ello tiene que cumplir una función social, y mientras cumpla tal función su propiedad se verá protegida. Y si no la cumple o la cumple mal (*v.gr.* no cultiva su tierra, o deja arruinar su casa) la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme su destino. El propietario tiene el deber-poder de emplear los bienes que posee para la satisfacción de las necesidades individuales y especialmente las suyas propias. Tiene el deber también de emplear tales bienes en la satisfacción de necesidades comunes (...)” (Duguit, 1993: 37).

Estas ideas de función social de la propiedad fueron adoptadas también por la Iglesia a través de numerosas Encíclicas Papales como ser la *Quadragesimo Anno* (Pío XI - 1931), *Rerum Novarum* (León XIII, 1891) y *Populorum Progressio* (Pablo VI, 1967). En resumidas palabras la doctrina social de la iglesia plasmada en los aludidos textos no condena la propiedad privada, a pesar de advertir abusos en su distribución y en su uso. Pero a la vista de los desvíos del individualismo extremo, elude la colusión colectivista y preconiza una distribución justa y un uso adecuado de las cosas sometidas al dominio individual, en miras del bien común.

Lo desarrollado sintéticamente hasta aquí lo fue para esbozar en cuáles de esas concepciones se encuentra al nuevo Código Civil y Comercial. Para ello es de destacar que el derogado Código Velezano, se ubicaba en sus orígenes en una posición netamente individualista —la cual había suscitado severas críticas— ya que permitía al dueño de la cosa aún la destrucción o degradación de la cosa (*ius abutendi*). En 1968 la reforma producida por la conocida ley 17.711 atenuó aquel rigor y buscó equilibrarlo al disponer que el uso de la cosa debía ser regular y especialmente al legislar sobre el abuso del derecho (artículo 2513 del Código Civil, su nota y modif.).

El actual Código Civil y Comercial se estima que profundiza ese camino con diversas normas.

Al margen de mantener la teoría del abuso del Derecho (introducida oportunamente a través del artículo 1071 del Código derogado a través de la ley 17.711) en su título preliminar (artículo 10 CCiv. y Com. específicamente), de continuar poniendo límites a las facultades del titular de dominio; al seguir regulando la usucapión —cediendo de este modo el carácter perpetuo de la propiedad frente a la adquisición realizada por un tercero que posea por el tiempo exigido—; y, de seguir contemplando la figura de la expropiación por parte del Estado en razones de utilidad pública, previo pago de indemnización; **hace alusión como novedad a los tratados de derechos humanos** (artículo 1), **resguarda los derechos de incidencia colectiva incluso limitando los derechos individuales** (artículo 14), **reconoce la propiedad comunitaria indígena** (artículo 18), **protege la vivienda** (artículo 244 y ss.), disponiendo a su vez que **es menester asegurar la sustentabilidad de los ecosistemas, la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, y el paisaje, entre otros** (artículos 240 y 241).

En virtud de esto último nos permitimos decir que ya no nos encontramos solo frente a una función social de la propiedad, sino una **función socioambiental** de la misma.

Estas ideas ya habían comenzado a ser esbozadas por Ricardo L. Lorenzetti (2006: 466) en su “Teoría de la Decisión Judicial” al expresar que la temática ambiental aparece como un metavalor que atraviesa transversalmente a todo el ordenamiento jurídico pasando de una visión antropocéntrica a una visión geocéntrica que tienen por sujeto a la naturaleza, donde el dominio encuentra una nueva limitación en tutela del ambiente ya que no es sustentable la preeminencia de un modelo dominial que no lo tenga en cuenta.

Esta tendencia echó raíces, a su vez, comenzando a pujar desde las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UBA, 2013) donde en el seno de la Comisión de Derechos Reales se trató el tema “límites al dominio”. Allí la segunda conclusión arribada en forma unánime expresó que: “los límites al dominio deben interpretarse de acuerdo a los principios que emergen de la Constitución y los Tratados Internacionales, en particular, las normas ambientales”.

La Iglesia no estuvo ajena a estos novedosos pensamientos, haciéndose necesario citar *la Carta Encíclica Laudato ‘Si’ del Santo Padre Francisco Sobre el cuidado de la cosa común* (24/05/2015). En resumidísimas palabras en ella se hace alusión a la madre Tierra como nuestra hermana la cual nos sustenta y gobierna y produce diversos frutos, a la cual hay que cuidar en forma responsable. En ella se desarrolla, entre otros temas “*lo que le está pasando a nuestra casa*” (metafóricamente

refiriéndose a nuestro planeta) y brinda algunas líneas de orientación y acción en miras a solucionar la crisis ecológica.

III. Constitucionalización del derecho privado y su impacto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en especial los derechos reales

Lo expuesto en el punto anterior da pie para referir a algunas ideas que se veían gestando pero que tuvieron expresa manifestación legislativa a través de la letra del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación como lo es la **Constitucionalización del Derecho Privado**.

Sin ir más lejos el artículo 1 del Nuevo Código expresa que: “los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte (...)”. A lo que puede agregarse lo dispuesto en el artículo 2 el cual expresa que: “(...) la ley debe ser interpretada (...) de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (...)”.

La constitucionalización del derecho privado implica echar por tierra con la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, sobre todo en lo atinente a estándares de justicia distributiva. Una visión tradicional observa y analiza al derecho privado dentro de su propia dinámica, y sus propios principios. Consecuencia de esta postura fue la doctrina de la eficacia vertical (opuesta a la eficacia horizontal) de los Derechos fundamentales. Otra implicancia práctica de esta perspectiva constitucionalizadora somete a un cuestionamiento radical a las normas sobre los contratos y los derechos reales, y en particular al derecho de propiedad. Una de las influencias principales es la incorporación de la desigualdad económica en el tratamiento de estas prácticas e instituciones(2).

El citado jurista francés Duguit fue justamente uno de los defensores de estas ideas novedosas a comienzos del 1900 y en especial a la mentada concepción de la propiedad como función social.

Si bien en varias constituciones se halla consagrado el principio de función social de la propiedad, en nuestro país tal principio fue establecido en la Constitución de 1949, que luego fuera derogada por la dictadura de 1955 (quedando sólo el artículo 14 bis como rezago de tal función); y posteriormente se incluyó en la reforma de 1994 mediante la incorporación con jerarquía constitucional de la

(2) Alegre, Marcelo, “A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la constitucionalización del Derecho Privado”, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/a-proposito-de-la-reforma-al-codigo-civil.pdf>

Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo artículo 21 se establece que toda persona tiene derecho al uso y goce de los bienes, debiendo la ley subordinar tal uso y goce al interés social.

Es indudable que cabe imponer limitaciones de interés social a la propiedad, que tiene como finalidad principal su uso racional, con lo que se beneficia a los ciudadanos o en general a toda la sociedad. Las limitaciones que es posible imponer a la propiedad (aparte de aquellas fundadas en razones de vecindad y de otros deberes o cargas que se ocupa el CCiv. y Com. y leyes especiales), son las de interés social dirigido a proteger intereses de ese género en beneficio de la sociedad entera o de algunas de sus comunidades. La imposición de limitaciones a la propiedad con fines urbanísticos resulta imprescindible para la convivencia en sociedad, no tratándose de una actividad expropiatoria que requiera indemnización previa. Tales limitaciones al derecho de propiedad son producto del hecho mismo de formar parte de una colectividad, la misma que garantiza ese derecho pero que lo somete a ciertas regulaciones con la finalidad de alcanzar un disfrute óptimo y armónico de los derechos de todos los individuos.

Coincidiendo con el pensamiento de Claudio Kiper (2016: 243), en la actualidad se asiste a una nueva dimensión de función social de la propiedad, pues ya no se limita a la tierra como bien permanente de producción, toda vez que alcanza asimismo al ambiente, a los recursos naturales, a la riqueza forestal y al paisaje entre los bienes más destacados (por ello nosotros optamos por citarla *supra e infra* como **función socioambiental de la propiedad**).

Si bien la Constitución de 1853 trataba algunas cuestiones de Derecho Privado y en especial en lo atinente a los derechos reales: la propiedad (artículo 17); podemos decir que la **Constitución de 1994 incorporó de manera expresa materias que son propias a los Derechos Reales**, sin perjuicio de otras —también pertenecientes al Derecho Privado—, **que ahora** han descendido de la norma fundamental y **se encuentran enunciadas y tratadas en el Nuevo Código Civil y Comercial**.

Ellas son: 1) Propiedad indígena, 2) Vivienda, 3) Derechos de incidencia colectiva. Límites al ejercicio de los derechos en materia ambiental, 4) Aplicación de la relación de consumo a la figura de los nuevos derechos reales del Tiempo compartido y Cementerio Privado.

III.1. Propiedad indígena

El artículo 18 del nuevo Código establece que:

“las comunidades indígenas reconocidas 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 la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional”.

Sin intención de ingresar en el análisis de los textos constitucionales como tampoco en el tratamiento que tuvo esta temática en el proyecto de CCiv. y Com. 2012 el cual dedicaba los artículos 2028/2036, ya que ello excedería los fines propuestos, tan solo nos remitiremos a anotar lo siguiente.

Se ha sostenido, ya desde 1994, que la redacción del artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional al establecer que es obligación del Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; garantizándoseles el reconocimiento a su personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan u otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, siendo tales tierras inenajenables, inembargables e intransmisibles; ello implicó una *apertura del numerus clausus*, ya no a nivel Código sino Constitucional, al margen de la enumeración del entonces artículo 2503 del Código Velezano y leyes especiales.

Estimamos que la no inclusión de su tratamiento dentro del nuevo Código fue consecuencia de las numerosas controversias generadas en diferentes niveles que suscitó, suscita y seguirá suscitando la temática indígena.

Así podemos decir que fiel reflejo de ello fueron las diferentes conclusiones arribadas en diferentes Jornadas Nacionales de Derecho Civil, sin perjuicio de las disímiles observaciones que se hicieron a lo largo del país en oportunidad de celebrarse las Audiencias públicas en torno al proyecto de CCiv. y Com. del año 2012.

Las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UBA, 2003) en el seno de la Comisión de Derechos Reales se consignó que la protección de la propiedad indígena conforme el texto constitucional hacía innecesaria e inconveniente su inclusión dentro del Código ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente. Sin embargo las XXII Jornadas de Derecho Civil de Córdoba (2009), también en su Comisión de Derechos Reales se concluyó que la propiedad indígena es una propiedad especial de fuente constitucional cuya naturaleza integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico social y cultural. Siendo que las XXIV Jornadas Nacionales (UBA, 2013) en su comisión Interdisciplinaria se concluyó en que la propiedad comunitaria indígena es de naturaleza real y en su aspecto exclusivamente patrimonial es un derecho real cuyo titular es la o las comunidades como personas jurídicas. La inscripción registral es declarativa y la instrumentación del título debe otorgarse a favor de la comunidad indígena reconocida administrativa o judicialmente. Sus caracteres es que no se trata de una propiedad individual sino

comunitaria perpetua, imprescriptible indivisible e intransmisibile e inejecutable no sujeta a derechos reales de garantía, expresándose por último —y mayoría— que era conveniente su incorporación al Código Civil.

Para concluir este tópico, y a los fines de integrar el texto del artículo 18 del CCiv. y Com. no debe pasarse por alto las disposiciones contenidas en los convenios de la OIT 107 y 169 (ley 24.071), ley 23.302 y modificatorias; como la ley 26.160 en materia de emergencia de tierras indígenas prorrogada por ley 26.554 y 26.894.

No es ocioso destacar, tampoco el célebre caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 31 de agosto de 2001 en autos “Mayagna Awas Tingni c/ Estado de Nicaragua” sobre reivindicación de tierras indígenas.

A modo de breve referencia de este caso cabe decir que los hechos que dieron lugar al mismo están vinculados a un reclamo realizado por la comunidad indígena actora conformada en su entonces por unas 600 personas. En marzo de 1992, en ocasión de un proyecto de extracción forestal, la comunidad Awas Tingni celebró un contrato con una empresa a fin de determinar el manejo integral de un bosque reconociéndose así ciertos derechos de participación sobre el territorio ocupado por la Comunidad en virtud de su posesión histórica. Dos años después la Comunidad, la empresa y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de Nicaragua celebraron un convenio mediante el cual el ministerio se comprometió a facilitar la definición de las tierras comunales de la Comunidad. En marzo de 1996 el Estado nicaragüense otorgó una concesión por 30 años para el manejo y aprovechamiento forestal de sesenta y dos mil hectáreas aproximadamente a otra empresa, sin que la Comunidad hubiese sido consultada al respecto. La Comunidad solicitó a diversos organismos estatales no avanzar con el otorgamiento de la concesión y a la vez delimitar su territorio. No obstante, ninguna de las dos peticiones fueron atendidas. Asimismo presentaron dos recursos de amparo, los cuales tampoco produjeron resultados positivos. Bajo tal contexto estimo que merecen rescatarse de este asunto resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) los siguientes breves extractos:

“(…) La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de esta (...). El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser

tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro (...). Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29 b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos— esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua (...). Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo o comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a la generaciones futuras”.

Para concluir este tópico estimo que resulta ilustrativo del reconocimiento de la propiedad indígena (sumada a la problemática ambiental) lo resuelto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en autos “Salas Dino c/ Provincia de Salta s/amparo” en los años 2008 y 2009.

El caso consistió en una acción de amparo cuyos actores resultaron ser mayormente miembros de comunidades indígenas Wichi de localidades de los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de la Provincia de Salta. El motivo de la acción se basó en la falta de control por parte del estado Provincial de Salta por los desmontes indiscriminados realizados en lo que se calcula más o menos un millón de hectáreas; y autorizaciones de otros futuramente a realizar. Además se denunció que el ordenamiento territorial provincial aprobado por ley era totalmente perjudicial y se estaba autorizando a desmontar áreas ocupadas por comunidades que se debían preservar o en las cuales el desmonte ocasionaría un daño ambiental irreversible. Declaración de incompetencia por parte de la

Corte Provincial mediante, y la celebración de una audiencia pública ante la CSJN. El Máximo Tribunal Nacional decidió mantener una medida cautelar ordenada con anterioridad, mandando a que se realice en el plazo de 90 días un estudio de impacto ambiental y suspender todas las autorizaciones y ejecuciones de actividades de tala o desmonte hasta tanto se realizare el estudio requerido.

Las mayores argumentos del fallo se basaron en el principio “precautorio” contemplado en la Ley General del Ambiente 25.675 (artículo 4) que dispone que: “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. A su vez se tuvo por configurado una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima de la región, afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio de producirse sería además irreversible porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Remarca a su vez el fallo que al momento de realizarse el estudio de impacto ambiental se deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada, teniendo en cuenta entre otros factores ambientales, las condiciones de vida de los habitantes de la zona afectada.

III.2. Vivienda

El nuevo Código, no obstante haber derogado la ley 14.394 de protección del bien de familia (artículo 3 inc. A de la ley 26.994) sigue en rasgos generales sus lineamientos a través de los artículos 244 a 256.

En el plano constitucional que venimos analizando cabe traer a colación que la Constitución de 1949 disponía en su artículo 37 que el Estado garantizaba el bien de familia conforme una ley especial. Posteriormente a ello la Constitución de 1957 agregó el artículo 14 bis el cual establece en su parte respectiva que “(...) el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá el carácter de integral e irrenunciable (...). En ley especial establecerá la defensa del bien de familia (...) y el acceso a una vivienda digna (...)”.

Sumado a ello la Constitución de 1994 le asignó jerarquía constitucional a diversos convenios internacionales que garantizan la protección de la vivienda familiar, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17), Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 11.1), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (artículo 14 inc. h) y Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27).

Volviendo a repetir que el objetivo del presente trabajo no es el análisis exegético de las nuevas normas, tan solo nos atendremos a referir que la protección de la vivienda se concreta al establecer (al igual que lo hacía la derogada ley 14.394 artículos 34 a 50) una serie de recursos que ponen a cubierto a determinado inmueble de las contingencias o infortunios del titular, al no poder ser enajenado, ni gravado, ni hipotecado ni ejecutado por deudas posteriores a su constitución a través de la inscripción en los respectivos registros; gozando el mismo de exención impositiva y no poder ser desafectado sino por causales estrictas y con el consentimiento del cónyuge o conviviente, salvo motivos atendibles.

Quizás uno de los rasgos más destacables de la innovación es que ya no se necesita ser “familia” a los fines de la protección sino que ha operado (permítase la expresión) una suerte de “universalización” en la legitimación para inscribir el inmueble que se pretende proteger. La letra del CCiv. y Com. habilita la protección de la Vivienda a todo titular de dominio aun sin familia, con lo cual se pretende igualar la protección de aquellas personas que deciden vivir solas las cuales también tienen derecho a proteger el lugar donde habitan.

Asimismo a lo largo del texto del citado marco normativo se encuentran diversas disposiciones específicas tendientes a resguardar la vivienda familiar. A saber, los artículos 443 y 526 que versan sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de disolución del matrimonio y el cese de la convivencia; los artículos 456 y 522 que requieren el asentimiento para actos de disposición de la vivienda familiar y establecen las consecuencias en caso de la ausencia del mismo y la inejecutabilidad de dicha vivienda por deudas contraídas con las previsiones establecidas en las normas citadas para el caso de matrimonio y uniones convivenciales. Por su parte el artículo 2383 que establece el derecho real de habitación del cónyuge superviviente y ahora también atribuible al conviviente a través del artículo 527 (Méndez, 2016: 47).

Aquí entendemos que el texto del CCiv. y Com. va aún más allá del texto constitucional al consagrar esta situación.

Lamentablemente el nuevo Código si bien garantiza la protección de la vivienda, no articuló mecanismos efectivos de acceso a la misma como lo establece el texto constitucional. En tal sentido remitimos a la lectura de la ponencia presentada en la Audiencia Pública frente a la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de La Nación, celebrada en La Plata 13/9/2012 (3).

(3) Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/031_DIEGO_DE_LA_ROSA.pdf

III.3. Derechos de incidencia colectiva. Límites al ejercicio de los derechos en materia ambiental

Tanto el Título Preliminar como la Parte General del CCiv. y Com. contienen las disposiciones siguientes. El artículo 14 establece que: “en este Código se reconocen: a) derechos individuales y b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Por su parte los artículos 240 y 241 del CCiv. y Com. rezan que:

“(...) el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes (...) (cosas de los particulares y bienes públicos y privados del estado incluidas las aguas, por citar en forma genérica) (...) deben ser compatibles con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas el derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad el agua los valores culturales, el paisaje entre otros según criterios previstos en ley especial (...). (...) Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable (...)”.

Dada la ya citada reforma constitucional nacional de 1994 cobró importancia la cuestión ambiental con la introducción del artículo 41 donde quedó consagrado el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, junto con la obligación por parte de los mismos de protegerlo y preservarlo, ya no sólo para sí, sino también para las generaciones futuras (4).

No existen dudas, en atención a la redacción del CCiv. y Com. apuntada que la materia ambiental ha descendido de la constitución al Código, donde ya no sólo habrá que estar a su letra sino que, en atención a lo dispuesto en el artículo 241 habrá de tenerse en cuenta las sucesivas leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental que hasta el momento se dictaron dentro de las cuales se puede enumerar:

Ley 25.675: presupuestos mínimos para la gestión sustentable y adecuada del ambiente, preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación

(4) Valga aclarar que esta tendencia hacia la cuestión ambiental comenzó a cobrar relevancia a partir de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente celebrada en Estocolmo de 1972 y las ulteriores que se fueron celebrando. A su vez este tipo de normas es consagrada también en la mayoría de las constituciones provinciales.

del desarrollo sustentable (BO 28/11/2002). Quizás sea ésta, la más importante que guía al resto de las que siguieron dictándose.

Ley 25.688: presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional (BO 03/01/2003).

Ley 26.639: régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (Sancionada: 30/09/2010. Promulgada de Hecho: 28/10/2010. Decreto 207/2011. Reglamentario).

Ley 25.612: presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio (BO 29/07/2002).

Ley 25.670: presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión y eliminación de los PCBs —policlorobifenilos— aceites contenidos en instalaciones eléctricas (BO 18/11/2002. Decreto 853/2007. Reglamentario).

Ley 25.831: presupuestos mínimos de protección ambiental sobre el acceso a la información ambiental (BO 6/1/2004).

Ley 25.916: presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión integral de residuos domiciliarios (BO 07/09/2004).

Ley 26.331: presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos (BO 26/12/2007. Decreto reglamentario 91/2009).

Ley 26.562: presupuestos mínimos de protección ambiental de control de actividad de quema en todo el territorio nacional (16/11/2009).

Ley 26.815: presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales en el ámbito del territorio nacional (28/11/2012).

Sin pretender entrar en un meticuloso análisis en los fundamentos, validez u operatividad de cada una de estas normas, pues ello excedería los objetivos de este trabajo, lo que sí se desea destacar es que en ellas encontramos importantes, numerosas y diversas limitaciones que enmarcan al dominio, y que, por ende, deben ser tenidas expresamente en cuenta por el derecho civil.

A ello podemos decir que encontramos atinada y plausible la incorporación de estos límites al ejercicio del derecho de propiedad teniendo en cuenta la función ambiental de la propiedad.

No obstante ello, y desde nuestra humilde opinión, teniendo en cuenta la redacción del Código, estimamos prudente señalar que al hablar en el Libro Cuarto

sobre los Derechos Reales, Título III Dominio, Capítulo 4 “Límites al dominio”, en el artículo 1970, se ha omitido hacer referencia en relación a las disposiciones anteriormente mencionadas.

El citado artículo, en lo que se desea remarcar, expresa que: “(...) las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”.

La cuestión no es considerada como menor, ya que estimamos que las disposiciones referidas a leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, no se tratan de disposiciones solo de Derecho Administrativo (5), sino también se conjugan en ellas otras normas, que por su autonomía, comienzan a tener sus propios principios que la rigen, diferentes de aquel (6).

De esta manera hubiéramos considerado atinado —dada su importancia— agregar al texto del artículo 1970 un párrafo que disponga —si se permite—: “(...) Las disposiciones contenidas en los artículos 240 y 241 son aplicables a este capítulo (...)” (7).

III.4. Aplicación de la relación de consumo a la figura de los nuevos derechos reales del tiempo compartido, cementerio privado y conjuntos inmobiliarios

El nuevo CCiv. y Com. a través de la definición que da en su artículo 1882 de derecho real y la enumeración que de ellos hace en el artículo 1887 permiten observar cómo —a diferencia del artículo 2503 del Código Velezano— se amplía y a su vez modifica algunos de los derechos reales.

(5) *Conf.* Pensamiento de Cafferatta, Néstor (2013). expresada en *Revista Vínculos* de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, “Derecho ambiental. Una disciplina joven, revolucionaria y necesaria”, entrevista realizada en nota central intitulada en: “El Derecho Ambientales atípico y revolucionarios”. Año 6. N° XI, pp. 13 y ss.

(6) El artículo 4 de la ley 25.675 Ley General del Ambiente, consagra principios de la política ambiental tales como: prevención, precautorio, congruencia, equidad, progresividad, responsabilidad, subsidiariedad, sustentabilidad, solidaridad y cooperación. Estimamos que éstos deben enmarcar el ejercicio del dominio.

(7) Esta observación fue realizada a través de ponencia de mi autoría presentada en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, UBA, 2013 en la Comisión de Derechos Reales intitulada “Las leyes de presupuestos mínimos como límite al ejercicio del dominio.”

Recordemos en este sentido que los derechos reales sobre cosa propia como son: el dominio y el condominio; los de disfrute sobre cosa ajena: el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres; como los de garantía: la hipoteca, la anticresis y la prenda ya existían en la regulación anterior.

Ahora bien con respecto a la propiedad horizontal, la superficie y el tiempo compartido cabe hacer breves referencias.

Con relación a la Propiedad Horizontal, si bien el artículo de la ley 26.994 deroga la ley 13.512, no existen dudas que el mismo ya existía como derecho real (ya que así lo consideraba en forma unánime la doctrina, a pesar de no haber estado mencionado en el artículo 2503) y la sanción del nuevo Código lo que ha hecho es incorporar su tratamiento dentro del mismo, obviamente con algunas modificaciones importantes que escapan, por el momento, el objeto de investigación.

En cuanto al tiempo compartido entendido este según el artículo 2087 de CCiv. y Com. cuando exista uno o más bienes afectados a un uso periódico y por turnos para hospedaje, turismo, comercio, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino; sin entrar en un análisis de su naturaleza o apreciaciones en cuanto al acierto o no de haberlo incorporado como derecho real, podemos apuntar que el mismo ya poseía una regulación a través de la ley 26.356 denominada Sistema Turístico de Tiempo Compartido (STTC).

Lo que el nuevo Código realiza es incorporarlo lisa y llanamente como nuevo derecho real, sin derogar la citada ley, ampliando aplicar su figura ya no solo inmuebles con fines turísticos, sino también —como se ha hecho mención— para alojamiento, hospedaje, industria u otros fines para brindar prestaciones conforme su destino. También amplía su objeto a cosas muebles en tanto la naturaleza de estos sea compatible (artículo 2088 CCiv. y Com.).

En cuanto a la superficie, si bien en sus orígenes este fue un derecho real prohibido para Vélez, dada la redacción original del artículo 2614; la ley 25.509 (que fue derogada por el artículo 3 de la ley 26.994) habilitó en nuestra legislación la modalidad de superficie forestal. Hoy día contamos con un nuevo derecho real de superficie ya no solo aplicable a la forestación sino también a la plantación y edificación.

Por cierto resultan nuevos derechos reales los conjuntos inmobiliarios (clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos o cualquier emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria laboral comercial o empresarial) y los cementerios privados (inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos).

Hecha esa breve reseña y retomando las ideas constitucionalizadoras del derecho privado y su incidencia en los derechos reales encontramos que en los artículos 2100 y 2111 se establece que tanto a la relación entre el propietario de tiempo compartido, el comercializador, y el administrador; como al propietario y administrador del cementerio privado con los propietarios de parcelas, respectivamente, ambas figuras son reguladas como relación de consumo previstas en el Código y demás leyes especiales. He aquí donde hallamos otro descenso de la norma Constitucional del artículo 41 de la Carta Magna la cual defiende los derechos de los consumidores.

En relación a lo expuesto la Jurisprudencia en un muy reciente fallo de la Cámara Civil y Comercial de Azul, de fecha 9 de marzo de 2017 en autos caratulados “HSBC Bank Argentina c/ Pardo Cristian Daniel s/ cobro ejecutivo” recepta esta concepción referida a la constitucionalización del derecho privado en lo que a derechos del consumidor respecta —si bien aplicado a los denominados pagares de consumo, mas considerado aplicable a las ideas que aquí se trazan—, en tanto establece lo siguiente:

“(…) La relación de consumo, el derecho a la seguridad y las restantes reglas y principios consumeristas consagradas expresamente en la norma del artículo 42 de la Constitución Nacional se emplazan, sin hesitación, en el actualmente llamado derecho privado constitucional, o derecho privado constitucionalizado o constitucionalización de derecho civil, con sus siguientes implicancias: la Constitución es fuente normativa y axiológica de interpretación de esos derechos, especialmente en casos de colisión de reglas y principios; el artículo 42 de la Constitución Nacional que consagra los derechos de los consumidores y usuarios en la relación de consumo y el artículo 43, componen el bloque normativo adscripto al derecho civil constitucionalizado, por lo que esos derechos ostentan jerarquía supralegal, de inmediata operatividad, y con fuerza normativa constitutiva de un sistema general, protectorio del usuario y del consumidor, que se complementa con cada subsistema específico (...)” (Cámara Civil de Azul, Causa N° 61380).

Por último y en cuanto a los conjuntos inmobiliarios, a pesar de no encontrar norma similar a las apuntadas, en opinión de Mariani de Vidal y Abella, para esta figura también le son aplicables tales disposiciones de relación de consumo en atención a lo previsto en la ley 24.240 y modificatorias (Mariani de Vidal, 2015).

IV. Consideraciones finales

Las situaciones apuntadas a lo largo de este trabajo permiten ver un cambio sustancial en torno a las temáticas abordadas en Derechos Reales ya que

consideramos que el apego al Código Velezano generaba —en parte— un tratamiento tangencial a los temas puestos de manifiesto.

Quizás a tan poco tiempo de entrada en vigencia del nuevo Código no alcanzamos a avizorar el cambio en nuestra cultura jurídica que ha implicado la incorporación de derechos colectivos y límites al dominio en materia medioambiental, la protección del consumidor a en las nuevas figuras de los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados.

Los temas que hoy continúan tratándose jurisprudencialmente en la materia lo son en su mayoría bajo la aplicación aun del Código Civil derogado en virtud del artículo 7 y los principios propios de aplicación temporal de la norma a los hechos en que se consumaron bajo su vigencia. No obstante ello nos permitimos señalar prudentemente que controversias en las que se cuestione la propiedad indígena podemos afirmar que, ya sin dudas, no podrán resolverse bajo la concepción individualista de la propiedad que impregnaba el Código derogado.

Es cierto advertir, que todas estas temáticas ya existían o estaban presentes en nuestra realidad con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código, pero su falta de regulación generaba interpretaciones y fallos judiciales contradictorios, con lo cual su establecimiento legal busca establecer un marco de referencia para analizar las cuestiones jurídicas que se plantean a su respecto máxime si la letra del nuevo Código ha de ser integrada con la Constitución Nacional y todo el bloque de Tratados internacionales a ella incorporados.

Por ello la inclusión de los temas abordados y su ubicación dentro del nuevo Código consideramos que mejora sustancialmente la comprensión e interpretación del mismo como sistema.

Ello se torna indispensable dado que el crecimiento de este tipo de propiedades, que reconocen a las comunidades que ancestralmente ocupaban este territorio y las figuras referidas bajo conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados, permiten mejorar el aprovechamiento de los recursos al utilizarlos en forma compartida, y prevé también vías de escape para la solución a la potencial conflictividad por la convivencia y proximidad entre vecinos que puede generarse, además de advertir que los nuevos cambios económicos, sociales y culturales de intereses amerita y requiere un tratamiento particular a partir de un nuevo sistema normativo integrado en el cual se incorporan nuevas concepciones en torno a la propiedad: su función socioambiental.

V. Bibliografía

ALEGRE, Marcelo (2015). *A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la constitucionalización del Derecho Privado*. Disponible en: <http://www.derecho.>

uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/a-proposito-de-la-reforma-al-codigo-civil.pdf

ALTERINI, Jorge (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley. T. IX.

DE ROSA, Diego (2012). *Prescripción adquisitiva que tiene por objeto un inmueble destinado a vivienda única y familiar*. Disponible en: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/031_DIEGO_DE_LA_ROSA.pdf

DUGUIT, León (2007). *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código Napoleón*. Trad. Carlos G. Posada. Madrid.

KIPER, Claudio (2016). *Tratado de los Derechos Reales Código Civil y Comercial ley 26.994*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

LORENZETTI, R. L. (2006). *Teoría de la decisión judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

MARIANI DE VIDAL, Abella (2015). "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley.

MÉNDEZ, Romina A. (2016). "Inejecutabilidad de la vivienda familiar durante el matrimonio", en: *Revista de Derecho de Familia y de las personas*. Buenos Aires: La Ley. SAJ: DACF 160384.

PUIG BRUTAU, José (1994). *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch. T. III. V. I.

Otros documentos consultados

REVISTA VÍNCULOS (2013). "Derecho ambiental. Una disciplina joven, revolucionaria y necesaria". Año 6. N° 11. La Plata: Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015). *Pueblos Indígenas y Tribales; elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de Claudio Nash y Konrad Adenauer Stiftung*. N° 11. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/indigenas.pdf>

Fecha de recepción: 31-03-2017 Fecha de aceptación: 28-06-2017

La obligatoriedad de la mediación ¿es necesario revisar el modelo vigente?

POR LEANDRO J. GIANNINI (*)

Sumario: I. Introducción. Planteo del problema.— II. Repensando los fundamentos de la obligatoriedad. La necesidad de corregir los incentivos materiales que afectan la justa autocomposición de los conflictos.— III. Conclusiones.— IV Bibliografía.

Resumen: se examina críticamente en este trabajo la regla general de la obligatoriedad de la mediación, proponiendo repensar la necesidad de reformular dicho rasgo fundamental del sistema. Se plantea revisar la decisión de imponer obligatoriamente el tránsito por la mediación a toda contienda, sin trabajar en los restantes incentivos tendientes a lograr una solución autocompuesta. Provisoriamente, hasta que se incluya la mediación dentro de una reforma comprensiva del sistema de justicia se propone ponderar la posibilidad de reducir los alcances de la regla de la obligatoriedad de la mediación, aplicándose de modo automático sólo para las contiendas de tipo coexistencial. En las restantes materias mediables, dicho régimen provisional debería permitir a las partes o a los jueces analizar en cada caso las ventajas de acudir a un mediador extrajudicial para que los auxilie en la solución de conflictos que se aprecia que no pueden ser remediados por negociación directa, por conciliación en sede judicial, o que difícilmente arriben a una solución pronta y/o efectiva mediante una sentencia de mérito. También se propone incorporar la discusión de política pública relativa a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (y en particular, a la mediación) dentro de un plan integral de reforma de la justicia civil (“*lato sensu*”).

Palabras claves: mediación - mecanismos alternativos de resolución de conflictos

Mandatory mediation: ¿Is it necessary to review the existing model?

Abstract: this work examines critically the rule of compulsory mediation, proposing to rethink the need to reformulate the fundamental feature of the system.

(*) Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas. Prof. Titular Ordinario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

It intends to review the legal regime of mandatory transit through the mediation process in every almost every civil matter, without working on the remaining incentives to achieve a negotiated solution. Temporarily, until mediation is included on a comprehensive justice system reform, it states the possibility of reducing the scope of mandatory mediation rule, applying it automatically only in co-existential cases. In the remaining matters capable of mediation, these provisional arrangements should allow the parties or judges to analyze in each case the advantages of attending an out-of-court mediator to assist them in the resolution of their conflicts.

Keywords: *mediation - alternative dispute resolution*

I. Introducción. Planteo del problema

Pese a que varias jurisdicciones del país han avanzado de una u otra manera hacia la implementación de una fase previa que las partes *deben* transitar como condición de admisibilidad de buena parte de las pretensiones civiles, sigue siendo un axioma no suficientemente explicado ni justificado el de la obligatoriedad de dicho mecanismo.

¿Es razonable y conveniente forzar a las partes a asistir a una audiencia de mediación celebrada ante un tercero, por más que no tengan vocación alguna de escucharse nuevamente (o por primera vez), incrementando con ello los costos que el ciudadano debe afrontar previo a tener su “día en la corte”? ¿Debe obligarse a la ciudadanía a transitar este camino para convencerla de sus bondades? ¿Es cierto que la sociedad y la abogacía conservan atavismos culturales tan fuertes que les impiden discernir cuándo la intervención de un mediador puede servir para guiarlos hacia una mejor solución del conflicto y cuándo no?

Se trata de interrogantes que no son novedosos, pero que con mayor o menor precisión se ven reflatados tanto por los operadores jurídicos, como por los estudiosos del proceso y de la administración de justicia. No se trata de analizar si la mediación o la autocomposición pacífica de los conflictos es una solución virtuosa para la sociedad, sino si la imposición de un tránsito obligado por esta fase previa coadyuva a finalidades dignas de ser defendidas.

A más de veinte años de la instalación de este mecanismo en la Ciudad de Buenos Aires, otras jurisdicciones siguieron sus pasos, sin que —a nuestro juicio— se haya justificado adecuadamente la conveniencia de dicha decisión. Para que la adopción o rechazo de este instrumento no sean irreflexivos, entendemos que se puede sondear más profundamente en la experiencia argentina, a efectos de verificar si existen motivos valederos para postular la universalización de este modelo o si, por el contrario, debe revisarse la política pública consistente en *imponer* a

las partes el tránsito esta fase previa, procurando incentivar la autocomposición por otros medios.

Se trata —cabe reconocerlo— de una discusión que lleva varios años en nuestro país y que incluso ha sido llevada a los estrados de la Corte Suprema en lo que concierne a la validez constitucional de la institución (1). Pero ello no significa que se trate de un debate estéril ni concluido, como lo demuestra el hecho de que el problema de la obligatoriedad haya sido uno de los debates sostenidos durante la discusión de la última Ley de Mediación nacional (ley 26.589), que finalmente mantuviera dicha nota en el régimen más desarrollado de los que posee nuestro país. Varias razones explican la vigencia de este problema, aun cuando la Corte Suprema lo haya validado constitucionalmente y cuando la legislación nacional haya consolidado la regla de la obligatoriedad. En primer lugar, debe advertirse que aun cuando se mantenga la constitucionalidad del régimen de mediación obligatoria, ello poco dice acerca de su mérito y conveniencia, aspecto que ni la Corte ni ningún tribunal ha de juzgar. En segundo término, porque —como fuera anticipado— aún no han sido explicitadas buenas razones para afirmar conclusivamente que se trate de un sistema virtuoso para la ciudadanía o para mejorar la administración de justicia. Y en tercer lugar, porque en diversos foros se analiza la conveniencia de expandir este modelo hacia otras latitudes o hacia las restantes jurisdicciones del país, lo que impone seguir reflexionando sobre el tópico aunque sea desde una perspectiva de valoración política pública comparada.

Nos parece que la instalación del régimen obligatorio ha empañado la discusión sobre los verdaderos incentivos que en una sociedad moderna deberían privilegiarse, para procurar la autocomposición pacífica de los conflictos.

II. Repensando los fundamentos de la obligatoriedad. La necesidad de corregir los incentivos materiales que afectan la justa autocomposición de los conflictos

¿Es cierto que la prohibición de iniciar un juicio sin haber antes concurrido a la mediación o la imposición del deber de comparecer a una audiencia, sancionado con multa en caso de incomparecencia, son mecanismos adecuados para romper con los atavismos culturales que impiden a las partes arribar a soluciones armónicas y negociadas del conflicto? ¿Es cierto que las partes y sus abogados carecen

(1) Hace ya varios años, en el caso “Baterías Sil-Dar”, la Corte Suprema de Justicia desestimó los reparos constitucionales opuestos contra la figura, señalando que: “el carácter obligatorio del procedimiento de la mediación no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia pues, una vez que las partes han comparecido personalmente a la audiencia pueden dar por terminado el procedimiento, con lo cual queda expedita —y en breve tiempo— la vía judicial” (CSJN, Fallos 324:3184 [2001]).

de capacidad suficiente como para discernir cuándo la intervención de un tercero permitirá acercar las posiciones en conflicto y cuándo no? ¿No hay forma de distinguir los tipos de conflictos para determinar por vía legislativa cuáles son aquellos en los que la mediación previa extrajudicial tiene mejores perspectivas de éxito y, por ende, imponer el tránsito obligatorio sólo en esos supuestos?

Suelen calificarse como “paternalistas” a las decisiones de política pública basadas en la desconfianza hacia el discernimiento ciudadano, muchas veces caracterizadas por la imposición de deberes genéricos que suprimen dicha capacidad de elección, entendiendo que, de librarse la decisión a los particulares, ellos no podrían distinguir la solución más valiosa (en el caso: no sabrían diferenciar cuándo un mediador puede aportar herramientas valiosas para solucionar el conflicto y cuándo no). Es por demás conocida la justificación general de la obligatoriedad de la mediación, basada en la idea según la cual los patrones culturales vigentes (o la ciega vocación por el litigio en la que los abogados fueron formados), exigen que nos *impongan* transitar por esta experiencia, para conocerla y, así, disfrutar de sus beneficios.

Pero en este campo, al igual que sucede con otras decisiones de política pública, no es la imposición de *sanciones* lo que motoriza la obtención de las finalidades superiores perseguidas, sino la supervisión y eventual corrección de los *incentivos* que aproximan o alejan a la sociedad de ese camino. ¿Qué incentivos reales —no “policiales” — pueden encontrar las partes para llevar a juicio o autocomponer sus diferencias, además de la convicción acerca de la justicia de una y otra decisión?

En nuestro medio, por ejemplo, hay incentivos hacia la mediación que pueden ser vistos como nocivos, porque impulsan a una parte a cerrar un acuerdo aun convencida de su inequidad (es decir, persuadida de que no lo aceptaría si tuviera un mecanismo efectivo de tutela que lo ampare). Es precisamente dicha circunstancia la que, a la par, muestra a su adversario un interesante motivo para litigar o, al menos, para acercar propuestas sólo aceptables por quien se resigna ante la injusticia. También hay incentivos hacia una autocomposición pacífica virtuosa, que son descuidados u omitidos, como —por ejemplo— la transferencia de información con carácter previo al inicio del pleito, que permitiría a las partes tener una noción más acabada acerca de las perspectivas de éxito de las alegaciones y defensas articulables en un eventual proceso judicial. Se trata de problemas por demás conocidos por la sociedad y, naturalmente, por los operadores jurídicos, que no pueden ser empañados por la discusión del principal incentivo incorporado en el modelo de mediación predominante en Argentina, como es la obligatoriedad.

Interesa, por consiguiente, prestar atención a algunos lineamientos de política pública que han sido descuidados en este ámbito. Al concentrarse la atención del legislador en la consagración de incentivos policiales (prohibición de iniciar el

juicio sin antes concurrir ante un mediador, multas por incomparecencia), como la herramienta dominante para impulsar la autocomposición de disputas, nuestro país ha omitido trabajar sobre los restantes e influyentes estímulos que permitirían integrar este mecanismo alternativo de solución de conflictos dentro del sistema de justicia (noción que, como es sabido, es más amplia que la de sistema judicial). Veamos algunos de estos aspectos que han sido descuidados y que deberían merecer más atención que la obligatoriedad propiamente dicha.

II.1. La coexistencialidad del conflicto como criterio superador a la regla de obligatoriedad genérica

En los conflictos coexistenciales (familia, vecindad, sociedades cerradas o pequeñas, etc.), el principal beneficio de la mediación (que no es la mera descongestión del Poder Judicial sino la adopción de soluciones autocompuestas virtuosas para las partes y, mediatamente, para la ciudadanía) se hace evidente.

No es necesario a estos efectos que se trate de disputas que afecten grupos vulnerables ni que se refiera a cuestiones de familia o vecinales. Ciertamente es que estos últimos son típicos conflictos coexistenciales, pero existen otros que también lo son en el sentido al que nos referimos en este apartado, ya que basta para ello que el caso se presente como un episodio dentro del tracto sucesivo de una relación interpersonal con vocación de permanencia. Se incluyen así dentro de esta categoría no sólo a los paradigmáticos conflictos convivenciales, sino a controversias que pueden trabarse en otros ámbitos del derecho privado, como las relaciones contractuales trabadas con carácter habitual (por ejemplo disputas intrasocietarias, cuestiones contractuales suscitadas entre sujetos con vínculos comerciales habituales —contratos de franquicia, locación, distribución, etc.—, división de condominio, sucesiones, etc.).

En todas estas hipótesis (cuyo rasgo común radica —lo reiteramos— en la coexistencialidad del vínculo), la mediación se muestra como una herramienta especialmente significativa de resolución de controversias, al caracterizarse por la búsqueda de una solución que no se enfoque sólo en el pasado (como hace la Justicia fundamentalmente cuando se evalúa lo sucedido para determinar el modo en que los daños deben ser reparados), sino que incida también en el presente e incluso se proyecte hacia el futuro. Asimismo, los múltiples matices que posee esta clase de conflictos hacen que la mediación, con su flexibilidad para facilitar la comunicación entre las partes, para penetrar en la sustancia humana (y a veces afectiva (2)) que subyace en el debate y para propiciar incluso un abordaje

(2) El tema de las variables extrajurídicas de las contiendas ha sido abordado en múltiples oportunidades por las diversas disciplinas que dedican sus esfuerzos al estudio del conflicto, por lo que

interdisciplinario de la contienda, se muestre como un instrumento con cualidades diferenciales, que las partes pueden aprovechar antes de ingresar el caso dentro de los protocolos más estrictos de abordaje judicial.

El incremento de la tasa de acuerdos en esta materia es una verificación de la hipótesis que venimos sosteniendo, fenómeno que puede apreciarse de las cifras expuestas en el capítulo tercero. Así, por ejemplo, en el régimen nacional, el porcentaje de acuerdos en materias que carecen en general de esta condición, como la responsabilidad por daños y perjuicios extracontractuales es del 4,2%, mientras que en las controversias de familia asciende al 20,4%. En la provincia de Buenos Aires, mientras la mediación prejudicial civil exhibe una tasa de acuerdo general del 13%, el régimen de autocomposición especial vigente ante los tribunales de familia, llega a un 64%. Algo parecido ocurre en la Provincia de Río Negro, en la que la tasa general de acuerdos en casos patrimoniales es del 14% aproximadamente, en las extrapatrimoniales del 24,5% y, en materia de familia asciende al 50%.

Si ello es así, consideramos posible revisar la decisión de asignar carácter obligatorio a toda controversia sobre derechos disponibles, reduciendo progresivamente esa obligatoriedad, manteniendo inicialmente dicho régimen sólo para aquellas contiendas en las que predomine la nota de coexistencialidad del conflicto. En estos casos puede justificarse con mayores razones la exigencia del tránsito obligatorio por dicha instancia previa. En los supuestos en los que la tasa de acuerdos es reducida, debe reflexionarse seriamente acerca de si debe mantenerse la imposición analizada o debe dejarse a las partes la decisión sobre si la intervención de un tercero neutral puede o no servirles para arribar a una solución autocompuesta antes de ir a juicio.

Siendo que se trata de una fase que tiene sus costos y que necesariamente lleva tiempo (más allá de su magnitud), no parece correcto, desde una perspectiva de política pública, hacer transitar imperativamente por esta fase previa a la totalidad

nos abstenemos de un elenco de referencias autorales que desbordaría las finalidades de esta investigación. Dichas variables, en las que el intelecto racional juega un papel de entidad variable, son de diversa índole (afectivas, conductuales, etc.). Acudiendo a un ejemplo de Entelman respecto de las dimensiones extrajurídicas de los conflictos que en el texto denominamos “coexistenciales” (que el autor no nomina, pero describe como los “conflictos dentro de relaciones continuas largamente frecuentadas o asociaciones de personas con trato continuo”), puede citarse el frecuente fenómeno que se presenta cuando las partes, al enfrentar la disputa para intentar dirimirla, se enfocan más en los beneficios que la contraparte obtendrá del acuerdo, que en el cumplimiento de los objetivos propios. Explica Entelman que en estos casos: “(...) Aunque el conflicto consista en un desacuerdo racional y no esté generado por sentimientos de hostilidad, es común ver cómo actores hostiles rechazan ofertas del adversario alegando saber que para él, lo que propone, no tiene costo alguno” (v. Entelman, 2002: 192; *íd.*, 1993: 85, sintetizando los tres niveles que puede tener todo conflicto: racional, de actitudes y de conducta).

de los casos, en materias en las que la mediación (que no tiene necesariamente por qué servir “para todo”) no exhibe sus mejores resultados. En tales casos —reiteramos— la mediación puede ser útil, pero resulta conveniente que sean las partes las que decidan voluntariamente someterse a ella, sin necesidad de obligarlas a transitar ese camino.

II.2. La necesidad de corregir los incentivos reales que afectan la justa autocomposición de las contiendas

Como fuera anticipado, en nuestro medio hay problemas significativos con la corrección de los incentivos materiales que impulsan a las partes a llegar a un acuerdo sin estar convencidas de la justicia del mismo o, viceversa, a negarse a aceptar una propuesta que se considera equitativa.

Claro que el principio de neutralidad de la mediación podría llevar a pensar que el problema de la “justa” autocomposición de las disputas no interesa para la evaluación del fenómeno analizado. Es decir, que el instituto de la mediación se interesa en la mera autocomposición sin importar la virtud de las razones que llevaron a las partes a llegar a un acuerdo. Ocurre que en tal caso, debe dejar de afirmarse que la mediación constituye un instrumento de acceso a la justicia en sentido amplio, salvo que se fuerce demasiado el concepto de “justicia” para afirmar que un mecanismo que no se interesa por la equidad de un acuerdo permite acceder a aquélla.

En cualquier caso, lo cierto es que existen incentivos materiales que benefician la solución pacífica extrajudicial y otros que la desfavorecen (motorizando consecuentemente la judicialización de los conflictos). Estos estímulos materiales suelen ser desatendidos en la toma de decisiones de política pública en la materia, concentrando indebidamente la atención en dispositivos “policiales” de cambio cultural, como la referida regla de la obligatoriedad del tránsito previo por la fase de mediación.

La desatención a la que nos referimos cobra diversas formas. En algunos supuestos se ha descuidado promover incentivos virtuosos que podrían coadyuvar a la autocomposición pacífica de las contiendas, como ocurre —por ejemplo— con la insistencia en mantener una regla no colaborativa de reserva de la información y documentación del caso, modelo que fuerza a las partes a decidir “a ciegas” acerca de la propuesta de acuerdo. En otros casos, se omite la corrección de incentivos nocivos, como la duración excesiva de los procesos, lo que aumenta la judicialización del conflicto de quien puede ver en esta demora una forma de financiar a bajo costo sus pasivos (como podría hacer, por ejemplo, una compañía aseguradora; o el Estado con la actualización de créditos previsionales). En estos casos, la irrazonable duración de los litigios (incluyendo no sólo el proceso de

conocimiento en todas sus instancias sino, posteriormente, la fase de ejecución de una eventual sentencia favorable), unida a un contexto económico inflacionario, pueden transformar al proceso judicial en un mecanismo de financiación único para el deudor. También hay incentivos nocivos que pueden llevar, al sujeto pasivo del reclamo, a proponer fórmulas conciliatorias que estima injustas, pero que constituyen un mal menor frente a las eventualidades esperables de un juicio. Así, por ejemplo, el fenómeno de la sobreutilización del beneficio de litigar sin gastos, que hace que el futuro demandado, aun sabiendo que tiene razón, evalúe que va a tener que afrontar ciertos gastos como los honorarios profesionales de sus letrados, los emolumentos periciales, etcétera, que no podrá repetir en concepto de costas de la contraparte. Lo que posiblemente lo impulse a ofertar —al menos— la suma que estima que le demandará demostrar su razón en juicio.

La identificación de estos factores no tiene como finalidad ilustrar acerca de componentes infinitos de estrategia procesal que son ampliamente conocidos. Lo que se busca destacar es que, por un lado, la mayoría de los verdaderos incentivos para la autocomposición (sea justa o nociva) están fuera de la ley de mediación propiamente dicha. Y, por el otro, que la mediación, como los restantes MAPJ, no puede ser analizada ni implementada aisladamente, sino que debe ser armonizada con los restantes componentes del sistema de justicia.

Es poco probable que la ciudadanía se vaya a convencer de las ventajas de la mediación, por el hecho de ser obligada sistemáticamente a acudir a una audiencia previa antes de iniciar un juicio. No cabe descartar que ese efecto pueda ser logrado en algunos casos. Sin embargo, también debería pensarse que si a casi 20 años de la implementación del sistema, la sociedad o la abogacía no se convencieron por la fuerza de las bondades de las soluciones autocompuestas, debe ser porque la función “paternalista” de la obligación de asistir a la mediación no rinde tan buenos frutos. O en otras palabras: porque en conflictos que no son coexistentiales, no es la imposición de ese deber el verdadero camino para romper patrones culturales o para llegar a soluciones negociadas socialmente virtuosas, sino la supervisión y corrección de los restantes incentivos que multiplican la litigiosidad o fuerzan a resignarse ante la injusticia.

Profundizaremos a continuación respecto de algunas de las líneas de política pública que deberían ser atendidas inmediatamente para trabajar sobre estos incentivos materiales.

a) ¿Es posible la autocomposición valiosa de las contiendas de las partes sin intercambio de información? Quid de la mediación “a ciegas”

Uno de los aspectos que ha sido descuidados en la experiencia de la mediación argentina es una consecuencia práctica que a veces ha tenido el sistema, al

utilizarse las audiencias de mediación como fases de transferencia de información entre las partes.

Esta consecuencia del régimen, impensada por el legislador a la hora de diseñarlo, se explica con relativa facilidad. En Argentina no existe un sistema de *'disclosure'* amplio que imponga a las partes el deber de aportar a su contraria elementos de convicción que se encuentren en su poder, y que permitirían analizar las perspectivas de éxito de las alegaciones y defensas eventualmente articulables en juicio. En general, al igual que en muchos de los países de la región, la etapa previa a la postulación de la pretensión se reduce fundamentalmente a: I) la posibilidad de requerir mediante diligencias preliminares información acerca de ciertos datos necesarios para trabar adecuadamente la litis o seleccionar aspectos muy básicos de la estrategia procesal; II) preservar cautelarmente ciertas fuentes de prueba que corren peligro de extinción (prueba anticipada).

Al carecer el sistema de una fase de intercambio amplio y compulsivo de información entre las partes (destinada no ya a preservar excepcionalmente los medios de prueba que puedan perderse durante el pleito, como ocurre al día de hoy, sino directamente para conocer anticipadamente el resultado esperable del juicio), la mediación previa muchas veces ha servido en la práctica como un momento de intercambio precario e informal de datos entre las partes, previo a la iniciación de la demanda, suplantando en algunas oportunidades a las diligencias preliminares en este rol. Sin embargo, la precariedad del intercambio, que sólo depende de la predisposición de las partes al momento de la audiencia (predisposición que carece de estímulos en nuestro medio), lleva a profundizar en uno de los incentivos materiales descuidados a los que nos venimos refiriendo.

Al acudir las partes a dicho sistema de autocomposición sin contar con información idónea y sin poder exigir compulsivamente la colaboración de la contraria para que aporte dicho material (por ausencia de reglas adecuadas de *'disclosure'*(3)), la negociación tiene lugar, muchas veces, "a ciegas". La falencia se hace especialmente evidente en los casos caracterizados por la desigualdad material de las partes para acceder a la información pertinente para presentar adecuadamente el caso (v.gr., los consumidores que litigan contra grandes corporaciones,

(3) Los países que modernamente han incorporado reglas efectivas de intercambio de información y cooperación entre las partes previa al inicio del pleito, no sólo se han concentrado en la función que dicho intercambio tiene para una adecuada discusión en juicio, sino fundamentalmente como instrumento fundamental para que las partes lleguen a un acuerdo. Señala Andrews, al enunciar los ejes centrales de la reforma a la justicia civil inglesa, que los *pre-action protocols* (en los que se desarrolla esta fase previa de intercambio y colaboración entre las partes), fueron pensados en gran medida para asistir a las partes a arribar a un acuerdo (Andrews, 2008: 5).

los vecinos que se enfrentan a un establecimiento contaminante, los afectados por productos elaborados que pretenden resarcimiento por las secuelas producidas al utilizarlo o, en general, los grupos en condición de vulnerabilidad, entre tantos otros ejemplos). En tales casos, el incentivo para la mediación que puede encontrar alguien que carece de información y que está colocado en posición de debilidad, se centra más en la desconfianza respecto de la solución que hipotéticamente podría brindarle el servicio jurisdiccional, que en su convicción acerca de la justicia de la propuesta de acuerdo.

El problema de la imposibilidad de recabar dicha información con carácter previo a la promoción de la acción (y, obviamente, a la audiencia de mediación), hace que el tránsito por la mediación muchas veces sea estéril o que la decisión adoptada en ese momento sea inadecuada, como casi toda decisión que se toma sin información suficiente. Esta dificultad también conspira contra la idea de incluir a la mediación obligatoria argentina dentro del catálogo de mecanismos de acceso a la justicia, tema en el que hemos ingresado en otra oportunidad (4). Sea en sentido restringido o amplio, no puede sostenerse que un mecanismo que procure el acceso a la justicia se contente con llevar a las partes a un terreno neutral (principio esencial de la mediación) en el que la decisión de autocomponer las diferencias con su adversario se tome con la misma desigualdad de armas con las que arribó a la audiencia (entre ellas, la misma falta de información).

b) Condicionantes económicos para la autocomposición

Una economía que presenta dificultades afecta necesariamente el buen funcionamiento del sistema de justicia.

Ello sucede no sólo frente a crisis financieras generalizadas, como ocurrió en la Argentina luego del desequilibrio socioeconómico producido en los años 2001 y 2002, que no sólo afectó las bases económico-productivas del país, sino que —en lo que aquí interesa— provocó un colapso absoluto del sistema de justicia, que se vio desbordado en su capacidad material de respuesta.

No es necesaria semejante conmoción para generar una disfunción que perturbe el adecuado funcionamiento del servicio de justicia. Basta con distorsiones de menor calibre para generar desviaciones que afecten el modo en que la sociedad es convocada a resolver sus contiendas. La inflación, por ejemplo, es un típico factor distorsivo, que se transforma en un incentivo para litigar, cuando se une a factores como la duración de los pleitos, a medidas legislativas como la prohibición de indexar, o a criterios jurisprudenciales como la aplicación de tasas de

(4) V. Giannini, 2015: 153-176.

interés moratorio negativas (por ejemplo la tasa pasiva en la Provincia de Buenos Aires (5)). En tales casos, como fuera anticipado, el deudor no tiene muchos incentivos para ofrecer una suma aceptable que permita arribar a una pronta solución del conflicto y ponga fin a las diferencias entre las partes.

Nuevamente, uno de los principales incentivos para la autocomposición de contiendas patrimoniales, es totalmente ajeno a la regla de la obligatoriedad.

b) Otros incentivos: honorarios profesionales de abogados y mediadores

También deben ser analizados los incentivos económicos de los profesionales del derecho o de la mediación a la hora de examinar la implementación de políticas públicas que favorezcan la autocomposición. No son muchas las legislaciones provinciales que valoran la conducta profesional frente a la mediación, como un elemento a tener en consideración, por ejemplo, para la determinación de los honorarios regulados.

Un ejemplo de inclusión de esta clase de previsiones respecto de los letrados patrocinantes puede encontrarse en el artículo 37 de la ley XII N° 19 de la Provincia de Misiones, al establecer que: “al momento de la regulación de honorarios, los magistrados tendrán en cuenta la participación y predisposición de [los abogados] hacia el proceso de mediación, fijando un plus sobre los mismos de hasta un diez por ciento (10%)”.

Se trata de condicionantes que no deberían ser olvidados para coadyuvar a la eficacia de los mecanismos como la mediación. Pese a que no se trata de un instrumento infalible y que, además, no siempre será sencillo valorar en cada caso si la conducta profesional favoreció la conciliación de intereses, no debe ser excluida la posibilidad de incorporar esta clase de incentivos en la materia.

Respecto de los mediadores, varias provincias reducen sustancialmente la retribución de los mismos en caso de imposibilidad de celebrar las audiencias o de frustrarse la negociación. Algo similar sucede con las leyes que determinan un aumento de los honorarios en caso de arribarse a un acuerdo, como sucede, *v.gr.*, en el régimen nacional de conciliación laboral (artículo 12, ley 24.635).

(5) V. SCBA, causas C. 101.774, “Ponce” (2009) y L. 94.446, “Ginossi” (2009), consolidando la doctrina legal de esa Suprema Corte según la cual la tasa de interés aplicable para la actualización de créditos en mora, salvo pacto en contrario o disposición especial del legislador, es la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a 30 días (es decir, la tasa pasiva), por más que la economía transite por un período de aumento generalizado de precios.

III. Conclusiones

De lo expresado podemos arribar a las siguientes conclusiones:

Debe analizarse seriamente la modificación de los alcances de la obligatoriedad característica del régimen argentino de mediación prejudicial.

La regla de la obligatoriedad ha sido el principal estímulo impuesto por el Estado para promocionar la mediación. Sin embargo, al transformarse en un estímulo aislado, que no ha sido acompañado por otros incentivos materiales destinados a promover la autocomposición virtuosa de los conflictos (*v.gr.*, mejoras en el servicio de justicia, reducción de la duración de los procesos judiciales, intercambio obligatorio de información entre las partes previa al inicio del pleito o durante la fase de mediación, control de las distorsiones económicas —inflación, tasas negativas de interés, etc.—), la obligatoriedad genérica no ha tenido más impacto que la difusión de la herramienta. En este ámbito, puede apreciarse del trabajo de campo realizado entre los abogados de CABA y de la provincia de Buenos Aires, cómo en la primera de dichas jurisdicciones, la mediación es mejor apreciada que en la segunda (en provincia de Buenos Aires alrededor del 68% opina que el sistema de mediación es regular —34%— o malo —33,8%— y el 32% considera que es bueno —27,6%— o muy bueno —4,6%—; mientras que en CABA el 44% lo califica como malo o regular y el 58% como bueno —52,5%— o muy bueno —5,5%—).

Sin perjuicio de ello, los resultados de la obligatoriedad de la mediación no parecen haberse trasladado más allá del efecto de difusión de la herramienta. Si se analiza un indicador significativo de eficacia de la mediación como instrumento de resolución de conflictos, como es la tasa de acuerdos, puede advertirse que en un modelo consolidado como el de CABA los bajos niveles de composición (10,8%) son similares a los de un sistema novel como el de la provincia de Buenos Aires (13%)(6).

Ello demuestra que los incentivos para transformar a la mediación en un instrumento de autocomposición efectivo no dependen tanto de la instalación de una regla rígida de obligatoriedad genérica, sino de los incentivos materiales que las partes tienen para arribar a una solución justa a través de la negociación.

Debe revisarse entonces la decisión de imponer obligatoriamente el tránsito por la mediación a toda contienda, sin trabajar en los restantes incentivos tendientes a lograr una solución autocompuesta. De lo contrario, la obligatoriedad sólo mantendrá una función de mera difusión (que se conozca la herramienta y

(6) Para un análisis abarcador de los resultados de la mediación en Argentina, remitimos a: Giannini, 2015: 93-125.

los operadores se acostumbren a ella), sin avanzar en resultados adecuados como instrumento de autocomposición virtuosa de conflictos.

Provisoriamente, hasta que se incluya la mediación dentro de una reforma comprensiva del sistema de justicia, debería ponderarse la posibilidad de reducir los alcances de la regla de la obligatoriedad de la mediación, aplicándose de modo automático sólo para las contiendas de tipo coexistencial. En las restantes materias mediables debería permitirse a las partes o a los jueces analizar las ventajas de acudir a un mediador extrajudicial para que los auxilie en la solución de conflictos que se aprecia que no pueden ser remediados por negociación directa, por conciliación en sede judicial, o que difícilmente arriben a una solución pronta y/o efectiva mediante una sentencia de mérito.

Entre las reformas procesales que pueden coadyuvar a mejorar la performance de la mediación debe asimismo reformularse la etapa previa y postulatoria del proceso, para remediar la ausencia de un intercambio previo de información entre las partes en la fase preliminar al juicio. La eficacia y capacidad de la mediación para transformarse en un mecanismo de acceso a la justicia depende, entre otros factores, de que la misma sea acompañada de una fase previa y razonable de intercambio de información entre las partes, para que las mismas no acudan “a ciegas” a componer sus conflictos.

La decisión de política pública relativa a los MAPJ (y en particular, a la mediación) debe ser parte de un plan integral de reforma de la justicia civil (“*lato sensu*”). Esto no significa, obviamente, que el sistema de mediación deba necesariamente estar organizado dentro del el Poder Judicial. Tampoco importa caer en una confusión sobre las finalidades, los métodos y los protocolos de actuación de la mediación y del servicio de Justicia estatal.

La principal ventaja de incorporar la discusión de política pública sobre la mediación, como parte integrante de la discusión general sobre la reforma de la justicia civil, es evitar que la primera sea vista como un compartimento estanco o, lo que es peor, como un mecanismo de “fuga” respecto de un sistema judicial que no satisface las expectativas de la ciudadanía.

IV. Bibliografía

ANDREWS, Neil (2008). *The modern civil process*. Tübingen: Mohr Siebeck.

ENTELMAN, Remo F. (1993). “RAD y Sector Privado”, en: AA.VV.: *1º Encuentro Interamericano sobre resolución alternativa de disputas. Reporte final*. Buenos Aires: National Center for State Courts - Fundación Libra.

— (2002). *Teoría conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa.

GIANNINI, Leandro (2015). *La mediación en Argentina*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Legislación

Ley 24.573. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/10/1995.

Ley 24.635. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 03/05/1996.

Ley 26.589. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 06/05/2010.

Ley XII N° 19. Digesto Jurídico, Cámara de Representantes de la Provincia de Misiones [online] disponible en: http://www.diputadosmisiones.gov.ar/digesto_juridico [Fecha de consulta: 11/04/2016]

Jurisprudencia

Fallos 324: 3184.

SCBA, sentencia del 21/10/2009, C. 101.774, “Ponce, Manuel Lorenzo y otra c/ Sangalli, Orlando Bautista y otros” [online], “Ponce” y (ambas sentencias del 21/10/2009), disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 11/04/2016]

SCBA, sentencia del 21/10/2009, L. 94.446, “Ginossi” [online], disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 11/04/2016]

Fecha de recepción: 02-03-2017 Fecha de aceptación: 18-07-2017

La defensa de las relaciones de poder y una deuda pendiente del legislador procesal

POR BELÉN MASCI (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Fundamentos de la defensa de las relaciones de poder.— III. El Régimen anterior.— IV. Crítica al Régimen anterior.— V. El Régimen Actual. Modificaciones traídas por el Nuevo Código Civil y Comercial.— VI. Incidencia del Nuevo Código Civil y Comercial en los Interdictos Procesales.— VII. Últimos Anteproyectos de Reforma de los Código Procesales Civiles y Comerciales.— VIII. Conclusión.— IX. Bibliografía.

Resumen: el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha receptado el cambio de paradigma social imperante, produciendo así la constitucionalización del derecho privado. En este sentido, para efectivizar el derecho a la tutela judicial efectiva, trae un sistema simplificado en la defensa de las relaciones de poder que se ajusta más a las necesidades de la seguridad jurídica. El régimen de las acciones posesorias dual con el que los operadores jurídicos contábamos hasta la sanción del nuevo código generaba incontables debates en la doctrina, sumándole a aquel engorroso sistema la existencia de los interdictos procesales. El Nuevo Código Civil y Comercial viene a simplificar y mejorar el régimen, siendo una deuda legislativa su recepción en los Códigos Procesales Provinciales.

Palabras claves: acciones posesorias - interdictos procesales - tutela judicial efectiva

Defense of Actual and Constructive Possession and an Unresolved Matter of Lawmakers of Procedural Law (1)

Abstract: the New Civil and Commercial Code of the Argentine Republic has concealed the change in the prevailing social paradigm, causing the constitutionalization

(*) Abogada, Universidad Nacional de La Plata. Prof. Derechos Reales, Universidad Nacional del Noroeste de Buenos Aires.

(1) *N. d. T:* Under the New Civil and Commercial Cod of the Argentine Republic, actual and constructive possession over property are jointly named “POWER RELATIONS”; that is, the detention and control of property, together with the continuous and express intention to retain that property to the exclusion of others.

of Private Law. In this sense, in order to make the right to effective judicial protection more efficient, the Code provides a simplified system of defense of actual and constructive possession over property, which is more adequate to the needs of legal certainty. The dual regime of possessory actions, which was applicable until the enforcement of the new code, provoked multiple debates in legal theory. Furthermore, the existence of injunctions made this system even more tedious. The New Civil and Commercial Code simplifies and improves this regime, being its introduction in Provincial Procedural Codes still an unresolved matter.

Keywords: *possessory actions - injunctions - effective judicial protection*

I. Introducción

La defensa de las relaciones de poder es un tema que ha traído incontables debates y dudas a juristas, jueces y a cualquier abogado litigante que necesitara echar mano a éstas defensas para proteger sus derechos. La complejidad del presente sistema fue vigorizado por toda la doctrina nacional.

Ya en 1960, el Profesor Allende (1960: 904) expresaba que:

“el siglo XIX escuchó tres vibrantes discusiones jurídicas, las que bastan por sí solas, para acordarles una jerarquía primigenia en la ciencia del derecho y a punto tal que no haya otra etapa alguna en la humanidad que jurídicamente lo supere; fuera, pues ella, está exenta de toda comparación, la que comprendió los tres primeros siglos de nuestra era. Cuan Beneficioso sería la publicación de un opúsculo intitulado Las Grandes Polémicas Jurídicas del siglo XIX”.

Dentro de estas “vibrantes discusiones jurídicas”, ubica sin hesitación alguna a la *Posesión*. Es así como desde aquel entonces la protección de las relaciones de poder se encuentra dentro de lo que son las grandes polémicas jurídicas, y aún hoy vigentes, por el complejo sistema de protección traído por nuestro máximo jurista Vélez Sarsfield, continuado por la reforma traída por la ley 1711 y aún más complejizado por los Códigos Procesales Provinciales. El nuevo Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) ha intentado con buena técnica zanjar la cuestión, simplificando el sistema, siendo una deuda del legislador procesal modificar su régimen conforme al primero.

En el presente se intentará vislumbrar la mejora legislativa traída por el Nuevo Código Unificado en comparación del sistema anterior, observando cómo influyen los cambios a nivel de la legislación procesal, llegando por último a la aquí adelantada conclusión de la necesidad de contar con una reforma procesal que adecue el sistema.

II. Fundamentos de la defensa de las relaciones de poder

El fundamento de la tutela a las relaciones de poder, que como se sabe son sólo fácticas y no necesitan causa, según lo pregona el artículo 1917 del CCiv. y Com., ha sido y es probablemente siempre objeto de enconado debate, pues en ocasiones aparece protegido un sujeto que no tiene ni el más mínimo derecho a ocupar la cosa, como un intruso oportunista que accede al bien y esgrime ser poseedor (Ventura, 2015: 1-11). El secreto del fenómeno posesorio radica en la protección de situaciones de hecho “con prescindencia del derecho que puedan tener las partes, para favorecer la armonía social, la convivencia y el orden, y evitar la justicia por mano propia” (Kiper, 2005: 482).

Ello se presenta como absolutamente razonable, teniendo en cuenta que quien es titular de una relación de poder genera una probabilidad de que el mismo sea titular de un derecho real y esa probabilidad debe generar, consecuentemente, una protección en procura de lograr armonía y paz social. Más aún, como expresa la Profesora Highton:

“(…) como consecuencia de haber asumido el Estado la tutela de ordenamiento jurídico, prohibiéndose el uso de la de la violencia en la defensa privada del derecho, lo cual constituye la función jurisdiccional, se reconoce a los individuos la facultad de requerirle su intervención para la protección del derecho que se considera vulnerado” (1979: 205).

Los fundamentos de la protección de las relaciones de poder nos lleva inexorablemente a la clásica polémica generada entre los dos grandes juriconsultos Von Ihering y Savigny, en la que visiblemente ambos llegan a igual conclusión:

Para Savigny (1842) afectar la posesión es comprometer la esfera personal del poseedor, lo cual constituye un ataque a la persona, de modo tal que la protección posesoria es una consecuencia de la prohibición de la violencia. En la posesión hay una verdadera presunción de propiedad, puesto que lo más común es que quien posea sea el dueño de la cosa cuya posesión ostenta.

Von Ihering (1892) sostiene que la defensa de la posesión es un bastión avanzado de la defensa de la propiedad. Al ser la posesión una exteriorización de la propiedad, su protección es un complemento necesario de la protección de ésta de esta última, una facilitación de la prueba en beneficio del propietario, a quien para vencer en el juicio, le bastara el hecho de probar la posesión. Aunque en ciertos casos esa protección aproveche también a quien no es propietario, es preferible correr el riesgo antes que negar protección a quien la merece.

Simplemente como colorario de este punto podemos decir que el respeto debido a la personase se refleja indirectamente sobre el hecho. La persona debe ser garantida contra toda violencia y ese es el fundamento de todo medio de defensa otorgado por el ordenamiento jurídico.

III. El régimen anterior

El régimen de defensas posesorias instaurado por el régimen anterior constituía un verdadero *pandemonio* (2). Esquemáticamente podríamos ordenarlo así:

- Protección Extrajudicial:

- * Protección Penal (Código Penal artículo 34 incs. 6 y 7) Legítima Defensa:

Exige: a) una agresión ilegítima; b) a la persona propia o de otro a los derechos propios o de otro; c) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; d) falta de provocación suficiente; e) en caso de defensa de la persona o derechos de otro, si este provocó suficientemente al agresor, se requiere que el defensor no haya participado en la provocación.

- * Protección Civil (artículo 2470 Código Civil —CC—):

Exige: a) el empleo de una fuerza por parte del agresor; b) el empleo de una fuerza suficiente que no exceda los límites de la propia defensa por parte del agredido; c) que se trate de un caso en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde.

- Protección Judicial:

- * **Acciones *Strictu Sensu***: son aquellas que solamente pueden ser ejercidas por poseedores con cierta jerarquía: Poseedores Anuales No Viciosos. De acuerdo a la *lesión sufrida* existen dos acciones posibles:

- Nominada de Manutención (artículos 2487/2497 CC): tiene por objeto conservar la posesión en su plenitud y libertad frente a un acto de turbación. Esa turbación es ejercida contra la voluntad del poseedor y con la intención de poseer.

(2) La expresión “pandemonio” fue utilizada para referirse al sistema de defensas posesorias traídas por el anterior Código Civil, tanto por Profesor Juan José Guardiola (2016). En: la *Protección de las Relaciones de Poder y los Vínculos entre el Posesorio y el Petitorio en el Nuevo Código*. Buenos Aires: La Ley. Como por el Profesor Ventura Gabriel B (2015) en: *Las defensas posesorias en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La Ley. 16/10/2015.

- Nominada de Recuperación (artículo 2487 CC): tiene por objeto obtener la restitución de la posesión frente a un acto de desposesión o despojo.
- * **Acciones Policiales:** son acciones de naturaleza provisional, ya que el resultado del juicio puede quedar sin efecto como consecuencia de otra acción posesoria (Allende, 1959; entre otros). Es por ello que exigen menores requisitos para entablarlas: son concedidas a todo tipo de poseedores y tenedores interesados.
- Acción de Despojo (artículos 2490-1 CC): tiene por objeto recobrar la posesión que ha sido perdida.
- Acción Innominada de Mantener (artículo 2469 CC): tiene por objeto conservar la posesión que ha sido turbada. Basta con la detentación actual de la cosa y el hecho de la turbación para habilitar al agredido para iniciar esta acción.

* **Acción de Obra Nueva:**

El objetivo es poner remedio o defender al poseedor contra las turbaciones o despojo consistente en una obra nueva que realiza el violador de esta posesión. Se busca suspender la obra durante el juicio y que a su terminación se mande deshacer lo hecho (Highton, 1979). Se plantea si son una acción distinta o una aplicación de las restantes acciones posesorias (Molinario, 1955).

* **Acción de Daño Temido:**

Artículo 2499 “Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares” (3).

En el Código Procesal Civil de la provincia de Buenos Aires:

Interdictos Procesales:

- Interdicto de Adquirir (artículos 601 a 603 CPCC).

Artículo 601. Procedencia. **Para que proceda el interdicto de adquirir se requerirá:**

- 1º) Que se presente título suficiente para adquirir la posesión con arreglo a derecho.

(3) Para Adrogué (1970) no constituye una defensa posesoria sino que cautelar.

- 2º) Que nadie tenga título de dueño o de usufructuario o posea los bienes que constituyen el objeto del interdicto. Si otro también tuviere título o poseyere el bien, la cuestión deberá sustanciarse en juicio ordinario.

Cuando alguien ejerciere la tenencia de los bienes, la demanda deberá dirigirse contra él y se sustanciará por el trámite del juicio sumarísimo.

El titular de la pretensión no ha tenido nunca en su poder la cosa por la que reclama. De allí que recurra a la justicia para que se la entreguen y así —recién luego de la intervención judicial— constituirse en poseedor del bien objeto del reclamo. Otra particularidad que lo diferencia de las restantes figuras consiste en la necesidad de demostrar “título suficiente para adquirir la posesión con arreglo a derecho”.

Normalmente la vía del interdicto protege situaciones fácticas y por lo tanto quien la utilice sólo deberá acreditar extremos de este tenor. Pues bien, en este caso será necesario probar el derecho a la posesión.

El legislador condiciona la viabilidad de este interdicto no sólo a la acreditación del “derecho a poseer” que surja de un título determinado —por ejemplo, contrato— sino también a que no exista otro sujeto que ostente la calidad de dueño, usufructuario o poseedor actual del bien objeto del interdicto.

En estos últimos casos, la vía no prosperará y será necesario transitar un juicio de conocimiento donde poder ventilar con amplitud de defensa y prueba el conflicto entre el derecho a poseer que plantea el actor y los derechos reales o posesión actual del demandado.

Se ha dicho que este interdicto constituye un remedio sumarísimo que procede únicamente en casos que resultan claros y no en aquéllos en que media ambigüedad en las relaciones jurídicas, no resultando viable dentro de su ámbito obtener decisión alguna acerca de la cuestión posesoria.

— Interdicto de Retener (artículos 604 al 607 CPCC).

Artículo 604. Procedencia: Para que proceda el interdicto de retener se requerirá:

- 1º) Que quien lo intentare se encuentre en la actual posesión o tenencia de un bien, mueble o inmueble.
- 2º) Que alguien amenazare perturbarle o lo perturbase en ellas mediante actos materiales.

— Interdicto de Recobrar (artículos 608 a 612 CPCC).

Artículo 608. Procedencia: Para que proceda el interdicto de recobrar se requerirá:

- 1º) Que quien lo intente, o su causante, hubiere tenido la posesión actual o la tenencia de un bien mueble o inmueble.
- 2º) Que hubiere sido despojado total o parcialmente del bien, con violencia o clandestinidad.

— Interdicto de Obra Nueva (artículos. 613-14 CPCC).

Artículo 613. Procedencia: Cuando se hubiere comenzado una obra que afectare a un inmueble, su poseedor o tenedor podrá promover el interdicto de obra nueva. La acción se dirigirá contra el dueño de la obra y, si fuere desconocido, contra el director o encargado de ella. Tramitará por el juicio sumarísimo.

IV. Crítica al Régimen anterior

A simple vista, a cualquier lector y —hasta uno improvisado— el sistema descrito podría presentársele como engorroso y confuso.

Pues los actos materiales del Desapoderamiento y Turbación de la relaciones de poder contaban con un régimen protectorio dual dentro del derecho de fondo (Acciones Posesorias *Strictu Sensu* -Acciones Posesorias Policiales) y dual por el mencionado sistema traído por el Código Civil con respecto al traído por el Código de forma.

Dentro del Código Civil, el sujeto contra quien iba el acto de desapoderamiento o turbación tenía así para ejercer su derecho de acción y, consecuentemente a obtener una tutela de sus derechos, las *acciones posesorias strictu sensu* (si cumplía los requisitos de legitimación: poseedor anual y de buena fe) con sus variantes de mantener y recuperar y las *acciones policiales* para cuyo ejercicio bastaba ser poseedor o tenedor.

La acción de obra nueva se discutía si era una acción distinta (Salvat, 1961), o si constituía un tercer tipo de acciones posesorias en su variante de mantener y recobrar, o son simples casos de aplicación de las restantes acciones posesorias (Molinario, 1955).

La acción de daño temido se discutía si era una acción posesoria o no. Así en ese sentido muchos autores entendían que no constituía una defensa posesoria sino que tenía carácter cautelar (Adrogué, 1970, entre otros).

En el régimen procesal contábamos con los interdictos de Retener, Recobrar y de Obra Nueva.

Podemos caracterizar a todas estas figuras como las pretensiones que surgen —en general— de la perturbación o despojo de la posesión o tenencia de un bien mueble o inmueble o de una obra nueva que afecte a un inmueble. Quien las esgrime busca una resolución judicial que proteja esa posesión o tenencia o —si existió privación— que la reintegre o bien que detenga el avance de la obra nueva —o se la demuela en su caso—. Como ve, se custodia el interés de quien —por lo común— detenta la mera tenencia o posesión de una cosa.

Por otro lado, luego de haber transitado tanto un interdicto como una pretensión posesoria, sólo podrá recurrirse a la pretensión real (artículos 616 y 617 *in fine*). Esto es, no se establece prelación alguna entre aquellos dos grupos de pretensiones, poniéndolas en un pie de igualdad en cuanto a los efectos de sus resoluciones, sólo subordinadas a la reivindicación —pretensión real más frecuente—.

Las circunstancias antes reseñadas —los interdictos procesales protegen iguales situaciones fácticas; no tienen prelación entre ellas y sobre las mismas sí las tienen las acciones reales; entre otras— hacían sostener a cierta parte de la doctrina que los interdictos eran la reglamentación de las acciones posesorias. Dentro de estas **teorías monistas**, se visualizaba la clara similitud entre las acciones posesorias policiales del CV con los Interdictos de retener y recobrar.

Como nota diferenciadora encontrábamos los continentes procesales de cada grupo de pretensiones: los interdictos tramitan por la vía del sumarísimo (artículos 601, 605, 609 y 613 CPCC) mientras que las pretensiones posesorias lo hacen a través del juicio sumario (artículo 617 CPCC). De estas circunstancias someramente analizadas se desprende que el litigante que contaba con la posesión o simplemente la tenencia de un bien podría utilizar cualquiera de estas dos vías (las del derecho de fondo o las de forma) siendo mucho más ventajosa la de los interdictos dada la mayor celeridad que se le habrá de imprimir al reclamo.

La tesis dualista (Highton, 1979; Borda, 1972), que es la que entiende que: el Código Procesal legisló por separado los interdictos de las acciones posesorias. Tramitando los primeros por proceso sumarísimo, mientras que las acciones posesorias lo hacen el sumario; mientras que en las acciones posesorias, aun en las policiales, es necesario un hecho de turbación o despojo, para entablar el interdicto de retener es suficiente la amenaza; el despojo en el Código Civil en el concepto amplio incluye la violencia, la clandestinidad y el abuso de confianza y en el restringido solamente la violencia, mientras que en los interdictos se refiere a la violencia y clandestinidad; mientras en que las acciones policiales pueden intentarse

todo poseedor o tenedor interesado, aun el tenedor desinteresado podrá entablar interdictos. Pues la ley no distingue.

Sin embargo el Profesor Juan José Guardiola (2015: 11) entiende que muchas de las diferencias que se puntualizan tienen que ver con las acciones posesorias propiamente dichas, no con las policiales. Así por ejemplo 1) la caducidad anual prevista para los interdictos se compadece con la establecida por el artículo 2493 CC, aunque ese plazo sea de prescripción (artículo 4038 CC) pero para las posesorias en sentido estricto; 2) que el interdicto de recobrar aluda a tenedor entre los legitimados activos, sin salvedades no impide su armonización con la parte final del artículo 2490 CC; 3) los beneficiarios del despojo como legitimados pasivos en el interdicto de recobrar son los sucesores singulares de mala fe del artículo 2491; 4) que el artículo 2469 diga “sumariamente” (al igual que el no reformado artículo 2501) no significa que el término esté empleado técnicamente en el sentido específico con que lo reglamentan las leyes procesales, sino que deberán ser de trámite; desde esta perspectiva no existe ningún inconveniente en que las acciones policiales/interdictos tramiten por juicio sumarísimo y las posesorias *stricto sensu* por juicio sumario. No obstante que en puridad técnica y dogmática adscribo —dice el mencionado profesor— sin dudas a la tesis dualista sustantiva y con reservas a la monista procesal, resulta imposible dejar de reconocer desde el derecho vivo, que la tesis unitaria que propone prescindir de los requisitos de anualidad y ausencia de vicios por considerarlos inútiles o prácticamente derogados, aun sin rigor científico, ha terminado imponiéndose en los hechos. Como expresa Borda (1972: 954), el más representativo de sus sostenedores, “ha surgido un nuevo monismo, pero de signo contrario: las acciones posesorias han quedado absorbidas por los interdictos (admitiendo, como es evidente, que la acción de despojo tiene todas las características de un interdicto y no de una acción posesoria propiamente dicha)” y agrega a esta última consideración la innominada de manutención. Desde una óptica bien distinta y que en general comparte, Mariani de Vidal (1971: 113) ha dicho respecto de esta última “Pensamos que, atento las menores exigencias y la mayor rapidez del trámite que caracterizarán a la acción policial de mantener del artículo 2469, caerá prácticamente en desuso la defensa de los artículos 2487, 2495 y 2496”. Igual suerte corrió la posesoria de restitución, ya que su escaso mayor alcance en la mayoría de los supuestos no justifica las mayores exigencias probatorias propias de su limitada legitimación activa (4).

(4) Una valoración similar hicieron Morello (1995: 14-15) y Laquis (1975: 636-641).

V. El Régimen Actual. Modificaciones traídas por el Nuevo Código Civil y Comercial

Con el advenimiento del nuevo Código Civil y Comercial se procuró clarificar el complejo esquema anterior siguiendo en gran medida el sendero del Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998.

La reforma producida en los temas de estudio ha generado una simplificación en el tema conforme era reclamada doctrinaria y judicialmente, simplificando la tarea de elegir al justiciable el remedio jurídico más eficiente para la protección de sus derechos. Una excesiva cantidad de defensas para los mismos casos, con la principal diferencia de la legitimación, generaba inversamente un obstáculo para obtener una respuesta jurisdiccional acorde.

El proceso común civil es el espejo donde se reflejan de la manera más directa los conflictos de nuestra época, que tocan el “corazón”, la estructura misma de la sociedad. De ahí que el fenómeno, y aún todo el sistema de justicia, ha de ser contemplado necesariamente bajo el perfil de su *efectividad*, de su *accesibilidad*, de su *adecuación* a las instancias de una sociedad renovada y sustentada en *valores* proyectados hacia la construcción de un *orden social más justo* (Berizonce, 1997: 313). Precisamente ha de comenzarse por desentrañar cuáles sean, en un lugar y tiempo determinados los *principios y valores* que la comunidad prioriza como ingredientes esenciales para la configuración del íntegro sistema judicial. Principios y valores que se objetivasen en la Constitución y su interpretación y aplicación concreta por los jueces, especialmente de los altos tribunales (Berizonce, 2012: 344).

Sin lugar a dudas, el paradigma constitucional imperante en nuestra sociedad imperante y ratificado por nuestro nuevo código unificado, trae como principios rectores a la ***Tutela Judicial Efectiva***, la cual se efectiviza con la des formalización del proceso, el acceso a la justicia, la humanización del proceso y la simplificación de las formas. El complejo sistema de defensas no permitía sin lugar a dudas la máxima expresión de aquellos principios. Veamos cuál es el régimen vigente:

Protección extrajudicial:

Protección Civil. Artículo 2240 CCiv. y Com.

Protección Penal.

Protección Judicial:

Acción de Despojo (artículo 2241).

Acción de Mantener (artículo 2242).

Acción de Obra Nueva como variantes de aquellas.

En el Código Procesal: Interdictos.

Es así como actualmente existen sólo dos tipos de acciones con legitimación amplia “poseedores y tenedores” y diferenciándose ambas por el hecho de que haya turbación (acción de mantener) o desapoderamiento (en cuyo caso, corresponderá la acción de despojo).

El sistema limitado ahora a dos únicas acciones, estructuradas al modo de las antiguas policiales, para la posesión y la tenencia y reguladas incluso en términos más amplios, subsumiendo claramente en ellas la de obra nueva.

Es así como se elimina la importancia de la “anualidad” y la importancia de la calificación de “viciosa” (ambos caracteres requeridos para que un poseedor pudiera ejercer una acción *strictu sensu*).

Se recepta la Acción de Daño Temido en la acción de mantener, sin perjuicio de que en la mayoría de los supuestos encuentre cabida propia y adecuada en la función preventiva del daño de la que se ocupan en materia de responsabilidad los artículos 1710 a 1713 del nuevo Código.

Si bien, como venimos explicando resulta a simple vista la eliminación de la dualidad de acciones en el código de fondo, existe una minoría que no está de acuerdo con ello. Para aquella posición, si atendemos al texto de los nuevos artículos 2241 y 2242, ambas normas expresan que “corresponde la acción de despojo o de mantener, respectivamente a todo tenedor o poseedor”, pero cuando leemos el artículo 2245 (“legitimación”) dice “corresponden las acciones posesorias a los poseedores”. De lo que se entiende que no podrían ser las mismas acciones si han merecido otra norma, y que además con legitimación activa diferente. Esa norma trae un supuesto de excepción en el que un tenedor puede tener las acciones reguladas, por lo que los tenedores normalmente no tendrían acciones posesorias. ¿Qué sentido tendría esta disposición que confiere acción al tenedor, si él hubiese estado ya legitimado, por su propia relación de poder, para el ejercicio de la acción posesoria? Del artículo 2241 surgiría la acción policial de despojo y del artículo 2242 la acción policial de mantener, teniendo ambas por ello legitimación amplia. Las acciones posesorias propiamente dichas surgirían del artículo 2245, teniendo una legitimación activa acotada a la posesión y concediéndose excepcionalmente a los tenedores por vía subrogatoria, cuando los poseedores de quienes aquellos tienen su tenencia, no las ejercieren por sí (Ventura, 2015).

VI. Incidencia del Nuevo Código Civil y Comercial en los Interdictos Procesales

¿Cómo convive el aparente régimen de las acciones expresamente reconocidas con legitimación amplia de Despojo y Mantener con el régimen procesal?

Como vimos anteriormente, los autores ya venían explicando las similitudes entre las acciones policiales y los interdictos, así, habiéndose suprimido de la letra de la ley a las *strictu sensu* dicha posición aún sería más clara. Parecería afirmarse la posición de que los interdictos constituyen la regulación procesal de las acciones contenidas en el Código Civil.

Por último, como vimos también, para la tesis dualista no podían asimilarse por tener distinto tipo de proceso. El antiguo artículo 2469 decía sumariamente y los interdictos en principio tramitarían por las reglas del sumarísimo. Si bien los monistas ya expresaban que el artículo 2469 diga “sumariamente” (al igual que el no reformado artículo 2501) no significaba que el término esté empleado técnicamente en el sentido específico con que lo reglamentan las leyes procesales, sino que deberán ser de trámite; y desde esta perspectiva no existe ningún inconveniente en que las acciones policiales/ interdictos tramiten por juicio sumarísimo y las posesorias *stricto sensu* por juicio sumario, el nuevo Código trae el artículo 2246 que establece que las acciones posesorias tramitan por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales o el que determine el juez.

Estas cuestiones permiten vislumbrar el fin de la dicotomía de las defensas del Código Civil con los interdictos procesales, debiendo los mismos ser reemplazados por una normativa procesal regulatoria de las acciones establecidas sustantivamente, so pena de caer en pronto desuso si ya no lo están haciendo como el de adquirir.

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (celebradas en el año 2011 en San Miguel de Tucumán) declararon de *lege ferenda* la necesidad de derogar los regímenes locales de interdictos posesorios en cuanto signifiquen la superposición o creación de nuevas acciones al margen de lo previsto en el Código Civil.

La modificación de nuestro Código de Procedimientos es una deuda pendiente, el mismo debe acatar la directriz general establecida por el Código Civil y Comercial.

VII. Últimos Anteproyectos de Reforma de los Código Procesales Civiles y Comerciales

- a. *Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de La Nación (Kaminker - Gonzales de la Vega - Sprovieri -Grillo Ciocchini - Salgado - Herrera)*, no incluye como juicio especial a las defensas de las relaciones de poder.

- b. *Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de La Provincia de Bs. As (Hankpvits -Hitters - Grillo Ciocchini - Soto - Panigadi)*, no trae grandes cambios y continúa con la dualidad entre Interdictos y Acciones posesorias.

VIII. Conclusiones

A lo largo de la presente exposición se intentó ver de manera simplificada el régimen de las defensas de las relaciones de poder en el régimen anterior y el actualmente vigente con el Nuevo Código Civil y Comercial. Todo ello, con el principal propósito de poder observar los conflictos e inseguridades jurídicas que trae un régimen donde un mismo instituto (las relaciones de poder) tiene diversas protecciones en el ámbito del derecho de fondo y en el de forma, que exige una reforma procesal que genere una uniformidad de régimen de manera urgente. El Código Civil y Comercial de la Nación “ya ha hecho su parte” simplificando su sistema, sería de suma importancia que la reforma a los códigos procesales civiles y comerciales, que tanto se espera por parte de los procesalistas, procediera a reformar el sistema adecuando sus normas a los parámetros orientadores que trae la normativa de fondo en el tema. Así, sería óptimo que dejara de referirse a los Interdictos, para traer normas referidas específicamente a las acciones posesorias.

Si bien el Nuevo Código Civil y Comercial trae ciertas inconsistencias en su articulado (genera la duda de la coexistencia de la dualidad entre acciones *strictu sensu* y policiales por la redacción del artículo 2245; la incorrecta redacción del artículo 2239 que parece traer una acción posesoria sin tener como antecedente una relación real, entre otras), ha cumplido los fundamentos expresados en su anteproyecto:

“Título XVI: Acciones posesorias y acciones reales”

Capítulo 1. Defensas de la posesión y la tenencia.

En cuanto a las defensas de la posesión y la tenencia, este Anteproyecto pretende simplificar y esclarecer el sistema del Código de Vélez que dio lugar a múltiples interpretaciones sobre la cantidad de acciones y remedios que contiene y los variados supuestos en que aquél cuya relación de poder sea violentada puede desplegarlos. El abanico es muy variado y la doctrina se encargó de explicarlo, sin mayor éxito. Afortunadamente, en la práctica se utilizan razonablemente y sin hacer distinción sobre cuál es la acción que se entabla de toda la gama de las ofrecidas. Lo importante es la respuesta a las lesiones que se sufren: la restitución o la manutención de la posesión o la tenencia.

Sería óptimo que nuestros jueces puedan dilucidar los conflictos que surgen de la letra de la nueva ley civil y que la reforma a los Códigos Procesales trate el

presente tema de manera coincidente al código de fondo. El legislador procesal siempre ha ido receptando los nuevos paradigmas sociales imperantes de manera lenta a comparación con el legislador civil. La sociedad evoluciona constantemente y es necesario que dichas evoluciones puedan ser acompañadas por nuevas leyes tanto civiles como procesales en consonancia con ello.

IX. Bibliografía

ADROGUÉ, Manuel (1970). “La Protección Posesoría en la reforma civil”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 140, pp. 1181-1187.

ALLENDE, Guillermo L. (1959). “Nociones sobre interpretación de los contratos y terminología posesoria”, en: *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 101, pp. 916-926.

— (1960). “La Defensa de la Posesión y la Tenencia en Nuestro Código Civil y en Los Códigos Contemporáneos”, en: *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 99, pp. 904-910.

BERIZONCE, Roberto Omar (1977). “Las Grandes Líneas Tendenciales del Proceso Civil a Fines del Segundo Milenio”, en: *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, pp. 51, 311-322.

— (2012). “El Bloque de Constitucionalidad como Pivote de las Políticas Públicas en el Área de la Justicia”, en: *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, pp. 38, 344-351.

BORDA, Guillermo A. (1971). “Acciones Posesorias e Interdictos: el problema de su identidad o dualidad”, en: *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 146, pp. 950-954.

CAMPS, Carlos Enrique (2004). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: anotado. Comentado. Concordado*. Buenos Aires: Depalma. T. II.

CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (2015). *Código Civil y Comercial. Comentado. Anotado y Concordado*. Buenos Aires: Astrea. T. VII.

GUARDIOLA, Juan José (2016). “Protección de las Relaciones de Poder y los Vínculos entre el Posesorio y el Petitorio en el Nuevo Código”, en: *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Buenos Aires: La Ley, pp. 1-33.

HIGHTON, Elena I. (1979). *Posesión*. Buenos Aires: Hammurabi.

HIGHTON, Elena Nolasco y otros (2009). *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación*. Buenos Aires: Hammurabi.

IHERING, Rudolf V. (1892). *Teoría de la Posesión. El fundamento de la Protección Posesoría*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.

KIPER, Claudio M. (2005). "Comentario a los arts. 2351-2501", en: Eduardo A. Zannoni (dir.) y Aída Kemelmajer de Carlucci (coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado. Anotado y Concordado*. Buenos Aires: Astrea, pp. 183- 611.

LAFAILLE, Héctor (1943). *Tratado de Derechos Reales*. Buenos Aires: Ediar.

MOLINARIO, Alberto D. (1955). *De las Relaciones Reales*. Buenos Aires: La Ley.

SALVAT, Raymundo M. (1961). *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos Reales*. 5ª ed. Buenos Aires: TEA.

SAVINY, Federico C. (1842). *Traité de la Posesión en Droit Romain*. Paris: Joubert Libraire.

VENTURA, Gabriel B. (2015). "Las defensas posesorias en el Código Civil y Comercial", en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 16/10/2015, pp. 1-11.

Fecha de recepción: 31-03-2017

Fecha de aceptación: 15-06-17

La donación en la concepción romana y su recepción en el Derecho Argentino

POR JUAN CARLOS MARTIN (*)

Sumario: I. La Donación en la concepción jurídica-romana.— II. Recepción de las donaciones en el Código Civil Argentino.— III. Nuevo Régimen en el Código Civil y Comercial de la Nación — Ley 26694.— IV. Principales cambios del nuevo Código Civil y Comercial con respecto al Derecho Romano y el Código Civil de Vélez.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía.

Resumen: el presente trabajo se orienta a desarrollar el criterio aplicado por los romanos con relación a las donaciones y mostrar como Vélez Sarsfield al legislar lo hizo junto a los contratos, ya que las entendía como tales, decisión que las descartaba de la parte correspondiente a las disposiciones de última voluntad como los testamentos. Siguió el criterio del Derecho Romano, alejándose del pensamiento del Derecho Francés, que las reglamentaron bajo un título común. El mismo criterio es seguido por el actual Código, el cual reformula la definición del contrato, remarcando la naturaleza jurídica de la donación como contrato. La diferencia de criterio que se encuentra en el nuevo Código con relación al Derecho Romano y lo fijado por Vélez es que se permite las donaciones entre cónyuges, y la opción de separación de bienes. Para una mayor comprensión de las donaciones, pasamos a un desarrollo histórico de su concepción.

Palabras claves: donaciones - contrato bilateral - separación de bienes

The donation in the roman conception and its reception in Argentine Law

Abstract: *The present work is oriented to develop the criterion applied by the Romans in relation to the donations as well as to show how Velez Sarsfield included them among the contracts, since he understood them like that. This decision resulted in removing the donations from the part corresponding to the last will dispositions such as the testaments. By doing this, he followed the criterion of the Roman Law, moving away from the French Law, that regulated them under a common title. The same*

(*) Prof. Titular Interino Cátedra 3, Derecho Romano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Consejero Académico Titular, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, UNLP. Prosecretario de Relaciones Institucionales, UNLP.

criterion is followed by the current Code, which recasts the definition of the contract, stressing the legal nature of the donation as one of them. The difference of criterion found in the new Code in comparison with the Roman law and what was legislated by Vélez, consists in that donations are allowed between spouses and in the option of separation of goods. For a greater understanding of the donations, we move to a historical development of its conception.

Keywords: donations - bilateral agreement - separation of marital

I. La Donación en la concepción jurídica-romana

Las donaciones (*donationes*) aparecen en el Derecho Romano Antiguo como un negocio jurídico, no sólo con una denominación propia, sino también con una particularidad de efectos que las distinguen del resto de las instituciones. Esencialmente se configuran cuando un sujeto realiza una atribución patrimonial, un traslado de propiedad a otro, sin recibir ninguna contraprestación a cambio, es decir, con carácter gratuito. Se evidencia el empobrecimiento del donante frente al enriquecimiento del donatario, a quien, si bien no se le exigía la aceptación como requisito de validez, tenía la facultad de rechazar.

La donación consiste en la convención adoptada entre dos partes, por la cual una de ellas atribuirá a la otra algo en forma gratuita. El objeto de la donación puede ser la transmisión de una cosa, o la constitución de un derecho real, la cesión de un crédito, el asumir una obligación, etc. Lo importante es que haya *animus donandi*, o sea, una intención de cumplir una liberalidad.

Con el correr de los años, este concepto evolucionó, ampliándose y perfeccionándose, aplicándose no solo a los negocios traslativos de propiedad, sino a todos aquellos en los cuales un sujeto podía efectuar gratuitamente una concesión patrimonial, como pagar una deuda o renunciar al ejercicio de un derecho.

En este instituto se puede distinguir un elemento subjetivo, el llamado *animus donandi*, consistente en la voluntad del donante en hacer una atribución particular a otro sujeto, sin obligatoriedad alguna. Unido a éste aparece el elemento objetivo configurado en el empobrecimiento, la disminución patrimonial del donante, a la que se corresponde el aumento patrimonial o enriquecimiento del beneficiario.

La absoluta gratuidad determina la donación, confirmando una convención de dar entre donante y donatario, la cual en sus orígenes no presentaba la obligatoriedad, es decir que el donatario no tenía acción. Esto implicaba el uso de un procedimiento de derecho común que daba al donatario posibilidad de acción. Los más usados consistían en transferir la propiedad de la cosa por medio de la

mancipatio, la *iure cessio* o la *traditio* —si fuera la cosa *rec mancipio*—; así el donatario tenía la *rei vindicatio*. Otra posibilidad era la estipulación que hacía al donatario acreedor del donante, generándose la condición para ejecutar la donación.

Se distinguía la *donatio inter vivos* de la *donatio mortis causa*. Esta última es hecha por el donante en previsión de su fallecimiento y sólo se hace perfecta en el momento de su muerte, caducando al morir primero el donatario. En todos los casos la caducidad de la liberalidad por la muerte anterior del donatario es un carácter esencial de la donación *mortis causa*, sin la cual sólo es una donación ordinaria entre vivos. Es también revocable a voluntad del donante como una disposición de última voluntad. Hasta su muerte el donante puede cambiar de parecer y revocar la liberalidad que ha hecho. Llega a caducar si el donatario muere antes que el donante, cuando habiéndose hecho la donación en vista de una probabilidad de muerte determinada, el donante se salva de ese peligro y, por último, cuando el donante revoca la donación.

En el derecho romano se trató de muy distinta manera a las donaciones. Así es que en un principio, los romanos desconfiaron de la transmisión de valores patrimoniales sin contraprestación, por lo que trataron a estos negocios en forma muy recelosa. Los juristas de la época buscaron proteger al donante y a la familia contra las donaciones indiscriminadas y en demasía, fruto de ello es la sanción de la Lex Cincia en el año 204 a.C., plebiscito propuesto a fines del siglo III a.C. por el tribuno M. Cincius Alimentus; que además de prohibir a los abogados recibir dinero o regalos para pleitear, prohibía hacer donaciones que pasen de un cierto monto, el cual se desconoce, estando exceptuados si fueren realizadas entre personas unidas entre sí por vínculos agnaticios, cognaticios y de afinidad.

Esto provocó la distinción de dos categorías de donaciones, una, constituida por donaciones que no superan la tasa legal o que se realizaban entre personas exceptuadas, sujetas por lo tanto al derecho antiguo; y otra, constituida por las donaciones superiores a la tasa entre personas no exceptuadas comprendidas bajo la Lex Cincia.

Esta ley fue imperfecta, es decir, no indicaba la pena de nulidad ni de multas para las donaciones hechas en contra de los límites implantados, por ello intervino el pretor concediendo la *exceptio legis Cinciae*, que permitirá al donante evitar que se logre por vía de acción la entrega de la cosa donada.

Hacia el fin de la República, la costumbre había prohibido las donaciones entre esposos, *se temían los enriquecimientos logrados por la intervención de los sentimientos*, así como también para impedir un divorcio, una de las partes intentara la paz del hogar con dinero. Esta prohibición será atenuada en el siglo III d.C. al disponerse, por un senado consulto, que el esposo que recibiera la donación podía

retener los objetos si el otro moría sin revocar el negocio. Además se determinó que cuando se dudara del origen de lo adquirido por la mujer casada, debía presumirse, salvo prueba en contrario, que provenía de su marido.

La donación en el derecho clásico no era considerado un negocio jurídico en sí mismo, sino solamente una *iusta causa*, a los efectos de justificar una determinada apropiación patrimonial; pero en la época de Constantino, se hará de la donación un negocio típico, incluso se le exigirá una determinada forma, además de la entrega de la cosa, la redacción de un documento que debía ser inscripto en forma oficial (*insinuatio*).

Surge una nueva institución en los albores del siglo IV d. C: **la Insinuación**, que consistía en la necesidad de transcribir en Registros públicos el escrito donde se realizó la donación que supere los doscientos sólidos, aun cuando fuera entre personas exceptuadas por la ley. Si la donación superaba la tasa se consideraba nula en todo lo que excedía. Se exigía en interés de los donantes, su familia y de terceros, que por medio de la publicidad ponía obstáculos para las liberalidades clandestinas.

Perfeccionada la donación entre vivos, el donante no puede revocarla en forma arbitraria, salvo autorización en ciertas causas especiales, una de ellas se configuraba cuando la donación se hace bajo ciertas cargas que se le imponían al donatario, si este no cumplía con las mismas el donante estaba facultado a exigir la restitución de lo donado.

En la época de Justiniano se estableció como principio general de revocación de las donaciones entre vivos por un acto de ingratitud del donatario; entonces el donante obtenía la revocación por medio de una *condictio ex lege*.

Un tratamiento particular mereció para el Derecho Romano las atribuciones patrimoniales gratuitas efectuadas por un sujeto a otro y que tienen eficacia a la muerte del donante, denominadas "*donatio mortis causa*".

Estas donaciones ocupan un lugar intermedio entre las donaciones entre vivos y los legados, y eran realizadas por el donante en previsión de su fallecimiento, convirtiéndose en perfecta al momento del fallecimiento y caduca si muere antes el donatario.

En los escritos de Ulpiano se presentan dos situaciones distintas que podríamos considerar: las donaciones donde el donante dona para que solo en el momento de su muerte ocurra la atribución patrimonial a favor del donatario, es decir que está sujeta a una condición suspensiva, y aquellas donaciones donde el donante la efectúa ante la eminencia de un peligro grave, por ejemplo si partía a una expedición lejana o al momento de un combate; para que la atribución gratuita se realice en forma inmediata, en este caso el efecto de la atribución al donatario

ocurre cuando el donante está con vida, pero no se realiza si este último se salva del peligro o el donatario muere antes.

En dicha época se admitía la revocación de la donación si el donante cambiaba su voluntad, esto implicaba que la *donatio mortis causa* se convertía en perfecta a la muerte del donante. Justiniano incorporó la *donatio mortis causa* condicionada entre los contratos innominados, es decir que admitían la revocación real con devolución al donante de la propiedad de la cosa cuando se producía el evento (*condición resolutoria*).

Originalmente la aplicación de las donaciones *mortis causa* se dio cuando comenzaron a limitarse los legados, aunque en el Derecho posclásico y en la época de Justiniano se acentuó la tendencia de equiparar las donaciones a los legados.

En los primeros siglos de Roma, la *manus* acompañaba frecuentemente al matrimonio, haciendo imposible la donación entre los esposos, debido a que los bienes de la mujer pertenecían al marido, pero si la mujer no estaba *in manu*, las donaciones entre esposos quedaron permitidas.

Existieron excepciones a favor de ciertas liberalidades, a las que no se les podía aplicar las prohibiciones, estas eran por ejemplo las donaciones *divortii causa*, practicadas en el momento del divorcio, y las donaciones *mortis causa* que no eran perfectas sino por la premoriencia del donante, y por consiguiente después de la disolución del matrimonio. La nulidad absoluta correspondía a la inobservancia de las prohibiciones, independientemente del procedimiento por el cual fuere realizada la donación.

Hacia el fin de la República y al principio del Imperio apareció una prohibición absoluta, el exceso de los divorcios hizo más sensible el inconveniente de las donaciones, dado que el matrimonio se había convertido en una especulación, uno de los cónyuges se aprovechaba de la debilidad y del afecto del otro, para obtener de éste sus bienes. La amenaza del divorcio era utilizada como medio para recibir las liberalidades que el cónyuge malicioso quisiera, por ello en esa época se prohibieron las donaciones entre cónyuges por la sola autoridad de la costumbre establecida bajo la influencia de los jurisconsultos.

Justiniano decidió que en la donación entre cónyuges cuando el donante moría sin cambiar la voluntad de revocar, debía ser considerada como verdadera donación entre vivos.

El fundamento de la prohibición de estas donaciones se basaba, en la amenaza latente de uno de los cónyuges abusando de la influencia que tenía sobre el otro para obtener así liberalidades y enriquecerse a su costa.

II. Recepción de las donaciones en el Código Civil Argentino de Vélez

No es difícil comprender después de este paneo histórico por el mundo jurídico de los romanos, que siguiendo a Justiniano en el Digesto, nuestro Código Civil de Vélez ubique a las donaciones en el libro II de los Derechos Personales, en las relaciones civiles, en la Sección Tercera de las Obligaciones que nacen de los contratos, bajo el título VIII de las donaciones, definiendo en su artículo 1789 “que habrá donación cuando una persona por acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa”.

A su vez el artículo 1792 venía a completar al artículo 1789: Para que la donación tenga efectos legales, debe ser aceptada por el donatario, expresa o tácitamente, recibiendo la cosa donada.

En la nota del artículo 1792, la aceptación de la donación no es otra cosa, que el consentimiento en el contrato por parte del donatario, consentimiento que está sometido a las reglas generales de los contratos. La aceptación del donatario, en cuanto ella constituye su consentimiento; no es una condición de forma sino parte esencial de la sustancia misma de la convención. La máxima *locus regit actum* no le es aplicable y así la donación hecha en un país donde la aceptación no es requerida de una cosa existente en ese país, no puede ser considerada válida entre nosotros.

Un artículo muy particular del Código Civil de Vélez es el 1808 que dice: “no pueden aceptar donaciones: 1) la mujer casada, sin licencia del marido o del juez”.

No puede soslayarse entre las donaciones aquellas que se presentaban como un verdadero peligro como son las efectuadas durante el matrimonio por uno de los cónyuges a favor del otro, considerando que uno de los esposos pueda abusar de su influencia sobre el otro para enriquecerse.

Siguiendo a la legislación romana, entre las razones que fundan el sistema prohibitivo, se encuentran la necesidad de evitar que el más fuerte de los esposos imponga dominaciones al otro por medios persuasivos o coactivos, la turbación que en las relaciones entre los cónyuges podría producir el traspaso de bienes de uno al otro y la posibilidad de que por vía de ellas se defrauden los derechos de los acreedores del donante o de sus herederos legitimarios.

El artículo 1807 inciso 1 disponía: “No pueden hacerse donaciones los esposos el uno al otro durante el matrimonio”, y el 1820 añadía: “Las donaciones mutuas no son admitidas entre esposos”. La prohibición es absoluta, pero comprende solo las donaciones y no las liberalidades enunciadas en el 1791; pues suponen una entrega gratuita, pero sin transferencia de dominio, así lo establece el inciso 8: “Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente; pero

no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas". A su vez, el artículo 3480 admitió las liberalidades en la medida en que sean razonables: alimentos, gastos para educación, deudas de ascendientes y descendientes, regalos de uso o amistad.

III. Nuevo Régimen en el Código Civil y Comercial de la Nación —Ley 26.694—

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial sancionado por la ley 26.994, se define el contrato de donación en el artículo 1542 que establece: "Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra y ésta lo acepta".

Según se expresa en los Fundamentos del Proyecto, esta definición ha sido tomada del Anteproyecto de modificación del año 1954, exigiendo concretamente que la donación debe ser aceptada por el donatario. Con ello queda fuera de toda discusión la naturaleza contractual de la donación, al requerirse para su perfeccionamiento el consentimiento de donante y donatario.

Además, se le asigna al contrato sólo efecto obligacional, al disponer que el donante se obliga a transferir gratuitamente la propiedad de una cosa, superando también las críticas que en ese aspecto se habían hecho a la definición contenida en el Código derogado, que lo caracterizaba como un contrato con efecto real.

La donación ha sido caracterizada claramente como contrato, lo que permite distinguirla con precisión de la atribución unilateral gratuita *mortis causa*, que se hace por testamento.

Es decir que se ha puesto fin al debate existente tanto en nuestro país como en el Derecho Comparado en referencia a la naturaleza jurídica de la donación, entre quienes sostenían que se trataba de un acto unilateral, que sólo concedía un beneficio cuya aceptación no difería de la que corresponde a un legado, y los que, por el contrario, en defensa de su naturaleza contractual, consideraban que mientras el legatario tiene que esperar a la muerte del testador para aceptar la oferta, el donatario puede hacerlo mientras la misma no haya sido retractada.

En efecto, queda ahora perfectamente clara la diferencia entre la donación y las atribuciones gratuitas efectuadas por testamento. La donación produce efectos inmediatos, no siendo admisible que los mismos se subordinen a la muerte del donante, según el texto expreso del artículo 1546 del nuevo Código; en cambio el testamento, sólo produce efectos a partir de la muerte del testador (artículo 2466 Código Civil y Comercial —CCiv. y Com.—).

Consecuentemente, al ser la donación un contrato no puede ser revocada sino por las causas legalmente previstas, en cambio el testamento es revocable a voluntad del testador.

Con relación al objeto de la donación, mantiene el mismo criterio del Código derogado en el sentido que, la donación debe versar sobre cosas, las que deben ser entendidas en sentido propio, es decir como objetos materiales susceptibles de valor económico, acorde con lo dispuesto en el artículo 16 del CCiv. y Com.

Si se trata de la transferencia de bienes inmateriales, la misma puede hacerse por vía del contrato de cesión, al que, en el caso de ser gratuito, se le aplicarán supletoriamente las reglas de la donación (artículo 1543).

El nuevo Código establece que la donación es un contrato de carácter **consensual**, al exigir que exista acuerdo de ambas partes, una que se obliga a transferir una cosa y la otra que la acepta, expresa o tácitamente; siendo unilateral, ya que la única obligación que la norma consagra es la del donante, que no es otra que la de transferir la cosa donada; **es gratuito**, al disponer el artículo 96 que los contratos a título gratuito son aquellos que aseguran a otro de los contratantes alguna ventaja, con independencia de toda prestación a su cargo; **y es formal**, si bien el artículo 1015 consagra como regla la libertad de forma, se han dejado a salvo los supuestos en que se haya impuesto un determinado proceder, tal como ocurre con la donación cuando se trata de inmuebles, de muebles registrables o de prestaciones periódicas o vitalicias.

En orden a las donaciones de cosas muebles no registrables o de títulos al portador, el artículo 1554 establece que deben hacerse por la tradición del objeto donado.

IV. Principales cambios del nuevo Código Civil y Comercial con respecto al Derecho Romano y el Código Civil de Vélez

Dentro del análisis y comparación con el Derecho Romano y el Código derogado de Vélez, el principal cambio que encontramos en el nuevo Código Civil y Comercial, tiene que ver con el matrimonio, ya que permite que los cónyuges puedan optar por el régimen de separación de bienes, donde cada uno conservará la libre administración y disposición de sus bienes personales.

La regulación en materia de relaciones económicas entre los cónyuges fue objeto de modificaciones parciales a poco de iniciado el siglo pasado, a través de las leyes 11.357, de derechos civiles de la mujer y 17.711, que incorporara el sistema de gestión separada en cabeza de cada cónyuge respecto de sus bienes propios y gananciales.

No obstante, estas modificaciones legislativas, las características generales del diseño de Vélez respecto del régimen patrimonial del matrimonio, no dieron cabida a la autonomía personal de los cónyuges, uno de los paradigmas sobre los que se estructura el nuevo Código Civil y Comercial.

Vélez Sarsfield había rechazado las convenciones por ser ajenas a nuestras costumbres y por considerarlas indecorosas, consideraba incorrecto que quienes compartirían la totalidad de sus vidas discutieran sobre la insignificancia del dinero antes de ingresar en la relación matrimonial.

Para justificar este rechazo a la autonomía personal de los cónyuges, en la nota al artículo 1217 del Código Civil, Vélez expresaba que: “nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y su falta no hace menos felices a los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país (...). La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitamos solo las convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y los intereses de terceros”.

A raíz de los fenómenos sociológicos sucedidos en las últimas décadas en razón a la familia, dentro de los cuales se ha notado un gran avance en la independencia de la mujer en materia económica, obligaron a los legisladores a repensar las razones enunciadas por Vélez, abriendo paso al reconocimiento de la autonomía personal de los cónyuges para determinar libremente su proyecto de vida en común, principio que, en la esfera patrimonial, se admite con limitaciones que encuentran justificación en la solidaridad y armonía familiar.

El artículo 447 del CCiv. y Com. se refiere a la invalidez de otros acuerdos: “Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio es de ningún valor”.

Entre los cónyuges, solamente existe una prohibición de donar para aquellas personas menores de edad autorizadas judicialmente a casarse en el artículo 450: “Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inciso d)”.

El derecho comparado nos muestra que algunas legislaciones modernas prohíben los contratos entre esposos, mientras que otras se refieren a la plena libertad de contratación.

Así, por ejemplo, entre las legislaciones que permiten la contratación entre cónyuges encontramos en el artículo 1323 del Código Civil Español que establece: “Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y

celebrar entre sí toda clase de contratos”, el artículo 177 del Código Civil de Suiza dispone que: “Todos los actos jurídicos son permitidos entre esposos”, y en el Código Civil de la República de Panamá prevé en su artículo 1167 que: “es permitida la contratación entre los cónyuges (...)”.

En otro extremo aparecen las prohibiciones, el artículo 1138 del Código Civil de Chile establece: “Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos. Son nulas asimismo las entre personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos una de otra. Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables”.

También tenemos el caso de Perú. Antiguamente su Código prohibía, en su artículo 1339, la celebración de contratos entre marido y mujer, con excepción del contrato de mandato. Sin embargo, actualmente, no incluye ninguna normativa que prohíba la contratación entre cónyuges.

En cuanto a Francia, a partir de la reforma legislativa del año 1985 ha consagrado la libertad de contratación entre cónyuges.

V. Conclusión

En el presente trabajo se desarrolló brevemente la evolución de las donaciones en el Derecho Romano y se expusieron los motivos por los cuales Vélez Sarsfield tomó el criterio de incluirlo en su Sección Tercera de las Obligaciones que nacen de los contratos del Código Civil, diferenciándose de otros encuadres, como el caso del Código Alemán y el Código Suizo, donde las donaciones aparecen con el nombre de “disposiciones”, o el Código Napoleónico que lo denomina “acto”.

Consideramos que actualmente al realizar un análisis de los antecedentes romanos y una correcta lectura del Código Civil y Comercial se percibe con claridad la distinción del instituto de las donaciones frente a los derechos sucesorios, testamentarios y legados, un encuadre distinto al planteado llevaría a confundir y entremezclar estos conceptos.

En este proceso encontramos que, en el Derecho Romano, el Código de Vélez Sarsfield y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación siguen la misma orientación, al integrarse a la regulación como un contrato, siendo su naturaleza jurídica de carácter bilateral como acto jurídico, requiriendo para su perfeccionamiento la voluntad libremente expresada del donante y del donatario.

El gran cambio que se produce en el nuevo Código Civil y Comercial es en el ámbito de las relaciones personales de las familias, teniendo un fuerte impacto en el plano patrimonial.

Con la reforma y la sanción del Código Civil y Comercial, rige el principio de autonomía de la voluntad. Entendida ésta, como la libertad de los cónyuges de decidir si celebran o no un contrato, como así también, de elegir con quien lo celebran. A su vez, la libertad contractual permite a estos definir términos, contenido y condiciones del contrato, en ejercicio de la libertad de declarar su voluntad.

En el Derecho Romano como en el Código de Vélez se han resaltado como fundamento de la prohibición de contratar entre cónyuges, la necesidad de la conservación de los bienes dentro de la familia, ya que de otra forma se producirían conflictos de intereses, donde puede poner a los contrayentes en lugar de deudor y acreedor, acarreado enfrentamientos en litigios judiciales, en contra de la idea y unidad familiar.

También se afirmó que ciertas contrataciones entre esposos podrían afectar a terceros, a partir del traspaso de bienes entre los cónyuges, con la finalidad de insolventarse para evitar el pago de sus deudas.

Con la incorporación del género como noción diferenciada del sexo, la igualdad alcanzada por la mujer, la apertura del afecto como concepto jurídico, la pacificación de los conflictos familiares como valor positivo, la protección del género femenino, entre varios, fueron hechos trascendentes que demandaron cambios estructurales en la regulación del derecho privado diseñada por Vélez. Estas transformaciones producidas en el ámbito de las relaciones personales de las familias tuvieron fuerte impacto en el plano patrimonial

Con la reforma y la sanción del Código Civil y Comercial podríamos argumentar a favor de la contratación entre cónyuges que rige el principio de autonomía de la voluntad, entendida ésta, como la libertad de las partes de decidir si celebran o no un contrato, como así también, de elegir con quien lo celebran, permitiendo a los contratantes definir términos, contenido y condiciones del contrato, en ejercicio de la libertad de declarar su voluntad.

Las partes, al hacer uso de esa libertad contractual, respaldada por el artículo 19 de la Constitución Nacional, se encuentran con el límite legal impuesto por las normas imperativas al cual los contratantes se deben subordinar de manera obligatoria.

VI. Bibliografía

ALTERINI, Atilio Aníbal (2010). *Código Civil Sistematizado*. 1ª ed. Legislación y Jurisprudencia, Derecho Civil, Parte General. Buenos Aires: La Ley.

ARANGIO RUIZ, Vicente (1994). *Historia del Derecho Romano*. Madrid: Reus.

BORDA, Guillermo (1990). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Contratos, T. II. 6ª ed. actualizada. Buenos Aires: Perrot.

DÍAZ BIALET, Agustín (1952). *El Derecho Romano en la obra de Vélez Sarsfield*. Argentina: Universidad Nacional de Córdoba.

GAYO INSTITUTAS (1997). Texto traducido, notas e introducción de Alfredo Di Pietro, 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (dir.) (2015). *Código Civil Y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II. 1ª. ed. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Infojus-Sistema Argentino de Información Jurídica.

IGLESIAS, Juan (1983). *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Ariel S. A. - Ariel Derecho.

LORENZETTI, Ricardo Luis; DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo III (Arts. 446 a 593). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

PETIT, Eugene (1943). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Traducción de la 9ª ed. francesa por Manuel Rodríguez Carrasco. Buenos Aires: Araujo.

RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo II y IV. 1ª ed. Mariano Esper (coord.). Buenos Aires: La Ley.

SPOTA, Alberto G. (1987). *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Volumen VII. Buenos Aires: Depalma.

VOLTERRA, Eduardo (1986). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Traducción, prólogo y notas a la Edición Española de Jesús D. Martínez. Madrid: Civitas.

Fecha de recepción: 28-03-2017 Fecha de aceptación: 28-08-2017

El Corte furtivo de árboles e intervenciones de la *Lex Aquilia* y la *Lex* de las XII tablas en Paul., 9 *ad Sab.*, Digesto 47. 7. 1

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Texto.— III. Las conductas descriptas.— IV. Autor.— V. Libro.— VI. Juristas citados.— VII. Solución sostenida.— VIII. El problema afrontado.— IX. Motivación de la solución.— X. Método utilizado.— XI. Conclusión.— XII. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se va a realizar el análisis de una cita del Digesto de Justiniano sobre el corte de árboles furtivo de Paul., 9 *ad Sab.*, D.47.7.1 respecto de cuál es el alcance de la aplicación de la *Lex Aquilia* en la responsabilidad por el daño causado sobre cosa ajena, y su eventual confluencia o superposición con otras normas jurídicas, en éste caso, con la *Lex* de las XII Tablas de más antigua data, los juristas intervinientes y su obras jurídicas para ubicarlos en un contexto de formación jurídica que han tenido en su época. El objetivo central es buscar una solución jurídica en el contexto tan complejo de la casuística romana. El método que se aplica es el exegético, el más utilizado para el estudio de las normas romanas y por último analizar las normas, posiciones, superposiciones, y el resultado final de aplicación de la norma superadora de la casuística romana.

Palabras claves: árboles - corte furtivo - *Lex Aquilia* - *Lex XII Tablas*

The furtive cut of trees and interventions of the Lex Aquilia and the Lex of the XII tables in Paul, 9 ad Sab., Digesto 47. 7. 1

Abstract: in the present work an analysis of an appointment of the Digest of Justinian about the furtive cutting of Paul, 9 *ad Sab*, D.47.7.1 regarding the scope of application of the *Lex Aquilia* In the responsibility for the damage caused on another thing, and its eventual confluence or overlap with other legal norms, in this case, with the *Lex* of the XII Tables of the oldest date, the jurists involved and their legal works to locate them in a context Of legal training they have had in their time. The central objective is to find a legal solution in the complex context of Roman

(*) Prof. Adjunta Ordinaria de Derecho Romano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Prof. Ordinaria de Derecho Romano, Facultad de Derecho, UBA.

casuistry. The method applied is the exegetical one, the most used for the study of Roman standards and finally after analyzing the norms, positions, overlaps, and the final result of application of the norm surpassing the Roman casuistry.

Keywords: *steering - cutting trees - Lex Aquilia - Lex XII Tables*

I. Introducción

En el presente trabajo se realizará un análisis acerca de la cita del Digesto de Justiniano Paul, 9 ad Sab., D. 47. 7. 1 respecto de la confluencia o no de la *Lex Aquilia* y la *Lex* de las XII Tablas respecto al daño injustamente causado sobre cosa ajena, para ello se recurrirá al texto en latín y su traducción al castellano analizando la terminología, las posiciones de los juristas Labeón y Trebacio los intervinientes en dirimir soluciones diferentes que proponen. Ello se realiza en el marco de un contexto de la biografía de los juristas para situarnos en sus posiciones doctrinarias y las influencias histórico-jurídicas del momento en que vivieron. Luego se determinarán cuáles son los dos problemas que aparecen, las soluciones propuestas y el fundamento legal de ambas para hacer viable una solución. Toda esta elaboración realizada a través del trabajo fundamentará la conclusión.

II. Texto

Paul., 9 ad Sab., D. 47. 7.1

“Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait: sed Trebatius ita utramque dandam, ut iudex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet” (Digesto, 2005: 348).

II.1. Traducción en español

Si furtivamente se hubieran cortado árboles, dice Labeón que se ha de dar acción tanto por la Ley Aquilia, como por la Ley de las Doce Tablas. Pero Trebacio dice que se han de dar ambas, de modo que el juez deduzca en la segunda lo que haya conseguido en virtud de la primera, y condene por el resto.

En la Palingenesia (Lenel, 1889) encontramos igual traducción, cuando se trata de *arboribus sucisis*, Pauli Ad Sabinum, Lib. IX. X.

Para un mejor análisis se realizarán las siguientes consideraciones:

“Árboles se consideraban la vid, las yedras, las cañas, los sauces, etc., la condición es que hayan echado raíces de lo contrario no se

consideraban árboles, sin perjuicio de que el trasplante de árboles de un vivero con sus raíces es considerado árbol, y por eso se considera que también es árbol aquel cuya raíces dejan de vivir, aunque todavía esté adherido a la tierra” (Abelenda, 2012: 270), cuya opinión de Ulpiano era aprobada también por Labeón.

Labeón asimismo opinaba que,

“también es árbol el arrancado de raíz, que aún puede ser replantado, o el que fue trasladado de modo que pueda ser replantado” (Abelenda, 2012: 269).

También son consideradas

“las estacas de olivo se consideran árboles aunque todavía no hayan echado raíces, cfr. Ulp., *ad Sab.*, D.47.7.3 pr.—8” (Abelenda, 2012: 269).

II.2. Corte furtivo: su significado

En el texto de Ulp., 38 *ad ed.*, D.47.7.7pr.—4, se consideran cortados furtivamente los árboles que se cortan ignorándolo su dueño y ocultándose de él. Así la posición de Pedio en la que no es acción de hurto, porque también sin hurto puede suceder se corte árboles furtivamente. También si alguno arrancase de raíz un árbol, está sujeto a la ley Aquilia, como si lo hubiere estropeado. También se aplicaba la *lex Aquilia* si no se hubiera cortado todo el árbol, o sea se hubiera cortado parcialmente. Sea la acción realizada por sí mismo por parte de un sujeto o por un esclavo o mandando a un hombre libre.

“Furtim caesae arbores videntur, quae ignorante domino celandique eius causa caeduntur. Nec esse hanc furti actionem scribit Pedius, cum et sine furto fieri possit, ut quis arbores furtim caedat. Si quis radicitus arborem evellerit vel exstirpaverit, hac actione non tenetur: neque enim vel caedit vel succidit vel subsecuit: Aquilia tamen tenetur, quasi ruperit. Etiam si non tota arbor caesa sit, recte tamen agetur quasi caesa” (Digesto, 2005: 345).

III. Las conductas descriptas

Las conductas tenidas en cuenta por las cuales se aplicará la Lex Aquilia son las siguientes:

- 1) Arrancase de raíz un árbol: se refiere a quitar, sacar, extraer completamente, en este caso un árbol del lugar en donde se encuentra anexado, que es el suelo.

- 2) Estirpare: es sinónimo de arrancar, es quitarlo por completo.

Se hace extensivo a otras acciones de menor cuantía en relación a las anteriores, pero que no dejan de causar daños, como las siguientes:

- 3) El corte parcial del árbol (en el punto 3 dice: “Aunque no haya sido cortado todo el árbol, con derecho se ejercitara”).
- 4) Descortezar: o sea quitar la corteza al árbol, al pan o a otra cosa (Diccionario, 2006: 323).
- 5) Serrar: o aserrar, es cortar o talar. Cortar la madera u otra cosa con la sierra (Diccionario, 2006: 323).
- 6) Furtivo: Lo furtivo no se relaciona necesariamente con el delito de *furtum*, sin *furtum* se pueden cortar los árboles furtivamente. Definición: “*Adj.* Que se hace a escondidas y como ocultándose” (Diccionario, 2006: 467).

(Entre algunas de sus acepciones y que me pareció acertada o más conveniente la expresada para el caso que se analiza).

- 7) *Furtim*: Furtivamente (Diccionario, 2006: 208).

Así en las Institutas de Justiniano “la palabra *furtum*, robo, proviene, o de *furvum*, que significa negro porque se comete clandestinamente, en la oscuridad, y aún las más veces de noche, o bien de *fraus* (fraude), o de ferre, es decir llevarse” (Diccionario, 2006: 467).

“*Furtum autem ver a furvo, id est nigro, dictum est, quod clam et obscure fiat, et perumque nocte; vel a fraude; vel a ferendo, id est, aufe-
rendo; vel a graeco sermone, qui... appellant fures. Imo it graeci (...)
dixerunt*” (Digesto, 2005: 326).

IV. Autor

Para comprender las posiciones de los juristas siempre es necesario conocer cuestiones relacionadas con su biografía y su formación jurídica, además de sus obras. Así Julius Paulus Prudentissimus era descendiente de una familia griega, aunque es muy poco lo que se conoce de su vida.

“Fue discípulo de Scaevola y trabajó como asesor de Papiniano, miembro del Consejo Imperial, en la época de Severo y Caracalla y Prefecto del Pretorio con Ulpiano, en la época de Alejandro Severo. Fue autor de numerosos escritos como por ejemplo los cinco libros de *Sententiae Pauli* a su hijo. Publicó también veintitrés libros de *Repuestas*,

veinticinco de Cuestiones y otros libros de comentarios al Edicto del Pretor. También es autor de los comentarios y notas a las cuestiones y Respuestas de Papiniano” (Louzán de Solimano, 2012: 23).

IV.1. Obra

La importancia de sus obras y la trascendencia jurídica, entre las que podemos citar las siguientes:

IV.2. La Ley de Citas y sus antecedentes

Los jueces para fundamentar sus decisiones recurrieron a la antigua jurisprudencia porque no se hacía una producción científica del derecho, pero el inconveniente que se presentó era que se prescindió de realizar un razonamiento de la cuestión, aplicaban lo resuelto por estos jurisconsultos que, a veces se contradecían en las soluciones que proponían y había casos en los que no se entendían bien lo dispuesto.

A raíz de estas cuestiones perjudiciales, Constantino empieza con los primeros intentos para eliminar las normas contradictorias que generaban confusiones al momento de su aplicación. Estos primeros intentos no dieron el resultado esperado y por ese motivo en el año 426 se dicta una Constitución en tiempos de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III en la que se reconoce autoridad legal a los escritos de Papiniano, Paulo (1), Ulpiano, Gayo no gozaban del *ius publice respondendi* se les daba el mismo valor que a los demás.

IV.3. Los Fragmenta Vaticana

En la biblioteca del Vaticano fue descubierto en el año 1821 los fragmentos de una obra jurídica denominados Fragmenta Vaticana (2). Se presume que el Palimpsesto tenía 232 páginas en base a las reconstrucciones hechas.

(1) Se invalidaron las notas de Paulo y Ulpiano sobre Papiniano. También se le da autoridad legal a los jurisconsultos anteriores o contemporáneos a éstos que fueran citados y aprobados por los cinco jurisconsultos nombrados, y si la doctrina de alguno de estos exponentes de segundo orden fuera puesta en duda por un litigante deberá probar el contrincante su exactitud presentando la obra original. En caso de que haya discordancia entre los cinco jurisconsultos mencionados, se tuvo en cuenta lo que opinaba la mayoría de ellos, pero si los criterios empataban se tenía que seguir la opinión de Papiniano y en caso de que no hubiese emitido opinión sobre una cuestión en particular de la que se buscaba la solución, era resuelto por el juez según su prudente arbitrio. Estas disposiciones fueron derogadas por Justiniano destacando el valor de todas las obras que gozaban del *ius publice respondendi*, y las notas de Paulo, Ulpiano y Marciano sobre Papiniano.

(2) Es probable que haya tenido su origen en occidente, ya que se menciona una constitución de Maximiano que no aparece en el código Hermogeniano. Esta obra fue conocida con el nombre de *Juris Civilis Antejustinianei reliquiae ineditae*.

El mismo aparece en el libro de Girard, en el que surgen 28 páginas del manuscrito primitivo ya que éste fue raspado para escribir un texto de Casiano denominado *Collationes Aegypti Anachoretarum*.

Se duda que haya tenido carácter oficial es probable que estuviera destinada a la enseñanza a o a la práctica judicial. No se conoce la fecha exacta de su confección. Se presume que es anterior al Código Teodosiano, fines del siglo IV a comienzos del siglo V.

Está dividida en párrafos, contiene extractos de la obra de Papiniano, Paulo, Ulpiano; constituciones de la época de Severo y Caracalla (año 205), hasta la época de Valentiniano, Valente y Graciano (año 369-372).

IV.4. Lex Dei

Su nombre completo es *Lex Dei quaem praecepit dominus ad Moysen*, que significa “Ley de Dios establecida por el Señor Moisés”, en la actualidad es conocida como *Lex Mosaicorum et Romanorum Legum Collatio*, realizada a fines del siglo V. No hay certezas de quién fue su autor, sí que se trata de un autor cristiano porque se exponen conocimientos de los textos bíblicos, algunos presumen que se trata de una obras de San Ambrosio, obispo de Milán.

Se realiza una comparación entre fragmentos tomados de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, también de las obras de Paulo, Ulpiano, Papiniano, Modestino y Gayo, tiene además algunas disposiciones de la legislación hebraica, extraídas del Antiguo Testamento.

La primera edición de ésta obra fue publicada en el año 1573 por Pedro Pitthou. Está dividida en libros, títulos, capítulos y párrafos.

IV.5. Consultatio Veteris Jurisconsulti

De autor desconocido se presume que es de fines del siglo V. El autor se dirige a alguien que supuestamente le ha consultado poniendo en capítulos distintos y sucesivos distintas cuestiones de derecho a las cuales se les da solución. El número de consultas es de sesenta y están colocadas como un ejemplo de consulta particular de la época. Cada respuesta se fundamentaba en textos legales que eran transcritos, no se conservan originales. Se basa en los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, se citaban también los textos de Paulo. Se dividían en capítulos y párrafos. La primera publicación la hizo Cujas en el año 1577, a la que denominó *Consultatio Veteris Jurisconsulti*.

IV.6. En *Las Institutas*

Con Justiniano se reformó la enseñanza del derecho, se prohibieron las escuelas libres y se redactó oficialmente el programa escolar. Fue necesaria la existencia de un texto destinado a los estudiantes de derecho que les sirviera para pasar a los grados superiores (estudio del Código y del Digesto).

Una vez que estaba finalizado el código y no terminado aún el Digesto, le encargó a una comisión compuesta por Triboniano, Teófilo y Doroteo, estos dos últimos profesores de derecho les dio el encargo de que redactasen la obra, pudiendo hacer las supresiones y modificaciones necesarias. La obra fue promulgada en el año 529, empezó a regir casi en simultáneo con el Digesto. A esta obra (3) se le dio fuerza de ley para que no fuera alterada y para que el derecho fuera conocido y de fácil aplicación práctica.

También encontramos en él la distinción entre *ius civile* y *ius naturale*. En su obra *Ad Labinum* dice “la palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como el derecho natural, otra acepción es lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como el derecho civil”. Es de destacar que el derecho natural, por fundarse en la naturaleza de las cosas, es siempre justo y bueno; el derecho positivo, en cambio, se basa en la utilidad y por eso es variable.

En otros textos del Digesto, en que también se habla del *ius naturale*, tampoco corresponderían a los juristas clásicos, sino que serían el resultado de interpolaciones realizadas por los compiladores. Se refiere especialmente a un pasaje atribuido a Paulo, quien según los compiladores (Dig., Lib. 1, tít. Iº, fr. 11) habría definido así al derecho natural en el Libro XIV de los “Comentarios a Sabino”:

“Dícese derecho en varias acepciones. En una, cuando se llama derecho a lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural (...)” (Digesto, 2005: 25).

(3) Se tomaron como fuentes: las Institutas de Gaius, las *Res Quotidianae* también de Gaius, las Institutas de Paulo, Florentino, Ulpiano, Marciano, Modestino, la compilación del Digesto, algunas constituciones de Justiniano que reformaron el derecho antiguo y resolvían además aspectos controvertidos. Se sigue el orden de las Institutas de Gaius, en cuanto a la división en cuatro libros, distribuidas de la siguiente manera: a) Reglas Generales y derecho de las personas. b) Derechos reales y parte de derecho sucesorio. c) Obligaciones y derecho hereditario. d) Obligaciones provenientes de cuasidelitos y de delitos, divididos en títulos y cada título en párrafos numerados, excepto el primero que se denomina *principium*.

De acuerdo con esto, el *ius naturale* en otros términos, no es aquel que se funda en razones de utilidad o interés exclusivo de tal o cual Estado, sino el que se apoya en razones superiores e inmanentes de Justicia. Se identifica con la justicia.

En el Digesto encontramos parte de su obra de la siguiente manera:

“Libri LXXVIII ad edictum, Libri XXV quaestionum, Libri XXI responsorum, Libri ad Plautium, Libri XVI brevium, Libri XVI ad sabinum, Libri XII ad legem Iuliam et Papiam, Libri VIII epitomarum Alfeni digestorum, Libri VIII epitomarum Labeonis pithanorum, Libri VI regularum, Libri V sententiarum, Libri IV ad vitellium, Libri IV ad Neratium, Libri III fideicommissorum, Libri III decretorum, Libri III de adulteriis, Libri III ad legem Aeliam Sentiam (...)” (Minguijón, 2013: 70).

V. Libro

El libro de donde se extrae el fragmento es Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tomo II, a doble texto traducido al castellano del latino. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbruggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias. Por D. Ildefonso García del Corral, Licenciado en Derecho Civil y Canónico, en Filosofía y Letras y Abogado de los ilustres colegios de Barcelona y Madrid. Barcelona, Jaime Molinas Editor, Valencia número 378. 1892.

VI. Juristas citados

VI.1. Labeón: Marcus Antisteo Labeo

Fue fundador de la escuela proculeyana, nació en el año 50 a.C. murió aproximadamente entre el 10 y 12 d.C. Fue discípulo de Trebacio. Partidario de los principios republicanos no se adaptó al período de Augusto, rechazó ser cónsul, sin embargo fue pretor. Pasaba la mitad del año dedicado a la enseñanza y a dar respuestas, y la otra mitad a estudiar y a escribir.

VI.2. Su obra

Escribió más de 400 volúmenes, entre los que se encuentran *Ad Edictum praetoris urbani*, *Ad Edictum praetoris peregrini Libri XXX*, *Responsorum Libri XV*, *De iure pontificio libri XV*, *Epistulae*, *Ad XII tabulas comentarii*. Sus trabajos fueron publicados después de su muerte por un escritor desconocido. Posteriormente Javoleno los reunió en dos obras: *Labeonis Posteriorum a Iavoleno Epitomatorum libri VI*, y *Iavoleni ex posterioribus Labeonis libri X*. Títulos 1, 7, 1; 1, 12, pr.; 1, 13, 7;

1, 15, 3; 1, 21; 4, 13; 4, 24, pr.bis; 4, 24, 1; 4, 24, 2; 6,1,pr; 8, 2, 1 bis; 8, 10, 4 bis; 8, 12, 1; 8, 12, 2; 8, 12, 6 bis; 8, 13.

VI. 3. Trebacio

Nació en el año 140 y murió en el año 82 a.C. Fue asesinado por los partidarios de Mario, fue cónsul en el año 95 a.C. Fue Pontífice máximo y gobernador de Asia. De tiempos de la República.

VI. 4. Su obra

Su obra *Iuris civilis libri XVIII*, y las materias que comprendía eran: herencia, persona, cosas y obligaciones. Este orden es de influencia helénica y fue tomado como modelo por juristas posteriores como Sabino en la obra *Libri ad Quinto Mucium*. Otras obras *Definitionum liber singularis*. Sus predecesores fueron su padre Publio Mucio Scaevola, cónsul en el año 133 a. C. y su tío Quinto Mucio Scaevola, cónsul en el año 117 a. C. y maestro en derecho. Títulos, 1, 55; 4, 22; 4, 23; 4,31; 8, 4, 1; 8, 22.

VII. Solución sostenida

Las soluciones propuestas son las siguientes:

- a) Trebacio: “que el juez deduzca en la segunda lo que haya conseguido en virtud de la primera, y condene por el resto”.
- b) Labeón establecía “que se ha de dar acción tanto por la ley Aquilia, como por la de las Doce Tablas”.

VIII. El problema afrontado

VIII.1. Primer problema es, ante el corte furtivo de árboles para determinar cuál o cuáles son las normas jurídicas que se tienen que aplicar, la pregunta que surge es ¿si se acciona por la *Lex* de las XII Tablas, primero, no se debe accionar por la Ley Aquilia por lo restante? La cuestión no queda especificada dado que el texto legal se expresa de la siguiente manera: “Si furtivamente se hubieran cortado árboles, dice Labeón que se ha de dar acción tanto por la ley Aquilia, como por la de las Doce Tablas”, si bien se puede accionar por las dos, no hay limitaciones en lo referido a si se pueden ejercer las dos en forma alternativa, o es excluyente el ejercicio de una respecto de la otra.

VIII.2. Segundo Problema: pero “Trebacio dice que se han de dar ambas, de modo que el juez deduzca en la segunda lo que haya conseguido en virtud de la primera, y condene por el resto” (Digesto, 1969: 348).

Si tenemos en cuenta lo sostenido por Trebacio, aquí para poder reclamar por la *Lex* de las XII Tablas había que ejercer primero la Ley Aquilia, y si el importe indemnizatorio era menor a lo contemplado por la ley decenviral era ésta la que lo completaba, en la medida que por la ley decenviral se condenara por un monto mayor que el de la acción aquiliana.

No hay dudas que existe una doble posibilidad, que no se puede reclamar solo por la Aquilia, sino que se reclamará también por la Ley decenviral pero si el legitimado activo elige solo la Ley de las XII Tablas, sin haber ejercido la primera antes, no se puede afirmar que la segunda subsuma a la primera, por eso la postura de Trebacio en éste sentido es incompleta, porque el jurista no se expide sobre éstas cuestiones solo hace referencia al resultado de haber ejercido o reclamado por ambas y su respectiva deducción por el juez, allí radica la diferencia con Labeón quién refiere o habilita el ejercicio de ambas sin mayores especificaciones y plantea dificultades cuando se pretenda implementar en la práctica.

Por otro lado, la aplicación de la ley Aquilia por el monto que no condenó el *iudex* va a ser hasta el quantum del valor de la cosa, dentro de los treinta días siguientes. Cabría preguntarse qué pasa cuando el valor de la cosa comprende también el monto comprendido por la Ley de las XII Tablas, o sea, los montos son equivalentes, en ese caso ya no habría posibilidad de que prospere la última.

Entonces, tenemos una suma indemnizatoria por la Ley Aquilia y por otro lado la Ley de las doce Tablas que establecía en la Tabla II referida a los Juicios y delitos lo siguiente:

“El que cortare árboles ajenos con el ánimo de robarlos, pagará veinticinco ases por cada uno” (Quisbert, 2008: 108).

En cambio la posición de Labeón parece ser más flexible ya que establecía “que se ha de dar acción tanto por la ley Aquilia, como por la de las Doce Tablas”, cabe una doble interpretación: por un lado: pueden ejercerse ambas, una no obstaculiza el ejercicio de la otra: por otro lado: se evita que, al ejercerse ambas es que el damnificado cobre una doble reparación por el daño causado, porque el límite final es establecido por la ley decenviral, si bien no se aclara cómo operarían las reparaciones con el único fin de no desnaturalizar la esencia reparadora del instituto y la aquitas, sí queda en claro que es hasta los montos máximos primero de la Ley Aquilia y después por lo restante por la Ley de las Doce Tablas.

IX. Motivación de la solución

Se puede reclamar por ambas. Es viable reclamar primero por una de ellas y deducir lo que se haya indemnizado, para luego por lo restante deducir la *Lex Aquilia*, esta última tiene ciertas limitaciones:

“La *actio legis Aquiliae* era temporal, se extinguía con la muerte del delincuente (Gayo, 4.75), y se daba al heredero de la víctima del daño, pero no contra el heredero del victimario, aunque se admitió la responsabilidad de éste hasta el monto que por el daño se hubiera enriquecido (Ulp. 18 ad ed., D.9.2.23.8)” (Abelenda, 2012: 274).

Mientras que la

“La *actio arborum furtum caesarum*, era perpetua y la única excepción que aparece en las fuentes en cuanto a la legitimación activa, como fue visto, es la del usufructuario de un fundo, es decir que es más amplia que la de la *lex Aquilia*. Pero por otra parte, si alguien arrancaba de raíz un árbol o lo estirpaba no estaba sujeto a esta acción, pero sí a la de la *lex Aquilia* como si *lo* hubiese estropeado” (Abelenda; 2012: 275).

Si bien, como se dijo se puede reclamar por ambas leyes (*Aquilia* y *XII Tablas*) tanto en la posición de *Labeón* como en la de *Trebacio*; la diferencia radica entre ambos que, el primero sostiene el ejercicio de las dos sin otra especificación; y el segundo sostiene que, si bien se dan ambas, el juez tiene que deducir de lo reclamado por la Ley de las *XII Tablas* lo que ya se hubiese reclamado por la *Ley Aquilia*; entonces las posiciones son diferentes no solo como lo expresan en el texto legal, sino también en las dificultades que se presentan al momento de implementarse en la práctica.

De las dos posiciones son solo una de ellas aplicables desde el punto de vista práctico: el ejercicio de la *actio aquiliae*, y por el monto subsistente la Ley de las *Doce Tablas*, una sola reparación indemnizatoria para un mismo daño.

Hay autores que nos señalan lo siguiente, al tratar el *furtum*:

“El que toma una cosa, solo por inferir daño o injuria, puede ser perseguido en el primer caso por la *Ley Aquila* y en el segundo caso por la acción de injuria” (Heineccio, 1829; 276).

Alfredo Di Pietro al analizar la evolución histórica del *damnum iniuria datum*, expresa lo siguiente:

“La *actio de arboribus succisis*, establecida por la Ley de las *XII Tablas*, por la cual se penaba el corte de árboles ajenos (8.11), quedó subsumida en la *actio arborum furtum caesarum* (acción por los árboles cortados furtivamente) (D. 47,7). Bastaba con el corte sin necesidad de realizar un *furtum* de los árboles: ‘corta furtivamente un árbol el que lo corta clandestinamente’ (Paulo, D. 47, 7, 8, 1) (...) por el *duplum*, reemplazando la pena decenviral de 25 ases por cada árbol cortado (Ulp.D. íd. 7,7)” (Di Pietro, 1999: 200).

Así, en 47.7.8 *Paulus Libro 39 ad edictum*:

“facienda aestimatione, quanti domini intersit no laedi: ipsarumque arborum pretium deduci Oportet et eius quod Superest aestimationem fieri” (Justiniano, 1969; 233).

Se refiere a que, en la estimación además del valor de los árboles se deben calcular los intereses.

La postura que debe aplicarse a la solución del caso es que el perjudicado tenga una reparación acorde al perjuicio sufrido, lo más aproximado pareciera ser la aplicación de la *Lex* de las XII Tablas, y por lo que faltare la aplicación de la ley aquiliana.

X. Método utilizado

El método que se utilizó para la realización del trabajo es el exegético, el mismo consiste en tomar una cita legal de una obra jurídica como lo es en este caso, el Digesto, obra compilatoria jurídica caracterizada por la casuística romanística, que en muchos casos generaba contraposiciones entre diversas soluciones que se proponían y que en muchos casos eran contradictorias. El objetivo de la exégesis es analizar el caso planteado, las influencias jurídicas de los autores que intervienen en la disputa legal, el lenguaje utilizado, y cuáles son las normas jurídicas que pueden fundamentar o no una posición u otra, para finalmente hallar la solución más práctica, pero a la vez, más justa basada en la *aequitas*.

XI. Conclusión

En el presente caso emanado de una fuente tan importante como el Digesto de Justiniano se ha planteado la cuestión de cómo se indemniza el corte furtivo de árboles. Para ello primero se debe dejar en claro qué comprende el concepto de “árboles” para poder determinar el objeto sobre el que recae el delito, también se ha determinado la conducta “furtiva” y las modalidades que podía asumir como: arrancar, extirpar, realizar el corte parcial, descortezar, serrar para entender bien sus alcances como se ha realizado a lo largo del trabajo, para luego determinar sus repercusiones jurídicas sin que haya conflicto de interpretaciones al respecto.

En segundo lugar se ha analizado el texto legal a través de las dos posiciones expresadas por los juristas Labeón y Trebacio, para poder determinar cuál de las dos es la más viable en la práctica a la vez de que se ajuste al sentido de la *aequitas*, así Labeón por un lado decía “que se ha de dar acción tanto por la ley Aquilia, como por la de las Doce Tablas”, mientras que Trebacio, en su posición de que “el juez deduzca en la segunda lo que haya conseguido en virtud de la primera, y condene

por el resto". Entonces aparecen cuestiones que hay que ir solucionando para poder aplicar lo que resulte más justo para las partes: la primera duda que surge es, si el que decide accionar primero por la Ley de las XII Tablas, ya queda excluido de accionar por la Ley Aquilia después, dado que la ley establece un orden en éste sentido inverso y no aclara o da otra posibilidad de un planteo judicial, y para no ser reiterativa también a la inversa, por lo que la cuestión quedaría sujeta a interpretaciones ya que no surge expresamente de la ley; no se sabe si una resulta excluyente de la otra, en el caso de aplicarse en el orden diferente al planteado por Labeón, de lo que no hay dudas es que se puede accionar por ambas. Trebacio va más allá y señala que la segunda cubrirá lo que falte de la primera, condenándose solo por esa diferencia.

También surge de la deducción que si la *Lex Aquilia* cubre el monto de la indemnización no tendría razón de ser el ejercicio de la ley decenviral, ya que el objetivo reparatorio está satisfecho para la víctima y seguir reclamando sería contrario a derecho, entendiéndose así que el mecanismo de la Ley de las XII Tablas entra en juego cuando la reparación aquiliana es insuficiente.

Entonces planteo a continuación la posición más flexible de Labeón, ya que va más allá a lo propuesto por Trebacio, estableciendo el campo de actuación de la ley decenviral cuando la aquiliana no satisface el valor real del daño, y el ejercicio de una no obsta al de la otra, con las limitaciones de la temporalidad de la Ley Aquilia que se extinguía con la muerte del delincuente, no se transmitía a sus herederos salvo que se hubiere beneficiado económicamente, y seguía vigente a favor del heredero de la víctima.

XII. Bibliografía

ABELENDIA, Virginia (2012). "Tutela romana ambiental de los bosques-árboles", en: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ius Inkarri*. Perú: Ricardo Palma 1(01-12), pp. 269-279.

ARAMBURU, Romina (2014). "Desentrañando la esencia de la *lex aquilia* ¿reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?", en: *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*. Buenos Aires: La Ley, 44, pp. 275-284.

— (2015). "Análisis de un caso planteado en Digesto 9.2.11.6 Ulpiano 18 Ad edictum: La responsabilidad aquiliana del barbero", en: *Congreso de Principios de Derecho Romano* (II; noviembre 7-8, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Actas del Congreso CABA. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

CASTELL, Roberto (1993). *Gran Diccionario de la Lengua Española*. Castell.

DICCIONARIO ILUSTRADO (2006). *Latín (latín español)*. Buenos Aires: Larousse.

DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma.

GARCÍA DEL CORRAL, D. Ildefonso (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo II, a doble texto traducido al castellano del latino. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbruggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias, número 378. Valencia: Jaime Molinas Editor.

HEINECCIO, J. (1829). *Elementos de Derecho Romano*. Madrid: Imprenta de Eusebio Aguado.

IGLESIAS, Juan (1965). *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Ariel.

JUSTINIANI (2005). *Institutas*. Edición Bilingüe, con una nota previa sobre Justiniano y las Institutas, por M. Ortolán. Buenos Aires: Heliasta.

JUSTINIANO (2005). “Digesto”, en: *Droitromain*. [online]. Disponible en: <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-47.htm> [Fecha de consulta: 05/04/2016]

LENEL, Otto (1889). *Palingenesia Iuris Civilis. Iuris consultorum reliquiae quae iustiniani digestis continentur*. Lipsiae. Impreso Ex Officina Bernhardi Tauchnitz.

LOUZÁN DE SOLIMANO, Nelly Dora (1979). *Curso e instituciones de derecho romano*. Buenos Aires: Belgrano.

— (2014). “Los Juristas clásicos en el Derecho Romano”, en: *iusromano.blogspot*, Buenos Aires. Disponible en: <http://iusromano.blogspot.com.ar/2012/04/los-juristas-clasicos-en-el-derecho.html> [Fecha de consulta 22/03/2017]

MARTÍN MINGUIJÓN, Ana (2013). “Digesto. Una auténtica obra legislativa”, en: *books.google.com.ar* [online]. España. Disponible en: https://books.google.com.ar/books?id=AMBtBAAAQBAJ&pg=PA161&lpg=PA161&dq=de+que+trata+la+palingenesia+iuris?&source=bl&ots=kLizwUApk3&sig=5IYLeKjyfk7_VId_tfWak1X6jb0&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwi60K21vfLSAhXHhZAKHQs9AXMQ6AEIKDAD#v=onepage&q=de [Fecha de consulta: 22/03/2017]

QUISBERT, Ermo (2006). *Las XII Tablas*. Disponible en: <http://ermoquisbert.tripod.com/>

SCHIPANI, Sandro (2010). *Derecho de la responsabilidad civil. De la Ley Aquilia a Digesto 9. Perspectivas sistemáticas del derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual*. Traducción del italiano Virginia Abelenda. Disponible en: www.foros.uexternado.edu.co [Fecha de consulta: 12/03/2017]

Fecha de recepción: 31-03-2017 Fecha de aceptación: 15-06-2017

Los juristas romanos como inspiradores de los jueces del siglo XXI

POR SERGIO NICOLÁS JALIL (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los juristas romanos: su evolución, método y relevancia.— III. La importancia de los juristas romanos para los jueces actuales.— IV. La necesaria *auctoritas* para esta misión.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía.

Resumen: el presente trabajo trata de plantear la importancia del método de los juristas romanos en la labor de los jueces del siglo XXI. Así, partiendo de una mirada jurídica distinta a la experimentada en los últimos siglos, el modo de entender el derecho por parte de los *iuris* prudentes puede ser de gran utilidad e influencia para los magistrados de nuestros tiempos, quienes tienen —conforme va evolucionando la sociedad— tareas cada vez más arduas y complejas. Por ello, este artículo busca hacer un breve recorrido sobre la relevancia de los prudentes del derecho para Roma y, a partir de allí, evidenciar que el derecho romano sigue siendo una fuente de enseñanza ineludible para los juristas actuales, especialmente —en este caso— para aquellos que ejercen la jurisdicción.

Palabras claves: derecho romano - juristas romanos - jueces

Roman iurisprudens as sources of inspiration for judges from the 21st century

Abstract: *this paper aims at displaying the importance of the method of Roman jurists on the activity of the judges from the 21st century. In this way, starting from a juridical view different from the one experienced during the last centuries, the way to understand the Law on the part of roman jurists may influence and may be of great use for our current magistrates who deal with —pursuant to the evolution of society— harder and more complex tasks. This is why, the purpose of this paper is to make a brief overview of the relevance of roman jurists and, from this position, to demonstrate that roman law is still an unavoidable teaching source for current jurists, especially —in this case— for those who exercise jurisdiction.*

(*) Prof. Adscripto Cátedra 2 de Derecho Romano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Miembro del Instituto de Derecho Romano y Cultura Clásica, Universidad Católica de La Plata, UCALP; del Instituto de Derecho Romano, Colegio de Abogados de La Plata, CALP y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

Keywords: *roman law - roman jurists - judges*

I. Introducción

Los jueces de nuestro tiempo deben cobrar un papel fundamental en la organización política a fin de lograr que el derecho cumpla con su misión de permitirnos convivir armoniosamente en sociedad.

Es que resulta evidente que la judicatura que nació especialmente con la Revolución Francesa fracasó y no puede perdurar en las sociedades contemporáneas.

Así, el sistema de los siglos precedentes partía de una premisa errónea: el suponer que la ley resulta autosuficiente y se basta a sí misma.

La concepción política concebida a partir del siglo XVIII creía solamente y nada más que en la ley y relegaba al juez a una función casi mecánica y bastante humillante. En el pensamiento de Montesquieu debían conformarse con ser la boca que pronuncia la palabra de la ley, seres inánimes que no podían moderar ni su fuerza ni su rigor.

Resulta claro que el derecho positivo surgido principalmente de las codificaciones realizadas por los países en los que impera la tradición del *civil law* a partir del siglo XIX, asumió un protagonismo indiscutido en el pensamiento jurídico al imponer la idea que todo el saber del derecho se puede reducir de un modo simplista a la norma, es decir, al estudio de lo que el legislador estatal del momento considere como norma.

Mas también parece evidente que dicho sistema, y su aplicación a ultranza, fracasó, principalmente, porque el estudio de la evolución de sus sociedades ha demostrado que el saber y la realidad jurídica nada tienen que ver con un reduccionismo tan excluyente ya que la ciencia jurídica es tan compleja como las ciencias sociales en general.

Diversas cuestiones nos han enseñado que derecho y ley no son sinónimos. Por ejemplo, la desigualdad estructural que existe entre nuestros ciudadanos (con sustento en el capitalismo acérrimo, el ultra consumismo, entre otros fenómenos) exhibe que la norma positiva no puede ser aplicada mecánicamente ya que sus destinatarios no comparten idénticas condiciones económicas, sociales y culturales.

A su vez, a partir de la segunda mitad del siglo XX, luego de las dos guerras mundiales y los horrores cometidos a la humanidad por parte de los Estados totalitarios, surgió una nueva era del constitucionalismo y del derecho en general: la de la internacionalización de los derechos humanos.

Y, con el justo fundamento de enaltecer la figura del ser humano y la dignidad que todos merecemos como tales, el amor por la ley —en general— nunca volvió a ser el mismo.

Ahora bien, cabe expresar que dentro de la postura jurídica que imperó en los últimos siglos, el derecho codificado cobró un rol fundamental en el ámbito de la enseñanza universitaria, relegando al derecho romano al puro ámbito histórico.

Pero el fracaso de dicho sistema, más los cambios en nuestras sociedades, nos obliga a replantearnos la importancia de la experiencia de Roma en nuestros tiempos actuales y su iluminación a sujetos fundamentales de nuestra vida en democracia: los jueces.

Los jueces del siglo XXI están llamados a cumplir un papel imprescindible: construir una sociedad más justa e igualitaria.

Y es en este sentido donde el ejemplo de los juristas romanos puede llegar a inspirar a aquellos que cumplen la función jurisdiccional.

El estudio del derecho romano ayuda a comprender la relación entre el derecho y el devenir inevitable de toda sociedad, y como aquel debe mutar y adaptarse frente a los cambios inmanejables —y naturales— de ésta.

De esta manera, con observar la evolución de los sistemas procesales romanos (el de las acciones de la ley, el formulario y el extraordinario), se puede apreciar el inconfundible ligamen que tienen los medios de defensa, protección y reclamo de derechos que brinda la organización política de una comunidad con las exigencias sociales del momento histórico, con esa fuerza social en cierto punto invisible que reclama que el derecho se ajuste a las nuevas realidades económicas, culturales, geográficas, demográficas, etc.

Como ejemplo en dicho sentido, y siguiendo las afirmaciones de Murga (1989), el paso del procedimiento de las *legis actionis* al formulario se debió sobre todo al desajuste que suponía un sistema de litigar tan arcaico en una sociedad ya evolucionada y que empezaba a ser moderna. Muchos eran los defectos que presentaba el viejo procedimiento: su excesivo formalismo verbal (1), su rigidez innecesaria, la pobreza de vías litigiosas, totalmente insuficientes frente al desarrolló y expansión del ordenamiento jurídico, el anacronismo que suponía un litigio propio de

(1) Como dice Gayo (Institutas 4, 30): “Pero todas estas *legis actiones* se volvieron odiosas en forma paulatina, pues a causa de la precisión exagerada de los antiguos que en ese entonces crearon estos derechos, llegó esto a tal punto que el menor error hacía perder la litis. Fue así que por la ley *Aebutia* y las dos *Iulias* fueron abolidas estas *legis actiones* permitiendo que litigáramos por palabra redactadas, es decir por fórmulas”.

una sociedad patriarcal y agrícola, etc. Pero quizás la dificultad más insuperable de las acciones de la ley tuvo como causa aquel nacionalismo exagerado, aquel exclusivismo cívico que siempre vinculó el sistema procesal al grupo étnico romano. Las múltiples relaciones que, a partir de un momento, se abrieron entre romanos y peregrinos empezó a exigir de modo decidido la necesidad de que el pretor peregrino diese paso a un nuevo procedimiento amplio y moderno que fuera apto para resolver los conflictos *inter cives et peregrinos*.

Así, como enseñaba Von Ihering (1998), con el procedimiento formulario comenzó una nueva era, no solo para el proceso propiamente dicho, sino para el fondo mismo del Derecho Romano. Es que en el sistema de las acciones de la ley el Pretor tenía las manos atadas, dependía del procedimiento y se hacía gobernar por él. Pero el formulario le dio esa libertad de acción que hizo tanto progresar al derecho y permitió que la jurisprudencia, constantemente paralizada hasta entonces por las reglas del antiguo sistema, comenzara una nueva y fructífera vida.

Por eso, considerando la utilidad que posee el estudio del Derecho Romano en nuestros días, en las líneas que siguen se tratará de hacer un análisis de la evolución y el método de los juristas romanos, la importancia de los mismos y su rol en aquella gran civilización y, de ese modo, tratar de plasmar la vigencia que siguen teniendo, en particular, si observamos la misión actual que deben llevar cabo nuestros jueces.

II. Los juristas romanos: su evolución, método y relevancia

Definitivamente, el derecho romano no hubiese llegado a su grado de perfeccionamiento sin su brillante *iurisprudentia*.

La jurisprudencia romana nada tenía que ver con nuestro concepto actual de jurisprudencia (2). Para advertir ello, el Digesto (1.1.10.2) nos aporta la clásica definición de Ulpiano: "*iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*" (jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y lo injusto) (3).

(2) Como expresa García Garrido (2008), la jurisprudencia romana es una actividad libre y consultiva, constituida por las respuestas de los jurisconsultos; su lema es crear ciencia para la práctica y no ciencia para la ciencia. El caso o supuesto concreto que genera la respuesta o decisión del jurista es el inicio y la base de las obras jurisprudenciales.

(3) Corresponde mencionar que la definición de Ulpiano ha sido criticado por varios autores modernos por considerar que la misma es demasiado general y vaga, y porque supone a la jurisprudencia, además de una actividad jurídica, como una tarea religiosa y moral. Otros creen que el texto fue, en parte, retocado por los compiladores.

Una descripción más pragmática, y acorde a la realidad, sería diciendo que la jurisprudencia fue la labor realizada por los jurisconsultos romanos a través de dictámenes, respuestas o consejos emitidos a petición de los particulares y tomados en cuenta por *praetores e iudices* (4).

En verdad, corresponde mencionar que esa idea de jurisprudencia romana se originó a partir de la época republicana, ya que la misma evolucionó, sufrió cambios, a la par del desarrollo político, social y jurídico de Roma.

Es que no puede compararse la jurisprudencia pontifical desarrollada durante la Monarquía y principios de la República, con la jurisprudencia laica que surgió a finales de dicho período histórico, ni con la jurisprudencia clásica desenvuelta principalmente durante el Principado.

Los pontífices, como interpretadores y conservadores absolutos del derecho, velaban para que fuera respetada la tradición jurídica romana: eran los únicos conocedores de los ritos, fórmulas, expresiones jurídicas que obligatoriamente debían emplear las partes en los negocios o en los procesos, si no querían perderlos o que fuesen invalidados por una mera cuestión formal (5).

Pero también los pontífices evacuaban las consultas que los particulares les formulaban, a fin de conocer la extensión de sus derechos y obligaciones.

Como es bien sabido, con el tiempo, dicho colegio sacerdotal comenzó a perder el tradicional monopolio jurídico que ostentaba. Primero con la Ley de las XII Tablas, que significó la introducción —por escrito— de algunos principios fundamentales como la publicidad, seguridad jurídica, igualdad ante la ley, etc. Luego, con la publicación, en el año 304 antes de Cristo, por parte de Cneo Falvio, de las *actiones* necesarias para iniciar válidamente un proceso. Y, el último suceso que terminó de secularizar el derecho, se dio cuando, a mediados del siglo III antes de Cristo, Tiberio Coruncanio, primer plebeyo que accedió al cargo de Pontífice Máximo, comenzó a dar respuestas públicas a las cuestiones jurídicas que se le planteaban.

(4) Así, como lo define Alfonso Castro Sáenz (2010), jurista es quien, experto en leyes y costumbres a quien recurren los particulares de la *civitas*, buscando consejos jurídicos, la manera de dirigir una acción o el trazar las precauciones necesarias. La transparente descripción del tríptico medular del *respondere, agere y cavere*, característicos del *iurisconsultum*, que se entiende como manifestación de un oficio público, a cargo de la asesoría y la redacción de las leyes en la proximidad de los magistrados.

(5) De esta manera, los pontífices, en un contexto en el que derecho y religión se confundían, particularmente en relación a las cuestiones formales y rituales, eran los depositarios del saber jurídico y los intérpretes de la voluntad divina. A tal punto, que fijaban el calendario judicial, dividiendo aquellos días en los que se podía litigar (*dies fasti*), de los que no (*nefasti*).

Mas la *iurisprudentia* jurídicamente trascendente para la historia de Roma surgió a partir de finales de la época republicana.

A partir del siglo III antes de Cristo, ya se puede considerar que existe una jurisprudencia laica en Roma, que ayudó a consolidar la distinción entre el *fas* y el *ius*.

Los individuos que la desarrollaron, con un carácter eminentemente pragmático y casuístico, provenían de la *nobilitas* y, sintiéndose atraídos por los estudios jurídicos, quisieron ganar fama y popularidad aconsejando a los particulares, apoyados, casi de modo exclusivo, en su prestigio personal (6).

Las características fundamentales de la jurisprudencia tardorepublicana fueron su publicidad y gratuidad. Debido a esto último, evidentemente, no todos estaban en condiciones de dedicarse a tan alto ministerio. De esta manera, la aristocracia que asesoraba jurídicamente a los ciudadanos y magistrados gozaba de gran honra y popularidad en la sociedad, lo que significaba una buena base para iniciar la carrera política.

La actividad de los juristas de esta época (que también la llevaron a cabo en gran parte los pontífices y los juristas del Principado) se desarrolló en tres direcciones y funciones: *respondere, cavere y agere*.

La primera, la de más alta reputación, la preferida por todo jurisconsulto y la más constante en el tiempo, consistía en responder a las cuestiones o inquietudes planteadas por particulares, magistrados y jueces. Así, esta labor fue la que generó —en gran medida— el derecho pretorio u honorario, a través del asesoramiento y dictámenes que se les brindaba a los pretores.

Cavere refería a la preparación de las formas para que los negocios jurídicos pudieran ser llevados a cabo y se realizaran de la manera más eficaz posible para los contrayentes. En este período (el de importante innovaciones jurídicas y de adaptación de las viejas formas a las nuevas) esta función tuvo un importante valor como modo de dotar a los negocios de las debidas garantías o cautelas que permitieran darle una mayor seguridad en su cumplimiento.

Por último, la palabra *agere* en este tiempo histórico daba a entender la tarea del jurista de indicar la *actio* correcta, es decir, ayudar a los peticionantes en la tarea de escoger el carril procesal más adecuado a sus pretensiones.

Tal como se lamentaba Arangio-Ruíz (1943), ninguna de las obras de los antiguos juristas ha llegado hasta nuestra época. De esa irreparable y desdichada

(6) Cabe recordar que la defensa procesal de los litigantes no estaba en general a cargo de los juristas; de ello se ocupaban los abogados y retóricos.

circunstancia, solo sobreviven unos nombres, el contenido de alguna respuesta, la noticia de que cierta fórmula contractual o un tipo de acción eran creación de la actividad de un jurista determinado.

Figuras como la de Appio Claudio el Ciego, Sexto Elio Peto Cato, M. Junio Bruto, Manio Manilio, Publio Mucio Escévola, Quinto Mucio Escévola (7), Publio Licinio Craso Muciano, Rutilio Rufo, Elio Tuberón, Aulo Virgino, Q. Elio Tuberón, Servio Sulpicio Rufo, Lucio Licinio Craso, Aufidio Namusa, Alfero Varo, entre otros, son fiel reflejo de la excelencia y la perfección que alcanzó la jurisprudencia durante el período republicano.

Es razonable creer, al igual que Arangio-Ruíz (1943), que quizás en ningún otro período como en la República la jurisprudencia romana fue tan apegada a la vida y tan fuertemente progresiva y jamás el jurista de Roma —en muchas ocasiones también político— volvió a entender la profunda conexión entre los aspectos jurídicos y sociales.

En cambio, la jurisprudencia clásica —desarrollada principalmente durante el Principado—, tuvo otra gran virtud: la de alcanzar el mayor grado de perfección técnico-jurídico, dedicándose, como una de sus funciones más vitales, a la preparación y publicación de obras científicas.

Al respecto, siguiendo a Fernández de Buján (2015), debe decirse que los juristas romanos de esta época plasmaban sus conocimientos a través de distintos tipos de obras jurídicas: *institutiones* (obras sencillas y sistémicas dirigidas a la enseñanza); *epitome* (manual breve destinado a la enseñanza práctica jurídica); *regulae, definitiones* (obras elementales de principios, máximas, aforismos jurídicos, etc.); *sententiae, opiniones* (pareceres de juristas sobre cuestiones más o menos controvertidas); *comentarri* (comentarios a la obra de Sabino o al Edicto del Pretor); *quaestiones, disputationes* (libros de debate sobre casos prácticos reales o imaginarios); *digesta* (tratados generales de derecho privado) (8).

(7) La mayor parte de los autores afirman que *Quintus Mucius Scaevola* (quien nació en el año 140 antes de Cristo y ejerció el cargo de cónsul en el año 95) es el jurista más representativo y excelso de su época y seguramente el de mayor influencia en la jurisprudencia del Principado. Sus dos únicas obras de las que tenemos noticia fidedignas son el *liber singularis o definitionum* y la que lo dotó de gran fama al constituir el primer intento de sistematización científica del *ius civiles*: los *XVIII libri iuris civiles*.

(8) De la extensa labor de la jurisprudencia, solamente ha llegado hasta nuestros días una pequeña parte que no nos permite apreciar el contenido de cada uno de los escritos y el pensamiento de cada uno de sus autores. Se sabe, en tal sentido, que la colección más abundante nos la proporciona el Digesto de Justiniano, el que está integrado con fragmentos sacados de las obras de los juristas clásicos, ordenado de modo sistemático.

Además, y a pesar de que no contemos con demasiados datos coherentes y consistentes, durante el Alto Imperio —quizás bajo el principado de Augusto— se produjo un importante acontecimiento para la actividad jurisprudencial. De este modo, con la creación del *ius respondendi ex auctoritate principis*, los emperadores delegaron la función de contestar por sí mismos ciertas cuestiones jurídicas, autorizando a los más destacados juristas a dar opiniones o emitir dictámenes. Para algunos (9), la *auctoritas* imperial otorgaba todo el poder del Príncipe al *iuris* prudente, al punto que su opinión eran vinculante para los magistrados y los jueces.

En verdad, ello significaba que la labor de los juristas —que procedían cada vez más de la burguesía ecuestre y también, en gran número, de las provincias— ahora necesitaba del apoyo oficial.

Los representantes más distinguidos de esta época fueron, entre otros: Marco Antistio Labeón, C. Ateyo Capitón, Masurio Sabino, C. Casio Longino, Celio, Sabino, Javoleno Prisco, Nerva —padre e hijo—, Celso —padre e hijo—, Salvio Juliano, Próculo, Pegaso, Nerasio Prisco, Sexto Pomponio, Sexto Cecilio Africano, Juliano, Gayo, Terencio Clemente, Junio Mauriciano, Venuleio Saturnino, Ulpio Marcelo, Q. Cervidio Escévola, Emilio Papiniano, Calistrato, Tertuliano, Emilio Paulo, Domicio Ulpiano, Erennio Modestino.

Ahora bien, aunque es cierto —como remarca Álvaro D’Ors (1993)— que buena parte de la bibliografía romanística de los últimos tiempos ha estudiado las condiciones individuales de cada jurista republicano o clásico (circunstancia de vida, posición social, educación, cosmovisión filosófica) para, de ese modo, comprender su pensamiento y mentalidad de modo singular (10); también lo es que el método que utilizaron —en gran parte— fue único, y que existen ciertos elementos (como el orden jurídico, la tradición, la educación jurídica, etc.) que permiten objetivar su labor y tener una idea general de lo que hacían y cómo lo hacían.

Es decir, aquí nos interesa remarcar, reconociendo que cada jurista fue singular y que cada época histórica coadyuvó a delinear la actividad jurisprudencial, el genio común de los juristas romanos; aquellas virtudes por los cuales pasaron a la posteridad.

(9) Arriban a esta conclusión en base a un fragmento de las Institutas de Gayo (I. 7): “las respuestas de los prudentes son los dictámenes y opiniones de aquellos a quienes se le ha permitido crear derecho. Cuando todas las respuestas concuerdan en un sentido, entonces su parecer obtiene fuerza de ley; pero si disienten, entonces el juez puede seguir el parecer que quisiere; así lo ha decidido un rescripto del divino Adriano”.

(10) Esto contra la idea de aislamiento de Fritz Schultz en sus *Prinzipien*, de 1934 y *History*, de 1946.

En esta misión, puede decirse que los juristas romanos no construyeron un orden sistemático, ni establecieron definiciones inmutables o reglas perfectas. El gran valor de labor jurisprudencial romana radicó en el moderado tradicionalismo y en el modelo casuístico que siguieron, atento a la realidad de las cosas, que observa al derecho como una ciencia —y un arte— en constante movimiento y cambio.

Es que en el derecho romano, lo más importante, lo fundamental era la solución del caso. Obviamente, no podían faltar algunas reglas abstractas y generales. Pero ellas eran un medio y no un fin en sí mismas. Eran instrumentales y si no reunían las condiciones jurídicas y de justicia para la correcta resolución del asunto, no se aplicaban.

Como expone Iglesias (2005), la jurisprudencia romana operaba con conceptos, pero referidos siempre al sentimiento de lo justo, no separando teoría y praxis, norma y vida. No puede evaluarse en base a los cánones y parámetros científicos modernos, fijos y rigurosos; la técnica de los juristas transcurría por carriles diferentes: se necesitaba poseer cultura jurídica y pericia interpretativa, pero también sensibilidad jurídica, sentido de la equidad y experiencia.

En opinión de Wieacker (2015), el verdadero sistema de la jurisprudencia romana consistía en la obtención del derecho a través de un juicio de analogía resultante de la comparación de casos, lo cual se diferencia de la simple casuística (mera comparación o asociación de casos según semejanzas externas) y del sistema del *common law* (en que la vinculación al precedente se basa en la autoridad profesional y social del juez inglés).

En suma, conforme lo piensa Fernández de Buján (2015), el pensamiento jurídico de los juristas romanos (influenciado por la filosofía griega) era ante todo casuístico y *ius controversum*, buscando siempre, en definitiva, la realización de justicia en el caso concreto.

III. La importancia de los juristas romanos para los jueces actuales

Aquellos que quisieron relegar al derecho romano, definitivamente a partir del año 1900 con la publicación del BGB, en una disciplina meramente histórica, cometieron un grave error que afectó en general al estudio de la ciencia jurídica.

Es que, lamentablemente, el pasado es irrecuperable y es aconsejable que el jurista no permanezca obtusamente anclado en la tradición. El derecho es una ciencia social en cierto modo mutable, y en este aspecto el derecho romano está llamado a cumplir una función mucho mayor que la de su mera dimensión historicista.

En tal sentido, el derecho romano supone una paradoja y una refutación importante a la idea de que las sociedades evolucionan y se transforman constantemente.

Así, a pesar de todos los cambios que indudablemente se experimentan en las relaciones al convivir civilizadamente, los principios fundamentales de los romanos siguen siendo los pilares y los cimientos de nuestra vida en sociedad.

A título de ejemplo, la máxima que nos brinda el Digesto *hominum causa omne ius constitutum sit* (“todo el derecho se ha creado por causa de los hombres”; D. 1, 5, 2), o los famosos preceptos *alterum non laeder* y *suum cuique tribuere* (D. 1, 1, 10, 1), nos demuestran que los valores fundamentales y constitutivos de las relaciones entre los seres humanos siguen siendo la dignidad y enaltecimiento de las personas, la igualdad entre ellas, la tolerancia y el respeto.

Por ello, a pesar de que, obviamente, desde Roma hasta nuestros tiempos han sucedido diversos fenómenos complejos que han originado nuevas situaciones jurídicas, el aprendizaje del derecho romano tiene ventajas inconmensurables para el jurista actual.

Es decir, el desafío del hombre de derecho del siglo XXI —especialmente los jueces— es el tener una visión más amplia que la de la ley, el estar preparado a brindar una solución jurídica que probablemente no esté prevista en la norma positiva, debiendo aplicar los principios generales del derecho; en definitiva, el buscar una resolución justa al caso que se le presente, tal como lo hacían los romanos.

Es que los principios que emanan de nuestra Constitución Nacional no dejan de ser los mismos que los *iuris prudentes* consideraban a la hora de dar respuesta a los casos que se le presentaban: la *dignitas*, la *humanitas*, la *aequitas*, la *fides*, la *pietas*, el *officium*, etc.

En efecto, como bien señala Iglesias (1997), ningún pueblo ha tenido la pasión del romano por el derecho; el abundamiento jurídico y la escasez legislativa; la sencillez de las soluciones; la forma pragmática de resolver las cuestiones cotidianas que la vida en sociedad presenta; la querida sujeción de la libertad a razones de bien comunitario; el conservadurismo o tradicionalismo jurídico; el valor de la *auctoritas*, con su sentido de práctica política trascendente; el alto significado de los vínculos extrajurídicos y la fuerza de la palabra dada y, sobre todo, la virtualidad de una *iurisprudencia* siempre atenta a la exacta misión de arrancar a la natura los contenidos de verdad moral que convienen a lo que es bueno y justo —*bonum et aequum*—.

De este modo, en la época en la que vivimos, lo inimaginable se transforma en parte de nuestra realidad cotidiana en un abrir y cerrar de ojos. Las nuevas

tecnologías y los cambios exponenciales a raíz de ellas hacen que el legislador siempre llegue tarde a diversas situaciones que aparecen en la sociedad. Es por ello que la formación del jurista —y fundamentalmente la del juez— debe estar apoyada en el modelo casuístico de los romanos y en los principios y valores de verdad, justicia, igualdad y libertad, más que en construcciones abstractas y dogmáticas que se desvanecen frente a los casos concretos y dinámicos que la vida presenta constantemente.

Es que en el mundo de los romanos, como el nuestro, había cuestiones que la ley (11) —en sentido amplio— dejaba sin contestar, sea por su defectuosa dicción, sea por su angustura formal, sea porque el espíritu de los nuevos tiempos las había agotado y envejecido. Si ocurría ello, intervenían los principios generales del derecho, en especial la *aequitas*, restableciendo la justa proporción, el exacto equilibrio entre derecho y vida.

Por ejemplo, como bien remarca Di Pietro (2014), si le robaban a un extranjero, en principio la víctima no tenía *actio poenalis* para hacer valer su circunstancia ante el pretor, dado a que el *ius civilis* prescribía que la *actio furti* solamente podía ser ejercida por un ciudadano romano. Mas la *iurisprudencia* no podía quedar atrapada a la mera aplicación lógica —e injusta— de que solo entre los romanos se podía reclamar algo pertinente al *ius civilis*. Su finalidad era la justicia en concreto y, en este caso, el extranjero quedaría indefenso, como si quien robaba era un foráneo a un ciudadano romano. Por ello, se concedía una *actio utilis* basada en una fórmula ficticia, es decir una acción en la cual “se fingía” la ciudadanía romana de los extranjeros.

Así, los juristas romanos —circunstancia que deben seguir nuestros jueces— debían adaptarse a las singulares contingencias de cada hecho, de cada negocio o de cada relación, teniendo en cuenta ese cambio constante que se produce en las relaciones en sociedad.

Como dice Filippo Gallo (2015), uno de los valores más importantes que nos han enseñado los prudentes romanos del derecho, es su apego a la verdad. Verdad en el sentido de adecuación o reflejo de la realidad y a las exigencias humanas; verdad que muchas de las concepciones jurídicas de los últimos siglos —de diversos modos— no solo descuidan, sino que presentan como un obstáculo para lograr la pureza de la ciencia jurídica.

(11) Al respecto, cabe mencionar un breve pero interesante artículo publicado por Álvaro D’Ors (1981). Allí, el autor llega a la conclusión que el famoso adagio *dura lex, sed lex* no tiene un claro origen romano. Así, es de la opinión que fue formulado por algún renacentista aunque no tengamos precisiones concretas al respecto.

En la misma dirección, el derecho romano juega y jugará un protagonismo impensado en esta era de globalización jurídica, en la que los derechos nacionales irán perdiendo cada vez mayor valor y en la que el papel de los jueces —tanto locales como comunitarios e internacionales— resultará decisivo (12).

Europa ya lo ha comenzado a experimentar. Con el surgimiento del derecho comunitario a fines del siglo pasado, las tradiciones nacionales han perdido un inevitable peso frente al *ius commune* europeo.

Así, como destaca Valditara (2007), el derecho romano significa la superación de disputas y desencuentros nacionalistas que son el real obstáculo para la creación de un sistema jurídico realmente común en el que el derecho de Roma y la tradición romanística posterior constituyen el referente cultural más adecuado en la construcción de la ciencia del derecho en el viejo continente (13).

En definitiva, el aprendizaje de las fuentes romanas por parte de los jueces actuales representa una resistente columna para su experiencia jurídica, al significar un sistema abierto que vale para analizar —de modo crítico— la ley positiva y para comprender la respuesta que deben dar frente a la complejidad y la variedad de casos que constantemente se le presentan.

De esta manera, nuestros jueces, más que grandes teóricos y amantes de las construcciones abstractas, deben indudablemente aprehender el método de los romanos, ser más cercanos a la realidad de cada día, observando el problema jurídico no solamente en base a la lejanía de una norma, sino a las circunstancias de cada asunto en particular; apoyándose en lo que siempre ha buscado y debe buscar el derecho: la justa solución del caso.

Lo que aquí se pregona, debe decirse, no significa ninguna idea innovadora —propia de este siglo— para el Poder Judicial.

En esta línea, ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo advertía en el año 1980:

(12) En este punto, la historia de Roma también constituye una gran enseñanza. Como expone Iglesias (2005), el desarrollo de aquella gran civilización, tanto desde lo político como de lo jurídico, pone de manifiesto su innegable inclinación hacia lo universal. Y en ello la labor de los juristas fue esencial: del propio y exclusivo *ius civile* colaboraron fuertemente para que se desembocara en el progresivo, abierto y universal *ius gentium*, que nació en gran medida para responder a la demandas de un floreciente comercio entre los pueblos que se movían en la órbita romana.

(13) En el mismo sentido, el catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Armando Torrent Ruíz (2007), entiende que para profundizar decididamente en los fundamentos del derecho europeo, no parece existir otra solución que volver a los textos romanos y la subsiguiente tradición romanística.

“Si es cierto que el legislador es soberano en la sanción de la ley, el juez no lo es menos en la apreciación y valoración de los hechos y si no puede éste, en principio, juzgar de la equidad de la ley no sólo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos sometidos a su decisión. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho y conduciría, a menudo, al absurdo que ya previeron los romanos: *summun ius, summa iniuria*. Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo *in concreto*; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia” (Fallos: 302: 1611, considerando 5º, segundo párrafo) (14).

Al respecto, cabe referir que una de las grandes enseñanzas que nos dejaron los juristas romanos fue el haber sabido congeniar tradición y progreso. El *iuris* prudente, conocedor y respetuoso de la costumbre romana, del espíritu y pensamiento que había hecho grande a su pueblo, a través de una correcta *interpretatio*, trataba de armonizar el rígido *ius civilis* con la nuevas exigencias sociales.

Así, a título de ejemplo, la institución de la *bonorum possessio* significó, a finales de la República, un caso ilustrativo de que determinados cambios sociales tornan inequitativo lo que antes se podía considerar normalmente justo. Como sostiene Torrent Ruíz (2008), herederos en el primer período histórico eran los hijos del difunto fueran por sangre o por vinculaciones jurídicas (*sui heredes*), y por eso la sucesión *ab intestato* civil desde la vieja ley de las XII Tablas llamaba en primer lugar a los *sui*, en su defecto a los agnados, y a falta de éstos a los gentiles, pero no sucedían en el sistema civil los hijos emancipados porque no estaban *in potestate patris*, ni las mujeres, ni tampoco los ascendientes. Pero durante el transcurso de la época republicana, toda esta situación había cambiado por haberse alterado sociológicamente la familia romana, de tal modo que el parentesco agnaticio había comenzado a perder importancia, mientras que por el contrario aumentaba

(14) Ya Cicerón nos contaba en *De Officiis* (I, 10, 33) que: “(...) Ex quo illud ‘summun ius summa iniuria’ factum est iam tritum sermone proverbium (...)”. Así, como explica Di Pietro (2014), ya para Cicerón el proverbio citado por la Corte era conocido. Y Cicerón no brinda el siguiente ejemplo: se había concluido una tregua con el adversario, estableciéndose que sería por treinta días. Alguien se dedicó a saquear los campos durante la noche, fundamentando una mera interpretación gramatical: el acuerdo hablaba “de días”, no “de noches”. No quedan dudas que, aunque se había aplicado un *strictum ius*, se había arribado a la *summa iniuria*.

la del parentesco cognaticio. Cuando ello ocurrió, la situación de los meramente “cognados” lucía inicua en la exclusión hereditaria.

Por eso, la creación pretoriana del sistema de la *bonorum possessio* fue un verdadero ejemplo de *interpretatio* prudencial, donde resplandece la acomodación de una institución jurídica a las nuevas exigencias sociales y culturales, mostrando una *iusprudentia* que se mueve ágilmente con su mirada puesta en las transformaciones producidas en la sociedad romana (15).

Del mismo modo, los magistrados actuales deben realizar una labor, en cierto aspecto, similar. Como piensa Lorenzetti (2015), el siglo XX demostró que el sistema en el que el juez era solo la voz de la ley no resiste la aceleración de los tiempos, el cambio social, tecnológico y económico. Frente al “big bang” legislativo y la aparición de asuntos cada vez más complejos y novedosos, se requiere una interpretación judicial cada vez más armónica y coherente basada en los principios generales del derecho.

Es por tal motivo, entre otros brindados, que los jueces de nuestro tiempo tienen en los juristas romanos un sendero, una luz y una guía.

Porque, en definitiva, como señalaba Rudolph Von Ihering (1998), aquellos que creen que el estudio del derecho romano acabará por ser inútil, son los que consideran a las naciones modernas como entregadas a una eterna minoría (16).

IV. La necesaria *auctoritas* para esta misión

Siguiendo las enseñanzas de Alfredo Di Pietro (2014), el vocablo *auctoritas* se conforma a partir del verbo *augeo*, que generalmente significa “hacer crecer”, “acrecer”, “aumentar”, es decir “dar la plenitud a algo que no la tiene por sí mismo”. La *auctoritas* (la autoridad moral) era —en Roma— el saber socialmente reconocido; a diferencia de la *potestas* que era el poder legalmente establecido.

Auctoritas y *potestas* transcurrían por dos caminos bien diferentes. Así, mediante la separación de las dos funciones se lograba la *temperatio*, la *moderatio* y la *concors* de la *civitas*. Al menos hasta la época imperial, mientras la potestad se

(15) En suma, se configuró un nuevo sistema sucesorio donde si bien el *bonorum posesor* no era técnicamente un heredero civil, estaba *in loco heredis*, y en la práctica era un heredero universal en la titularidad de los bienes adquiridos como *universitas*, y no como adquirente de los bienes singulares. Como se remarca en D. 50, 16, 208: “la palabra ‘*bonorum*’ denota, así como la de herencia, cierta universalidad y derecho de sucesión, y no cosas singulares”.

(16) De allí su famosa afirmación: “A través del Derecho romano, en él y más allá de él: tal es para mí la divisa que reasume toda su importancia en el mundo moderno” (Von Ihering, 1998: 11).

presentaba como el poder humano, establecido por los hombres para la conducción de la sociedad y que se asociaba con las ideas de fuerza y coacción, la autoridad se entendía como la virtud de ciertos sujetos basada en el carisma y el prestigio personal; una ética pública que la comunidad reconocía como luz superior.

Siguiendo a Casinos Mora (1999), el convencimiento social de que existían ciertos sujetos que gozaban de una autoridad superior no se producía merced a una suerte de imposición, sino que se hallaba en íntima conexión con la profunda religiosidad romana. De esta manera, la *auctoritas* trascendía al hombre común, era un medio de ordenación social que iba más allá de las cuestiones coyunturales (17).

En lo que aquí nos interesa, los juristas romanos gozaban de esta *auctoritas*. Su actividad ostentaba de una indudable reputación y una innegable superioridad. Se hallaban realmente en el centro de la vida jurídica romana. La autoridad de sus *responsa* construía y edificaba el *ius*. Su origen en muchos casos noble y aristocrático y su dignidad y status social, los colocaba en lo más alto de la consideración de los romanos.

Como afirma D'Ors (1961), la *iurisprudencia* no era, no podía ser, una profesión más. Los prudentes del derecho, pese a ser los verdaderos creadores del *ius*, no tenían poder. Carecían de *potestas* precisamente para poder tener la *auctoritas*. Así, su autoridad se sustentaba, en gran parte, en su misma falta de imperatividad oficial. Y justamente ello corroboraba su auténtico prestigio social: la renuncia al poder los hacía fuertes, quizás más fuertes de quienes en verdad ostentaban el poder.

Es cierto que esta íntima vinculación de la jurisprudencia romana con la idea de *auctoritas* empezó a entrar en decadencia a partir del Imperio. Intencionadamente, Augusto intentó confundir autoridad con potestad, pues quería alcanzar un poder efectivo —la suma del *imperium*— bajo el pretexto de la *auctoritas*. De este modo, y con la concesión del *ius respondendi ex auctoritate principis* por parte del emperador, el sustento más poderoso de la actividad de los jurisprudentes empezó a ser el aval oficial, en lugar del prestigio o la reputación social y moral (18).

Pero, a pesar de ello, resulta innegable que la profesión de los juristas, en mayor o menor medida según la época histórica, se basaba en una indiscutida autoridad

(17) De acuerdo a lo que ilustra dicho autor, profundamente arraigado en la mentalidad romana está el equilibrio que proporciona la yuxtaposición de la autoridad a la potestad en la vida política, tanto como fundamento y garantía de la igualdad y libertad, como rasgo definidor de la propia identidad romana de acuerdo con su tradición.

(18) Así, ya en la segunda mitad del siglo II después de Cristo, los juristas son, ante todo, consejeros técnicos del emperador, dedicados más a cuestiones administrativas y fiscales que jurídicas.

superior, que les permitió ser el centro y la referencia jurídica de su pueblo, las bases en la que en verdad se fundó el Derecho Romano más puro y brillante.

Pues bien, en este contexto, corresponde expresar que la misión de los jueces de nuestro tiempo debe sustentarse en esa *auctoritas* que ostentaban los juristas romanos.

No caben dudas que una de las características más relevantes de la función jurisdiccional actual es la de contar con la *coertio* o el *imperium* necesarios para poder hacer cumplir con sus decisiones y sentencias; el estar dotado, como órgano del Estado, de la fuerza y los medios suficientes para hacer cumplir el derecho.

Mas la imposición forzosa no suele ser el modo más adecuado para que los destinatarios del servicio de justicia entiendan la importancia que tiene el respeto al derecho como instrumento de convivencia armoniosa en sociedad.

En esta línea, el descreimiento de gran parte de la ciudadanía hacia el Poder Judicial, la percepción que muchos tienen sobre su “lejanía”, obligan a replantear el rol del juez y la mirada social que debe tener.

Ante las complejas situaciones económicas, sociales y culturales por la que atraviesan nuestras sociedades, y los imperiosos y novedosos desafíos que debe llevar adelante la judicatura, la noción romana de autoridad aparece como fundamental.

En este sentido, todos nuestros magistrados deberían contar con valores como la honradez personal, el prestigio o la consideración social que, en definitiva, serían los que les otorgarían el respaldo necesario para cumplir con tan alta misión en nuestra vida democrática.

De esta manera, la *auctoritas* del Poder Judicial, su aceptación y su reconocimiento colectivo, permitiría que se involucrara cada vez más en políticas públicas destinadas a mejorar la calidad de vida de los habitantes que históricamente, por un supuesto respeto al sistema republicano y a la división de poder, estuvieron a cargo de los otros dos departamentos del Estado (el Ejecutivo y el Legislativo).

En definitiva, cuanta más dignidad personal posean los jueces —en el sentido de la *dignitas* romana—, mayor fuerza y convicción tendrán sus resoluciones.

En este sendero, siempre resulta interesante recordar los aportes de la clásica obra *Noches Áticas*. Allí, Aulo Gelio (1955: 407), haciendo un comentario a la pintura de Crisipo sobre la Justicia, decía: “El sentido de esta alegoría es que el juez, pontífice de esta divinidad, debe ser grave, intachable, severo, incorruptible inaccesible a adulación, inexorable con los malvados y los criminales, firme,

enérgico, con la frente alta y llevando en ella la majestad terrible de justicia y la verdad” (19).

V. Conclusión

Resulta indudable que el derecho romano ha tenido un valor formativo esencial para los juristas de todos los tiempos. Desde su influencia en la tradición jurídica occidental, hasta la experiencia que ha representado y la manera de haber forjado nuestro pensamiento y lenguaje jurídico, nos demuestran su presencia constante y absoluta en la ciencia del derecho.

Pero el siglo actual, luego de que se demostrara el fracaso del positivismo extremo, requiere un nuevo renacer del derecho romano. Los problemas actuales, complejos y variados, necesitan de juristas —en especial de jueces— brillantes y sobresalientes, tal como lo fueron *iuris* prudentes romanos en su época.

Siguiendo a Di Pietro (1968), los magistrados del siglo XXI deben seguir una de las enseñanzas más fundamentales que nos dejaron los romanos en materia de derecho, la de su realismo, entendido en el sentido de que el *ius* debe mantener ineludiblemente una concordancia íntima con la realidad que es su objeto.

Así, y al igual que lo hacían los juristas romanos, deben interpretar la realidad, que no puede serles ajena, y buscar la solución justa al caso que se les presente (20).

Es que el *ius* no es un sistema cerrado. El derecho, como toda ciencia social, es cambio y movimiento y, por ello, el jurista —de cualquier época— debe tener en cuenta los principios en los cuales se asienta la conciencia colectiva social (la directrices o guías fundantes que permiten la convivencia en sociedad). De ese modo, ante las nuevas situaciones o conflictos, se encuentra en mejores de condiciones de llegar a la mejor solución posible del caso que se le presente.

(19) Al respecto, cabe mencionar las reflexiones del profesor Santiago Sentís Melendo (1957) sobre esta clásica obra, poniendo de resalto que con sus comentarios a los pasajes jurídicos obrantes en las *Noches Áticas* quiso poner de manifiesto que hace casi dos mil años, en muchos problemas de derecho no se discurría de manera distinta a la de hoy. Y que, en definitiva lo mismo hoy que hace veinte siglos, para resolver las controversias entre los humanos, lo que importa no es la pesada doctrina sino la fresca y viva humanidad.

(20) Como dice el mencionado Alfredo Di Pietro (2014), en relación a los juristas romanos, nuestros jueces deben encontrar la “solución prudentemente justa”. El *iurisprudens*, por ello, no es un sirviente de la ley. A quien sirve es a la *iustitia*. Por tal motivo es un *prudens del ius*. Según la justa solución que él intuya en el asunto que le ha sido consultado, usará los datos de la *lex*, a veces siguiendo sus palabras de modo literal, pero muchas otras veces apartándose de las mismas para seguir su espíritu.

El *ius*, como lo definía Celso hijo (D. 1. 1. 1) es el *ars boni et aequi*. De esta manera, como expresa Gallo (2015), el jurista romano, al definir el derecho como un “arte”, buscaba representarlo como se presenta en la realidad, pues en su compleja dimensión fenoménica el derecho se concreta a través de las actividades humanas. Pero no es una creación humana cualquiera: es el *ars del bonum et aequum*.

En este sendero, los jueces actuales deben tener una cosmovisión con respecto al derecho mucho más profunda y sensible a la cotidianeidad, relegando la mirada simplista que implica creer en la omnipotencia de la norma escrita por excelencia, la ley.

En tal sentido, cabe recordar lo que nos enseñaba Gayo en sus famosas Institutas (IV. 116): “(...) En efecto, sucede a menudo que alguien esté obligado de acuerdo con el *ius ciuile*, pero que resulte inicuo que sea condenado en el juicio” (21).

En definitiva, deviene necesario que los magistrados de nuestro tiempo evoken el espíritu de los juristas romanos: el amor por la *aequitas*; la correcta asociación entre derecho y vida, entre cambio y justicia; el arte de la invención que indefectiblemente requiere de otras virtudes que no son las abstracciones y los dogmas; el compromiso por el *ius* como herramienta de progreso social; el contar con la dignidad personal y el prestigio común como peso de autoridad para tan alta misión; etc.

Como hicieron los juristas romanos al adaptar el viejo, rígido y nacionalista derecho civil en un derecho universal como lo fue el derecho de gentes, es momento de que el Poder Judicial asuma un rol protagónico en nuestra estructura social actual y la transforme, buscando una sociedad más justa, libre e igualitaria.

Así, y en palabras de Ulpiano (D. 1. 1. 1. 1), nuestros jueces deben buscar ser llamados sacerdotes, pues deben profesar el conocimiento de lo bueno y lo equitativo, separar lo justo de lo injusto, discernir lo lícito de lo ilícito, desear hacer buenos a los hombres no solo por el miedo de las penas sino también con la incitación de los premios, buscar con ansia la verdadera filosofía, no la aparente.

VI. Bibliografía

ARANGIO-RUÍZ, Vicente (1943). *Historia del Derecho Romano*. Traducción de la 2ª ed. italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Madrid: Reus.

(21) De similar modo se plasmó en las Instituciones de Justiniano (IV, XII pr.): “(...) Y se han establecido excepciones para que puedan defenderse aquellos contra quienes se ejercita la acción; pues acontece con frecuencia, que, aunque en si misma sea justa la demanda por que procede el actor, sea, sin embargo, injusta contra aquel con quien se litiga”

ARIAS RAMOS, José (1954). *Derecho Romano*. 6ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado.

AULO GELIO (1955). *Noches áticas*. Traducción del latín por Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: El Ateneo.

CASINOS MORA, Francisco Javier (1999). “El dualismo autoridad-potestad como fundamento de la organización y del pensamiento políticos en Roma”, en: *Polis: revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*. [online]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=148867> [Fecha de consulta: 20/02/2017]

CASTRO SÁENZ, Alfonso (2010). *Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.

HERMANN, Emil y OTROS (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, Editor

COSTA, Emilio (1930). *Historia del Derecho Romano Público y Privado*. Traducción del italiano por Manuel Raventos y Noguer. Madrid: Reus.

CICERÓN, Marco Tulio (s/f). *De Officiis*, traducción en inglés de Walter Miller [online]. Londres: William Heinemann. Disponible en: <https://ryanfb.github.io/loebolus-data/L030.pdf> [Fecha de consulta: 01/03/2017]

DI PIETRO, Alfredo (1997). *Institutas de Gayo. Texto traducido, notas e introducción*. 5ªed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

— (2014). *Imperio y derecho*. La Plata: Universidad Católica de La Plata.

— (s/f). *Verbum Iuris*. s/l: Abeledo-Perrot.

D’ORS PÉREZ-PEIX (1961). “Roma ante Grecia: Educación helenística y jurisprudencia romana”, en: *Cuadernos de la Fundación Pastor*. [online]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2981017> [Fecha de consulta: 17/02/2017]

— (1981). “Dura lex sed lex”, en: *Anuario de historia del derecho español*. [online]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134418> [Fecha de consulta: 17/02/2017].

— (1993). “Singularidad intelectual del jurista y cosmos casuístico en el estudio actual del derecho romano”, en: *Historia. Instituciones. Documentos*. [online].

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=58288> [Fecha de consulta: 17/02/2017].

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (2015). *Derecho Público Romano*. 18ª ed. Madrid: Thomson Reuters.

GALLO, Filippo (2015). *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica*. Traducido por Manuel Grasso. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús (2008). *Casuismo y jurisprudencia romana*. 4ª ed. Madrid: Ediciones Académicas.

IGLESIAS, Juan (1985). *Roma. Claves históricas*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

— (1997). *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 11a. ed. Madrid: Editorial Ariel S.A.

— (2005). “La jurisprudencia romana entre tradición y progreso”, en: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano: Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística*. [online]. Disponible en: [http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/2588/2/La%20jurisprudencia%20romana%20-entre%20tradición%20y%20progreso%20-%20Juan%20Iglesias-Redondo\(Páginas%201-27\).pdf](http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/2588/2/La%20jurisprudencia%20romana%20-entre%20tradición%20y%20progreso%20-%20Juan%20Iglesias-Redondo(Páginas%201-27).pdf) [Fecha de consulta: 12/02/2017]

LORENZETTI, Ricardo L. (2015). “Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación”, en: *La Ley*. Buenos Aires, D, 821-828.

MURGA, José Luis (1989). *Derecho Romano Clásico II: El proceso*. S/I: Universidad de Zaragoza.

SENTÍS MELENDO, Santiago (1957). “El Derecho en las ‘Noches Áticas’ de Aulo Gelio”, en: *Lecciones y Ensayos*. [online]. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0004-0005.pdf [Fecha de consulta: 04/03/2017]

TORRENT RUÍZ, Armando José (2007). “Fundamentos del Derecho Europeo”, en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. [online]. Disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2501/AD-11-53.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de consulta: 10/02/2017]

— (2008). *Manual de Derecho Privado Romano*. Madrid: Edisofer.

VALDITARA, G. *Note per un diritto del XXI secolo*. Citado en: Torrent Ruíz, Armando José (2007). “Fundamentos del Derecho Europeo”, en: *Anuario da Facultade*

de Dereito da Universidade da Coruña. [online]. Disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2501/AD-11-53.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de consulta: 10/02/2017]

VOGEL, Carlos Alfredo (1990). *Historia del Derecho Romano*. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot.

VON IHERING, Rudolf (1998). *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*. Versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres. Granada: Comares.

WIEACKER, Franz. *Respondere ex auctoritate principis*. Citado en: Antonio Fernández de Buján (2015). *Derecho Público Romano*. 18ª. ed. Madrid: Thomson Reuters.

VII. Jurisprudencia

Fallos: 302:1611

Fecha de recepción: 26-03-2017 Fecha de aceptación: 03-07-2017

La movilidad jubilatoria en la provincia de Buenos Aires

POR ADOLFO NICOLÁS BALBÍN (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La Seguridad Social y el Derecho de la Seguridad Social: aproximación conceptual y principios.— III. El instituto de la movilidad jubilatoria como parte de la Seguridad Social: concepto.— IV. Interpretación desde la Constitución: Nación y Provincia.— V. Recepción en la provincia de Buenos Aires: el decreto-ley 9650/80 y la jurisprudencia de la SCBA.— VI.— Diferencias entre el sistema de movilidad de la provincia de Buenos Aires y el de la Nación.— VII. Conclusiones.— VIII. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se estudia la movilidad jubilatoria en la provincia de Buenos Aires como un instituto clave del Derecho Social, tratando inicialmente el concepto y los contenidos básicos de la Seguridad Social, en cuyo marco se inserta y adquiere sentido la garantía de la movilidad previsional. Respecto a la misma, se dan primeramente ciertas líneas conceptuales elementales, vinculándosela luego con el Derecho Constitucional Nacional y Provincial, y de manera particularizada con la legislación y jurisprudencia local, a la vez que se la compara luego con su marco federal. El recurso a las fuentes jurídicas locales, y el análisis paralelo con el sistema nacional, propenden concretamente a aclarar los contornos del instituto bajo análisis dentro de la provincia de Buenos Aires. Finalmente, se concluye acerca del carácter operativo de la movilidad jubilatoria, y de la importancia de destacar el rol activo que el Estado debe cumplir en tal tópico.

Palabras claves: movilidad jubilatoria - provincia de Buenos Aires - Constitución

The retirement mobility in the province of Buenos Aires

Abstract: *this paper study of retirement mobility in the province of Buenos Aires as a key institute of Social Law, initially dealing with the concept and basic contents of Social Security, within which the guarantee of social mobility is inserted and makes sense. With respect to the same, certain basic conceptual lines are given first, linking it to National and Provincial Constitutional Law, and in a particular*

(*) Prof. Adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

way with local legislation and jurisprudence, and then compared with its federal framework. The use of local legal sources, and the parallel analysis with the national system, tend specifically to clarify the contours of the institute under analysis within the Province of Buenos Aires. Finally, we conclude about the operational nature of retirement mobility, and the importance of highlighting the active role that the State must fulfill in such a topic.

Keywords: *retirement mobility - province of Buenos Aires - Constitution*

I. Introducción

Del amplio marco del Derecho Social, nutrido de una tésis protectoria que tiende a conjurar cualquier menoscabo a los derechos fundamentales de las personas, surge la movilidad jubilatoria como garantía jurídica que, haciéndose eco del anterior sentido tuitivo, desde la fuente constitucional, y luego desde la legislación y la jurisprudencia, tiende a que el ingreso económico de quienes resultan ser titulares de una jubilación o pensión, no se reduzca frente a ciertas alteraciones del contexto económico, o ante las variaciones remuneratorias de los trabajadores en actividad.

En este trabajo, tenderemos a situar la movilidad jubilatoria en el marco de la Seguridad Social —como parte elemental del Derecho Social de conquista—, brindando su concepto básico, y avanzando luego en la búsqueda de nuevos instrumentos que colaboren para el estudio del sistema actual en la provincia de Buenos Aires.

A fin de facilitar nuestra aventura jurídica, buscaremos herramientas no sólo en la legislación, sino también en la jurisprudencia y en la doctrina. Desde esa línea, recurriremos varias veces al sistema y a las fuentes nacionales, tratando enmarcar lo más claramente posible, una misma garantía desde dos ópticas familiares, aunque no iguales (según veremos), tendiendo a aportar nuevos elementos para el análisis del sistema local de seguridad social.

Entendiendo que el Derecho es un todo complementario, recurriremos en este trabajo a nociones provenientes de varias ramas jurídicas —como el derecho constitucional o el derecho civil—, jugando con tales instrumentos en las arenas de la Seguridad Social, para la búsqueda de nuevas reflexiones que colaboren en el afán de aceitar un poco más el instituto de la movilidad jubilatoria en la provincia de Buenos Aires.

II. La Seguridad Social y el Derecho de la Seguridad Social: aproximación conceptual y principios

Como marco conceptual indispensable a fin de comenzar a abordar el tema que en esta ocasión nos convoca, hemos seleccionado los conceptos de Seguridad

Social y su correspondiente normativización en la rama jurídica, para desde allí poder estudiar esa faceta de la realidad político social con mayor rigor, esbozando también una serie de ideas personales.

Dicho lo anterior, podemos decir que la Seguridad Social —antes de constituirse en una rama de las ciencias jurídicas—, refirió y refiere a un estado social de protección de la persona tendiente a brindar a todos los seres humanos la necesaria complementación que requiere la vida cotidiana (en lo individual, y por supuesto en lo colectivo), sobre todo partiendo de la insuficiencia de los esfuerzos solitarios frente al conjunto de necesidades que diariamente nos acogen como miembros de una naturaleza que a veces nos es adversa, y de una comunidad compleja que en ocasiones compromete la seguridad e integridad de los individuos que la componen.

Desde buena doctrina se ha planteado que la Seguridad Social resulta ser un instrumento de inapreciable justicia social, como base indispensable de la convivencia pacífica (Etala, 1966: 20), siendo su idea fuerza el reconocimiento que la sociedad hace de la dignidad de la persona humana —caracterizada por su interdependencia y fragilidad—, siendo tanto la persona como la sociedad, las responsables directas del mantenimiento de esa condición y del fortalecimiento frente a las fragilidades que el propio contexto crea (Chirinos, 2009: 7).

Entonces, contestes con que cada persona no puede individualmente cubrir todas sus necesidades, la seguridad social como tal muestra su carácter instrumental en un ámbito en que se conjuga lo permanente (la dignidad del ser humano), y lo dinámico, definido por el contexto en donde se desenvuelve la persona y que se cualifica por una gran mutación y transformación en el campo de la técnica, la ciencia, la economía, la sociología, la política, entre otras, asentados en principios indispensables como son la ya mencionada dignidad de la persona —cualidad innata de todo ser humano en cuanto tal, dotado de conciencia, libertad y respeto—, los derechos humanos —que sirven de correlato y respaldo, y que resultan universales, inalienables e inviolables— la sociabilidad —por naturaleza, cada uno de nosotros somos seres sociales, es decir, nos constituimos en base a un vínculo permanente con el otro—, la solidaridad —colaboramos en la búsqueda de un bien común—, la participación —idea elemental de un sistema democrático—, y la justicia social (Chirinos, 2009: 8-9).

La sociabilidad a que hemos hecho referencia anteriormente es, además de una característica elemental de todos los seres humanos en tanto unidades antropológicas, lo que definió el progresivo avance de la seguridad social en general, y del derecho de la seguridad social, ya afincado el siglo XX.

En efecto, como seres biológicos, cada uno de nosotros —no obstante ser seres racionales—, no somos absolutamente autosuficientes. Al decir de Lorenzo

Gnecco, no solamente somos entes espirituales —dotados de inteligencia y libertad—, sino también materiales, en tanto que además de alimentarnos, vivir y reproducirnos, enfrentamos una serie de riesgos y contingencias que nos pueden afectar, que nos enferman, nos dañan, nos envejecen, llevándonos hasta nuestro destino final natural (Gnecco, 1997: 3; Podetti, 1982: 361-362).

Y frente a esas numerosas necesidades, a lo largo de los siglos y diversas culturas, se fueron ideando variados mecanismos que permitieron paliar, al menos de manera relativa, esas situaciones de miseria individual, pasando desde la ayuda familiar o proveniente de la pequeña comunidad, a la originada en sistemas asistenciales de carácter caritativos, como fue la ayuda proveniente de la iglesia o de centros organizados por un conjunto de familias de buena posición social, o luego la ayuda proveniente de la organización de sectores profesionales, con el inicial sistema de mutualidades. Recién hacia el siglo XIX el Estado asumirá un rol fundamental en la estructuración de la seguridad social, sobre todo con la organización del sistema del seguro social en la Prusia de Bismark, tendiente a proteger al trabajador frente a los accidentes laborales.

Derivado de la Seguridad Social en su faceta general tal cual hemos tratado de sintetizar en los párrafos que preceden —y teniendo en cuenta que en buena parte de los casos, el derecho es precedido por un hecho social (o un conjunto de ellos) que lo sustenta—, nos encontramos luego con su normativización y ubicación metodológica en el campo de la ciencia jurídica: el Derecho de la Seguridad Social que, en una aproximación conceptual, puede ser definido como aquella rama jurídico-positiva cuyo objeto es crear en beneficio de todas las personas, un conjunto de garantías contra un determinado número de eventualidades susceptibles de reducir o suprimir su actividad personal, o de imponerle cargas económicas suplementarias (Etala, 1966: 26). Para otro sector de la doctrina —en complemento con lo anterior—, dicha disciplina resulta ser el conjunto de principios y normas formales y materiales, internas e internacionales que, basados en valores de ética social y teniendo en miras el bien común, regulan la cobertura de las necesidades emergentes de las contingencias de diversas naturalezas, a que puede estar expuesta una persona y el grupo familiar a cargo, desde el seno materno hasta la muerte (Chirinos, 2009: 37-38).

No obstante formar parte académica e histórica del denominado Derecho Social, vale destacar que la Seguridad Social se irgue como disciplina autónoma, pues además de tener un objeto propio —como se vio anteriormente, su norte es la protección de la persona humana (se trate de un trabajador/a o no) como titular de una dignidad innata, y frente a determinadas contingencias que pueden acacerle como tal—, enmarcan a la misma y le dan un criterio lógico, determinado número de principios que le sirven de fundamento y, a la vez, como herramientas permanentes de construcción e interpretación.

Como parte indispensable del ordenamiento jurídico, la doctrina especializada ha estudiado el tema de los principios, abocándose cada uno de los autores a su análisis desde una perspectiva a veces singular, aunque con coincidencias generales en cuanto a los componentes más valiosos a tener en cuenta en la temática. En esta ocasión, preferimos seguir —por su sencillez y claridad— el criterio del maestro Juan José Etala, quien consideraba como tales a los principios que a continuación se señalan, y que serán explicados sucintamente, atento la naturaleza del presente trabajo:

- a. Solidaridad: sin duda, esta es la regla que más sobresale en el universo de la seguridad social, y su sentido se puede captar más fácilmente si aproximamos su contenido al concepto cotidiano del término solidaridad. Relacionado con la ayuda mutua y la colaboración, la solidaridad como principio implica un esfuerzo que se exige a la comunidad para lograr la cobertura de las contingencias sociales de los individuos (Fernández Madrid, 1989: 150), o bien aquel instrumento que permite dotar al sistema de ciertas garantías que permitan distribuir las cargas económicas entre el mayor número de personas (Etala, 1966: 50). La solidaridad entonces, se expresa en la concreción de una idea que permite aceitar el sistema de ayuda a todas las personas en base al aporte/capacidad de cada miembro del conjunto, y el otorgamiento de la protección requerida frente a la manifestación de la necesidad⁽¹⁾. En materia de jubilaciones (tema puntual que ahora nos convoca), la solidaridad tendrá el doble carácter de ser inter e intrageneracional, pues a la vez que dicho sub sistema se financia —en parte— con los aportes y contribuciones provenientes de los vínculos de los trabajadores en actividad, también enriquecen ese mecanismo otras fuentes de ingreso, como las de base tributaria sin tener en cuenta necesariamente, la relación entre generaciones.
- b. Universalidad: este principio se cualifica por la tendencia a amparar o cubrir a todas las personas, sin hacer distinciones, y está basado en la regla de

(1) Nuestro Superior Tribunal de Justicia Provincial ha expresado al respecto que: “las obligaciones económicas impuestas para el mantenimiento de los organismos de previsión y seguridad social pueden representar un sacrificio, variable porcentualmente, pero tiene la contrapartida de la oportuna prestación necesaria. Esta circunstancia constituye, en definitiva, una manifestación del principio de solidaridad presente en la materia y tiende a la conformación de un fondo que permite al sistema previsional cumplir adecuadamente con su finalidad, al satisfacer una necesidad pública de indiscutible relevancia” (SCBA, in re “Masmey”). Asimismo, ha dicho que: “el principio de solidaridad que informa el sistema previsional en general —del que participa el régimen previsto por la ley 7014, conforme el artículo 2— y que justifica exigir aportes aunque no se tenga acceso a una prestación, impide excluir del derecho a obtener una jubilación por invalidez al afiliado que se ha visto obstaculizado de efectuar las respectivas cotizaciones con motivo de una cierta y comprobada limitación psicofísica que lo aqueja” (SCBA, in re “Aznar”).

la igualdad, en virtud de la cual todos los individuos tienen derecho de la misma manera a la cobertura de las contingencias a las que pueden estar expuestos durante su vida (Chirinos, 2009: 49).

- c. Integralidad: significa que la norma de Seguridad Social cubre (o debería cubrir) la totalidad de las contingencias (o la mayor parte de ellas) a las que puede estar expuesta una persona, así como también la totalidad de las necesidades creadas por ellas. Este principio también es denominado como de la suficiencia, ya que las prestaciones a concederse deben ser adecuadas a las diferentes necesidades emergentes del hecho generador de protección y en la medida de ellas (Chirinos, 2009: 49-50).
- d. Subsidiariedad: esta regla refiere a que cada cual debe tomar los recaudos necesarios para solucionar sus problemas, y únicamente cuando no pueda resolverlos por sí sólo, recurrir a los beneficios que le otorga la Seguridad Social, de manera tal que la iniciativa individual, su libertad y responsabilidad, no deben desaparecer (Etala, 1966: 53). Advertimos una indudable vinculación entre este principio y el de la solidaridad, según el sentido apuntado líneas supra.
- e. Unidad: principio calificado por buena doctrina como de gestión, refiere a la necesaria coordinación legislativa, administrativa y financiera que debe lograrse en relación a los diversos subsistemas de Seguridad Social a fin de propender al mejor funcionamiento de los mecanismos y derechos consagrados —unidad ampliada—, o bien evitar el predominio de trámites engorrosos y recursos entorpecedores contrarios a la naturaleza de agilidad y celeridad que debe caracterizar un sistema de protección —unidad inter órgano—.

A la anterior clasificación de carácter clásico, deben sumarse indispensablemente los principios de justicia social y progresividad, compartidos entre la Seguridad Social y el Derecho del Trabajo. El primero de ellos, tiene un doble carácter, pues, en tanto desde su faz subjetiva, la justicia social refiere a la práctica de la virtud por parte de todos los individuos para el perfeccionamiento de todas las personas, contribuyendo al mantenimiento y estabilidad del bien común (2), en su faz objetiva resulta ser la propia actuación ordenadora para lograr el mentado bienestar común, coordinando la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y de los recursos con que ésta cuenta, con vistas a lograr que cada persona participe de los bienes materiales y espirituales de la civilización (Chirinos, 2009: 55).

(2) CSJN, autos "Spota, Alberto Antonio. Profesor Dr. s/se haga lugar a su renuncia como beneficiario de IOMA", sent. 25 de julio de 1978, publicado en colección Fallos 300: 836.

Por su parte, la progresividad cualifica de manera indispensable a todos los derechos sociales (y en especial a los propios de la Seguridad Social), formando parte elemental de su naturaleza la característica de la irretroactividad, en orden al sentido tuitivo que por definición los enmarca, y que refiere a que una vez que los derechos sociales son conquistados, no puede admitirse con validez constitucional, ninguna conducta o acto que tienda a menoscabar el sentido protectorio señalado, retrotrayendo a los beneficiarios a una situación superada.

III. El instituto de la movilidad jubilatoria como parte de la Seguridad Social: concepto

Como se dijo anteriormente, en la lucha de la persona contra la adversidad, todos hemos aprendido a medir nuestra impotencia y a buscar en el apoyo y la solidaridad de los seres que nos rodean, los medios para conjurar los peligros comunes. En esa senda, la organización de la seguridad social aspira a liberar a las personas de esa sensación —o situación— de inseguridad (De Ferrari, 1971: 105-106).

Una de las situaciones que provocan mayor inseguridad en nuestras sociedades, es la inevitable llegada de la vejez, o etapa de la pasividad, en la que a través de la organización de un sistema de jubilaciones y pensiones, se ha tratado de apaciguar el valladar insoslayable configurado por un dato biológico común en todas las personas.

En base a la organización de ese subsistema de la seguridad social, se intenta brindar un respaldo económico y de salud para quienes ya no prestan tareas laborales. La jubilación pues, hace mención básicamente al derecho a percibir una suma de dinero —generalmente de manera periódica o mensual—, a partir de un acto administrativo que otorga el beneficio (Pawlowski de Pose, 2016: 267).

En ese marco, se entiende que la jubilación cumple las veces de un salario de sustitución, pues viene a suplantar la función que en plena etapa de actividad laboral cumplía la remuneración como prestación conmutativa derivada de una relación de trabajo (3) (al menos esa es la idea que se maneja desde la teoría, y que por lógica debiera ser la base de su real concreción).

Pero como lo señala Guillot, en materia de prestaciones jubilatorias, tan importante es mantener aquel rol sustitutivo del salario (que se mide a través de la

(3) En sentido similar se ha expresado Fayt, manifestando que la jubilación constituye una prolongación después de la cesación regular y definitiva de la actividad social laboral del individuo, de la remuneración, como débito de la comunidad por el servicio que él ha prestado, respondiendo en esos rieles, al principio de justicia conmutativa (Fayt, 2016. "Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad". Citado en: Pawlowski de Pose y Amanda Lucía, "Los problemas de la movilidad jubilatoria", en: Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, nota 4). "Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad".

denominada tasa de sustitución), como lograr que dicha función se mantenga a lo largo del tiempo, no obstante los vaivenes económicos que impactan en una sociedad (2013: 687), ideándose en ese sentido dentro de la disciplina de la seguridad social el instituto de la movilidad jubilatoria, como una garantía esencial del haber previsional (4).

La misma es definida como el procedimiento que tiende a reparar los perjuicios que ocasionan en los haberes jubilatorios la inflación y su consecuencia, el aumento salarial de los trabajadores activos (Guillot, 2013: 687), ya que si el haber percibido se mantuviese fijo, el jubilado estaría en inferioridad de condiciones frente a tal situación económica.

Al respecto, Juan José Etala, ha dicho que así como la inflación destruye el valor adquisitivo del salario percibido por el trabajador en actividad, y provoca la lucha de éste por intermedio de las organizaciones gremiales con el objeto de obtener mayores ingresos para compensar el desequilibrio producido, también sufre la mismas consecuencias el haber del jubilado, teniendo este la desventaja de no poder utilizar los medios de lucha sindicales para obtener mejoras, porque en principio la persona en estado de pasividad se encuentra al margen de la lucha sindical (1966: 210-211).

Asimismo, vale señalar que en resguardo del haber jubilatorio, se debe tener en cuenta de manera elemental, el principio de integralidad que antes hemos explicado brevemente, pero que en resumidas cuentas significa que la prestación jubilatoria debe ser suficiente como para solventar los gastos que demanda la vida humana con dignidad (5) (Chirinos, 2009: 341), y que el derecho que se tutela es a la percepción de una prestación alimentaria que no guarda relación alguna con su situación patrimonial (Besteiro, 2014: 116).

(4) Al respecto, ha dicho nuestro Superior Tribunal Provincial que: “la movilidad es una previsión con profundo contenido social referente a la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria, para la cual es menester que su cuantía, que puede ser establecida de modo diferente según las épocas, mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores” (SCBA, in re “Bordón”).

(5) En esto, la CSJN ha señalado: “Que la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos, es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que guardan las prestaciones aseguradas al trabajador con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio. Los derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil —dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna— encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad” (caso “Sánchez”, sent. 17/05/2005, publicado en la colección de Fallos 328: 2833).

IV. Interpretación desde la Constitución: Nación y Provincia

De acuerdo con la forma federal de gobierno que nos caracteriza como comunidad política, nuestro país tiene un doble orden constitucional, conformándose el mismo por la Constitución Nacional, y por las propias de cada una de las provincias que, como entidades de carácter autónomo, pueden sancionar su propia norma cimera, siempre respetando el marco establecido por la carta nacional, de acuerdo a lo preceptuado por su artículo 5.

Con esa inicial idea, y dentro del tema puntual de este trabajo, advertimos que si bien la seguridad social está reconocida en ambos órdenes constitucionales, no ocurre lo mismo con la garantía de la movilidad jubilatoria, cuya expresa consagración surge de la Constitución Nacional, más no así de la norma suprema de la provincia de Buenos Aires.

De esa manera, en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (incorporado con la reforma de 1957), además de fijarse en su tercer párrafo la directiva general tendiente a que el Estado otorgue los beneficios de la seguridad social, establece con carácter obligatorio, una obligación para el poder público orientada a reconocer la movilidad de las jubilaciones y las pensiones, con lo que —analizando su origen doctrinario y político de la mano de quienes trabajaron directamente en la incorporación de derechos sociales en una constitución de corte netamente liberal—, se puede entender el intento de atribuir a las jubilaciones y a las pensiones, el mismo carácter que acompaña al salario mínimo, consagrado en el primer párrafo del artículo de mención (Jaureguierry, 1957: 137).

En línea con lo anterior —y a partir de los atentos trabajos de los convencionales Echegoyen y Arigós—, se entendió que como toda remuneración tiene que marchar acorde con los índices vitales que considera la disciplina social, nada más justo que en la institución de la jubilación se concretara un temperamento similar al adoptado con el salario, agregándose que lo de móvil significaba una regulación con el costo de vida, para que la medida no sea de pura beneficencia, sino de asistencia social (Jaureguierry, 1957: 137).

Desde el mismo paradigma constitucional, autores de la especialidad han planteado en el punto analizado que el alcance de la movilidad refiere a una cualidad periódica y ascendente, loable para mantener un monto ajustado al incremento de costo de vida, arrojando un haber que resulte razonablemente proporcional al que percibiría el jubilado si siguiera en servicio activo, agregándose —fundamental— que el principio de la movilidad puede jugar aun sin ley que lo consagre, y aún con ley que lo vede, en tanto derecho de contenido operativo (Bidart Campos, 1981: 543).

La Constitución al garantizar la movilidad de las jubilaciones y las pensiones, prescribe que dichas prestaciones deben ser actualizadas permanentemente para compensar la continua desvalorización experimentada por el signo monetario, en perjuicio del amplio sector de la sociedad cuyas únicas rentas resultan ser entradas periódicas fijas en dinero (Pawlowski de Pose, 2016: 268).

Luego, la movilidad jubilatoria desde el paradigma constitucional, encuentra íntima relación con el derecho de propiedad, desde que el otorgamiento de un beneficio previsional, importa para su titular, la adquisición de un estatus que ingresa a su patrimonio con carácter —en principio—, irrevocable, y (salvando los casos de mal concesión del beneficio), el otorgamiento de una jubilación no resulta ser una colaboración graciosa del poder público, sino que trasunta un verdadero derecho subjetivo (6) (Carnota, 1999: 176).

(6) En el naciente ámbito del derecho previsional, Mario Deveali afirmó que el derecho a los haberes jubilatorios surgía únicamente en el momento en que la jubilación era otorgada por la Caja o el Instituto, ya que hasta ese momento, no existía todavía un verdadero derecho subjetivo, sino simplemente un derecho en expectativa, y que desde determinado aspecto, las jubilaciones debían entenderse más como un premio, que como un derecho (*Curso de Derecho Sindical y de la Previsión Social*, 1952: 352 y 353). Dejamos sentada nuestra discordancia parcial en el punto con dicho autor, en tanto que entendemos —por un lado—, que el acto administrativo que otorga una prestación jubilatoria es de carácter declarativo, más no constitutivo, ya que si bien desde la fecha de su dictado la persona comienza a devengar su prestación dineraria, la misma resulta ser directa consecuencia de los aportes efectuados en actividad, surtiendo plenos efectos desde que, una vez reunidos los demás recaudos legales exigidos (por ejemplo la edad) el organismo previsional (por sí, o en cumplimiento de una sentencia judicial), declara a una persona como titular de una jubilación o pensión; por otra parte, respecto a la segunda idea de Deveali (jubilación como un premio), unido a lo anterior, no creemos que esa sea la actual interpretación que debemos darle a un derecho de contenido social como el analizado, sobre todo a la luz de los principios de la seguridad social que antes hemos estudiado. Desde la mirada que propiciamos, entonces, la jubilación es un derecho, más no un regalo del poder público, en tanto que el Estado es el encargado de bregar —en línea con el tercer párrafo del artículo 14 bis—, por el respeto de sus caracteres de integridad e irrenunciabilidad. Dieciséis años después de la obra de Deveali, Germán Bidart Campos en su libro *Estudios de Previsión Social y Derecho Civil* (1968), Buenos Aires: La Ley; respecto al derecho que estamos analizando, argumentó también que la jubilación no estaba protegida por el derecho de propiedad hasta que el afiliado no reuniera las condiciones legales para ello y no mediase, al efecto, un acto administrativo que así lo reconozca, por lo que reiteró la locución de derecho en expectativa aludida por el autor primeramente citado (ps. 20 y 21). Mas en su libro, Bidart Campos dejó aclarado literalmente el carácter declarativo de la resolución dictada por el organismo previsional. Por lo que, pasando el limpio nuestra posición sobre el tópico en debate —derecho de propiedad sobre la jubilación—, entendemos que: desde una interpretación legal, el derecho a la jubilación surge cuando he reunido como trabajador —dependiente o autónomo—, los recaudos de edad y años de aportes para poder acceder a la prestación previsional; más, aún sin acreditar inicialmente alguno de aquellas exigencias generales (por ejemplo, no he cubierto el pago de aportes en toda mi vida, o bien logré dicho cometido solamente en una porción de años, más no el total requerido), se pude hablar también de un derecho a la protección previsional de la seguridad social, aún cuando el ordenamiento me obligue a completar a futuro ciertas condiciones (por ejemplo, cumplimiento de años aportados). Es verdad que no obtendré

La adquisición del mentado estatus supone pues, que en materia jubilatoria y pensionaria, la prestación dineraria del titular del derecho deba variar en relación con el nivel económico-social de contexto, impactado por la política monetaria y su variable inflacionaria, así como también por la alteración de los salarios de actividad, en el sentido de permitirle a la persona asegurar una subsistencia digna. Desde ese paradigma, tal garantía estrecha íntima vinculación con el derecho de propiedad, que tanto la constitución de la Nación (artículo 17) como la de la Provincia de Buenos Aires (artículo 31), prescriben como inviolable. Sobre de esos carriles (como ha planteado la doctrina), la lesión al derecho de propiedad del jubilado, por inaplicación de la garantía de la movilidad, se opera cuando el monto jubilatorio deja de guardar relación con el que percibiría de proseguir en actividad, o cuando su poder adquisitivo aparece sensiblemente deteriorado como consecuencia de un proceso inflacionario (Badeni, 2007: 699).

Ahora bien, concentrándonos en el nivel constitucional de la provincia de Buenos Aires (que por imperio de los artículos 5 y 31 CN se encuentra sometida y también nutrida, con la propia Constitución Nacional), advertimos que si bien su texto no refiere expresamente al carácter móvil de las jubilaciones y las pensiones, no por ello debemos abandonar el prisma protectorio y amplio con que se inició el presente apartado.

Puntualmente, el artículo 39, que trata de los derechos sociales del trabajo y la seguridad social (incorporado con la reforma del año 1994), no habla de movilidad jubilatoria. Incluso, de su texto surge una prioridad de tratamiento para las cuestiones referentes al derecho del trabajo, relegando a la seguridad social a un segundo plano. La propia enunciación de principios que efectúa el inciso tercero da cuenta de ello, cuando refiere a las reglas que serían aplicables a las dos disciplinas, más no trata en particular —se reitera—, la temática de la seguridad social, a contrario de lo que ocurre con el artículo 14 bis de la CN, en donde se dedica exclusivamente el tercer párrafo a los temas que aquí se ventilan (7).

mi jubilación hasta que no cumpla los recaudos legales, más no por ello la seguridad social debe apartar de su faz protectoria a las personas circunscriptas en tales condiciones. Y un ejemplo de interpretación amplia sobre el tema, lo es la sanción de leyes de moratorias previsionales habilitadas para permitir a las personas necesitadas, acceder a un beneficio jubilatorio, en cumplimiento directo de rol asistencial del Estado, y la directiva emanada del tercer párrafo de la Constitución Nacional.

(7) De los principios enunciados, creemos que pueden compartirse entre el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social —con un sentido amplio—, los de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad (aunque sólo refiera al trabajador, valdría interpretarlo también como gratuidad en los trámites previsionales), y progresividad. Más no así las reglas de primacía de la realidad e indemnidad, que forman parte esencial del universo jurídico laboral, más no así de la seguridad social en su sentido específico, calificada, particularmente, por los principios que estudiamos en la primera parte del presente trabajo (destáquese que no se menciona a la solidaridad, ni a la universalidad, ni a la

La pregunta estaría dada por las reglas que tendríamos que tomar en consideración a fin de sustraer una protección similar a la emanada de la CN. Ante ello, creemos conveniente dirigir la atención a los siguientes preceptos de la Constitución Provincial:

- I. Artículo 39 inciso 1: cuando habla de bienestar (general) y de la movilidad del salario, en tanto que —como se vio anteriormente—, si definimos a la jubilación como un salario de sustitución, bien cabría cualificar al mentado derecho también con la garantía de la movilidad, en tanto el mismo cumple también una función de naturaleza alimentaria, sustituyendo a la remuneración en tiempos en que la persona trabajadora se ha retirado de la vida laboral activa, acogiéndose a una prestación previsional; a lo que también se debe sumarse la regla del bienestar que debemos aplicar por extensión, tanto a la realidad del trabajador, como también a la del jubilado.
- II. Artículo 36 inciso 6: en tanto allí se refiere a la protección integral a las personas pertenecientes a la tercera edad, y al importante rol que le cabe a la Provincia en orden a la generación de políticas asistenciales en beneficio de aquellos, sin que la restricción de la primera obligación (acotada solamente a la familia), pueda conducirnos a restar importancia al valor de la normativa en comentario, en orden a los principios que por sí mismo enmarcan a la seguridad social.
- III. Artículo 31: en tanto que, al hablar de la inviolabilidad de la propiedad —y tomando en cuenta la íntima relación existente entre este derecho y la garantía de la movilidad jubilatoria—, supone necesariamente la construcción de una regla en beneficio de los jubilados y pensionados, desde que su derecho al haber debe estar protegido contra los vaivenes de la economía, así como también ante las variaciones de las remuneraciones de los trabajadores en actividad.

Es decir que, si bien explícitamente la constitución local no refiere a la movilidad de las jubilaciones y las pensiones, existen en su texto importantes reglas con las que podemos construir mecanismos protectorios en similar sentido.

V. Recepción en la provincia de Buenos Aires: el decreto-ley 9650/80 y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Luego de los párrafos anteriores —en los que tratamos de conceptualizar a la movilidad jubilatoria, relacionándola con los términos básicos de la seguridad

integralidad, por ejemplo). De cualquier forma, no por ello debe menospreciarse el trabajo de quienes contribuyeron a incorporar este nuevo artículo en una vieja constitución.

social y sus principios, así como también con el derecho constitucional y el concepto de propiedad, para así poder entender su esencia y utilidad—, nos abocaremos en el presente apartado a analizar dentro de la Provincia de Buenos Aires, la legislación fundamental en la materia y la incidencia de la jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA).

Así nos encontramos con el decreto-ley 9650 del año 1980 (8), encargado de regular el sistema previsional local (9), en un todo de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 40 de la constitución provincial, que reza:

“La Provincia ampara los regímenes de seguridad social emergentes de la relación de empleo público provincial. El sistema de seguridad social para los agentes públicos estará a cargo de entidades con autonomía económica y financiera administradas por la Provincia con participación en las mismas de representantes de los afiliados conforme lo establezca la ley. La Provincia reconoce la existencia de cajas y sistemas de seguridad social de profesionales”.

Básicamente corresponde decir que es el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires (IPS) el que actúa como organismo de aplicación del mentado decreto-ley (artículo 1) actuando como una persona jurídica de Derecho Público, y que están obligadamente comprendidos en su régimen, el personal que en forma permanente o temporaria preste servicios remunerados y en relación de dependencia en cualquiera de los Poderes del Estado Provincial o Municipalidades, sea cual fuere la naturaleza de la designación y forma de pago —y aunque la relación de la actividad subordinada se estableciera mediante contrato a plazo—, así como también el personal que preste funciones docentes en los establecimientos educativos privados de cualquier nivel, modalidad o rama de la enseñanza, reconocidos, autorizados o incorporados o en trámite de autorización o reconocimiento por la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia; en la misma línea abarca al personal contratado en los términos de la ley 10.295 (10) (artículo 2 del decreto-ley 9650/80, con la modif. de la ley 13.472 (11)). El artículo primero, finaliza señalando que quedan sujetos a las prescripciones de

(8) BO. 30/12/80.

(9) Sin perjuicio de ello, no debemos dejar de mencionar la vigencia actual de las leyes 13.236 (BO 24/10/2004), y la 13.364 (BO 5/09/2005), que estructuran los sistemas previsionales de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, respectivamente. Amén de ello, como reza el artículo 40 de la carta local, se deben también tener en cuenta los marcos regulatorios de cada una de las Cajas de Previsión para Profesionales de la Provincia.

(10) BO. 15/08/1985.

(11) BO. 15/06/2006.

la normativa bajo análisis, los actuales jubilados y pensionados del Instituto de Previsión Social.

En lo que respecta a la movilidad del haber de las prestaciones, nos encontramos con el artículo 50 del decreto-ley 9650/80, que reza:

“Los importes de las prestaciones establecidos en esta Ley son móviles y deberán ser actualizados de oficio por el Instituto de Previsión Social dentro de los sesenta (60) días de sancionada la norma legal que haya dispuesto las modificaciones de los sueldos del personal en actividad. A tal efecto se adoptará el procedimiento de la correlación de cargos y los nuevos importes de las prestaciones se liquidarán en base al cargo tenido en cuenta al momento de determinarse el primer haber para cada beneficio, o el que resulte por los servicios de reingreso en los términos que establece el artículo 53. Para los beneficios cuyas prestaciones no puedan ser actualizadas mediante el procedimiento indicado en el párrafo anterior, la actualización por movilidad se efectuará aplicando el coeficiente que corresponda sobre el haber que venían percibiendo”.

Como se lee, las prestaciones dentro del régimen del decreto-ley en comentario son móviles, estableciéndose la obligación para IPS de actualizarlas de oficio dentro del plazo de sesenta días de haberse dispuesto el aumento para el personal en actividad, debiendo entenderse por imperio del artículo 73 del mentado cuerpo legal, que el mismo se calcula por días hábiles en orden a la aplicación al caso de la normativa resultante del Régimen de Procedimiento Administrativo para la Provincia de Buenos Aires (decreto-ley 7647/70 (12), artículo 68).

De manera tal que en provincia de Buenos Aires, dentro del decreto-ley en comentario, rige el sistema de la movilidad automática, pues cualquier variación en la remuneración de los trabajadores en actividad, necesariamente impacta en los haberes de las personas jubiladas o pensionadas, debiendo el IPS obligadamente cumplir con dicho cometido.

En cuanto a los mecanismos a considerar en tiempos de determinar el porcentaje de movilidad de los haberes previsionales, se debe analizar la aplicación de tres sistemas, pautándose los mismos con carácter excluyente (Rigoni, 2006: 757):

- a. Aplicación de la movilidad ante una variación salarial del cargo con individualidad presupuestaria: en el caso, cualquier variación remuneratoria que toque a los trabajadores activos (cuyo rol funcional este considerado

(12) BO. 23/11/1970.

en el presupuesto) que ocupen actualmente igual cargo que el desempeñado antaño por el ahora jubilado, afecta a este último. Es decir, que si se modifican eventualmente los rubros, montos y/o porcentajes de los conceptos integrantes de la remuneración perteneciente a los trabajadores en actividad, esa alteración afecta el haber de los pasivos, debiendo el IPS adecuar las prestaciones previsionales siguiendo las variaciones salariales del personal activo (Rigoni, 2003: 79) (13).

- b. Caso de movilidad por correlación de cargos: este supuesto se aplica para operativizar la garantía en tratamiento cuando el cargo desempeñado por el ahora jubilado mientras se encontraba en actividad hubiera perdido individualidad presupuestaria, o bien cuando el cargo que determinó el haber inicial hubiera sido reestructurado o suprimido, debiendo ponderarse a tales efectos dentro de la ley presupuestaria provincial vigente al momento de determinarse el haber previsional, las misiones, funciones y remuneración asignada al cargo desaparecido, suprimido o reestructurado, y compararlas con las de un cargo que se encuentre previsto en la ley de presupuesto vigente al tiempo de tenerse que practicar la movilidad. El Poder Ejecutivo es el que, a instancia del IPS, está facultado para efectuar tales equivalencias por correlación (conf. artículo 51 D.L 9650/80) (14).

(13) En este tema, ha dicho la SCBA que: “encontrándose determinado el cargo prestado por el jubilado y conservando éste individualidad presupuestaria, debe estarse a los sueldos que se abonan a los activos por igual función. Cuando no es posible determinar el cargo desempeñado por el afiliado —por haber desaparecido o por haber sido reestructurado— la ley previsional prevé dos métodos para permitir el ajuste por movilidad del haber, a saber: a) la determinación del haber inicial mediante el procedimiento de promediar las remuneraciones efectivamente percibidas, actualizadas mediante los coeficientes a que se refiere el artículo 51 dec.-ley 9650/80 durante los treinta y seis (36) meses continuos más favorables desempeñados por el afiliado (artículo 41); y para la actualización mensual posterior, por aplicación de coeficientes en los términos del artículo 50; y b) el procedimiento de correlación de cargos, como facultad del Poder Ejecutivo, que, conforme la doctrina de este Tribunal, se sustenta en la similitud o equivalencia de misiones y funciones” (SCBA in re “De Cristóforo”).

(14) La Suprema Corte se ha expedido diciendo que: “la movilidad de haberes y la correlación de cargos reciben sustento del principio de proporcionalidad entre la situación patrimonial del jubilado y la que le correspondería de continuar en el desempeño del cargo tenido en cuenta para la determinación del monto del haber” (SCBA in re “Gaddi”). También que: “la finalidad del sistema de correlación de cargos, como mecanismo de actualización de haberes, es lograr una equiparación con las actuales funciones, que resulten iguales o similares a las de mayor jerarquía desempeñadas por el jubilado a fin de hacer efectiva la movilidad de las prestaciones previsionales” (SCBA in re “Martegani”). Además dijo que: “la correlación de cargos en materia de reajuste de beneficios reposa en el principio de movilidad consagrado en el artículo 50 del decreto-ley 9650/80 (t.o. 1994) y permite actualizar los haberes para los casos en que se presentan dificultades en la individualización del cargo presupuestario, o cuando el que determinó el haber inicial ha sido reestructurado o suprimido. En la base de este dispositivo está la necesidad de garantizar una adecuada proporcionalidad

- c. Sistema de actualización por coeficientes: este supuesto de movilidad se utiliza —por exclusión de los otros dos mecanismos ante la imposibilidad de su aplicación—, adicionando al importe inicial de determinación del haber, los coeficientes que al efecto fije el Poder Ejecutivo Provincial teniendo en cuenta los índices de variaciones de las remuneraciones del personal en actividad (conf. artículo 51 dec.-ley. 9650/80) (15).

En este punto cabría preguntarse si la garantía de la movilidad jubilatoria siempre se dispone a fin de incrementar el haber del pasivo, o bien también puede materializarse para reducir la cuantía de la prestación previsional.

Al respecto, el decreto-ley 9650/80 establece que en ningún caso el haber de la jubilación ordinaria o por invalidez podrá reducirse en más de un treinta y tres por ciento (33%) respecto al sueldo del cargo considerado para determinar el haber jubilatorio, ni el de las pensiones en más de un cuarenta y siete por ciento (47%) respecto del sueldo del cargo considerado para su determinación inicial (conf. artículo 52 decreto-ley 9650/80).

Sobre esa base, se entiende que la movilidad puede ser aplicada también para reducir el haber previsional, en tanto que solamente resulta inalterable el goce del beneficio concedido, sin que ello implique la aplicación de normas posteriores que modifiquen el monto de las prestaciones, teniendo en cuenta que la garantía constitucional alcanza al derecho jubilatorio, más no así a la inalterabilidad de las prestaciones que deben seguir la suerte de los salarios de los trabajadores en actividad (Rigoni, 2003: 80).

Tal parece ser la interpretación seguida actualmente por nuestro Superior Tribunal Provincial, en tanto ha afirmado que:

entre la situación patrimonial del jubilado y la que le correspondería de continuar en el desempeño de la función tenida en cuenta para la determinación del haber” (SCBA in re “Perri”).

(15) Al respecto, ha dicho nuestro Superior Tribunal Provincial que: “por vía de principio el Tribunal ha restado carácter retroactivo a los actos que establecen la equivalencia por correlación de cargos suprimidos en el presupuesto de un organismo estatal, en tanto aquéllos —salvo disposición en contrario— rigen para el futuro. También ha precisado que ello resulta así a condición de que el interesado no alegue ni pruebe una dilación irrazonable en el trámite administrativo seguido para la resolución de la correlación. Las circunstancias del caso, revelan que el IPS no se expidió expresamente sobre la conveniencia de establecer la equivalencia del cargo desempeñado por el accionante con alguno de los actuales del esquema funcional y salarial del Estado nacional. Para más, al resolver, si bien expresó que debía aplicarse el sistema de coeficientes, finalmente no lo utilizó, afectando de ese modo la movilidad de la prestación del actor” (SCBA in re “Di Campli”). Asimismo, planteó que: “el reemplazo de un régimen de movilidad proporcional a determinados sueldos del personal activo, por otro que reajuste los haberes mediante coeficientes encuentra su propio límite en la inalterabilidad del derecho” (SCBA in re “Bilbao”).

“la movilidad de haberes previsionales, implantada a partir de la sanción de la ley 6003, recibe sustento del principio de proporcionalidad entre la situación patrimonial del jubilado y la que le correspondería de continuar en el desempeño del cargo tenido en cuenta para la determinación del haber, de forma tal que el derecho a una jubilación móvil, adquirido conforme a la categoría jerárquica alcanzada en actividad y sobre cuya base se otorgó el beneficio, queda ligado a las variaciones del propio cargo otrora desempeñado” (SCBA in re “Ardenghi”; “Ruiz”; entre otros).

En el mismo sentido, ha expresado que:

“no se advierte vulneración alguna al derecho adquirido al tiempo del cese si la proporción reconocida para la percepción de los haberes jubilatorios, se aplica sobre el sueldo y asignaciones que se abonan en la actualidad, sin que pueda argumentarse que el interesado tenía un derecho al mantenimiento a los fines previsionales del régimen salarial derogado con fundamento en el pago de aportes sobre aquella bonificación durante su vida laboral” (SCBA in re “Espelet”).

Una posición particular resulta ser la adoptada por el Ministro Daniel Soria, quien —en opinión personal—, ha dicho en un caso que:

“el decreto municipal 780/02 —que en el marco de la adhesión de la Municipalidad de Florencio Varela a la emergencia declarada por la ley 12.727 suspendió transitoriamente el régimen horario de 42 horas semanales— no es fundamento hábil para que el I.P.S. aplique la movilidad en el haber previsional. Ello así pues, teniendo en cuenta que si el beneficio jubilatorio quedó alcanzado por los efectos de dicha norma (v. artículo 15, que dispuso la reducción de las prestaciones del sistema previsional) la convalidación de un accionar semejante permitía que las excepcionales medidas de emergencia repercutan doblemente, en *forma negativa, en la* situación del jubilado. Una por aplicación directa de la ley de emergencia provincial; la otra por vía indirecta a través de la regulación municipal del empleo y su reflejo en el sistema de movilidad consagrado por el art. 50 del decreto-ley 9650/80. Esta solución no es aceptable pues agrava los medios elegidos por el legislador para conjurar la crisis económica en relación a las personas en pasividad” (artículos 39, Const. Prov. y 28 C.N.), (SCBA in re “Vera” Juez Soria —OP—).

Entonces, por mayoría, nuestro Superior Tribunal Provincial acepta la posibilidad de que las prestaciones jubilatorias puedan ser reducidas, más considerando dos límites infranqueables:

- I. Que la prestación previsional respete la “razonable proporcionalidad” que debe existir entre la situación del jubilado y la que resultaría de continuar el afiliado en actividad (16);
- II. Que la reducción el beneficio no resulte confiscatorio, tomando como pauta el tope del 33% sobre el salario de actividad, superado el cual la reducción del haber se tornaría ilegítima (17).

De cualquier forma, no logramos convencernos del todo con la doctrina de la SCBA sobre el punto, desde que —por un lado—, no creemos que sea tan razonable hablar al momento de discutir la reducción de un haber, de un supuesto nivel de proporcionalidad entre la prestación previsional y los salarios de actividad, en un contexto económico en que la tasa de sustitución en el caso de la jubilación ronda el 70%, y el de las pensiones un porcentaje menos (en la mayoría de los casos), en tanto que —por el otro—, dudamos también sobre la conveniencia de establecer para la materia social, un tope máximo habilitante de la reducción por movilidad, aplicando la pauta del 33% propia de la materia tributaria. Sin duda entran en juego en estas arenas, los derechos de propiedad del titular de la prestación, y la intangibilidad de su beneficio, en un debate en que debemos tener en todo momento presente el texto constitucional, sin olvidar la necesaria reflexión sobre el contexto socio económico en que aquel se aplica.

(16) La SCBA afirmó en ese sentido que: “la garantía de movilidad debe traducirse en una razonable proporcionalidad entre la situación de jubilado y la que resultaría de continuar el afiliado en actividad porque el derecho a la prestación jubilatoria móvil adquirido conforme a la categoría jerárquica alcanzada en actividad y en base a la cual se otorgó el beneficio, queda ligado a las variaciones que experimente la remuneración del cargo otrora desempeñado, de forma tal que la pretensión de que los haberes previsionales se liquiden sobre montos superiores a los que perciben quienes ocupan similares categorías en actividad resulta infundada” (SCBA in re “La Palma”).

(17) En esta línea, encontramos las siguientes doctrinas emanadas de la SCBA: “La sustitución de un régimen de movilidad proporcional a determinados sueldos del personal activo, por otro que reajuste los haberes mediante coeficientes, no es invalidable en principio por inconstitucionalidad sobre la base de resultar menos ventajoso, al menos en tanto no se demuestre que el nuevo régimen se traduzca en un desequilibrio de la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación del jubilado y la que resultaría de continuar el afiliado en actividad, en grado tal que pudiera ser confiscatoria o inicua, habiéndose fijado en el treinta y tres por ciento de la remuneración del personal en actividad, el umbral de reducción que, traspuesto, la convierte en confiscatoria y, por ende, en inconstitucional” (SCBA Juez Mercader —MI— in re “Corbella”). Asimismo, ha afirmado que: “en forma reiterada —ya sea al examinar la juridicidad de normas que impusieron topes al monto de los beneficios o de regulaciones que cambiaron el régimen de movilidad de las prestaciones— esta Suprema Corte provincial ha fijado en el 33% de la remuneración del personal en actividad el umbral que, traspuesto, convierte a la reducción en confiscatoria y por ende inconstitucional” (SCBA Juez Soria —OP— in re “Verzi”; Sent. 02/07/2014 Juez De Lázzari —OP— in re “Baldarenas”, entre otros).

VI. Diferencias entre el sistema de movilidad de la provincia de Buenos Aires y el de la Nación

Para empezar, diremos que el régimen de movilidad de la Nación es diferente respecto del de la provincia de Buenos Aires, advirtiéndose dicha brecha ya en el dato atinente al mecanismo para la determinación de los haberes previsionales. En efecto, en tanto que en Nación (a través de la ley 24.241 (18), con las modificaciones implementadas por la Ley de Movilidad Jubilatoria, 26.417 (19)), se practica un promedio con las remuneraciones percibidas en los últimos diez años (20), en la provincia de Buenos Aires se toma el cargo de mayor jerarquía desempeñado durante treinta y seis (36) meses consecutivos o sesenta (60) alternados en cualquier momento de la carrera (21).

Como señalamos en el párrafo anterior, y en cuanto al tema puntual de este trabajo, es dable destacar que en Nación desde el año 2008 nuestro país cuenta con una ley específica de movilidad jubilatoria que, superando los embates que dicha garantía constitucional había sufrido por décadas desde la legislación (22), y absorbiendo los nutridos criterios de la CSJN (23), consagró un sistema puntual para materializar el derecho surgido del tercer párrafo del artículo 14 bis de la CN.

Concretamente, las diferencias entre Nación y Provincia en materia de movilidad, están dadas —por un lado—, por el imperio de la automaticidad en el ámbito local (ya que cualquier alteración de los salarios de actividad puede modificar la cuantía de las prestaciones previsionales, dentro de los límites que fija la jurisprudencia de la SCBA y que se ha citado párrafos supra, y ante la materialización de la función que al efecto le corresponde al IPS), y —por el otro—, considerando las diferentes bases en que la garantía de la movilidad de sustenta. En efecto, mientras en el sistema de la provincia de Buenos Aires (regido básicamente como vimos anteriormente, por el decreto-ley 9650/80, aplicándose en el tema de la movilidad, su artículo 50), la actualización sigue la suerte real de los salarios de actividad en base a la obligación que le corresponde al IPS como organismo de

(18) BO. 18/10/1993.

(19) BO. 16/10/2008.

(20) Conf. artículo 24 de la ley 24.241 con la modif. de la ley 26.417.

(21) Conf. artículo 41 del dec.-ley 9650/80.

(22) A tenor ejemplificativo, nos remitimos al texto original de la ley 24.241 (BO. 18/10/1993), y a las modificaciones implementadas por la llamada Ley de Solidaridad Previsional nro. 24.463 (BO. 30/03/1995).

(23) Sobre todo las nuevas doctrinas emanadas de la CSJN en los precedentes: *Sánchez, María del Carmen c/ ANSES s/ reajustes varios* (Fallos 328:1602); “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes varios” (Fallos 329:3089); y “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes varios” (Fallos 330:4866).

aplicación, respecto a la modificación “de oficio” de las prestaciones, dentro de los sesenta (60) días de sancionada la norma legal que haya dispuesto el cambio de los sueldos del personal en actividad, en Nación, si bien se tiende a que los haberes sigan la suerte de los salarios, también se sujeta la movilidad a los aumentos de los ingresos del sistema previsional. De esta manera, en este último sistema, se establece que la movilidad de las jubilaciones dependerá de las variaciones producidas en los recursos tributarios del SIPA (comparando semestres idénticos de años consecutivos) y del índice general de salarios determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos o la variación del RIPTE —índice basado en la Remuneración Imponible promedio de los trabajadores estables— publicado por la Secretaría de Seguridad Social, aplicándose de ambas la más favorable, durante el lapso enero-junio para el ajuste de septiembre del mismo año, y julio-diciembre para el ajuste a aplicar en marzo del año siguiente.

En esa línea, mientras el mecanismo de la provincia de Buenos Aires se asienta solo en la única variable salarios de actividad, el procedimiento de Nación lo hace sobre la doble variable salarios y evolución tributaria.

Amén de eso, creemos que el sistema vigente en la provincia de Buenos Aires resulta más beneficioso, desde que —por un lado, como vimos al inicio de este apartado—, permite el cálculo inicial del haber en orden al mejor cargo desempeñado en cualquier momento de la carrera profesional del trabajador (con consideración del mismo en orden a cierta prolongación), en tanto que el sistema de Nación fija de base una limitación temporal para la determinación de la prestación, prescribiendo un promedio tomado de los últimos diez años antes de la solicitud del beneficio; y —por el otro lado—, al hacer depender la movilidad solamente de la evolución de los salarios de actividad, el mecanismo local fija un sistema más sencillo y real de actualización, sin sujeción a pautas complejas y maleables como la publicación de índices por el INDEC o la recaudación tributaria.

VII. Conclusiones

La movilidad jubilatoria como garantía constitucional, se irguió y se irgue actualmente como un instituto fundamental para la defensa de los derechos de las personas titulares de una prestación previsional, en una proyección indispensable del carácter protectorio que debe teñir toda la temática de los derechos sociales.

El sentido de la seguridad social —en cuyo marco se encuentra el instituto estudiado en el presente trabajo—, se nutre permanentemente de principios que colaboran para dinamizar el derecho a la movilidad consagrado de manera explícita en la constitución de la Nación, y de manera implícita en la constitución de la provincia de Buenos Aires. No se puede entender a los principios de solidaridad,

integralidad, progresividad y justicia social, de otra manera que no sea propendiendo a lograr tales fines tuitivos.

Como lo ha dicho buena doctrina, la crisis económico-política en ocasiones tiende a que el sustantivo jubilado adquiera una dimensión social magra y casi piadosa, dejando a un lado el verdadero origen de tal palabra, que proviene de júbilo, palabra asociada a la alegría y el bienestar que debe rodear a la persona titular de una prestación previsional (Ziulu, 1997: 343) después de toda una vida de trabajo, en momentos en que ya no presta servicios laborales. En esa línea se inserta la movilidad jubilatoria como una garantía constitucional tendiente a mejorar las condiciones de vida de quienes se encuentran en la pasividad, al menos desde el aspecto laboral.

Con lo anterior, y luego de haber analizado el estado actual de la movilidad en el ámbito de la Provincia desde sus aspectos legales, jurisprudenciales y doctrinarios, advertimos un buen desarrollo local del instituto, dinamizado con criterios bastante claros desde hace ya varias décadas. Sin perjuicio de lo cual, nuestro sistema provincial no está liberado de críticas, como puede ser la interpretación que hoy en día se tiene desde la jurisprudencia, respecto a la movilidad jubilatoria descendente, que requiere sin duda mayor tratamiento y discusión.

En el ámbito de la Nación, la movilidad conquistó aireados terrenos desde la reforma previsional del año 2008, en que sancionó una ley especial que trató de absorber los nuevos criterios imperantes por entonces en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema. Sin perjuicio de ello, destacamos que por jerarquía y sentido tuitivo, una garantía constitucional no requiere necesariamente una ley posterior para poder ser efectivizada, yendo en esa senda de la mano con la directa operatividad de los derechos sociales, que nuevamente defendemos.

Como lo pusimos de manifiesto páginas atrás, consideramos que la jubilación no debe ser entendida como un premio, sino como un derecho, y como tal, tratando de conjurar los riesgos que supone o puede suponer un contexto inflacionario o de crisis económica, se inserta la movilidad jubilatoria como mecanismo de defensa y progresión de la capacidad económica de quienes han accedido a una prestación previsional.

La movilidad jubilatoria no supone entonces la concreción de una política de beneficencia por parte del Estado, sino el respeto por un derecho constitucional que exige la asistencia pública permanente, y el rechazo de cualquier intento por menoscabar las conquistas alcanzadas.

Entendemos que esa es la mejor manera de comprender a la Seguridad Social, y de dinamizar los verdaderos contornos de la movilidad jubilatoria.

VIII. Bibliografía

BADENI, Gregorio (2007). “La movilidad de las jubilaciones es una garantía constitucional”, en: *Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2007-F-298/700.

BESTEIRO, María del Carmen (2014). “Movilidad de los haberes previsionales y medidas cautelares innovativas”, en: *Revista Jurídica*. Buenos Aires: La Ley, F-116.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1968). *Estudios de Previsión Social y Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley.

— (1981). “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el artículo 14 bis”, en: *Revista Trabajo y Seguridad Social*. Buenos Aires. T VIII-A, pp. 481-560.

CARNOTA, Walter (1999). “El derecho adquirido previsional. ¿Una categoría constitucional en extinción?”, en: *Revista Jurídica*. Buenos Aires: La Ley, F-176.

CHIRINOS, Bernabé (2009). *Tratado de la Seguridad Social*. Buenos Aires: La Ley.

DE FERRARI, Francisco (1972). *Los principios de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Depalma.

DEVEALI, Mario (1952). *Curso de Derecho Sindical y de la Previsión Social*. Buenos Aires: Zavallía.

ETALA, Juan José (1966). *Derecho de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Ediar.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos (1989). *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley, T. I.

GNECCO, Lorenzo (1997). *Obras Sociales y Desregulación*. Buenos Aires: La Ley.

GUILLOT, María Alejandra (2013). “Introducción a la movilidad Jubilatoria”, en: *Revista de Jubilaciones y Pensiones*. Buenos Aires: La Ley, N° 2013 22 (mar. 2012/ feb. 2013), pp. 687-691.

JAUREGUIBERRY, Luis María (1957). *El artículo nuevo*. Santa Fe: Librería y Editorial Castellví.

PAWLOWSKI DE POSE, Amanda Lucía (2016). “Los problemas de la movilidad jubilatoria”, en: *Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2016-A-267/271.

PODETTI, Humberto A. (1982). "La Política Social", en: Vázquez Vialard (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, pp. 361 y ss.

RIGONI, Susana (2003). *Régimen Previsional de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: La Ley.

— (2006). "La movilidad jubilatoria en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires", en: *Revista de Jubilaciones y Pensiones* Buenos Aires: La Ley, N° 2006 15 (mar. 2005/feb. 2006), pp. 756-759.

ZIULU, Adolfo Gabino (1997). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

Legislación Nacional consultada

Ley N° 24.241. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 18/10/1993.

Ley N° 24.463. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30/03/1995.

Ley N° 26.417. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 16/10/2008.

Legislación Provincial consultada

Ley N° 10.295. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 15/08/1985.

Ley N° 13.236. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 24/10/2004.

Ley N° 13.364. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 05/09/2005.

Ley N° 13.472. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 15/06/2006.

Decreto ley N° 7647/1970. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 03/11/1970.

Decreto ley N° 9650/1980. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 30/12/1980.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación consultada

Fallos 300:836.

Fallos 328:1602.

Fallos 328:2833.

Fallos 329:3089.

Fallos 330:4866.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires consultada

SCBA, B 64078, 28/12/2016, “Masmei Aida Carimi c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). Demanda contencioso administrativa” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/03/2017]

SCBA, B 64578, 19/10/2016, “Aznar, Raúl Juan c/ Caja de Previsión Social para Martilleros y Corredores Públicos de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/03/2017]

SCBA, LP B 62772, 10/08/2011, “Bordón, Luis c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). Demanda contencioso administrativa” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, B 59178, 3/5/2012, “De Cristóforo, Horacio José c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). Demanda contencioso administrativa” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, B 59351, 18/11/2003, “Gaddi, Héctor c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). Demanda contencioso administrativa” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, B 55675, 28/10/1997, “Martegani, Dardo Abel c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). Demanda contencioso administrativa” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, B 62817, 1/4/2015, “Perri, Carlos Alberto c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). Demanda contencioso administrativa” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, B 64499, 13/11/2013, “Di Campli, José c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). Demanda contencioso administrativa” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, Ac 41630, 23/4/1990, “Bilbao, Francisco y otros c/ Provincia de Buenos Aires. Ajuste Jubilatorio e Inconstitucionalidad” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, LP A 72957, 16/3/2016, “Ardenghi, Amílcar Guillermo c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). Restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, LP B 53592, “Ruiz, Lidia Herminia c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). Demanda contencioso administrativa” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, LP B 64762, 15/8/2007, “Espelet, Ricardo c/ Provincia de Buenos Aires (IPS). Demanda contencioso administrativa” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, LP A 71167, 28/09/2016, “Vera, Valentín S. c/ Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires. Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, LP B 53024, 11/10/1995, “La Palma, Oscar Pedro Ignacio c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017].

SCBA, LP I 1065, 13/03/1990, “Corbella, Pedro Leo y otros s/ Demanda de Inconstitucionalidad de ley 8800” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, LP I 2154 RSD-141-15, 06/05/2015, “Verzi Héctor y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad arts. 1, 3, 21/25, 55, 56, 57, 59, 67, 71, 72, 76 y 78 ley 11.761. Tercero: Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

SCBA, LP I 2226 RSD-152-14, 02/07/2014, “Baldarenas, Carlos Alberto y otros s/ Inconstitucionalidad ley 11.761. Tercero: Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires” [online]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp> [Fecha de consulta: 15/3/2017]

Fecha de recepción: 21-03-2017 Fecha de aceptación: 28-05-2017

Legislación Argentina sobre violencia laboral en organismos estatales

POR VERÓNICA ITATÍ GONZÁLEZ (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Estado del arte.— III. Proyectos de Ley Nacional contra la violencia laboral en el ámbito de la Administración Pública.— IV. Legislación vigente contra la violencia en el ámbito de la Administración Pública.— V. Procedimiento de denuncias y sanciones por violencia laboral. — VI. Jurisprudencia.— VII. Conclusión.— VIII. Bibliografía.

Resumen: en el marco del Proyecto de Investigación “La Gestión Estatal para Erradicar la Violencia de Género Laboral en el Ámbito de la Administración Pública 2000-2010” resolución 145/16 se analizarán las distintas legislaciones provinciales vigentes en Argentina, como así también los distintos proyectos de Ley Nacional sobre la Violencia Laboral en el ámbito de la Administración Pública.

Palabras claves: administración pública - violencia laboral - normativa provincial - proyectos de ley nacional

Argentina legislation on workplace violence in State agencies

Abstract: *within the framework of the research project “The State Management for Labor Eradication of Violence Gender in the Field of Public Administration 2000-2010” resolution 145/16, the valid legislations of Argentinian Provinces will be analyzed as well as different national law drafts about workplace violence in the field of Public Administration.*

Keywords: *public administration - workplace violence - valid legislations of Argentinian provinces - national law draft*

I. Introducción

En Argentina varias Provincias sancionaron leyes que contemplan la figura del acoso laboral. Dichas normas rigen en el ámbito de la Administración Pública

(*) Prof. Adscripta a Derecho Administrativo I, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste, UNNE. Becaria de Iniciación, Secretaría General de Ciencia y Técnica, UNNE.

Provincial y Municipal, mientras que el dictado de una regulación nacional reservada exclusivamente al Congreso de la Nación (artículo 75 Constitución Nacional) es un tema pendiente a la fecha, a pesar de la existencia de varios proyectos en tal sentido.

La Licenciada Diana Scialpi, una de las mayores impulsoras de la sanción de estas leyes en nuestro país, las denomina “leyes contra el maltrato laboral en el empleo público”. Entiendo que es de máxima importancia prestar atención a esta forma de designarlas, porque, si bien en ellas se tipifican la conducta denominada “acoso psicológico” —conocido mundialmente como *mobbing*—, también se determinan y describen otros comportamientos merecedores de sanción, por constituir también formas de violencia que se ejercen contra el trabajador, como ser: el maltrato físico, el acoso sexual, la discriminación dentro de una institución pública.

Estas normativas fueron aprobadas y puestas en vigencia entre los años 2002 y 2005. En Ciudad Autónoma de Buenos Aires se dictó la ley 1225; en la provincia de Buenos Aires: la ley 13.168; en Jujuy, la ley 5349; en Tucumán, la ley 7232; en Misiones, la ley 4148 (derogada posteriormente por ley 4245 del 2005); en Santa Fe, la ley 12.434; y en la provincia del Chaco, la ley 7006.

Por último, debe destacarse también que existe actividad investigativa del Estado, a través de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, organismo que, a través de un convenio celebrado con la “Fundación Instituciones sin Violencia”, inauguró el 25 de julio del año 2005 una oficina para recibir denuncias sobre casos de violencia laboral (1).

II. Estado del arte

Los primeros trabajos sobre violencia laboral en el medio local datan de 1999, en publicaciones especializadas que lo enfocaban desde los puntos de vista psicológicos, sociológicos, y sus posibles implicancias jurídicas (2). Previo a la difusión

(1) El ámbito de acción de la Fiscalía no comprende al Poder Legislativo ni al Judicial, está concentrado en la Administración Pública Nacional, es decir que, por cuestión de competencias, sólo puede ocuparse del acoso laboral dentro del Poder Ejecutivo Nacional, lo que empero constituye un enorme adelanto.

(2) Scialpi, D. (1999). *Violencias en la Administración Pública*. Buenos Aires: Catálogos; Tesoro, J. L. (1999). “Reflexiones acerca de la profesionalización del Servicio Civil”, en: *Revista Temas*, Nº 17. Buenos Aires: INAP; Hirigoyen, M. F. (1999). *El acoso moral: el maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Buenos Aires: Paidós; Rubinstein, S. (2001). “El hostigamiento al trabajador como acoso psicológico. El Mobbing”, en: *Revista Derecho del Trabajo*, LL, B, pp. 1630. Buenos Aires: Depalma; Fanjul, A. (2001). “El acoso moral (*mobbing*): un nuevo riesgo en la Medicina del Trabajo. Derecho del

doctrinaria en el país, el mismo había sido objeto de análisis por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1996, partiendo de un informe de la Oficina Internacional del Trabajo, sobre lo que puede traducirse, más o menos, como “violencia en el lugar de trabajo” (aunque en los casos investigados se trataba de violencia ejercida por terceros), así como de una recomendación para sus países miembros que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) efectuara en la Conferencia de 1998, por medio de una declaración de principios y derechos fundamentales del trabajador, entre los que incluyó: el respeto a su dignidad, honor, imagen e integridad física y mental (3). Así también el Parlamento Europeo dictó en el año 2001 una Resolución sobre “acoso moral en el lugar de trabajo” (Nº 2991/2339 del 20/09/2001).

Estos antecedentes de carácter internacional fructificaron principalmente en la Comunidad Europea, donde se produjo doctrina, jurisprudencia y se promulgaron leyes que contemplaban el *mobbing* y también sanciones para los acosadores. Así, en Suiza, mediante el establecimiento en su “Código del Trabajo” de un deber de protección contra el acoso moral en el trabajo; Suecia, a través de su Ley Básica de Prevención de Riesgos (que establece como obligación para “el empresario” ejercer su poder de dirección en el trabajo para no consentir conductas de acoso y aplicar sanciones a quienes las realicen); Francia, por medio de su Ley de Modernización Social (ley 112001-73), cuyo capítulo VI está dedicado a la lucha contra el acoso moral en el trabajo; Bélgica, por la ley del 11/06/2002, considera como factores de riesgo que debe evitar el empleador: la violencia, el acoso psicológico y el acoso sexual en el trabajo; Italia, que en una ley local vigente para la Región del Lazio desde el 14/03/2001: “Disposición para prevenir y combatir el fenómeno del *mobbing* en el lugar de trabajo”, protege contra esta conducta abusiva tanto a trabajadores públicos como a los de la actividad privada. Asimismo, en otros estados se presentaron, a partir del 2001, proyectos legislativos: en España (ante las Cortes Generales), la “Proposición de ley del derecho a no ser objeto de acoso moral en el trabajo”, 122/000157; también en Dinamarca y en Luxemburgo. Por otra parte, el Reino Unido e Irlanda no han considerado conveniente dictar leyes sobre el acoso laboral, sino aplicar directamente, para solucionar estas situaciones en casos concretos, normas reguladoras como las de mediación (Flores Vera, 2005).

Trabajo”, en: LL 2002, pp. 1155-2002. Buenos Aires: Astrea; Marti de Minutella, E. (2003). “El *mobbing* o acoso psicológico en el trabajo”, en: *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. 2003-A-71. Buenos Aires: Lexis-Nexis; Abajo Olivares, F. (2004). *Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral*. Buenos Aires: Depalma; Ferreirós, E. (2005). “Los trabajadores del Estado: el fraude y el maltrato”, en: *Doctrina laboral*, Vol. XIX-237-395. Buenos Aires: Errepar.

(3) Conferencia OIT de 1998, que aprobó una declaración sobre los derechos fundamentales del trabajador.

En Sudamérica y América Central, siguiendo la tendencia europea de visibilizar (Scialpi, 1999). e intentar poner freno a este tipo de violencia, se han presentado proyectos legislativos para establecer normas de alcance nacional en: Uruguay (C. R. R. 182/2000), donde la Cámara de Representantes propuso la tipificación en la legislación laboral de las “Faltas laborales graves” y, entre ellas, a “todo acto de violencia, injuria, amenaza o malos tratos al trabajador”; en Brasil, por medio del “Proyecto de Lei Federal 4742/2001” de modificación al artículo 146 A del Código Penal, para sancionar a quienes practiquen actos de descalificación reiterada o lesionen la autoestima o la imagen del trabajador en razón de su vínculo jerárquico o funcional laboral con éste, sin justa causa, colocándolo en riesgo de afectación de su salud física o psíquica, con pena de prisión de uno a dos años; en Chile, con el “Proyecto de ley contra el psicoterror laboral”, presentado en la Cámara de Diputados Boletín N° 3198-13, del 04/03/2003; en Costa Rica, con el “Proyecto de ley contra el acoso psicológico y moral en el trabajo”, Expediente N° 15211 del 30/04/2003; en Puerto Rico, con el proyecto N° 2901/2004 del Senado, para sancionar “el acoso psicológico en el trabajo” (4). En Colombia, a través del P. L. 88 de 2004, sobre “la adopción de medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo” (5), que el 23 de enero de 2006 se promulgó (con enmiendas) como ley 1010 de la República, siendo la primera de América vigente en la materia que rige tanto para la actividad privada como pública, la cual en sus definiciones sobre el acoso laboral, procedimiento y aplicación de sanciones no difiere en general de los proyectos de ley presentados en el Congreso Nacional de la República Argentina, tal y como se analizarán en el presente trabajo.

III. Proyectos de Ley Nacional contra la violencia laboral en el ámbito de la Administración Pública

En el Congreso Nacional se han presentado en los últimos años diversos proyectos de leyes para proteger al empleado contra el acoso en su lugar de trabajo, a saber: expediente N° 3004-D-2004 (Diputado Roselli, Acavallo, Basteiro, Bonasso, F. Gutiérrez, Jarque, Macaluse, Méndez de Ferreyra, Polino), expediente N° 3313-D-04 (Dip. M. Rodríguez, Piccinini, J. C. Godoy, Monteagudo, M. A. González) y expediente N° 2635-S-04 (Sen. Pichetto, Negre de Alonso, Ochoa), los cuales, si bien ingresaron a estudio de comisiones no obtuvieron dictamen de éstas. Empero, en el período legislativo ordinario N° 124, correspondiente al año 2006, han ingresado nuevas iniciativas referidas al tratamiento integral del acoso en el ámbito

(4) Parlamento Uruguayo, en: www.parlamento.gub.uy/; Chile: Congreso de Chile en: www.congreso.cl/; Costa Rica: Asamblea Legislativa en: www.asamblea.go.cr/; Puerto Rico: Senado en: www.senadopr.us/; Brasil, Cámara de Diputados en: www.camara.gov.br/proposicoes

(5) Cámara de Representantes de la República de Colombia en: www.camararep.gov.co/

laboral, pertenecientes a las Diputadas Elisa Carrió y Marcela Rodríguez (expte. N° 0296-D-06), y a la Diputada Marino (expte. N° 2910-D-06), entre otras (6). Se han puesto de manifiesto un conocimiento e interés de los legisladores sobre las situaciones de violencia en el trabajo, de lo que surgieron proyectos para erradicar el “acoso moral en el trabajo” por medio de una ampliación del artículo de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), como por ejemplo el proyecto expte. N° 2755-D-06, perteneciente al Diputado Nemirovski, que propone la incorporación a la LCT de un “artículo 242 bis”, por el que se tendrá al acoso moral, por él denominado “acoso laboral”, como un caso especial de injuria laboral. El del Diputado Bullrich presentado el 30 de mayo de 2006, por el expte. N° 2857-D-2006, que también propone incluir el acoso laboral en la Ley de Contrato de Trabajo, pero mediante la incorporación de un “artículo 81 bis” sobre “Acoso Moral laboral” (7). Y un proyecto de modificación-incorporación al Código Penal de un “artículo 158 bis”, por el que se tipifica el “delito de acoso laboral” que comprende al acoso psicológico y al acoso sexual presentado por la Diputada Spátola por el expte. N° 2146-D-06 (8).

Las definiciones dadas por todos los proyectos son similares, pudiendo resumirse en que el *acoso laboral* consiste en un abuso de poder reiterado, ejercido sobre el trabajador en “*el ámbito laboral*”, por el que el empleador, el superior jerárquico o un tercero vinculado directa o indirectamente con alguno de ellos, atenta contra su dignidad, integridad física, sexual y/o social. Las definiciones han sido tomadas de las utilizadas por las Naciones Unidas, por la OIT, así como de las elaboradas por la doctrina mencionada en los fundamentos de los proyectos, con lo que se coincide con el concepto mundial sobre este fenómeno.

En cuanto al alcance jurisdiccional considerado en los proyectos ley integral sobre el “acoso laboral”, cuatro de ellos prevén su vigencia para todos los trabajadores del ámbito público y los que prestan servicios en la actividad privada (9). Otro proyecto la prevé para el sector público, pero sólo para los trabajadores del gobierno nacional, y los del sector privado (10). El resto de los proyectos se ocupan de la protección contra el hostigamiento en el lugar de trabajo del dependiente del Estado Nacional (11).

(6) Expte. 0296-D-06, presentado el 06/03/06 y expte. 2910-D-06 presentado el 31/05/06. Disponible en: www.hcdn.gov.ar/Proyectos

(7) Ver exptes. 2755-D-06, presentado el 24/05/06 y 2857-D-06, presentado el 30/05/06. Disponible en: www.hcdn.gov.ar/Proyectos

(8) Expte. 2146-D-06, presentado el 03/05/06. Disponible en: www.hcdn.gov.ar/Proyectos

(9) Ver proyectos exptes. 2635-S-04, 3313-D-04, 0296-D-06, 2910-D-06.

(10) Ver proyecto expte. 3004-D-04.

(11) Ver resto de los proyectos.

Entendemos que dado que la ley sobre maltrato en el lugar de trabajo va a ser emitida por el Congreso Nacional debiera ella ocuparse de *todos los trabajadores*, reformando de ser necesario la Ley de Contrato de Trabajo, y respecto de los trabajadores del sector público, modificando la ley 25.164 que regula las relaciones entre el Poder Ejecutivo Nacional y sus dependientes, solicitar a las provincias la emisión de leyes locales que regulen la relación con sus plantas de trabajadores, y a los Estados provinciales y nacional la sanción de un procedimiento que reúna los recaudos de especialidad y brevedad para adoptar medidas en las denuncias por el acoso practicado sobre los sujetos protegidos por la ley nacional. Ello es así, ya que no existe delegación de las provincias respecto del dictado de Códigos o Leyes de Procedimiento (artículo 129 CN). Así como introducir por vía de reforma en el Código Penal la figura “Delito de hostigamiento de personas en su lugar de trabajo”.

Por otra parte se observa en estos proyectos de ley que las penalidades cuya aplicación prevén para los hostigadores en el ámbito de trabajo, constituyen sanciones administrativas (de carácter disciplinario), que van desde apercibimiento hasta despido, cesantía o exoneración, tanto para la administración pública como en el sector privado.

Asimismo, se advierte que en general disponen, para el caso de que el trabajador hostigado opte por cesar en su relación laboral por despido injustificado, pagos de indemnizaciones especiales a cargo tanto del autor del hostigamiento como del empleador, cuando este último no adoptó medidas para hacer cesar los actos de acoso. Así como, además, el resarcimiento del perjuicio o del daño ocasionados a la víctima como consecuencia de situaciones derivadas de la violencia laboral, dejando para ello abierta la puerta para que el trabajador que ha sido víctima del acoso pueda reclamar por los daños y perjuicios ocasionados, explicitando de este modo la aplicabilidad al supuesto de la norma del Código Civil y Comercial de la Nación de responsabilidad del principal por los actos ilícitos cometidos por sus dependientes con ocasión o en ejercicio de sus funciones.

La mayoría de los proyectos señalan que persiguen establecer un régimen que brinde adecuada protección a las personas que resulten víctimas de violencia en el ámbito de las relaciones laborales, y que además suscite suficiente temor para disuadir a quienes se vean tentados de transformarse en sujetos activos de acoso. Pero lo cierto es que la sanción administrativa no es de por sí suficiente para desalentar las conductas que se persigue combatir.

Al respecto, señalamos que si bien en la Argentina se ha seguido la tendencia del resto de los países de América de proyectar una ley contra la violencia en el lugar de trabajo, que consideran a ésta como una irregularidad administrativa, que hace pasible de la aplicación de sanciones disciplinarias a quien la ejerce.

Conociéndose la existencia de legislaciones, ya vigentes en la Unión Europea, que han tratado a la violencia en las relaciones laborales como delito, como por ejemplo Suecia y Francia (12), dado que hoy en día se advierte la poca afectividad de los procedimientos de control y erradicación de estas conductas a través de las sanciones disciplinarias, deberían los legisladores, por medio de la ley que en definitiva se apruebe, promover las reformas del Código Penal tipificando penalmente estos actos.

Sobre el particular contamos doctrinariamente con el razonamiento de Scialpi (2004), que considera aplicables al acoso moral en el trabajo, las normas de la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes” (ONU 1987), ya que: por ejemplo, puede argumentarse acerca de la responsabilidad del Estado frente a casos de violencia institucional, con un tratado no pensado originariamente para estos casos. A continuación se transcriben algunos párrafos que muestran que aunque la intención original era legislar contra la tortura, se aplica también a otras formas de maltrato donde estuvieren comprometidos funcionarios públicos (...). Obliga al Estado a intervenir, a proteger a denunciantes y testigos, a educar a sus funcionarios en el respeto a los derechos y a hacerse responsable de la reparación del daño, Parte I. artículo 1: 1. A los efectos de la presente convención se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero una información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores sean infligidos por un funcionario público (...); (...) Artículo 16: Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1.

Compartimos esta interpretación. Por ello, entendemos que podría incluirse toda clase de conducta de hostigamiento en el ámbito laboral como tipo penal, reformando nuestro Código Penal.

(12) *Conf.* Manuel Velásquez Fernández (2005). “El tratamiento jurídico legal de la violencia en el trabajo”, *“Mobbing. El acoso psicológico en el ámbito laboral”*, en: *JA Número Especial. Código Penal de Francia Sección 3 bis: Del acoso moral: Artículo 222-33-2 (introducido por Ley 2002-73 de 17 de enero de 2002, artículo 170, Diario Oficial de 18 de enero de 2002): El hecho de acosar a otro mediante actuaciones repetidas que tengan por objeto o por efecto una degradación de las condiciones de trabajo susceptible de atentar a sus derechos y a su dignidad, de alterar su salud psíquica o mental o de comprometer su futuro profesional, será castigado con un año de prisión y multa de 15.000 euros.*

IV. Legislación vigente contra la violencia en el ámbito de la Administración pública

Mientras se espera el dictado de una ley nacional contra el maltrato en el ámbito laboral existen leyes de protección a los derechos de las personas en general y/o del trabajador en nuestro país que se pueden invocar frente a los jueces en un caso en concreto, tal y como se analizará seguidamente.

La Constitución Nacional reconoce el derecho inalterable de todo trabajador de gozar de condiciones dignas de trabajo (artículo 14 bis), lo que permite remitirse a la definición que la OIT hace de trabajo decente; entendiendo por tal el trabajo seguro, dentro de un marco de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Y condiciones dignas significan una situación adecuada en lo que a seguridad e higiene laborales se refieren y que alcanzan tanto a elementos “medio-ambiente laboral”, que resulta insalubre si alguien ejerce actos de violencia sobre los trabajadores. Como establece la premisa de Igualdad ante la ley (artículo 16). Y también el derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes (artículo 41). Y el de interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley, pudiendo hacerlo ante cualquier forma de discriminación (artículo 43). También lo dispuesto en el artículo 75, puntos: 19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores; 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución.

Las normas internacionales sobre derechos humanos que han sido incorporadas con la reforma constitucional de 1994 a nuestro derecho interno (artículo 75, inciso 22) también son importantes en este sentido. El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra la protección de los Derechos Humanos por un régimen de derecho, por lo que resulta evidente que la tutela de los derechos humanos fundamentales debe ser el motivo especial y principal preocupación por parte de un Estado Social de Derecho.

La protección para los trabajadores de la Administración pública nacional está dada en la ley 25.164 (13) y hasta el 02/03/2006 por el decreto 66/99, que fijaba al

(13) Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional.

empleador entre otras obligaciones: “Garantizar al trabajador ocupación efectiva (...), garantizar la dignidad del trabajador así como la no discrecionalidad en la aplicación de sistemas de controles personales destinados a la protección de los bienes de la Administración Pública Nacional. (...) Abstenerse de aplicar sanciones disciplinarias que constituyan una modificación de las condiciones de la relación laboral. (...) Garantizar la promoción profesional y la formación en el trabajo en condiciones igualitarias de acceso y trato” (artículo 30).

Este decreto ha sido reemplazado por el decreto 214 del 27/02/2006, por el que se homologó un nuevo “Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional”, que comprende no solo al personal de planta sino a quienes revistan bajo otras modalidades de trabajo en la administración pública nacional. En esta nueva normativa se contempla expresamente el problema de la violencia laboral a la que cataloga como conducta sancionable.

Este Convenio en su artículo 124 establece la erradicación de la violencia laboral y agrega textualmente que:

“las partes signatarias acuerdan en reconocer que la violencia laboral impide la consecución del principio de no discriminación e igualdad de oportunidades, contraponiéndose a los principios éticos que rigen el empleo regulado por el presente convenio, y concuerdan en que ésta se refiere a toda acción, omisión, segregación o exclusión realizada en forma reiterada por un agente que manifieste abuso de la autoridad que le confieren sus funciones, cargo o jerarquía, influencia o apariencia de influencia, que tenga por objeto o efecto la degradación de las condiciones de trabajo susceptibles de afectar los derechos, la dignidad, de los trabajadores, de alterar su salud física y mental y/o comprometer su futuro laboral, o al consentimiento de dichas conductas en el personal a su cargo sin hacerlas cesar; pudiendo ser estas acciones de naturaleza sexual o moral, para beneficio propio o de su tercero, bajo las posibles formas de maltrato físico, psíquico o social, acoso u hostigamiento moral, acoso sexual, homofóbico o discriminación por género. La comisión de cualquier acto de violencia laboral configura falta grave en los términos del artículo 32 inciso e, del anexo a la ley 25.164, en virtud de lo previsto en el artículo 37, inciso i, del presente Convenio de Trabajo, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 242 de dicha norma o de la que la sustituya”.

Por lo demás, el nuevo convenio decreto 214/2006 mantiene las garantías dadas en el anteriormente vigente, y las explicita fijando como “principios ordenadores de la función pública: el sometimiento pleno a la Constitución en el desempeño como garantía de un ejercicio responsable, objetivo e imparcial de la función

pública, y la no discriminación e igualdad de oportunidades y de trato (artículo 16)”. “Garantizar al trabajador ocupación efectiva, de acuerdo con su calificación laboral, salvo por razones fundadas que impidan cumplir esta obligación”; así como “la dignidad del trabajador (...) la no discrecionalidad en la aplicación de sistemas de controles personales destinados a la protección de los bienes de la Administración Pública Nacional; abstenerse de aplicar sanciones disciplinarias que constituyan una modificación de las condiciones de la relación laboral; velar por el buen clima de trabajo, absteniéndose y/o haciendo cesar cualquier hecho de discriminación, violencia y/o acoso de cualquier índole mediante el uso del cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia; la promoción profesional y la formación en el trabajo en condiciones igualitarias de acceso y trato (artículo 33)”. Así como explicitar el derecho del trabajador a “condiciones y Medio Ambiente de Trabajo dignas, libres de violencia (artículo 35)”. Asimismo, crea una “Comisión de Igualdad de Oportunidades de trato (CIOT)”, integrada por tres representantes del Estado Empleador, y tres de la parte gremial, “para promover el cumplimiento del convenio (...) el principio de no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato y acciones tendientes a la prevención y erradicación de la violencia laboral (artículo 125)”. Esta Comisión se encontrará habilitada para “recibir denuncias en forma escrita e individualmente, observando las debidas garantías de confidencialidad, discreción, imparcialidad, celeridad y resguardo de la identidad de el/los afectado/s e impulsar su tratamiento y resolución por la autoridad administrativa competente. Una vez recibida la denuncia y constatada la relación jerárquica entre denunciado y denunciante, las actuaciones serán elevadas a la máxima autoridad de la Jurisdicción, organismo descentralizado o entidad, para que disponga, a través de la autoridad competente, la sustanciación de la pertinente información sumaria o sumario administrativo, según corresponda (artículo 126)”; esto debe entenderse como facultativo del denunciante, quien puede seguir el procedimiento de denuncia previsto en el decreto 467/99 o interponerla (previo ponerla en conocimiento efectivo de las autoridades bajo cuyas órdenes cumpla servicios) ante Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas o directamente en sede Judicial.

Cabe resaltar que la ley 25.164 solamente se aplica al ámbito del Poder Ejecutivo, ya que expresamente se encuentran excluidos del ámbito de la aplicación de la misma el personal del Poder Legislativo nacional y del Poder Judicial de la Nación, que se rigen por sus respectivos ordenamientos especiales (artículo 5).

En Tucumán está la ley 7 N° 232 de Violencia Laboral promulgada el 23/9/2002, que define a la violencia laboral como “toda acción u omisión que atente contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social del trabajador ejercida en el ámbito laboral por el empleador, por personal jerárquico o un tercero vinculado directamente con él, será considerada o entendida a los efectos de la presente ley, como violencia laboral”.

Se entiende por violencia laboral al abuso de autoridad manifestado en las siguientes formas: a) maltrato físico; b) maltrato psíquico; c) acoso; d) acoso sexual; e) discriminación remuneratoria; f) toda otra forma de coacción utilizada por las autoridades, personal jerárquico y/o terceros vinculados directamente con ellas.

Jujuy cuenta con la ley 5349 de Erradicación de la Violencia Laboral en los ámbitos del Estado provincial, sancionada el 22/05/2003. Esta entiende por violencia laboral a toda acción ejercida en el ámbito laboral que atente contra la dignidad de él o la trabajadora, su integridad física, psicológica o sexual, mediante amenaza, intimidación, maltrato físico y/o psicológico, acoso sexual o discriminación, por parte del personal jerárquico o de quien tenga la función de mando, de un tercero vinculado directa o indirectamente con él, o agentes de la administración pública, cualquiera sea el agrupamiento de revista.

Asimismo, entiende por maltrato psicológico la hostilidad continua y repetida en forma de insulto, hostigamiento, desprecio y crítica en contra del o la trabajadora.

Para esta ley el maltrato físico es toda conducta dirigida a ocasionar un daño o sufrimiento corporal sobre el o la trabajadora.

También entiende por discriminación a la acción persistente y reiterada de incomodar con palabras o gestos en razón de su sexo, edad, nacionalidad, u origen étnico, color, religión, estado civil, capacidades diferentes, conformación física, preferencias artísticas, culturales, deportivas o situación personal o familiar alguna.

Y por último define al acoso sexual como la conducta reiterada de asedio o requerimiento sexual no deseado por la víctima.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene la ley 1225, sancionada el 04/12/2003, por la cual establece prevenir y sancionar la violencia laboral de los superiores jerárquicos hacia el personal dependiente, de cualquier organismo público de la Ciudad de Buenos Aires. Es de aplicación a la función pública de la Ciudad de Buenos Aires, y no tiene injerencia en el ámbito privado.

Sanciona la acción ejercida sobre un trabajador/a, por parte de personal jerárquico que atente contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica o social de aquel mediante amenaza, intimidación, abuso de poder, acoso, acoso sexual, maltrato físico o psicológico, social u ofensa.

Define al maltrato psíquico y social contra el trabajador, a la hostilidad continua y repetida del superior jerárquico en forma de insulto, hostigamiento psicológico, desprecio y crítica.

Así, señala con carácter enunciativo como maltrato psíquico y social, las siguientes acciones ejercidas contra “el trabajador”: a) bloquear constantemente sus iniciativas de interacción generando aislamiento; b) cambiar de oficina, lugar habitual de trabajo, con ánimo de separarlo de sus compañeros o colaboradores más cercanos; c) prohibir a los empleados que hablen con él o ella; d) obligarlo a ejecutar tareas denigrantes para su dignidad personal; e) juzgar de manera ofensiva su desempeño en la organización; f) asignarle funciones sin sentido, innecesarias, con sentido de humillar; g) encargarle trabajo imposible de realizar; h) obstaculizar o imposibilitar la ejecución de una actividad, u ocultar las herramientas necesarias para concretar una tarea atinente a su puesto; i) promover el hostigamiento psicológico; j) amenazarlo repetidamente con despido infundado y k) privarlo de información útil para desempeñar su tarea o ejercer sus derechos.

Hasta aquí, el texto legal nos sirve como una verdadera “guía” para el accionar de los que conducen los recursos humanos en las organizaciones, tanto de la administración pública como en la actividad privada.

Hago especial mención aquí a los responsables de las “PYMES” y de las empresas familiares, por el peso que tienen en ellas la organización informal. Así, con frecuencia puede observarse que los “dueños” suelen tener actitudes un poco agresivas y omnipotentes, definiendo un perfil autoritario en su obrar y en la toma de decisiones. Se olvidan que el ser humano, el trabajador, es el único recurso, por usar una expresión mercantilista, que no es propiedad de la empresa. Este sólo dispone de su capacidad de trabajo que está condicionada por la legislación vigente. Por lo tanto, no puede disponer de él arbitrariamente como lo haría con el dinero o con los elementos materiales.

Recapitulando, la ley 1225 (GCBA), en su artículo 5 define claramente el “acoso” de esta manera: “Se entiende por acoso a la acción persistente y reiterada de incomodar con palabras, gestos, bromas o insultos, en razón de su género, orientación sexual, ideológica, edad, nacionalidad u origen étnico, color, religión, estado civil, capacidades diferentes, conformación física, preferencias artísticas, culturales, deportivas, situación familiar, social, económica, o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”.

Esta norma legal también tipifica el “acoso laboral” en su artículo 6, estableciendo luego las sanciones correspondientes.

Es hacer notar que la norma también establece la responsabilidad solidaria de los “superiores jerárquicos”: “La máxima autoridad jerárquica del área, es responsable de las conductas previstas en la presente ley, ejercidas por el personal a su cargo, si a pesar de conocerlas, no tomó las medidas necesarias para impedir las”.

Los directivos no pueden ignorar la existencia de los hechos porque son indirectamente responsables de su tratamiento. Deben anticiparse con medidas preventivas antes que ocurran los hechos.

También deben establecerse procedimientos claros, simples y rápidos, para que el acosado pueda formular su queja al nivel que el asegure un tratamiento imparcial de la misma. El sector encargado de las Relaciones Laborales, dentro del área de Personal, es el encargado ideal para ser el receptor de la queja, para asegurar el tratamiento, análisis y seguimiento del caso, y fretar las acciones y consecuencias.

La provincia de Buenos Aires cuenta con la ley 13.168, que entiende pro violencia laboral el accionar de los funcionarios y/o empleados públicos que valiéndose de su posición jerárquica o de circunstancias vinculadas con su función incurran en conductas que atenten contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social del trabajador o trabajadoras, manifestando un abuso de poder llevado a cabo mediante amenaza, intimidación, amedrentamiento, inequidad salarial, acoso, maltrato físico, psicológico y/o social.

También define al maltrato físico como toda conducta que directa o indirectamente está dirigida a ocasionar un daño o sufrimiento físico sobre los trabajadores.

Conceptualiza al maltrato psíquico y social contra el trabajador o la trabajadora como la hostilidad continua y repetida en forma de insulto, hostigamiento psicológico, desprecio o crítica.

Define con carácter enunciativo como maltrato psíquico y social a las siguientes acciones: a) obligar a ejecutar tareas denigrantes para la dignidad humana; b) asignar misiones innecesarias o sin sentido con la intención de humillar; c) juzgar de manera ofensiva su desempeño en la organización; d) cambiarlo de oficina, lugar habitual de trabajo con ánimo de separarlo de sus compañeros o colaboradores más cercanos; e) bloquear constantemente sus iniciativas de interacción generando el aislamiento del mismo; f) prohibir a los empleados que hablen con él o mantenerlos incomunicados, aislados; g) encargarle trabajo imposible de realizar; h) obstaculizar o imposibilitar la ejecución de una actividad, u ocultar las herramientas necesarias para concretar una tarea atinente a su puesto; i) promover el hostigamiento psicológico a manera de complot sobre un subordinado; j) amenazarlo repetidamente con despido infundado y k) privarlo de información útil para desempeñar su tarea o ejercer sus derechos.

Entiende por acoso en el trabajo, a la acción persistente y reiterada de incomodar al trabajador o trabajadora, manifestada en comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la

integridad física o psíquica del individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima de trabajo, en razón de su sexo, opción sexual, edad, nacionalidad, origen étnico, color de piel religión, estado civil, capacidades diferentes, conformación física, preferencias artísticas, culturales, deportivas o situación familiar.

Se entiende por inequidad salarial el hecho de instaurar y practicar la disparidad salarial entre hombres y mujeres, que ejercen en el mismo establecimiento funciones equivalentes.

Misiones promulgó en mayo de 2005 la ley 4148 y la derogó en diciembre de ese mismo año.

La Provincia de Santa Fe cuenta con la ley 12.434, promulgada el 04/08/2005, reglamentada a través del decreto 1040/2007 de fecha 14 de junio, la que considera violencia laboral a toda conducta activa u omisiva, ejercida en el ámbito laboral por funcionarios o empleados públicos que, valiéndose de su posición jerárquica o de circunstancias vinculadas con su función, constituya un manifiesto abuso de poder, materializado mediante amenaza, intimidación, inequidad salarial fundada en razones de género, acoso, maltrato físico, psicológico y/o social u ofensa que atente contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social del trabajador o trabajadora.

Finalmente, la provincia de Entre Ríos cuenta con la ley 9671, que considera violencia laboral a toda acción ejercida en el ámbito laboral que atente contra la integridad moral, física, sexual, psicológica o social de los trabajadores estatales o privados.

A tal efecto, sin perjuicio de otras acciones que pudieran estar comprendidas en el párrafo anterior, serán consideradas como: 1. Maltrato psíquico y social; a) el constante bloqueo de iniciativas; b) obligar a ejecutar tareas denigrantes para la dignidad humana; c) juzgar de manera ofensiva el desempeño; d) amenazar repetidamente con despidos infundados; 2. Maltrato físico: toda conducta que directa o indirectamente esté dirigida a ocasionar en daño o sufrimiento físico sobre el trabajador. 3. Acoso: la acción persistente y reiterada de incomodar con palabras o gestos en razón del sexo, edad, nacionalidad, capacidades diferentes, estado civil, conformación física o situación familiar. 4. Inequidad salarial: ejercer la disparidad salarial entre hombres y mujeres que ejercen igual función en el mismo lugar de trabajo, siempre que cuenten con iguales antecedentes en cuanto a su calificación, esfuerzo y responsabilidad.

En el ámbito de la provincia del Chaco, en el año 2012 se ha sancionado la ley provincial 7006 de "Prevención y erradicación de la violencia laboral en el ámbito de la administración pública" en todo el territorio de la provincia. En esta línea,

resulta de importancia señalar que el Estado provincial, como empleador, está obligado a: a) hacer efectiva la aplicación de la presente en el marco de una política de eliminación de todas las formas de violencia laboral en el ámbito del Sector Público Provincial. b) Ejercer las acciones necesarias y eficaces para poner fin a los actos de violencia ejercidos sobre sus empleados. c) Reparar el daño que hubiere ocasionado la violencia ejercida por sí, por sus dependientes o por terceros bajo su responsabilidad, conforme las normas del derecho común. d) Mantener en el lugar de trabajo condiciones de respeto para quienes se desempeñan en la estructura de los Poderes del Estado con el propósito de desalentar, prevenir y/o sancionar las conductas tipificadas en la presente. e) Garantizar un procedimiento administrativo adecuado y efectivo tendiente al cumplimiento de los objetivos de la presente ley. A tal fin deberá resguardar la exposición, confidencialidad del trámite y el derecho de defensa. El órgano de aplicación será la Oficina Interdisciplinaria para la Prevención, Tratamiento y Sanción de la Violencia Laboral que se crea por dicha ley, pero que hasta la fecha no ha sido reglamentada.

Por último la Administración Pública de la Argentina cuenta con un Código de Ética del Personal de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

En síntesis, según las leyes vigentes, se tiene por conductas a prevenir, o, en su caso, a sancionar, las de violencia laboral en el ámbito laboral en la Administración Pública, definiéndose como tal a toda acción ejercida en el ámbito laboral que atente contra la dignidad de el/la trabajador/a, su integridad física, psicológica o sexual.

Según Palavecino Cáceres (2004), la considerada en nuestra legislación como violencia laboral psicológica es la que fue estudiada a principios de la década de 1980, en Suecia, por el psicólogo alemán Heinz Leymann, quien la denominó *mobbing* (vocablo utilizado en la década de 1960 por el etólogo Konrad Lorenz para describir los ataques de una coalición de animales débiles contra otro más fuerte de la misma especie o de otra, fue traducido en el análisis de las relaciones laborales como una situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema de forma sistemática, durante un tiempo prolongado, que estima Leymann en más de 6 meses para configurarla, sobre otra persona, en el lugar de trabajo, produciéndose el fenómeno tanto entre empleados del mismo nivel jerárquico, como del más débil al más poderoso, o del más poderoso al más débil.

V. Procedimiento de denuncias y sanciones por violencia laboral

Las leyes vigentes en la República Argentina prevén sanciones disciplinarias de carácter administrativo para quienes ejecuten acoso en el ámbito laboral. Esto

no debe ser objeto de crítica, pues las provincias han delegado en el Congreso Nacional el dictado de las leyes de fondo, por lo que no pueden las legislaturas locales dictar leyes de protección contra el maltrato en el ámbito laboral para los trabajadores de la actividad privada, ni crear nuevos tipos penales para castigar estos abusos. Lo máximo que pueden hacer constitucionalmente es tratar como irregularidad administrativa el hostigamiento en la Administración Pública provincial. Observando las leyes específicas, puede inferirse la utilización del:

a) Procedimiento

1. El acosado debe efectuar una denuncia ante el Superior Jerárquico del hostigador siguiendo las pautas de las leyes provinciales sobre personal de la Administración Pública y los códigos o leyes locales de procedimiento administrativo.
2. La autoridad que reciba la denuncia debe:
 - Iniciar el sumario respectivo;
 - Garantizar la confidencialidad del sumario y el resguardo de la identidad de todos los intervinientes en él (aún la de los testigos), para evitar que sufran perjuicio alguno en su empleo.
3. El sumariante debe llevar adelante la instrucción, ordenar la producción de pruebas y resolver si se encuentra probado el acoso. En caso positivo, aconsejará la aplicación de una medida disciplinaria.

b) Sanciones

Las sanciones que prevén estas leyes van desde el apercibimiento, la suspensión (treinta o sesenta días), hasta la cesantía o exoneración del acosador.

VI. Jurisprudencia

El 07 de marzo de 2009 la doctora Marta Alicia Raggio, luego de haber ejercido la magistratura durante veinte años, fue destituida de su cargo como titular del Juzgado Correccional N° 1 de Necochea, el cual lo detentó durante diez años, e inhabilitada de por vida para ejercer cargos dentro del Poder Judicial, luego de que el jurado de enjuiciamiento de la Suprema Corte la declarara culpable de acoso laboral y sexual contra los empleados de su juzgado.

Es el primer precedente en la Justicia Bonaerense de destitución por un *Jury* debido a acusaciones por acoso sexual, laboral, discriminación y amenazas.

El Jurado en forma unánime la destituyó por las causales previstas en el artículo 21 de la ley 8085 (“inhabilidad física o mental”, “realización de hechos o desarrollo de actividades incompatibles con la dignidad y austeridad que el cargo judicial impone”, y las causales “que se determinen en otras leyes”). El veredicto también invocó las leyes provinciales 13.168 (de violencia laboral) y 12.764 (de acoso sexual).

La acusación estuvo a cargo de la Procuración General de la Corte y se formuló hacia fines del 2005 a partir de la denuncia de varios empleados de la misma, por hechos de violencia laboral que iban desde insultos y descalificación por el trabajo realizado, hasta menosprecio de sus capacidades, cambios arbitrarios de lugares de tareas, aplicación de aislamiento como castigo, discriminación y acoso sexual.

Más de treinta empleados y ex empleados declararon en su contra. Nueve testigos relataron las prácticas usuales de su exjefa y detallaron ejemplos de discriminación habituales, logrando probarse el trato discriminatorio hacia sus empleados por condiciones físicas, raciales, religiosas o sociales. Con relatos de otros funcionarios judiciales se probó que Raggio insultaba y descalificaba a las personas que dependían de ella.

Los testimonios dieron cuenta de su obsesión por temáticas sexuales, con intervenciones permanentes que incluían obscenidades y provocaciones. A un empleado en particular, en reiteradas oportunidades, lo acosó sexualmente delante del resto de los empleados y compañeros del juzgado (le mostraba la ropa interior, le tocaba los genitales y lo obligaba a tocarla). Uno de ellos, 30 años menor, denunció que fue acosado sexualmente, con comentarios y gestos humillantes y que en una ocasión se había sentado sobre sus piernas e insinuó sexualmente.

El titular de la Suprema Corte de Justicia bonaerense y presidente del jurado de enjuiciamiento, Juan Carlos Hitters, consideró “de particular importancia remarcar que la existencia de los hechos descriptos y sufridos por el personal que se desempeñaba en el Juzgado del cual era titular la acusada han encontrado corroboración en los dichos vertidos en la audiencia pública por otras personas que no dependían de ella, tales como diversos magistrados y funcionarios del fuero penal de Necochea”.

Por otra parte, Hitters destacó “la trascendencia que adquieren los hechos que motivaron las presentes actuaciones, comprensivos de hipótesis de violencia laboral que alcanzaron una entidad superlativa, no sólo por el dramatismo con que fueron padecidos por las víctimas de tal maltrato, el ensañamiento y la diversidad de medios empleados por la acusada y la inusitada extensión temporal en el que se han desarrollado, sino —y muy particularmente— por el contexto institucional que le sirvió de escenario”.

Hitters indicó además: “Los actos de violencia y abuso de poder que en su más variada expresión han sido desplegados por la acusada son abiertamente vejatorios de la dignidad de los agentes así victimizados y repercuten gravemente sobre el prestigio de la función judicial”.

El 31 de agosto de ese mismo año el Tribunal de Enjuiciamiento de la Procuración General de la Nación por decisión unánime de sus siete integrantes destituyó al fiscal en lo criminal de instrucción de Claudio Antonio Soca (Lomas de Zamora), por acoso laboral contra varias empleadas de su dependencia, tras haber sido hallado culpable de mal desempeño en sus funciones y hostigamiento y ordenó que sea investigado por presunto abuso sexual contra una de ellas.

El Tribunal también dispuso que la Cámara del Crimen sorteara un juzgado para iniciar una causa por el presunto delito de abuso sexual a partir de los testimonios brindados en el juicio.

Una empleada relató en la denuncia contra Soca que en una oportunidad el fiscal le preguntó si alguna vez “le había mostrado las tetillas” y ante la respuesta negativa insistió en si quería verlas y le dijo palabras obscenas, luego de enterarse que se había separado, tras lo cual le pidió perdón diciéndole que “la carne era débil”.

También se lo destituyó por intentar de ascender a una auxiliar a prosecretaria administrativa por sobre otras empleadas con mayor antigüedad y jerarquía y de pedir a un instituto médico la historia clínica de otra empleada embarazada en violación a su intimidad. Por esos hechos, el Jurado también dispuso que se inicie una investigación penal por los delitos de proponer en un cargo a personas que no cumplan los requisitos legales para ocuparlo y de violación a la protección de datos personales.

En el 2013 el exfiscal Alfredo Dellagiustina, quien fuera acusado por empleados de su fiscalía por acoso laboral, maltrato y discriminación presentó su dimisión ante la Corte suprema, la que luego fuera aceptada por el Poder ejecutivo según se publicara en el decreto 336 del Boletín Oficial.

De esta manera el fiscal esquivó el proceso de juicio político que se había iniciado en su contra. La primera denuncia contra dicho funcionario data del año 2007 por abuso de autoridad, hostigamiento y acoso laboral, y luego se le sumaron otras. Los empleados describieron situaciones incómodas por comentarios de índole sexual.

VII. Conclusión

A lo largo del trabajo se intentó resaltar la toma de conciencia en nuestro país, a través de varias legislaciones provinciales, y de los proyectos de ley nacional, sobre

un gran flagelo que puede sin lugar a dudas puede destruir la vida de muchos trabajadores. Tal es así, que se señaló la importancia de la sanción y promulgación de una “Ley Nacional para la Erradicación de la Violencia del Ámbito Laboral”.

Desafortunadamente, los proyectos mencionados han perdido estado parlamentario, y es por ello que concluimos el presente trabajo esperando una pronta sanción y promulgación de ley para la protección de los Derechos Humanos en el ámbito laboral, que contemple todas las aristas del problema; es decir: la prevención y sanción de todo tipo de hostigamiento y discriminación del que pueda ser víctima todo trabajador —tanto en el sector público como en la actividad privada—, así como el derecho a un resarcimiento económico para la víctima, por los daños y perjuicios padecidos, con especial consideración de las incapacidades que el acoso haya producido, además, por supuesto, de una compensación directa por la victimización sufrida.

También aspiramos a que dicha ley proteja a quienes denuncien o testifiquen sobre esos actos discriminatorios, así como los de corrupción que se den en la Administración pública.

VIII. Bibliografía

ABAJO OLIVARES, Francisco Javier (2004). *Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral*. Buenos Aires: Depalma.

DE MINUTELLA, Estela (2003). “El *mobbing* o acoso psicológico en el trabajo”, en: *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*. Vol. 2003-A-71. Buenos Aires: Lexis-Nexis.

FANJUL, Aurelio (2001). “El acoso moral (*mobbing*): un nuevo riesgo en la Medicina del Trabajo. Derecho del Trabajo”, en: *LL*. Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 1155-2002.

FERREIRÓS, Estela Milagros (2005). “Los trabajadores del Estado: el fraude y el maltrato”, en: *Doctrina laboral*. Vol. XIX-237-395. Buenos Aires: Errepar.

FLORES VERA, José Antonio (2005). “Perspectivas jurídicas del acoso moral en el trabajo, en la legislación española. N° III, Tratamiento de la situación legislativa del acoso moral en el trabajo, en la Unión Europea, y países del entorno jurídico”, en: *JA Revista Número Especial*. Buenos Aires: Lexis-Nexis.

HIRIGOYEN, Marie France (1999). *El acoso moral: el maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Buenos Aires: Paidós.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2004). “La protección contra el Acoso Psicológico laboral en el Ordenamiento Jurídico chileno”, en: *Revista de Derecho*, 17. Madrid: Civitas, pp. 63-509.

RUBINSTEIN, Santiago (2001). “El hostigamiento al trabajador como acoso psicológico. El *mobbing*”, en: *Revista Derecho del Trabajo*, LL, B. Buenos Aires: Depalma, pp. 1630.

SCIALPI, Diana (1999). *Violencias en la Administración Pública*. Buenos Aires: Catálogos.

SCIALPI, Diana (1999). “La violencia en la gestión de personal en la Administración Pública como condición necesaria para la corrupción”, en: *Revista Panamericana de Salud Pública*, Número Especial sobre la violencia. Vol. 5, abril/mayo. Organización Panamericana de Salud E.U.A. Disponible en: www.mobbing.nu/

SCIALPI, Diana (2004). *Violencia en la Administración Pública. Casos y Miradas para pensar la Administración Pública como ámbito laboral*. Buenos Aires: Catálogos.

TESORO, José Luis (1999). “Reflexiones acerca de la profesionalización del Servicio Civil”, en: *Revista Temas*, N° 17. Buenos Aires: INAP.

Legislación

CONSTITUCIÓN NACIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES (2012). Buenos Aires: Zavallía.

Ley N° 1225, Boletín Oficial de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/01/2004.

Ley N° 13.168, Boletín Oficial de la República Argentina, Provincia de Buenos Aires, 24/02/2004.

Ley N° 5349, Boletín Oficial de la Provincia de Jujuy, 22/05/2003.

Ley N° 7232, Boletín Oficial de la Provincia de Tucumán, 04/10/2002.

Ley N° 4245, Boletín Oficial de la Provincia de Misiones, 31/05/2005.

Ley N° 12.434, Boletín Oficial de la Provincia de Santa Fe, 04/08/2005.

Ley N° 7006, Boletín Oficial de la Provincia del Chaco, 02/08/2012.

Ley N° 9671, Boletín Oficial de la Provincia de Entre Ríos, 30/01/2006.

Ley N° 25.164, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 15/09/1999.

Proyecto Expediente N° 853-S-05.

Proyecto Expediente N° 166-S-05.

Proyecto Expediente N° 1310-S-05.

Proyecto Expediente N° 2635-S-04.

Proyecto Expediente N° 3004-D-04.

Proyecto Expediente N° 3313-D-04.

Proyecto Expediente N° 0296-D-06.

Proyecto Expediente N° 2910-D-06.

Proyecto Expediente N° 2146-D-06

Convenios

Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina 26/2/1999.

Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina 27/02/2006.

Fecha de recepción: 08-11-2016 Fecha de aceptación: 23-06-2017

Derecho, comunidades interpretativas y movimientos sociales: una fisura en la ortodoxia

POR **LUIS MELIANTE GARCE** (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Un “movimiento”, una razón y un desafío en el discurso del derecho: Derecho y Literatura.— III. Las denominadas comunidades interpretativas.— IV. Análisis de la categoría comunidad interpretativa en el marco tradicional sociodiscursivo y textual del Derecho.— V. Los movimientos sociales como comunidades interpretativas no tradicionales en el marco del Derecho.— VI. Un caso digno de estudio. El conflicto de la educación en Uruguay en el año 2015 y la respuesta sindical al Decreto del Poder Ejecutivo que dispuso la esencialidad del servicio.— VII. Conclusiones.— VIII. Bibliografía.— IX. Anexo Documental.

Resumen: la presente entrega explora particularmente un tema que se estima que no ha resultado muy atractivo para la Dogmática(1) jurídica uruguaya. De tal manera se propone, a partir de breves comentarios sobre la relación entre Derecho y Literatura, dar cuenta de la vigencia de las comunidades interpretativas, su proyección a través de los movimientos sociales y visualizarlos, como espacios intervinientes en el nivel de interpretación del discurso jurídico así como en la posible generación de lenguaje atinente al Derecho.

Palabras claves: derecho - literatura - comunidad interpretativa - movimientos sociales

Law, interpretive communities and social movements: a fissure in orthodoxy

(*) Prof. Adjunto Filosofía y Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la República, UdelaR, Uruguay. Prof. Titular Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Centro Latinoamericano de Economía Humana, Claeh, Uruguay. Prof. Teoría General del Derecho, Maestría de Derecho de Daños, organizada por el Núcleo de Derecho Civil, Universidad de la República, Uruguay.

(1) Cuando se hace referencia a la Dogmática en el campo del Derecho, puede ser entendida de diferentes formas. En el presente contexto, sintéticamente expresado y a los efectos de guardar coherencia textual, se alude a la exposición doctrinaria en determinadas ramas del conocimiento del Derecho con pretensión de cientificidad. No obstante, el tema es sumamente cuestionable, incluso con respecto a la misma significación que se aporta.

Abstract: *the following work particularly browse a topic that has not been considered attractive enough for the Uruguayan legal Dogmatic. In this way, we propose, departing from brief comments about relationship between Law and Literature, to perceive the validity of interpretative communities, its projection across social movements, and to visualize them as environments involved in level interpretation of legal discourse, as far as the possible generation of language belonging to law.*

Keywords: *law - literature - interpretive community - social movements*

I. Introducción

El tema que se estudia en este trabajo, desarrolla la idea de que a partir de la relación interdisciplinaria entre Derecho y Literatura, por razones particularmente pragmáticas, el acto interpretativo deviene comunitario, pero más aún, la categoría “*comunidad interpretativa*” en relación al Derecho se extiende a los *movimientos sociales*, cuestión ésta que puede ser resistida en el campo dogmático. No obstante, ello da cuenta de una cuestión que puede resultar fértil desde varias perspectivas en tanto se acepte el desafío de la interdisciplinarietà en el campo del Derecho, generalmente bastante desestimada en gran parte de Doctrina vernácula uruguaya.

La aceptación de la categoría “*comunidad interpretativa*” venida inicialmente desde el campo literario como se verá, abre la posibilidad de fecundas consideraciones en su relación con el Derecho.

Por su parte, la puesta en escena de los *movimientos sociales* que con una mirada amplia pueden vincularse por lo menos en uno de sus roles específicos y más novedosos a la categoría de “*comunidad interpretativa*”, se instala en este trabajo como forma de abrir un nuevo punto de reflexión en relación al Derecho, uno de los tantos, que se han venido insinuando en las “*sociedades complejas latinoamericanas*”.

La primera parte del trabajo dará cuenta brevemente de la relación interdisciplinaria entre *Derecho y Literatura*, fundamentalmente atendiendo al interés que las Teorías Críticas como movimiento también vigente en el “*horizonte cultural latinoamericano*” (Meliante, 2014a: 159) han demostrado en el tema. Luego se abordará un análisis al que se denominará “*funcional*” respecto de las “*comunidades interpretativas*” y su proyección en una hermenéutica con énfasis jurídico para plantear por último la posible inserción en esta categoría de los denominados “*movimientos sociales*”, protagonistas multifacéticos e insustituibles en la realidad sociocultural, jurídica y política de Latinoamérica hoy.

II. Un “movimiento”, una razón y un desafío en el discurso del derecho: Derecho y Literatura

Sin perjuicio de otras posibilidades, puede argumentarse que el Derecho puede ser entendido básicamente como Ciencia (Social) o como *práctica social discursiva*.

En este último caso resulta ser la opinión que se sostiene en este trabajo, se materializa como un proceso social de producción de sentido, porque es a través del sentido, en donde precisamente adquiere especificidad y produce efectos.

En una u otra perspectiva, aún en la primera de ellas, se explana, desarrolla y vehiculiza a través del lenguaje.

La sociedad en interacción es su escenario y en éste el Derecho se dinamiza a través del lenguaje. En ese marco individuos y grupos en conflicto interactúan. El Derecho como discurso reconduce los conflictos intersubjetivos o grupales, disputas planteadas en función de distintas tramas de poder, procurando la solución de demandas con distinto contenido y alcance que se consideran insatisfechas.

Hoy por hoy el tema que se esboza precedente en su generalidad pero perfilado hacia el análisis del marco lingüístico, discursivo y comunicacional del Derecho, y no tanto en relación al aspecto referido a la dinámica del poder que en su seno se instituye; está instalado en mayor o menor grado en los distintos núcleos teóricos y doctrinarios de abordaje iusfilosóficos acerca del Derecho.

Si el Derecho utiliza el lenguaje o es en sí mismo lenguaje con tipologías y especificidades, fue parte de un debate mayor que hoy ya se encuentra tamizado. No existe ninguna corriente de pensamiento iusfilosófico, que se haya podido sustraer al tema y en donde la cuestión no se haya instalado y resuelto con mayor o menor énfasis buscando dar caudal a sus postulados, preferencias metodológicas e ideologías subyacentes.

Para la versión de las corrientes Críticas que logró cabal y legítimamente su espacio en nuestra región, el Derecho es como se dijo, una *práctica social discursiva*, lo que explica Cárcova diciendo que es *práctica*, porque se trata de una acción sostenida y repetida en el tiempo; *social*, porque solo es requerida cuando media interacción entre los individuos, y *específica*, porque se distingue de otras prácticas sociales, como las políticas, económicas, morales, etcétera (Cárcova, 2007: 162; Meliante, 2014a: 172).

Pero además esta práctica es *interviniente*, en el sentido que es productora de sentido, y éste se instala más allá del privilegiado discurso normativo del legislador.

Es la del Derecho una construcción de sentido multívoca, con distintos protagonistas: legisladores, jueces, prácticos, administradores, ciudadanos, y también grupos.

De alguna manera como puede inferirse ya, el escenario en donde se instalará el tema central que se convoca en este trabajo, es aquel del marco discursivo del Derecho.

El tema no es menor, puesto que va de suyo que el discurso se inserta en el ámbito de la comunicación, el del relacionamiento intersubjetivo a través del lenguaje y con ello el de la producción y adjudicación de sentido, en donde influye clara y específicamente entre otros, el contexto ideológico del cual se nutre el sujeto.

Dicho esto, se pasarán a analizar los otros aspectos contextualizados en el presente apartado.

Como se afirmó, el análisis de la vigencia de las denominadas “*comunidades interpretativas*” en el campo del Derecho no ha merecido estudios particularizados en la Doctrina Jurídica uruguaya, salvo algunas pocas insinuaciones (Melian-te, 2016b: 3-33) (2).

Esta situación no puede sorprender mucho, pues el interés de la reflexión iusfilosófica vernácula transita por otros rumbos, habida cuenta fundamentalmente de la preeminencia explícita e implícita del paradigma positivista en la enseñanza terciaria del Derecho, salvo escasas excepciones. Debe decirse también que el abordaje más pleno del tema, puede considerarse una derivación del movimiento “Derecho y Literatura” que tiene una larga y fecunda tradición tanto en Europa como en Estados Unidos. No obstante también con otras particularidades y más recientemente, la tiene en nuestra propia región, como por ejemplo en la República Argentina y en la República Federativa de Brasil así como también en algunos otros países del “horizonte cultural latinoamericano”, excepto Uruguay.

(2) Del tema en Uruguay se ha hablado poco. Puede citarse al discurso pronunciado por el Dr. Oscar Sarlo, (Academia Nacional de Letras, Uruguay, Mayo: 2013), sobre: “Derecho, Literatura y Lenguaje. Miradas cruzadas”. Por su parte, el autor de este trabajo, abordó por primera vez el tema: “Narrativa, Ficción y Crítica en la Ciencia Jurídica” en la Conferencia de Clausura del X Congreso Internacional de Derecho Privado (P. del E., Uruguay, Octubre 2013). La misma fue publicada en forma de artículo en: “Derecho Revista Crítica de Privado” (2014c), en: *La Ley*. Nº 11. El tema de los movimientos sociales y su papel interpretativo fue abordado por el autor, como uno de los puntos centrales de su exposición plenaria en las XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho Ushuaia, Octubre de 2015). Finalmente, en la Revista Crítica de Derecho Privado (2016), en: *La Ley*. Nº 13. En Uruguay se publica el artículo de su autoría: “De cuando el Derecho le hizo un guiño a la Literatura y sobre la innegable vigencia y plasticidad de las Comunidades interpretativas”.

Por ello se entiende necesario como forma de aproximarse al tema central que se abordará, establecer algunas breves consideraciones respecto de ciertos aspectos concernientes al referido movimiento “Derecho y Literatura”, que no por sabidos resultan superabundantes.

El análisis de la relación interdisciplinar entre Derecho y Literatura comienza a realizarse en forma sistemática en la década de los años setenta del siglo pasado, para tomar especial intensidad en la década siguiente, particularmente en el “*horizonte cultural norteamericano*”. Tiempo después lo hará en el *latinoamericano*.

En tal sentido Carlos María Cárcova advierte, que la relación entre Derecho y Literatura, tiene una antigua prosapia. y que el impacto del denominado “*giro lingüístico*” venido desde el centro mismo de la Filosofía, hacia otras ramas del saber (Epistemología, Antropología, Sociología, Sicología entre otras), repercutió también grávidamente en la Teoría Jurídica, poniendo como claro ejemplo de ello, el conocido agrupamiento de autores nucleados en EE.UU., en torno al “*Law and Literature Movement*”, que comprende, según explica el autor, dos corrientes: “*law in literature*” (el Derecho en la Literatura) y “*law as literature*” (el Derecho como Literatura) (Cárcova y otros, 2014: iv).

Expresa el autor, que desde la corriente *Law in Literature* (el Derecho en la Literatura), la propuesta es analizar determinadas obras literarias en donde “(...) será posible encontrar referencias, reflexiones y raciocinios, sobre los materiales jurídicos de mayor profundidad y fuerza elucidatoria de la que contienen usualmente los manuales o tratados de derecho (...)” (Cárcova y otros, 2014: iv).

Por su parte la corriente *Law as Literature* (el Derecho como Literatura), propone el análisis de:

“(...) categorías desarrolladas en los últimos cien años por la lingüística y la semiótica: la teoría del discurso, la narratividad, la teoría de la recepción y la semiótica del texto. Estas categorías proyectadas en el área de la hermenéutica jurídica, permiten disolver buena parte de los problemas que los juristas discuten desde hace ya muchas décadas (...)” (Cárcova y otros, 2014: iv).

Esta cita introductoria del destacado y apreciado Profesor argentino, es aquí utilizada casi metafóricamente como una *obertura*. Sin perjuicio de ello, quedan claramente expuestos, los centros de interés temáticos que abarcan los estudios del movimiento norteamericano *Law and Literature*.

Estos aspectos así como una completa evolución del tema particularmente referido a la República Argentina, fueron examinados por Jorge Roggero, en un

artículo bastante reciente, publicado en la Revista especializada brasileña “Anamorphosis” (Roggero, 2016a: 269-292).

Roggero coordinó también una excelente obra sobre “Derecho y Literatura. Textos y contextos” (2015b) de lectura necesaria.

Es decir el tema, en la República Argentina hace años ya, que está definitivamente instalado. Sin perjuicio de incurrir en omisiones involuntarias, una buena muestra de ello son los trabajos en esa dirección, además de los del propio Roggero, de los Profesores Böhmer, Cárcova, Ciuro Caldani, Douglas Price, Fucito, Marí, Martyniuk, Orler, Paladini, Ruiz, Silvestre, Thury Cornejo, Wierzba y Wolfzun, por ejemplo.

Por su parte, los autores brasileños André Karam Trindade y Roberta Magalhães Gubert, estiman que al hablar de la relación entre Derecho y Literatura:

“(...) sea del derecho contado en la literatura, sea del derecho entendido como narratividad, aún los estudios de derecho considerando el gran prestigio y trascendencia alcanzados a lo largo del siglo XX, en facultades, programas, cursos, centros e institutos de investigación estadounidenses y europeos, es una práctica teórica poco desarrollada en la cultura (jurídica y literaria) brasileña (...)” (2009: 169).

De esta forma cuando ya hace bastante tiempo, en la República Argentina así como en la República Federativa del Brasil, se había comenzado a transitar en la búsqueda de conexiones entre Derecho y Literatura a influjo de lo que en Europa y Estados Unidos se había desarrollado en ese sentido desde décadas antes, en Uruguay el tema estaba notablemente ausente.

Hoy fuera de las insinuaciones que ya han sido destacadas, sigue ocurriendo lo mismo.

Una respuesta posible acerca de cuál es la causa por lo que sucede esto, quizás pueda buscarse en los mismos argumentos que sirven para sostener que las Teorías Críticas del Derecho constituyen una corriente minoritaria en la Doctrina uruguaya, aspecto que se ha abordado y respecto del cual la opinión del autor de este trabajo, no ha variado (Meliante, 2014a: 164, 178).

También es posible afirmar que en el análisis teórico del vínculo entre Literatura y Derecho según se ha venido diciendo, es notorio que los autores que en “*los horizontes culturales norte y latinoamericanos*” han producido y producen valiosos materiales al respecto, en general, tienen cercanía teórica con las corrientes *críticas* del Derecho, y por su parte éstas entendidas en sentido *estricto* (Meliante, 2014a: 155) ven con marcado interés el estudio de la relación interdisciplinar aludida.

De hecho puede argumentarse válidamente, que la relación entre Derecho y Literatura se ha perfilado desde hace un tiempo para constituirse en una de las categorías centrales de análisis de las Teorías Críticas Latinoamericanas.

De tal manera por un lado el origen del movimiento “Derecho y Literatura” con las perspectivas ya esbozadas, es el resultado de los nuevos rumbos o caminos que el Derecho como forma sociocultural discursiva ha ido descubriendo y además, del intento de proveer nuevas metodológicas de análisis para su acervo. Todo en la búsqueda por responder de alguna manera a la incidencia de la visión posmoderna de la realidad, así como también a la necesidad de indagar nuevos elementos para confrontar a los paradigmas dominantes en el campo del Derecho, sobre todo al positivismo.

No puede sorprender entonces que las Teorías Críticas del Derecho hayan incluido en su agenda de categorías centrales de análisis, la relación interdisciplinaria ya mencionada.

En este contexto constituye un lugar común en nuestro escenario regional, aludir a los valiosos estudios que realizara en su momento sobre el tema, el recordado Profesor argentino Enrique Marí.

Para Marí, la vinculación entre disciplinas aparentemente tan disímiles como Literatura y Derecho, solo puede consumarse cruzando sus fronteras disciplinares y epistemológicas expresada a través de la conocida metáfora del “*tendido de puentes*” entre ambos campos. Precisamente, esta idea fue expuesta y trabajada notablemente por él mismo (Marí, 1998: 261).

De esta forma el uso de la recurrente metáfora, da cuenta de la necesidad de buscar relacionamientos fértiles entre conceptos, ideas, géneros, disciplinas, es decir particularidades o generalidades de todo tipo desde y hacia el marco disciplinar atinente al Derecho. Estos aspectos en principio pueden parecer absolutamente opuestos y contradictorios, pero en definitiva se logra enriquecer su conocimiento poniendo el afán en la búsqueda de convergencias que resulten útiles para allanar dificultades de comprensión (Meliante, 2014b: 7).

Se cerrará este apartado con una breve referencia al trabajo del Profesor de la Universidad de Málaga, José Calvo González, autor particularmente conspicuo en el tema que se ha venido brevemente exponiendo.

Para Calvo González, *la teoría literaria del Derecho*, supone que lo jurídico y lo literario se encuentran en relación. Es decir, que puede inferirse que las posibles líneas

“(…) de aproximación y avance de cada elemento de la relación origina encuentros y contactos diferentes (…) de ahí que pudiendo ser diverso el camino por donde marche una determinada idea de Derecho o de Literatura puedan ser también diversos los puntos de intersección que se produzcan (…)” (2007a: 307, 309).

Cada una de esas posibles intersecciones será diferente dice Calvo González, y “(…) referirá a una relación en sí misma diferenciada de las demás: el Derecho en la Literatura, el Derecho de la Literatura, el Derecho como Literatura (…)” (Calvo González, 2007a: 310). En cualquier caso, aún cuanto todas ellas atañen a cualidades distintivas acerca de la posible relación Derecho y Literatura, coinciden no obstante en descartar la transposición o compensación sustitutiva (Derecho por Literatura).

Finalmente, en cuanto al punto de *intersección* al que Calvo González denomina *institucional*, el autor estima que debe atenderse a tres especificaciones:

“(…) I) que en lo jurídico y lo literario se alojan prácticas sociales instituyentes; II) que esa dualidad instituyente puede aprovechar del préstamo de ciertas formas literarias de los cánones de poética jurídica. III); que, por lo que aquí particularmente nos ocupa en interés a una Teoría literaria del Derecho, el propósito es conocer la apropiación por la práctica jurídica institucional de formas arquetípicas de la poética literaria(…)” (2007a: 325).

Como se ha venido insistiendo, estos aspectos no han sido estudiados en la doctrina especializada de Uruguay, salvo excepciones muy puntuales(3). Seguramente incursionar con decisión en ellos, mostrará aristas del Derecho hasta ahora impensadas.

III. Las denominadas comunidades interpretativas

La locución *comunidad interpretativa* ofrece una variedad importante de posibilidades de significación, lo que repercute en su análisis de estructura al incluir grupos socioculturales y contextuales diversos. Ello dificulta la finalidad de

(3) Puede citarse un reciente y promisorio trabajo presentado por Ramiro Castro García (2016), en el V Encuentro Internacional CONPEDI, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, desde un modelo analítico propuesto por Botero Bernal, según el cual se toman los discursos jurídicos establecidos en las narrativas literarias como objeto del propio derecho, e investiga las relaciones y los límites entre Derecho y Moral en el romance “Lolita”, de Vladimir Nabokov, desde la perspectiva sustentada por Tony Honoré. *Cfr.* Humbert Humbert (2016). “Derecho, Arte y Literatura”, en: *Los Límites del derecho y la moral*. CONPEDI, pp.7-26.

encontrar un significado acorde con el tema que aquí se desarrolla. En esa perspectiva amplia, una *comunidad interpretativa* puede ser con legitimidad por ejemplo, cualquier grupo social, desde la familia hasta un genérico conglomerado de sujetos en red, que con participación y actividad de algún tipo, produzcan la posibilidad de aportar significados a las palabras y las cosas.

Por ejemplo el concepto que proporciona Orozco, da cuenta de un posible marco de integración de la categoría. Dice el autor:

“(...) una comunidad interpretativa se entiende básicamente como un conjunto de sujetos sociales unidos por un ámbito de significación del cual emerge una significación especial para su actuación social (*agency*). Con frecuencia, las comunidades de interpretación coinciden con comunidades territoriales, pero sus demarcaciones no son geográficas. Una comunidad de interpretación podría también ser instrumental en cuanto a que sus miembros persiguen algún fin particular a través de su participación en la comunidad (...)” (Orosco Gómez, 1991, cit. por Varela, 1999: 60).

Conviene especificar como expresa Varela, que lo que se denomina “*la imagen de la lectura*”, fue el primer centro de atención de actividad pragmática que ayudó a diseñar un concepto de *comunidad interpretativa*. Tal perspectiva primó hasta los años noventa del siglo pasado. Posteriormente fue sustituida por la imagen:

“(...) de uso y consumo. (...) la lectura de tal o cual programa o «texto» mediático, sino el flujo o el mero hecho de «ver medios». Si en una primera etapa primaron los análisis provenientes de la Crítica y Teoría literarias, la Semiótica y la Estética, en una segunda etapa se privilegiaron los abordajes sociológicos y fundamentalmente la Etnografía de la audiencia (...)” (Varela, 1999: 58).

Ahora bien, no se pretende desde este trabajo fatalmente breve, inmiscuirse en toda la gama de posibilidades que puede abarcar el concepto sin perjuicio de que como se verá, la lógica plasticidad del mismo y las variadas perspectivas de abordaje, permite su extensión.

En principio y en procura de un concepto que pueda facilitar su estudio, se entiende procedente circunscribir el tema a un nivel de análisis más restricto. Ni mejor, ni más apropiado. Simplemente otro.

Con estas precisiones, en términos generales puede estimarse que existe una *comunidad interpretativa*, toda vez que es dado un número no determinado de personas, vinculadas por intereses comunes, (profesión, conocimientos, hábitos, experiencias compartidas, tradiciones o cualquier otro elemento que les

relacione) que medie en cualquier ámbito de la cultura entendida como *praxis* humana, y cuya finalidad o *telos* comunitario, sea una disposición o un designio llamado a interpretar, esto es, a declarar el sentido de algo particularmente textual. Estos sujetos, comparten además en función de esa relación con lo textual, como dice Chartier, “(...) gestos, espacios, costumbres (...)” que naturalmente los identifican (1992: 49,62).

El término *comunidad interpretativa*, como ya se ha mencionado en este mismo trabajo fue acuñado desde la *crítica literaria* por Stanley Fish (1980) hace ya más de treinta años, y en el ámbito de tal especialidad contó con la aceptación necesaria para su difusión.

Se entiende sin duda que desde el campo literario por aquellas *intersecciones* de las que tan claramente nos ilustra Calvo González, fue adoptada —entre otras disciplinas— por el Derecho. El propio autor, ha escrito una obra (1992b) casi pionera vinculada notoriamente al tema en donde, entre puentes, cruces e intersecciones, queda en evidencia la ductilidad y utilidad de la categoría en análisis para el Derecho.

También sin desmedro de otros ejemplos (Perelman, Alexy), en quienes el concepto de auditorio puede entenderse que deviene finalmente en “comunidad interpretativa”, la conocida parábola de Ronald Dworkin a la que denominara “novela en cadena” (Dworkin, 1985: 158,162), en cuyo proceso de creación cada uno de los escritores que intervienen sucesivamente en la cadena secuencial, acepta el texto del que le antecede y en donde el único creador *ex nihilo*, es el primero, es decir aquel que ha escrito el primer capítulo de la mentada novela; insinúa sin duda *una participación comunitaria*.

Teresa Arsuaga (2009) afirma que Dworkin estima que decidir los “casos difíciles” (*hard cases*) en el sistema del *common law*, en donde no hay normas previas y los argumentos se establecen en torno a reglas o principios generales que deben buscarse en una diacronía retrospectiva, se asemeja a una función escritural colectiva en cadena, en donde cada Juez debe asumirse como un eslabón de ese entramado colectivo decisional, con la responsabilidad de hacer la mejor interpretación posible para legarla prospectivamente.

Por su parte Javier Orlando Aguirre Román analizando lo que denomina el enfoque “constitutivo” de la relación “lenguaje-derecho” como referido a la creación e interpretación del mismo, establece que se explica ese nivel a partir de la “comunidad jurídica”, entendiendo por ésta “(...) aquellos que se apropian y producen el lenguaje que es derecho (...)” (2008: 148), estableciendo luego que la idea de “*comunidad jurídica*” posee dos rasgos básicos que son: a) el ejercicio de interpretación y el de creación del derecho se confunden y b) el acto interpretativo-creador

es un acto comunitario, para lo que convoca a Aulis Aarnio quien, en relación al primer rasgo establece:

“(...) Interpretar el derecho no es una cuestión de revelar el sentido escondido en los textos jurídicos, o en la labor del investigador o del juez. La interpretación está siempre acompañada de un carácter creativo, generativo (...)”; y en relación al segundo: “(...) en la interpretación jurídica no solo es significativa la relación entre quien dicta el texto (legislador) y quien lo interpreta (el juez o el funcionario de la Administración). También se tiene que tomar en cuenta la relación del intérprete con otros miembros de la audiencia interpretativa o de la comunidad jurídica (...)” (Aarnio, 2002: 16, cit. por Aguirre Román, 2008: 148).

Aguirre Román entiende también, que con el elemento de la “*comunidad jurídica*”, se le “(...) da un giro a los problemas relacionados con la ambigüedad y vaguedad del lenguaje jurídico, no por negar la existencia de tales problemas, sino porque se rechaza la solución unívoca del diccionario y de la lógica (...)” (2008: 148).

En lo que conforma el núcleo central de su trabajo, Aguirre Román analiza los aspectos de derecho y lenguaje en Jürgen Habermas, y enfatiza que la validez de las normas jurídicas no se justifica por así decirlo, en el desierto, sino que obtienen una validez siempre dependiente del contexto (Aguirre Román, 2008: 157).

De tal manera expresa que la interpretación jurídica no se hace *ex nihilo*, sino que se hace siempre *desde un paradigma del derecho*, es decir siguiendo a Habermas:

“(...) desde imágenes implícitas de la propia sociedad que dan una perspectiva a la práctica de la producción legislativa y de la aplicación del derecho o, dicho en términos generales, dando una orientación al proyecto de realización de esa asociación de miembros libres e iguales que es la comunidad jurídica (...)” (Habermas, 2001: 473, cit. por Aguirre Román, 2008: 158).

III.1. Comunidades interpretativas. Aspectos funcionales

Una mirada promisorio hacia el interior de las *comunidades interpretativas* convoca en un nivel claramente pragmático de consideración, lo que se denominarán *aspectos funcionales*, como ya se había anunciado.

La definición de una *comunidad interpretativa* remite al debate acerca de la subjetividad, libertad y límites del individuo en el acto de lectura, es decir a los puntos centrales de la problemática de la recepción (Varela, 1999: 56).

De tal forma como puede verse, el análisis subjetivo y preeminentemente pragmático de la estructura interna de la categoría es notorio.

Precisamente Calvo González (1992b) había advertido casi como un principio general en la obra ya mencionada alguno de cuyos aspectos se verán seguidamente, que el sentido incorporado a las normas por el legislador se aloja en un texto que es mudo: para hacerlo hablar se necesita de los lectores, pues es sabido, no hay texto sin lector.

En relación al Derecho la “comunidad jurídica interpretativa” según el autor, no es solamente la “comunidad de juristas” que ocurren a la tarea interpretativa, sino como él mismo dice se llamaría así al: “conjunto de procedimientos interdisciplinariamente aceptados como estatuto científico de la comunidad que se desenvuelve en la actividad jurídico-dogmática (...)” (Calvo González, 1992b: 25).

Ese “estatuto científico de la comunidad que se desenvuelve en la actividad jurídico-dogmática”, implica la aceptación de procedimientos interdisciplinarios que dotarían a la interpretación como acto comunitario pleno de argumentación racional, la posibilidad de determinar la correcta interpretación.

Ahora bien, expresa Varela, volviendo a Stanley Fish, que éste se interroga acerca de tres cuestiones centrales: que son las siguientes: a) el lugar del sentido —si éste se encuentra en el texto o en los lectores—; b) acerca de la independencia de los lectores —si se trata de sujetos libres que realizan lecturas siempre diferentes— y c) acerca de la estabilidad de los textos —si se trata de textos fijos, es decir no sujetos a variaciones como las lecturas—. Sus respuestas, en todos los casos, sigue diciendo Varela:

“(...) son radicales: no existen los textos, si se entiende por texto una unidad fija y estable. Pero aun acordando en un concepto de texto construido por los lectores, no es en los textos donde habría que buscar el significado, sino en la lectura: ‘No hay una respuesta del lector al significado sino que ésta es el significado’ (...)” (1999: 58-59).

Se entiende necesario analizar también un aspecto claramente funcional emergente de la categoría: la profundización de los pormenores del accionar en un nivel subjetivo.

Debe expresarse que este aspecto apunta a algunas particularidades que son radicalmente inherentes a los sujetos que llamaremos “comunitarios”, como miembros de una *comunidad interpretativa* concreta. En este campo, es mucho lo que puede decirse y mucho lo que también puede ser objeto de especulación, por lo que se apelará decididamente a la concisión.

Dentro de este contexto, un primer aspecto a considerar es el de la competencia del sujeto en tanto miembro *comunitario*.

Vale la pena expresar que la integración de los sujetos a la *comunidad* suele ser *adhesiva*, aspecto que no es menor a la hora de considerar su competencia y sus posibilidades de contribuir al *telos* comunitario de atribución significativa.

Tomando conceptos aportados por Fish, que Varela reseña adecuadamente, puede decirse en primer lugar que resulta:

“(...) necesario tener en cuenta que los hechos textuales y lingüísticos no son objetos de interpretación, no son algo dado e interpretable, sino que es el acto de interpretar lo que constituye el objeto. Los textos son un producto de la interpretación y no a la inversa. La literatura, para Fish, es una categoría convencional. En cada momento es una decisión de la comunidad de lectores, lo que va a contar como literatura (...)” (Varela, 1999: 59).

De tal manera, como puede verse, la *integración comunitaria*, si es entendida como lo propone Fish, independientemente del grado de conocimiento y cultura que el sujeto posea concerniente al área que obviamente nunca es uniforme, implica de cierta manera establecer que el miembro *comunitario* no es un *agente libre* en su mayor grado de consideración, ni al momento de establecer como leer, (no tanto *que* leer sino *como* leer), ni al *momento de interpretar* con fines de asignación significativa.

Esto por supuesto que entendido desde la *comunidad interpretativa*, no es mal mirado. Todo lo contrario.

De tal forma debe existir además, desde la *comunidad* hacia el sujeto que aparece como miembro por adhesión de la misma, una manifestación explícita o implícita de confianza que legitimará su pertenencia a ella, así como el eventual recurso a la atribución significativa que pueda éste haber aportado desde la tradición comunitaria.

Es así, en la medida que constituye ésta una forma de evitar el exceso de subjetivismo y una actitud solipsista en la consolidación del acto interpretativo y atributivo de sentido.

De ello puede inferirse que en función de la asunción comunitaria de ciertos modos de conducta, comportamientos, formas expresivas, procedimientos, criterios, tradiciones etcétera, los supuestos de la *literatura* entendida en sentido amplio como contribución escritural en general que la *comunidad hace*, determinan de alguna manera la *literatura* que el miembro *comunitario hace*, aun preservando el culto de su libertad.

De alguna manera observado esto en el marco de la ideas promovidas por Fish, “(...) la interpretación del significado como la comunicación del sentido tienen lugar siempre en el seno de un sistema de inteligibilidad, o sea, desde nuestro involucramiento en contextos intencionales, así como en prácticas y asunciones institucionales sobreentendidas (...)” (González de Requena Farré, 2009: 237).

También puede decirse que la integración comunitaria, si bien otorga pautas y estrategias para leer (es decir acerca de *cómo se lee*,) interesa más a sus fines el otorgamiento de pautas y estrategias *para escribir*, como forma pragmática de difusión y establecimiento del sentido de la interpretación y su permanencia en el tiempo.

Ello hace como dice Varela, que el “*grupo comunitario*” “(...) más que el miembro comunitario actuando libremente, sea el que establezca y produzca el sentido de la interpretación (...)”. (1999: 59).

IV. Análisis de la categoría comunidad interpretativa en el marco tradicional socio discursivo y textual del Derecho

Puede verse que el marco del Derecho es uno de los más fértiles terrenos en donde la instalación de la categoría puede ayudar a una mejor comprensión del desarrollo de las tramas interpretativas y de su contenido.

En primer lugar porque es inherente a la práctica social del Derecho la función atributiva de sentido.

En segundo lugar porque es común una generalizada adhesión de sus operadores —ya sea explícita o implícita— a distintas corrientes teóricas, cada una de ellas con distintas estrategias interpretativas (4).

A ello debe sumarse también la casi exclusiva particularidad con la que el colectivo en su interna comunitaria se diferencia; una trilogía largamente conocida: Jurisprudentes, Doctrinos, Prácticos y más aún con la incidencia de otra especie con significación variada, que se cruza insistentemente con las nombradas: la Dogmática.

Conviene aclarar que el término Prácticos del Derecho que es utilizado a los efectos de este análisis y por más que el mismo goza de una larga tradición

(4) El trabajo de Nelson Otonelli (2015: 199-218), entre los muchos notorios aciertos que tiene, se inserta como resultado de la elaboración de las tesis principales, precisamente en este tema, y da cuenta de las categorías de determinación parcial del Derecho en Hart, y de no neutralidad en Kennedy, buscando posibilidades conciliatorias entre ambos criterios.

conceptual en su *praxis* y su imaginario, es de alguna manera residual: son Prácticos aquellos que no son Jurisprudentes, ni Doctrinos. Por ende, no integran ni el colectivo judicial (en términos generales, y más allá de los supuestos de obvias diferencias orgánicas, podríamos incluir en éste, solo por razones de necesaria simplificación, a los Jueces y a los miembros Ministerio público y Fiscal), ni tampoco los cuadros doctrinarios ni académicos.

Se asume en la interna comunitaria, que los “Prácticos” ocupan el espacio pragmático de la dinámica litigiosa y controversial representando intereses en pugna, y se nutren en general de los significados aportados desde los otros dos términos comunitarios por más que la construcción del *discurso del Derecho*, como ya hemos visto por su multivocidad, es una tarea colectiva, absolutamente de todos.

También contrariamente a lo que es más común que ocurra en otros países en donde la enseñanza universitaria y el ingreso a la Academia observan otras características y probablemente se encuentren más prestigiadas; en la República Oriental del Uruguay, existen cruces entre las diferentes términos de la trilogía. Por lo tanto, suele haber Prácticos que devienen Doctrinos generalmente a través del ejercicio docente a nivel terciario, o a su vez Jurisprudentes que se integren a la actividad académica también a través de la docencia terciaria. Probablemente estos últimos no por ello se conviertan en Doctrinos en sentido estricto pues, seguramente guarden con extremado celo su lugar como Jurisprudentes, núcleo desde donde existe un fuerte y particular ámbito comunitario de difusión significativa que suele retroalimentarse intensamente y es normalmente requerido, aceptado y ponderado como fuente calificada de atribución de significados, tanto en el ámbito interno —el de sus pares— y también hacia afuera. Juega aquí un elemento tradicional del acto hermenéutico o la situación hermenéutica *gadamerianos* con notoria opulencia, como es la *circULARIDAD*, por lo que el circuito constante de “*interpretaciones de interpretaciones*” es notorio y recurrente (5).

Si se entienden más o menos cabalmente las características de este original pleo que se ha descrito someramente acerca de la interna comunitaria de la *praxis* del Derecho, y se comprende además que lo que se piensa acerca de lo que el Derecho es, define necesariamente como este debe ser interpretado, quizás puedan también comprenderse con más claridad las claves para una conceptualización

(5) Vale decir, que es común esta situación de cruzamiento interno entre estos términos. En otro orden cabe destacar que la especialización docente, es decir, sujetos que hayan egresado como Abogados o Escribanos Públicos y que laboren y vivan por y para la docencia en el campo terciario de la enseñanza del Derecho, es todavía minoritaria y bastante infrecuente, excepto que se ingrese también paralelamente, como suele ocurrir en este tipo de casos, al ejercicio de alguna función como cuadro activo del sistema burocrático universitario de la respectiva Facultad.

de lo que es una *comunidad interpretativa* en la praxis sociocultural y lingüística del Derecho.

No obstante es absolutamente complejo definir un concepto relativamente puro de tal categoría en ese contexto, por los cruzamientos que se dan entre los distintos términos del entramado interno de la *comunidad interpretativa* acerca del Derecho.

Y ello es así también, porque: a) existe una adhesión explícita o implícita de los operadores a distintas corrientes teóricas acerca de lo que el Derecho es y de cómo éste deber ser interpretado. Lo que se piensa que el Derecho es, determina la estrategia de cómo debe interpretarse; b) a ello debe sumarse la situación que en la interna del colectivo que se asume tanto externa como internamente con legitimación para interpretar y atribuir significados, es común auto considerarse como perteneciente a una triple disposición y catalogación funcional y pragmática: Jurisprudentes, Doctrinos y Prácticos. Estas categorías pueden cruzarse, excepto la de Jurisprudentes y Prácticos, por la asunción de roles complejos o duales; c) a su vez, estos sectores del colectivo suelen cruzarse con la adhesión ya vista —explícita o implícita— a diferentes corrientes teóricas acerca de lo que se piensa que el Derecho es y cómo este debe ser interpretado; y d) existe por último muchas veces, una predisposición natural de los miembros del colectivo *comunidad interpretativa* como derivación de la valoración generalizada del culto a la libertad propia de la formación terciaria humanística (*actu ex libero cogitandi est*), a no querer comúnmente asumirse explícitamente como pertenecientes a una determinada línea teórica de interpretación y significación (aunque haya por otro lado, adhesión implícita a la misma), por lo que por ende esta particularidad complejiza la conceptualización dada.

Sin perjuicio de lo que hasta aquí se ha expresado existen también otras dificultades adicionales, producto de aquella plasticidad inherente a la categoría *comunidad interpretativa*, ya aludida *supra*, y que tiene relación con un fenómeno particularmente intenso propio de las sociedades complejas Latinoamericanas, tal como veremos en el apartado que sigue.

V. Los movimientos sociales como comunidades interpretativas no tradicionales en el marco del Derecho

Los llamados “*movimientos sociales*” constituyen un fenómeno particularmente relevante en Latinoamérica desde diversos puntos de vista, sobre todo en aquellos países que padecieron algunas de las dictaduras militares que proliferaron en el continente. Se hace esta especificación, porque se entiende que una vez reinstalada la democracia política y culminada la nefasta etapa dictatorial, estos

movimientos tomaron renovada fuerza y complejizaron su protagonismo social según veremos más adelante.

Si se adoptara una definición amplia se incluirían en la categoría, todas aquellas expresiones colectivas no partidarias, “(...) que: a) se organizan alrededor de ciertos intereses (o valores) socialmente determinados; b) establecen ciertas áreas de igualdad entre sus miembros alrededor de las cuales priman solidaridades específicas y c) inciden (o buscan incidir) en algún nivel del proceso de toma de decisiones políticas (...)” (Filgueira y otros, 1985: 15).

Como bien explica Filgueira (1985) una conceptualización amplia, llevaría a incluir en la categoría de participación política extrapartidaria a organizaciones comunales o barriales orientadas a la satisfacción de sus necesidades básicas (salud, medio ambiente, ollas populares, condiciones habitacionales, etc.), así como otro tipo de movimientos afines a formas corporativas (medianos y pequeños productores rurales, sindicatos obreros de condición clasista, organizaciones feministas, movimientos de defensa de los derechos humanos, etc.).

Por su parte una conceptualización estrecha entendería por *movimientos sociales*, nada más que aquellos que proponen fines amplios o limitados de reforma de la sociedad, para establecer un orden social alternativo, quedando excluidos todos aquellos movimientos que tienen un referente estatal positivo y solidario para su accionar en pos de la lucha por intereses privados particulares, por ejemplo: grupos de interés, grupos corporativos, asociaciones de voluntariado, etcétera (Filgueira, 1985).

Interesa destacar otro aspecto significativo, ya que suele ser una característica de algunos de estos grupos en tanto sus demandas se refieran a aspectos de la vida cotidiana y barrial comunes a todos sus miembros y cuya gestión se hace de manera horizontal, su marcada proclividad a generar sistemas de autosatisfacción de las necesidades potenciando la movilización grupal y organización de sectores populares relevantes (Rodé Marsiglia y otros, 1985: 72).

Federico L. Schuster, expresa que los denominados “*movimientos sociales*”: “(...) son formaciones colectivas de carácter público contencioso, orientadas a la satisfacción de un conjunto de demandas propias, (...) que además, (...) generalmente, (...) actúan por fuera del sistema político, pero suelen dirigirse a él, logrando impactos efectivos” (Schuster, 2015: 11).

Explica que en general tales demandas se vinculan con un conjunto de necesidades o derechos reclamados, “(...) que no son satisfechos regularmente por el sistema político (...)” (Schuster, 2015: 11).

Resulta relevante ahora, destacar algunas peculiaridades de estos *movimientos sociales*.

En primer lugar suelen no efectuar demandas que abarquen aspectos generales de las sociedades complejas contemporáneas, sino que sus reclamos se caracterizan por su parcialidad.

En segundo lugar a veces, pueden conformarse como partidos políticos. En ese sentido Schuster (2015) expresa, que si bien generalmente estos movimientos actúan por fuera del sistema político aunque lograr obtener buen rédito del mismo, ocasionalmente dan el paso hacia su integración formal al sistema político partidario y generalmente ello sucede cuando se complejiza el contenido de las demandas que de parciales pasan a ser generales.

La capacidad de influenciar al sistema político sin integrarse al mismo, queda evidenciada dice el autor, cuando de alguna manera logran ser tenidos en “cuenta” al ser considerados como sujetos, y además en “las cuentas” es decir, cuando logran ser considerados presupuestalmente.

En cuarto lugar suele ocurrir que los *movimientos sociales* denuncien la existencia de algún vacío político, es decir, de algún lugar o dimensión no considerado o excluido en ese contexto.

En Latinoamérica explica Schuster ha sido común detectar la existencia de movimientos sociales con sus fronteras muy “difusas” en relación a la política.

Como ya se adelantara, la crisis de los gobiernos neoliberales sobre todo en el último cuarto del siglo XX, y a nuestro juicio, la derrota de las de dictaduras militares que proliferaron en varios países del *horizonte cultural latinoamericano*, provocaron una vez recuperada la vida política democrática, que se abriera la puerta para que surgieran fuertes reclamos y reivindicaciones tendientes a cubrir necesidades insatisfechas o derechos omitidos por el sistema político, incluso desde el marco de los gobiernos democráticos.

Dicho lo anterior, se abordará a continuación un punto que como se verá tiene una profunda conexión con el tema que se ha desarrollado en el apartado precedente.

En efecto, es del caso señalar como una característica de los movimientos sociales, la notoria instalación de un tipo de lenguaje específico, con un marcado tono reivindicativo. La instancia política neoliberal instaló en su momento un lenguaje preventivo de los conflictos y restringió el marco de posibilidades de desarrollo del sujeto. La instancia más cercana al surgimiento, proliferación y aceptación de los *movimientos sociales*, los reconoció como interlocutores

válidos en distintos ámbitos de las sociedades latinoamericanas contemporáneas, y estos diseñaron también su propio lenguaje. Se delinearón a su vez los límites de cómo debe prevenirse, desarrollarse o instalarse el conflicto así como la lucha social reivindicativa con la utilización de una comunicación muy marcada por el uso de consignas que proyectan la búsqueda y concreción de sus aspiraciones y deseos.

Interesa destacar como señala el autor que hemos venido citando, que estos movimientos sociales han revelado tener una fuerza y un protagonismo sumamente relevantes, al punto que estudiar la vida política y concomitantemente jurídica —agregamos— de las sociedades complejas latinoamericanas en la actualidad es impensable, sin un profundo análisis de la actuación de estos grupos.

No hacerlo vedaría la posibilidad de pensar en proyectos democráticos plenos en la región, así como comprender aspectos relevantes de la acción colectiva, de las formas de reclamo social y de las relaciones entre sociedad y política.

Como puede comprenderse las formas jurídicas de las sociedades latinoamericanas contemporáneas, suelen recoger reclamos sociales grupales para instalarlos posteriormente en algún punto sensible del sistema político, por razones de consenso, oportunidad o conveniencia.

Entendemos que el necesario proceso de adaptación que afecta al Derecho se verá influenciado seguramente por la incidencia de los movimientos sociales que reivindican aspectos no contemplados debidamente desde la iniciativa autónoma y propiamente política.

Luego de todo lo que se ha venido exponiendo, es del caso adentrarse específicamente en el tema que da origen al presente apartado.

Como puede apreciarse, la incidencia de los movimientos sociales en el escenario social, político y jurídico de las sociedades latinoamericanas contemporáneas, provoca en el lenguaje de Robert Cover, una ampliación del alcance del campo jurídico hacia afuera de las instituciones estatales, al incluir a los grupos referidos transformados en *comunidades interpretativas* y actúan de manera más o menos autónoma contra el Estado, o en ocasiones, buscando su favor (Cover, 1983: s/p cit. por Álvarez Ugarte, 2012: 84).

En suma, hay una expansión del campo jurídico, por fuera de sus operadores tradicionales (jueces, funcionarios públicos, académicos, profesionales, prácticos, etc.), que se traduce en la distinción entre Derecho como *significado* y Derecho como *herramienta de control social* (Cover, 1983: s/p cit. por Álvarez Ugarte, 2012: 84-85).

La inclusión de los movimientos sociales como actores no tradicionales, incluso como *comunidades interpretativas* acerca del Derecho, amplía el campo de esta práctica sociodiscursiva, de manera sustancial.

El propio Cover, supo decir: "(...) Vivimos en un nomos, un universo normativo. Nos criamos y mantenemos constantemente en un mundo de cierto e incierto, de legal e ilegal, de válido e inválido. Ningún conjunto de instituciones jurídicas o normas existe por separado de las narraciones que lo sitúan y le proporcionan significado (...)" (1983: 187-188).

En el plano abierto del Derecho *como significado*, todos podemos opinar en el marco de nuestras *comunidades interpretativas*. El debate público acerca de las cuestiones jurídicas, se organiza en función de una multiplicidad de interpretaciones libres y sin restricciones. Por su lado, el plano del Derecho como *herramienta de control social*, opera en el marco de instituciones estatales, desde donde con legitimidad institucionalizada se dice lo que el Derecho "es," pero fundamentalmente lo que el Derecho "no es". Se organiza así un discurso oficial, una narración dotada de ortodoxia política (Cover, 1983: s/p cit. por Álvarez Ugarte, 2012: 84-85).

Dice Cover:

"(...) El universo normativo se mantiene unido por la fuerza de compromisos interpretativos, algunos pequeños y privados, otros inmensos y públicos. Esos compromisos —que envuelven a funcionarios públicos y otras personas— determinan lo que el derecho significa y lo que el Derecho debe ser. Si existiesen dos órdenes jurídicos violencia pública —estándares idénticos y previsibles—, que necesariamente se difieren esencialmente en cuanto a su significado, en una de las órdenes, los preceptos fueron universalmente reverenciados, mientras que en el otro, fueron considerados por mucho, como fundamentalmente injustos (...)" (1983: 190-191).

Se entiende entonces, que la incidencia de los *movimientos sociales* conforma un hecho de naturaleza múltiple (social, político, jurídico, económico) pero es también un hecho con incidencia socio-semiolingüística, en la medida que como tal, instala un tipo de lenguaje generalmente de tono reivindicativo, pero también un accionar con designio interpretativo y atributivo de significados, que particularmente afecta y refiere a *la praxis discursiva del Derecho*. En suma *los movimientos sociales* se transforman y auto asumen a sí mismos como *comunidades interpretativas* relativas al Derecho, lo que justifica la pregunta que encabeza el presente apartado.

El problema para el jurista radica en determinar, si enfrentado a este escenario, se encuentra dispuesto a asumir o no esta incidencia que permite la acción

interpretativa y atributiva de significados, a nuevos núcleos protagónicos poseedores de un perfil nuevo, controversial, removedor y cuyo accionar de alguna manera no está exento de incertidumbre.

VI. Un caso digno de estudio. El conflicto de la educación en Uruguay en el año 2015 y la respuesta sindical al Decreto del Poder Ejecutivo que dispuso la esencialidad del servicio

Mediando el año 2015 todos los sindicatos de la educación en Uruguay habían planteado reivindicaciones salariales al Gobierno con vistas al próximo presupuesto quinquenal que se discutiría luego en el Parlamento Nacional, particularmente encabezadas por CSEU (Coordinadora de la Enseñanza del Uruguay), FENAPES, (Federación Nacional de Profesores de Enseñanza Secundaria), ADES (Asociación de Docentes de Enseñanza Secundaria) y ADEMU (Asociación de Maestros del Uruguay). Intervinieron también los gremios que nucleaban a los funcionarios de la Universidad de la República (AFUR), y en menor grado ADUR (Asociación de Docentes de la Universidad de la República). Junto con ello también se reclamaba por el conjunto de los gremios, que se destinara un 6% del PBI a la educación en la próxima norma presupuestal.

En forma coordinada y con un altísimo grado de acatamiento, se fueron haciendo distintas movilizaciones que comprendieron a las tres ramas de la enseñanza, sin perjuicio que los planteos y reivindicaciones más fuertes y constantes vinieron de parte de los Docentes de Enseñanza Secundaria y Maestros.

Sin entrar en detalle en el análisis del entramado del conflicto ni de las posibles razones y sinrazones de los interlocutores en oposición (Sindicatos y Gobierno), que no es el objetivo de este trabajo, fue sin duda históricamente el conflicto más importante en materia educativa, que un gobierno democráticamente instituido enfrentara. Lo fue por su duración, por su acatamiento y por sus consecuencias.

En este acontecer sumamente conflictivo que había paralizado la enseñanza, ya a mediados del mes de agosto de ese año, el Gobierno amenazó primero y decidió luego declarar por Decreto del Poder Ejecutivo, la esencialidad del Servicio.

Esta medida que además en la propia interna gubernamental contó con algunos jerarcas que se oponían, culminó por establecerse, y en forma absolutamente contraria a lo esperado por el Poder Ejecutivo, todos los gremios docentes basándose principalmente en un informe de los asesores de FENAPES, que fue colectivizado y difundido ampliamente, no acataron en absoluto el decreto de esencialidad, continuando con la medida de fuerza que se venía desarrollando íntegramente, efectuando actos públicos masivos sobre todo en la capital del país,

y concomitantemente los dirigentes gremiales expresaron públicamente su interpretación de la situación jurídica planteada.

El impacto que provocó la situación llevó a que el Gobierno, que había anunciado acudir incluso a la fuerza de ser necesario, decidió tras silencios estratégicos y reuniones con los dirigentes gremiales, levantar la medida decretada e instalar una mesa de diálogo. Así se hizo finalmente, y sin violencia. Se llegó finalmente a los acuerdos básicos sin consecuencias de otro tipo, acomodando la situación a la futura pauta salarial que sin contemplar el reclamo íntegramente, lo absorbió de alguna manera gradualmente.

En el anexo se transcribirán literalmente dos documentos: el Decreto del Poder Ejecutivo que declaró la esencialidad del servicio por primera vez en la Historia del Uruguay democrático, y las razones argumentativas de FENAPES que fueron colectivizadas para que docentes de secundaria, maestros, funcionarios y estudiantes, asumieran en forma colectiva una interpretación del Derecho que fue parte de un discurso de claro disenso por parte de los gremios respecto de la voz normativa oficial, que impactó en el centro del Derecho como *herramienta de control social* (Cover), y justificó además que se interpretara como totalmente ilegítima la decisión de esencialidad dispuesta por el Poder Ejecutivo uruguayo, habilitando en los hechos su masiva desobediencia. Podría entenderse que se visualiza su accionar como una “*comunidad interpretativa*” no tradicional. De lo contrario igualmente, si así no se entendiera, da para ponerse a pensar.

VII. Conclusiones

Se ensayarán a continuación unas breves conclusiones en relación a lo expuesto.

En primer lugar se estima que el Derecho debe abrirse a la interdisciplinariedad. Fundamentos para sostener ese aserto, pueden encontrarse de manera explícita y también implícita en este trabajo.

Dentro de ese marco, que es un abordaje con incidencia epistemológica y metodológica, se encuentra inserta la proficua relación que se ha presentado entre Derecho y Literatura, debiéndose tener presente la notoria escasez de estudios a este respecto en la Doctrina especializada de la República Oriental del Uruguay.

Se entiende que la misma es metodológicamente provechosa y particularmente promisoría. Nada hay para perder en este vínculo interdisciplinar, y mucho para ganar.

Por su parte las *comunidades interpretativas*, constructoras de lenguaje, promotoras y atributivas de significación para el discurso del Derecho, se encuentran

presentes bajo distintos perfiles y con diferentes tramas. Su análisis con un diseño investigativo, es importante para la *praxis* que aquel conforma.

En las sociedades complejas contemporáneas del *horizonte cultural latinoamericano*, los *movimientos sociales* en su condición de formaciones colectivas público-contenciosas orientadas a lograr satisfacción de determinados tipos de demandas regularmente parciales o reivindicación de derechos que se entiende que no les fueron reconocidos, operan desde el “afuera” político, pero políticamente hacia el “adentro” político, normalmente sin integrarse a tal sistema.

Sin perjuicio de sus demandas, los *movimientos sociales* convertidos en operadores jurídicos no tradicionales y en *comunidades de interpretación significativa* acerca del Derecho, son también generadores de lenguaje y esenciales protagonistas del conflicto social, que es un componente de impacto real y sostenido en las sociedades latinoamericanas contemporáneas.

Que los juristas contemplen y analicen estas circunstancias ayudaría en mucho a la comprensión de problemas que afectan al conjunto social y que impactan directamente en la *praxis* del Derecho. Tal actitud no es otra cosa, que pensarlo de manera diferente.

VIII. Bibliografía

AARNIO, A. (2002). “Derecho, racionalidad y comunicación social”, en: *Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. México: Biblioteca de Ética, pp. 16-27.

ALVAREZ UGARTE, R. (2012). “El constitucionalismo popular y los problemas de la última palabra: apuntes para un contexto latinoamericano”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, N° 1, pp. 72-125.

ARSUAGA, T. (2009). “Derecho y Literatura”, en: *Origen, tesis principales y recepción en España*. Serie Working Papers. IE Law School, patrocinado por la Cátedra Jean Monnet, IE, pp. 1-20. AJ8-157.

AGUIRRE, Román J. (2008). “La relación Lenguaje y Derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”, en: *Opinión Jurídica*, V. VII. N. XIII, pp. 139-162. ISSN 1692-2530.

CALVOI GONZÁLEZ, J. (1992). *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual par el Derecho*. Barcelona: Ariel.

— (2007). “Derecho y Literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 24. Ministerio de Justicia,

Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, pp. 307-332. ISSN0518-0872.

CÁRCOVA, C. M. (2007). *Las Teorías post-positivistas*. Buenos Aires: Lexis-Nexis.

— y otros (2014). *La Letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina.

COVER, R. (1983). *Nomos and Narrative*. Traducción al portugués de Luis Rosenfield. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.22.187-268>

CHARTIER, R. (1992). *El Mundo como Representación. Historia Cultural: entre práctica y representación*. Barcelona: Gedisa.

DWORKIN, R. (1985). *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press.

FILGUEIRA, C. y OTROS (1985). “Movimientos sociales en la restauración del orden democrático: Uruguay, 1985”, en: *Los movimientos sociales en el Uruguay hoy*. Clacso, Cieusu. Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

FISH, S. (1982). *Is there a text in this class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge: Harvard University Press.

GONZÁLEZ DE REQUENA FARRÉ, J. A. (2009). *Comunidades interpretativas. Perspectivas de la hermenéutica literaria de Stanley Fish*, N° 29, pp. 233-240. ISSN-0716-4254.

HABERMAS, J. (2001). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.

MARÍ, E. (1998). “Derecho y Literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja”, en: *Doxa*, pp. 261 y ss.

MELIANTE GARCÉ, L. (2014). “La crítica jurídica Latinoamericana en sentido estricto. De la invisibilidad a su consideración en la Doctrina Nacional”, en: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 36. Montevideo: Universidad de la República, Facultad de Derecho. FCU, pp. 153-184.

— (2016). “De cuando el Derecho le hizo un guiño a la literatura y sobre la innegable vigencia y plasticidad de las “comunidades interpretativas”, en: *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 13. Uruguay: La Ley, pp. 3-33.

— (2014). “Narrativa, ficción y crítica en la Ciencia Jurídica.”, en: *Revista Crítica de Privado*, N° 11. Uruguay: La Ley.

OROZCO GÓMEZ, G. (1991). *Recepción televisiva. Tres aproximaciones y una razón para su estudio*. México: Universidad Iberoamericana.

KARAM TRINDADE, A y OTRO (2009). “Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el Derecho”, en: *Revista del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*. III. N° 4. Buenos Aires: Facultad de Derecho, UBA, pp. 164, 213.

VARELA, Mirta (1999). *De las culturas populares a las comunidades interpretativas. Diálogos de la comunicación*, N° 56, pp. 45-62. ISSN- 1813-9248.

OTTONELLI, N. (2015a). “Interpretación jurídica y decisión judicial. La indeterminación parcial del derecho y su carácter no neutral. Una búsqueda de vínculos entre las Teorías de Hart y Kennedy”, en: *Ruptura*, N° 6. Montevideo: S. A. J. pp. 199-218.

RODÉ, P; MARSIGLIA y OTRO (1985). “Experiencias recientes de movilización urbana en las áreas de la salud, nutrición y organización barrial”, en: *Los movimientos sociales en el Uruguay hoy*. Clacso, Cieusu. Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

ROGGERO, J. (2015). “Hay Derecho y Literatura en Argentina”, en: *Revista Internacional de Derecho y Literatura Anamorphosis*. V. II. N° II. Porto Alegre, pp. 269-292. Disponible en: seer.rdl.org.br/index.php/anamps/article/view/293

— (2015b). *Derecho y Literatura. Textos y Contestos*. Facultad de Derecho. Buenos Aires: Eudeba.

SCHUSTER, F. L. (2015). “Demandas sociales y política en América Latina”, en: *Movimientos sociales en movimiento: conceptos y métodos para el estudio de los movimientos sociales en América Latina*. Uruguay: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República, pp. 11.

Otros documentos consultados

MTSS declara esencialidad en servicios de educación públicos disponible en: <http://www.web/mtss.gub.uy> (Anexo N. I.)

Informe Jurídico sobre el Decreto de Esencialidad en la educación. Disponible en: adesmontevideo.uy/informe-juridico-sobre-el-decreto-de-esencialidad-en-la-educacion. (Anexo N.II.)

IX. Anexo documental

Anexo 1. Fuente: [http.www./web/mtss.gub.uy](http://www./web/mtss.gub.uy) [24/08/2015]

MTSS declara esencialidad en servicios de educación públicos

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a solicitud del Ministerio de Educación y Cultura, declara la esencialidad de los servicios correspondientes a los Centros de Educación Inicial, Primaria, Secundaria, Educación Técnico Profesional y Centros de Formación Docente, desde el día 26 de agosto, por un término de 30 días. A continuación se transcribe el texto completo de la declaración:

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

VISTO: La solicitud de declaración de servicios esenciales formulada por el Ministerio de Educación y Cultura, de 24 de agosto de 2015, en relación a los Centros de Educación Inicial, Primaria, Secundaria, Educación Técnico Profesional y Centros de Formación Docente.

RESULTANDO: I) que en aplicación de la Ley N° 18.508 de 26 de junio de 2009, sobre Negociación Colectiva en el Sector Público, la presente Administración a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social instala el Consejo Superior de Negociación Colectiva en el Sector Público, a partir del 20 de marzo de 2015 y los respectivos ámbitos sectoriales; II) a partir de la fecha señalada supra, se desarrollaron mecanismos de negociación iniciando una secuencia de reuniones a nivel de la mesa de rama de la enseñanza pública, la que derivó en la firma de un Acta Final en la que se alcanza una propuesta de acuerdo a ser considerada por los órganos competentes de cada parte, la que una vez ratificada sería incorporada al Proyecto de Ley de Presupuesto Nacional. Dicha acta fue suscrita por las autoridades de la Administración Nacional de la Educación Pública (ANEP) por una parte, y los representantes de la Coordinadora de Sindicatos de la Enseñanza (CSEU), en presencia de delegados de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, del Ministerio de Economía y Finanzas y del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; III) que no obstante el evidente avance registrado en el proceso de negociación, las organizaciones sindicales mantuvieron las medidas de conflicto, prolongándose en el tiempo la interrupción del servicio público con el consecuente perjuicio aparejado a la educación de niños y adolescentes del país; IV) que las medidas adoptadas hasta el momento han provocado la pérdida de una significativa cantidad de horas docentes y de servicios de alimentación en escuelas de todo el país, afectando a 250.000 beneficiarios e impactando especialmente a los sectores más vulnerables de la población; V) que una vez analizada la situación en el ámbito del Poder Ejecutivo, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social solicitó una reunión de urgencia con los representantes del Plenario Intersindical de Trabajadores —

Convención Nacional de Trabajadores (PIT-CNT) en la que se acordó una nueva convocatoria al ámbito de diálogo para el día de la fecha, en cuya reunión se resolvió generar una nueva instancia de negociación para el próximo día jueves 27 de agosto. CONSIDERANDO: I) que las decisiones adoptadas por las organizaciones sindicales comprometen, por su extensión, derechos básicos que tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana (Declaración aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993) como es el derecho a la educación, en tanto las medidas impactan particularmente en los menores de edad, afectando el derecho a la educación en sí mismo y el atinente a la formación de niños y adolescentes; II) que conforme a la solicitud del Ministerio de Educación y Cultura, “el Estado ha agotado todas las instancias legales de negociación con los gremios docentes, y sin embargo, éstos no han declinado su voluntad de avanzar hacia una huelga que afectará el aprendizaje de nuestros niños y jóvenes, así como la seguridad y la estabilidad de las familias frente a sus responsabilidades laborales”; III) que el art. 1º de la Ley General de Educación Nº 18.437 de 12 de diciembre de 2008 declara “... de interés general la promoción del goce y el efectivo ejercicio del derecho a la educación, como un derecho humano fundamental. El Estado garantizará y promoverá una educación de calidad para todos sus habitantes a lo largo de toda la vida, facilitando la continuidad educativa”; IV) que la protección de los derechos fundamentales que puedan verse comprometidos por el ejercicio del derecho de huelga está prevista en nuestro ordenamiento por lo dispuesto en el art. 4º de la ley 13.720 de 16 de diciembre de 1968 y art. 9º inc. 2º del decreto-ley 14.791 de fecha 8 de junio de 1978, que facultan al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a disponer medidas necesarias para el mantenimiento de los servicios que han de considerarse esenciales; V) que a falta de una definición legal, ha de acudirse a los criterios del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo para su determinación; VI) que el mencionado organismo considera servicio esencial “el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares”, admitiéndose asimismo la pertinencia de la declaración de esencialidad en casos de conflictos de larga duración en el sector de la educación (La Libertad Sindical. Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. 5º ed. 2006, núm. 585 y 625); VII) que asimismo, el citado organismo considera que deben otorgarse a los sindicatos garantías apropiadas “en caso de restricción del derecho de huelga en los servicios esenciales y en la función pública”, situaciones en las cuales “la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación”, extremos que se han verificado en el conflicto que motiva la presente resolución. ATENTO: A los fundamentos expuestos y a lo dispuesto por los arts. 1º de la ley 18.437 de 12 de diciembre de 2008, art. 4º de la ley 13.720 de 16 de diciembre de 1968 y 9º inc. 2) del decreto-ley 14.791 de 8 de junio de 1978, EL MINISTRO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL RESUELVE :

1º Declárase esenciales los servicios correspondientes a los Centros de Educación Inicial, Primaria, Secundaria, Educación Técnico Profesional y Centros de Formación Docente. 2º Establécese el plazo de duración de la presente declaración de esencialidad por el término de 30 días. 3º Comuníquese, publíquese, etc.

Anexo 2. Fuente: [www.adesmontevideo.uy/informe jurídico sobre el decreto de esencialidad en la educación](http://www.adesmontevideo.uy/informe_juridico_sobre_el_decreto_de_esencialidad_en_la_educacion).

Informe jurídico sobre el Decreto de esencialidad en la educación

FENAPES

I. MARCO NORMATIVO

Artículo 57 de la Constitución, Convenio OIT N° 87 ratificado por ley 12.030 de fecha 27/11/1953, Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical de la OIT así como Pactos Internacionales innumerables, entre ellos Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas del año 1966; Declaraciones Americanas, Carta Social Europea, etc. declaran el Derecho de Huelga como Derecho Humano Fundamental.

Ley 13.720 art. 3ª in fine, art. 4ª y 5ª— COPRIN y decreto-ley 14.721 — DINA-COPRIN que estableció la competencia del Ministerio de Trabajo para decretar la esencialidad.

La cuestión de la esencialidad de determinados servicios está directamente relacionada con el Derecho de Huelga que integra la Libertad Sindical, en nuestro país la huelga tiene jerarquía constitucional reconocida expresamente por el citado art. 57.

Los dictámenes de la OIT han definido con muchísima precisión las limitaciones que pueden establecerse mediante la declaración de servicios esenciales.

Al respecto es importante señalar que la doctrina ha analizado las diferentes formas de definición de los servicios esenciales existiendo países que recurren a la enumeración previa o listado de aquellos servicios que se consideran esenciales tal como ocurre con la legislación interna en Brasil o como en la Argentina en el Decreto reglamentario del año 2000, en cambio la gran mayoría de los países, como ocurre en el nuestro, recurren a una definición conceptual y genérica basada fundamentalmente en la jurisprudencia compuesta por los dictámenes de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Especialmente en las Decisiones y 2 Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.

Desde la perspectiva antes citada llama poderosamente la atención el contenido de los Resultandos y Considerandos del decreto que establece la esencialidad de los servicios de enseñanza, ya que pretende fundarse infructuosamente en la referida jurisprudencia de la OIT; decimos “infructuosamente” porque esta última va en dirección diametralmente opuesta a lo expresado por el citado decreto.

De una simple lectura del decreto surge la orfandad de fundamentos y criterios, basándose por ejemplo en servicios accesorios como la alimentación y la limpieza en las escuelas los cuales ya están cubiertos por servicios de emergencia, así como en la idea de extensión de las medidas sindicales, apelando a dicha característica como forma de mitigar la incapacidad de poder incluir a la educación en el elenco de “servicio esencial en sentido estricto”; criterio por otra parte excluido en los dictámenes del Comité de Libertad Sindical en cuanto a la Educación se refiere.

Se transcriben parte de los citados dictámenes que surgen de la Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical de los años 1996 y 2006, que a continuación se transcriben:

“587. No constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término: — el sector de la educación (véanse Recopilación de 1996, párrafo 545; 310, informe, caso núm. 1928, párrafo 172, caso núm. 1943, párrafo 226; 311, informe, caso núm. 1950, párrafo 457; 320, informe, caso núm. 2025, párrafo 405; 327, informe, caso núm. 2145, párrafo 302, caso núm. 2148, párrafo 800; 329, informe, caso núm. 2157, párrafo 191 y 330, informe, caso núm. 2173, párrafo 297); 589. Los argumentos que se han esgrimido de que tradicionalmente los funcionarios públicos no gozan del derecho de huelga porque el Estado, en su calidad de empleador, tiene mayores obligaciones respecto de su protección, no han convencido al Comité de que debe cambiar de actitud con respecto al derecho de huelga del personal docente. (Véase 277. Informe, caso núm. 1528, párrafo 288 y 311, informe, caso núm. 1950, párrafo 458).

590. Las posibles consecuencias a largo plazo de las huelgas en el sector de la Enseñanza no justifican su prohibición. (Véase 262 Informe, caso núm. 1448, párrafo 117 y 327, informe, caso núm. 2145, párrafo 303).

583. El principio sobre prohibición de huelgas en los «servicios esenciales» podría quedar desvirtuado si se tratara de declarar ilegal una huelga en una o varias empresas que no prestaran un ‘servicio esencial’ en el sentido estricto del término, es decir, los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población. (Véanse Recopilación de 1996, párrafo 542; 308. Informe, caso núm. 1923, párrafo 221; 314. Informe,

caso núm. 1787, párrafo 32; 320. Informe, caso núm. 1963, párrafo 229; 328. Informe, caso núm. 2120, párrafo 540 y 336. Informe, caso núm. 2340, párrafo 645).

II. RÉGIMEN NACIONAL — Ley 13.720 arts. 3º in fine y 4º y 5º y ley 14.791.

El régimen interno debe ser analizado a la luz de lo que se viene de señalar y al respecto corresponde indicar que la esencialidad no significa que no se pueda hacer huelga, su prohibición, sino que una vez decretada hay que establecer un sistema de guardias gremiales en los servicios declarados esenciales, ello surge del art. 4º de la ley 13.720 que expresa: “(...) deberán ser mantenidos por turnos de emergencia, cuya interrupción determinará la ilicitud de la huelga (...)”.

Lo antedicho es demostrativo de que al momento de ser dictada la norma se estaba pensando en los “servicios esenciales en sentido estricto”, aquellos que por su naturaleza en cuanto podrían comprometer bienes jurídicos superiores como la vida, seguridad y salud, están estructurados institucionalmente de forma tal de poder ser mantenidos por turnos de emergencia, hecho que no ocurre con la enseñanza y reafirma que el legislador uruguayo siguió los criterios de la OIT al respecto.

También debemos analizar lo dispuesto en el párrafo final del artículo 4º de la ley en cuanto establece en caso de: “(...) en caso de interrupción de servicios esenciales, la autoridad pública podrá disponer las medidas necesarias para mantener dichos servicios (...), sin perjuicio de aplicar al personal afectado las sanciones legales pertinentes”.

El alcance de este último párrafo exige tener en cuenta otras normas del ordenamiento jurídico que consagran otros derechos fundamentales tales como el debido proceso y el derecho a la legítima defensa con base en el art. 4 66 de la Constitución de la República y recogido por la norma de procedimiento administrativo específico: Ordenanza 10, no siendo pues de aplicación inmediata la sanción pudiendo el trabajador esgrimir todas sus defensas en base a lo señalado en el presente informe.

Por otra parte el decreto de esencialidad amerita la interposición de los correspondientes recursos administrativos así como la denuncia ante los organismos correspondientes de la OIT.

III. CONCLUSIONES

En definitiva mediante el decreto que se analiza se ha desmantelado todo un estatuto jurídico del derecho de huelga apoyado en la normativa de mayor jerarquía,

tanto interna como internacional, pulverizando dicha protección y sustituyéndola por una discrecionalidad arbitraria del Poder Ejecutivo que a partir de ahora será quien determine los límites y el alcance de un Derecho Humano Fundamental.

En su obra *Trabajo Derecho y Sociedad* —Tomo 1. Estudio de Derecho Colectivo de Trabajo—, p. 15, el Dr. Helios Sarthou al referirse a los rasgos ontológicos generales de la Libertad Sindical expresa “La magia de esta Libertad nació en las entrañas vivas del acontecer social y no del gabinete aséptico y formal del jurista. Se ganó por el pueblo en sus calles, sin metáfora de la Revolución Industrial, y se tiene que seguir ganando día a día frente a la represión en los campos y ciudades del subdesarrollo y en los suburbios fabriles de las sociedades desarrolladas. La magia a que alude Verdier, fabricó ese milagro de una parábola en el tiempo, que hizo del delito de coalición y huelga de la Corte de Sir William Pit y del Código Penal Francés el prestigioso derecho del hombre de nuestras constituciones de hoy.

Su desenvolvimiento dinámico engendró, para el mundo jurídico, un nuevo sujeto de derecho: el sindicato, una nueva figura del consenso el convenio colectivo y un nuevo medio de lucha: la vía de hecho juridizada en el derecho de huelga. Y, envolviendo esas nuevas figuras e institutos del 5 escenario del derecho, una rama dentro del derecho del trabajo, el derecho sindical o derecho colectivo del trabajo”. María Isabel Cammarano.— Daniel Parrilla.

Fecha de recepción: 28-04-2017 Fecha de aceptación: 08-06-2017

Tres modelos de postpositivismo jurídico (*)

POR RICARDO MARQUISIO (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El positivismo tradicional.— III. El positivismo contemporáneo.— IV. Postpositivismo *vs.* positivismo.— V. Postpositivismo constitucionalista.— VI. Postpositivismo crítico.— VII. Postpositivismo normativo.— VIII. Conclusiones.— IX. Bibliografía.

Resumen: en este artículo se presenta una distinción comparativa entre tres modelos de postpositivismo jurídico. Inicialmente se introducen dos propuestas influyentes que sugieren abandonar el positivismo por diferentes razones: la primera, por considerarlo incompatible con la prevalente constitucionalización de los órdenes jurídicos contemporáneos; la segunda, sustentada en la idea de que una función inherente al abordaje teórico de la práctica jurídica es intervenir en la realidad social, orientándola hacia transformaciones de justicia. La posición adoptada en este trabajo es que ninguna de esas dos concepciones aporta buenas razones para dejar de lado el positivismo jurídico. En la parte final, se defiende la tesis de que un abordaje integral de la cuestión normativa sienta las bases de un modelo plausible de postpositivismo.

Palabras claves: positivismo jurídico - postpositivismo - derecho y moral - teoría del derecho- metateoría del derecho

Three models of legal postpositivism

Abstract: *in this paper I pose a comparative distinction among three models of legal postpositivism. Initially I introduce two influential proposals that suggest abandoning positivism for different reasons: the first, as incompatible with the prevailing constitutionalisation of contemporary legal orders; the second, based on the idea that a function inherent in the theoretical approach of legal practice is to intervene in social reality, orienting it towards transformations of justice. My claim is that neither of these two conceptions gives good reasons for leaving aside legal*

(*) Trabajo elaborado en el marco del proyecto “La teoría del derecho contemporánea y el problema de la objetividad de los valores”, financiado por CSIC-UDELAR.

(**) Prof. Adjunto de Filosofía y Teoría General del Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de la República (FDER-UDELAR), Uruguay.

positivism. In the final part, I defend the thesis that an integral approach to the normative question, establishes the basis of a plausible model of postpositivism.

Keywords: *legal positivism - post positivism - law and morality - theory of law-metatheory of law*

I. Introducción

¿Debería abandonarse el positivismo jurídico? Esta propuesta es sostenida en diferentes contextos de discusión jurídica, que incluyen no solo la Teoría del Derecho (caso que aquí nos ocupa) sino también la dogmática y las sentencias judiciales. Si bien las teorías positivistas parecen en retroceso dentro del debate teórico, donde se presentan múltiples visiones postpositivistas que plantean la necesidad no tanto de refutarlas como de dejarlas de lado, atribuyéndoles un enfoque inadecuado para la comprensión de la realidad jurídica actual o insuficiente para dar cuenta de determinados propósitos teóricos, los argumentos por las cuales ello se propone varían de modo significativo.

En este trabajo se indaga sobre la viabilidad de algunos de esos argumentos. Mi postura es que, mientras ciertos postpositivismos, aquellos basados en el constitucionalismo y las teorías críticas, no ofrecen buenas razones para dejar de lado el positivismo jurídico, un postpositivismo centrado en un abordaje integral de la normatividad del derecho, sí está en condiciones de hacerlo. Previamente, voy a plantear algunas diferencias entre el positivismo tradicional y el contemporáneo, caracterizando a éste último por una ambición mínima en la aproximación a los clásicos problemas de la naturaleza y normatividad del derecho.

II. El positivismo tradicional

Por *positivismo tradicional*, refiero al desarrollo de la teoría hasta el “debate Hart-Dworkin”. Los pilares de la tradición —Austin, Kelsen, Hart— realizaron un abordaje metodológico que intentaba contestar las preguntas sobre la naturaleza (las condiciones necesarias y suficientes para que algo pueda ser considerado un estándar jurídico) y la normatividad del derecho (el sentido en que obligan dichos estándares). Las soluciones de estos tres autores convergían en las tres tesis con que se identificaba conceptualmente al positivismo (fuentes sociales, separación del derecho y la moral, y discrecionalidad judicial) aunque variaban de modo significativo. En el caso de Austin (1954), el derecho se reducía a un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y su normatividad derivaba del hábito de obediencia. Para Kelsen (2011), en un enfoque antireduccionista, el derecho consistía en un sistema de normas válidas respaldadas por sanciones institucionalizadas, y su normatividad derivaba del supuesto de la norma básica fundante (que ha sido

entendida tanto como una especie de argumento trascendental sobre la posibilidad del derecho o como una mera ficción que hace posible pensar “lo jurídico”).

La solución de Hart (1994), menos reduccionista que la de Austin pero no por completo anti-reduccionista como la de Kelsen, consistió en una *sociología normativa* que caracterizaba a los sistemas jurídicos por una unión de reglas primarias y secundarias, que sustentaba su normatividad en la combinación de la aceptación de los participantes de las prácticas relevantes (punto de vista interno) con la obediencia de la mayoría de la población. Hart respondió al problema de la normatividad caracterizándola en función de las creencias de los participantes sobre las razones que las reglas del sistema les proporcionan para actuar, concluyendo que no correspondía a la teoría del derecho la indagación de si resultan razones morales o de otra especie (Marmor, 2012).

De manera que, tal como lo encontró Dworkin (1977, 1986) al iniciar su guerra global contra el positivismo, la ambición de esta teoría era dar cuenta de una normatividad *específicamente jurídica*, compatible tanto con la separación del derecho y la moral (el derecho podía obligar aun cuando fuera injusto o perverso, o existieran razones morales para desobedecerlo) como con la inexistencia de una moral objetiva, pues se aceptaba que una teoría jurídica positivista era compatible con metaéticas escépticas (como el nihilismo o el expresivismo) o con una postura evitativa o agnóstica (la abstención de pronunciamiento sobre el problema de la objetividad de los valores).

Dworkin se enfrentó a estas dos pretensiones. Por un lado, planteando la imposibilidad de que el derecho de las fuentes sociales obligara en algún sentido relevante antes de ser objeto de una interpretación constructiva orientada a la reconstrucción del ordenamiento en su mejor lectura posible, a partir de algunos valores centrales propios de una sociedad liberal y democrática entendida como comunidad. Por otro lado, atacando la posibilidad de una postura escéptica o agnóstica sobre la moral, al distinguir entre el escepticismo externo y el interno, donde solo el segundo es normativamente válido para los participantes de alguna práctica social, e implica el compromiso con la existencia de respuestas objetivas a los problemas planteados, aunque estas respuestas nunca puedan considerarse fácilmente accesibles o no controversiales.

Una consecuencia directa de estos ataques fue la reformulación del positivismo para rechazarlos o para mostrar que no destruyen sus supuestos básicos. Las disputas internas del positivismo post “debate Hart-Dworkin” se han centrado en la viabilidad de la denominada tesis de la incorporación, es decir, si la identificación de la existencia y el contenido del derecho a partir de las fuentes sociales es contingente (para quienes consideran que los sistemas jurídicos pueden “incorporar” criterios de mérito para esa identificación) o necesaria (para los que

entienden que la tesis de la incorporación es falsa) (1). Pero otra consecuencia, tal vez menos evidente, es que el positivismo reformulado dejó de intentar, como tal, dar respuesta al problema de la normatividad del derecho (2).

III. El positivismo contemporáneo

Lo que unifica las muy diversas visiones de la teoría jurídica que sostienen los positivistas contemporáneos es considerar al derecho como *fundamentalmente* social en su naturaleza, un artefacto humano cuya existencia y contenido depende, en última instancia, de hechos sociales. Según la tesis social, lo típico del derecho es ser creado por seres humanos a través de instituciones sociales (parlamentos, tribunales, administraciones) y no algún tipo de mérito moral. La tesis social es materia de diferentes interpretaciones entre los positivistas (los incorporacionistas y no incorporacionistas debaten sobre la posibilidad de que incluya criterios morales de identificación jurídica), al igual que los hechos sociales que permiten identificar al derecho (la disputa es entre distintas versiones de convencionalismos constitutivos, convencionalismos regulativos y no convencionalismos) y la posibilidad de que se ofrezca una explicación reductiva de la validez jurídica (Green, 2008; Dickson, 2012). De la tesis social no puede deducirse un vínculo determinado entre la moral y el derecho. La tesis de la separabilidad (según la cual existe algún sistema jurídico posible donde no figura la correspondencia con principios morales entre las condiciones de verdad de ninguna proposición jurídica), que a menudo se atribuye al positivismo contemporáneo como mínimo común denominador, es rechazada por algunos de ellos (Taggart, 2013).

Una buena síntesis de lo que significa ser un positivista jurídico hoy lo resume Gardner en la tesis de que, en un sistema jurídico cualquiera, si una norma es válida y, por tanto, si forma parte del derecho de ese sistema, depende de las fuentes del sistema y no de sus méritos. Esta tesis es, por sí misma, “normativamente inerte”, lo que significa que no provee ninguna guía sobre lo que nadie debería hacer en ocasión alguna (Gardner, 2001).

(1) Un resumen del estado actual de esa discusión se encuentra en Moreso, 2015.

(2) El ataque de Dworkin, desde un modelo abiertamente normativo, contribuyó a mostrar que, para seguir siendo viable como teoría general y descriptiva, el positivismo debía renunciar a su ambición de justificar una normatividad jurídica específica. Dworkin (1986) plantea que lo relevante para la filosofía del derecho es discutir las condiciones particulares (caracterizadas por el compromiso con ciertos valores y por una historia que necesita ser reconstruida constructivamente) bajo las cuales la práctica jurídica genera estándares que obligan moralmente a los participantes. En cambio, la respuesta de Hart (1994) se centra en la pertinencia de un abordaje descriptivo que permita caracterizar los rasgos generales de los sistemas jurídicos reconstruyendo las creencias de los participantes (que contingentemente incluyen la posibilidad de criterios de mérito moral para la identificación del derecho) (Para una reconstrucción de los propósitos teóricos involucrados en el “debate Hart-Dworkin” ver Shapiro, 2007).

La ambición del positivismo contemporáneo es, entonces, *deliberadamente* mínima. Si tomamos a los dos problemas fundamentales de la teoría jurídica, la naturaleza y la normatividad del derecho, encontramos que el positivismo solo plantea respuestas parciales con relación al primero y no tiene nada que decir — *qua* positivismo— con relación al segundo.

Con referencia al problema de la naturaleza del derecho, la tesis social solo nos dice que su existencia e identificación depende en última instancia de *ciertos hechos*, pero deja abierta cuestiones tales como las siguientes: ¿Los hechos por los cuales identificamos al derecho lo dotan como tales de algún mérito moral y en tal caso, cuáles son las propiedades que hacen posible esa atribución? ¿Cómo hay que entender algunos aspectos específicos de la creación e identificación del derecho tales como la adjudicación constitucional? El positivismo jurídico no puede considerarse en la actualidad una teoría completa sobre la naturaleza del derecho y ningún teórico puede ser exclusivamente positivista (Dickson, 2012; Green, 2009).

Con referencia al problema de la normatividad, el positivismo contemporáneo ha respondido al desafío de Dworkin renunciando a la posibilidad de pronunciarse sobre las condiciones bajo las cuales el derecho de las fuentes puede crear razones para la acción. La existencia del derecho, socialmente identificado, no determina (sin premisas adicionales sobre las bondades de cierto orden o estándar en particular), desde el punto de vista normativo, lo que deben hacer sus destinatarios (Dickson, 2012). La tesis social se ha impuesto como virtualmente no controversial precisamente por permanecer en silencio sobre la posibilidad de que el derecho, creado e identificado en el marco de instituciones sociales, dirija en el sentido correcto la conducta de sus destinatarios.

El positivismo contemporáneo subraya la importancia de este punto, en tanto el derecho, como cualquier artefacto humano, puede ser utilizado con fines acordes al bien común o para horribles propósitos tales como la comisión de genocidios. En particular, porque hace posible el ejercicio masivo de agencia colectiva al coordinar las acciones de un gran número de individuos a través de planes autoritativos que las instituciones permiten conocer y seguir (Shapiro, 2011). La naturaleza social del derecho y sus típicos rasgos institucionales (la presencia de funcionarios especializados en crear e identificar normas es el más saliente), implican una inherente falibilidad, al contribuir tanto a fines moralmente inobjektibles como también formas específicas de inmoralidad (Green, 2008). Las posibilidades de las instituciones jurídicas de crear tanto bien como mal son inmensas, lo que proporciona un argumento para que, desde la sola caracterización de lo jurídico por la tesis social, se deje abierta la cuestión de la normatividad de las prescripciones de cualquier sistema.

Ello no implica que el problema de la normatividad desaparezca ni que deje de ser relevante para la teoría jurídica. Los autores que se identifican como positivistas también suelen pronunciarse sobre la normatividad del derecho. Sin embargo, no lo hacen estrictamente desde su condición de positivistas —en tanto, de modo inevitable, van más allá de la tesis social— sino al abordar proyectos teóricos más abarcadores, que conectan a la teoría del derecho con la filosofía moral y política, donde sus propuestas se emparentan con las de autores que rechazan la etiqueta “positivismo” (3).

Cualquier acercamiento relevante a las condiciones bajo las cuales el derecho puede generar razones para la acción incluirá problemas tales como por qué un agente moral autónomo puede ser obligado por normas heterónomas y los requisitos mínimos, procedimentales y sustanciales, para que exista una autoridad estatal legítima.

La opción alternativa para el teórico positivista es el abandono de la cuestión normativa del derecho por considerarla un “pseudo problema”, dejando de lado la idea de validez jurídica como obligatoriedad y limitándose al estudio de la validez como “mera aplicabilidad”: dar cuenta de las condiciones sistémicas bajo las cuales se puede identificar el derecho aplicable por sus destinatarios sin que esto quiera decir nada sobre lo que deberían hacer éstos, considerando el conjunto de razones (morales, prudenciales) que tengan para actuar (Bulygin, 2004).

IV. Postpositivismo *vs.* positivismo

El debate tradicional que enfrentaba al positivismo con el iusnaturalismo y el antipositivismo tenía como punto de referencia el conjunto de los problemas de la teoría del derecho. Las tesis positivistas se presentaban como una respuesta global a las preguntas sobre la naturaleza y normatividad del derecho, y así también lo hacían los ataques contra ellas. Los iusnaturalistas desafiaban estas tesis invocando la existencia de un derecho universalmente válido (reconocible para cualquier ser racional) de aplicación obligatoria o de una moralidad “interna” del derecho que hacía falso cualquier intento de identificación que prescindiera por completo de valoraciones. El primer Dworkin (1977) invocaba la existencia de estándares (principios y directrices) que los participantes de una comunidad jurídica

(3) Más allá de las etiquetas tradicionales (positivismo, antipositivismo, iusnaturalismo) autores como Raz, Finnis y Dworkin tienen importantes coincidencias en cuanto al vínculo moral-derecho: I) el enfoque normativo del derecho sólo tiene sentido si se analiza como parte de la moral; II) las razones jurídicas son un cierto tipo de razones morales que se identifican en contextos institucionales; III) existe una continuidad de propósitos entre la filosofía moral, la filosofía política y la teoría del derecho; IV) el problema de la objetividad de los valores resulta relevante para la normatividad del derecho (Marquisio, 2015).

consideran obligatorios y resultan de imposible captación por un criterio *maestro* de identificación institucional como la regla de reconocimiento positivista. El segundo Dworkin (1986) contraponía, frente a la concepción convencionalista de la normatividad jurídica que atribuía al positivismo, su visión holística del derecho como integridad. Aquí el derecho obliga por ser una práctica social, cuyas exigencias deben ser constructivamente interpretadas, al servicio de los valores constitutivos de la comunidad democrática y liberal. Sin embargo, una vez que se constata el repliegue del positivismo en sus ambiciones, el conflicto con el iusnaturalismo y el antipositivismo termina careciendo de relevancia.

Finnis no rechaza el positivismo mínimo, del cual incluso afirma que el propio Aquino es un precursor (Finnis, 1996) aunque lo considera insuficiente como teoría del derecho (algo que los propios positivistas contemporáneos reconocen), si bien es cierto que su énfasis en el carácter social del derecho es mucho más débil que el de los autores “genuinamente” positivistas (Dickson, 2012).

Inclusive, atendiendo al sentido mínimo de la tesis social, puede dudarse si el último Dworkin puede ser caracterizado consistentemente como un antipositivista. En *Justice for Hedgehogs* (2011) se plantea que es posible diferenciar entre los derechos legislativos (derechos a que los poderes legislativos de una comunidad sean ejercidos de cierta manera) y derechos jurídicos (derechos que los individuos pueden hacer valer sin necesidad de una nueva intervención legislativa), como categorías de moralidad política de distintos niveles de abstracción. Este planteo supone asumir que en una comunidad es posible, para establecer la verdad de las proposiciones jurídicas, una distinción entre lo que el derecho “es” (lo legislado o que no requiere legislación) y lo que el derecho “debería ser” y ello implica el uso de una variante de la tesis social para caracterizar el punto de vista jurídico.

Frente al positivismo mínimo contemporáneo los desafíos relevantes no son ataques globales destinados a falsarlo, sino distintas propuestas de superación, cuyo punto común es que considerarlo incompatible con aspectos de la agenda que una teoría jurídica debería seguir. Éstos, se centran en los problemas de la adjudicación (la solución correcta de los casos difíciles y el papel de los valores constitucionales en la argumentación jurídica), la indeterminación del derecho y su vínculo con la política (Calsamiglia, 1998).

V. Postpositivismo constitucionalista

La forma más corriente y explícita de postpositivismo es la que adoptan parte de los autores denominados constitucionalistas o neoconstitucionalistas(4) y se

(4) La etiqueta “neoconstitucionalismo”, caracterizada a partir de la relevancia atribuida a las constituciones densas y rígidas, y al rechazo del positivismo (ver Pozzolo, 2011 y 2015) adolece de

origina en la pretendida incompatibilidad del positivismo jurídico con la “nueva realidad del Estado constitucional” y en tener un enfoque exclusivo del derecho como sistema, y no (también) como práctica social (Atienza y Ruiz Manero, 2006).

Es decir, el positivismo como teoría no podría dar cuenta de ciertos fenómenos jurídicos contemporáneos, por lo que debería ser reemplazado (“dejado atrás”), no por falso sino más bien por irrelevante en las circunstancias actuales, aun cuando pueda haber sido relevante en el pasado. Los defensores de esta clase de postpositivismo cuestionan la posibilidad de la teoría positivista de dar cuenta de los contenidos *necesarios* del derecho a la luz de la realidad de los actuales estados constitucionales, a la que definen como la *constitucionalización del orden jurídico* (Aguiló, 2007).

Atienza y Ruiz Manero atribuyen al positivismo contemporáneo dos tesis definitorias: la tesis de que el derecho es un fenómeno social creado y modificado por actos humanos y la tesis de la separación entre el derecho y la moral, en el sentido de que el valor moral de una norma no es condición suficiente y puede no ser condición necesaria para la validez jurídica de la misma. Luego, añaden que ninguna de esas tesis es falsa y, por el contrario, son “manifiestamente verdaderas”. La crítica es, entonces, que esas tesis son (I) irrelevantes; (II) si se añaden algunos rasgos que, aun no siendo definitorios han estado presente en sus principales manifestaciones del siglo XX, el positivismo constituye un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática apropiadas para el estado constitucional.

Respecto de (I) es posible poner en duda que la forma en que Atienza y Ruiz Manero presentan el abordaje del positivismo contemporáneo sobre la relación entre el derecho y moral sea correcta. Porque, estrictamente, el alcance exclusivo

una importante vaguedad. Pues, por un lado, suele endilgarse a autores que, aunque afirman la relevancia teórica fundamental de los contenidos valorativos de las constituciones contemporáneas, de todos modos rechazan la denominación. Por otra parte, aunque habitualmente se identifica con el postpositivismo o no positivismo, también se endilga a teóricos que se consideran a sí mismos positivistas. Un autor tan influyente como Ferrajoli es un ejemplo de ambos casos. Por tanto, en función del propósito de este trabajo, es preferible utilizar la expresión “constitucionalismo postpositivista”, que tomo de Atienza, para caracterizar una concepción que atribuye a las constituciones contemporáneas un relevancia sustantiva por los valores que se orientan a proteger, rechaza el positivismo, defiende una objetividad moral (al menos mínima) y hace énfasis en los principios, la ponderación como método jurídico y el carácter argumentativo del derecho (Atienza, 2014). En un sentido similar, Cianciardo y Zambrano utilizan la expresión “cultura de los derechos” para referir a una concepción que afirma la conexión necesaria con un orden moral objetivo de los sistemas jurídicos constitucionalizados, en cuanto implican: a) el reconocimiento de derechos; b) la relación de los sistemas jurídicos estatales con otros supraestatales; c) concebir a la constitución como entramado de principios y reglas; d) la incorporación de un principio de proporcionalidad; e) la incorporación de un principio de razonabilidad (Cianciardo y Zambrano, 2016).

que el positivismo contemporáneo atribuye a la tesis social es la posibilidad de que, en última instancia, todo el derecho, sea pasible de ser identificado a través las fuentes sociales y no (necesariamente) por su mérito moral. Esto no implica afirmar la separación entre el derecho y la moral ni tampoco excluir la posibilidad de que el derecho identificado por las fuentes sociales posea necesariamente atributos morales (Raz, 1990; Gardner, 2001; Dickson, 2012).

El positivismo es compatible con la afirmación de múltiples conexiones, triviales y no triviales, entre el derecho y la moral. Por ejemplo, es compatible con tesis sobre el derecho tales como que necesariamente tiene un contenido moral, plantea exigencias morales a sus destinatarios y está sujeto a evaluación moral, así como a demandas de justificación desde el punto de vista de la justicia (es decir, puede ser entendido como práctica argumentativa). En todos los casos, se trata de conexiones necesarias y significativas, según las cuales está en la naturaleza del derecho servir a la moral pero también la posibilidad de fallar en hacerlo (Green, 2009).

Respecto de (II) la crítica de Atienza y Ruiz Manero es desajustada porque, expresamente refiere a la ambición del positivismo previo al debate Hart-Dworkin (Kelsen, Hart, Bovio) y evita tener en cuenta el deliberado repliegue de los positivistas actuales en cuanto a no formular, desde su mero compromiso con el positivismo, una teoría completa de la naturaleza y la normatividad del derecho. Parece improbable que, después de haber realizado un enorme esfuerzo contractivo a cambio de una virtual inmunidad conceptual, el positivismo retome un programa expansivo y pretenda, desde la mínima tesis social, dar cuenta de aspectos del derecho que ya dejó de lado.

La idea de que el positivismo implica, como programa, el compromiso con un análisis puramente descriptivo del derecho libre y de valoraciones no, es en general, defendida por los positivistas contemporáneos como integrando el núcleo duro de la propuesta (5). Es decir, el “peligro” que advierten Atienza y Ruiz Manero no puede ser tal pues los propios positivistas contemporáneos han terminado

(5) El caso de Bulygin —al que mencionan Atienza y Ruiz Manero— consiste en la defensa de una metaética escéptica desde la cual considera que la teoría jurídica debería abandonar los problemas vinculados a la normatividad del derecho por considerarlos, en realidad, pseudo problemas. Sin embargo, el planteo de Bulygin no es estrictamente positivista —como él lo reconoce, argumenta por una reformulación de los propósitos de la teoría— ya que el positivismo contemporáneo no se compromete con una metaética escéptica, relativista o expresivista, ni tampoco con la tesis de que el problema de la objetividad moral puede evitarse, ni sugiere, desde la metateoría, abandonar el problema de la normatividad (Sobre el problema de la objetividad de los valores con relación al positivismo jurídico, ver Marquisio, 2015).

dejando claro que sus tesis no excluyen la posibilidad de teorías y dogmáticas cargadas de valoraciones.

Atienza y Ruiz Manero atribuyen al positivismo “ver lo valioso como derivado de lo ordenado”. Ello no es cierto porque, como ya fue dicho, la posibilidad de que el derecho identificado por las fuentes sociales tenga algún tipo de valor (o disvalor) resulta una cuestión abierta que requiere un abordaje normativo para su contestación. Por otra parte, parece contradictorio cuestionar una teoría al mismo tiempo por pretender ser libre de valor y por reconocer un determinado valor.

Los autores añaden que el positivismo considera a las directivas como “expresiones de una voluntad que esgrime una pretensión de autoridad ilimitada”, lo que tampoco es correcto, pues ningún positivista, salvo quizás Hobbes(6), afirmó jamás que la pretensión de autoridad de los gobernantes es, conceptualmente, ilimitada. La tesis de la autoridad como servicio —una de las más influyentes entre los positivistas contemporáneos— es, por el contrario, un reconocimiento de lo limitada que resulta la pretensión de autoridad de las entidades estatales cuando se la comprende dirigida a sujetos dotados de autonomía moral (Raz, 1990).

De estas objeciones, que no pueden dar en el blanco porque atacan puntos de vista que no corresponden realmente a la reformulación contemporánea de la teoría, Atienza y Ruiz Manero concluyen en el punto central de su crítica: la presunta incapacidad del positivismo para intervenir en algunas discusiones, en particular para justificar decisiones sobre conflictos entre principios y, muy especialmente, entre principios constitucionales.

Es verdad que, entendido desde su ambición mínima, el positivismo no tiene nada que decir en esos debates salvo dejar claro que se trata de cuestiones abiertas sobre las cuales los autores tienen distintas opiniones: algunos consideran adecuada la distinción entre reglas y principios, otros, en cambio, la consideran errónea; algunos consideran que las constituciones densas determinan el derecho del caso y otros que son meras remisiones a la discrecionalidad de los jueces; algunos consideran deseable que las constituciones incluyan la enunciación de derechos, principios y valores abstractos y otros, en cambio, que eso debería evitarse.

Pero nada de esto parece ser una razón para dejar atrás al positivismo jurídico.

La tesis social no impide a los positivistas hacer afirmaciones que tomen partido sobre conflictos entre principios, ni sostener una postura cognitivista sobre la objetividad de los principios morales que sea relevante para la práctica constitucional, ni realizar una interpretación de la constitución derivada de una cierta

(6) Incluso para Hobbes, esto puede ponerse en duda (Green, 2009).

lectura moral, ni sostener que la identificación de los criterios de acción contenidos en las reglas jurídicas puede requerir una evaluación previa.

Cuando el postpositivismo constitucionalistas o neoconstitucionalista ve al positivismo como inapropiado para la comprensión del derecho “constitucionalizado” está partiendo de una especie de definición persuasiva de lo que es una constitución. Una nota central de esta clase de postpositivismo, que aparece como contradictoria con la afirmación de la “trivialidad” de la tesis social, es que, en su concepto de constitución, lo relevante no es reconstruir la decisión de alguien (una autoridad constituyente) sino la imputación de un valor de justicia al texto, con independencia de las palabras utilizadas en él. Dicho texto no se ve como un conjunto de mandatos, prohibiciones o permisiones sino como un intento no necesariamente exitoso, de describir ciertos valores y sus consecuencias, lo que implica que cuando las disposiciones “describan mal” (léase “no contengan las consecuencias que se atribuyen al valor de justicia que se presupone”) serán consideradas descripciones falsas sin valor alguno (Atria, 2016).

El postpositivismo constitucionalista parece, entonces, fundado en un mal entendido pues sostener las tesis mínimas del positivismo contemporáneo, no aleja a ningún autor de la posibilidad de abordar las complejidades de la práctica social a la que llamamos “derecho” en el contexto actual de expansión de las constituciones robustas en declaraciones de derechos, principios y valores. No hay ningún contenido “incorporado” ni práctica originada en una constitución “densa” que pueda considerarse excluido en su comprensión por la tesis social y tampoco ningún abordaje moral o valorativo de esas prácticas que resulte inconsistente con la defensa de esa tesis.

VI. Postpositivismo crítico

Otra influyente llamado a dejar de lado el positivismo jurídico proviene de las denominadas *teorías críticas*.

Las teorías críticas representan un heterogéneo y complejo universo de discurso que tienen en común no centrarse en la discusión de cuestiones teóricas (como ha sido el foco de los modelos normativos en general y analíticos en particular) sino en el papel práctico de la filosofía del derecho, que debería generar las condiciones favorables para incidir políticamente, desde el discurso, en las propias instituciones jurídicas (Núñez Vaquero, 2010).

Desde esa óptica, los críticos atacan el positivismo, paradigma al que definen como “agotado”, por considerar solo la dimensión normativa del derecho y dejar de lado sus implicancias éticas y políticas. En particular, el disfraz de “pureza normativa” que el discurso positivista introduce en la práctica social compleja

del derecho tiene para los críticos el efecto de transformar aspectos contingentes de la realidad —como la distribución del poder— en aparentes “datos naturales” (Cárcova, 2001). Una teoría positivista, que inspira una dogmática limitada a las normas acota, para los críticos, sus posibilidades de incidencia en la práctica jurídica y colabora por omisión en la ocultación de los verdaderos criterios en que se basa la aplicación del derecho, poniendo así un manto de racionalidad discursiva para justificar prácticas arbitrarias opuestas a un “programa utópico”. Si los juristas no aportan elementos que exceden lo normativo al considerar el fenómeno jurídico, contribuyen con su “visión idealizada y formalista” del derecho, a condenar a la inutilidad social a su actividad y hacerla cómplice de la arbitrariedad (Bovino y Curtis, 2000).

Las teorías críticas plantean una suerte de incompatibilidad práctica entre el positivismo y una intervención política que consideran necesaria a partir del discurso teórico. En este sentido puede caracterizarse su llamado al postpositivismo como *ideológico*. Abandonar la forma positivista de comprender el derecho —a la que entienden como “normativista”, formal y ocultadora de una realidad más compleja— sería un avance hacia una teoría jurídica con incidencia política hacia objetivos de justicia social sustantivos (el “programa utópico”).

Si se atiende a este llamado ideológico a dejar de lado el positivismo, puede constatar que también resulta irrelevante respecto de su formulación contemporánea. Un positivismo centrado solo en la afirmación de la tesis social es compatible con múltiples agendas descriptivas, normativas e ideológicas. Constatar que el derecho es el producto contingente de la acción humana en una sociedad determinada y sostener que la existencia e identificación del derecho depende en última instancia de hechos sociales, no es incompatible con ninguna agenda política (conservadora o transformadora). Por el contrario, poner atención a cómo las creencias normativas de los jueces configuran una “ideología jurídica” ha sido el eje de una tradición de ciencia jurídica empírica que no se ve a sí misma como incompatible con el positivismo sino más bien como su mejor versión (Ross, 2010).

Es cierto que algunas versiones históricas del positivismo —notablemente Kelsen— lo han tomado como un intento de resolver los problemas de la naturaleza y la normatividad del derecho que presupone la pureza metodológica. Pero, cuando el positivismo (como tal) renuncia a la pretensión de dar cuenta de la normatividad del derecho, está asumiendo inevitablemente que sus supuestos mínimos son compatibles con modelos prescriptivos y abiertamente políticos.

El positivismo contemporáneo es un modelo donde las reglas se consideran relevantes, el derecho se concibe como, en cierta medida, *determinado* y algún tipo de interpretación *intencional*, orientada a reconocer los objetivos políticos que las actuales autoridades institucionales buscan obtener, es conceptualmente

requerida para que sea posible una identificación *externa* del derecho. Sin embargo, constituye un error sostener que la interpretación intencional justifica la práctica de crear derecho de cierta manera cuando lo único que pretende es explicarla (Shapiro, 2007). En realidad, no es incompatible con el hecho que los participantes, en función de sus objetivos de justicia, tomen en cuenta los elementos de la realidad social que puedan considerar decisivos a la hora de interpretar y aplicar las normas, es decir, de establecer cuál debería ser el derecho del caso.

En otros términos, aunque descriptivamente los positivistas jurídicos necesiten afirmar cierta determinación del derecho y reconocer los objetivos políticos de quienes ejercen el poder, esto no es incompatible con que su propia ideología (transformadora o conservadora) les impulse a introducir una mayor indeterminación en el sistema, haciendo una dogmática conscientemente política, para influir en la realidad social. Hacer esto o no depende de asumir, entre varios posibles un modelo específico de teoría jurídica, uno que tiene como fin modificar el derecho, de acuerdo con algún valor o fin (Núñez Vaquero, 2015). Lo esencial para que la teoría crítica fracase como llamado ideológico al abandono del positivismo jurídico es que éste, en su versión contemporánea, no impide adoptar el modelo crítico de teoría jurídica.

Por otra parte, las concepciones críticas necesitan de alguna versión de la tesis social para identificar el estado de cosas creado por la teoría y dogmática “normativista” y así poder plantear el sentido en que un discurso utópico debería contraponérsele. En ese punto se parecen al anarquista que considera injusto a todo el derecho positivo por su pretensión autoritativa, contraria a la autonomía moral fundamental de los seres humanos pero, para tomar conocimiento de las normas que aborrece, necesita endosar algún tipo de criterio de identificación social de ellas (Gardner, 2001).

VII. Postpositivismo normativo

No parece haber razones “constitucionales” o “críticas” concluyentes para dejar de lado el positivismo jurídico. La tesis social es tan mínima como difícil de objetar y se amolda, no solo a distintas concepciones sobre lo que el derecho es sino también a propósitos teóricos diversos, entre los que se incluyen dar cuenta del derecho como práctica argumentativa orientada por valores objetivos y principios constitucionales, y modificar la realidad social con objetivos de justicia.

Existe, sin embargo, una vía plausible hacia el postpositivismo a la que puede caracterizarse como *normativa*. La idea de un abandono de la etiqueta “positivismo” por razones metodológicas, vinculadas a lo estéril que resulta discutir sobre su viabilidad como teoría, está sugerida en un artículo de Raz donde contesta los

argumentos de Alexy (tributarios a su vez de Radbruch) según los cuales la injusticia extrema no puede ser considerada *derecho* y ello tiene como consecuencia que el positivismo estaría basado en un error, al excluir las consideraciones de mérito como criterios jurídicos de identificación (Alexy, 2002).

Al concluir sus argumentos contra los ataques de Alexy, Raz plantea que, aunque hay desacuerdos reales, la polémica, en parte, se basa en una errónea comprensión del propio objeto de la discusión. Muchos de los puntos de vista de Alexy son compartibles por Raz, salvo en cuanto el primero pretende que contradicen al positivismo. Raz hace además notar que si se le atribuye al positivismo la tesis de la separación del derecho y la moral en el sentido que la presenta Alexy —las características conceptualmente necesarias del derecho pueden ser establecidas sin el empleo de conceptos morales— entonces el propio Raz no pertenecería a la tradición positivista, ya que adscribe al derecho la propiedad conceptual de pretender autoridad legítima, siendo la autoridad legítima un concepto moral.

Raz llama la atención sobre el problema de que muchos aspectos que frecuentemente se toman como dividiendo la teoría jurídica entre positivistas y no positivistas, en realidad no pueden tener ese sentido porque no refieren a tesis realmente sostenidas por los positivistas contemporáneos. Y concluye que el debate en la teoría jurídica ha llegado a un punto donde, para la discusión sobre la naturaleza del derecho, el positivismo jurídico ha dejado de ser una categoría iluminadora, por lo que lo es tiempo de dejar de lado su defensa y refutación, pasando a considerar los puntos de vista de cada uno de los autores de la tradición en sus propios términos (Raz, 2007) (7).

Estas observaciones constituyen la base de una metodología postpositivista centrada en un abordaje integral de la cuestión normativa.

Un modelo de teoría que debe partir de la (asumida) insuficiencia de la tesis social para responder múltiples problemas relevantes vinculados a la comprensión del fenómeno jurídico. Cómo postura metodológica, el teórico necesita tomar en cuenta que la tesis social por sí sola no responde preguntas significativas sobre la naturaleza y normatividad del derecho. Preguntas que pueden ser conceptuales (¿tiene el derecho, por su propia existencia, algún mérito moral? ¿Hasta

(7) Raz y Alexy coinciden en tres puntos fundamentales: I) consideran normativa a la propia naturaleza del derecho; II) privilegian la perspectiva del participante como parámetro que da cuenta de dicha normatividad; III) comparten la idea de que en la comprensión de la naturaleza del derecho se involucra un valor moral. Se diferencian fundamentalmente en el valor moral que conciben como constitutivo de la naturaleza normativa del derecho. Para Alexy es la pretensión de corrección y para Raz, la pretensión de autoridad legítima (Para la reconstrucción de la polémica Alexy-Raz, ver Gaido, 2011).

qué punto puede entenderse determinado el derecho en una cierta comunidad?), normativas (¿cuáles son las condiciones bajo las cuales el derecho puede generar una obligación moral de obediencia en sus destinatarios?) o pragmáticas (¿deberían los teóricos dejar de lado la pretensión de neutralidad e “intervenir” en el discurso jurídico con la intención de orientarlo hacia un cambio social? ¿Si es así, en qué sentido?).

Esa clase de programa postpositivista toma como centro de sus indagaciones la articulación entre el carácter inherentemente institucional del fenómeno jurídico y la dimensión normativa que de modo inevitable conlleva (o al menos pretende). El abordaje de la normatividad postpositivista no solo no está limitado por la tesis social sino que es la consecuencia necesaria de adoptar cualquier postura evaluativa a partir de ella. Si las instituciones se describen tomando como dato esencial su lenguaje normativo, expresado a través de disposiciones que contienen reglas que pueden ser identificadas por sus destinatarios y pretenden motivarlos a actuar por ellas, entonces resulta pertinente discutir, *desde algún punto de vista*, si ello es efectivamente posible.

Esa discusión involucra cuestiones referidas al alcance de la objetividad de las obligaciones morales que pretende crear el derecho, tales como si se requieren justificaciones externas a la práctica social o solo es posible una justificación interna desde el compromiso de los participantes con el valor de la propia práctica. También cuestiones propiamente metaéticas como la existencia o no de *hechos morales* (naturales o no naturales) constitutivos de una ontología moral, que divide a realistas (naturalistas e intuicionistas) y antirealistas (teorías del error, constructivistas). Asimismo, resultan relevantes cuestiones morales sustantivas como la justicia de las instituciones y los modelos de legitimidad democrática que articulan las dimensiones sustancial, procedimental y deliberativa de las decisiones políticas (Marquisio, 2015).

Un modelo normativo de teoría jurídica se hace posible a partir de la idea de *punto de vista jurídico* que se origina en el giro hermeneúutico de Hart, cuando plantea que la obligatoriedad del derecho solo puede evaluarse desde un punto de vista en particular, el del participante, es decir, el agente práctico que adopta los estándares jurídicos como razones para la justificación y crítica de la conducta, propia y ajena. Al identificar la normatividad del derecho con un punto de vista comprometido, que reclama razones para la acción, pero al mismo tiempo, negar que los términos normativos básicos del derecho (deber, derecho, obligación) tengan, por naturaleza, un sentido moral, Hart se ubica en un punto medio inestable y en definitiva insostenible. Una vez que se reconoce que el derecho está conceptualmente sujeto a evolución normativa, se hace imposible pensar en un posible “derecho amoral” con alguna pretensión de obligatoriedad (Shapiro, 2011).

La tesis social característica del positivismo contemporáneo constituye hoy la piedra de toque de dos abordajes bien diferenciables en teoría del derecho.

Por un lado, los estudios sistémicos, que presuponen la neutralidad valorativa, describen las características generales y particulares de los órdenes jurídicos, como por ejemplo el problema de las fuentes sociales, la reconstrucción de la norma suprema o las especificidades de la práctica constitucional, legislativa y adjudicativa. Los enfoques sistémicos realizan un gran aporte de clarificación sobre la estructura y funcionamiento de los distintos órdenes jurídicos pero no permiten concluir absolutamente nada acerca de la motivación de alguien en concreto para actuar de modo conforme con el derecho. En otras palabras, un enfoque puramente sistémico deja siempre la cuestión normativa indeterminada.

Por otro lado, un abordaje normativo sobre el punto de vista jurídico consiste en discutir sobre la postura de quien, en el marco de un sistema institucionalizado (reglas que hacen posible ciertas prácticas sociales), adopta el compromiso de actuar por un universo restringido de razones (jurídicas) y de no actuar en base a las razones que entren en conflicto con éste (Raz, 1990). Una definición abstracta como esa debe concretizarse en alguna concepción del punto de vista jurídico. Cualquier concepción deberá explicar (I) en qué consiste el compromiso normativo que posibilita el punto de vista jurídico; (II) cuál es el universo de razones en que se insertan las razones por las cuáles el agente moral obligado por el derecho se compromete a actuar y excluir otras que, consideradas todas las circunstancias, podrían indicar un curso de acción alternativo; (III) cómo ésta compromiso puede dar cuenta de los términos normativos fundamentales de las prácticas jurídicas: normas creadas e identificadas en contextos institucionales, obligaciones, derechos.

El problema fundamental de una caracterización del punto de vista jurídico es su articulación con el punto de vista moral. ¿Si el derecho provee razones para la acción (razones institucionales) cómo puede decirse que éstas obliguen de modo categórico cuando los sujetos a quienes pretenden aplicarse ya están obligados (a hacer lo correcto) por su condición de agentes morales? La moral ya es una autoridad para ellos y se trata de la clase de autoridad que no admite desobediencia (8).

Dentro del dominio normativo, las razones son *razones para alguien; alguien* que adopta un cierto punto de vista particular, el punto de vista de la primera

(8) Este problema es conocido como la paradoja de la autoridad: para alguien que ya acepta una moral objetiva que trasciende sus fines y actitudes particulares, las prescripciones de una autoridad política aparecen en principio irracionales o redundantes (sobre el problema de la paradoja de la autoridad, ver Marquisio, 2016a).

persona (9). Por tanto, una aproximación teórica al punto de vista jurídico requiere un abordaje normativo irreductible a partir de la pregunta de un agente moral sobre lo que debe hacer, es decir, sobre la base de cuáles razones (10) —dentro del conjunto de las que dispone— corresponde determinar el curso de acción a seguir entre múltiples disponibles.

Una caracterización del punto de vista jurídico debe dar cuenta, a partir de una cierta concepción de la objetividad moral, de cómo las instituciones pueden cumplir un rol específico en la postura del agente práctico a quien sus exigencias están dirigidas, de modo tal que puedan considerarse normativas. Identificar el derecho supone reconocer criterios de acción perentorios e independientes de contenido, que puedan determinarse en función de reglas creadas por instituciones. Aplicarlo consiste en adoptar decisiones cuyo impacto en el mundo aparezca “ordenado” por el derecho. Ambas deberían ser necesidades de la propia agencia moral para que el punto de vista jurídico sea normativamente relevante.

La pregunta por el punto de vista jurídico conlleva la aceptación de alguna versión de la tesis de las fuentes sociales pues solo se plantea desde una cierta práctica reconocible por un criterio intersubjetivo que las instituciones hacen socialmente disponible. La reconstrucción del punto de vista jurídico requiere el conocimiento de los mecanismos por los cuales las distintas sociedades crean derecho pero el interés en ellos no es descriptivo, sino normativo: ¿tal como se configuran de hecho, y dados los compromisos constitutivos de un agente moral, pueden proporcionar razones para la acción?

Desde el punto de vista jurídico todos los elementos del sistema son sometidos al escrutinio de las razones morales para la acción pues la pregunta normativa, una vez planteada, no tiene un límite previamente definido. La búsqueda de reconstrucción integral del punto de vista jurídico implica la adopción de un programa postpositivista en tanto la tesis social constituye un dato (complejo) sobre el cual hay que determinar el modo en que impacta en las razones concretas que los participantes de un sistema jurídico dispongan para actuar.

Pueden tomarse como ejemplo de esta metodología postpositivista de teoría del derecho, el modo en que las inquietudes fundamentales del constitucionalismo (o

(9) Ello implica que es incompatible con el dominio normativo lo que se ha denominado *concepción impersonal del mundo* (Nagel, 1983).

(10) Las razones se conciben como “el único elemento fundamental en el dominio normativo” y, en términos de ellas, podemos analizar las restantes nociones como *bien* o *deber*. Se considera típica de los seres humanos la capacidad de identificar razones y creer, actuar o desear de acuerdo con ellas (Scanlon, 2014).

neoconstitucionalismo) y la teoría crítica resultan relevantes en un abordaje integral de la cuestión normativa.

Sobre una constitución “densa” y rígida, desde la tesis social se puede dar cuenta del hecho de que I) en una sociedad determinada existe un acuerdo generalizado sobre ciertas reglas atrincheradas (no alterables con la misma facilidad que el resto de las reglas) que se consideran básicas o fundantes con respecto al resto de las reglas del ordenamiento; II) estas reglas atrincheradas incluyen la referencia a valores, principios y derechos, formulados de modo vago y abstracto; III) los agentes relevantes de la práctica jurídica comparten (o no) la creencia en que II) implica la adhesión de la constitución a un programa sustantivo de valores que provee razones para la legislación y adjudicación, es decir, determina el derecho.

La tesis social no es en sí misma un argumento a favor ni en contra del constitucionalismo, entendido como un conjunto de afirmaciones normativas sobre el modo en que la constitución robusta condiciona o determina las prácticas jurídicas, sino un punto de partida desde el que éste puede justificarse o cuestionarse, para lo cual es necesario discutir si: A) ¿Es correcto (descriptivamente) atribuir a una constitución un programa subyacente de valores sustantivos que “constitucionaliza” el orden jurídico?; B) ¿Suponiendo que ello es posible, se trata del programa correcto (normativamente), es decir, si se lo compara con un orden moral objetivo?; C) ¿En caso de que sea (normativamente) correcto, de qué modo es relevante con relación a las obligaciones de un agente moral autónomo que es capaz de actuar según las razones que ya le provee la moral?; D) ¿Es deseable *sustancializar* desde la constitución la democracia, limitando lo decidible a partir de la expansión de las declaraciones de derechos, restringiendo de ese modo la soberanía popular?; E) ¿Cómo es compatible esa sustancialización con los múltiples desacuerdos contemporáneos sobre cómo debería ser el mundo social? (11).

En particular, el neoconstitucionalismo entendido como una “cultura de derechos”, da lugar a complejos problemas de interpretación vinculados a la necesidad de adoptar decisiones en los casos de conflictos (reales o aparentes) de derechos. Estos problemas no son resueltos por la sola enunciación de derechos en las constituciones y requieren adoptar un enfoque normativo sobre el propio sentido o esencia de los derechos. Solo a partir de las conclusiones de este enfoque valorativo se podrán defender los distintos paradigmas sobre decisiones constitucionales como el conflictivismo (en sus variantes de jerarquización y ponderación) y la teoría de la armonización (12).

(11) Sobre los problemas conceptuales y normativos a que dan lugar las constituciones robustas ver Marquisio, 2016b.

(12) Ver Toller, Fernández Santander y D’Elia, 2012.

En suma, las cuestiones que plantea el constitucionalismo son, desde el punto de vista jurídico, abiertas y es posible responderlas desde múltiples programas postpositivistas que consideren a la constitución rígida y densa como parte de un complejo problema teórico referido a la naturaleza y normatividad del derecho.

Algo similar ocurre con las teorías críticas que conciben como propósito primario del discurso jurídico, no el mero reflejo de la realidad sino su propia configuración, haciendo del derecho un instrumento no solo de comunicación sino también de control social (Aseff, 1998).

Plantearse la integralidad de la cuestión normativa no impide al teórico realizar una crítica al discurso jurídico. Por el contrario, resulta un presupuesto de una intervención en dicho discurso orientada por criterios de justicia. La justicia no es otra cosa que la dimensión normativa de las instituciones, es decir, el conjunto de razones por las cuales deberían ser conservadas, alteradas o abolidas (Rawls, 1971). Por tanto, la conclusión de que es un imperativo de justicia contribuir a cierta determinación del derecho solo puede surgir de la indagación de las condiciones generales según las cuales un orden podría considerarse legítimo o anticiparse como utópico. Es decir, anticipar las instituciones que con su funcionamiento efectivo podrían proporcionar razones para la acción a agentes morales con sentido de justicia.

Proponer orientar el discurso jurídico hacia objetivos conscientemente políticos, que se consideran justos o conforman un horizonte utópico, requiere responder interrogantes normativas y sobre la naturaleza del derecho, que toman como punto de partida la tesis social: ¿Cuál es el “derecho” que identifica el discurso jurídico dominante? ¿Cuál es el “derecho” normativamente justificable (desde el punto de vista de la justicia o la utopía), es decir, aquél que debería proponer un teórico crítico?

VIII. Conclusiones

La pertinencia de adoptar una metodología centrada en el abordaje íntegro de la cuestión normativa, con la tesis social como punto de partida, constituye una buena razón para plantear la superación del positivismo *como teoría*. Se trata de retomar la ambición del positivismo tradicional aunque dejando de lado: a) la pretensión de justificar una normatividad específicamente jurídica (la utilización del lenguaje normativo por las instituciones que reconocemos como jurídicas en virtud de la tesis social no puede implicar por sí sola la creación de obligaciones hacia sus destinatarios) y b) la pretensión de que las respuestas al problema de la normatividad jurídica sean compatibles con el escepticismo o el agnosticismo moral (el abordaje de la cuestión normativa requiere el compromiso con algún tipo de objetividad moral, “interna” a la práctica o metaética).

IX. Bibliografía

AGUILÓ, Josep (2007). "Positivism y Postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", en: *Doxa*, 30, pp. 665-675.

ALEXY, Robert (2002). *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.

ASSEF, Lucía (1998). "La teoría crítica en la Argentina", en: *Doxa*. 21-II, pp. 21-32.

ATIENZA, Manuel (2014). "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista", en: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, V. 15, pp. 1-29.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan (2006). "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en: J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Salgado Pintos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 765-780.

ATRIA, Fernando (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

AUSTIN, John (1954). *The Province of Jurisprudence Determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company Inc.

BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (2000). "Por una dogmática conscientemente política", en: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Boe, pp. 178-213.

BULYGIN, Eugenio (2004). "Está (parte) de la filosofía del derecho basada en un error", en: *Doxa*, 27, pp. 15-26.

CALSAMIGLIA, Albert (1998). "Postpositivismo", en: *Doxa*, 21, pp. 209-220.

CÁRCOVA, Carlos (2001). "Notas acerca de la teoría crítica del derecho", en: Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, pp. 19-38.

CIANCIARDO, Juan y ZAMBRANO, Pilar (2016). "Los *a priori* de la cultura de los derechos", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 34, pp. 103-142.

DICKSON, Julie (2012). "Legal Positivism: Contemporary Debates", en: Andrei Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, pp. 48-64.

DWORKIN, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press.

— (1986). *Law's Empire*. New York: Harvard University Press.

— (2011) *Justice For Hedgehogs*. Cambridge MA: Belknap Press.

FINNIS, John (1996). "The Truth in Legal Positivism", en: Robert George p. (comp.), *The Autonomy of Law. Essays in Legal Positivism*. New York: Oxford University Press, pp. 195-214.

GARDNER, John. (2001). "Legal Positivism: 5½ Myths", en: *46 American Journal of Jurisprudence*, pp. 199-227.

GREEN, Leslie (2008). "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", en: *New York University Law Review*, V. 83, pp. 1035-1058.

— (2009). "Legal Positivism", en: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/> [Fecha de consulta: 22/03/2017]

GAIDO, Paula (2011). *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*. Madrid: Marcial Pons.

HART, H. L. A. (1994). *The Concept of Law. Second Edition*. Oxford: Clarendon Press.

KELSEN, Hans (2011). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Colihue.

MARQUISIO, Ricardo (2015). "Teoría del derecho y filosofía moral", en: *Revista de la Facultad de Derecho*. UDELAR, pp. 38, 135-160.

— (2016a). "La idea de una autoridad democrática", en: *Revista de la Facultad de Derecho*. UDELAR, pp. 40, 177-207.

— (2016b). "Creencias y razones constitucionales. Algunos problemas conceptuales y normativos del Estado (neo) constitucional", en: *V Encuentro Internacional de CONPEDI*, pp. 56-83. Disponible en: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/25ph1zi5/pjRqS74QN21B9Y7o.pdf> [Fecha de consulta: 22/03/2017]

MARMOR, Andrei (2006). "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", en: *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 26, 683-704.

MORESO, Juan José (2015). "Positivismo contemporáneo", en: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México DF: UNA, pp. 171-205. V. I.

NAGEL, Thomas (1983). "The Objective Self", en: Carl Ginet & Sidney Shoemaker (eds.), *Knowledge and Mind: Philosophical Essays*. New York: Oxford University Press, pp. 213-232.

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2010). “Teorías críticas del derecho. Algunas observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*. 26. Madrid: Boe, pp. 413-434.

— (2015). “Ciencia jurídica”, en: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: UNAM, pp. 601-631. V.l 1.

POZZOLO, Susana (2011). “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en: Pozzolo, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, pp. 13-87.

— (2015). “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”, en: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: UNAM, pp. 363-405. V.l

RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge MA: Belknap Press of Harvard University Press.

RAZ, Joseph (1990). *Practical Reasons and Norms*. New York: Oxford University Press.

— (2007). “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en: George Pavlakos (ed.) *Law, Right and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Portland: Hart Publishing, pp. 17-36.

ROSS, Alf (2010). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

SCANLON, T. M. (2014). *Being Realistic about Reasons*. New York: Oxford University Press.

SHAPIRO, Scott (2007). “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en: *University of Michigan Public Law Working Paper*, pp. 77.

— (2011). *Legality*. New York: Oxford University Press.

TAGGART, Christopher (2013). “How Can Positivism Account for Legal Adjudicative Duty”, en: *Oxford Legal Studies*, V. 33. N 1, pp. 169-196.

TOLLER, Fernando; FERNÁNDEZ SANTANDER, Adriel y D’ELIA, Daniel (2012). “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal. La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria”, en: *Persona y Derecho*, vol. 66, pp. 109-146.

Fecha de recepción: 23-03-2017 Fecha de aceptación: 08-06-2017

Enseñanza y evaluación de la traducción jurídica

POR ROBERTO PUIG (*)

Sumario: I. Generalidades.— II. Objetivos, métodos, requisitos y enseñanza.— III. Procedimientos y conductas a seguir.— IV. Otras distinciones.— V. Conclusiones.— VI. Bibliografía.

Resumen: generalidades sobre la actividad del traductor universitario. Enseñanza de la traducción jurídica. Metodología de la comprensión lectora. Análisis y resolución de dificultades. Punto de equilibrio entre lo que se debe enseñar: selección y finalidad, y el cómo enseñarlo, problema fundamentalmente pedagógico. Análisis de documentos. Dificultades lingüísticas y conceptuales según los diferentes sistemas jurídicos. Sociedad, profesión y ética. Aprendizaje continuo y búsqueda de la excelencia. Conclusiones.

Palabras claves: traducción - legal - enseñanza - evaluación - profesión

Teaching and evaluation of legal translation

Abstract: *basic concepts of the activity of university-trained translators. Teaching of legal translation. Methodology of reading comprehension. Analysis and solution of difficulties. Balance between what is to be taught: selection and purpose, and how to teach it, an essentially pedagogical problem. Study of documents. Linguistic and conceptual difficulties arising from the differences between the legal systems. Society, profession and ethics. Continuous learning and search for excellence. Conclusions.*

Keywords: *legal - translation - teaching - evaluation - profession*

I. Generalidades

Múltiples son los posibles enfoques de que es susceptible nuestra diaria actividad de traducción. Se ha enfatizado, por ejemplo, a lo largo del tiempo su papel de descubrimiento de las lenguas y sus variantes, de país en país, de siglo en siglo,

(*) Prof. Emérito de la Facultad Derecho, Montevideo, Uruguay. Titular de la Carrera de Traductor Público, Cátedras de Práctica Profesional y de Lengua Inglesa, Facultad de Derecho, Montevideo, Uruguay. Cofundador y Expresidente del Colegio de Traductores Públicos de Uruguay. Designado *fellow* en 2002 del *Institute of Linguists* de Londres.

de mundo en mundo; esta función es más evidente en algunos momentos que en otros: en los períodos de formación, precisamente. Todas las literaturas nacen de la traducción, o en la traducción o vinculadas a esta. Así en Europa occidental en un momento se descubre la literatura rusa; el Japón y en Asia descubren el pensamiento de occidente, etcétera. Es de este modo un elemento fecundante también. En el ser humano es acto inicial de socialización. Dice Octavio Paz que “aprender a hablar es aprender a traducir”; cuando el niño pregunta a su madre por el significado de esta o aquella palabra, lo que realmente hace es pedirle que traduzca a su lenguaje el significado de ese término desconocido (Paz, 1971).

En la dilatada historia de esta ciencia y este arte, que ambas cosas es, siempre ha habido preocupación, en diversa medida, por alguno de sus problemas teóricos y prácticos. Ya San Jerónimo, hace diecisiete siglos, hablaba del “significado” de una traducción, por oposición a la “palabra” a traducir. Sus enseñanzas siguen siendo válidas en la actualidad. Pero con el siglo XX, llamado con razón “la era de la traducción”, y en lo que va del presente, las investigaciones, los ensayos, las teorías se multiplican indefinidamente, en forma paralela a la divulgación de la tarea en todos los ámbitos, y a la toma de conciencia de la importancia de la misma. El surgimiento de entidades de naturaleza mundial (Naciones Unidas, etcétera), la globalización, de que tanto se habla, hacen más necesario el estudio de los problemas y la búsqueda de mejores soluciones. La era de la máquina de traducir, una vez iniciada, nos aporta cada día más elevados logros, que permiten preguntarse si alguna vez podrá prescindirse del elemento humano, posibilidad no prevista hace algunas décadas, siempre discutible, pero que en este siglo XXI habrá que tenerla en cuenta.

II. Objetivos, métodos, requisitos y enseñanza

El objetivo específico del presente trabajo es formular sugerencias, aportar ideas y consideraciones que pudieran resultar útiles a los colegas, especialmente a los que se inician en esta labor, a manera de legado de un egresado y docente universitario, con muchos años de actividad, tanto en la docencia como en el ejercicio de la profesión.

Muchísimos libros, miles de ensayos y artículos se ocupan de la traducción en todos sus aspectos. ¿Es acaso posible todavía agregar algo? No podríamos quizás contestar afirmativamente la pregunta. Solo podríamos aportar algunas consideraciones, a lo sumo, precisamente poco o nada originales, echando mano a ciertas platitudes también, a manera de testimonio de experiencia pedagógica, limitada al ambiente universitario en el que durante tantos años hemos actuado, por más que algunas conclusiones nos parezcan igualmente válidas en otras áreas.

Hay cierto acuerdo en que *el objetivo de la enseñanza de la traducción es desarrollar la comprensión lectora, posibilitar la aplicación del análisis correspondiente en cada caso, y habilitar a resolver problemas que no son solamente de índole lingüística. La competencia o habilidad traductora se integra con una variedad de elementos: comunicatividad, posesión de una base temática y cultural, capacidad de análisis y síntesis, expresión clara y precisa y, obviamente, aptitud traductiva o traslatoria. Es menester poseer espíritu crítico, que se desarrolla con el estudio, la comparación y la corrección de textos y traducciones. En definitiva, el traducir es un saber hacer.*

En la capacitación de nuestros educandos partimos, naturalmente, de la base de que *cuentan con conocimientos sustanciales de las lenguas de partida y llegada.* Nos referiremos luego al otro componente necesario en el oficio. Tratándose, en nuestro caso, de una carrera universitaria que se sigue en la Facultad de Derecho, en virtud de que posee una vertiente jurídica además de la lingüística. El ingreso a la misma implica, por un lado, haber cursado y terminado los estudios secundarios en su totalidad, lo cual presupone la necesaria familiarización con un grupo de materias propedéuticas útiles a los efectos que buscamos, de índole cultural y general, factor al que se agrega, a diferencia de lo que ocurre en las demás facultades, una selectiva y exigente prueba de admisión, tanto en la lengua elegida como en español. Los estudiantes que superan la parte escrita de la misma deben luego rendir un breve examen oral en lengua extranjera, último requisito para ingresar a los cursos, cuya duración es de cuatro años e incluyen materias tales como lengua española, lengua extranjera, teoría y metodología de la traducción, lingüística aplicada, taller de lengua, cultura de la lengua, derecho nacional, derecho extranjero y comparado, práctica profesional, a lo cual el nuevo plan, de reciente aprobación, agrega razonable y positivamente otras materias, algunas optativas, que habrán de regir próximamente, ampliándose así el actual espectro.

En mi carácter de docente fundador de la cátedra de Práctica Profesional, aclaro que la materia tiene un extenso horario y cubre los dos últimos años de estudios. Los cursos son anuales y de asistencia obligatoria, y la evaluación del rendimiento del estudiante se verifica mediante cuatro pruebas escritas trimestrales, que cubren la temática expuesta en cada trimestre, traducción directa e inversa de la profusa documentación que en la realidad pasa por las manos del traductor público. Al efecto, el estudiante puede valerse del glosario que él mismo ha compuesto sobre la base del material estudiado. En la última prueba —que cubre la totalidad del programa—, se permite, sin embargo, al interesado utilizar diccionarios jurídicos monolingües de la lengua extranjera, sean impresos o digitales. La calificación anual final, cuyo mínimo es la nota de “Bueno” (6) y la máxima es “Sobresaliente” (12), incluye asimismo el puntaje logrado por el estudiante por su actuación oral durante el curso, que también contempla su aporte a la clase, su aplicación y su

interés en el transcurso del año. Todo esto se complementa con la preparación del citado glosario bilingüe y materiales de referencia, entre estos la carpeta con todas las traducciones realizadas y apuntes del curso, así como un pequeño ensayo sobre un tema libremente elegido. En caso de no alcanzarse el mínimo citado, se rinde examen. Raramente se pierde el curso cuando las inasistencias superan las permitidas. Pocos son los estudiantes que pierden el año por no alcanzar siquiera la más baja calificación promedial habilitante.

Nosotros simplemente aspiramos a formar buenos traductores. De ellos algunos serán muy buenos, y quizás otros, los menos, excelentes. Nuestros esfuerzos tienden siempre a la excelencia, *dentro de un marco rigurosamente ético, que es otro elemento imprescindible de la formación*. El Traductor Público desempeña, como es sabido, una labor regida por la veracidad y la fidelidad, pues ambas constituyen una obligación moral así como jurídica (1).

A resultas de lo cual, varios de nuestros alumnos a lo largo de las últimas décadas han ganado meritorios concursos y llegado a ocupar cargos de importancia en organismos internacionales, cumpliendo la tarea para la que han sido formados, lo cual debe incentivar a nuestros colegas a seguir procurando tal excelencia dentro de los mismos parámetros.

En materia de traducción, actividad antiquísima si las hay —precedida, con todo, por su modalidad de interpretación—, pueden seguirse hasta cierto punto —solamente hasta cierto punto— los lineamientos corrientes de los cursos de lengua extranjera: se analizan caracteres y particularidades, se emplean técnicas contrastivas, se hacen ver las dificultades, se hace meditar. *La lectura que el traductor realiza del texto a traducir es y debe ser mucho más profunda que la corriente* —hemos siempre insistido mucho en eso, y lo hemos repetido también en diferentes congresos—, por cuanto, si bien muchas veces se puede comprender el sentido de lo que se lee aún desconociendo determinados vocablos o no teniendo absoluta certeza del contenido de una frase, *en materia de traducción es imprescindible comprender con precisión para poder verter con altura el texto a la otra lengua*. Al igual que en las clases de idioma, no basta con presentar la lengua al alumno, sino que es menester exponer al alumno, al futuro profesional, a la lengua, para que el aprovechamiento sea mayor.

Análogamente a lo que ocurre en toda docencia, *es necesario hallar el punto de equilibrio entre lo que se debe enseñar, que es un problema de selección y finalidad, y el cómo enseñarlo, que es un problema fundamentalmente pedagógico*.

(1) Código Deontológico del Colegio de Traductores Públicos del Uruguay. Montevideo, 2003.

El acto de traducción, en el sentido básico y pleno del vocablo, se realiza cuando se recibe un mensaje —primero fue solo oral, luego complementado por el escrito— de cualquier otro ser humano: hay allí un proceso de interpretación y desciframiento, diríamos, una operación de codificar y descodificar o viceversa. Pero en el plano interlingüístico puede verse como una forma de lograr la comprensión entre un emisor y un receptor del mensaje. Puede así tratarse la traducción en términos de comprensión, que es un componente necesario e imprescindible del proceso comunicativo. El traductor debe entender el texto en la lengua fuente para verterlo a la lengua del receptor; éste le asigna, a su vez, una u otra interpretación al mensaje, que le revela también cuáles son las ideas y el entorno cultural del autor original. El proceso hermenéutico es así inevitable, y en él se inicia la comprensión y se favorece la interacción.

Comprender es aprehender por diferencia. Pero las diferencias tienen que ver con la fuente de los valores lingüísticos y culturales, sus raíces o vínculos con el pasado, y con las potencialidades del sistema.

Traducir desde este punto de vista significa transformar los resultados del análisis en un sistema diferente, que debe haber recorrido un proceso formativo similar; es, pues, *una relectura en función del destinatario*, que puede ser diferente en más de un sentido, aun en un entorno sincrónico.

Las lenguas son esencialmente instrumentos de intercambio en el plano de la comunicación, a la vez que testimonios de culturas que pueden ser cercanas o estar alejadas en el tiempo y en el espacio, y por medio de aquellas se transmiten los valores culturales. Salvaguardar la identidad de una lengua implica asegurar su supervivencia y el desarrollo de sus realidades culturales, proyectándolas dentro de su propio circuito lingüístico o hacia circuitos mayores. El consiguiente intercambio es inherente a todo contacto humano. La traducción no sólo acerca estructuras lingüísticas para elaborar textos aceptables; hace conocer las lenguas desde el punto de vista social y cultural, advierte semejanzas y diferencias.

En este memorable siglo XX en que nacimos y nos formamos, destinado a verse como fundamental en la historia del hombre, el acercamiento de los pueblos ha adquirido dimensiones sin precedentes, que en el actual se amplían, y han vuelto más imperiosa la comprensión de la *otredad* de los demás habitantes del planeta. La traducción es el vehículo indispensable en esta tarea, que configura nuestro papel fundamental como traductores. Por eso *es un medio de comprensión tanto como de interacción*. No obstante, muchas veces se ha desconocido el cometido del traductor, considerándolo como un mero vehículo práctico, olvidándose su papel intelectual. En otras épocas el ejercicio de nuestra profesión no se tuvo por actividad literaria análoga a la del escritor, mas *traducir es propiamente transcrear*, operación en la que se revela la personalidad. Nos ofrecen ejemplos la literatura

y la historia para comprobarlo. Tampoco es la traducción meramente un servicio subordinado, que debe explicar, conducir y permitir que el lector advierta lo necesario; la relación entre autor/traductor y lector debe ser paritaria.

Normalmente, cuando de nuestra actividad se trata, en algunos casos se tiende a privilegiar el aspecto “exportación de sí” hacia el exterior; en otros, es más relevante el de “importación”. Ambos aspectos son de interés; nos permiten vernos y ver a los demás en una doble perspectiva que puede remodelar nuestro universo. Así se ve la traducción desde el ángulo que siempre la ha justificado. Así traducir lleva a comprender y estimar al otro; mediar no significa sólo vincular, sino emplear la lengua —sistema semiológico en sí tan complejo— en todas sus potencialidades.

III. Procedimientos y conductas a seguir

¿Cómo se refleja y practica todo esto en el aula, en la enseñanza de la traducción? Pues enfocando la tarea según las necesidades del educando, en nuestro caso el futuro profesional, lo cual no es fácil, sin duda. Y aquí interviene el *tercer componente* al que nos referíamos, además del conocimiento de la lengua de partida y de llegada: *es el dominio del tema en cuestión*. Por eso en nuestros cursos hemos procurado ofrecer al estudiante una variedad de textos y situaciones que la vida profesional le habrá de deparar, lo cual implica una adaptación constante a las exigencias de la tarea. No es lo mismo, naturalmente, traducir un texto literario que uno técnico; no es lo mismo un texto jurídico que uno filosófico; no es lo mismo traducir para profesionales que para el público en general, o para sectores específicos de la sociedad, trátase de adultos o de niños. Y este es un punto fundamental en que a veces no se insiste lo suficiente, es decir, *el destinatario*, factor de suma importancia para nosotros.

En el Uruguay, en nuestra Facultad, es decir, en la Universidad estatal, y en el marco de las llamadas carreras cortas, cuyos docentes ingresan por riguroso concurso —adecuado mecanismo cuyas raíces se hallan en la vieja legislación española de Indias—, formamos Traductores Públicos (no los llamamos Traductores Jurados). Profesionales universitarios que, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países del mundo, se capacitan y poseen igual jerarquía académica, una vez graduados, que los abogados, los arquitectos o los ingenieros agrónomos. En virtud de ello es que debe atenderse a la faz jurídica además de la lingüística en su capacitación, como decíamos, por cuanto son ellos, y solo ellos, como lo reconoce la ley, los habilitados para traducir válidamente comunicaciones oficiales, sentencias, contratos, poderes, etcétera, o no oficiales con valor jurídico, para utilizarse en trámites diversos de naturaleza oficial —sin perjuicio, por supuesto, de poder actuar particularmente en otros trámites o instancias sin requisitos de

firma, sello o formalidades determinadas que se requieren en la vida de relación, en asuntos privados, comerciales o en instancias familiares—.

Mas la enseñanza de la traducción jurídica en los cursos de Práctica Profesional apareja problemas particulares que no solo abarcan la selección de textos, según la finalidad, sino también su ordenamiento desde el punto de vista pedagógico. El criterio de la dificultad creciente, perfectamente aplicable en otros casos, por ejemplo en las clases de traducción general de textos de índole literaria, presupone aquí pasar constantemente de un área jurídica a otra, presentándose así al alumno una variedad de textos prácticamente aislados, necesariamente en desorden por motivos precisamente didácticos. Así, un cheque, que es relativamente fácil de traducir, perteneciente al área comercial, pudiera ser seguido de otro documento con mayor dificultad, correspondiente, por ejemplo, al área administrativa, de lo cual se pasaría al área contractual civil, o procesal, y así sucesivamente. Si se opta por el otro criterio, el de tratar áreas jurídicas con cierto orden y coherencia, el procedimiento anterior, normalmente defendible, no puede seguirse. Por tanto, nos ha parecido más sensato optar por una vía intermedia y tratar las diversas áreas en razonable sucesión, subdividiéndolas en sectores en los que se pueda aplicar, aunque más no sea en forma aproximada, el método de la dificultad creciente, a los efectos de evitar ofrecer al educando un panorama indebido y negativamente fragmentado de la disciplina, proclive a fomentar desaliento, comenzando, por lo general con textos de traducción directa, y pasando luego a la inversa. Y todo ello dentro de los forzosos límites de tiempo, que se establecen a menudo sin conexión con la longitud de los programas, y dificultan su cumplimiento. No es fácil lograrlo, ciertamente. La experiencia del docente, a su vez, enseña. El profesor también en este aspecto es un estudiante y aprendiz perpetuo, y debe gradualmente practicar los ajustes que tal experiencia y el sentido común le sugieran.

En materia de traducción jurídica —a la que nos referimos en particular—, está sujeta, por añadidura, a determinadas formalidades que establecen las leyes y los reglamentos, que también hay que enseñar, y cuya inobservancia puede llegar a frustrar todo el esfuerzo intelectual que demandó la tarea. La modalidad escrita es la que predomina. No obstante, el futuro profesional ha de tener en cuenta que las formas orales se dan también en las audiencias judiciales (fundamentalmente en la variante consecutiva), en diligencias, operaciones y situaciones diversas en que se actúa como intérprete oficial. En nuestro país, cuyo código modelo de procedimiento civil, llamado “Código General del Proceso”, recientemente actualizado, estableció hace décadas la oralidad de los juicios, esta forma es más frecuente ahora, y su uso habrá de aumentar con el nuevo Código del Proceso Penal. Pero también hay que capacitar al futuro traductor (o traductor-intérprete) a practicar la llamada “*traduction à vue*”, es decir, “traducción a la vista”, que es la traducción oral de un texto escrito. Algunos autores —aunque no sabemos si útilmente, pero

sí sutilmente— distinguen aquí por su parte dos modalidades, a su vez: la “*traduction à vue*” sería equivalente, según ellos, a la interpretación consecutiva, porque tiene lugar después de leer el texto, comunicándose la idea principal y complementándola con las secundarias, en tanto que la llamada “*traduction à l’œil*” (“traducción a ojo”) sería equivalente a la interpretación simultánea, porque se hace a medida que se lee, sin preparación previa, o a primera vista. Cabría mencionar en este plano de la traducción hablada, o interpretación, también al “*chuchotage*”, o “*susurraje*”, que empleamos, por ejemplo, al intervenir como intérpretes en la celebración de matrimonios con extranjeros en el Registro Civil, y en algunas reuniones o conferencias. Todo esto difiere, naturalmente, de la interpretación simultánea, para la cual en nuestra Facultad el plan no preveía hasta el momento (éste ha sido uno de los puntos sustanciales a modificarse, junto con otras necesarias ampliaciones) la preparación específica del futuro traductor-intérprete, que tendrá lugar con los cambios a iniciarse a partir del próximo año lectivo 2018.

En las audiencias es corriente la llamada interpretación *de enlace*, que comunica a dos emisores-receptores de lenguas diferentes, e implica a veces una mezcla de traducción e interpretación en ambos sentidos. En cuanto a esto, puede anotarse que la terminología usual española que nos habla de “traducción directa” y “traducción inversa” no la conocemos en otras lenguas. En inglés no parece haber acuerdo en cuanto al nombre a aplicar: se habla, o hablaba alguna vez, de “*prose translation*” con referencia a la inversa, resabio de los ejercicios académicos de traducción a las lenguas clásicas en las universidades, frase que en sí hoy no denota necesariamente nuestra idea de traducción inversa. Peter Newmark (1988), con quien varias veces hemos conversado, se refiere a la misma en alguno de sus escritos llamándola “*service translation*”, que nos merece la misma opinión. En francés se han utilizado y utilizan a veces los términos tradicionales “*version*” y “*thème*” para aludir a la directa y a la inversa, respectivamente, sin precisión alguna. En portugués, en algunos casos se dice igualmente “*versão*” con referencia a la directa, y “*tradução*” a la indirecta, aunque ambos términos se usen también en el sentido contrario. En italiano el panorama es semejante. No hay acuerdo, por ende, en este aspecto. Por otra parte, en Europa por lo menos, es corriente que en los organismos internacionales o comunitarios se emplee a los traductores para traducir a su propia lengua, en forma directa, lo cual rige generalmente para los intérpretes, aunque ambos pudieran probablemente hacerlo también en forma inversa. Esto depende, naturalmente, de las necesidades administrativas y de los mercados de trabajo. En nuestra profesión y en nuestro medio, sin embargo, es corriente que tengamos que emplear ambas formas. Las traducciones y su modalidad son, por supuesto, teóricamente susceptibles a su vez de integrar otras clasificaciones desde otros puntos de vista, más utilizadas en materia literaria, tales como las de formal/dinámica, literal/libre, semántica/comunicativa, etcétera, siguiendo parámetros diversos.

En materia jurídica, la formación del profesional presenta dificultades ajenas a otros campos. En primer lugar, *la complejidad conceptual de los textos jurídicos*, y en segundo, *las diferencias existentes entre los distintos sistemas*, especialmente entre los del derecho angloamericano y el romano-germánico de estas latitudes (que en inglés se conoce como “Civil Law”). Dentro de esto están las diversas clases de textos que hay que conocer, que parten de la legislación, recorren una amplia gama que incluye jurisprudencia, doctrina, administración, etcétera, y están redactados con finalidades diferentes y tonos variables según el destinatario, con un vocabulario muchas veces arcaizante y desconocido fuera del ámbito jurídico, pleno de peculiaridades tales como la reiteración en cadena de aparentes sinónimos o determinados sintagmas, o bien perteneciente también al habla general pero con sentido particular y preciso que no puede desvirtuarse o malinterpretarse, so pena de acarrear perjuicios de suma gravedad a veces. El lenguaje jurídico español posee una proporción mucho mayor de términos corrientes que la de otras lenguas de especialidad (medicina, arquitectura, etcétera), pero su uso no es indiscriminado. (La demanda, por ejemplo, se “contesta”, no se “responde”).

Es sumamente conocida la existencia de términos que presentan semejanzas, en mayor o menor medida, en ambas lenguas, lo cual también hay que verificar en cada caso. O de términos de una lengua que en la otra tienen varias acepciones posibles, o que se refieren en una a un instituto inexistente en el sistema del país donde se habla la otra lengua. Las fronteras políticas no coinciden siempre con las jurídicas o las lingüísticas. Si de los términos pasamos a las normas, estas pueden ser las mismas en ordenamientos distintos, cada uno en una lengua; inversamente, una lengua común puede ser utilizada en distintos ordenamientos que posean normas también diferentes. En otros casos, varias lenguas participan del mismo ordenamiento. Los estilos también difieren; en algunas lenguas las expresiones jurídicas tienden a ser más concretas o más abstractas que en otras, por lo cual es más fácil relativamente la traducción en los casos de sistemas análogos (como podría ser del portugués al español, o del alemán al italiano) que en los de sistemas diferentes (como podría ser del inglés al español o del francés al inglés). Y si nos referimos al área comercial y financiera, importante e insoslayable como es, las dificultades son también de entidad. Expresiones nuevas, abreviaturas, formas peculiares de la tramitación, etc., son otros tantos escollos a sortear. ¡Cuántos elementos a tener en cuenta, entonces!

El recurso de la comparación de documentos jurídicos, en todos sus géneros, es siempre útil. La mera confrontación de versiones oficiales de tratados bi o multilingües aporta positivas enseñanzas y permite también a veces descubrir errores producto de descuido o falta de familiaridad con la forma o el contenido. Es preciso que el educando esté muy atento a las sutilezas y a las falsas analogías, que, naturalmente, los diccionarios, y sobre todo los bilingües, no siempre revelan. Hay

en este campo un importante aporte de elementos históricos, tradiciones y usos centenarios que es menester tener en cuenta para mejor comprender. Hay vocablos que no suelen verificarse acudiendo al diccionario, por parecer que significan lo mismo que en los casos corrientes —como suele ocurrir en los subtítulos de las películas, tantas veces disparatados— tildados a veces de “falsos amigos”, pero que, en derecho podría, por ejemplo, ser el caso en inglés, de “*process*”, que generalmente se conoce como “proceso”, pero que también significa a veces “citación” o “notificación”; o de “*sentence*” (en sentido penal) o “*magistrate*” (en su carácter de juez inferior, aun incluso fuera de la órbita plenamente judicial en ciertos casos, como en algunos Estados de Estados Unidos), o el de “*jurisprudence*”, la ciencia del derecho, no lo que normalmente llamamos en español “jurisprudencia”. Inversamente, la traducción de vocablos como “responsabilidad”, que en inglés puede ser tanto “*responsibility*” como “*liability*”, términos por lo común no intercambiables, u otros semejantes, como “*commerce*” y “*trade*”, o “*liberty*” y “*freedom*”, suele plantear legítimas dudas; de ello los ejemplos son abundantísimos. Pensemos, por ejemplo, refiriéndonos siempre a la lengua inglesa, por no extender indebidamente este aspecto, en las diferencias administrativas entre “*township*”, “*borough*”, “*district*”, “*municipality*”, “*area*” o “*zone*”; o, en otro plano, en la distinción entre “*legal*”, “*lawful*”, “*licit*” y “*legitimate*”, o entre “*acknowledge*” y “*recognize*”, y así sucesivamente, que requieren toda la atención del traductor. En español, no siempre resulta elemental traducir y distinguir “sentencia”, “fallo”, “veredicto”, “laudo”, “disposición”, “providencia”, “decisión”, “auto”. Los ejemplos son múltiples; estos que citamos son muy conocidos. Hay giros que a primera vista provocan perplejidad, porque parecen no tener relación alguna con el contexto; hay usos particulares y a veces insólitos. Si nos referimos a las expresiones jurídicas que en latín utilizamos, vemos que en inglés no suelen coincidir. Si a esto se añaden modismos, abreviaturas y otras ocurrencias del lenguaje, el panorama se complica, ciertamente, como bien sabemos los traductores.

El régimen sintáctico de la lengua inglesa —y no solo de ella— nos depara situaciones que llamaríamos de riesgo. Un ejemplo extremo es el que mencionaba una revista italiana de ASTI, que traía a colación las posibilidades lingüísticas como no coincidentes con las jurídicas, en ciertos casos, como un título que decía: “Draft Annual Forest Products Market Review” (2). ¿Es acaso fácil entender que se trata, en un contexto económico, de un “Proyecto de Revista Anual del Mercado de Productos Forestales”? Ejemplos más sencillos los hay en abundancia: “International Trade Organization” ¿es Organización Internacional del Comercio u Organización del Comercio Internacional? ¿“Interstate Commerce Commission” es Comisión Interestatal del Comercio o Comisión del Comercio Interestatal? Esto se parece a

(2) Ejemplo publicado hace tiempo en el Boletín de ASTI (1981). N. III.

ciertos titulares de los periódicos, que dejan perplejo al lector inadvertido. Pero los errores en esta materia resultan funestos.

Cada lengua posee características particulares, que a menudo se convierten en escollos para el traductor. En alemán, por ejemplo, abundan las frases largas, con abundancia de sustantivos y formas arcaizantes (“*Papier deutsch*”), que en algunos casos asumen proporciones increíbles, de lo cual un ejemplo ya clásico es el ocurrido hace algunas décadas en una sentencia de la Suprema Corte Federal alemana, que se citaba como referencia de este modo: *Isolierglasscheiben- andfugenfüllvorrichtung* (!), compuesto nada menos que de 43 letras (3), fenómeno que ha dado lugar y origen, por cierto, al uso de numerosas cómodas y simplificadoras abreviaturas. Los ejemplos, aquí también, podrían multiplicarse indefinidamente.

Y ocurre además otra cosa, que en un principio el estudiante no advierte: es corriente pensar que los ejemplos que se estudian en clase sean correctos, y en buena parte lo son; pero la realidad no es siempre así. A lo largo de tantos años de práctica y ejercicio de la profesión y la docencia, hemos expuesto documentos tomados de la vida real, con determinados errores: los que no impiden la comprensión (sean de ortografía, sintaxis o relativa oscuridad) y los real o aparentemente indecifrables y sin solución. Y no me refiero solamente a los que están redactados en inglés en lugares que no son de habla inglesa, más comunes en los últimos años, por ejemplo, Corea, China, Japón, países árabes, sino también a los provenientes de regiones donde el inglés, o también el español, son lenguas nativas.

Las ambigüedades, las imprecisiones, los usos propios de quienes no dominan el arte de la expresión son, entonces, un escollo adicional —y esto vale para todos los textos—, que puede complicarse aún más por razones materiales que también todos conocemos: documentos incompletos o fragmentarios, irregularmente impresos, letra ilegible, sellos borrosos, etc.

El lenguaje jurídico tiene como fundamento la objetividad y la generalidad, ya que debe cumplir una función social que obliga a todas las personas, y para que estas se sientan sujetas a su cumplimiento ha de estar expuesto con claridad; las expresiones accesorias o no importantes tienden a veces a resentir la unidad de la norma. Es común que se eviten convencionalismos y súplicas, por cuanto no hay más que derechos y deberes.

Pero, como lo hemos manifestado también anteriormente, *en materia jurídica* no es sólo *la precisión, la claridad* y en lo posible *la concisión formal* lo que

(3) *Rev. Int. de Derecho Comparado*. 1987-I.

importan. *El derecho es y se expresa en palabras*; y en el hallazgo de las mismas es indispensable por momentos que acuda en nuestra ayuda la fortuna.

“El lenguaje, para el Derecho, es algo más que un modo de exteriorizarse; es un modo de ser. La norma destinada a regir la conducta de los hombres está encarnada en la palabra. La precisión y la claridad no actúan aquí como simples valores estéticos, sino como verdaderos valores morales. La justeza de la expresión no es extraña a la justicia del resultado. (...). El Derecho impone al lenguaje una severa disciplina” (San Ginés y Ortega, 1996).

¡Cuántas consecuencias pueden provenir, y cuánto infortunio, dependen de las palabras! ¡Y qué grande, además, el peligro de perderse en ellas! Esto es trágico, porque en este campo *la exactitud de significado no es meramente cuestión de estética o elegancia, sino la verdadera garantía de las libertades que el derecho regula*. ¡Pobre del traductor que no lo advierta! ¡Pobre del cliente que en él confíe!

Mas incluso la propia palabra “derecho” apareja problemas por momentos. La definición del concepto de “derecho” ha sido objeto de múltiples consideraciones a lo largo del tiempo; filósofos, juristas, legisladores y lingüistas se han ocupado de ello, no siendo siempre concordantes sus apreciaciones. Ya comentaba Kant en su época que no se había hallado una definición satisfactoria de su contenido. Mi venerado profesor y amigo el Dr. Eduardo J. Couture lo define en su Vocabulario de este modo, en sentido amplio: “Orden jurídico general: sistema de normas que regulan la conducta humana en forma bilateral, externa y coercible, con el objeto de hacer efectivos los valores jurídicos reconocidos por la comunidad”.

El citado término en inglés suele corresponder a “law” o a “right” la mayoría de las veces, así como también a otros vocablos. Los grandes diccionarios de la lengua inglesa, como el Shorter Oxford o el Unabridged Webster estadounidense, traen multitud de acepciones; en el diccionario de la Real Academia Española ocurre lo mismo. Y si a ello vamos, el vocablo general inglés, “law”, no fue tampoco el primero que se empleó en las Islas Británicas en ese sentido; fue precedido de un vocablo danés que significaba “ley, ordenanza, estatuto” y también “sentencia, juicio”, que se escribía DOM o DOOM, derivado del indoeuropeo DHA (“establecer, colocar”). Esta voz se encuentra en el siglo IX, corriente en ambas acepciones. Actualmente, “doom” quiere decir “sentencia, juicio” con un significado más bien religioso: “juicio del cielo, destino”. Pero DOM, en el siglo décimo, época en que la pronunciación se ajustaba a la grafía, fue desplazado del campo jurídico estricto por el anglosajón LAGU (“ley”, no costumbre o *consuetudo*), que pasando por LAWÉ nos da el LAW de hoy, que en primera instancia deriva del LAKH o LAGH indoeuropeo (“colocar” o “establecer”). Y “law” es, precisamente, lo establecido.

Todo estudiante de lenguas sabe además que estas están formadas no solo de vocablos sino también, como observaba Ortega y Gasset (1956), de silencios, pero las fronteras entre unos y otros no suelen coincidir en las diversas lenguas, y dan lugar a dispares ecuaciones expresivas, como solíamos comentar en la formación de nuestros futuros Traductores Públicos, donde no nos ocupamos, por supuesto, exclusivamente de lo jurídico. Nos internamos también, en alguna medida, en otros ámbitos, como en el corrientemente titulado como científico. El profesional puede ser llamado a traducir una enrevesada patente, o a intervenir en un peritaje sobre resistencia de materiales, o a aclarar el sentido de un complejo informe médico. Aquí los problemas son otros. El traductor debe para ello ser en parte terminólogo, y tener instinto de especialista, capacidad de razonamiento lógico, facilidad para documentarse.

IV. Otras distinciones

¿Hay forma de distinguir los *textos científicos y técnicos*? Frente a los literarios (donde priman la creatividad y los valores estéticos, y la automatización no es pertinente), *suelen servir especialmente para transmitir información*, y en ellos lo principal es lo informativo o lo divulgativo; es decir, *tiende a prevalecer el fin sobre el medio*. Teóricamente, el receptor puede estar en el mismo nivel de comunicación que el emisor. El lenguaje jurídico es, en esencia, definidamente técnico, un “tecnolecto”. Es corriente referirse al mismo como “lenguaje de especialidad”, condicionado por la temática, y que afecta varias formas, según las finalidades y circunstancias del caso. Lenguaje especializado es asimismo, digamos, el de la arquitectura o de la psicología, y las circunstancias también los condicionan: el artículo especializado puede destinarse a comunicaciones de congresos, a publicación en revistas profesionales, y su finalidad puede ser informativa, descriptiva, de mera divulgación, etcétera.

Aunque el traductor público debe traducir esencialmente textos oficiales de índole jurídica, muchos de ellos atañen al léxico científico-técnico, a saber; patentes, certificados fitosanitarios, médicos, etc. Ahora bien, ¿es lo mismo decir científico que técnico? Aquí las opiniones varían. A primera vista no es fácil establecer un límite práctico. Podríamos, por ejemplo, atenernos a lo dispuesto por la Comisión pertinente de Ciencia y Tecnología de la UNESCO, que habla de Ciencias Humanas, Sociales, Exactas, Biológicas y Médicas por un lado, y Tecnológicas por otro, mencionando las correspondientes en cada caso, abarcando el último rubro nombrado la Ingeniería Química, la Electrónica, la Electrotecnia, la Tecnología de Materiales, etc., es decir a las propiamente “técnicas”, según la interpretación que se le da a tal adjetivo. Pero la inobservancia de tal distinción no afectará tampoco el *modus operandi* del traductor.

En nuestros cursos, con referencia al lenguaje técnico y jurídico, hemos siempre dado importancia a la información previa y necesaria acerca del mismo, que los estudiantes han de practicar y procurar dominar a lo largo de su actividad profesional, insistiendo en las citadas características de precisión, claridad y concisión.

Lamentablemente en los países del Plata hemos sufrido en las últimas décadas un sensible descenso en materia educativa —debido a factores diversos que no corresponde comentar aquí, que los gobiernos no han sabido, podido o querido contrarrestar—, y se advierte en nuestros estudiantes la falta de lectura o la pérdida de hábitos que otrora valorábamos, aunque no todo se pueda atribuir al uso de medios electrónicos, que han contribuido en gran medida a la pérdida de los viejos hábitos de lectura. Corresponde, entonces, insistir en la comprensión lectora, hacer pensar al estudiante, como debe hacerse en la vida profesional; habituarle a enfocar debidamente las dificultades, acostumbrarle a no dar por sentado siempre lo que parece decir el texto a primera vista, sino a comprobar cuál es su sentido exacto: para eso están las obras y fuentes de referencia y consulta. Es preciso también que el estudiante se habitúe a advertir cuáles son las formas idiomáticas de su propia lengua, cuyo tratamiento a veces se omite en los cursos de castellano, y en las cuales en la vida de relación normalmente no se piensa, a pesar de ser, o precisamente por ser, tan frecuentes. Más aquí en Traductorado es imprescindible hacerlo, como paso previo a la búsqueda de equivalencias en la otra lengua, para aprender a adentrarse en los vericuetos del lenguaje y lograr un resultado decoroso en el intento de transmitir el texto del autor de partida al lector de llegada. Por eso no está de más enfocar al español desde fuera, como lo haría un hablante no nativo, a fin de advertir mejor sus peculiaridades, tantísimas veces menos lógicas que psicológicas. Sin repetir lo manifestado *in extenso* en otras oportunidades, solo insistimos —y esto debe justamente parecer a todos ustedes demasiado manido—, en que debe tenerse presente todo lo que contribuya a esclarecer el sentido perfectamente, a fin de verterlo con la mayor precisión posible. *El problema jurídico que el texto contiene o implica corresponde en su resolución al abogado, al jurista, no al traductor, cuya misión es diferente: entender bien para bien transmitir.* Nunca está demás reiterarlo a nuestros educandos.

Otro aspecto, también importante, en la capacitación profesional es el atinente, como en toda traducción, a la posesión de las herramientas propias para la tarea, lo cual incluye estar informado acerca de todas las fuentes posibles, entre las cuales el manejo de los medios electrónicos y el recurso a internet son imprescindibles hoy. Los bancos de datos, la búsqueda de los sitios útiles, las técnicas a emplear, no deben ser un misterio para nadie. Por tanto, si bien algunos programas de traducción jurídica o enseñanza profesional no incluyen específicamente este requisito, de algún modo hay que compensar esta deficiencia, porque de lo contrario por más que se conozca el mercado laboral no se podrá acceder al mismo o

permanecer en él. Obviamente, el uso del diccionario y demás obras de referencia, con los medios electrónicos en creciente demanda, sea cual sea la finalidad de la capacitación, debe ser también objeto de tratamiento en el aula. El bilingüe, que para el principiante parece ser lo necesario, no lo es en el mismo grado cuando se avanza en el estudio. El monolingüe se torna gradualmente más importante, porque ayuda a comprender en la medida requerida, y con referencia al contexto, el contenido de una palabra o expresión.

En el caso que nos ocupa, los estudiantes tienen ya, como sabemos, hábitos adquiridos en la lengua extranjera, de modo que la tarea consiste en ampliar su espectro, encauzando su aprendizaje en el sentido que el alumno ha previsto como meta. Y este es el mundo, lleno de complejidades, que los docentes tienen en sus manos varias horas a la semana —en las que el docente al enseñar también aprende— durante la totalidad del período lectivo.

Como es sabido, *toda traducción importa una contradicción* que hay que resolver; *es un caso interpretativo del lenguaje*, en que la conducta creativa del traductor dice relación con una sucesión de operaciones mentales diferentes, de interpretación, elección e innovación. *La traducibilidad* o, si se prefiere, *la factibilidad de producir una traducción*, no siempre puede establecerse a priori. *Es*, en última instancia, *la resultante de una serie de factores que nuestra capacidad y experiencia de un modo u otro, de una forma u otra, nos obliga a considerar*.

Parecería que todo lo anterior, como decíamos, a fuer de elemental y conocido, no merecería repetirse. Sin embargo, esperamos que generosamente nos perdone y disculpe el lector; una luenga y valiosa experiencia nos impulsa a hacerlo, insistiendo en el valor de la adquisición de hábitos de trabajo, en la debida percepción del tono y la problemática de los textos —factor contra el cual invariablemente conspira la urgencia del cliente—, en la capacitación personal para una tarea que no termina nunca y que requiere atención y actualización perpetuas, a riesgo de quedar perjudicialmente rezagado todo profesional negligente.

V. Conclusiones

El traductor, como el maestro, nace, se hace, lo hacen, acontece. Nos corresponde descubrir y fomentar las potencialidades del alumno en nuestra condición de orientadores y formadores. La traducción es ciencia y arte, y como tal su aprendizaje requiere iniciativa por parte del alumno y estímulo por parte del docente —¡qué difícil es corregir animando!—, que debe siempre tener presentes las opiniones y deseos de la clase, a fin de orientar en lo posible más adecuadamente la labor dentro de los parámetros preestablecidos. Es menester desarrollar la comprensión lectora y advertir la importancia del análisis cuidadoso

de los textos en cuestión, a efectos de resolver las variadas dificultades que se presentan al educando, lo cual para el docente aparece, ante todo, la resolución de problemas de selección y finalidad en su tarea y el desafío pedagógico de su actividad. En toda enseñanza, además, operan tres planos de puntos de vista, que difieren en lo etario y en lo psicológico: el del autor del programa, el de quien lo aplica y el de quien lo recibe, lo cual, por cierto, no simplifica la tarea. Armonizar lo anterior no es fácil; influye un poco también aquí el factor suerte, toda vez que los grupos distan muchas veces de ser homogéneos en cuanto a rendimiento académico. Sea cual fuere la conformación del que nos toque, hay orientaciones generales, anteriormente esbozadas, que por parecernos sensatas y aplicables hemos intentado seguir a lo largo de muchos años de febril actividad. Lo importante es despertar y mantener el interés, lograr que el alumno halle una motivación para seguir impulsándose a sí mismo. En el aula, repetimos, es difícil animar corrigiendo. La tarea es normalmente ardua, y la traducción jurídica lo es en mayor grado. El proceso del aprendizaje, en la clase y fuera de ella al comienzo, y luego, en los necesarios cursos de posgrado que nuestra Facultad también ofrece, o de formación permanente, o simple y llanamente fuera del aula, por su propia índole, es y debe ser constante, tanto en el aspecto lingüístico como en el jurídico; de lo contrario, se produce un rezago enteramente negativo. Estar al día no implica solamente renovarse en un mismo sentido, sino procurar ampliar la base cultural de que se dispone; el traductor consciente es, como anotábamos acerca del profesor, un estudiante perpetuo. Es siempre un trasmisor de cultura, un factor de vinculación imprescindible, y ello solo se logra mediante el interés y el esfuerzo personales, de conformidad con los lineamientos precedentemente esbozados.

Para terminar, y pidiendo perdón e indulgencia a quienes lean estas páginas por la incómoda extensión de estas palabras, diremos que, en última instancia, la traducción —que tantas veces nos ha deparado la honda alegría del reencuentro con colegas y amigos en congresos, simposios y reuniones de variada índole, con quienes compartimos pasiones, ocupaciones y preocupaciones—, no solo trae consigo dificultades, incertidumbres e inquietudes; puede aportarnos también, nos consta —y no solo ella sino asimismo la formación de profesionales, tema que motiva estas ocasionales meditaciones— la íntima satisfacción, que todos conocemos, de la tarea felizmente cumplida.

VI. Bibliografía

ALCALÁ ZAMORA (1948). “Niceto: Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho Procesal hispánico”, en: *Rev. de la Esc. Nal. de Jurisprudencia*. México: Rev. de la Esc. Nal. de Jurisprudencia. U.A.M. T.X. N° 38.

ALONSO DE TURZI, Ma. Herminia (1993). "La traducción inversa de textos jurídicos", en: *Rev. Voces*, N° III. Buenos Aires: Rev. Voces.

BERGMANS, Bernhard (1987). "L'enseignement d'une terminologie juridique étrangère comme mode d'approche du droit comparé", en: *Rev. Internat. de Droit Comparé*. París: Rev. Internat. de Droit Comparé.

BIELSA, Rafael (1954). *Los conceptos jurídicos y su terminología*. Buenos Aires: Depalma.

BORJA ALBI, Anabel (2000). *El texto jurídico inglés y su traducción al español*. Barcelona: Ariel.

CARRIÓ, Genaro R. (1986). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CHIESA, Ricardo (1996). "Rigurosidad del léxico jurídico", en: *Rev. Voces*, N° 25. Buenos Aires: Rev. Voces.CTPBA.

— (2003). "Superficie y sustancia del texto jurídico: algunos aspectos para la reflexión", en: *Rev. El Lenguaraz*, N° 4. Buenos Aires: Rev. El Lenguaraz. CTPBA.

COSTA, Joaquín (1914). *La teoría del hecho jurídico*. Madrid: Biblioteca Costa.

COUTURE, Eduardo J.(2004). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: B. de F.

FRANZONI DE MOLDAVSKI, Ada (1996). "La equivalencia funcional en traducción jurídica", en: *Rev. Voces*, N° 20. Buenos Aires: Rev. Voces.

GÉMAR, Jean-Claude (1982). *Langage du Droit et traduction*. Québec.

— (1993). *Notas de seminario*. Buenos Aires.

— (2001). *À propos de jurilinguistique et de la traduction juridique*. Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa.

GIBBONS, John (1994). *Language and the Law*. New York: Longman.

GÓMEZ, Astrid y BRUERA, Olga M. (1984). *Análisis del lenguaje jurídico*. Buenos Aires: Belgrano.

GUTTERIDGE, H. C. (1946). *Comparative Law. The Problem of Legal Terminology*. Cambridge. C. IX.

JUMPELT, R. W.y OTROS (1963). *La qualité en matière de traduction*. Quality in Translation Oxford: Pergamon.

KANT, Immanuel (2003). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Encuentro.

MACHADO, Santiago Muñoz (2017). *Libro de Estilo de la Justicia*. Real Academia Española: Barcelona.

NEWMARK, Peter (1982). *Approaches to Translation*. Oxford: Prentice International.

— (1988). *A textbook of Translation*. Phoenix: Prentice International.

ORTEGA Y GASSET, José (1956). “El decir de la gente: la lengua”, en: *Rev. La Torre*, Nº 15-16. Puerto Rico: Rev. La Torre.

PAZ, Octavio (1971). *Traducción, literatura y literalidad*. Barcelona: Tusquets.

PUIG, Roberto (1952). *Los Vocablos del Derecho*. Montevideo: Bianchi Altuna.

— (1991). *La traducción jurídica*. Montevideo: Rev. del Colegio de Traductores Públicos del Uruguay. Nº 2.

— (1995). *La traducción jurídica*. Buenos Aires: Rev. Voces. Nº 11. CTPBA.

— (1996). *Curso de Derecho Angloamericano para estudiantes de Traductorado*. Montevideo: Rev. del Colegio de Traductores Públicos del Uruguay.

— (1996). “Lenguaje, Derecho y Traducción”, en: *Rev. del Colegio de Traductores Públicos del Uruguay*, Nº 8. Montevideo: Rev. del Colegio de Traductores Públicos del Uruguay.

— (1998). “Traducción jurídica”, en: *Rev. El Lenguaraz*, Nº 1. Buenos Aires: Rev. El Lenguaraz. CTPBA.

— (2002). *Ciencia y Arte de la Traducción*. Montevideo: Mastergraf.

— (2010). *Glosario Jurídico bilingüe*. Montevideo: Mastergraf.

REALE, Miguel (1949). “As três acepções fundamentais da palavra Direito”, en: *Rev. de la Facultad de Derecho* de la Univ. de São Paulo, V. XLIV. Brasil: Rev. de la Facultad de Derecho de la Univ. de São Paulo.

SAN GINÉS AGUILAR, Pedro y ORTEJA ARJONILLA, Emilio (1996). *Introducción a la Traducción Jurídica y Jurada (inglés-español)*. Granada: Comares.

SCHWARTZ, Hans (1977). *Legal and Administrative Language*. BABEL. Nº 1/1977. V. XVIII

TERRÉ, François (1986). “Brèves notes sur les problèmes de la traduction juridique”, en: *Rev. Internat. de Droit Comparé*. París: Rev. Internat. de Droit Comparé.

Fecha de recepción: 01-03-2017 Fecha de aceptación: 12-07-2017

¡Pay Attention, Please!

POR MÓNICA LAURA GALARZA (*)

Sumario: I. Abriendo las persianas...— II. Acerca de nuestro talón de Aquiles: la atención.— III. Cómo lograr que nuestros alumnos amen el derecho si...— IV. ¿Es posible capturar la atención a distancia?— V. ¿Cerrando las persianas?— VI. Bibliografía.

Resumen: la concepción del proceso de enseñanza-aprendizaje ha sido replanteada en las últimas décadas por estudios realizados en el campo de las Neurociencias que nos procuran un entendimiento científico sobre el proceso cerebral del aprendizaje. También debemos reparar en cada etapa de este proceso, empezando por la primera: atención. La atención se presenta como el proceso que nos permite tener acceso al aprendizaje, lo que a su vez requiere de las emociones para generar nuevos conocimientos, logrando su consolidación en la memoria.

Palabras claves: proceso de aprendizaje - proceso de atención - emoción

¡Pay Attention, Please!

Abstract: *the conception of the teaching-learning process has been restated in recent decades by studies carried out in the field of neurosciences that offer us a scientific understanding about the brain process of learning. We must also repair at each stage of this process, starting with the first one: attention. Attention is presented as the process that allows us to gain access to learning, which in turn requires emotions to generate new knowledge, achieving its consolidation in memory.*

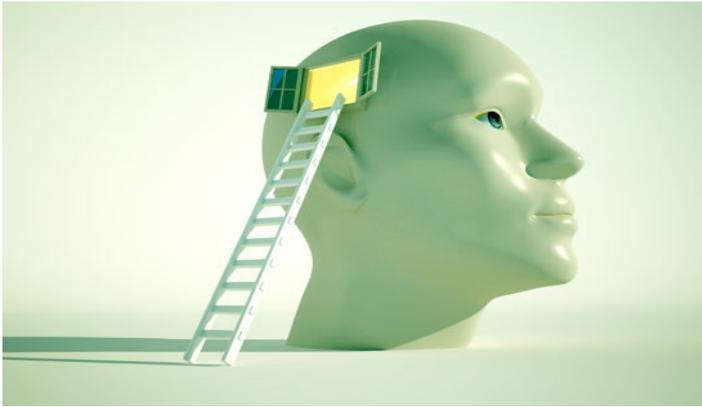
Keywords: *learning process - attention process - emotion*

I. Abriendo las persianas...

Si enseñar es como abrir ventanas y aprender es asomarse a través de ellas, entonces la cuestión se plantea en términos de cómo capturar la atención

(*) Prof. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Comercial I, Cátedra 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Prof. Contratos Modernos y Derecho de la Empresa, Tecnicatura universitaria de Martilleros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

despertando la curiosidad de nuestros alumnos para lograr que se asomen a través de las ventanas que abrimos...



Fuente: <http://www.1001consejos.com/wp-content/uploads/2012/07/imagen-de-cabeza-humana-con-ventana-a-la-altura-del-cerebro-con-escaleras.jpg>

El gran avance tecnológico de las últimas décadas de los estudios de alta complejidad ha permitido a los neurólogos y científicos profundizar y estudiar de manera más detallada y precisa el complejo funcionamiento del cerebro humano. Resulta hartamente conocido que este avance ha impulsado a su vez, el desarrollo de las Neurociencias y su aplicación en distintos campos del saber, incluyendo el de la Pedagogía y la Didáctica. Sus aportes han sido grandiosos en los campos mencionados, permitiendo que los docentes podamos comprender la complejidad del proceso de aprendizaje desde un punto de vista científico. Así, sabemos de buena fuente que nuestros cerebros jamás dejan de funcionar, ni siquiera cuando dormimos y que constantemente se crean o activan nuevas redes y conexiones neuronales mientras se desactivan otras, en otras palabras aprendemos y desaprendemos como parte de un constante mecanismo de adaptación al medio que nos rodea, esto es lo que se conoce como “Plasticidad Neuronal”.

Aprender es adaptarse al contexto social, a la realidad que nos circunda y nuestros cerebros constituyen el órgano de adaptación por excelencia. Continuamente nuestros cerebros reciben información del mundo exterior a través de la percepción sensorial, pero también reciben información a partir de nuestras experiencias o conocimientos adquiridos, es decir mediante mecanismos internos, como la evocación o el recuerdo. Para que ese caudal de datos, se transforme en un nuevo conocimiento, generando nuevas sinapsis que modifiquen nuestro cableado neuronal, se requiere de un proceso gradual y complejo en el que intervienen distintas áreas cerebrales, el que debe repetirse varias veces hasta lograr consolidarse en nuestra memoria.

Casi todos los actos que marcan nuestra conducta son resultado de este proceso gradual y complejo: el proceso de aprendizaje. Nuestros cerebros funcionan como escenarios de simulación de la realidad que nos rodea porque genera sus propias representaciones de la misma y ante un estímulo interno y/o externo genera una respuesta acorde al entorno social y este mecanismo se repite infatigablemente aún en las actividades más rutinarias de nuestra vida cotidiana hasta lograr consolidarse. Incluso podríamos decir que, actividades fundamentales para nuestra supervivencia como comer, ver, caminar, etc. son conductas aprendidas, en el sentido de adquiridas, no innatas. La forma más primaria y precaria del aprendizaje es la imitación, por imitación y repetición aprendimos a comer, beber, caminar. Con el tiempo, la madurez y el entrenamiento los procesos de aprendizaje se vuelven cada vez más y más complejos y sofisticados.

Si vamos a referirnos al proceso cerebral del aprendizaje debemos resaltar en primer lugar los Dispositivos Básicos (DBA) que lo componen:

ATENCIÓN ✚ MOTIVACIÓN ✚ MEMORIA ≡ APRENDIZAJE

He aquí el quid de la cuestión del presente artículo, nuestro talón de Aquiles como docentes y particularmente como docentes de Derecho: “¿Cómo lograr que nos presten atención?”

He percibido a lo largo de mi práctica docente que una de las más reiteradas quejas y al mismo tiempo, mayores preocupaciones entre los educadores de las más diversas especialidades, niveles, modalidades y ámbitos educativos ante resultados poco alentadores de una evaluación, por ejemplo, se ha instalado más o menos en los siguientes términos: “¡El problema es que no prestan atención en clase, porque yo me cansé de repetírselos y si hubieran prestado atención, lo hubieran sabido responder correctamente!” ¿“Qué tengo que hacer para que me presten atención, vestirme de payaso acaso?”

Durante mis años de secundaria tuve una profesora de inglés que acostumbraba rutinariamente comenzar sus clases con esta frase: “¡Pay Attention, Please!” mientras señalaba el pizarrón. Al escuchar esas palabras sabíamos que debíamos sentarnos erguidas en el banco, guardar silencio y mirar al frente. Hoy en día como docente y alumna de mis alumnos y colegas, me cuestiono si son estas acciones suficientes para captar la atención de nuestros estudiantes. Y al mismo tiempo, ¿será suficiente captar su atención para que logren aprender? ¿Prestar atención implica aprender?, Y por otro lado, ¿es la atención una sola o habrá distintos niveles o tipos de la misma? Y si podemos reconocer que existen distintos niveles o clases de atención, ¿cuál de ellas será la que necesitamos capturar para poder enseñar y lograr que ellos comprendan y aprendan nuestra asignatura específica?

II. Acerca de nuestro talón de Aquiles: la atención

Cuando nos referimos a la atención generalmente la pensamos como sinónimo de la concentración, como si se tratara de “hacer foco” en algo concreto sin distraernos de otras cosas del entorno. Podríamos imaginar entonces que nuestra tarea se asemeja en cierto aspecto a la de un fotógrafo. Éste para sacar una buena foto debe enfocar la lente, cuidar que la luz sea la apropiada, medir la distancia y no moverse en el momento del disparo porque si lo hace la foto sale movida. Algo similar pareciera que hacemos los docentes cuando nos esforzamos por capturar (1) la atención de nuestro público reticente a nuestro legítimo derecho a aburrirlos en nuestro rol de docentes de la carrera de Abogacía, porque como dice el Nano Serrat: “No es triste la verdad, lo que no tiene es remedio”. Creo que para nuestros alumnos muchas veces la atención exigida se presenta como un desafío, como ese juego que hacíamos de chicos cuando competíamos para ver quién aguantaba por más tiempo la respiración bajo el agua.

El proceso de la atención requiere del funcionamiento de tres mecanismos relativamente independientes y diferenciados, que a su vez constituyen redes neuronales, funcionales que integran distintas áreas de la misma:

ORIENTACIÓN O SELECCIÓN ⇨ VIGILANCIA ⇨ CONTROL EJECUTIVO

El éxito de una actividad determinada traducido como la modificación de un comportamiento o un pensamiento va a depender entonces de la capacidad del sujeto de poner su atención en dicha actividad, seleccionando lo que considere relevante o importante, enfocando posibles problemáticas, sin desatender a los detalles e inhibiendo los elementos distractores que lo alejan del objetivo o meta.

En el contexto de una clase de Derecho, la selección particularmente se centrará en torno a los estímulos que percibimos a través de los sentidos de la vista y/o el oído, toda vez que la información externa ingresa mayormente por éstos. Lo que nos lleva necesariamente a reflexionar acerca del cuidado que debemos observar en las estrategias de enseñanza visuales y auditivas que seleccionamos. La utilización de herramientas como el *power point* pueden transformarse en grandes aliadas o en una excelente oportunidad para que nuestros estudiantes aprovechen a contestar sus *msj* o a *whatsapear*. Mientras que con relación a la cuestión auditiva, las clases meramente expositivas con o sin *power point* pueden aburrir hasta a que las dicta y están muy distantes de promover un aprendizaje pleno y autónomo de los alumnos. La moda del *stand-up* atrae la atención del público en la medida

(1) Nótese que se utiliza el verbo “capturar” como sinónimo de “apresar”, de apoderarse de la atención, en lugar de “captar” la atención, que sugiere atraerla, resultando más comprensivo el primero.

que se trate de temas conocidos por todos (que generen empatía) y además que sean contados de manera divertida y los docentes de derecho no nos caracterizamos por reunir ninguna de estas condiciones, sino todo lo contrario.

En segundo lugar, el mecanismo de vigilancia, que algunos estudiosos definen como “atención sostenida” es el mecanismo que permite mantener la atención, es decir, hacer foco en la meta propuesta durante un cierto tiempo. Se relaciona con la capacidad de concentración. No es para nada complicado conseguir que durante una clase de derecho nos quedemos “sin señal” (y no me refiero al celular). Si logramos capturar la atención lo cual de por sí conlleva una tarea titánica, el otro desafío que le sigue es “que no se corte”, como dicen por ahí, ¿cómo podemos pretender mantener el interés de los alumnos durante dos horas cátedra en una clase tradicional expositiva (con o sin uso del *power point*)? ¿Alguien puede creer que si se dicta una clase de dos horas con *power point* exclusivamente podrá mantener la atención durante toda la clase? Y entonces puede ocurrir que...



Fuente: <http://4.bp.blogspot.com/-1oSBPC-1Tk/UJIA39zuRGI/AAAAAABwVY/iUZn2by6bq0/1600/CORAZ%25C3%2593N+Y+CEREBRO++%25285%2529.jpg>

En tercer lugar el mecanismo del Control ejecutivo, que tiene que ver con otro aspecto de la concentración, es como las anteojeras que le colocan a los caballos para evitar que se distraigan mirando hacia los lados y dirijan su mirada siempre al frente. El control ejecutivo nos permite continuar con el procesamiento de la información evitando o inhibiendo los distractores que nos pueden hacer perder el foco del objetivo o meta. El distractor que lidera el TT (*Trending Topic*) en la actualidad es el celular, es la madre de todos los distractores y el otro distractor por excelencia en las aulas de abogacía muchas veces es el mismo profesor que no genera empatía con sus alumnos y se coloca a sí mismo en automático, a modo de la función “sin manos”.

A estas alturas considero que estamos en condiciones de responder algunos de los primeros interrogantes que nos planteáramos al comienzo, afirmando que aprender no es sinónimo de prestar atención y que a su vez, el capturar la atención no nos garantiza que estén aprendiendo. La otra cuestión que nos planteáramos tiene que ver con las clases de atención. De acuerdo a los estudios efectuados por distintos neurocientíficos sobre este tema, existen distintos tipos o clases de atención:

ATENCIÓN AROUSAL: nos permite estar despiertos e implica un estado de alerta. Muchas veces los profesores de Derecho nos convencemos erróneamente que si nuestros alumnos no se quedan dormidos en nuestras clases es porque están atentos, sí como no.

ATENCIÓN FOCAL: nos permite enfocarnos en un estímulo determinado. Considerando el contexto de la enseñanza del Derecho, los estímulos sensoriales se circunscribirán a la vista y el oído. Si fuera el caso de un curso de *chef* o *sommeliers*, indudablemente los sentidos preponderantes serían el olfato, el gusto e incluso el táctil.

ATENCIÓN SOSTENIDA: nos permite mantener una respuesta sostenida durante un tiempo más o menos prolongado. Es la que nos permite no perder el hilo del cuento y se relaciona con la concentración.

ATENCIÓN SELECTIVA: es la que nos permite seleccionar la información que resulta relevante para generar una modificación del pensamiento o de una conducta y evita la distracción de otros estímulos. También relacionada con la concentración.

ATENCIÓN ALTERNANTE: es la que nos permite cambiar el foco de atención entre tareas que implican requerimientos cognitivos diferentes, controlando qué información es procesada en cada momento. Por ejemplo, escuchar, ver el pizarrón y tomar apuntes.

ATENCIÓN DIVIDIDA: es la que nos permite atender a dos cosas al mismo tiempo. Es la capacidad de realizar la selección de más de una información a la vez o de más de un proceso o esquema de acción simultáneamente. Es el proceso que permite distribuir los recursos de una misma tarea. Exige un gran entrenamiento.

En el contexto de una clase de Derecho, como se podrá apreciar y dependiendo de la naturaleza de la actividad propuesta y de la complejidad temática (no es lo mismo una clase de repaso, por ejemplo, que la introducción a una nueva cuestión o la instancia de una evaluación) se requerirá de distintos tipos de atención. Y probablemente, no será la misma la que se necesita para una clase principalmente

expositiva que para otra que implique mayor participación de los alumnos. A su vez, si logramos crear un *feed-back* que incorpore a los alumnos activamente en el proceso de enseñanza-aprendizaje, generando neurotransmisores como la dopamina que son los vehículos que transportan la información de forma eficiente de una red neuronal hacia otras creando la formación de nuevas sinapsis... ¡*Habemus* aprendizaje! La producción de altos niveles de dopamina no sólo facilita que el cerebro se mantenga alerta, sino enfocar la atención y mantenerla en el objetivo durante períodos más o menos prolongados de tiempo, a la vez que facilita que se inhiban otros distractores del medio ambiente que nos rodea.

Esto último explica la relevancia que adquieren las condiciones de enseñanza que generemos en el aula. Un ambiente distendido y relajado, que despierte la curiosidad invitando a los estudiantes a formularse nuevos interrogantes a partir de los interrogantes del docente, que fomente un amable y cordial intercambio de ideas y de experiencias, es un prerequisite de una clase que apunta a un aprendizaje pleno, comprensivo y profundo.

En este punto, el reconocido neurocientífico Francisco Mora (2013) nos enseña que “sólo se puede aprender aquello que se ama”. Consecuentemente resulta evidente el papel trascendental que juegan las emociones para capturar la atención de los alumnos y facilitar así el aprendizaje, siendo que la información que cuenta con una fuerte carga emotiva es la que se consolida en la memoria a largo plazo .

III. Cómo lograr que nuestros alumnos amen el derecho si...

Estudiar Derecho es más aburrido que chupar un clavo.

Dicho popular

Es conocida la sonada frase que reza: “Estudiar Derecho es más aburrido que chupar un clavo” y con frecuencia de manera consciente o inconsciente los docentes de la carrera de Abogacía, pareciéramos abonar esta idea y nos resignamos ante esta realidad que parece insalvable que estudiar derecho es aburridísimo y así se lo transmitimos a nuestros alumnos. ¿Cómo podemos en este contexto entonces pensar que nuestros alumnos logren amar el Derecho que enseñamos y pretendemos que aprendan?

Recientemente una pregunta de un estudiante de la carrera me llevó a replantearme una vez más mi práctica docente en términos de: ¿qué es lo que pretendemos que nuestros alumnos comprendan y aprendan? Y, ¿de qué manera comunicárselo a ellos para que no perciban que estudian algo que la realidad fácilmente lo rebatirá poniéndolos en jaque y haciéndolos sentir totalmente desarmados para enfrentarla, con la evidente consecuencia de la pérdida del interés y la falta

de atención? Partiendo del supuesto que en algún momento la hubiéramos logrado capturar.

La pregunta formulada por el alumno fue la siguiente: “¿cómo debemos responder en el parcial: de acuerdo a lo que ocurre en la práctica o conforme al marco legal vigente?”; *UPS!* Pensé yo. Debo aclarar que el área temática a mi cargo es seguros, comprendida en la asignatura Derecho Comercial I y que corresponde al tercer año del Plan de estudios, aunque creo sinceramente que esta inquietud se replica en casi todas las temáticas del resto de las materias. El mismo alumno me comentó que en otra materia un profesor también explicaba en clase el marco legal y traía a colación ejemplos de lo que ocurría en la práctica, lo que en varias ocasiones se contradecía con lo dispuesto por las normas vigentes y que en oportunidad del parcial, los había sorprendido interrogándolos exclusivamente por el marco legal, dejando de lado las cuestiones prácticas que en su momento habían parecido tan relevantes para la explicación y análisis de los temas.

En un primer momento, mi primera respuesta se dirigió a manifestar mi acuerdo con el colega que además de explicar el marco legal se preocupaba por darles una visión práctica y real del derecho y al mismo tiempo, le manifesté mi parecer coincidente con él acerca de evaluar conforme al marco legal y no experiencias prácticas o personales porque consideraba que ellos debían adquirir herramientas teóricas que requerirán para el futuro ejercicio profesional. Porque después de todo como dicen: “camino se hace al andar”.

Sin embargo, esa pregunta y mi respuesta me seguían dando vueltas en la mente. Recordé un artículo del año 2009, acerca de la enseñanza del Derecho en Latinoamérica que había leído y disfrutado durante un Seminario de capacitación docente varios años atrás. Entonces lo busqué y lo releí una vez más. A pesar de haber transcurrido ocho años de su publicación me dio la impresión que no haber perdido vigencia, que la problemática allí planteada se conservaba intacta en la actualidad (penosamente). En dicho artículo, escrito en términos sencillos pero con rigor técnico se planteaba la dualidad que parece seguir aquejándonos acerca del Derecho como objeto de estudio, el de un Derecho académico con pretensiones de científicidad y otro Derecho, el real, el cotidiano, el que siente y viven los ciudadanos y entonces no resulta difícil empatizar con nuestros alumnos cuando siguen reclamando por una enseñanza del Derecho que los acerque más a la actualidad, a la realidad de lo cotidiano. Seguidamente, me cuestioné a mi misma preguntándome: ¿continuamos transmitiendo conocimientos como si fuéramos los dueños soberanos del único saber validado en nuestras materias con descuido de las competencias y habilidades que necesitan adquirir nuestros alumnos para el futuro ejercicio profesional? ¿Sobreviven aún resabios en nuestra práctica docente actual de esa antigua y pasada de moda antinomia de teoría *vs.*

práctica o acumulación de conocimientos *vs.* habilidades, destrezas y competencias? Pero, ¿cómo puede ser esto posible, (me pregunté) si cada vez les ofrecemos nuevas prácticas en distintos ámbitos, públicos y privados para que vivan, respiren y absorban un Derecho empírico, concreto y actual?

Pareciera ser que en muchas ocasiones los docentes de Derecho actuamos como grandes simuladores, somos magníficos actores, tan buenos que nuestros estudiantes llegan a pensar que si hay algo que ignoramos es porque sencillamente no debe existir y así anulamos su curiosidad, apagando ese gran despertador de la atención que puede conducirlos a un aprendizaje pleno, comprensivo y autónomo. Si bien es cierto que cuanto más profundo y acabado sea nuestro conocimiento sobre determinada área temática del Derecho, estaremos en mejores condiciones para dictar una mejor clase, resolviendo las dudas e inquietudes de nuestros alumnos, también lo es que si les ofrecemos a nuestros estudiantes la idea de un conocimiento acabado, sin fisuras en nuestros argumentos, esto probablemente provocará la extinción casi por completo de su curiosidad. ¿Cómo pretender entonces que “quieran” que “sientan la curiosidad” de asomarse por las ventanas que abrimos a un nuevo conocimiento si nos adelantamos y les relatamos con pelos y señales lo que van a ver si se asoman a través de ellas? ¿Para qué molestarse en trepar esa escalera y mirar por esas ventanas, si ya sé lo que voy a descubrir? ¿Hay acaso algo más molesto que alguien que nos cuenta el final de una película que estamos planeando ansiosamente ir a ver?

Y aunque no me parece en absoluto desacertada la técnica de ofrecerles una visión empírica y actualizada del Derecho a partir de nuestras propios conocimientos y experiencias surgidas de nuestra práctica profesional y un conocimiento más profundo, sino todo lo contrario, deviene en nuestro derecho y deber de buena fe compartir nuestro saber, porque de eso se trata: de compartir, de comunicar. Al mismo tiempo, considero que la mejor estrategia para despertar la curiosidad de nuestros alumnos, no se centra en esforzarnos por responder a “*tooodas*” sus preguntas e inquietudes, sino en motivarlos e incentivarlos para que generen sus propios interrogantes que los guíen en el hallazgo y construcción de respuestas acordes a sus propios marcos conceptuales y que los conduzca a la vez a nuevos interrogantes. Reemplazar las preguntas simples, de conocimiento, por las de razonamiento, basadas en la lógica del pensamiento jurídico, permitiría no solamente entrenarlos a pensar deductiva e inductivamente sino también facilitaría que comprendieran acabadamente como resolver estas “contradicciones” que plantea la realidad, la vida práctica, el “caso concreto”, cuando buscamos aprehenderlo dentro de los esquemas de alguna de las fuentes del derecho (ley-doctrina-jurisprudencia-costumbre) y no encontramos su adecuación apropiada, transformándose en la pieza de un rompecabezas que no logramos ubicar correctamente dentro del paisaje. Al fin y al cabo esa es nuestra labor como abogados.

IV. ¿Es posible capturar la atención a distancia?

Si consideramos que la enseñanza y el aprendizaje son fases inescindibles de un proceso único, no resulta difícil de comprender que quien enseña al mismo tiempo aprende y quien aprende también enseña. Creo que nuestros alumnos nos enseñan constantemente a enseñar y en la medida que aprendemos lo que nos quieren enseñar podrán ellos aprender y nosotros enseñar mejor. Al mismo tiempo, lo expuesto nos brinda hincapié a pensar el proceso de enseñanza-aprendizaje como una actividad social, como una forma de comunicación, porque básicamente es eso, una forma de comunicarnos. El problema radica cuando pretendemos comunicarnos a través de diferentes canales, porque “perdimos la onda” o “estamos en distintas frecuencias” y uno los factores que han provocado esta pérdida de la onda son por un lado, la globalización de las comunicaciones y la información, y por otro lado, las nuevas tecnologías que nos permiten acceder rápidamente no solamente a un enorme caudal de datos, sino que también imponen nuevas formas de adquirirla y transmitirla, en otras palabras, nuevas formas de comunicación que han generado a su vez, nuevas formas de aprender, de adquirir conocimiento, que no siempre se ha convertido en una relación recíproca con las técnicas de enseñanza. Y menos aún en el campo de la enseñanza del Derecho. Aun hoy día, parece que seguimos más preocupados por “transmitir el conocimiento” del Derecho, que de ocuparnos que nuestros estudiantes “aprendan, comprendan y vivan el Derecho” actual y real.

En una ponencia presentada en las Jornadas de Enseñanza de la UBA (2016), me referí al desafío que implica en el contexto de los programas de educación a distancia el lograr un aprendizaje significativo y una verdadera comprensión de aquello que enseñamos y que anhelamos nuestros alumnos aprendan. Aunque resulta oportuno destacar nuevamente que lo expuesto en esa oportunidad no implica de manera alguna afirmar que esta problemática esté ausente en el marco de la educación presencial, sino que existen otros ribetes que le otorgan una fisonomía propia que no podemos ni debemos ignorar.

En esa ocasión me refería los principios que definen a esta modalidad educativa basándome particularmente en un artículo elaborado por la Oficina subregional de Educación de la UNESCO de San José de Costa Rica y sostuve su pertinencia y vigencia con relación a la modalidad presencial: Personalización, Autonomía, Permanencia, Integración, Diferenciabilidad, Flexibilidad y Autoevaluación, por lo tanto allí me remito.

La mencionada autorreferencia se basa en la necesidad de plantear en esta oportunidad la problemática de la atención en un contexto de enseñanza a distancia del derecho, sea en su modalidad virtual o semi-presencial, toda vez que

ésta se caracteriza por desarrollarse en escenarios virtuales y bajo el diseño de una tecnología específica.

Asimismo, a la complejidad expuesta acerca de los procesos de atención, se le suma las características propias que implican la enseñanza universitaria del Derecho y la alternativa de su enseñanza a distancia, es decir en el escenario de un aula virtual.

Considero que las tecnologías constituyen un potente recurso pedagógico y didáctico que puede auxiliarnos a crear un puente que acerque a los docentes como inmigrantes digitales y a los alumnos que en su mayoría son nativos digitales. Sin embargo, también debemos reconocer que pueden constituir uno de los distractores que conspiran para lograr alcanzar y ejercitar un adecuado nivel de atención y concentración dentro y fuera del aula. Sabemos que la velocidad con la que se puede acceder a un enorme caudal de información y comunicarlo pueden representar un obstáculo para una atención focalizada y sostenida, y si además consideramos que como los neurocientíficos sostienen que la atención es selectiva y alternada, estamos en serios problemas. No son pocos los estudios de diferentes especialistas, entre ellos sociólogos, escritores, licenciados en comunicación e incluso en sistemas, que en los últimos años se han preocupado por tecnologías como los *e-books* y que han alertado acerca de la disminución de la atención con la consecuente pérdida de la capacidad de comprensión y aprendizaje, destacando al mismo tiempo la necesidad de mantener y/o recuperar el hábito de la lectura en el formato papel con las evidentes consecuencias positivas que esto generaría.

Como la atención es selectiva, el primer desafío que se nos presenta es cómo despertar el interés en aquellas cuestiones que caratulamos (nosotros y no los alumnos) como relevantes, que hagan foco, y en este punto muchas veces no hay coincidencia. Pero, al mismo tiempo, también es alternante, es decir no podemos prestar atención a dos cosas simultáneamente y esto claramente representa una innegable incompatibilidad con el mecanismo de vigilancia mencionado, porque en cuanto algo se nos presenta como más interesante rápidamente cambiamos el foco y en este campo nuestros alumnos, nativos digitales son expertos. Esto tal vez resulte más visible si pensamos en casos de ciertos trastornos neurológicos como el que padecen los chicos con TDA (trastornos de atención), quienes justamente no pueden concentrarse en una única cuestión por mucho tiempo y cambian el foco rápidamente, contrariamente al caso de los autistas que pueden hacer foco en una cosa por largos períodos de tiempo, pero solo en una, ignorando cualquier otro tipo de estímulo.

Para capturar la atención de nuestros alumnos es importante que desarrollemos y reciclemos nuestras herramientas pedagógicas y didácticas que nos permitan “estar en onda”. No se trata de un duelo entre la lectura y escritura en pantallas

digitales *vs.* formato papel, sino de una revisión y reformulación de nuestras prácticas docentes tradicionales en el nuevo panorama tecnológico, intentando lograr un acuerdo con estas nuevas formas de aprender y redimensionando el valor innegable de esas estrategias didácticas y pedagógicas que la tecnología no puede reemplazar ni superar.

Resulta oportuna en este punto acerca de la mención efectuada anteriormente sobre la utilización del *power point* y otras herramientas tecnológicas, toda vez que considero que no podemos desestimar los estudios efectuados en el campo de la Psicología del Color, que nos dan cuenta del significado y las emociones que generan los distintos colores. Existe un área en el cerebro llamada “amígdala” que justamente es una de las encargadas de procesar la información que llega a partir de un estímulo (interno o externo) y traducirla en una respuesta emotiva determinada, que puede ser alegría, tristeza, disgusto, es decir, de carga positiva o negativa que a su vez, se comunica al cerebro ejecutivo, al área de la Corteza prefrontal donde se ubican los inhibidores generando una respuesta adecuada al entorno social.

Los profesores de Derecho estamos demasiado habituados a pensar en términos formales y en formalismos (que a veces le concedemos demasiado crédito), vemos el mundo en blanco y negro, en la errónea creencia que la cuestión de los colores no es más que una frivolidad que debe ocupar y preocupar a las maestras jardineras. Pero, si como se expresara a tono con el Profesor Francisco Mora que para despertar la atención que conduzca al aprendizaje, debemos estimular las emociones que nos van a facilitar y permitir que los conocimientos y nuevas experiencias se consoliden en la memoria a largo plazo, no podemos obviar estos logros alcanzados por la Teoría del color. En un mundo altamente tecnologizado pensar la vida en colores, pensar el proceso de enseñanza-aprendizaje en términos de colores de acuerdo a su significado emocional, no es cuestión de chicos de jardín de infantes ni patrimonio de las maestras jardineras, es cuestión seria a tener en cuenta por los educadores de todos los niveles y saberes, tanto en los contextos de educación a distancia como en los de modalidad presencial.

V. ¿Cerrando las persianas?

Existe un viejo y conocido refrán popular que reza: “no se le puede enseñar trucos nuevos a un perro viejo”. Esto ciertamente contrasta con lo expuesto en el presente artículo acerca del aprendizaje y la plasticidad neuronal. El aporte efectuado por las Neurociencias que nos permiten comprender la complejidad de los procesos cerebrales del aprendizaje y la atención dan cuenta de esta afirmación.

Gracias a la plasticidad neuronal nuestros cerebros siguen configurando y reconfigurando nuevas redes sinápticas a lo largo de toda nuestra vida, lo que nos

permite seguir aprendiendo y la atención constituyen las persianas que abren las ventanas del aprendizaje.

En el contexto de un mundo altamente globalizado y una realidad cotidiana atravesada y caracterizada por el avance tecnológico, debemos reconocer que nuestros alumnos muchas veces aprenden más allá de lo les enseñamos en clase, y al mismo tiempo aprenden cosas que nosotros no les enseñamos, mientras que en otras ocasiones, no aprenden aquello que nos empeñamos enseñarles ni mucho menos de la manera tradicional que pretendemos comunicarles la información que consideramos relevante.

Nuestros alumnos pueden adquirir conocimientos, aprender por medios no tradicionales, pero no aprenden solos. Por esta razón se nos hace imprescindible a los docentes poder conocer y reconocer los mecanismos que componen la atención, porque aunque sabemos que atención no es equivalente de aprendizaje, también sabemos que si no logramos capturar la atención de nuestros alumnos no lograremos que alcancen un aprendizaje comprensivo y pleno.

Nuestro reto es superar este nuestro talón de Aquiles, y sobre el punto el presente artículo no pretende ofrecer fórmulas magistrales, ni recetas, ni siquiera sugerencias, tan sólo constituye una serie de reflexiones de una docente que ama profundamente enseñar y aprender.

VI. Bibliografía

BETANCOURT, Rarnobio Maya (1993). *La Educación a Distancia y la función-Tutorial*. San José de Costa Rica: Oficina Subregional de educación de la UNESCO.

BULLARD, Alfredo y MAC LEAN, Ana Cecilia (2009). "La enseñanza del Derecho, ¿Cofradía o Archicofradía?", en: *Revista sobre enseñanza del derecho*, Año 7, Nº 13. ISSN 1667-4154, pp. 21-47.

GALARZA, Mónica Laura (2016). *Educación a distancia: ¿Es posible la comprensión y un aprendizaje significativo a distancia?* Ponencia: en las VI Jornadas de Enseñanza del Derecho. (26-27/10/2016 UBA).

MORA, Francisco (2013). *Neuroeducación. Solo se puede aprender aquello que se ama*. Madrid. España: Alianza.

PERKINS, David (2010). *El aprendizaje pleno*. Buenos Aires: Paidós.

SIGMAN, Mariano (2015). *La vida secreta de la mente*. Buenos Aires: Debate.

Otra bibliografía consultada

INTRODUCCIÓN A LOS PROCESOS ATENCIONALES. La atención ..., disponible en: https://www.ugr.es/~setchift/docs/introduccion_procesos_atencionales.pdf

PROCESOS ATENCIONALES NEUROBASE, disponible en: <https://neurobase.wordpress.com/2013/03/26/procesos-atencionales>

<https://bluesmarteuropa.wordpress.com/2013/01/22/la-teoria-del-cerebro-triuno/>

<http://www.fundacioncadah.org/web/categoria/tdah-bases-biologicas.html>

<http://www.definicion.org/concentracion>

Escuchar en vez de leer: la nueva tendencia “literaria”. *Diario Hoy*. 28/04/2016. Interés general, p. 15.

La era digital disminuyó el tiempo de atención. *Diario Hoy*. 11/07/2016. Interés general, p. 13

Libros o pantallas, esa es la cuestión. *Diario Hoy*. 27/02/2017. Interés general, p. 13

Fecha de recepción: 30-04-2017 Fecha de aceptación: 06-06-2017

La clase política argentina, 1930-1943. La oposición ausente y la pérdida de poder (*)

POR **CARLOS E. BISSO** (**)

En cinco capítulos, el autor nos introduce en un período de nuestra historia política particularmente interesante, porque —como él mismo lo aclara— se produce la primera ruptura del orden institucional argentino, el golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930.

Se utilizan para ello, los aspectos teóricos de las obras de Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto, Robert Michels y Charles Wright Mills. Se tienen en cuenta así los aportes sobre la clase política, las élites y la élite del poder, desarrollados por aquellos reconocidos autores. También se incorpora el concepto de acción recíproca de Georg Simmel, con lo que se intenta un abordaje sociológico empírico del pasado argentino entre 1930 y 1943, “transformando a la socialización en parte del fundamento del poder”.

La *clase política* es definida como “una minoría con intereses compartidos y una socialización común previa que posibilita y promueve la existencia de acciones recíprocas entre sus miembros, genera vínculos de fidelización y permite consolidar su organización para fundamentar el orden social”.

A partir del segundo capítulo, como desarrollo de los fundamentos del poder y el *otro político*, se recurre al concepto weberiano de cerrazón, apoyándose en la descripción de Frank Parkin que la define como “el proceso por el cual las colectividades buscan maximizar sus recompensas al restringir el acceso a recompensas y oportunidades a un limitado círculo de elegidos”.

Al analizar la victoria electoral de Hipólito Yrigoyen de 1928 se remarca que el presidente cuenta con el apoyo popular pero se desinteresa del resto de los actores políticos argentinos, con lo que la clase política tradicional se transforma en un *otro político*.

(*) Blacha, Luis Ernesto (2015). *La clase política argentina, 1930-1943. La oposición ausente y la pérdida de poder*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes. 272 páginas. ISBN: 978-987-558-370-2.

(**) Prof. Extraordinario Consulto, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

Para el autor es diferente a lo que ocurre con el radicalismo luego de su derrocamiento, ya que los grupos que se sienten excluidos durante el gobierno del presidente Yrigoyen, establecen estrategias de solidarización para superar la situación. “Esto es posible gracias a una extensa solidarización previa y un gran número de fidelizaciones, debido a sus lazos familiares y a sus ámbitos educativos comunes”.

Una demostración empírica de las consecuencias de la cerrazón atribuida a Yrigoyen, es el Manifiesto de los 44, suscripto por importantes corporaciones y partidos políticos de la Argentina de la época (Sociedad Rural Argentina, Unión Industrial Argentina, entre otros).

Comienza así a considerarse por los miembros de la clase política tradicional, que se trata de una situación excepcional y que se pierde la capacidad de influir sobre el Estado. El “odio de clases” —en palabras de Manuel Gálvez— impulsa a dejar su vida de “copetines y cabarets” para transformarse en revolucionarios.

Ello pareciera anticipar las futuras acciones de dicha clase, incapaz de organizarse y modernizar sus estrategias electorales, en el escenario que propone la ley Sáenz Peña. Se desemboca así en el golpe de Estado de 1930.

Resulta por demás atrapante el análisis descriptivo que el autor concreta con los sucesivos gobiernos a partir de Uriburu: Justo, Ortiz y Castillo. El papel de la Concordancia, el fraude sistemático, el papel del radicalismo y sus dirigentes de Alvear, Pueyrredón, Tamborini y Noel, entre otros.

Otra vez la cerrazón es utilizada como concepto ineludible, ante el fraude que se convierte en una forma de limitar la cooptación de nuevos miembros, reduciendo la adaptabilidad del grupo dominante, reduciendo la circulación.

Inexorablemente los tiempos cambian y esto es reconocido por los conservadores más tradicionales: el ejército ocupa un lugar arbitral, pero a su vez una nueva élite técnico-burocrática establece vínculos con la clase política.

En un contexto de crisis se ejecutan medidas intervencionistas, creando polémica en una sociedad no acostumbrada a la intervención estatal: Comisión de Granos estatal, Juntas Reguladoras de la Producción, Ley de Arrendamientos. “Justo subraya la importancia que han tenido las políticas de asistencia social y obrera (juntas paritarias, los tribunales del trabajo y las comisiones de conciliación y arbitraje) en su gobierno” (sin subrayar en el original).

La época podría resumirse en la continuidad del fraude —como connotación negativa— y el intervencionismo estatal como signo positivo. Así, hacia 1935 la crisis está superada y con el desarrollo del mencionado intervencionismo cobran

importancia los cuadros intermedios, consolidando un *ethos* característico del profesionalismo administrativo.

En el tercer capítulo mediante la utilización de herramientas teóricas de carácter multidisciplinar, Blacha estudia los diferentes gobiernos que se sucedieron a partir del golpe institucional: así se califica de gobierno corporativista al de José F. Uriburu. El aislamiento del resto de los grupos que conforman el movimiento revolucionario imposibilita la circulación de primer tipo (intercambiabilidad de funciones entre los miembros de la clase política) y la cooptación de nuevos miembros a la minoría gobernante.

En la convicción que en elecciones libres el radicalismo resulta imbatible y ante la negativa a participar en condiciones que consideraba inadmisibles, Uriburu ordena no oficializar listas en que participaran individuos que hayan sido parte del gobierno yrigoyenista. También ordena el destierro de Alvear y numerosos radicales.

Le toca el turno a la *Concordancia* de Agustín P. Justo, considerándolo como candidato que pueda restaurar el orden social y promover cierta normalidad política quebrada a partir del movimiento de 1930.

El autor señala que durante este período se funda el Partido Demócrata Nacional y algunas medidas (escalafón del empleado público, salario mínimo, tierras para quien la trabaja, la Junta para Combatir la Desocupación, etc.) se traducen en un fuerte apoyo popular y el fraude no hubiera sido necesario, pero cuando el gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Manuel Fresco lo aplica en gran escala, debilita la maquinaria electoral, como se evidenció en 1943.

El cuarto capítulo se inicia con la consideración de la vigencia del clásico *Los que mandan* de José Luis de Imaz, advirtiendo —sin embargo— que en el mismo pareciera omitirse la “importancia de la socialización compartida en la internalización de pautas de comportamiento que resultan de acciones recíprocas”.

La socialización es, para Blacha, un aspecto central para definir la clase política, ya que permite descubrir y caracterizar los aspectos *internos* y *externos* del accionar de los individuos.

Se analizan así —coherente con los temas que inquietan a los investigadores actuales— los bailes y agasajos, factores que ayudan al individuo en su carrera profesional, tal como lo hacen Norbert Elias y Ch. Wright Mills. Asimismo, es motivo de atención la consolidación de un *sector burocrático* como consecuencia de la reconocida ampliación de funciones estatales. Como ejemplo de lo expuesto, se cierra el capítulo con el análisis biográfico de Tomás Amadeo y Domingo Bórea,

representativos de la situación antes descrita (*burócratas-políticos y expertos específicos*).

En el último capítulo denominado “Nuevos tiempos, viejos políticos y nuevas formas de socialización” el autor reafirma su análisis de la importancia del control del aparato estatal, lo que permitiría potenciar la organización interna del grupo. Se intenta la adaptación a las transformaciones que acarrea la crisis económica, aun poniendo en suspenso la *fe liberal* de sus componentes. Un ejemplo notable es la “Junta Nacional para combatir la Desocupación” como organización que difunde y actualiza las ideas intervencionistas como un medio de control social.

La crisis de 1929 afecta —a diferencia de anteriores— en profundidad a todo el mundo occidental y en especial a economías como la Argentina, considerada dependiente. Recurriendo a fuentes como la literatura de Roberto Arlt, Raúl Scalabrini Ortiz y Ezequiel Martínez Estrada o publicaciones periódicas de gran repercusión en la época como *El Hogar*, se explicita el grave momento que vive el país.

Se produce entonces una tensión entre las medidas económicas y el sistema electoral fraudulento: la dimensión geográfica de las medidas tiene amplio alcance en tanto el número de responsables que las toman, tiende a ser cada vez más reducido. Nuevamente se recurre al concepto de cooptación, que se convierte más en simbólica que real ya que “las posiciones institucionales claves se encuentran monopolizadas por miembros de la minoría gobernante”.

Finaliza el capítulo con el análisis del papel de intelectuales comprometidos como Alejandro Bunge, Federico Pinedo y Raúl Prebisch, como así también de ministros de Agricultura y el papel clave del intervencionismo estatal en el agro: Horacio Becar Varela, Antonio de Tomaso, Luis Duhau, Miguel Ángel Cárcano, José Padilla y Cosme Massini Ezcurra.

En definitiva, Blacha nos brinda una excelente descripción de lo que en términos de José Luis Torres se denominó “La Década Infame” y la de una clase en la que su “incapacidad política no pudo ser compensada con sus políticas de intervención estatal”. La suerte parecía echada y los sucesos del 4 de junio de 1943 lo confirmaban.

Un texto que, con su profundo análisis de la realidad de la época, utilizando en todo su desarrollo la base teórica propuesta desde el inicio, ayuda a comprender la profunda transformación estructural administrativa y jurídica, que repercutió a partir de la década estudiada en toda la historia posterior de nuestro país.

ANALES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

PAUTAS EDITORIALES

Anales es una revista académico-científica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Se publica desde el año 1926 con algunas interrupciones y desde el 2004 en forma continua con una periodicidad anual.

Tiene como propósito presentar la producción científica de sus docentes y difundir los resultados de los Proyectos de investigación de esta Casa de Estudios. Asimismo tiene abierta su convocatoria a toda la comunidad académica nacional e internacional abocada al estudio de las ciencias jurídicas y sociales.

La presentación de trabajos para publicarse en Anales implica la aceptación expresa del autor de las normas editoriales que se detallan a continuación.

I. NATURALEZA DE LOS TRABAJOS PARA PUBLICAR EN Anales

Se podrán publicar en ANALES artículos originales e inéditos, ponencias o comunicaciones a congresos (no publicados), artículos de revisión, reseñas y estados del arte.

II. REGLAS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

La presentación de los trabajos se hará de acuerdo con las siguientes reglas generales:

- Para publicar en Anales se requiere pertenecer al cuerpo docente ordinario o extraordinario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, de otra Facultad o Escuela de Derecho de Universidad nacional o extranjera, o ser investigador en el área de las ciencias jurídicas con pertenencia a un Instituto, Centro de investigaciones u Organización Científica reconocida.

- Los autores podrán publicar en un mismo número **solamente** un artículo en forma individual o en coautoría.

- Los trabajos serán cargados dentro del plazo establecido en cada llamado, en el sitio web de la Revista, a través del formulario: <http://www.jursoc.unlp.edu.ar/135-informacion-secretaria-de-investigacion/497-revista-anales>

III. PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos enviados a ANALES para su publicación tendrán una doble evaluación. Este proceso determinará la idoneidad académica del trabajo, la posibilidad de publicación, o la necesidad de solicitar modificaciones a los autores para someterlo a una nueva evaluación.

- **Evaluación interna o preliminar:** el Consejo de Redacción de ANALES determinará si el contenido del artículo recibido corresponde a la línea temática de la Revista y si responde a sus políticas editoriales. Podrá sugerir la realización de algún cambio antes de iniciar la fase de evaluación externa. Además exigirá el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en estas pautas.

- **Evaluación externa o revisión por pares** (sistema doble ciego y confidencial. Se reserva tanto la identidad de los autores como la de los árbitros que participan en la evaluación de los artículos). La función de los árbitros consistirá en evaluar, previamente a su publicación: la relevancia del tema elegido, la calidad del contenido de los trabajos presentados, la originalidad del enfoque y la metodología empleada. La evaluación considerará: el nivel académico, la claridad y el orden del desarrollo de cada sección, la calidad y adecuación a las pautas de la presentación. El evaluador deberá completar un Formulario de evaluación y dictaminar conforme las siguientes opciones: 1) aprobación sin observaciones; 2) aprobación con observaciones menores; 3) devolución para revisión y corrección de su contenido; 4) rechazo. El autor será debidamente notificado. En caso de opiniones encontradas entre el arbitraje interno y externo si se considera oportuno, el Consejo de Redacción podrá solicitar un tercer dictamen.

El Comité de Redacción se reservará el **derecho de introducir las modificaciones pertinentes**, en cumplimiento de las normas descritas anteriormente y de resolver **sobre lo no** previsto en estas normas. Asimismo, se reservará el derecho de publicar o no un artículo en función de los espacios editoriales, pluralidad de líneas temáticas y calidad científica.

IV. ACEPTACIÓN DE LOS ARTÍCULOS

La presentación de los artículos deberá ajustarse:

- A los plazos que el Consejo de Redacción establezca, los que se difundirán a través de la página web de la Facultad y por correo electrónico.
- A los aspectos formales: configuración de página, formato, fuente, notas al pie, citas, referencias bibliográficas, los cuales deberán ceñirse a las pautas establecidas en las **Instrucción para los autores**.
- A los dictámenes emitidos por las dos evaluaciones: interna y externa.
- A la decisión del Consejo de Redacción respecto de su publicación.

V. DERECHOS Y RESPONSABILIDADES DEL AUTOR

Al enviar un artículo a ANALES, los autores reservarán su derecho de propiedad, pero otorgarán a la Revista los derechos de publicación y aceptarán la difusión vía internet en aquellos indizadores y bibliotecas virtuales de las cuales la revista forma parte y considere apropiados.

Las opiniones expresadas en los trabajos serán responsabilidades de los autores. No necesariamente reflejarán las opiniones de la Universidad, de la Facultad o del Consejo de Redacción de Anales.

VI. ORIGINALIDAD DE LOS ARTÍCULOS

- El artículo no debe haber sido incluido en otra publicación científica. Tampoco podrá haber sido enviado simultáneamente a evaluación a otra revista.

- En caso de haber sido presentado a una Reunión científica se deberán especificar los datos de la Reunión.

- No se considerarán aquellos artículos que ya fueron publicados en Actas de Congresos.

- Los artículos derivados de un mismo proyecto de investigación no serán considerados “redundantes” en la medida en que la pregunta de investigación sea diferente. Es decir, la forma de abordar los datos obtenidos, aun utilizando el mismo sentido, no deberá ser idéntica. En el caso de existir trabajos previos derivados del mismo proyecto, deberán ser citadas y explicitarse claramente las diferencias existentes, con respecto al artículo presentado a evaluación.

VII. BUENAS PRÁCTICAS

La *Revista Anales* promueve la honestidad intelectual por tanto se opone a: la falsificación, la fabricación de datos, la manipulación de citas o el plagio de obras o partes de ellas y al envío simultáneo de un mismo artículo a evaluación a dos o más revistas.

ANALES entiende como original de acuerdo a la definición de la Real Academia Española: “aquella obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género, que resulta de la inventiva de su autor”. Y por plagio, “la acción de copiar obras ajenas atribuyéndose maliciosamente la autoría”. En caso de comprobarse estas situaciones, ANALES podrá rechazar el envío del artículo si todavía no fue publicado, o publicar con o sin el conocimiento del autor, advirtiendo sobre el plagio ya publicado.

INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

Todo trabajo a ser publicado en ANALES deberá ajustarse a la siguiente estructura:

- Título del artículo -centrado, en mayúsculas y en negrita, sin subrayar- (hasta 15 palabras).
- Resumen en español (hasta 150 palabras).
- Palabras claves (3 como mínimo, 5 como máximo).
- Título, resumen y palabras clave traducidas a uno de los siguientes idiomas: inglés, francés, portugués, alemán o italiano.
- Introducción, desarrollo (organizado a criterio del autor en las secciones que correspondan), conclusiones, bibliografía, legislación consultada (si la hubiera), jurisprudencia consultada (si la hubiera) y otros documentos consultados.

ASPECTOS FORMALES

En todos los casos, sin excepción, los artículos presentados para publicar deberán seguir los aspectos formales que a continuación se describen:

1. EXTENSIÓN

Para artículos científicos, de revisión, estado del arte, ponencias o comunicaciones a congresos, la extensión deberá estar comprendida entre **15 (mínimo) a 27 (máximo)** páginas **-hasta 8.500 palabras-**.

Para reseñas de libros la extensión deberá ser de hasta 3 páginas (1.000 palabras).

Sólo en casos excepcionales el Consejo de Redacción autorizará la publicación de artículos más extensos a lo pautado.

2. FORMATO

Los artículos deberán ser redactados de acuerdo con las siguientes pautas:

- Hoja A4,
- Tipografía Times New Roman,
- Tamaño de fuente 12,
- Interlineado 1,5 líneas,
- Texto sin sangría y paginado en el ángulo superior derecho.

3. RESUMEN

• Los textos deberán ser acompañados de un **resumen en español** y su correspondiente traducción a uno de los siguientes idiomas: **inglés, francés, portugués, alemán o italiano**.

• La extensión del resumen tendrá **no más de 15 líneas (150 palabras)**, continuas, separadas por punto seguido, texto sin sangría.

• Cada resumen deberá orientar al lector sobre el contenido del artículo de forma rápida y precisa y la relevancia del mismo, por tanto su contenido deberá expresar en forma clara y breve los objetivos, el alcance del estudio, la metodología aplicada y las conclusiones.

4. PALABRAS CLAVES

• Se deberán agregar al final del texto de cada uno de los resúmenes, **3** palabras clave como **mínimo** o **5** como **máximo**, en sus respectivos idiomas, a efectos de facilitar la recuperación del artículo.

• Deberán escogerse términos específicos, representativos del contenido temático del artículo.

• Las palabras clave se transcribirán en letra minúscula, separadas una de otra por guiones.

5. NOTAS AL PIE DE PÁGINA

• La utilización de las notas al pie de página se limitará a ampliaciones, aclaraciones o precisiones de asuntos elaborados en el cuerpo del texto. Deberán reducirse al mínimo posible y por tanto serán redactadas en forma breve y concreta (**hasta 100 palabras**).

• No deberán usarse para transcribir referencias bibliográficas. Estas últimas se enlistarán en la Bibliografía.

• La redacción de las notas al pie se hará en tipografía Times New Roman y tamaño de fuente 10, con interlineado simple.

6. CITAS BIBLIOGRÁFICAS

Existen diferentes tipos de citas bibliográficas que responden a la forma en que se transcriba el texto de la cita: citas textuales, citas parafraseadas o contextuales y citas de citas.

Las opiniones tomadas de otros autores y mencionadas en un trabajo de investigación, **siempre deberán ser documentadas de manera precisa**, haciendo referencia a la/s fuente/s original(es).

Citas textuales: Una cita es textual cuando un autor transcribe en su trabajo de manera exacta, aportes o ideas extraídas de una fuente correspondiente a otro autor. Las citas textuales integradas al cuerpo del texto que tengan una extensión mayor a 5 líneas se destacarán transcribiéndose en párrafo aparte, con sangría derecha e izquierda de 1 cm., en cuerpo 10, texto entre comillas e interlineado simple.

- Las frases o palabras que se omitan serán reemplazadas por puntos suspensivos (...).

• A continuación de la transcripción de la cita se indicará entre paréntesis la referencia a la fuente de donde se la extrajo, con el siguiente formato: (Apellido del (los) autor(es), **coma**, año de edición **dos puntos**: página/s). La referencia bibliográfica **completa** de la obra se transcribirá en la Bibliografía.

Ejemplo:

“Qué cosa es el pasado, qué contiene y qué es lo que la ciencia histórica busca en él, es un interrogante que los historiadores han considerado ajeno a su misión intelectual y han transferido a los filósofos, exactamente a aquellos que se conocerían, por eso, como filósofos de la historia. A ellos parecía corresponderles esa indagación, porque se sobreentendía que discurrir sobre ese enigma constituía un ejercicio teórico más próximo a la metafísica que a una ciencia empírica” (Romero, 1988: 15).

En la Bibliografía se transcribirá:

ROMERO, José Luis (1988). *La vida histórica*. Buenos Aires: Sudamericana.

Cita parafraseada o contextual: Se considera cita parafraseada o contextual a aquella que sintetiza o resume las aportaciones de un autor, o bien expresa la idea con otras palabras. En este tipo de cita solo deberá indicarse el apellido del (los) autor(es) y año de edición de la obra entre paréntesis, sin indicación de página.

La referencia bibliográfica completa de la obra consultada se transcribirá en la Bibliografía.

Ejemplo:

Como sostiene Vacchino (1983), condiciones particulares favorecieron la irrupción de la integración latinoamericana después de la Segunda Guerra Mundial.

En la Bibliografía se transcribirá:

VACCHINO, Juan Mario (1983). *Integración Latinoamericana. De ALAC a la ALADI*. Buenos Aires: Depalma.

Cita tomada de una obra de más de tres autores: En este caso se procederá a mencionar entre paréntesis solamente el primer autor agregando a continuación y otros.

Ejemplo:

En la década 1965 a 1975 surge la primera tipología del maltrato infantil, conformada por cinco subtipos básicos, tales como, maltrato físico, abandono físico, maltrato emocional, abandono emocional y abuso sexual, agregándose en los últimos años, entre otras, las siguientes formas: maltrato prenatal, explotación laboral, mendicidad, corrupción, prostitución infantil (Abad y otros, 2008).

En la Bibliografía se transcribirá:

ABAD, Susana y otros (2008). *La violencia cotidiana en el ámbito escolar: Algunas propuestas posibles de prevención e intervención*. Buenos Aires: Lugar editorial.

Cita de cita: Es la cita de una obra que a su vez está citada en otra obra; el autor al citar no consulta la fuente original sino que el contacto con ella es a través de la obra que la cita. En este caso se deberá aclarar el autor y título de la obra original como así también el autor y título de la obra que la cita.

APELLIDO, Nombre del autor de la obra original. *Título de la obra original*. Citado en: Apellido, Nombre del autor de la obra en que está citado (año de publicación). Título de la obra en que está citado. Lugar: Editorial.

Ejemplo:

BASS, Bernard. *Organizational decision making*. Citado en: Harrison, Ernest (1987). The managerial decision making process. Boston: Houghton Mifflin.

7. TABLAS, CUADROS, GRÁFICOS

- Las tablas, cuadros y gráficos se insertarán en el cuerpo del texto.
- Deberán estar enumerados consecutivamente con números arábigos.
- Tendrán que llevar título, que dé cuenta del contenido al cual el texto haya hecho referencia, y al pie se indicará la fuente de donde se extrajo la información utilizada para su elaboración.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Deberá incluirse al final del texto del artículo y estará conformada por las referencias bibliográficas de cada una de las fuentes documentales que el autor ha consultado para fundamentar su trabajo.
- Se ordenarán alfabéticamente por apellido del (los) autor (es), en el caso de personas físicas o por el nombre si se tratara de personas jurídicas y en el caso de existir varias obras de un mismo autor con diferentes años de edición se ordenarán cronológicamente comenzando por la obra más antigua.

Referencias de libros:

Persona física:

APELLIDO, Nombre del (los) autor(es) (año de edición). *Título del libro (en cursiva)*, Lugar de publicación: Editorial.

Ejemplo:

BORDA, Guillermo (1998). *Manual de contratos*. 18a. ed. Buenos Aires: Perrot.

Persona jurídica:

NOMBRE DE LA/S ENTIDAD/ES (año de edición). *Título del libro (en cursiva)*, Lugar de publicación: Editorial.

Ejemplo:

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*. Estados Unidos: ONU

• Si no se tuviera la fecha de publicación se indicará entre paréntesis con la abreviatura (s.f.); en caso de no encontrarse el lugar de edición, se indicará entre paréntesis con la sigla (s.l.) y, si fuera el nombre de la editorial el dato faltante, se reemplazará por la abreviatura (s.n.) entre paréntesis.

• Si una obra tiene más de tres autores en la referencia bibliográfica se mencionará solo APELLIDO, Nombre del primer autor y a continuación **y otros**.

Ejemplo:

ARENAS, Norma y otros (2004). *Comprensión de textos y resolución de problemas*. Mendoza: EDIUNC.

• Si se indicara el número de edición a la que corresponde la obra, el dato se volcará a continuación del título, en números ordinales y a continuación la sigla ed., como se describe en el primer ejemplo.

• En los casos en los que se tenga más de una referencia bibliográfica de un mismo autor, se indicarán los datos del autor sólo en la primera; en las siguientes los mismos se reemplazarán **por una línea** y, a continuación, los restantes datos se volcarán en el siguiente orden: Entre paréntesis (año de edición). *Título (en cursiva)*, Separados por dos puntos Lugar de edición: Editorial.

Ejemplos:

QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1995a). *Estudio analítico de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

— (1995b). *Lecciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

— (1995c). *Constitución de la provincia de Buenos Aires: Comentario a las reformas y notas de jurisprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

• En el caso de que en el cuerpo del texto se haga referencia a distintas obras de un mismo autor publicadas en el mismo año, la distinción entre cada uno de los títulos se hará mediante una letra del alfabeto, minúscula, que se ubicará a continuación del año de edición y facilitará el ordenamiento de sus respectivas referencias bibliográficas en la Bibliografía.

Ejemplos:

(Quiroga Lavié, 1995a: 17-20); (Quiroga Lavié, 1995b: 35-48); (Quiroga Lavié, 1995c: 123)

• Si las obras de un mismo autor correspondieran a distintos años de publicación, las referencias se confeccionarán de igual forma, citando al autor sólo en la primera referencia, pero serán ordenadas cronológicamente, comenzando por los títulos más antiguos.

Ejemplos:

MORELLO, Augusto Mario (1987). *El recurso extraordinario*. La Plata: Platense.

— (1995). *Juicios sumarios*. 3a. ed. La Plata: Platense.

Referencias de capítulos de obras colectivas

Una obra colectiva está constituida por aportes de varios autores los cuales se funden en una obra única y autónoma, creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una o más personas físicas o jurídicas que la editan y difunden bajo su nombre. La referencia bibliográfica a alguno de sus capítulos se hará en el siguiente orden y con los signos de puntuación que se detallan:

APELLIDO, Nombre completo del autor del capítulo (año de edición). “Título del capítulo” (entre comillas), en: Nombre y Apellido del (los) compilador/es, coordinador/es o editor/es (grado de responsabilidad entre paréntesis y en forma abreviada, por ej. comp., coord., ed.) *Título del libro (en cursiva)* Lugar de publicación: Editorial, páginas que abarca el capítulo citado (Lugar de publicación y Editorial se separarán con dos puntos).

Ejemplo:

FALCONE, Roberto (2007). “La disponibilidad de la acción penal pública: Cuestión procesal o sustancial”, en: Joaquín Da Rocha (coord.). *La balanza de la justicia*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 27-33.

Referencias de partes de libros (volumen o capítulo) en obras de autoría individual

APELLIDO, Nombre del autor de la obra (año de edición). “Título de la parte”, en: *Título de la obra*. Lugar: Editorial, localización de la parte, páginas.

Ejemplo:

LEDESMA, Carlos (1991). “Introducción a la economía internacional”, en: *Principios de comercio internacional*. Buenos Aires: Macchi, cap. 1, pp. 7-39.

Referencias de artículos de revista

APELLIDO, Nombre completo del autor (entre paréntesis año de publicación del tomo o volumen de la revista en la que fue publicado el artículo). "Título del artículo" (entre comillas), en: *Título completo de la revista (en cursiva)*. Lugar de edición, número ó letra del volumen o tomo, páginas del artículo.

Ejemplo:

MORELLO, Augusto Mario (2006). "La enseñanza del derecho en el pensamiento de Carlos Cossio y su recepción por el derecho procesal", en: *Revista de derecho procesal*. Buenos Aires, pp. 1,501-509.

Referencias de información contenida en prensa

1. Con autor:

APELLIDO, Nombre del autor. Título del artículo. *Fuente (en cursiva)*, fecha (dd/mm/aaaa), Sección, página/s.

Ejemplo:

OBARRIO, Mariano. Más gestos entre el gobierno y Macri. *La Nación*, 12/11/2011, Política, p.8.

2. Sin autor: Título del artículo. Fuente (en cursiva), fecha (dd/mm/aaaa), Sección, página/s.

Ejemplo:

Alarmante presencia de menores de corta edad en hechos de naturaleza penal. *El Día*, 02/11/2011, Opinión, p.4.

Referencias de tesis

APELLIDO, Nombre del autor (año de publicación). *Título de la tesis (en cursiva)*. (Grado que se opta entre paréntesis). Lugar: Institución en la que fue presentada.

Ejemplo:

PETTORUTI, Carlos Enrique (2002). *La validez del derecho*. (Tesis de doctorado). La Plata: UNLP

Referencias de actas emanadas de Congresos, Jornadas, Reuniones

NOMBRE COMPLETO del congreso, jornada o reunión (entre paréntesis número de la conferencia: año y si los hubiere mes y día/s en que se realizó el evento, lugar del evento). *Título de la publicación (en cursiva)*. Lugar de publicación: Editor o Institución/es patrocinante/s, año de publicación. ISBN (lugar de publicación y editorial deberán separarse por dos puntos).

Ejemplo:

CONGRESO IBEROAMERICANO DE INFORMÁTICA Y DERECHO (III: 1992 septiembre 21-25, Mérida, España). *Informática y derecho: Actas*. Mérida: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura, 1994. ISBN 8488861028, 9788488861023.

Referencias de ponencias presentadas en Congresos, Jornadas, Reuniones

APELLIDO, nombre del autor (año). "Título de la ponencia", en: *nombre del Congreso, Jornada, o Reunión* y entre paréntesis (número: año mes día/s, lugar del evento). Título de la obra emanada del evento y en la cual se encuentra publicada la ponencia. Lugar de publicación: Editor o Institución/es patrocinante/s (separados por dos puntos).

Ejemplo:

ALENDE, Jorge Oscar (1985). "Flujo de datos transfronteras y subdesarrollo", en: *Jornadas Internacionales de Informática al Servicio del Derecho* (1^a: junio 6-9, Mercedes, Argentina). Actas de la Jornada. La Plata: Dirección de Impresiones del Estado y Boletín Oficial.

Referencias de sitios web

Título de la página web. Editor (fecha de publicación). Disponibilidad. [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa]

Ejemplo:

IAPG. Instituto Argentino del Petróleo y del Gas (2012). Disponible en: www.iapg.org.ar [Fecha de consulta: 23/11/2011].

Referencias de documentos publicados en Internet

• Libro electrónico

APELLIDO, Nombre del autor (año de publicación). *Título del libro* [on line]. Lugar de publicación: Editorial. Disponible en: dirección de la página web. [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa].

Ejemplo:

ORLANDO, Marcela y OZOLLO, Fernanda (2005). *Formulación de proyectos culturales* [on line]. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo. Disponible en: <http://bdigital.uncu.edu.ar/1098>. [Fecha de consulta: 23/11/2011]

• Artículo de revista

APELLIDO, Nombre completo del autor (año de publicación). "Título del artículo" o, en: *Título de la revista* [on line], Lugar de publicación, número del volumen y/o número de entrega. Disponible en: dirección de la página donde se localiza el artículo [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa]

Ejemplo:

VEGA ALMEIDA, Rosa Lidia (2006). "La relación dialógica entre la planificación estratégica y el aprendizaje organizacional", en: *ACIMED* [on line], La Habana, 14(6). Disponible en: http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol14_6_06/aci09606.htm [Fecha de consulta: 04/11/2011].

• Tesis

Ejemplo:

BRUCKMAN, Amy Susan (1997). *MOOSE Crossing: Construction, community, and learning in a networked virtual world for kids* (Tesis de Doctorado) [on line]. Disponible en: <http://www-static.cc.gatech.edu/~asb/thesis/> [Fecha de consulta: 21/11/2011]

• Ponencia

Ejemplo:

ABDO FEREZ, María Cecilia (2008). *Los procesos de individuación en Spinoza y Leibniz: Cuerpos, representaciones y organización*, en: Jornadas de Investigación en Filosofía (7ª, 2008 noviembre 10-12, La Plata, Argentina) [on line]. La Plata: FAHCE-UNLP. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar> [Fecha de consulta: 23/11/2011]

• Legislación

La legislación se citará a continuación de las referencias bibliográficas.

Tipo de norma, N° de norma (si fuera un decreto o una resolución, a continuación del n° se coloca una barra y luego el año), título oficial de la norma si lo tuviere, título de la publicación oficial en la que fue publicada, lugar, fecha de publicación utilizando el formato dd/mm/aaaa

Ejemplos:

Ley nº 26600. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/07/2010.

Decreto 1224/2007. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11/09/2007.

Resolución 309/2009. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30/04/2009.

• Jurisprudencia

Las citas de fallos se harán a continuación de las referencias de Legislación.

Los datos de los fallos se citarán en el siguiente orden:

Sigla del tribunal del que emanó el fallo, lugar (si fuera un fallo de cámara provincial), sala (si correspondiera), fecha del fallo con el formato dd/mm/aaaa, carátula entre comillas. *Título completo de la revista en la que se encuentra publicado (en cursiva)*, año **guión** letra y/o número del tomo **guión** página.

Los fallos localizados en bases de datos on line, se citarán con el siguiente formato:

Sigla del Tribunal, sala (si correspondiera), fecha del fallo dd/mm/aaaa, Carátula [on line]. Disponible en: dirección del sitio donde se localizó el fallo [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa]

Ejemplos:

CNCiv., sala K, 30/09/2003, "Piazzolla, Daniel c/Telefónica Argentina S. A. s/ daños". *La Ley*, 2003-F-582.

CCiv., Lomas de Zamora, sala I, 10/03/2011, "Celelier, Dora Alicia c/ Parra, Juan Carlos s/ escritura-ción" [on line]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is>. [Fecha de consulta: 21/11/2011]

Citas de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se citarán con la voz Fallos (que significa Colección de Fallos), seguida de un espacio y del tomo y página separados por dos puntos.

Ejemplo:

Fallos 301:423

Si la sentencia no se encontrara incorporada a la Colección de Fallos, podrá citársela indicando la publicación jurídica de la que se la hubiera tomado. Si el fallo no estuviera publicado, se lo citará con la sigla o abreviatura CSJN (sin puntos intermedios), seguida de una coma, la identificación utilizada por la Corte, el nombre completo del caso entre comillas, una coma y la fecha de la sentencia.

Ejemplo:

CSJN, S. 79. XXIV. "Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. s/impugnación de actas", 4-5-95.

• Otros documentos consultados

Bajo este epígrafe se enlistarán las referencias correspondientes a aquellos documentos que no se incluirán en la Bibliografía, como por ejemplo obras de referencia (diccionarios, enciclopedias), sitios web consultados en general (no documentos en particular tomados del sitio).

Se ordenarán alfabéticamente por título, siguiendo las pautas establecidas en el presente anexo para cada tipo de documento.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2DA. QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2017
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

