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

**Universidad
Nacional
de La Plata**

ANALES

DIRECTOR
JUAN CARLOS CORBETTA

**AÑO 7
/ N° 40
NUEVA
SERIE
2009/2010**

CONSEJO HONORARIO EDITORIAL

Profesores Extraordinarios Eméritos:

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

Profesores Extraordinarios Consultos:

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

Profesores Extraordinarios Honorarios:

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

CONSEJO CONSULTIVO EXTRAORDINARIO

ALBERTI, Giorgio (Univ. Bologna)

AUGE, Marc (E.H.E.S. París)

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

BIRNBAUM, Pierre (Univ. Sorbonne)

CAMPI, Alessandro (Univ. de Perugia)

CAPPELLETTI, Mauro (en homenaje)

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

DE VERGOTTINI, Giuseppe (Univ. de Bologna)

DEL AGUILA, Rafael (Univ. Autónoma de Madrid)

FERNANDEZ SEGADO, Francisco (Univ. Complutense)

FIX ZAMUDIO, Héctor (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM)

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

GARCIA PELAYO, Manuel (en homenaje)

GUIDDENS, Anthony (London School of Economics)

HELD, David (London School of Economics)

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

JIMENEZ DE PARGA, Luis (Univ. Complutense)

JIMENEZ DE PARGA, Manuel (Emérito Univ. Complutense)

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

LINZ, Juan (Emérito Univ. de Yale)

LUHMANN, Niklas (Univ. de Níelfeld)

MOLINA, Jerónimo (Univ. de Murcia)

MONTERO, Ramón (Univ. Autónoma de Madrid)

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

PAREJO ALFONSO, Luciano (Univ. Carlos III)

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

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

ROSANVALLON, Pierre (E.H.E.S. París)

RUBIO LLORENTE, Francisco (Univ. Complutense)

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

SANTAMARIA, Julián (Univ. Complutense)

TARZIA, Giuseppe (en homenaje)

TOMAS Y VALIENTE, Francisco (en homenaje)

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (Univ. de Chile)

VAZQUEZ SOTELO, José Luis (Univ. de Barcelona)

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Abog. Hernán R. GOMEZ
Decano

Abog. Vicente S. ATELA
Vicedecano

HONORABLE CONSEJO DIRECTIVO

Consejeros Directivos Titulares

Profesores:

Abog. Angel E. GATTI
Abog. Vicente S. ATELA
Abog. Marcelo KRIKORIAN
Abog. Juan Carlos MARTIN
Abog. Martín CARRIQUE
Abog. Sergio DELUCIS
Abog. Liliana ZENDRI

Jefe de Trabajos Prácticos:

Abog. Edwin MONTERO LABAT

Graduados:

Abog. Manuel BOUCHOUX
Abog. Federico AYLLON

No Docentes:

Sra. Cecilia SAUER

Estudiantes:

Sr. Luis María NIELSEN
Sr. Gerardo CAMPIDOGLIO
Srta. Mariela MURUA
Sr. Matías BALSAMELLO
Srta. Celina TIDONI

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

Secretaria de Redacción: Abog. Rita M. Gajate
Comité Ejecutivo (Ad Hoc): Dra. Marisa Miranda;
Abog. Eleonora Elliff; Lic. Elisa Dugini; Prof. Alicia Cap; Lic. Marina Borrell

PRESENTACION

Esta edición de Anales tiene un sabor especial, fundamentalmente por dos razones.

La primera de ellas es que se inscribe dentro del marco del bicentenario de la Revolución de Mayo.

Esta fecha que ha tenido amplia repercusión mediante un cúmulo de actividades culturales desplegadas a lo largo y ancho del país, significa para nuestra centenaria Facultad una excelente oportunidad de reafirmar su compromiso institucional con los principios de democracia plena que han permitido que nuestro país crezca a lo largo de estos doscientos años.

Tiempo suficiente éste para realizar también un balance sobre los logros alcanzados y las deudas pendientes.

Este volumen de Anales ha tratado a través de la fina profundidad de nuestros docentes de abarcar esa problemática con una mirada primordialmente jurídica.

El éxito de la tarea desplegada se verá reflejado en el aporte que esta elaborada obra produzca en pos de un avance de la ciencia jurídica en la Argentina.

Progreso que no será tal si no se exterioriza a través de un mejoramiento de las condiciones de vida de nuestros congéneres en lo que hace fundamentalmente al goce de sus derechos fundamentales.

Ese es el objetivo esencial de nuestra tradicional publicación, y ése es también el compromiso cotidiano de esta Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

En segundo lugar, este número de Anales implica la asunción de un nuevo desafío en cuanto a la calidad de la tarea de investigación, pues por primera vez ha sido sometida al régimen de referato.

Esta exigencia ineludible para aquellas obras que desean ocupar un lugar de privilegio dentro de la literatura jurídica ha sido asumida con humildad y responsabilidad por los destacados participantes de este número.

Es éste también un reflejo del respeto que posee en el seno de nuestra Facultad la tradición que marcaran ilustres autores que dieron vida y mantuvieron en su esplendor a nuestra querida Anales.

Se impone, entonces, un agradecimiento institucional sincero hacia todos ellos y particularmente hacia el Director de Anales, Dr. Juan Carlos Corbetta.

Es por todo ello que queremos compartir con Ud. lector esta obra.

Lo hacemos con un dejo de orgullo pero esencialmente con un sentimiento de gratitud hacia nuestra Universidad Nacional de La Plata que nos permite reintegrar a la sociedad argentina la confianza que ha depositado en nosotros.

Afectuosamente.

HERNÁN R. GÓMEZ
Decano

SUMARIO

Revolución de Mayo

La crisis del régimen. El final de la dependencia POR EDUARDO MARTIRÉ	1
Juan - Jacobo Rousseau: sus consecuencias en la ideología de mayo POR HORACIO SANGUINETTI	6
La constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el proceso constituyente POR ALBERTO RICARDO DALLA VIA	17
De “el pueblo quiere saber de qué se trata” a “que se vayan todos”. Razón y pasión, recuperando la política POR SOLANGE DELANNOY	34
El Primer Centenario de la Revolución de Mayo POR CARLOS A. MAYÓN	47
Breve historia del derecho público bonaerense POR CARLOS A. BOTASSI.....	63
La Memoria Histórica de Mariano Moreno POR RAMÓN TORRES MOLINA	84
Dardo Rocha: fundador y jurista. Primer Centenario y Bicentenario POR MANUEL URRIZA.....	105
La influencia del contexto internacional en el pensamiento de los revolucionarios de Mayo POR BRUNO TONDINI	109

Documentos

Acta del día 25 de mayo de 1810	124
Acta de la Instalación de la Junta	125
CENTENARIO DISCURSO DEL PRESIDENTE JOSÉ FIGUEROA ALCORTA.....	127

VIII

SESQUICENTENARIO

DISCURSO DEL PRESIDENTE ARTURO FRONDIZI	131
---	-----

BICENTENARIO

DISCURSO DE LA SRA. PRESIDENTE CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.....	134
--	-----

SECCIONES

Criminología

Gabriel Tarde y la criminología menor

POR EZEQUIEL KOSTENWEIN	135
-------------------------------	-----

Derecho Administrativo

El sistema argentino de control judicial de la Administración

POR TOMÁS HUTCHINSON	152
----------------------------	-----

Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires. Experiencia y actualidad

POR MÓNICA GRACIELA ANDRIEU	180
-----------------------------------	-----

Derecho Civil

El objeto de la obligación

POR NICOLÁS JORGE NEGRI	194
-------------------------------	-----

Derecho Comercial

El fideicomiso y las acciones revocatorias concursales

POR ADALBERTO LUIS Busetto	211
----------------------------------	-----

Derecho Constitucional

¿Hacia un presiden(cialismo) popular-acelerado? Desafíos y “nuevas” reglas de juego en la 1ª Constitución de Ecuador del siglo XXI

POR MIGUEL A. BENEDETTI	229
-------------------------------	-----

Dos siglos de vida independiente en el Cono Sur ¿de la democracia representativa a la democracia participativa?

POR MARIA DE LAS NIEVES CENICACELAYA.....	244
---	-----

El recurso extraordinario de inconstitucionalidad y la declaración de inconstitucionalidad de oficio

POR VALERIA L. ANSELMINO	255
--------------------------------	-----

Derecho de la Integración

Las retenciones a las exportaciones ante el ordenamiento jurídico del MERCOSUR. La CSJN va al Tribunal Permanente de Revisión. Análisis desde el Derecho Constitucional, de la Integración y del Internacional Económico

POR VICENTE S. ATELA - RITA M. GAJATE - LAUTARO M. RAMÍREZ	272
--	-----

Derecho de la Navegación

Potestades provinciales en materia pesquera

POR EDUARDO ADRAGNA	290
---------------------------	-----

Derecho de Minería y Energía

Renta petrolera POR HÉCTOR L. IACOMINI	295
---	-----

Régimen legal en inversiones mineras POR JULIA CATALINA D'ANNA.....	308
--	-----

Derechos del Niño

De niños y penas: Notas sobre el proceso de reforma en materia de infancia y adolescencia en la provincia de Buenos Aires POR ERNESTO DOMENECH - MARÍA JOSÉ LESCANO - INÉS JUAREGUIBERRY	319
---	-----

Derechos Humanos

Vindicación de la participación política de las mujeres. Participación política femenina a dos siglos de la Revolución de Mayo: de la exclusión absoluta a las acciones afirmativas POR MARÍA VERÓNICA PICCONE.....	330
--	-----

La sobredeterminación del discurso jurídico en materia de derechos sociales y derechos humanos POR FEDERICO SAGGESE	340
--	-----

Derecho Internacional Privado

Cobro de alimentos en el extranjero: Prolegómenos y estado actual del Convenio de La Haya sobre cobro de alimentos para los niños y otros miembros de la familia y de su Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias POR LILIANA ETEL RAPALLINI	354
---	-----

Derecho Notarial

Ventajas de la Publicidad Registral. Comunicación de subasta POR NATALIA LORENA BARRIVIERA - LORENA MUÑOZ.....	365
---	-----

Derecho Político

Notas sobre teoría del Estado POR MARIO H. RESNIK.....	377
---	-----

Derecho a ser elegidas o el cupo femenino POR MARÍA MONSERRAT LAPALMA.....	390
---	-----

De Mayo a Mayo (1969-1973). Surgimiento y proyección de las guerrillas en la Argentina POR MARTÍN LEONARDO CABRERA	402
---	-----

Derecho Procesal

Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo POR ROBERTO O. BERIZONCE	417
--	-----

El Juicio Abreviado: Una Herramienta Eficaz POR NATALIA ARGENTI.....	433
---	-----

Reforma al sistema recursivo, la interpretación del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires y la posible litigación recursiva en materia de Hábeas Corpus (Por agravamiento de las condiciones de detención) y Medidas de Coerción Personal (plazos irrazonables de la prisión preventiva). POR AGUSTÍN MATÍAS LAVALLE.....	447
<i>Derecho Público Provincial</i>	
El anacrónico Régimen Municipal Bonaerense POR RICARDO PABLO RECA	457
El derecho público provincial y municipal: Algunas reflexiones acerca de la disciplina y su historia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata POR VICENTE SANTOS ATELA	468
La autonomía municipal POR DARDO R. DIFALCO	479
<i>Derecho Social</i>	
Los principios del derecho del trabajo POR JUAN IGNACIO ORSINI	489
<i>Derecho y Nuevas Tecnologías</i>	
Estado de la cuestión en la relación entre derecho e informática POR NOEMÍ L. OLIVERA	507
Análisis de la Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet POR JOSÉ MARÍA LEZCANO.....	518
<i>Economía Política</i>	
La hiperinflación de 1989/90. Aportes y reflexiones sobre un episodio que marcó la historia argentina POR MARCELO A. KRIKORIAN	533
La situación del financiamiento a cooperativas de servicios públicos de la provincia de Buenos Aires en el bicentenario POR CARMEN ROSA SCHAPOSNIK	547
<i>Filosofía de Derecho</i>	
Principios jurídicos y principios bioéticos. Separación, vinculación, integración POR EDUARDO LUIS TINANT	560
<i>Finanzas y Derecho Financiero</i>	
La Liquidación Express: La Reforma del art. 39 bis del Código Fiscal ¿implica un mal uso del Gobierno Electrónico? POR MARIANELA E. FERNÁNDEZ - LUIS A. MENNUCCI.....	573

Integración Latinoamericana

La integración latinoamericana: entre la unidad y la fragmentación POR NOEMÍ B. MELLADO	583
--	-----

Introducción al Derecho

Algunas consideraciones en torno a los principios POR MARÍA LAURA DELUCCHI.....	597
--	-----

Sociología Jurídica

Llegar a La Plata y recibirse de abogados/as, ayer y hoy POR OLGA SALANUEVA - MANUELA GONZÁLEZ	608
---	-----

La formación profesional de los abogados en la Provincia de Buenos Aires: análisis comparativo desde los planes de estudio vigentes POR CAROLA BIANCO Y COLABORADORES	619
--	-----

La alfabetización jurídica en las facultades de derecho: Extensión o comunicación? POR CRISTIAN A. FURFARO	632
---	-----

Violencia familiar: Detección, abordaje y tratamiento desde el ámbito escolar en tres casos de escuelas bonaerenses de la ciudad de La Plata POR VERÓNICA AMALIA CEJAS	643
---	-----

Comentario Bibliográfico

La naturaleza del Estado Soviético. El estado capitalista degenerado, por MARÍA JULIA AMILCAR (Ediciones Suárez, Mar del Plata).....	657
--	-----

La investigación penal y las garantías constitucionales, por RICARDO PINTO (La Rocca, Buenos Aires, 2010).....	660
--	-----

Poesía

LA PLATA.....	663
---------------	-----

La crisis del régimen. El final de la dependencia

POR **EDUARDO MARTIRÉ** (*)

Las nuevas riendas con que se gobernaban los Reinos de América, una vez asentados los Borbones en el trono español después de la muerte del último de los Austrias Carlos II sin dejar descendencia, colocados al servicio de la metrópoli y considerados como una “colonia” al estilo francés, con el cada vez más acentuado criterio discriminatorio hacia el nacido en sus tierras, tenía que generar resistencias y un espíritu de cuerpo o de “patria americana” que se oponía al de “patria peninsular”.

En ese sentimiento se enrolaba especialmente el elemento criollo, esto es el de aquellos habitantes de raza blanca descendientes de españoles nacidos en América, ya que los indios y negros carecían de un imaginario semejante. Criollos que mediante la adquisición de cargos por compra o de cualquier otra manera se habían ido apoderando de los resortes del poder político y económico de América y que ‘verían, a partir de la segunda mitad del XVIII y como resultado principal de la política del Carlos III y su todopoderoso ministro de Indias José de Gálvez, como perdían esas situaciones, ya sea por la gestión directa de los bienes de la Hacienda Real, como recaudaciones de impuestos y gabelas, cuyas concesiones a particulares desaparecieron, ya sea por su reemplazo de las posiciones lentamente alcanzadas al cabo de dos siglos, reemplazados por una nube de funcionarios venidos de fuera, sin compromisos con el elemento local ni sus intereses (la burocracia ilustrada), que se instalaban en las nuevas y viejas funciones del Estado para insuflarles el nuevo estilo, o bien se desparramaban por América a fin de aprovechar las nuevas situaciones económicas, sobre todo en el comercio, desalojando a sus anteriores beneficiarios. Esta “oligarquía” anticriolla de nuevo cuño alcanzó poderes singulares en los principales centros coloniales, al amparo de la nueva situación y del calor oficial, decididamente inclinado a favorecer a los españoles peninsulares, en detrimento de los españoles americanos que, como era voz corriente, no eran gentes de fiar.

Ello tenía una explicación racional de aparente lógica para la nueva dinastía, la situación crítica en que se encontraba la Península, falta de fondos y en estado de bancarota, agravada con la consecuencias de la guerra de sucesión, exigía drásticas medidas. La mejor receta para el metropolitano galo, heredado por los Borbones españoles, era la explotación en su provecho de las extensas y ricas posesiones americanas, que mediante una silente y persistente acción tolerada por el Trono, habían llegado a gozar de sus propias economías, alcanzado una situación político-económica que un americanista del calibre de John Lynch, ha considerado de virtual independencia. El ejemplo en que se miraban los Borbones eran las diminutas colonias o factorías de Francia en las Antillas, que producían más beneficio a su metrópoli que los extendidos territorios españoles en América y Asia, de riquezas incomparablemente mayores que aquellas.

A ello se acompañaba el paradigma del manejo del Estado que encabezaba airoosamente la nueva Corona, de origen francés, cuyo máximo exponente en su tierra, Luis XIV, había terminado por gobernar su país con un puñado de funcionarios adictos, sin consejos o juntas que entorpecieran la voluntad del rey, voluntad que -demás está decirlo- era la ley a la que todos debían estarle sometidos, menos el propio monarca, que solo respondía ante Dios, que era quien lo había ungido. El Obispo francés Jacobo Bossuet había desarrollado esta tesis, acerca de la amplitud de las atribuciones del

(*) “Miembro de número de las Academias Nacionales de la Historia (en la que ejerce actualmente la presidencia) y de Ciencias Morales y Políticas; miembro correspondiente de la Real Academia de Historia de España y de la Academia Chilena de la Historia, entre otras prestigiosas instituciones y academias del país y del exterior. Fue profesor catedrático y titular de historia del derecho en la Facultad de Derecho de la UBA, UCA, USAL y UMSA, en la cual actualmente dicta un curso de doctorado. Es autor de numerosos libros y artículos. En los últimos años se ha dedicado a investigar las emancipaciones americanas.”

soberano y de la sacralización de su persona, puesta por sobre todos los hombres por el propio Señor, en su muy difundida obra “Política deducida de la Sagrada Escritura” (1709, traducida al español en 1743).

Digamos por tanto que a la necesidad económica-fiscal de lograr un mayor provecho de los reinos de las Indias, a los que se convertía en colonias al estilo clásico -al servicio de su matriz- se sumaba la coincidencia doctrinaria de una nueva política de gobierno más ajustada a las órdenes de Madrid y una centralización tal que dejara de lado los compromisos, los disimulos y las contemplaciones, en suma los “acuerdos” en el gobierno de las Indias. Digamos, por otra parte, que el primer Borbón Felipe V estrenaría su nueva política unificadora, de cerrada centralización y de sumisión a su voluntad regia, en la propia Península, con los célebres decretos de Nueva Planta con que aplicaba como respuesta a los territorios que habían demostrado sus simpatías por el pretendiente austriaco en la reciente guerra de sucesión en que el nuevo rey había triunfado.

La aparición de nuevos órganos de gobierno, como las Secretarías del Despacho, en directa conexión con el rey, y el detrimento de las atribuciones de los antiguos Consejos, para América el de Indias, creado hacia 1525, o la Casa de la Contratación, más antigua aún, eran expresiones de una centralización nueva para el gobierno de América.

La desconfianza hacia el criollo, acentuada en esta centuria, afectaba las relaciones con el poder central. Un inteligente observador extranjero como fue el Barón de Humbolt, luego de señalar a fines del siglo XVIII, la discriminación que se hacía en América a la hora de cubrir cargos oficiales, en detrimento de los criollos, sostenía que había encontrado un sentimiento profundamente americano en esas tierras (se trataba de Nueva España, pero es válida la observación para el resto de América), pues los criollos preferían llamarse americanos a españoles y se les oía decir con orgullo “yo no soy español, soy americano”, lo que descubría a su entender los síntomas de un antiguo resentimiento.

El centralismo y la unificación en que se embarcaba con férrea decisión la administración Borbónica al hacerse cargo del trono español después de 1700, a la muerte de Carlos II el último de los Austrias, conlleva el abandono de un sistema que había servido para gobernar esos inmensos y lejanos territorios sin mayores esfuerzos mediante un reducidísimo contingente de gentes de armas (los conocidos “fijos” y las guarniciones de los presidios). América se mantenía unida al trono mediante unas formas de gobierno descentralizadas en lo local, y estaba unida a la Corona mediante un pacto no escrito que fue admitido por la propia ley indiana. Es decir mediante una sumisión directa al monarca (*Las Indias son del Rey de España, no de España ni de los españoles —será uno de los lemas de la emancipación*). Si otros territorios exhibían pactos de incorporación o adhesión que no podían ser violados, América carecía de ellos, la Corona podía hacer con América lo que quisiese, pero sin embargo las enormes distancias que la separaban del centro del poder, una realidad americana absolutamente inédita, el espíritu levantisco de sus habitantes, las diferentes grupos sociales: españoles peninsulares, criollos, indios, negros, mestizos y numerosas castas producto de una mezcla insólita de razas, como nunca se había dado en el mundo conocido, etc., hacían que la Corona estuviese obligada a mirar aquellos inmensos y lejanos territorios con gran prudencia y tratase de mantenerlos en sumisión mediante una política que a todos contestase y que evitase insubordinaciones y alzamientos. Esa situación favorecía el particularismo y la permanencia de tendencias e intereses locales, a veces opuestos entre sí y hasta con la propia Corona, para tolerar un sentimiento -si no de independencia- al menos de autonomía. Situación que había mantenido a América por siglos y cuya sumisión se había manifestado a comienzos del XVIII, colocándose al lado del heredero legítimo de la Corona durante la guerra de sucesión producida con la muerte de Carlos II. Para los americanos la opción no podía ser otra, debía apoyarse la continuidad, y así frente al pretendiente austriaco, se aceptó el heredero oficial, el Duque de Anjou, nieto del rey francés Luis XIV, que había sido llamado al trono por el testamento del rey muerto y que asumiría como Felipe V.

A este sistema de gobierno de consenso y compromiso, expresado en los órganos de administración especiales para las Indias, se sumaba la existencia de un régimen legal que se había edificado sobre la base de la interpretación de la ley que llegaba de Madrid para adecuarla a las propias circunstancias de tiempo y lugar, ya que la realidad americana resultaba inédita, como también el respeto por la

vigencia de un poderoso derecho consuetudinario, integrado por costumbres hispano-indianas, nacidas de la convivencia de españoles y criollos desde los remotos tiempos del descubrimiento, y por costumbres aborígenes que habían pasado con éxito el hito de la conquista cuando no se oponían ni a la religión ni al derecho del país conquistador, sumado inclusive a la vigencia -muy condicionada por cierto- de usos traídos del África natal por los contingentes de esclavos que en algunos centros de América Central eran numerosos.

Digamos que las reformas introducidas en este sistema de gobierno, rápidamente explicadas más arriba, hirió muchos intereses y preparó el clima de una explosión si no inesperada al menos sin el alcance que tuvo al final.

En 1805 la derrota de Trafalgar interrumpió las comunicaciones normales de la Península con sus dominios americanos por efecto de la destrucción de la marina española, que estaba junto a Francia en su lucha con Inglaterra y la preponderante presencia de esta última, su ancestral enemiga, en los mares. El aislamiento en que se encontraron las colonias hizo que en ellas se desarrollaran con más fuerza los sentimientos encontrados de criollos y peninsulares y que la desconfianza hacia los primeros fuese incrementándose, juzgándose en general que su espíritu de autogobierno podía transformarse en intento de independencia, fomentado por las otras potencias coloniales, en especial Inglaterra y pronto por la misma Francia bonapartista, hasta entonces aliada de España.

En realidad el secular resentimiento entre criollos y peninsulares aumentaba con la nueva política impuesta a partir del XVIII que se concretaba en su desplazamiento de los cargos públicos, fruto de una discriminación cada vez más acentuada. Siempre había habido descontentos y expresiones de protesta en América, pero en el siglo XVIII estas se habían multiplicado de manera asombrosa, como pústulas de un cuerpo enfermo. Si en América existían celos y rivalidades internas, entre criollos, indios, negros y castas, pronto todos ellos se unirían a la hora de enfrentarse a las nuevas riendas con que se deseaba conducir América.

Una severa recolección de nuevos y viejos impuestos que se transformaba en exacciones fiscales insoportables, estancos de tabaco, pólvora, aguardientes, etc., sumaban rencor al resentimiento. Las “visitas” encomendadas desde Madrid no se dirigían a restañar abusos como se decía y era tradición de la administración española, sino a aumentar las rentas fiscales y lograr un mayor aprovechamiento directo por la Corona de las riquezas americanas, con la prohibición de industrias y otras actividades cuando competían con las peninsulares. La expulsión de la Compañía de Jesús fue un tremendo golpe para los americanos, pues los padres jesuitas habían sido los educadores de América y mantenían un sistema de reducciones indígenas ejemplar. Un nuevo régimen de gobierno y hacienda mediante la instauración de las Intendencias en 1782 de raigambre francesa acentuó el centralismo y la dependencia. La legalización de los odiados “repartimientos” de mercaderías inservibles a los indígenas, es decir las ventas forzadas efectuadas por los propios corregidores de indios, para acrecentar el provecho fiscal y los nuevos empadronamientos de tributarios, con el mismo objeto, hicieron estallar el mundo indígena del alto y bajo Perú (Tupac Amaru, 1780/1781).

En América del Sur las invasiones inglesas al Río de la Plata (1806/1807), con la breve toma de la ciudad de Buenos Aires por los invasores, fue un hecho emblemático para toda América. Los ingleses fueron valientemente rechazados por las milicias locales, que recuperaron el territorio invadido y rechazaron un nuevo intento de ocuparlo, convirtiendo a su líder Santiago de Liniers, un francés al servicio del rey español, con muchas simpatías criollas, en el héroe indiscutido de esas jornadas. La reacción popular contra el Virrey español Marqués de Sobre Monte, a quien imputaban haber abandonado la ciudad a su suerte, en tanto aseguraba la suya, fue feroz y las autoridades locales, la Audiencia que había asumido el mando y el Cabildo, solicitaron a España la exaltación del militar triunfante, Santiago de Liniers, al solio virreinal. Así ocurrió, la Corona atendiendo esas súplicas, lo designó virrey del Río de la Plata y le concedió el título de Conde de Buenos Aires.

Las milicias rioplatenses, nacidas a consecuencia de ese conflicto armado, se integraron con un gran número de criollos que ante la escasa presencia de fuerzas regulares peninsulares fueron un fac-

tor importante de poder, al que desde ahora habría que tener en cuenta. Por lo demás quedó claro que ante una emergencia semejante la Corona no podía enviar ni un fusil en auxilio de sus “colonias”.

Cuando en la Península se produce la invasión napoleónica y con ello los terribles sucesos de 1808 (invasión francesa por Napoleón, hasta entonces el aliado más estrecho de España, deposición del monarca reinante Carlos IV, con motivo del llamado motín de Aranjuez, producido por intrigas de su hijo y heredero que asume la Corona como Fernando VII, sustitución de ambos por Napoleón primero y por su hermano José más tarde y a su vez la lucha por la reconquista del territorio ocupado, después de los sucesos de 2 de mayo), América recibe esas noticias con sorpresa. Pero termina interpretándolas como el fin de una época, o lo que es peor como el fin de España en manos de Napoleón, por entonces el amo de Europa.

Las noticias llegan, primero, con una declaración de la Junta Soberana de Sevilla que conmina a la obediencia a las colonias, ante el peligro de ser tentadas por la nueva dinastía napoleónica y requiriendo el envío de fondos. Luego se conocen la formación en Aranjuez de la Junta Suprema de España e Indias, que se hará cargo del gobierno de España y sus dominios mientras se encuentre el rey preso. No olvidemos que los Braganza huyendo de Napoleón se instalarán en el Brasil y desde Río de Janeiro la esposa del Regente de Portugal, e infanta de España Carlota Joaquina, pretende asumir el gobierno de América, provisoriamente ejerciendo la regencia, o definitivamente como legítima soberana ante la desaparición del trono español de su padre Carlos IV y la salida de España de sus hermanos, comenzando por el nuevo rey, Fernando VII, preso en Francia. Una certificación casi oficial de que España había acabado en manos de Bonaparte.

Pasemos ahora a ocuparnos del Río de la Plata, que ofrece un panorama bastante diferente del resto de los territorios españoles. Por lo pronto esa zona del lejano sur no había recibido especial atención por la Corona hasta la segunda mitad del siglo XVIII, cuando las nuevas ideas económicas del siglo comenzaron a dar importancia, no ya a los distritos con riquezas mineras (que no poseía el Río de la Plata), sino a los territorios que podían ser aptos para una explotación agrícola o ganadera, y que aún alejados serían lugares de vigilancia y control del vasto imperio colonial. Uno de los temas que más importaron a esta zona fue la nueva estructura que se imprimió desde Madrid al comercio con los dominios de ultramar.

Buenos Aires estaba fuera de las rutas habituales y sufría un sistema que conducía sus mercaderías llegadas desde España a Lima y desde allí por tierra hasta Buenos Aires. La respuesta lógica a este absurdo sistema de comercio fue el florecimiento del contrabando que se ejercía en Buenos Aires y Montevideo con el beneplácito de sus autoridades, cuando no con su complicidad directa. Las reformas de 1778 es decir el llamado Reglamento de Libre Comercio entre España e Indias abrieron las puertas de Buenos Aires al comercio internacional y si atenuaron el contrabando no lo suprimieron enteramente.

Su Virreinato creado dos años antes tuvo a Buenos Aires como cabecera de un extenso distrito que abarcaba desde el Alto Perú y Paraguay hasta el extremo sur del continente. La expedición militar española puesta al mando de Pedro de Cevallos, el primer virrey del Río de la Plata, había detenido los avances portugueses sobre esa zona, que adquiriría ahora una nueva importancia y se beneficiaba con los decretos de libre internación del virrey que invertía la ruta del comercio, que de ahora en más entraría y saldría por Buenos Aires, cimentando su fortuna.

Cuando se supieron en Buenos Aires los sucesos de 1808 y el nuevo gobierno de la Junta Central y Suprema, se avivaron aquí los celos con el Virrey Liniers, de origen francés. Lo cierto era que Buenos Aires y su flamante Virreinato pareció un teatro propicio para ensayar algún movimiento sedicioso aprovechando la oportunidad inédita que le ofrecían los sucesos europeos.

Los enemigos de Liniers, que nunca faltan a un gobernante y que en este caso se nutrían del enfrentamiento entre criollos y españoles, y de su nacionalidad francesa, ya que el virrey parecía apoyarse en los primeros en detrimento de los segundos, provocaron algunos movimientos internos. Uno de ellos, encabezado por el Alcalde Martín de Alzaga pareció tener suficiente apoyo, aunque sin lograr

su propósito de sustituir al Virrey. Lo cierto es que los informes interesados llegados a la Junta Central decidieron a esta a dar por terminadas las funciones de Liniers y remplazarlo por un militar español Baltasar Hidalgo de Cisneros, quien arribó al Río de la Plata decidido a deshacer el prestigio de Liniers, sospechado de afrancesamiento.

Cuando la Junta Central ante la presión de las armas napoleónicas debió disolverse y refugiarse en la Isla de León en Cádiz, constituyendo el Consejo de Regencia, que la remplazó, sin títulos para hacerlo, pareció que en verdad España había desaparecido y que era llegado el momento de sacudir una dependencia que como hemos dicho resultaba innecesaria y agobiante.

En Buenos Aires, sin embargo la situación era algo diferente. Ya hemos dicho que su prosperidad era reciente, el virreinato se había creado en 1776 y poco más adelante la Audiencia y el Consulado. Fue un lugar propicio para que un sin número de recién llegados, de españoles peninsulares, encontraran en esas tierras el lugar más adecuado para progresar, prescindiendo del elemento criollo. Ocuparon los principales puestos del gobierno y de la economía en plena expansión.

Un ejemplo representativo de este grupo de españoles peninsulares dueños del poder y del dinero era precisamente ese Alcalde de Primer Voto Martín de Alzaga, que llegado al Río de la Plata en busca de fortuna de su vasconia natal, sin siquiera saber hablar el castellano, donde una dilatada familia y escasos recursos no le prometían mucho, terminó convirtiéndose al cabo de veinte años en el hombre más rico del Virreinato, miembro destacado del Cabildo, Prior del Consulado y dueño de una flota mercantil propia con delegaciones en los más importantes puertos de América y Europa. Era de los que despreciaban el elemento local y se sentían, como dirá Manuel Belgrano, “dueños de América”.

Cuando las novedades peninsulares llegaron a conocimiento de los hombres de Buenos Aires, pareció que había llegado con ellas la oportunidad de poder volver a la época de consenso y autogobierno o -de no lograrlo- el momento de independizarse de una metrópoli que no había podido darle seguridad ante los ingleses unos años atrás y que mantenía una desigualdad de trato que se había endurecido en los últimos años, con olvido de los intereses de América.

Los hechos que siguen todos los conocemos, se convocó un cabildo abierto el 22 de mayo de 1810 que depuso al Virrey Cisneros e instauró una Junta de Gobierno que lo remplazó y expulsó del territorio americano junto con los miembros de la Real Audiencia que no parecieron adictos a la nueva situación. Se enviaron fuerzas militares al interior para asegurar el movimiento revolucionario. En Cabeza de Tigre se decidió el carácter de revolucionario del nuevo gobierno, que no solo se apoderaba del poder y expulsaba al virrey español y a la Real Audiencia, sino que ante la reacción surgida en Córdoba, ejecutaba sin miramientos a su grupo directriz, entre los que se encontraba nada menos que el héroe de las invasiones inglesas, Liniers, que así demostraba en los hechos la lealtad de que se había dudado en España al remplazarlo.

Los Borbones, que quisieron regenerar a España y sus antiguos reinos americanos, convirtiéndolos en colonias a su servicio, y fortalecer el gobierno lábil de los últimos Austrias, a los que remplazaron, concluyeron perdiendo el inmenso imperio heredado.

Se empeñaron en conservarlo mejor al sujetarlo a nuevas riendas, más estrechas y mas convenientes económicamente hablando, pero América, que no se resignó a la nueva situación a que se la llevaba, aprovechó la coyuntura francesa, para separarse de una dependencia que ya se tornaba insoportable y que ni siquiera era capaz de brindarle seguridad. Cuando los gobiernos peninsulares surgidos luego de la prisión del rey en 1808, como las Juntas, la Junta Central o el Consejo de Regencia, demostraron un embozado metropolitano, que repitieron los gobiernos liberales posteriores, no cupo duda alguna, España nunca reconocería la igualdad de trato y de derechos de los americanos. Había razón en lo que decía aquel refrán español de que “nadie come gallina gorda por mano ajena”. ♦

Juan - Jacobo Rousseau: sus consecuencias en la ideología de mayo

POR HORACIO SANGUINETTI (*)

En la historia de Occidente existen pocos individuos que, con su sola elocuencia, su razón y su verbo, hayan producido *consecuencias* tan profundas como Juan-Jacobo Rousseau. Era meramente un intelectual. Pero en las artes, la ciencia, la política, en los modos de la organización social y en la relación del hombre con la Naturaleza, sus ideas removieron infinitos abusos y prejuicios, provocando transformaciones positivas, verdaderamente arrasadoras. El significó un inmenso triunfo de la inteligencia. Por otra parte, los mayores genios de la Humanidad que le siguieron cronológicamente, le son tributarios," Mozart o Darwin, Goethe o Freud, así como los grandes procesos de cambio, sea la pedagogía moderna, la Revolución Francesa, la emancipación americana o el ecologismo contemporáneo.

Su existencia es muy conocida. Él mismo se ocupó, con delectación casi narcisista -en "*Confesiones*" y otros pasajes de su obra-, de consignar fechas, acumular datos, revelar, escudriñar y explicar sus episodios más íntimos. Resulta, en líneas generales un aporte digno de crédito, porque nunca se lo ha impugnado con elementos serios, y algunas investigaciones lo confirmaron.

Esta vida interesa por su tensión, por sus contradicciones, por la profundidad de sus pasiones y miserias. Descendiente de franceses, nació en Ginebra el 28 de junio de 1712, hijo de Isaac Rousseau, un relojero y bailarín, y de Susana Bernarda, bella y sensible burguesa que murió del parto. Tan pronto se definían las características de su existencia: la gracia parisina; el republicanismo de Ginebra; la fantasía de un padre débil pero violento; la ausencia de esa madre que Rousseau buscará en todas las mujeres.

Solitario, algo salvaje y misántropo, fue creciendo Juan Jacobo. Su padre lo entretenía con cuentos extravagantes que exaltaron su temprana sensibilidad. juntos leían hasta el amanecer o se laceraban evocando a la madre. Pero Isaac debió fugar de Ginebra, acusado por herir a un capitán que no lo dejó entrar en sus posesiones. Instalado en Nyon, volvió a casarse. El niño se le reunía esporádicamente, o permanecía con un tío ginebrino, entre lecturas taciturnas y precoces aficiones hacia muchachas mayores que él, sus mamás potenciales. Después de ensayar, sin mayor fortuna, distintos oficios, fue encomendado por un párroco saboyano a cierta señora de Warens, con la esperanza de que ésta, recién conversa, lo ingresara también al catolicismo. Marchaba Rousseau a su encuentro, esperando hallarse con una vieja ceñuda y rigurosa. En cambio, lo deslumhró "*un rostro Heno de gracia, ojos azules, una tez refulgente, un seno de encantador contorno*". De inmediato se sintió católico y dispuesto a dar la vida por su joven "MAMÁ". Esta era una mujer espiritual, sensible, alocada; administraba sus bienes sin ponderación, siguiendo los consejos más caprichosos del amante de turno. Juan Jacobo cayó devotamente bajo su influjo; abjuró en Turín y comenzó a vagabundear asumiendo tareas accidentales: grabador, lacayo, físico, secretario. Trataban de instruirlo, pero sus progresos eran limitados, tanto en la innata tosquedad de sus modales como en la concreción de estudios regulares, dentro del concepto pedagógico de la época, que detestaba. Leía cuanto libro le caía en mano; la música lo atraía también, todo sin orden ni método.

Vuelto en la primavera de 1729 a Annecy junto a Mme. Warens, inició más tarde otro peregrinaje y llegó hasta París, ciudad que no le agradó. Marchaba a pie, alegremente, sin preocuparse por nada

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

-ni por su miseria-, y gozando vorazmente del espectáculo de la naturaleza, cuya fascinación iba a marcarlo decisivamente y con él, a todo el movimiento romántico, que encabezaría. En 1732 volvió con su “mamá”. Ésta se alarmó porque el niño estaba crecido, algunas mujeres lo asediaban, entendió que convenía iniciarlo en los secretos amorosos, salvaguardando su salud física y espiritual. Ella misma se ofreció esforzadamente, pero le impuso un lapso de meditación. Rousseau aceptó trémulo e impaciente y concluyó por enamorarse con una adoración digna de su idiosincrasia, hecha de suspiros, llanto y sobresaltos. Así se iba conformando esta compleja personalidad: el amor por la naturaleza, su torpeza en el trato social, que lo inducía a rebelarse contra las normas establecidas, su devoción por la mujer.

*“objeto seductor y funesto
que adoro y detesto ...”*

tal como la definió en un poema de reminiscencia catuliana

En este tiempo era feliz, aunque no tuviera la exclusividad de su mamá-amante. La compartía, módicamente celoso, con el mayordomo, un joven herborista. Ella aseguraba sin malicia que necesitaba de ambos, y los dos amigos rivales lo toleraban, abrazándose enternecidos a una orden de madame. Cuando el mayordomo murió de una inoportuna pleuresía, Juan Jacobo heredó sus funciones y su levita, pero no supo aconsejar a la señora, ni oponerse, como el otro, a los despilfarros.

Escapó varias veces y frecuentó a otras mujeres, confirmando la idea de que ellas lo comprendían mejor que los varones. Hasta en ese aspecto es Rousseau un producto representativo del siglo XVIII, en el cual las mujeres resplandecieron por mérito propio y por el influjo ejercido sobre tantos hombres valiosos.

Tras nuevas vicisitudes, Mme. Warens se instaló en Les Charmettes, villa deliciosa, a orillas de una fuente. Otro mozo había sustituido a Rousseau, quien esta vez se negó a compartir a madame, aunque consintió en vivir bajo el mismo techo que ella. Emprendía largas caminatas sin rumbo, inspeccionaba el palomar y las colmenas, ahito de naturaleza y bien provisto “de talentos”, como gustaba decir, porque allí, bajo los árboles, completó su formación abrevando en Plutarco, Cicerón, Horacio, Plinio, Arquímedes, Leibnitz, Newton, Pascal y otros clásicos y modernos, entre ellos el “emocionante” Voltaire, que ocuparía un lugar tan importante en su vida y en sus desdichas.

Por fin, partió hacia París. Esperanzado, confiaba en adquirir fama y riquezas con un nuevo sistema de notación musical que había inventado. Pero la Academia de Ciencias rechazó cortesmente la novedad, despertando en él nuevas rebeldías, estimuladas por la tortuosa vida ciudadana que comenzaba a objetar cada vez más. Se dedicó al ajedrez y escribió una *“Disertación sobre la música moderna”*. Entonces obtuvo un cargo de secretario del embajador francés en Venecia.

Llegó dispuesto a trabajar, pero mal prevenido hacia el embajador, señor de Montaigu, un militar sin luces que le regateaba el sueldo y entendía malamente sus obligaciones. Rousseau creyó ser indispensable: se daba aires, se atribuía la salvación del reino de Nápoles, y Montaigu concluyó por despedirlo.

Vuelto a París, gestionó una reparación. Pero no era francés, y las diferencias de rango diluyeron pretensiones. *“Todo el mundo convino conmigo -explicó- en que yo estaba ofendido y perjudicado; en que el embajador era extravagante, cruel e inícuo, y que este hecho le deshonoraba para siempre. ¡Pero qué! Él era el embajador y yo nada más que el secretario.”*

“¿Tengo ascendiente, tengo títulos?. La equidad sin pergaminos, ¿es acaso equidad?. El señor de Montaigu carece de elevación de alma porque su nobleza le dispensa de tenerla; afiliado a cuanto hay de inmundo en la ciudad más inmoral, si frecuenta el trato de farsantes, si lo es él mismo, es porque sus antepasados han tenido honor por él.”

Cuando le encomendaron el arreglo de una ópera de Voltaire y Rameau, por los que entonces sentía una fugaz devoción, creyó hecha su fortuna. El fracaso, provocado por la actitud hostil de Rameau, mientras Voltaire permanecía “neutral”, lo afectó al punto de enfermarlo.

Abrumado de pobreza y amargura, sólo hallaba consuelo en el amor de una joven sirvienta, Teresa La Vasseur, con quien vivió desde 1745. Al revés de lo ocurrido en sus otras relaciones en las que buscaba ser protegido, Rousseau comenzó protegiéndola y concluyó por aficionársele. Era una muchacha sin luces, pero fiel a este hombre que, aún agitado por otras pasiones y por su tormenta interior, encontraba en ella una ternura elemental y profunda. *“Nunca te dejaré -prometió él-, pero tampoco nos casaremos”*. Sin embargo, la desposó tras muchos años de convivencia; años no siempre fáciles, porque la familia de Teresa tampoco lo era.

Cinco hijos nacieron, presumiblemente, de esta unión -y Rousseau entregó todos a la inclusa, a la “educación pública”, según su eufemismo. Aunque muchas veces intentó justificarse con laboriosas razones, su propio remordimiento resultó castigo permanente. Como suele ocurrir con los pedagogos, fracasó en su casa. Ciertamente, éste es un mal trance en la vida de Rousseau, quien luego sufrirá profundas transformaciones espirituales.

Sólo advirtió la magnitud de esa falta cuando comenzó a madurar sus ideas pedagógicas: *“Por muy razonable que me hubiese parecido la decisión que tomé respecto de mis hijos -testimonió en “Confesiones”- jamás me había dejado el corazón completamente tranquilo. Al meditar mi “Tratado de la Educación”, vi que había descuidado deberes de los que nada podía dispensarme, y mis remordimientos fueron al fin tan vivos que casi me arrancaron la confesión pública de mi falta; al principio del “Emilio” se trasluce tan fácilmente, que parece imposible que, ante ese pasaje, haya quienes se atrevieran a echármela en cara”*.

Esta reflexión es frecuentemente aplicable: los errores y culpas que muchos enemigos imputan a Rousseau, sólo se conocieron por propia confesión. Cuando peor se hallaba, obtuvo un puesto en casa noble. Era un empleado subalterno, y aunque resultaba poco seductor en su trato, se esforzó por agradar. Lo consiguió, basado en la cortesanía y en la untuosidad. Frecuentó a varios escritores y trabó amistad con D’Alembert, Grimm y Diderot, quien lo incorporó entre los colaboradores accidentales de la Enciclopedia.

Su situación y su humor cambiaron. Éstos son los tiempos felices, aún de medianía y esperanza: las amistades leales, los placeres simples, *“ocasión de risa interminable ... Los que en una carta que han querido atribuirme -dirá después, con amargura-, me han hecho decir que no he reído más que dos veces en mi vida, no me conocieron en aquel tiempo, ni en mi juventud, pues seguramente no se les hubiera ocurrido semejante idea”*.

Como guiado por ese proceso de gestación, se produjo un suceso feliz, una verdadera “iluminación”, propia casi de los antiguos santos, que alteró su vida y lo entregó a un auténtico misticismo laico. Ciertas sátiras de Diderot contra algunos nobles lo llevaron detenido al torreón de Vincennes. Rousseau, figurándose que quedaría allí de por vida, concurría a verlo con frecuencia. Era el verano de 1749, y en una tarde ardiente, Juan Jacobo recorría a pie los diez kilómetros que iban de la París de entonces a Vincennes. Se detuvo un momento, fatigado, tenía en el bolsillo un *Mercure de France*, y al acaso, se fijó en la propuesta de la Academia de Dijon para el premio del siguiente año: *VE/ progreso de las ciencias y las artes ha contribuido a corromper o purificar las costumbres?”*

“Si alguna vez algo ha semejado una inspiración sublime -escribió Rousseau a Malesherbes hacia 1762-, es la conmoción que en mí se produjo tai lectura. De golpe sentí encandilado mi espíritu por mil luces, multitud de ideas vivas, y a la vez vigorosas y difusas, me confundían; me sentí como embriagado, una palpitación violentísima me cortó el aliento, y me dejé caer bajo un árbol de la avenida, donde permanecí media hora en tal agitación que al reaccionar me hallé bañado en lágrimas que no advertí al derramarlas. ¡Señor, si hubiera escrito alguna vez la cuarta parte de lo que vi y sentí bajo el árbol, con qué claridad hubiera señalado las contradicciones del sistema social; con qué fuerza hubiera expuesto los abusos de nuestras instituciones, y con qué simplicidad hubiera demostrado que el hombre es bueno naturalmente, y que sólo por las instituciones se vuelve perverso!”

Parece que Diderot lo animó en la empresa, -confirmándolo en la idea iconoclasta. Rousseau puso activamente manos a la obra, ayudado por la madre de Teresa, a la que dictaba desde el lecho las fe-

briles ideas que al levantarse ya no podía retener, con un método pre-freudiano. De aquí en adelante Rousseau estructura una filosofía que surge de su personalidad y de su experiencia, de sus preferencias y sus dolores. En ella se evidenciarán el amor a la naturaleza; el odio a los convencionalismos; la fatiga ante el arte falso de la época, la ciencia falaz, el charlatanismo, el oropel y el privilegio. Su conclusión fue redonda: ciencia y arte, mal conducidos por el hombre, han violentado y degradado su inocencia original. Acaso demasiado rígida en sus afirmaciones, la revolucionaria teoría conserva hoy -ante los progresos de las técnicas de destrucción- una alarmante actualidad. Tras el concurso, pasaron los meses, y Rousseau casi olvidó el asunto. Copiaba música para vivir con independencia, y era presa de sus primeros achaques. De pronto supo que había ganado el premio. Se convertía, de la noche a la mañana, en el hombre de moda. Diderot imprimió el ensayo *“se apodera de cuanto existe bajo la bóveda celeste”* -escribió a Juan Jacobo, que seguía postrado-. *No hay ejemplo de un éxito semejante.”*

En verdad, fue inmenso. No era ganar un premio más, sino entrar al Olimpo. Una tesis tan audaz, de todos modos, despertó polémicas gigantes. Hasta terció el mismo rey Estanislao de Polonia, pintoresco personaje, suegro de Luis XV. Durante años, Rousseau había llevado una vida oscura y penosa, descontento con los demás y consigo mismo. Estaba pronto al desquite. Se tomó en serio su tarea reformista. *“Empecé por mi traje -relata-. Me quité los dorados y las medias blancas. Tomé una peluca sencilla, dejé la espada; vendí mi reloj, diciéndome para mis adentros con increíble satisfacción: gracias al cielo, ya no tendré necesidad de saber la hora.”* Se convirtió en objeto de curiosidad, una multitud de parásitos lo obsequiaba, pero las viejas amistades -Diderot y Grimm-, principiaron a enfriarse un poco.

En octubre de 1759 el enorme éxito de su ópera *“El adivino de la aldea”*, pareció consagrarlo. Pero quedó envuelto en la tremenda “querrela de los bujones”, apoyando a quienes señalaban la superioridad de la ópera italiana sobre la francesa, y en París concluyeron por odiarlo tanto que fue quemado en efígie. Entonces marchó a Ginebra, donde lo recibieron triunfalmente, y regresó al culto paterno. Vuelto a París, buscó inspiración en el bosque de Saint-Germain y escribió su segundo discurso, sobre *“El origen de la desigualdad entre los hombres”*. En el nuevo concurso de la Academia de Dijón resultó postergado, pero lo publicó en 1755, dedicándolo a la República de Ginebra.

El Pequeño Consejo de Ginebra, organismo que allí ejercía el poder, agradeció protocolariamente, pero la dedicatoria no hubo de placerle con sus elogios a “la soberanía del pueblo”. Además, la crítica rousseauiana a la cultura de su época no fue comprendida por Voltaire, quien la interpretó como un ataque al Iluminismo. Apenas aparecido el segundo Discurso, escribió a su autor anunciando que había recibido su *“nuevo libro contra el género humano ... pero no puedo andar en cuatro patas; pasados los sesenta perdí el hábito ... me dicen que vuestra salud es deficiente -termina con maligna cortesía-: haría falta venir a restablecerse a la tierra natal, gozar de la libertad, beber conmigo la leche de nuestras vacas, y pacer nuestra hierba.”* Rousseau contesta gravemente, sin mayores concesiones: *“Gracias por la invitación. Si soporto el invierno, en primavera iré a aprovechar de vuestra bondad. Pero quisiera mejor beber el agua de la fuente que la leche de vuestras vacas; y en cuanto a las hierbas, sólo hallar lotos -que no es forraje de bestias- y que impide al hombre transformarse en ellas”*

Pero después, la guerra entre ambos quedó formalizada. Voltaire tomó el terremoto de Lisboa como un argumento contra el optimismo de Rousseau, y le endosó, en la misma dirección, su célebre novela *“Cándido”*. A su vez, Rousseau le imputó: *“vivís en la abundancia,, ahito de gloria, ¡y en la tierra sólo halláis el mal!”*

“El malvado vive solo”, sentenció Diderot en un escrito, y Rousseau se sintió aludido. Desde entonces, Rousseau se alojó sucesivamente en mansiones campestres que generosos amigos pusieron a su disposición. Además, Diderot procuró intervenir en algunos asuntos privados de Juan Jacobo, y éste se ofendió.

Así entraría en una ronda de intrigas que derrumbó, en un año, su amistad con Grimm, Diderot, D’Alembert, Voltaire, la señora de Epinay y otros antiguos afectos. Su demonio interior lo vencía des-

truyendo algunas de las cosas que más suyas eran. Desde entonces comenzó a creer en la existencia de un vasto complot para negar su persona y su obra, idea que, alimentada toda con pequeñas evidencias, creció hasta convertirse en lo que algunos adversarios consideraron un verdadero delirio persecutorio. Sin embargo, no cabe duda de que la referida persecución era bien real.

De cualquier modo, es su época más trascendental. Con pocas semanas de intervalo, entre 1760 y 1762, publicó sus tres obras capitales, tan profundas y diversas que parece imposible su gestación simultánea: “Julia o la Nueva Eloísa”, “El contrato social” y “Emilio”. Julia tuvo un éxito sensacional, sobre todo entre el elenco femenino. Rousseau acertaba con la apetencia de sus contemporáneos, ávidos de sentimiento, de agonía, de sensibilidad. Esta es la primera novela romántica, influyente en el movimiento renovador del siglo XIX.

“Lo que puso a las mujeres a mi favor -manifiesta en las “Confesiones”- fue la persuasión de que yo había escrito mi propia historia y que el héroe de la novela era yo mismo ... Nadie creía posible que sé pudiera expresar con tanto calor sentimientos que no se hubieran experimentado, ni describir así los raptos del amor sino poniendo de manifiesto el propio corazón. En esto andaban acertados.”

Por otra parte, ellas se sentían heroínas, en cada lectora había potencialmente una “nueva Eloísa”. Los problemas de Julia, su mentalidad, sus faltas, su dolor y su sacrificio eran también entendidos como cosas personales.

La aparición del “Emilio”, novela pedagógica, en cambio, al demorarse más de lo previsto, inquietaba al autor. Desconfiado e hipocondríaco, temía que se le imputara haber dado pábulo a ideas disolventes. En previsión de cualquier reacción de los jesuitas, consultó esmeradamente su contenido -especialmente la “Profesión de fe del vicario saboyano”, intercalada en el libro IV-, con el censor Malesherbes y otros consejeros.

Por fin el libro vio la luz, y cuando comenzó a tranquilizarse, el 9 de junio de 1762, el Parlamento de París condenó a “Emilio” a la hoguera y dispuso la prisión del impío autor. Pese a lo agresivo de la resolución, las posibilidades represivas no eran demasiado efectivas. Rousseau, despertado a medianoche por amigos bien informados, huyó casi a la vista de los que iban a prenderlo. Con la muerte en el alma cruzó Francia hasta Suiza, sin ser molestado, pero seguro de que había concluido toda felicidad. Al cruzar la frontera, ante el asombro del postillón, cayó de rodillas y besó esa tierra de libertad.

Pero la tierra de libertad no lo era tanto. Diez días después de la condena francesa, el Pequeño Consejo de Ginebra dispuso no quemar Emilio, sino “El contrato”. Ahora el complot le parecía seguro, y la cabeza visible, Voltaire. La rivalidad de ambos estalló entonces con inaudita violencia. El talento refinado y festivo de Voltaire no soportaba el estilo salvaje con que Rousseau se expresaba. Para él era un bárbaro peligrosísimo, un enemigo del arte y del género humano, *“bastardo del perro de Diógenes y de la perra de Eróstrato”*. Había que combatirlo y para ello empleó toda su influencia, ayudado eficazmente por el abate Tronchin. La envidia y los celos hicieron el resto. Rousseau replicó con lógica implacable a las invectivas volterianas, clamando contra el “poeta” y el “titiritero” que manejan los monigotes su drama; *“¿Cómo! El redactor de la “Paz Perpetua” alimenta la discordia; el editor del “Vicario Saboyano” es un impío; el autor de “La Nueva Eloísa”, un lobo; el del “Emilio”, un Furioso...”*

“El sentimiento de los Ciudadanos”, infame (y anónimo) libelo de Voltaire agitó a las gentes de Mótiers, donde vivía Juan Jacobo. Su casa fue atacada, y debió escapar una vez más. Expulsado también de la isla de Saint Piérre donde creía hallar el paraíso, y en deplorable estado anímico, aceptó la hospitalidad del pensador británico David Hume; en marzo de 1776 se instalaba en el Condado de Derby, y por un momento recobró la calma. Pero pronto creyó en la traición de Hume, que en sueños habría dicho “¡Tengo a Juan Jacobo!”. Rousseau escapó en secreto, arengó en Dover a la multitud, y por fin volvió a Francia, refugiándose sucesivamente en diversos retiros: *“Oh ... Naturaleza! -clamó- oh madre, heme aquí bajo tu sola custodia; aquí ningún malvado se interpone entre tú y yo.”*

Cada día se reafirmaba en su credo, en la inocencia espontánea del hombre, en la injusticia del orden social.

Hacia junio de 1770 regresó a París. Acababa de contraer nupcias con Teresa, volvió a su oficio de copista, a su ajedrez, y concluyó las “Confesiones”. Este libro único inaugura el género autobiográfico moderno, por su sinceridad deconcertante y la entrega total al lector. Si el corazón del hombre interesa más que su razón, las “Confesiones” son la cúspide de la obra rousseauiniana.

Durante el invierno de 1771 leyó esas memorias en varias tertulias. Algunos de los afectados protestaron, nueva “prueba” del complot, que lo desesperó. Su desequilibrio espiritual hacia 1775 queda patente en los tres diálogos que tituló “Rousseau juez de Juan Jacobo”, puestos bajo la advocación de Ovidio. *“Aquí el bárbaro soy yo, que no los entiendo a ellos ...”*

En esos caóticos escritos, Rousseau y un francés discuten sobre Juan Jacobo, “hombre abominable” al que se niega la paternidad de su obra y se atribuyen crímenes y vicios. Todos, en todas partes, lo estrujan, lo señalan, lo persiguen. La conjura es casi unánime. Incluía a Dios.

El Diálogo concluye cuando Rousseau, luego de defender a Juan Jacobo, reclama *“que su memoria se restablezca ... que se atempera el horror de su soledad... que manos amigas le cierren los ojos”*.

Finalmente, un supremo esfuerzo de contrición lo indujo a aceptar las persecuciones como designio divino. Así logra algún sosiego. Se entristeció, experimentaba un gran cansancio, una honda piedad por sí mismo, un deseo de paz definitivo. Así lo revela su último escrito importante. “Los ensueños de un paseante solitario”, presumible continuación de las “Confesiones”.

En el verano de 1778 su salud se agravó. Entonces lo trasladaron nuevamente al campo, a casa de Girardin, en Ermenonville, Isla de los Alamos. Allí volvía a la agreste naturaleza, y a su afición musical. Compuso su última canción, la del sauce, de Ótelo; y Girardin lo obsequió con un concierto. Agradecido, rogó, con lágrimas en los ojos, que allí lo enterraran.

Dulcificado, supo la muerte de Voltaire. Y recibió cortésmente a un jovenzuelo que acaso antes lo hubiera importunado con sus alabanzas: el muchacho contaba diecinueve años y se llamaba Maximiliano Robespierre.

El 2 de julio de 1778, Teresa lo oyó quejarse, y cuando se aproximó lo halló en agonía.

Rousseau es, al extremo, hombre de consecuencias. Todo cuanto tocó; filosofía, literatura, psicología, pedagogía, política, quedó fecundado. La Revolución Francesa, la democracia moderna, Darwin, Marx, Freud, no se conciben sin la influencia de Rousseau. La primera ópera de Mozart, “Bastian y Bastiana”, desarrolla temas del “Adivino”. Al evolucionismo lo unen las observaciones del “Discurso sobre la desigualdad”, acerca de la inteligencia de los grandes monos africanos, el uso de manos y pies, el régimen alimenticio de los animales y su relación con la dentadura, y sus deleitosas observaciones botánicas, todo preanuncio evidente de Darwin.

En otro orden, Rousseau acertó con el apetito literario de sus contemporáneos, con la sed lírica del siglo frívolo, agobiado de imitaciones, de “reglas del arte”, de hinchazón retórica. Descendió, en cambio, al sentimiento y las lágrimas, a la auténtica y bárbara entraña del hombre. Es el padre del romanticismo, al que señaló los grandes temas: el amor y la libertad, la maravilla de la naturaleza y el respeto por el pueblo. En su concepción de la mujer y los poderes misteriosos y nocturnos de ésta, se anticipa a Goethe.

El paseante solitario, cuando asegura que *“apenas hay en nuestros más vivos goces, un instante en que el corazón puede decirnos verdaderamente: quisiera que este instante durara siempre”*, anticipa rotundamente el fáustico “instante fugitivo”. La última carta de Julia - *“cuando leas esta carta, las larvas roerán el rostro de tu amante, y su corazón, donde ya no estarás”* -, es la de Werther a Charlotte. Goethe debe mucho a Juan Jacobo; Lessing y Schiller -autor de una “Oda a Rousseau”- se proclamaron con orgullo sus herederos. Kant confesaba que aprendió en Rousseau a honrar a los hombres. Su “paz perpetua” lo duplica. Tolstoi, en su juventud, llevaba al cuello un medallón con la efigie del ginebrino.

Esmerándose sin concesiones, al enseñar lo que otros ocultaban, liberó el alma moderna de antiguas servidumbres y complejos. Inspeccionó además el origen de su propia conducta en un poderoso análisis interior, cuando diseccionó su erotismo, anticipándose a Freud y al psicoanálisis, incluso en su hábito de dictar desde un diván.

“Emilio” fue un breviario para padres. Las reinas lo leían, y por su influjo amamantaban y se apasionaban por educar a sus hijos. La pedagogía contemporánea es su obra. No importa su fracaso particular en esa cuestión. Reaccionó contra todos los convencionalismos que traban el desarrollo de las cualidades humanas, contra la enseñanza deformante y los métodos pedagógicos crueles y ofensivos.

La Revolución Francesa, y por ende el mundo moderno, es obra suya. No existió allí protagonista que no se proclamase su hijo. Robespierre le consagró un verdadero culto y lo invocó antes de lanzarse a la política. Y en horas amargas, hasta la víspera de su caída, se reclinó en Ermenonville para meditar. Marat lo leía en voz alta, en los paseos públicos. Los peores antagonistas: Danton, Saint-Jjust, Carnot, Roland, Babeuf, coincidían en el culto roussoniano. María Antonieta peregrinó hasta la tumba de quien le había preparado, si no la guillotina, la caída.

No sólo los seducía por las ideas, sino por la elocuencia. Rousseau no manejaba tanto la ironía como la pasión. Tendencias socialistas y ciertos aspectos del anarquismo remontan hasta él. Por su crítica al privilegio, por la sustancia económica e igualitaria con que entendió la libertad, por su concepción de la relatividad histórica, dejó huella ancha en el pensamiento de Marx, aunque el marxismo dogmático haya combatido a Rousseau, porque sólo vio en él a uno de los padres del liberalismo. Su influjo sobre los revolucionarios americanos, comenzando principalmente por Bolívar, es indiscutible. Aunque las obras de Rousseau, como otros libros “perniciosos”, fueron prohibidos en América colonial, los jóvenes universitarios habían podido leerlas de modo más o menos clandestinos. Ya en 1799 -y acaso antes- hubo edición castellana del “Contrato”-interdicto por la Inquisición desde 1764-; y en 1803, del “Discurso sobre la desigualdad”. Nuestros próceres solían obtener licencia para leer *“todo género de libros condenados aunque fuesen heréticos”* (así Belgrano y Funes), o los hojeaban a hurtadillas. Castelli, Monteagudo y Moreno conocían a Rousseau casi de memoria.

El interés mayor finca en el pensamiento político de Mariano Moreno, ideólogo primordial del grupo juvenil y avanzado de la Revolución, para indagar las fuentes intelectuales que la inspiraron -aparte de sus causas económicas y sociales.

Este tema ha motivado, en la última media centuria, una tensa polémica. Algunos autores entienden que Rousseau, y en menor medida otros escritores que durante el siglo XVIII europeo habían criticado al absolutismo, determinaron aquel proceso. Otra corriente, en cambio, niega influjo alguno al liberalismo, y asigna valor decisivo a la obra del jesuita Francisco Suárez, que cabalga entre los siglos XVI y XVII.

En la primera interpretación se destacan Mitre, Levene, Lewín, Caillet-Bois y en general la historiografía clásica. La otra, reciente y en buena medida revisionista, nuclea al padre Guillermo Furlong, Federico Videla Escalada, Salvador M. Lozada, Mariano Grondona, etc.

Suárez consideraba que el poder viene de Dios al pueblo, y pasa de éste al gobernante mediante el contrato político de *sujeción*; contrato casi irrevocable, salvo que el príncipe se convierta en tirano y el Papa aconseje sustituirlo o bien el trono quede *vacante*.

Para Rousseau, en cambio, el contrato fue formalizado por los hombres que vivían en estado pre social, para crear la sociedad. Luego, el pueblo unilateralmente invistió al príncipe de una autoridad esencialmente revocable y precaria.

El principal argumento para sostener la influencia suarista sobre la ideología de Mayo consiste en una presunta “similitud extraordinaria” entre la tesis del Doctor Eximio y el voto de Cornelio Saavedra en el Cabildo Abierto del 22 de mayo. Dicho voto expresaba:

“Que consultada la salud del pueblo, y en atención a las actuales circunstancias, debe subrogarse el Mando Superior que obtenía el Excelentísimo Señor Virrey en el Excelentísimo Cabildo de esta Capital, hasta que en el interin se forma la corporación o junta que deba ejercerlo; cuya formación debe ser del modo y forma que se estime por el Excelentísimo Cabildo, y que no quede duda de que el Pueblo es el que confiere la autoridad o mando.”

Sin embargo, Saavedra no dice que el poder provenga de Dios, ni que el Pueblo deba pactar con el futuro gobernante. No afirma que el Rey o el Virrey se hayan convertido en tiranos manifiestos, única causal admitida por Suárez para su remoción. Tampoco sugiere consultar al Sumo Pontífice, como es buena doctrina suarista. Para nada propone un contrato de *sujeción*. Simplemente, el Pueblo, depuesto el virrey que tampoco ha *vacado*, confiere a la Junta una autoridad o mando que se sobreentiende revocable.

Los votos coincidentes tampoco autorizan a suponer influencia de Suárez. El presbítero Antonio Sáenz -que en 1821 sería el primer rector de la Universidad de Buenos Aires-, fue aún más claro: “ha llegado el caso de reasumir el Pueblo su *originaria* autoridad y derechos”. Autoridad y derechos que son *originarios*, no derivados de Dios.

Fidedignos documentos posteriores, emanados de Castelli, tales como el *Manifiesto de Oruro*, la Circular y el *Manifiesto de Huaqui*, todos de 1811, afirmarán que “es a los pueblos a quienes exclusivamente toca declarar su voluntad en este caso ..., porque el pueblo es el origen de toda autoridad, y el magistrado no es sino un precario *ecónomo* de sus intereses”. Ahí, nada hay que Suárez. Estamos en la más pura concepción roussoniana. Pueblo y gobernante en recíproca interacción. Autoridad “precaria”.

Pero el argumento más sólido para ratificar la presencia intelectual de Rousseau reside precisamente en el influjo que ejerció sobre Mariano Moreno.

Según atestigua Manuel Moreno en la biografía de su hermano, en Charcas, el canónigo Terrazas le permitió “usar sus libros”, entre los cuales estaban “*los mejores autores de Europa sobre política, moral, religión, historia, que han pasado de cuando en cuando por entre severas prohibiciones del despotismo inquisitorial ... el gusto de la literatura francesa es el dominante, y hay muy pocos de profesión científica que no conozcan ese idioma. Mariano se instruyó en él y empezó a ensanchar sus ideas con la lectura de Montesquieu, de D’Aguesseau, Raynai, y otros célebres escritores de esta nación.*”

Entre el material bibliográfico utilizado por Moreno en sus años estudiantiles, existen tres pruebas irrefutables del interés por Rousseau: en primer lugar, una copia de su puño y letra del *Discurso sobre las ciencias* de Rousseau, traducido seguramente por Victorián de Villava. Otro cuaderno, con noticias sobre la Revolución Francesa, incluso la Apoteosis de Juan Jacobo. Y un escrito del propio Moreno, sobre *Religión*. Allí sintetiza opiniones de Pascal, Maquiavello, Washington, D’Alembert, Montesquieu, Bayley y Rousseau.

Secretario de la Junta, en 1810, Moreno ordenó la impresión del *Contrato Social*, con el propósito de comunicar al pueblo “luces y conocimiento”. El prólogo que escribió contiene los mayores elogios imaginables. Ha dado al autor “el primer lugar” porque “*este hombre inmortal, que formó la admiración de su siglo, y serán el asombro de todas las edades, fue quizá el primero que, disipando completamente las tinieblas con el despotismo envolvía sus usurpaciones, puso en la clara luz los derechos de los pueblos, y enseñándoles el verdadero origen de sus obligaciones, demostró las que correlativamente contraían los depositarios del gobierno.*”

“Los tiranos habían procurado prevenir diestramente este golpe, atribuyendo un origen divino a su autoridad; pero la impetuosa elocuencia de Rousseau, la profundidad de sus discursos, la naturalidad de sus demostraciones disiparon aquellos prestigios, y los pueblos aprendieron a buscar en el pacto social la raíz y único origen de la obediencia, no reconociendo a sus jefes como emisarios de la divinidad, mientras no mostrasen las patentes del cielo,” etc.

Suárez, español, esperó siglos para ser traducido del latín al castellano. En cambio Rousseau, censurado y prohibido, circulaba en esta lengua apenas diez años después de su muerte: presumiblemente,

en Londres, hacia 1799, se concretó la primera edición. Contemporáneos como Ignacio Núñez y Tomás de Anchorena, atribuyeron al propio Moreno la traducción del *Contrato* que publicó. Todo hace presumir que efectivamente el Secretario de la Junta fue, además de prologuista, traductor, pues no se indica otro nombre ni origen, y la versión porteña difiere de las anteriores hasta hoy conocidas.

El capítulo relativo a la religión civil fue suprimido en la versión de Moreno. Éste era católico, y como Robespierre, asignaba a la religión un alto valor político en cuanto factor moderador de cohesión. Aunque reconocía que “muchas veces ... la cátedra del Espíritu Santo ha sido prostituida con lecciones que confirmaban la ceguedad de los pueblos y la impunidad de los tiranos”, no quiso escandalizar, en este tema, a nuestra sociedad colonial.

El viajero Brakenridge observaba, ocho años más tarde, que el libro “parece haber sido muy saboreado por la clase media del pueblo”. La devoción roussoniana de Moreno no se acredita sólo con la difusión del *Contrato* en América. Todos sus escritos llevan el sello del ginebrino. Como a éste, le preocupan “los pueblos salvajes”, el “órgano legítimo de la voluntad general”, y las “diversiones públicas”. Como éste, recuerda a los gobernantes que el pueblo puede decirles: “*El poder que os conferimos dimana de nosotros, os lodamos en depósito y no en propiedad, ni a título de herencia...; Mañana seréis relevados.*” No hay contrato político de sujeción suarista, sino investidura transitoria. El poder no dimana de Dios, sino “de nosotros”.

En réplica al virrey del Perú, José Abascal, Moreno discurre sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, con argumentos de Juan Jacobo: “*La naturaleza no crió a todos los hombres iguales: a unos dio fuerza, que negó a otros; aquéllos tiene salud de que carecen éstos ... Si nos reducimos a este orden natural, que prescinde de las convenciones de la sociedad, no sé en qué funda el señor don José que hemos nacido para vegetar en la oscuridad y abatimiento.*”

El ensayo más meduloso que Moreno publicó en *La Gazeta*, es el titulado *Sobre la misión del Congreso*. Comienza criticando a los pueblos bárbaros “en quienes nunca obró el pacto social”, y recuerda que “la necesidad obligó a los hombres errantes a reunirse en sociedades”. Se insinúa “acérri-mo republicano”. Cita a Rousseau, cuando éste afirma que difícilmente ninguna “constitución sea duradera” (*Contrato, Libro III, Cap. 11*).

Más adelante insiste en distinguir el contrato social de asociación (roussoniano) del lazo político de sujeción (suarista). Importa el primero, no el segundo. “*Los vínculos que unen el pueblo al rey, son distintos de los que unen a los hombres entre sí mismos: un pueblo es pueblo antes que darse a un rey; y de aquí es que aunque las relaciones sociales entre los pueblos y el rey quedasen disueltas o suspensas por el cautiverio de nuestro monarca, los vínculos que unen a un hombre con otro en sociedad quedaron subsistentes, porque no dependen de los primeros; y los pueblos no debieron tratar de formarse pueblos, pues ya lo eran, sino de elegir una cabeza que los rigiese, o regirse a sí mismos.*” “*Las Américas no se ven unidas a los monarcas españoles por el pacto social ... La fuerza y la violencia son la única base de la conquista, que agregó estas regiones al trono español; conquista que en trescientos años no ha podido borrar de la memoria de los hombres las atrocidades y horrores con que fue ejecutada, y que no habiéndose ratificado jamás por el consentimiento libre y unánime de estos pueblos, no ha añadido en su abono título alguno al primitivo de la fuerza y violencia que la produjeron. Ahora, pues, la fuerza no induce derecho, ni pueden hacer de ella una legítima obligación que nos impida resistirla, apenas podamos hacerlo impunemente; pues como dice Juan Jacobo Rousseau, una vez que recupera el pueblo su libertad, por el mismo derecho que hubo para despojarse de ella, o tiene razón para recobrarla, o no la había para quitársela.*” Concep-tos bien distintos a los de Suárez, para quien la conquista es un cuasi contrato social.

De inmediato, expone su idea del pacto, dentro de la más pura ortodoxia roussonianiana: “*aún la pluralidad de los sufragios no puede arrastrar a la parte menor, mientras que un pacto establecido por la unanimidad no legitime aquella condición.*” “*Los pueblos -agrega-, origen único de los poderes de los reyes, pueden modificarlos, por la misma autoridad con que los establecieron al principio.*”

En este artículo, Moreno, citando a Jefferson, analiza los méritos e inconvenientes del federalismo, y aún de los Estados Unidos de América. Consagra el 20 de junio de 1789, día del juramento del Juego

de Pelota, como *“el más glorioso para la Francia”*, que *“habría sido el principio de la felicidad para toda la Europa”*, sin las ambiciones de Napoleón, al que reconoce, sin embargo, *“talentos extraordinarios”* y haber logrado *“el engrandecimiento de sus hermanos ..., el bien de su patria”*; encomia a Jovellanos, y apartándose de Rousseau para aproximarse a Montesquieu, exhorta a imitar el sistema político de Inglaterra, *“gran nación, modelo único que presentan los tiempos modernos a los pueblos que desean ser libres ... equilibrense los poderes, y se mantendrá la pureza de la administración”*.

Es que no obstante las prohibiciones inquisitoriales, el Iluminismo se había extendido por América, mientras el nombre de Suárez no aparece citado por ninguno de los patriotas que con toda evidencia, conocían a Rousseau: Belgrano, Pueyrredón, el Deán Funes, Monteagudo, etc.; para no mencionar a San Martín ni a Bolívar. Por todo ello, la presunta influencia suarista, -la de un jesuita, precisamente la orden expulsada por Carlos III-, parece una mera mistificación.

Pacifista, apunta Rousseau contra la casta militar, y formula -como hiciera Maquiaveio-, las bases del ejército democrático: *“Las tropas regulares, peste y devastación de Europa -sostiene en ‘Consideraciones sobre el gobierno de Polonia’-, sólo sirven a dos fines: atacar y conquistar al vecino, o encadenar y esclavizar a los propios ciudadanos ... El Estado no puede quedar indefenso, lo sé, pero sus verdaderos defensores son sus miembros ... Una buena milicia, una verdadera milicia, es la única capaz de llenar ese objeto”*.

Su pacifismo, empero, no estaba exento del rigor necesario. Valorizaba la acción: *“Vivir no es respirar, es obrar”*, afirma en *“Emilio”*. Sentía simpatía tanto por el federalismo y la república, como por algunos países pequeños o heroicos -Córcega, Polonia-, a los cuales dictó consejos políticos expresos. También entendió el arte y la ciencia de su época como privilegios de gente ociosa. En esta materia su agresividad que podría parecer excesiva, pero debe enmarcarse dentro del arte frívolo y la mistificación científica aborrecible del siglo XVIII. De todos vuelve a adquirir en nuestros días sorprendente vigencia, ante la amenaza de una apocalipsis atómica. El exagerado ideal de Rousseau está en el *“buen salvaje”*, que halla entre los piel rojas ... y en algún gaucho de Buenos Aires; pero al resultar imposible retroceder hasta ese estado, la salvación debe buscarse con los elementos y condiciones que Europa ofrece. Esa salvación fincará en el amor, pero el amor auténtico. Porque Rousseau denuncia una especie de amor que dista de serlo: el amor propio, egoísta, individualista. Frente a él, peralta otra forma, el amor de sí, que es el amarse a sí mismo como parte integral de la humanidad, en función de la humanidad; algo así como una caridad laica. La suma de amores propios, dará la voluntad de todos, un concepto matemático, mecánico, de yuxtaposición, no de crecimiento. La suma de los amores de sí dará la voluntad general, cualitativa, integrada, diferenciada.

Del estado de naturaleza, por algún mecanismo ignoto, el hombre pasó a la comunidad organizada políticamente. Rousseau lleva a sus últimas consecuencias la teoría contractualista del origen del Estado, expuesta ya por Platón y otros pensadores. Pero el contenido combativo que Rousseau le infunde es totalmente suyo. El origen del poder no está en Dios, sino en un acto voluntario de los hombres. Entiéndase que Rousseau nunca sostiene que el contrato sea históricamente verídico -como cierta crítica maliciosa pretende-, sino verificable tan sólo en el plano lógico. No indica lo que hicieron los hombres, sino lo que fueron y son capaces de hacer. Esta posición deteriora fuertemente el legitimismo realista y debe ubicársela en su época para mensurar sus méritos prácticos como instrumento de lucha, amén de su discutido valor teórico. Así explica Rousseau el surgimiento del Estado, que entiende como la comunidad política dotada de voluntad general, suprema y soberana, y distingue del mero gobierno, formal, mutable y transitorio frente a la densidad y hondura de la verdadera constitución. El gobierno debe cumplir la voluntad general, realizar el Estado, inclusive por métodos dictatoriales -y obsérvese la trascendencia letal que esta concepción tiene entre jacobinos, marxistas y aun fascistas, que también en algunos casos, lo admiraron. Semejante idea del Estado tiene un pronunciado trasfondo místico. Juan Jacobo quería hallar en el Estado *“cuerpo moral y colectivo”*, el valor ético que lo preocupaba constantemente, un valor similar al que la Iglesia buscaba en el alma individual y ecuménica. Si bien el ginebrino combatió la influencia religiosa en la política, su temperamento propenso

al misticismo, unido a una paradójica pretensión racionalista, infundieron a la política ese sentido de fe religiosa que con frecuencia han asumido distintos grupos revolucionarios, tanto los jacobinos con su culto a la Diosa Razón, como los comunistas soviéticos.

Aquella concepción es, por otra parte, decisiva en cuanto -implica la autodeterminación de los pueblos. “La teoría del contrato -afirma Sánchez Viamonte-, se convierte en el anticipo y fundamentación jurídica del poder constituyente y del acto constitutivo”. Pero a Rousseau no escapaban los riesgos de la democracia inauténtica. Por eso afirmaba que la voluntad general es intransferible; y esta impugnación a la democracia representativa -sobre todo a la inglesa, que deslumbraba a los liberales y era entonces el único modelo visible-, está basada en la corrupción electoral que advertía y preveía. No ignoró los peligros de una democracia aparente. Sus objeciones al respecto son muy actuales; pero no se crea que por eso Juan Jacobo llegaba a punto muerto o caía en un pesimismo ineluctable. Hallaba escape no sólo por el moralismo indispensable en sus días, sino por el recurso a la razón. Con verdadera complacencia, señalaba siempre que su programa era practicable, no utópico ni descabellado. Y la Revolución Francesa se encargó de afirmar esa verdad.

El repertorio de ideas roussonianas puede discutirse. Pero se lo entenderá mejor si se lo sitúa en su tiempo y en su ámbito histórico. Fue una poderosa arma de lucha que preparó la destrucción, la monarquía absoluta y la revolución burguesa. Llegó más lejos: intuyó, al decir de Saint Just, “una nueva Europa”. La burguesía decimonónica utilizó a Rousseau para liquidar a las clases parasitarias; luego reaccionó contra él, por cuanto en su obra aparecen, en germen, los elementos críticos de sí misma, particularmente la idea de libertad basada en la igualdad económica. Y si ese ideario era todavía algo confuso, movilizó, sacudió a sus contemporáneos como un enorme fermento creador, instándolos como nada antes, a amar la libertad, la naturaleza, el pueblo, y a odiar a sus falsificadores y explotadores.

Para el común de las gentes, el temible nombre de Juan Jacobo Rousseau ya no contiene sino resonancias vagas y remotas. Es un estereotipo en una galería de ilustres retratos. A lo sumo, es el autor de “*El Contrato Social*”, cuyo título se menta pero que difícilmente se ha leído.

La verdad de Rousseau tiene otra instancia. Sin exageración, cabe decir que es un responsable inmediato del mundo en que vivimos y que los temas capitales del tenso panorama contemporáneo aparecen ligados a su obra, a sus temores y visiones, a su grandeza hecha de pasión y agonía.

Rousseau se aproxima a la raza más alta, la de quienes lograron *mover el mundo*. Su obra ya es bastante desconocida, en sus fuentes, por el hombre contemporáneo, porque, paradójicamente, está hondamente integrada en la mentalidad moderna. Su inserción y su éxito histórico son tan absolutos, que esa obra, alarmante, que en vida del autor le significó el tormento o la crucifixión, hoy ya no es suya. Perteneció al género humano. ♦

La constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el proceso constituyente

POR **ALBERTO RICARDO DALLA VIA** (*)

Sumario: I. La “secta de los radicales”. II. El debate sobre las fuentes de la Constitución Argentina. III. El Derecho Español en los antecedentes constitucionales argentinos. IV. La Constitución de Cádiz como fuente de la Constitución Argentina en el diseño del poder ejecutivo. V. Influencia de la Constitución de Cádiz en el Poder Judicial. VI. Conclusión.

Abstract

El trabajo rescata la influencia que tuvo la Constitución de Cádiz, también pronta a cumplir su bicenario, en el proceso emancipador iniciado en Mayo de 1810. Si bien dicha Constitución liberal no llegó a regir en nuestro territorio, fue un importante antecedente jurídico que se plasmó principalmente en la labor de la Asamblea General Constituyente de 1813 y que desde allí recorrería distintos documentos fundamentales como el Estatuto de 1815, el Reglamento Provisorio de 1817 y las Constituciones de 1819 y de 1826, siendo que esta última sería una fuente muy importante de la Constitución sancionada el 1 de mayo de 1853, promulgada el 25 de Mayo de ese mismo año por el Director Provisorio de la Confederación y jurada por los pueblos el 9 de julio del mismo año. El aporte de Cádiz demuestra que nuestro proceso emancipador, si bien contó con una fuerza y decisión superior a la de otros pueblos del continente americano; no obstante ello, mantuvo una vinculación con nuestra historia y tradiciones patrias que se consolidaría en el texto constitucional definitivo, de manera que si bien la Constitución de los Estados Unidos sería la “fuente” o el “modelo” seguido por los constituyentes, muchas disposiciones particulares de nuestro sistema presidencialista encuentra su raíz en el texto gaditano.

I. La “Secta de los radicales”

La Carta española de 1812 constituyó en su tiempo una interesante experiencia constitucional, que si bien tuvo poca vida, dejó en cambio una profunda huella en el posterior movimiento político hispano. La invasión de la Península por los ejércitos de Napoleón y la detención de los reyes en Bayona, provocaron el alzamiento del pueblo español y la Guerra de la Independencia. Se formaron Juntas locales, dispuestas a luchar contra los enemigos internos (entre ellos, el servil Consejo de Castilla) y externos, las que luego se consolidaron en la Junta Suprema Central.

En 1808, *Napoleón* había hecho sancionar en Bayona una Constitución, tendiente a dar visos de legalidad a su intento de dominar a España. Nunca llegó a tener vigencia plena en la Península, ni su autor la tomó muy en serio, pero sus fines imperialistas sirvieron de acicate a los patriotas para la convocatoria a Cortes extraordinarias con el fin de dictar una nueva Constitución de esencia nacionalista, proclamándose nuevamente, como ha dicho Agustín *Argüelles*, “los orígenes de la autoridad suprema en España, a fin de condenar la abominable doctrina de la servidumbre de la Nación”(1).

La convocatoria, preparada por la Junta Central, fue concretada en junio de 1810 por el Consejo de Regencia, y en ella se llama a la Nación a Cortes generales para restablecer y mejorar la Constitución

(*) Profesor Regular Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho. UBA; Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; Presidente de la Cámara Nacional Electoral; Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

(1) ARGÜELLES, Agustín, “Examen histórico de la reforma constitucional que hicieron las Cortes”, t. I, p. 68.

fundamental de la monarquía. Las Cortes se reúnen en la Isla de León el 24 de septiembre de 1810, y declaran que en ellas reside el poder legislativo y en la Regencia el ejecutivo. Pasan luego a Cádiz, sitiada por las tropas bonapartistas.

La obra constitucional cristaliza el 19 de marzo de 1812, fecha en que se promulga la nueva Constitución (2). Se ha dicho que la misma no es más que un remedo de la francesa de 1791. Así, Marcelino **Menéndez y Pelayo** sostenía que se trataba de “una Constitución abstracta e inaplicable..., democrática en su esencia, pero democrática a la francesa”(3).

Sin embargo, un examen más profundo y desapasionado de sus antecedentes y contenido, ha permitido afirmar la originalidad de este estatuto y su vinculación a la tradición histórica española”(4), sin negar el influjo de las corrientes filosóficas y políticas que se abrían camino en Europa y América; originalidad que los mismos constituyentes se encargaron de pregonar a los cuatro vientos; en el Discurso Preliminar, donde se analiza y defiende el proyecto de Constitución, la Comisión de las Cortes dice: “Nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo mis auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de legislación española”; y agrega que su propósito es enlazar, armonizar y concordar todo cuanto tienen dispuesto “las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla, en todo lo concerniente a la libertad e independencia de la nación, a los fueros y obligaciones de los ciudadanos, a la dignidad y autoridad del rey y de los tribunales, al establecimiento y uso de la fuerza armada y al método económico y administrativo de las provincias”.

Sostiene *Sánchez Agesta*, que los antecedentes nacionales y los principios de la Revolución Francesa y de las Constituciones que nacieron a su influjo, se encuentran amalgamados en el Estatuto gaditano, y que muchas veces más se imitó las fórmulas o la letra de los textos de la Revolución que el propio espíritu de ésta (5). En resumen: como curioso fruto de una revolución política, en la Constitución de Cádiz se entremezclan el escolasticismo y los Fueros, las antiguas Cortes y las hermandades castellanas, Rousseau y Montesquieu.

El vocablo “revolución” para designar el proceso iniciado en 1808 fue utilizado en diversas ocasiones por los diputados gaditanos. En el decreto del 15 de abril de 1814 en que “queriendo las Cortes consignar en la historia los rasgos sublimes de la heroicidad, constancia y patriotismo, de que ofrece tantos ejemplares nuestra gloriosa revolución” se encargaba a la Academia de la Historia escribir “la historia de la revolución española”, se utilizaba este término y no otro.

Por otra parte, el sector más reaccionario de la sociedad española llamó también “revolución” a este proceso por considerarlo como una verdadera subversión del orden anterior a mayo de 1808. Ejemplo de ello y de la teoría del “complot masónico” de la secta de los “filósofos” es la *Historia de las Sociedades Secretas, antiguas y modernas en España, especialmente de la francmasonería*, de Vicente de la Fuente (6) que recogía ya una larga publicística que se remontaba a los años del Trienio.

El manuscrito conservado en Lorca que lleva por título “*Profesores de la francmasonería conocidos hasta ahora en España. A[ño] 1821*”, tiene una introducción o “exordio” —conforme lo denomina el propio autor— que trata de explicar y justificar los calificativos y su significado en los tres listados que le siguen.

Ese exordio contiene una reflexión de condena total y terminante de todo un conjunto de personajes que calificados de diferente manera, acaba siendo una suma de todas las maldades del período;

(2) Para un estudio de los antecedentes históricos, véase la obra de ARGÜELLES, citada en la nota anterior. Si se quiere tener una idea amena de la época y del lugar, léase Cádiz, en los Episodios nacionales, de PÉREZ GALDÓS, Benito.

(3) MENÉNDEZ Y PELAYO, Marcelino “Historia de los heterodoxos españoles”, t. VI, p. 47

(4) Conf. SÁNCHEZ AGESTA, Luis, “Historia del constitucionalismo español”, p. 48.

(5) SÁNCHEZ AGESTA, ob. cit., ps. 48 y 60

(6) Imprenta a cargo de D.R.P. Infante, Madrid, 1874-1882, 2 vols.

algo muy propio de la literatura antiliberal y antimasónica. El denominado manuscrito denomina en el lenguaje del liberalismo radical, como “secta de los radicales” a *liberales, masones, republicanos, irreligiosos, asesinos, ateos, traidores y ciudadanos*”.

Los tres listados del documento comprenden un total de 170 personas, la mayor parte de ellos militares, ministros, altos cargos, diputados, clérigos o enfrailes y otros profesionales más difíciles de identificar. Lo que podríamos identificar con “la clase política” del momento, a quien el anónimo autor —servil confeso— desprecia sin rubor. Esa lista forma parte de la larga publicística anónima y panfletaria —impresa o manuscrita como es el caso— que se desarrolló en toda España durante los años del Trienio y que en buena parte se conserva en los *Papeles reservados de Fernando VII* (7).

El autor del manuscrito incluye a los *Masones, Carbonarios y Comuneros*, a quienes formaban parte de las sociedades secretas llamadas a sustituir a las sociedades patrióticas, importantísimas para entender la vida cotidiana y la evolución de las mentalidades en el Trienio, prohibidas por el gobierno por los decretos de 21 y 22 de octubre de 1820, sobre sociedades patrióticas y libertad de imprenta; quedando esta última restringida y las sociedades patrióticas suprimidas (8).

La inclusión de comuneros y carbonarios en “la misma bolsa” de los masones como campo semántico indiferenciado, ocultan las profundas divergencias que existían entre ambas sociedades. Mientras los masones se mantuvieron en el ideario espiritualista-filantrópico y especulativo, comuneros y carbonarios abrazaron la causa popular y la defensa del ideario democrático.

Al principio, los comuneros estaban compuestos por miembros de toda gama de liberales. Había moderados, constitucionalistas, jacobinos e, incluso, los que luchaban por un régimen igualitario de inspiración babeuvista. Unos y otros incorporaron el vocabulario y los métodos políticos de los clubes jacobinos y *sans-culottes* franceses (9).

Estos grupos desgajados del tronco masónico representaron un primer ensayo de camino hacia la democracia. Aunque su historia está llena de ditirambos, su vocabulario político ceñido a cuatro palabras —libertad, igualdad, patria y república— fue un paso decisivo en la evolución del socialismo moderno. Los comuneros españoles y los carbonarios italianos mezclaron elementos de los *sans-culottes* con el antiguo ritual masónico; transformando y secularizando los símbolos y dándoles un contenido democrático y popular.

El sentimiento anti-francés tras la invasión napoleónica no favoreció la expansión del sentimiento republicano, aunque se haya querido ver el mismo en la propia Constitución de 1812. Es durante el Trienio cuando los términos *república* y *republicanismo* son utilizados con frecuencia. Las primeras propuestas republicanas aparecerán en la década de los treinta, tras la muerte de Fernando VII.

II. El debate sobre las fuentes de la Constitución Argentina

En el año 2003 celebramos el sesquicentenario de la Constitución de la Nación Argentina, sancionada el 1° de mayo de 1853, promulgada por el Presidente Justo José de Urquiza el 25 de mayo y jurada por los pueblos de todas las provincias el 9 de julio del mismo año, con excepción de Buenos Aires que se encontraba separada de la Confederación y que se uniría después del Pacto de San José Flores del 11 de noviembre de 1859, a resultas de la batalla de Cepeda y cuyo ingreso daría lugar a la primera reforma de la constitución acaecida en 1860 (10).

(7) Archivo general de Palacio.

(8) GIL NOVALES, Alberto “El Trienio Liberal”. Madrid. Siglo XXI 1980, p. 11

(9) ZAVALA, Iris M. “Masones, Comuneros y Carbonarios” Siglo XXI. Madrid. 1971

(10) La Constitución actualmente vigente es el texto de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994; conforme fue jurado y aprobado el texto de la última reforma constitucional. La constitución peronista de 1949 no ha subsistido en el texto al haber sido derogada totalmente en 1956.

La efeméride dio lugar a una importante cantidad de publicaciones alusivas y también se reabrieron viejos debates sobre las fuentes de nuestra “constitución histórica” (11). Tales debates encuentran sus raíces en el pasado, pero se han re-actualizado y cobran fuerza ante los nuevos aniversarios históricos que se aproximan: el bicentenario de la Revolución de Mayo de 1810, así como el de la Constitución de Cádiz de 1812 que aquí nos aprestamos a recordar.

El actual debate argentino tiene por protagonistas a los abogados Manuel *García-Mansilla* y Ricardo *Ramírez Calvo* quienes mantienen una fuerte polémica con el Profesor de Mendoza y Académico de Historia y de Ciencias Morales y Políticas, Dardo *Pérez Guilhou* (12).

Los primeros han recurrido a distintos antecedentes para sostener la adscripción de nuestro derecho público a su fuente estadounidense; en tanto que el profesor *Pérez Guilhou* efectúa una férrea defensa del pensamiento de *Juan Bautista Alberdi*, como principal inspirador de la constitución histórica, quien al escribir su obra “*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*”, así como su proyecto de constitución para las *Provincias Unidas* tendría en cuenta no solamente al modelo norteamericano, sino también a nuestras tradiciones jurídicas y al derecho Patrio, entre otros antecedentes de importancia (13).

Otra polémica de similares términos y características es la que en el ámbito del Derecho Administrativo Argentino han sostenido —y aún sostienen— los profesores Héctor Aquiles *Mairal* y Juan Carlos *Cassagne*; el primero propugnando la necesidad de una *coherencia* en aplicación del Derecho Público, enfatizando el origen estadounidense de nuestra constitución y criticando la adopción de instituciones de Derecho Administrativo de origen europeo, principalmente francés, español e italiano. En opinión de *Mairal*, tal mixtura de fuentes produce incoherencias a la hora de interpretar los derechos y lo aleja del sentido republicano originario.

La réplica de *Cassagne* se basa en sostener la existencia de instituciones españolas anteriores a la sanción del texto constitucional, destacando inclusive que algunas instituciones hispánicas preceden en el garantismo al derecho anglosajón, como ocurría con los mandatos de seguridad individual del *Justicia de Aragón* y las libertades consagradas en innumerables estatutos forales. En tal “*racconto*” incluye *Cassagne* a la Constitución de Cádiz de 1812 entre los antecedentes de las facultades reglamentarias de nuestro Poder Ejecutivo (14).

(11) Entre las numerosas publicaciones pueden citarse: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES. Institutos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo “Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario”. La Ley. Buenos Aires 2003; INSTITUTO URQUIZA DE ESTUDIOS HISTÓRICOS. UNIVERSIDAD DE BELGRANO. “Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en el sesquicentenario de su sanción” Buenos Aires. 2003; ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL “El sesquicentenario de la Constitución Histórica”. Rubinzal — Culzoni. Santa Fe Buenos Aires 2003; DALLA VIA, Alberto Ricardo “Itinerario y Vigencia de la Constitución Histórica” colección “Monografías Jurídicas n° 153. Lexis-Nexis Abeledo Perrot. Buenos Aires 2003. UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES (UCES) “Visiones de una Constitución”. Buenos Aires. 2003, entre otros.

(12) GARCIA-MANSILLA, Manuel José y RAMIREZ CALVO, Ricardo “Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino”. Lexis Nexis, Buenos Aires 2006. PEREZ GUIHLOU, Dardo “Las fuentes de la Constitución Nacional” en el suplemento de Derecho Constitucional de La Ley del jueves 15 de marzo de 2007 pág. 1.

(13) ALBERDI, Juan Bautista “Bases”. Jakson Editores. Buenos Aires 1944.

(14) MAIRAL, “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino” en “Estudios de Derecho Administrativo”. Instituto de Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires. 2000. CASSAGNE, Juan Carlos “De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino” El Derecho; serie especial de Derecho Administrativo, 30 de agosto de 2001; “Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones del derecho público iberoamericano y comparado” Revista de Derecho Administrativo n° 53 julio/septiembre de 2005; “Las fuentes de la constitución nacional y el Derecho Administrativo” La Ley 6 de septiembre de 2007.

Creemos que más allá de los interesantes aportes en materia de solidez de argumentos y de datos históricos tales polémicas enseñan; los mismos se encuentran enredados en la búsqueda de una interpretación coherente, adecuada y democrática; en medio de una gran variedad de fuentes del Derecho que exhibe una país de inmigración y de confluencia de culturas que se da en muy pocos casos con la diversidad de matices que muestra la Argentina.

Tenemos un Derecho Constitucional de fuente norteamericana, adoptando el sistema presidencialista y el federalismo; sobre el mismo se vuelca el desarrollo de un derecho administrativo que ha abrevado en el contencioso-administrativo francés, por inspiración de Rafael *Bielsa*, un destacado profesor que había realizado sus estudios en Francia, como lo hacían muchos argentinos en las primeras décadas del siglo XX. El problema que aquí se presenta es que el derecho administrativo debe ser la *letra chica* de los títulos que figuran en la constitución.

Otro tanto ocurre con nuestro Derecho Civil, que es codificado, y no el *common law* de los anglosajones; incorporándose por ende, las particularidades de la interpretación cerrada de los textos jurídicos. Se registra una anécdota cuando Dalmacio *Vélez Sársfield* redactó el libro primero de su proyecto de Código Civil y le envió una copia a Juan Bautista *Alberdi*, uno de los juristas más prestigiosos de su tiempo, quien le devolvió el texto.

Con indignación le protestaba que el país que había adoptado la constitución más democrática de su tiempo que era la estadounidense; pretendía tomar como modelo de legislación civil a cuánto código imperial se conocía; refiriéndose en este caso al Código Napoleón, al Código de Prusia y el Esbozo del brasileño Freitas; todo ello sin perjuicio de las leyes de Partidas y el antiguo Derecho Romano.

Si seguimos la enumeración encontraremos la Ley de Enjuiciamiento Civil Española como antecedente de nuestro Código Procesal Civil y Comercial, al Derecho Italiano y Alemán ejerciendo notable influencia en el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, ahora firmemente inclinado por la Ordenanza Procesal Alemana.

Es un hecho entonces que exhibimos mezcla de fuentes. Es un hecho también que tal circunstancia origina problemas interpretativos, de modo tal que debe atenderse a la naturaleza de cada institución en cada caso, cuando se esté ante la aplicación de un precedente extranjero, para no realizar una incorporación automática del mismo, sino para adecuarlo al contexto específico del caso aplicable. (15).

El Derecho Comparado es uno de los recursos fundamentales al que apelan los juristas, toda vez que en el campo de las ciencias sociales carecemos del laboratorio o de los métodos de experimentación propios de las ciencias exactas o de las ciencias naturales; es frecuente por eso que los investigadores de derecho, así como los legisladores y constituyentes recurran a las fuentes de derecho extranjero cuando se trata de implementar nuevas instituciones.

La reforma constitucional de 1994 presentó así la particularidad de que, aún tratándose de un modelo constitucional presidencialista y federalista, de raíz norteamericana; las fuentes extranjeras que más se utilizaran para los artículos que se incorporaron fuesen la Constitución Española de 1978 y la Constitución Italiana de 1947. La globalización y la universalización del derecho ha llevado también a que en nuestro medio algunos distinguidos juristas propongan la adopción de un Tribunal Constitucional, institución nacida en los sistemas europeos de control de constitucionalidad “concentrado” para un país como la Argentina, donde se practica el control “difuso” a cargo de los jueces.

Por nuestra parte, no creemos que la mixtura de fuentes sea mala en sí misma. A veces es una consecuencia cultural inevitable, como parece ser el caso de la Argentina. Sí en cambio, compartimos la preocupación del Dr. *Mairal* sobre una coherencia interpretativa que preserve los valores y principios del texto constitucional y que, por el contrario, no sirva para subvertirlos ni distorsionarlos (16).

(15) DE VERGOTTINI, “Derecho Constitucional Comparado”. Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

(16) Véase el prólogo al libro “La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana” de GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo. Virtudes. Buenos Aires. 2008

Hay veces, sin embargo, en que la adopción de instituciones de origen jurídico diferente puede ayudar a lograr o a fortalecer los objetivos de la constitución. Así ha ocurrido en la Argentina con la institución del gabinete de ministros, que en opinión de *Matienzo* era originaria del parlamentarismo más que del modelo norteamericano en que no existen los ministros sino simplemente los secretarios para despachar los distintos asuntos de Estado.

El gabinete argentino ha dado pruebas de su gran utilidad en distintos períodos, como durante la presidencia de Marcelo T. de *Alvear* entre 1922 y 1928, sobre el que hay coincidencia en caracterizarlo el tiempo más próspero de la República. Se decía entonces que el Poder Ejecutivo estaba integrado por ocho presidentes y un secretario general (el presidente) tal era la calidad de los ministros.

Lo mismo podría decirse de distintos instrumentos adoptados por la Constitución Argentina que provienen de sistemas parlamentarios. No hemos tenido la oportunidad de conocer su utilidad ya que su utilización fue distorsionada a favor de la acumulación de poder por parte del Ejecutivo en desmedro de los principios republicanos. Muchas veces la culpa no es de los instrumentos sino de la utilización que se haga de los mismos.

Por eso decimos, que una vez despejado el problema de la interpretación de la diversidad de las fuentes extranjeras sobre la constitución argentina, el debate debe remontarse en la historia a la clásica polémica que sostuvieron Domingo Faustino *Sarmiento* y Juan Bautista *Alberdi* durante la segunda mitad del siglo XIX.

Las afirmaciones de *Sarmiento* en sus inconclusos “*Comentarios*”, se enmarcan dentro de una aguda polémica con *Alberdi* que fue tornándose en agria disputa entre antiguos amigos y aliados de causa. Tal disputa tuvo comienzo por una intemperancia de *Sarmiento* —propia de su temperamento— en el “prólogo” de la Campaña del Ejército Grande, que *Alberdi* respondió con tono severo, con fina altura intelectual, aunque no menos punzante que su contrincante, en las llamadas “*cartas quillotanas*” en que respondía a la descalificación sarmientina del texto constitucional de 1853, acusando al sanjuanino de ser “poco versado” y de tener “conocimientos periodísticos”; de donde este último le respondiera escribiendo sus famosos “comentarios”, abundantes en citas constitucionales.

La tenaz oposición de *Sarmiento* a la Constitución de 1853 se fundaba en su oposición a que Buenos Aires fuese la capital de la República y a que los gobernadores de provincia tuvieran el carácter de “agentes naturales del gobierno federal” que marcaba el anterior artículo 107 de la Constitución Nacional (actual 125). Esa oposición fue variando posteriormente, cuando al aceptar la candidatura a diputado nacional por San Juan recomendara públicamente el acatamiento al texto constitucional.

En sus “*Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*”, *Alberdi* refuta los argumentos de *Sarmiento* expresados en los “*Comentarios*” a la vez que realiza la crítica de la Constitución Provincial de Buenos Aires sancionada en 1854, por apartarse la misma de la Confederación Argentina.

Fiel a un estilo literario refinado, *Alberdi* se contrapone al carácter apasionado de *Sarmiento*, colocándolo en contradicción con sus propios escritos, sobre todo en cuanto a su prédica de fiel seguimiento del modelo federal norteamericano, destacando que el propio sanjuanino, en “*Argirópolis*” había destacado nuestras distintas características y evoluciones históricas en uno y otro caso.

En cuanto al tema en particular del preámbulo, sostiene que *Sarmiento* “...confunde constituciones diferentes porque se parecen los preámbulos...”, haciendo notar que los fines allí enunciados no son propios del gobierno norteamericano, sino que se trata de los fines esenciales y únicos de todo gobierno racional posible.

Insiste *Alberdi* en cuanto a la necesidad de que en la interpretación del texto constitucional se hagan gravitar los antecedentes constitucionales argentinos de la Constitución de 1853, dado que “...tenemos una serie de textos constitucionales proclamados durante la Revolución, que forman nuestra tradición constitucional, y que sin duda alguna han entrado por mucho en la confección de la moderna constitución y deben naturalmente servir a su comentario...”, señalando el siguiente orden de prioridad en las fuentes de interpretación:

- 1°) la historia del país.
- 2°) sus antecedentes políticos.
- 3°) los motivos y discusiones del legislador.
- 4°) los trabajos preparatorios de los publicistas.
- 5°) las doctrinas aplicadas de la ciencia pública.
- 6°) la legislación comparada o la autoridad de los textos extranjeros y sus comentadores.

Conforme con el criterio expuesto, agrega Alberdi que *“la ley extraña debe ser interrogada siempre después de la ley propia y nunca sola con exclusión de otras”*; ya que no hay doctrina sino que hay plagio *“cuando no hay generalidad en los textos consultados”* En una palabra, resulta que el rol de la jurisprudencia extranjera en el proceso de organización constitucional es muy delicado, pues *“...para disolver la unidad o integridad nacional de la República Argentina, bastaría aplicarle al pie de la letra la Constitución de los Estados Unidos, convirtiendo en Estados a lo que son y fueron Provincias de un solo Estado”* de donde, según Alberdi, *“para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la república Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los estados Unidos de Norteamérica”* (17).

En los referidos *“Estudios sobre la Constitución Argentina”*, Alberdi defiende la originalidad del texto. De allí que afirme *“...Para restablecer la mente de la Constitución Argentina, alterada por esos Comentarios de desorden y anarquía, ha sido escrito el presente libro, en que el autor ha procurado señalar los antecedentes nacionales y propios que han servido para formar la Constitución y deban ser las bases de su jurisprudencia”*. Así, al comenzar el capítulo II afirma que, *“...En el libro del señor Sarmiento hay dos cosas: hay un comentario y hay un ataque a la Constitución Argentina de 1853...”*(18).

“...La República Argentina no ha copiado literalmente (...) su constitución a Estados Unidos. Se ha dado un derecho propio asimilando a él una parte del derecho norteamericano. De las discusiones del Congreso contra papel que han hecho los trabajos auxiliares de los publicistas argentinos en la elaboración del texto. Más que por honor del país, es preciso no oscurecerlos, a fin de que la Constitución tenga abundantes comentarios de su mente propia y genuina...”

Y en otra parte añade, refiriéndose a los “Comentarios” de Story a la constitución norteamericana: *“...el señor Sarmiento pone a un lado la vida anterior de la República Argentina, se apodera del texto desnudo y seco de su constitución reciente; lo sacude, digámoslo así, de sus antecedentes argentinos, y emprende su comentario sin más auxilio que el comentario de la Constitución de Estados Unidos, pudiendo definirse su obra: ‘La Constitución Argentina comentada por el señor Sarmiento con los comentarios de la Constitución de Norteamérica, por José Story’”* (19). Lo mordaz del párrafo nos exime de todo otro comentario.

Finalmente, y para resaltar la defensa efectuada por Alberdi en su interpretación de la constitución de 1853, citaremos algunos párrafos del capítulo V de sus *“Estudios sobre la Constitución...”*, donde dice: *“...Todo es diferente en las dos constituciones, argentina y norteamericana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal, que le es común las asemeje al ojo del observador inatento y superficial...Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853, y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte América. No hay más que colocar uno enfrente del otro y contar*

(17) VANOSSY, Jorge Reinaldo A. “La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina”, separata de la Revista del Colegio de Abogados de San Isidro. Diciembre de 1876

(18) ALBERDI, Juan Bautista “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853” Colección Grandes Escritores Argentinos. Jackson Editores 1957.

(19) ALBERDI, op. Cit.

sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central que había existido por dos siglos. Mil veces se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era análogo y adaptable a nuestra condición de colonia española y de habitantes de la América del Sur...” (20).

No caben dudas que esta célebre polémica entre dos personalidades de la talla de Alberdi y de Sarmiento mucho ha contribuido a la interpretación del texto constitucional, habida cuenta de la entrega de pasión e inteligencia que ambos pusieron, desde posiciones opuestas y enfrentadas, en esa patriótica tarea.

De tal polémica se evidencia que la apelación a la “fuente” o “modelo” de la constitución de los Estados Unidos significó adscribir a una corriente modernizadora a partir de las grandes revoluciones, tomando al federalismo como síntesis superadora de las divisiones sangrientas entre “unitarios” y “federales”, tal cual lo había aconsejado Esteban Echeverría y la generación de 1837 y al presidencialismo como visión racional de la autoridad carismática que nuestra tradición había reconocido (21).

La “fuente” o el “modelo”, en tal sentido, no se entendían como una copia, un plagio o la adopción plena, lisa y llana de un determinado sistema institucional, sino la referencia a seguir, sin perjuicio de las propias singularidades (22). Entre tales singularidades que forman parte de nuestros antecedentes constitucionales, y hechas todas las anteriores salvedades, se encuentran también las referencias a la constitución de Cádiz.

III. El derecho español en los antecedentes constitucionales argentinos

El constitucionalismo español y en general el derecho de España han influido sobre el constitucionalismo argentino. Los hombres del gobierno patrio, así como los autores de los distintos ensayos constitucionales, estaban imbuidos de la doctrina, la legislación y la tradición jurídica hispanas; y la Constitución de Cádiz de 1812 gravitó sobre los aspectos fundamentales de la Constitución que sancionara el Congreso General Constituyente de 1853 (23).

Entre las fuentes indirectas se encuentra no solamente la Constitución de Egaña, para Chile de 1.833, sino también los antecedentes del constitucionalismo argentino, entre los que se encuentra el estatuto de 1815, el reglamento provisorio de 1817, la constitución de 1819 y, especialmente la constitución de 1826 a la que hiciera referencia expresa el Profesor Héctor Gross Espiel en un trabajo destinado a destacar la influencia de la Constitución de Cádiz de 1812 y de la Constitución de las provincias Unidas del Río de La Plata de 1826, en la Constitución Uruguaya de 1830, donde destaca el autor que muchas de las disposiciones argentinas del 26 tienen, a su vez, origen en la de Cádiz y ésta es la razón por la cual ella, en ciertos casos, aunque de manera indirecta, vuelve a incidir en la uruguaya de 1830 (24).

El movimiento liberal de las Cortes de Cádiz se refleja en nuestra legislación desde sus primeros intentos; y a través de ellos, en nuestra Constitución de 1853. El 20 de abril de 1811 se dictó un decreto sobre la libertad de imprenta sin censura previa, inspirado abiertamente en el sancionado por

(20) ALBERDI, Juan Bautista, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”. Colección Grandes Escritores Argentinos. Jackson Editores. 1957 Buenos Aires. Capítulo V.

(21) ECHEVERRÍA, Esteban, “Dogma Socialista”. W. Jackson Editores. Buenos Aires. 1944

(22) FAYT, Carlos S. “Fuentes de la Constitución Argentina” con prólogo del Dr. Eduardo J. Coll. Librería Editorial Deauville. Buenos Aires. 1943

(23) RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, “Génesis del Constitucionalismo argentino” Jurisprudencia Argentina. 1962 T. VI Sección doctrina

(24) GROSS ESPIEL, Héctor, “La Constitución de Cádiz de 1812, la constitución del reino de Portugal de 1822, la constitución del Imperio del Brasil de 1824 y la Constitución Argentina de 1826 como precedentes de la Constitución Uruguaya de 1830” en “La Constitución de Cádiz de 1812. hacia los orígenes del constitucionalismo Iberoamericano y Latino.

las Cortes el 10 de noviembre de 1810; los principios democráticos en él contenidos, han pasado a la Constitución vigente, que los consagra en su art. 14 (25).

El 24 de octubre de 1812, el Segundo Triunvirato convocó a una Asamblea General Constituyente para establecer “la organización general del Estado”. El 4 de noviembre, el Triunvirato encomendó a una Comisión Oficial un proyecto de Constitución, que oportunamente sería sometido a la Asamblea; en enero de 1813, el trabajo estaba terminado y presentado.

Contemporáneamente, la Sociedad Patriótica, centro político de tendencia *morenista*, elevó a consideración del gobierno otro proyecto de Constitución, que el Triunvirato también remitió a la Asamblea. Y como para dar pruebas del interés general, que existía, se redactó un tercer proyecto, anónimo. Ninguno de ellos mereció la sanción de la Asamblea.

Nuestro incipiente constitucionalismo se había .embebido de las enseñanzas de las Cortes de Cádiz; a fines de 1811, habían llegado al Río de la Plata el proyecto de Constitución española y los fundamentos de Comisión redactora (26). La influencia gaditana, confirmada luego por los proyectos de Constitución presentados, se destaca en la Asamblea desde un primer momento. En efecto, el decreto de instalación de la Asamblea General Constituyente, del 31 de enero de 1813, es copia del de la instalación de las Cortes.

El 10 de marzo de 1813 la Asamblea sancionó su Reglamento sobre inviolabilidad de los diputados, tomado del Reglamento de las Cortes, del 27 de noviembre de 1810, siendo este último el fundamento del art. 128 de la Carta de 1812.

Los principios que sustentan estos reglamentos, estableciendo la inviolabilidad de los diputados y que “no pueden intentarse contra ellos acción, demanda ni procedimiento alguno en ningún tiempo y por ninguna autoridad, de cualquier clase que sea, por sus opiniones y dictámenes”, han pasado a la Constitución nacional, que los adoptó con la misma amplitud. Nuestra Constitución se apartó, en cuanto a la inmunidad de los diputados, de la Carta norteamericana, superando a ésta en el alcance de esas garantías (27).

Siguió; en cambio, el modelo español, que se adaptaba mejor a las peculiaridades de nuestra política y a los antecedentes históricos sobre la institución, otorgando ese privilegio con generosa amplitud, de modo tal que los congresales no puedan ser molestados por sus opiniones “en ningún tiempo y por ninguna autoridad”; o como dice el art. 60 de la Constitución: “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”.

De los tres proyectos presentados a la Asamblea del ario XIII, el de la Comisión Oficial es el que sigue más fielmente el espíritu y la letra de la Constitución española de 1812. Así, el capítulo IV se inspira en el capítulo III (“Del gobierno”) del título II de aquélla; también sigue casi al pie de la letra el complicado sistema de elección indirecta implantado en España; y en España están inspirados los artículos referentes a la ciudadanía.

También establece la supremacía de la religión católica, pero superando el precedente que prohibía el ejercicio de cualquier otra (art. 12)—, dispone que ningún habitante puede ser molestado por opiniones religiosas. Siguiendo el ejemplo de los decretos dictados en la Isla de León, se establece que el Poder Ejecutivo estará a cargo de un Triunvirato, institución existente en nuestro país desde 1811.

(25) Conf. JULIO V. GONZÁLEZ, Filiación histórica del gobierno representativo argentino, t. II, ps. 404 y 408.

(26) Conf. JOSÉ A. SECO VILLALBA, Fuentes de la Constitución argentina, p. 44. ver en la nota 50 de esa obra, la lista de los folletos que circulaban, explicando los fundamentos y alcances del proyecto.

(27) ROBERTO GARCÍA MARTÍNEZ, Privilegios parlamentarios. Inmunidad de la opinión, en “J. A.”, 1962-I, sección doctrina, p. 62.

Otra institución adoptada por el proyecto de la Comisión oficial es el Consejo de Estado, formando por diez personas, una por cada provincia, de reconocidos meritos, orden e ilustración. Al igual que el rey en España, el Triunvirato debía oír el dictamen del consejo en todos los asuntos graves de gobierno y en los proyectos de leyes.

En ambas Constituciones tiene intervención directa en la provisión de judicaturas y cargos eclesiásticos. Nuestro país aceptó oficialmente la institución del Consejo, por el Estatuto provisional del 26 de enero de 1814, actuando como asesor del director supremo; pero el Estatuto provisional del 5 de mayo de 1815 lo suprimió. *Alberdi*, en su proyecto de Constitución, criticó duramente este instituto, considerándolo un contrapeso embarazoso a la acción del Poder Ejecutivo.

Pero la figura más importante, adoptada de la Constitución de Cádiz, es el Ministerio, que pasará, a través de las Constituciones de 1819 y 1826, a la Carta de 1853, dándole características peculiares a nuestro constitucionalismo; como bien dice el distinguido tratadista uruguayo Alberto *Demicheli*, “estamos frente a un antecedente jurídico fundamental (28).

Todos estos principios fueron tomados por el proyecto de la Comisión Oficial, en su capítulo XX, introduciendo así en nuestro constitucionalismo una institución que lo separa del modelo norteamericano, netamente presidencialista, para colocarlo en el camino de los gobiernos parlamentarios europeos. Esa institución es el refrendo y la responsabilidad personal de los ministros. De ahí que *Demicheli* sostenga que entre los dos sistemas de gobierno típicos —el presidencialista o representativo y el parlamentario el argentino configura un régimen propio, no coincidente con aquéllos, y que él denomina “intermedio”, “eclectico” o “mixto” (29)).

El refrendo obligatorio por parte de los ministros, para dar validez a los actos presidenciales, y la responsabilidad por los actos que legalizan, unidos a la facultad de interpelación, que estudiaremos más adelante, hizo ver a los estudiosos un “aire parlamentario” en nuestra Carta Magna de 1853 (30).

Esas instituciones fueron posteriormente recogidas por la Constitución de 1853, incorporándose así a nuestro constitucionalismo; los arts. 87, 88, 90 y 92 dan fe de ello (31). El sistema del Poder Ejecutivo que implantó la Carta norteamericana queda así modificado totalmente. El ejemplo viene de Cádiz, a través de los proyectos de 1813, que se desarrollan luego en los fallidos intentos de 1819 y 1826.

La Constitución de los Estados Unidos, como es sabido, nada establecía respecto a los ministros. Sólo una breve referencia: “El presidente... podrá exigir la opinión escrita del funcionario principal de cada departamento ejecutivo, sobre cualquier asunto que se relacione con los deberes de sus respectivos puestos...” (art. II, “Del Poder Ejecutivo”, sección segunda).

No existe allí necesidad de refrendar ni responsabilidad de los ministros, salvo la propia de todo funcionario; la sola firma del presidente basta. Por ello, la organización de nuestro Ejecutivo difiere notablemente de la del país del norte, siendo sus disposiciones constitucionales profundamente divergentes en esta materia; de ahí que “seguir a los Estados Unidos en la interpretación de las fun-

(28) ALBERTO DEMICHELI, *Formación constitucional rioplatense*, t. I. p. 189.

(29) ALBERTO DEMICHELI, *ob. cit.*, t. I, p. 407.

(30) POSADA, Adolfo, “La República Argentina”, *Cáp. VII, Sección VII*

(31) Dicen estos artículos: “Art. 87 — Ocho ministros secretarios tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. Una ley especial deslindará los ramos del respectivo despacho de los ministros”. “Art. 88.— Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas”. “Art. 90. — Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos”. “Art. 92 — Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar”.

ciones ejecutivas es apartarse de la letra y el espíritu de nuestras leyes constitucionales y de nuestra propia idiosincrasia” (32).

A tal punto quedó modificado el Ejecutivo presidencialista norteamericano por la influencia del parlamentarismo español de 1812, que un insigne constitucionalista argentino llegó a sostener que el Poder Ejecutivo es desempeñado en la República Argentina por el presidente de la Nación y sus ministros (33).

La influencia gaditana se hace notar, además, en la responsabilidad de los ministros frente al Parlamento, consagrada por la Constitución: de 1853. Si bien el presidente de la Nación tiene por sí solo la atribución de nombrar y remover a los ministros del despacho (art. 86, inc. 10, Const. nac.), éstos también son responsables ante el Parlamento. En efecto, los ministros pueden ser destituidos por el Senado de la Nación por medio del juicio político, previa acusación de la Cámara de Diputados y, en su caso, inhibidos de desempeñar cualquier otro empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación (arts. 45, 51 y 52, Const. nac.).

Y esa sanción puede ser aplicada por el Congreso aun contra el deseo y la voluntad del presidente, que deberá acatar el fallo. Institución típica del sistema parlamentario, que confirma el carácter “intermedio” de nuestro, alejándolo de la Carta norteamericana.

El enjuiciamiento de los secretarios de Estado está previsto en los arts. 226 y 228 de la Constitución de Cádiz, si bien la decisión de la causa le correspondía al Tribunal Supremo de Justicia (art. 229), diferencia lógica, ya que en España existía el sistema de una sola Cámara, a diferencia del nuestro que es bicameral; las Cortes, encargadas de considerar la necesidad de la formación de la causa y de hacer la acusación, no podían constituirse también en juez del acusado. El trasplante y adaptación a nuestro constitucionalismo vino a través de los proyectos del año XIII.

La adopción de algunos de esos principios también se nota en el tercer proyecto de Constitución presentado a la Asamblea General Constituyente del año XIII, que lleva por fecha el 27 de enero de 1813, y cuyo autor o autores no se conocen hasta el presente. El sistema electoral y la organización ministerial coinciden con el proyecto de la Comisión Oficial, pero introduce otra institución del sistema parlamentario español, la interpelación (34), estableciendo que los secretarios de Estado asistirán al Congreso cuando fueran llamados, debiendo informar de todo lo que se les pregunte y dando su dictamen cuando la Sala lo exigiera.

Por su parte, el art. 125 de la Constitución de Cádiz establecía que “en los casos en que los secretarios del despacho hagan a las Cortes algunas propuestas a nombre del rey, asistirán a las discusiones cuando y del modo que las Cortes determinen, y hablarán en ellas; pero no podrán estar presentes a la votación”. Y la Constitución de 1853, en su art. 63, establece: “Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su Sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes”.

También el tercer proyecto reproduce el capítulo referente a la formación de las leyes del proyecto de la Comisión Oficial. La influencia en ambos proyectos de la Constitución española es evidente, sobre todo en lo concerniente al procedimiento a observarse para la sanción de las leyes en cada Sala, procedimiento ‘no previsto en la Carta norteamericana y que el código gaditano reglamentó especialmente en el capítulo VIII del título III.

(32) DE VEDIA Y MITRE, Mariano, “El gobierno del Uruguay”, p. 16. ver también MATIENZO, José Nicolás “Gobierno personal y parlamentario”.

(33) Conf. MATIENZO, José Nicolás, “Lecciones del derecho Constitucional”, ps. 415 y 416. véase sobre el particular: LINARES QUINTANA, Segundo V. “Tratado de la ciencia del derecho constitucional”, t. IX, ps. 263 a 267; GONZÁLEZ, Joaquín V. “Manual de la Constitución argentina”, ps. 250 a 253.

(34) Conf. DEMICHELI, ob. cit., t. I, p. 428

Seco Villalba, al estudiar la influencia de las Constituciones norteamericana y española sobre los proyectos del año XIII en esta materia, dice que “la combinación de ambas —norteamericana y española— completan satisfactoriamente el asunto”; y agrega: “Los arts. 68 a 73 de la Constitución de 1853 reconocen este origen”(35).

Si bien la influencia gaditana fue allí mucho más restringida, también en el proyecto de la Asociación Patriótica se adoptaron algunas de sus disposiciones, tales como el art. 12, referente a la religión; el art. 22 que exige el requisito de saber leer y escribir para ser ciudadano; y el art. 24, sobre pérdida y suspensión de la ciudadanía.

IV. La constitución de Cádiz como fuente de la constitución argentina en el diseño del poder ejecutivo

Pero, como bien lo ha señalado *Linares Quintana*, es en la institución ministerial y en las relaciones entre el órgano ejecutivo y el legislativo, en lo que la Constitución de Cádiz influyó decisivamente sobre la ley fundamental Argentina, la cual si bien en este punto se inspiró en el sistema presidencial norteamericano, modificó notablemente este modelo, perfeccionándola, con la creación del ministerio y los canales de comunicación entre el presidente de la nación y el congreso.

La Constitución gaditana atribuyó a las Cortes amplias facultades, a la vez que limitó con estrictez la autoridad real, al lado de la cual instituyó los secretarios de Estado y del despacho o ministros. Todas las órdenes del monarca debían ir firmadas por el secretario del despacho del ramo correspondiente, sin cuyo requisito “ningún tribunal ni persona pública dará cumplimiento a la orden”. Dichos secretarios eran responsables ante las Cortes de las órdenes que autorizasen contra la Constitución y las leyes, sin que les sirviera de excusa haberlo mandado el rey.

Para hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del despacho, las Cortes debían declarar hacer lugar a la formación de causa, en cuyo caso quedaba suspendido el funcionario, debiendo las Cortes remitir al tribunal supremo de justicia, todos los documentos concernientes a la causa que debía formarse por dicho tribunal, quien la decidía con arreglo a las leyes (36).

Ha señalado *Cassagne* que una de las instituciones que distinguen a nuestro sistema constitucional del modelo norteamericano radica en el poder reglamentario atribuido al Presidente de la República por el artículo 99 inciso 2° de la Constitución Nacional. El antecedente directo de dicho precepto se encuentra en el artículo 85 inc. 2° del Proyecto de Constitución de Juan Bautista **Alberdi**, con el que acompañó la segunda edición de las “Bases”, el cual prescribe que el Presidente de la Confederación “*expide los reglamentos e instrucciones que son necesarios para la ejecución de las leyes generales de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu por excepciones reglamentarias*”(37).

Aunque es probable que *Alberdi* se haya inspirado para redactar la cláusula constitucional en la Constitución chilena de 1833, lo cierto es que ambas prescripciones encuentran su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo artículo correspondiente faculta al Poder Ejecutivo a “*expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes*”(38).

En cambio, la Constitución norteamericana no contiene un precepto semejante, al partir de una interpretación más rígida que la establecida en nuestro ordenamiento constitucional en punto a la separación de poderes, como consecuencia de considerar que el poder de hacer la ley sólo compete al Congreso y que al Ejecutivo sólo le corresponde lo concerniente a su cumplimiento.

(35) SECO VILLALBA, ob. cit., pág. 68.

(36) LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional” Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1977. Tomo I, pág. 136.

(37) CASSAGNE, Juan Carlos, “Las Fuentes de la constitución Nacional y el Derecho Administrativo” en La Ley del jueves 6 de septiembre de 2007, pág. 5.

(38) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General” 2da. ed. Iustel. Madrid. 2006.

De allí que no quepa la posibilidad de sostener que la referencia que hace la constitución norteamericana a que el Presidente deba velar por la ejecución de las leyes equivalga a reconocer *ab initio* y en forma plena el principio de la dualidad de fuentes (ley y reglamento), característico de los sistemas constitucionales europeos y del nuestro (39).

Por eso es también del caso recordar que la constitución gaditana estableció el monopolio legislativo de las Cortes como representantes de la soberanía nacional, añadiendo una puntual relación de las materias que quedaban sujetas a reserva estricta de ley, con pretexto de regular las facultades de las Cortes (art. 131) y las del Rey, limitadas en este caso a la ejecución de las leyes y a la conservación del orden público en el interior y de la seguridad exterior en el ámbito externo, de conformidad con la Constitución y las leyes (art. 170).

Pero es conveniente precisar que la potestad reglamentaria que se reconoce al monarca, excluye, de manera clara e inequívoca, cualquier tipo de reglamento de los denominados “autónomos” o *praeter legem*, toda vez que sólo quedaba autorizada o habilitada la reglamentación “conducente” a la “ejecución” de las leyes.

Esto nos parece un punto muy importante de precisar en cuanto a que la Constitución de Cádiz, como fuente originaria de las facultades reglamentarias del Presidente de la Nación, se limitó con exclusividad a los reglamentos de ejecución; siendo que la posterior expansión realizada por el Derecho Administrativo a los reglamentos autónomos y los reglamentos delegados y a los reglamentos de necesidad y urgencia no encontraron cabida en el texto constitucional originario.

Pero no cabe de esto culpar a Cádiz sino a la traslación de instituciones propias del derecho administrativo de países europeos con regímenes centralistas como Francia e Italia sobre una constitución de origen presidencialista y federalista como la Argentina que siguió en lo principal al modelo estadounidense, pero sin desdeñar otras fuentes; como es el caso de la que aquí evocada; aunque con un sentido preciso.

La expansión fue producto de interpretaciones doctrinarias que se fueron trasladando a la jurisprudencia, admitiendo los reglamentos “autónomos” como una consecuencia propia de la llamada zona de reserva de la Administración (art. 99 inc. 1° C.N.) y que finalmente encontrarían cabida en la reforma constitucional de 1994 para los denominados reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3°) y para los reglamentos delegados (art. 86 C.N.); pero repetimos de ningún modo por encontrar tales bases en la carta gaditana, donde la limitación de funciones entre los poderes aparecía claramente delimitada.

Se agregaba un conjunto muy minucioso y puntual de restricciones específicas a la actividad real que le impedían no sólo disolver, perturbar o entorpecer las actividades de las Cortes, ausentarse del reino, ceder o abdicar la autoridad real, celebrar tratados o actos internacionales o imponer contribuciones, conceder privilegios o agraviar la libertad o el patrimonio de los particulares incluyendo contraer matrimonio (art. 172 incs. 1 a 12) (40).

La exaltación de la soberanía nacional condujo a una inocultable exacerbación de la representación popular que subordinaba, por obvia consecuencia, a la monarquía en gesto inequívoco de afirmación del principio democrático que inspiró todo el texto y el proceso gaditano.

Las decisiones del monarca quedaban sujetas al refrendo de los Secretarios de Estado y del Despacho, a la vigilancia de un Consejo de Estado estamental, nombrado y regulado por las Cortes y fiscalizado por las Cortes y por la Diputación Permanente durante el receso de ellas; que podía acusar a los Secretarios del Despacho por infracciones de la Constitución y de la Ley ante el Supremo Tribunal.

(39) CASSAGNE, Juan Carlos, Op. Cit.

(40) PANIAGUA CORAZAO, Valentín “El proceso constituyente y sus principios rectores”. Lección Magistral del libro “La Constitución de Cádiz de 1812. hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino”. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004, pág. 57.

Así, los artículos 225 y 226 organizaban la institución del refrendo y la responsabilidad del refrendante. En el primero de ellos se establece su carácter omnicompreensivo en los siguientes términos: *“Todas las órdenes del Rey deberán ir firmadas por el Secretario del Despacho del ramo a que el asunto corresponda”* agregándose que *“Ningún Tribunal ni persona pública dará cumplimiento a la orden que carezca de este requisito”*

El artículo 222 estableció el número y nombre, distinguiendo entre el Secretario de Estado y los Secretarios de Despacho que eran siete carteras diferenciadas: Estado; Gobernación para la Península e islas adyacentes, Gobernación para ultramar, Gracia y Justicia; Hacienda, Guerra, y Marina.

El artículo 226 hacía a los mismos *“responsables ante las Cortes de las órdenes que autoricen contra la Constitución y las Leyes, sin que les sirva de excusa haberlos mandado el Rey”*, responsabilidad que se sustanciará ante el Tribunal Supremo y cuya exigencia por las Cortes supone la suspensión automática en la función (artículos 228 y 229).

El Estado de sitio es otra institución que se proyecta sobre las restauraciones monárquicas, de manera de que el poder de los parlamentos pudiera volver al rey en situaciones excepcionales de peligro inminente de conmoción interior o ataque exterior, remontándose a las bases de la *dictadura comiso-ria del Derecho Romano*, conforme lo enseñara Manuel GARCIA PELAYO (41).

Así se ha señalado en un importante estudio realizado por el profesor Pedro Cruz Villalón que la Constitución de Cádiz incluye tanto la detención preventiva en la forma contemplada en el artículo 145 de la C. Directorial de 1795, como la figura angloamericana de la “suspensión del privilegio de habeas corpus” (42).

La primera aparece en el artículo 172 (restricciones a la autoridad del rey), como excepción a la “restricción” 11ª: *“Solo en el caso de que el bien y seguridad del estado exijan el arresto de alguna persona podrá el rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregar a disposición del tribunal o juez competente”*

El segundo supuesto de detención preventiva, el verdaderamente importante, es el del artículo 308: *“Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delinquentes, podrán las Cortes decretarla por tiempo determinado”*

La discusión puso de manifiesto que la comisión se había inspirado al redactar este artículo en las “Suspensión of Habeas Corpus Acts” inglesas, en particular las aprobadas a instancias de Pitt entre 1794 y 1801. La intervención de Argüelles en nombre de la comisión también puso de manifiesto la misión que se le asignaba al precepto, la de constituir el medio extraordinario y único de salvación del Estado *“Y si en la constitución no se dexase la puerta abierta para salir de lo ordinario, en estos casos raros sucedería con escándalo su ruina, la cual de ningún modo puede precaverse mejor que por el que establece este artículo, que es el medio más legal...”* (43).

Y si bien existe cierta coincidencia doctrinaria en la Argentina acerca de que la garantía de “Hábeas corpus” encuentra sus antecedentes en el derecho inglés, del cual pasó a los Estados Unidos y de allí a nuestra norma constitucional; su base originaria, en el texto del artículo 18 de la constitución de 1853, se remonta en sus orígenes al decreto de seguridad individual del primer triunvirato, en el que tuviera influencia también la Constitución de Cádiz, conforma ya fuera afirmado.

(41) GARCIA PELAYO, Manuel, “Derecho Constitucional Comparado” Revista de Occidente. Madrid.

(42) CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El Estado de Sitio y la Constitución”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980.

(43) CRUZ VILLALÓN, op. cit., pág. 260

V. La influencia de la constitución de Cádiz en el poder judicial

Otro tema en que los antecedentes constitucionales hispánicos, entre los que se encuentra la Constitución de Cádiz, han influido en nuestro texto constitucional histórico es el referido al Poder Judicial, sin por ello disminuir el papel preponderante de la fuente estadounidense en la conformación de un departamento judicial independiente, reflejado en las páginas de “El Federalista”, cuyo texto tuvieron en sus manos los redactores de 1853, entre otros antecedentes (44).

Por tal motivo, una de las características en la configuración del sistema presidencialista es la existencia de un Poder Judicial como rama independiente, conformando uno de los tres poderes del estado Federal a modo de “frenos y contrapesos”, conforme la fórmula pregonada por Montesquieu en “El Espíritu de las Leyes”. Así entendido, no cabe en sistema presidencialista, en sentido propio, la expresión “administración de justicia”, ni mucho menos la de “servicio de justicia”, toda vez que el departamento judicial no es parte de la administración ni tampoco un servicio público sino, repetimos, un “poder” dentro del Estado, o si se quiere, una de las tres funciones en las que el Poder se divide y se organiza.

Buena parte de esa discusión se ha dado en la crítica formulada oportunamente en la Argentina sobre la adopción de los denominados “Consejos de la Magistratura”, tanto en el orden federal como a nivel de las provincias; ya que el origen europeo de tal instituto, destinado en su antecedente del Estado Albertino para el reino de Sicilia, a dar mayor nivel de independencia a jueces que dependían del rey; no era propio de un sistema de separación de poderes de origen norteamericano. Una vez más, la respuesta a tal objeción fue la diversidad de fuentes no era objeción para lograr una mayor eficiencia en los mecanismos de selección de magistrados

En el derecho foral español, el Justicia Mayor de Aragón constituye el ejemplo de mayor raigambre histórica y jurídica en materia de independencia judicial frente al Rey, rigiendo hasta los tiempos de Felipe II en que el absolutismo monárquico transformaría la institución después de ocurrida la muerte de Juan Lanuza en 1591, dependiendo a partir de entonces de la autoridad del monarca.

La influencia de las instituciones españolas en el constitucionalismo hispanoamericano es así destacada por una corriente de opinión doctrinaria, entre quienes cabe destacar a Estanislao Zeballos y Segundo V. Linares Quintana, quienes han puesto el acento en la constitución chilena de 1833 y la constitución argentina de 1853. Así Zeballos, ha tenido la oportunidad de señalar que al estudiar las fuentes de la constitución argentina había llegado al sorprendente resultado de que ella tiene raíces profundas que no se nutrieron en las instituciones de Inglaterra sino en las del antiguo derecho español (45).

Entre tales principios, se encuentra el enunciado en el artículo 109 de la Constitución Nacional (ex 95 antes de la reforma de 1994) que separa el poder judicial del ejecutivo y del legislativo, prohibiendo a este último el ejercicio de funciones judiciales, traduciendo la continuidad de la doctrina jurídica española secular, representada por las antiguas leyes de Aragón y de Castilla, conforme se reconoce en los fundamentos del discurso preliminar que acompañó al texto de la Constitución de Cádiz (46).

No debe sorprender, entonces, que el juicio de manifestación, un antecedente de naturaleza similar al hábeas corpus anglosajón, haya influido en nuestra tradición constitucional, ni mucho menos puede discutirse, en tal sentido, que la Constitución de Cádiz haya sido una de las fuentes de la Cons-

(44) HAMILTON, MADISON y JAY “El Federalista”. Fondo de Cultura Económica. México 1970.

(45) ZEBALLOS, Estanislao “Influencia de las Instituciones visigodas en la Argentina” Revista de Derecho, Historia y Letras. Año XVIII, t. LV Buenos Aires, 1916 p. 379

(46) BIELSA señaló que la Justicia de Aragón fue una “admirable institución, cuya esencia es de las más altas cortes de justicia defensora de las leyes, empezando por la ley fundamental que es la Constitución” v. “La protección constitucional y el recurso extraordinario” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1936.

titución Argentina, sea de modo directo o indirecto, conforme lo han reconocido muy importantes juristas (47).

El Poder Judicial aparece claramente separado al disponer el artículo 17 que *“La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los Tribunales establecidos por la Ley”*. Esta expresión debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 171.4°, vinculado con el artículo 237: *“Los jueces y tribunales son nombrados por el Rey, pero el nombramiento se efectúa a propuesta del Consejo de Estado, el cual propone al Rey una terna para cada puesto”*

La Constitución de Cádiz le dedica el Título V, completo, a la organización del Poder Judicial. El “principio de exclusividad” está contenido en el artículo 243 *“Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos”*. En tanto que el artículo 246 dispone que los Tribunales *“no podrán suspender la ejecución de las leyes ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia”*. Enfatizando a continuación el artículo 245 que *“Los Tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado”*.

El “principio de inamovilidad” está contenido en el artículo 252 *“Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada, ni suspendidos sino por acusación legalmente intentada”*. Finalmente, el “principio de responsabilidad” se encuentra fijado en el artículo 254: *“Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hacen responsables personalmente a los jueces que la cometieren”* con el agregado de refuerzo que realiza el siguiente artículo 255 al establecer la acción popular para los supuestos de soborno, cohecho y prevaricato.

Estas y otras instituciones hunden sus raíces históricas para remontarse hacia Cádiz, remarcando la dimensión cultural del Derecho, que no sólo puede encerrarse en el silogismo y la lógica deóntica, sino que la vida humana y el devenir de los pueblos también la han ido forjando en procesos normalmente complejos.

Y en este rastreo de fuentes indirectas o más o menos remota de un derecho constitucional gaditano se dan cita numerosos elementos jurídicos, pero también a su vez, una esencial atmósfera política que contribuiría decisivamente en el posterior desarrollo de las instituciones republicanas de Hispanoamérica.

La vigencia de *la Pepa* superaría su consideración como Ley para convertirse también en un símbolo político. Se convirtió en la bandera que tremolaron todos los revolucionarios españoles hasta bastante después de haberse acreditado su inaplicabilidad; y aún más tarde, siguió siendo como una reliquia sagrada, un recuerdo digno de veneración. No solamente en España, sino también en Europa y América de manera que *MirkineGuetzevich* la consideraría el patrón base del liberalismo decimonónico (48).

VI. Conclusión

La Constitución Política de la Monarquía Española, jurada por las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz y promulgada por el Consejo de Regencia el 19 de marzo de 1812 marca la quiebra del

(47) LINARES QUINTANA, Segundo V., “Raíces hispánicas del constitucionalismo” Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Vol. XXIX. Buenos Aires 2001 p. 313; RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, “Génesis del Constitucionalismo Argentino”, op. cit. Pág. 117; SECO VILLALBA, José Armando B., “Fuentes de la Constitución Argentina”. Depalma. Buenos Aires. 1943. p. 218 y ss.; MATIENZO, José Nicolás, “Lecciones de Derecho Constitucional” Librería La Facultad. Buenos Aires. 1926, ps. 415-416

(48) SÁNCHEZ AGESTA, Luis, “Orígenes, evolución y crisis del régimen constitucional” Madrid, 1974, p. 35 “Historia del Constitucionalismo Español”. Madrid 1964. p. 5

Antiguo Régimen, fija los inicios del constitucionalismo hispano y, en general, abre las puertas de la Modernidad iberoamericana (49).

Nacida bajo la influencia y el impulso de un movimiento político liberal interno que contara con el liderazgo, entre otros, de Agustín de Argüelles y Diego Muñoz Torrero, aún cuando algunos señalan con razón se escasa vigencia y su marcado carácter *ecléctico* compuesto por ideales reformistas, así como por liberales y absolutistas; no puede negarse, sin embargo, que dicha Constitución tuviera el gran mérito de impulsar el romanticismo político europeo y a la vez ejercer una notable influencia en el constitucionalismo hispano-luso-americano e italiano de la época.

De tal modo, se ha afirmado la superioridad de la ley fundamental gaditana sobre los textos de las constituciones norteamericana de 1787 y la francesa de 1791, recordándose al mismo tiempo que aquel depositó su confianza en la idea de la soberanía nacional como base para la cristalización de los valores patrios y como fuente y garantía de los derechos cívicos. La Constitución de Cádiz de 1812 sería immortalizada en una célebre “alegoría” de Goya. Fue reconocida por el rey Fernando VII, quien después la derogaría, dando cuenta de sus razones en la Real Cédula del 4 de mayo de 1814.

A pesar de las *tendencias moderadoras* representadas por las restauraciones monárquicas y la reacción *termidoriana* (exclusión de radicalismos, preservación de las formas del Antiguo Régimen, coexistencia de clases, progreso económico, derechos civiles y derechos políticos censitarios, etc.), la expansión de los ideales de las revoluciones francesa y norteamericana, así como del proceso revolucionario y constitucional gaditano, que se expendieron sobre todo occidente.

Hacia 1820 se daría una conjunción de las logias gaditanas con los independentistas del Río de La Plata, logrando la sublevación del ejército expedicionario español de ultramar y la proclamación de la Constitución que se había elaborado en Cádiz en el año 1812. De ese modo, España se convertía en el único país liberal de toda Europa, merced a una serie de acontecimientos que implicaron el avance definitivo de los movimientos independentistas de América.

En tales circunstancias, Portugal proclamaría su constitución de características muy similares a la español; circunstancia que se repetiría en Italia, particularmente en Nápoles y en el Piamonte. Con anterioridad, en Montevideo, que era el último bastión español del virreinato del Río de La Plata, “La Pepa” fue jurada tras su inmediata aprobación por las Cortes de Cádiz, rigiendo en dicha jurisdicción hasta el año 1814.

En Guatemala fue jurada en 1812, estando vigente hasta 1814, y luego desde 1820 hasta 1824, cuando se dictaría la Constitución Federal de Centro América. En Caracas sería jurada solemnemente a finales de 1812, como consecuencia de la caída de la Primera República, y también en 1820, en territorio aún ocupado por las fuerzas españolas en Venezuela.

Como ha señalado el profesor Asdrúbal Aguiar Aranguren, el texto constitucional gaditano es, en suma, si no el único, sí uno de los más importantes paradigmas y fuente indiscutible del constitucionalismo latino e iberoamericano emergente. La tarea constituyente de las Cortes ejerció una influencia esencial en el nacimiento de algunas instituciones y prácticas políticas fundamentales de nuestros países. De modo particular, introdujo la idea del sufragio universal, predicó el carácter nacional de la educación, promovió el trato igualitario del indígena y la reforma agraria, auspició la regionalización de la administración de justicia, consagró el derecho de amparo, apostó por la eliminación de los mayorazgos y buscó fundar un modelo económico basado en el *laissez faire* (50). ♦

(49) RODRÍGUEZ, Mario, “El experimento de Cádiz en Centroamérica, 1808-1826”, México. Fondo de Cultura Económica 1984, p. 131.

(50) AGRUIAR ARANGUREN, Asdrúbal, “La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz”. Presentación de la obra “La Constitución de Cádiz de 1812. hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino”. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004, pág. 15.

De “el pueblo quiere saber de qué se trata” a “que se vayan todos”.

Razón y pasión, recuperando la política

POR **SOLANGE DELANNOY** (*)

Sumario: I. La política y lo político. II. La Argentina Moderna, orden y Constitución. III. Alberdi el gran liberal argentino. IV. El desarrollo del Estado Constitucional en Argentina. V. La participación y la democracia directa. VI. Conclusión. VII. Anexo.

Este artículo intenta un acercamiento a la historia política argentina a través de la recopilación y el análisis de las consignas políticas usadas por diversos sectores protagonistas de la historia de la Nación Argentina. Así, el conflicto, en muchas ocasiones extremo muestra la esencia de la política: el conflicto, sus resoluciones e irresoluciones.

PALABRAS CLAVE Política-Discurso Conflicto- Pueblo Nación Unidad Política-

“FROM “THE PEOPLE WANT TO KNOW WHAT IT IS “A” WITH THEM ALL”

REASON AND PASSION, RECOVERING THE POLICY”

A DAMN ESSAY OR AN ESSAY DAMN

This article attempts an approach to Argentina’s political history through the collection and analysis of political slogans used by different sectors protagonists of the story of Argentina. Thus, the conflict often end shows the essence of politics: the conflict, its resolutions and irresolution.

KEYWORDS: Policy-Speech-Village Conflict Nation-Policy Unit

*Las revoluciones son los períodos típicos de la inversión.
Los que durante tiempo permanecieron indefensos, de pronto enseñan los dientes.
Su número debe compensar lo que les falta en experiencia de maldad.
Elías Canetti “Masa y poder”*

*Cuando la Patria está en peligro, todo está permitido, excepto, no defenderla.
José de San Martín*

He desarrollado este ensayo buscando los rastros del conflicto en los vocablos utilizados en discursos, consignas, proyectos políticos, para analizar el proceso de la construcción de la unidad política y la determinación de lo que ha sido, y es el conflicto en la Argentina.

(*) Profesora Titular de Derecho Político Cátedra “C”, Facultad de Derecho. Magister en Ciencias Política y Sociología: FLACSO. Directora del Centro de Estudios e Investigaciones Renato Treves. UNR.

Al enfrentarnos con el acontecimiento puro, el 25 de mayo de 1810, debemos reconstruir en nuestra memoria colectiva un hecho que ha tenido variadas interpretaciones, y ha sido objeto de los más contradictorios debates, en especial si constituyó o no un hecho revolucionario (1).

En tal sentido, recordemos a KOSELLECK, quien comienza calificando la palabra “revolución” como de una nitidez conceptual muy oscura, y como de tópico. Significa tanto un cambio de un régimen por otro, como una guerra civil, como transformaciones a largo plazo. Su propósito es aclarar la conexión entre la ubicuidad tópica de la revolución y su respectivo sentido concreto. Revolución industrial, segunda revolución industrial, revolución social, revolución cultural, revolución proletaria, el término alude tanto a transformaciones tecnológicas como a sucesos cruentos políticos y sociales y, paradójicamente, una revolución en la técnica presupone una cierta estabilidad en lo político y lo social.

Por lo tanto, KOSELLECK concluye que, “nuestro concepto de revolución ha de ser definido convenientemente como un concepto universal elástico, que se refiere en cualquier parte del mundo a una cierta precomprensión cuyo sentido preciso está sometido a una enorme variabilidad de un país a otro, de un campo político a otro” (KOSELLECK, 1993).

Sin embargo, en nuestro imaginario colectivo, producto de la escolaridad, y una ritualidad cultural repetida, el 25 de mayo de 1810 ha cobrado una fuerza simbólica revolucionaria, que debe ser reconocida como fundante de un proceso de construcción de una unidad política.

Así, Mayo de 1810 funciona como un mito fundacional que da origen a un sistema social que ha tratado de legitimarse a través de estos 200 años. Este mito ha sido utilizado por adversarios políticos, no logra posicionar hegemonícamente por lo menos hasta ahora posiciones encontradas y muchas veces irreconciliables.

La consigna de mayo “El pueblo quiere saber de que se trata” adolece de claridad, ya que al interrogarla nos encontramos con qué no se puede saber quien era ese pueblo que quería saber, y qué era lo que quería saber.

Las discusiones llevadas adelante por los protagonistas alrededor de la forma de gobierno, la ruptura o no con la Monarquía, los intentos de la instauración de un liberalismo confuso y contradictorio así lo demuestran. Además una rica discusión sobre el derecho del pueblo o de los pueblos se instaura frente a los poderes locales que se perfilan, los que en algunos casos logran homogeneizar y legitimar figuras de caudillos, quienes impondrán un orden dentro de los límites de su influencia.

I. La política y lo político

Para Carl Schmitt, la índole de lo político es la relación amigo-enemigo, sólo frente a otros puede constituirse una unidad política. En el siglo de las contiendas confesionales en Francia, en los Países Bajos, en Alemania y en Inglaterra se usan términos como, sublevación, motín, revuelta, levantamiento hasta la guerra civil. Estas contiendas no afectaban sino a largo plazo la estructura social existente.

Se discute jurídicamente las pretensiones de legalidad de la guerra civil, las que estaban contenidas en el derecho de resistencia frente al Estado. La guerra civil es siempre un enfrentamiento entre ciudadanos cualificados de un Estado. Así, Schmitt afirma que guerra civil y revolución no coincidían, pero tampoco se excluían mutuamente alrededor del año 1700.

(1) KOSELLECK, Reinhart, “Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos”, Ediciones Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1993 pp.68 y 69.

Así, la naturaleza de lo político sólo puede ser descubierta en el momento preciso en el cual una cierta antítesis (de tipo religioso, moral o económico) se transforma en un conflicto de extrema intensidad. Conflictos extremos son los que “no pueden ser decididos ni por una norma general previamente determinada ni por el juicio desinteresado y, por tanto, neutral de un tercero”.

Contra los teóricos del pluralismo social SCHMITT sostiene que el Estado en la única entidad decisiva. No hay otra organización que posea el *jus belli*. La guerra se concibe como “una posibilidad siempre presente”, el presupuesto principal “que determina de una manera característica la acción y el pensamiento humano y crea, por tanto, un comportamiento específicamente político”.

En consecuencia construye sus categorías de estado de excepción y de dictadura soberana, para restablecer el orden, preservar la unidad política, excluyendo a los enemigos y homogeneizando.

Se puede afirmar que en la lucha concreta los bandos en guerra se arrogaban legalidades excluyentes, y el enemigo era considerado como un insurrecto a las leyes. Esto significa que el fundamento de legitimidad del Estado se ha visto conmovido, ha surgido una resistencia pasiva y activa, la negativa a obedecer las normas jurídicas, el sabotaje, y finalmente la polarización total: la guerra civil, la que ha de desembocar en el sometimiento de un bando por el otro, es decir en el Terror, en la guerra civil con métodos policiales (Kriele, 1980.p. 13)

En ella peligran los intereses más importantes, la vida, la libertad, la seguridad y se producen comportamientos como el miedo, la traición, el odio, la venganza, el sadismo y la desconfianza.

Entonces, se desplazan la razón, el conocimiento, el enfoque justo, sustituidos por esquemas simplistas de amigo-enemigo y el fanatismo. El peor de los miedos y bien fundado es al fin de la guerra civil. El tiempo queda prisionero de una paradoja, que la guerra acabe al fin, y la desesperación de que termine y sus consecuencias.

El vencedor no termina la guerra, sino que la continúa bajo la forma del terror. Tiene que reducir a la impotencia al enemigo vencido y para ello acude a la policía política, la tortura, las ejecuciones, los campos de concentración, el sistema de delación.

Es así que, el clima de miedo, mentira y violencia continúa a menudo durante generaciones. Los bandos se han modificado, en la guerra son enemigos, en el terror son el torturador y el torturado. El terror condena al silencio y disuelve las comunidades en desconfianza y delación.

Aún en el campo del vencedor la victoria es seguida por luchas intestinas por el poder y las purgas que también se ejecutan por medio del terror. Como dijimos, el tiempo de la guerra civil es un tiempo paradójico, el deseo es que finalice, pero simultáneamente este desenlace no significa esperanza alguna, ni para vencedores ni vencidos, ya que su secuela es el terror.

Entonces, el proceso que se desata en mayo de 1810 no es ninguna guerra civil, no se produce entre ciudadanos de un Estado, la lucha es en principio de súbditos de la Corona española por autonomía, no es sino hasta más adelante que el Ejército español aparecerá como enemigo y la lucha partisana ha de aparecer.

En este punto nos parece interesante advertir que las luchas intestinas, es decir el período conocido como “la anarquía del año 20” merece una mirada más atenta a los fines de considerar si puede producirse teoría alrededor de las categorías de guerra civil y unidad política.

Uno de los problemas que debe abordar la disputa es la cuestión de los límites, tanto territoriales como personales, cuál es el territorio sobre el cual se manda, cuáles hombres obedecen y si la obediencia se basa sólo en el terror, o si alguna clase de legitimación funciona y cómo. En mayo

estas cuestiones recién empiezan a perfilarse, las provincias, los restos del Virreinato, el Imperio del Brasil, más allá del Río Colorado, los indios hostiles, los aliados,

Ahora bien, cómo fue la construcción la Nación Argentina, qué significaban los vocablos pueblo, unidad, gobierno, etc.

Para poder acometer esta tarea siempre es aconsejable buscar en los clásicos del pensamiento occidental una guía, que sin forzar la realidad, pueda ayudarnos a aprehenderla, y así acercarnos a esta conmemoración, que seguramente no será la misma para todos. La racionalidad de la Ilustración y la pasión en la barbarie? Lo comunal como el Antiguo Régimen, la individuación como lo moderno, el progreso, la libertad.

Consideramos que el proceso de deseuropeización no consiste en desechar el pensamiento occidental sino más bien en utilizarlo como un marco teórico que nos permita luego producir teoría del estudio de nuestra empiria.

Quién es el autor de “El pueblo quiere saber de qué se trata”, obviamente no el pueblo del Virreinato, entonces el pueblo del puerto de Buenos Aires? Si pensamos pueblo como todos, nuestra respuesta sería negativa, sí lo pensamos como los ilustrados, los comerciantes, los jefes militares, sí, pero entonces no estaríamos en presencia del “pueblo”, sino más bien de los “vecinos” un colectivo heterogéneo integrado por variados actores económicos y políticos, criollos y españoles, abogados y comerciantes, civiles y militares (2).

II. La Argentina Moderna, Orden y Constitución

Como señala de SOUSA SANTOS, el paradigma de la modernidad “es muy rico y complejo, tan capaz de una inmensa variabilidad como propenso a desarrollos contradictorios” (SOUSA SANTOS DE, BOAVENTURA. 2003. pp. 13 y ss)

El punto de lanzamiento de la Modernidad fue la Revolución Francesa, las principales categorías modernas ya están presentes, aún como potencialidades. El Derecho y la Ciencia tienen como tarea la racionalización del Estado y de la sociedad (3).

Este paradigma tan rico y complejo, se asienta en dos pilares: el de la regulación y el de la emancipación. La regulación está constituida por el principio del Estado, la obligación política vertical entre ciudadanos y Estado (HOBBS), por el del Mercado, la obligación política horizontal individualista y antagónica entre los que participan en él (LOCKE y ADAM SMITH) y por el de la comunidad, la obligación política horizontal solidaria entre los miembros de la comunidad entre las asociaciones (ROUSSEAU).

La emancipación en tanto está compuesta por “las tres lógicas de la racionalidad definidas por WEBER, la estético-expresiva de las artes y de la literatura, la cognitivo-instrumental de la ciencia y la tecnología, y la moral-práctica de la ética y el derecho”.

Emancipación y regulación en una tensión dinámica constituyen la base del paradigma revolucionario de la Modernidad. Sin embargo, a mediados del siglo XIX la convergencia de la moderni-

(2) Ver Anexo al final

(3) ASÍS ROIG De, Rafael, “Modelos Teóricos del Estado de Derecho”, Doxa 22 Alicante 1999. p. 222 “...entre las características que sirven para entender el Derecho en la Modernidad, destaca la de la publicidad, que tiene que ver, por otro lado, con la idea de la emisión de los mandatos y su conocimiento. Pero además, no hay que pasar por alto que el Derecho de la modernidad es un Derecho racional, entre cuyas notas están también esas exigencias de unidad y coherencia. Por otro lado, existen al menos dos características del Derecho moderno...y que se proyectan sobre sus normas. Se trata de la exigencia de generalidad y claridad”.

dad con el capitalismo produjo que aquella tensión entrase en un largo proceso de degradación, y el engrandecimiento de la regulación en detrimento de la emancipación (4).

III. Alberdi el gran liberal argentino

ALBERDI quien con su libro “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, es inspirador de la Constitución argentina de 1853, es un decidido admirador del modelo norteamericano, en especial de las Constituciones del Estado de California, que promueve la inmigración; la del Estado de Massachussets y de la Constitución Federal de los EEUU; apartándose sin embargo de aquellas en el proteccionismo económico.

El proceso independentista argentino había sido impregnado por los modelos de la Revolución Francesa y de la Norteamericana, ALBERDI, argumentado condiciones parecidas a las colonias inglesas, tal *el desierto*, sostiene que *gobernar es poblar*. Por lo tanto para él la inmigración es la solución, pero, se trata de una inmigración que pueda llenar el vacío dejado por la ruptura con el antiguo régimen, con una historia distinta, ajena, que aparece como más racional y portadora de la libertad, la historia, la tradición anglosajona (5). “La Constitución debe ser hecha para poblar el suelo solitario del país de nuevos habitantes, y para alterar y modificar la condición de la población actual. Su misión, según esto, es esencialmente económica” (6). Liberal en lo económico cuando llega al ámbito político su liberalismo no le alcanza, los derechos políticos no son para todos.

“No son las leyes las que necesitamos cambiar; son los hombres, las cosas. Necesitamos cambiar nuestras gentes incapaces de libertad, por otras gentes hábiles para ella, sin abdicar el tipo de nuestra raza original, y mucho menos el señorío del país; suplantando nuestra actual familia argentina por otra igualmente argentina, pero más capaz de libertad, de riqueza y de progreso”. “Si hemos de componer nuestra población para nuestro sistema de gobierno, si ha de ser el más posible hacer la población para el sistema proclamado que el sistema para la población, es necesario fomentar en nuestro suelo la población anglosajona” (7).

La Constitución que propone es rígida y es la garantía de la libertad y de los derechos. Hay una evidente desconfianza hacia el legislador, el conflicto entre poder constituyente y constituido aparece con particularidades especiales, la desconfianza de Alberdi no es sólo hacia el *legislador ordinario*, sino también hacia el *legislador constitucional*, y hacia el mismo pueblo, que es caracterizado como indolente, vicioso, no instruido en los valores prácticos de la industria, el trabajo, sobre todo el de las provincias mediterráneas.

Se inclina por el modelo norteamericano al hablar de “la necesidad de crear un gobierno general argentino, y una constitución que sirva de regla de conducta a ese gobierno”. Luego denosta de todo el derecho constitucional de la “América antes española” tachándolo de incompleto y vicioso. Se

(4) SOUSA SANTOS, “Crítica de la Razón Indolente. pp. 13, 52, 53.

(5) CASSAGNE sin embargo sostiene que la “Constitución adoptó, entre los tres grandes sistemas de articulación del principio de legalidad -a) la función de legislar como atribución exclusiva del parlamento; b) el dualismo de ley y reglamento; y c) la reserva de ley y el reconocimiento de un poder reglamentario residual-, el segundo de los nombrados...proveniente en su origen de la Constitución francesa de 1791. Y con ello desechó como fuente originaria, en cuanto a división de poderes se refiere, a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, sosteniendo que nuestra carta magna es tributaria de los principios del constitucionalismo europeo” CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el derecho argentino” Revista Española de Derecho Administrativo Nº 73 Cívitas, 1992 pp. 20-21.

(6) ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República argentina” Editorial Claridad, Buenos Aires, p. 122.

(7) *Ibidem* p. 155.

advierte la misma desconfianza hacia el legislador que en el modelo historicista. La necesidad dominante de la época para Alberdi era la de acabar con el poder político que Europa había ejercido en este continente (8). Europa debe volver pero de la mano de los anglosajones.

La necesidad es: “darles (a los pueblos) la aptitud que les falta para ser republicanos; en hacerlos dignos de la república, que hemos proclamado, que no podemos practicar hoy ni tampoco abandonar; en mejorar el gobierno por la mejora de los gobernados; en mejorar la sociedad para obtener la mejora del poder, que es su expresión y resultado directo” (9). La carga de proyecto para el futuro que ALBERDI imprime a sus Bases, la impronta fuerte de la Revolución Francesa, no condice con un diseño institucional basado sólo en las reglas del juego, cual es el modelo norteamericano. Respecto del principio de “*checks and balances*” ALBERDI es partidario de un ejecutivo fuerte; recuerda un dicho atribuido a Bolívar “Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes” (10). Pero acota “Dadle al PE todo el poder que sea necesario, pero dádsele a través de la Constitución” (11).

Funda la durabilidad de la Constitución en su interpretación, no en su reforma, la virtud es la conservación, nuevamente se presenta como en los EEUU la desconfianza hacia el poder constituyente, dado que pretende preservar las reglas del juego del arbitrio de las circunstancias. Pero, ¿cuáles son los remedios de los defectos de la Constitución?: asevera ALBERDI que los constituyen la interpretación, el comentario, la jurisprudencia.

“El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Estas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública, más o menos grave. Son los que las amputaciones al cuerpo humano: necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. Remedemos sus defectos, no por la abrogación, sino por la interpretación” (12).

La Corte Suprema y el Poder Judicial federal son los encargados del control de constitucionalidad. El autor de las Bases reconoce explícitamente de dónde se ha nutrido para optar por esta vía. “Es la receta con que Inglaterra ha salvado su libertad y la libertad del mundo” (13) “Las cartas de Inglaterra, que forman el derecho constitucional de ese país modelo, no salieron de las academias ni de las escuelas de derecho, sino del buen sentido de sus nobles y de sus grandes propietarios” (14).

(8) ALBERDI, Ob. cit. pp.24, 25.

(9) *Ibidem* p. 50.10 *Ibidem* p. 51.11 Así HARO apunta que “este fortalecimiento originario, se vio acrecentado por un largo proceso de concentración de poderes, en el que fueron perdiendo entidad tanto el Congreso como las Provincias” proceso que denomina “Ejecutivización” o “Concentración” de funciones del Gobierno nacional en el poder ejecutivo y la “Desfederalización” o “Centralización” de atribuciones de las provincias al Estado Nacional HARO, RICARDO, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia Argentina” *Ius et Praxis*, 2001, vol. 7, no. 2, pp. 61-72.

(10) *Ibidem* p. 51.

(11) Así HARO apunta que “este fortalecimiento originario, se vio acrecentado por un largo proceso de concentración de poderes, en el que fueron perdiendo entidad tanto el Congreso como las Provincias” proceso que denomina “Ejecutivización” o “Concentración” de funciones del Gobierno nacional en el poder ejecutivo y la “Desfederalización” o “Centralización” de atribuciones de las provincias al Estado Nacional HARO, RICARDO, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia Argentina” *Ius et Praxis*, 2001, vol. 7, no. 2, pp. 61-72.

(12) Ob. cit. pp. 166, 167.

(13) Ob. cit. p. 168.

(14) Ob. cit. pp.169, 170.

Su expectativa de fundar una República en paz, estable y durable, refiere al hecho fundador de una nueva costumbre; paradójicamente un hecho fundador no es una costumbre, una costumbre nueva no es una costumbre, es un hecho fundador, que rompe con la tradición, con la costumbre anterior. ¿Cuál es esa costumbre, cuál es el antiguo régimen para ALBERDI? La soledad, el atraso, la pobreza del despotismo.

“Ellos son los verdaderos enemigos de América; y por cierto que no les venceremos como vencimos a la metrópoli española, echando a Europa de este suelo, sino trayéndola para llevar a cabo, en nombre de América, la población empezada hace tres siglos por España” (15). La Revolución francesa logra ese objetivo rompiendo con el Antiguo Régimen y sustituyendo al Rey por la Nación encarnada en la Asamblea, la Revolución norteamericana rompe con el tirano el “Rey” y en su lugar sigue con la tradición del *common law*, no hay una ruptura violenta en los usos y costumbres.

En cambio ALBERDI, usando prescriptivamente un modelo débil como el norteamericano que asegura los derechos y garantías mediante la interpretación jurisprudencial, y excluyendo el modelo fuerte francés, por su desconfianza en la composición del pueblo, no puede construir una *ciudadanía activa*, ya que no están presentes en *el desierto* argentino, los anglosajones habituados a la resolución de sus conflictos mediante la *rule of law*; lo que podría explicar una originaria falta de legitimación de la Constitución.

Dice Alberdi, “La Revolución de Mayo “es un detalle de la Revolución de América, como ésta es un detalle de la revolución de España, como ésta lo es de la Revolución Francesa y europea Es decir, se trataría, en todos los casos, -no de revoluciones separatistas, independentistas- sino de revoluciones democráticas, por la libertad y los derechos del hombre, la división de poderes, etc., dirigidas contra el absolutismo, la monarquía, la Inquisición, la esclavitud, los tributos serviles, etc.”

IV. El desarrollo del Estado Constitucional en Argentina

Por añadidura podemos aventurar que, la práctica política jurídica argentina ha funcionado más de acuerdo con el principio de “imperio de la ley”, bajo un diseño institucional de supuesto Estado Constitucional, en realidad el Código Civil actúa durante mucho tiempo como la verdadera Constitución. Los operadores jurídicos habitualmente invocan el derecho de fondo tanto jueces como abogados, en sus pretensiones y sentencias, sólo en los últimos años se ha visto una tendencia hacia el neoconstitucionalismo (16), es decir invocar derecho de fondo y derecho constitucional, reglas y principios, para sostener una pretensión jurídica privada o no.

Otro factor es el constituyente (17) que va unido al individualismo, en concreto a lo que se refiere al aspecto contractualista. La nación en la revolución francesa no es la simple sociedad civil de individuos titulares de derechos naturales que sólo piden mayor tutela, mayor seguridad; la nación ejerce el poder constituyente, por demás, cuando decide todo un nuevo orden social y político que sustituye al viejo. Se configura como una realidad cumplidamente política, que en cuanto tal, señala las metas a alcanzar, vincula a los ciudadanos, e individualiza a los enemigos a combatir y aislar.

La revolución francesa, jamás podrá ser sólo un instrumento de conservación de los derechos y libertades. La presencia de un poder constituyente del pueblo es una poderosa fuerza legitimadora

(15) Ob. cit. p. 159.

(16) Que consiste esencialmente en considerar a la Constitución como una norma jurídica y no sólo como organizadora de los poderes del Estado, o declaraciones programáticas de derechos.

(17) Se entiende por “poder constituyente” la entidad sociopolítica que da forma efectiva y real da lugar a una carta constitucional. Entendido como fundamental y originario poder de los individuos de decidir sobre la forma y sobre el rumbo de la asociación política del Estado.

desde abajo, pero puede convertirse en un problema nuevo e inédito de la relación entre poder constituyente y poder legislativo constituido; la política desatada debe ser detenida, el poder constituyente debe ser disciplinado.

La tradición jurídica centenaria de los juristas que construyeron un Derecho para un Estado limitado y acotado, ya no sirve hoy para orientar la acción de gobierno. Aquel Derecho, aquel Poder, presuponían una docilidad a los mandatos, es decir se consideraban legítimos (18). Aunque como ya hemos señalado el Estado de Derecho llevaba dentro de sí el remedio a lo imprevisto, a lo accidental, a la emergencia (19).

La política encargada del orden, de mediar y encauzar los conflictos, de determinar la res pública, de reinventar las instituciones fundamentalmente en momentos de crisis, “es demasiado importante para dejarla sujeta al vaivén de los acontecimientos” (20).

En tanto la lógica democrática para SCHMITT siempre supone la existencia de una separación entre “ellos” y “nosotros” los que están dentro del demos y los que se hallan fuera de él. Es la condición misma para el ejercicio de los derechos democráticos. Esta condición entra en tensión con el acento puesto por el liberalismo en el respeto de los derechos humanos, ya que no se puede garantizar que la decisión democrática no afecte algún derecho ya existente (21). En consecuencia la soberanía del pueblo siempre se encuentra limitada en una democracia liberal.

La tensión entre democracia y liberalismo sólo puede reconciliarse imperfectamente, sólo negociarse, esta negociación se da entre fuerzas políticas y siempre establecen la hegemonía de una de ellas. Sin embargo, la hegemonía del liberalismo y el neoliberalismo ha negado la existencia de fuerzas opuestas, propugnando por el consenso centrista o racional, naturalizando así el *statu quo*. En esto precisamente radica el peligro para la democracia liberal, la negación del enfrentamiento.

MOUFFE propone en tanto, repensar la democracia liberal en términos de “pluralismo agonístico”, pese a reconocer que SCHMITT tiene razón al destacar las diferentes formas en que la lógica universalista liberal se opone al concepto democrático de igualdad y a la necesidad de constituir políticamente un demos, sostiene que es posible no renunciar a una de las dos tradiciones, transformando la relación amigo-enemigo en una de adversarios.

Esta relación sigue reconociendo sin embargo, una forma de resolución de conflictos basada en la dicotomía ganadores-perdedores. Sí hay que renunciar a la “ilusión de que pudiera llegar a producirse un consenso racional allí donde esa tensión se hubiera logrado eliminar, de ahí también la necesidad de comprender que la política pluralista democrática consiste en una serie de formas pragmáticas, precarias y necesariamente inestables de negociar su inherente paradoja (22). En tal sentido la consigna “Ni vencedores ni vencidos” del golpe de 1955, esconde la dimensión antagonista y disfraza un camino de fuerza como si hubiese sido un camino de conciliación, la proscripción

(18) Entendida como gobernabilidad democrática sería para SERRAFERO “la cualidad que ostentan las instituciones de gobierno cuando logran actuar con legitimidad y eficazmente” en SERRAFERO, MARIO “Excepción-tocracia” ¿Confín de la democracia? Lumiere, Buenos Aires, 2005 p. 166.

(19) DONOSO CORTÉS, JUAN expresaba: “...el legislador que en tiempos de disturbios y transtornos aspira a gobernar con las leyes comunes es un imbécil, el que aún en tiempos de disturbios y trastornos aspire a gobernar sin ley es un temerario”, en GARCÍA PELAYO, MANUEL, “Derecho Constitucional Comparado” Madrid, 1964 p.163

(20) VALLESPIN, Fernando Ob. cit. p. 13.

(21) MOUFFE, CHANTAL, “La Paradoja Democrática” Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 21, 22.

(22) Ibídem pp. 31-32.

y persecución de la fuerza política mayoritaria irá desarmando la posibilidad de adversarios legítimos, dando lugar a calificaciones morales de los antagonistas, los buenos y los malos.

La Nación debe primero nutrirse de la pasión de los mitos aglutinadores y fundantes y luego racionalizarse e institucionalizarse. Sin embargo la pasión ese costado irracional de la política es lo dinámico que lo transforma, lo dinamiza, lo destruye y lo hace renacer, nunca acabada, nunca cerrada, la pasión es ese torrente que hace que las instituciones cambien (23).

Los otros, los enemigos, la Monarquía española, Bonaparte, los poderes criollos rivales, los indios, los negros, van y vienen en discursos contradictorios republicanos y liberales. En estos vaivenes se va construyendo una concepción y contenido del pueblo, que luego ha de ser enriquecido por la inmigración pero que deberá esperar a la Ley Sáenz Peña para el sufragio universal masculino.

Una de las tareas que la unidad política debe acometer para convertirse en tal, es la determinación de los límites geográficos y personales.

Quién es el enemigo de los revolucionarios de mayo, la Corona, Francia, los rivales etc. Occidente? Poderes locales, resabios españoles, Montevideo, Imperio de Brasil, los indios, los negros, el contrabando, demasiados enemigos... ¿y los amigos quiénes eran? ¿El libre comercio, los ingleses, los doctrinarios franceses?

Oposiciones tempranas comienzan a formarse, unitarios o federales, liberal-republicano u opresores-despóticos-

Quién es el pueblo? Quién o quiénes les informan de lo que quieren saber? En la consigna "Que se vayan todos" aparece un supuesto autor y reclamante el pueblo y un reclamado la clase política. Podemos entonces afirmar que la consigna es una consigna antipolítica en tanto no reconoce un escenario agonal y de disputa legítimo. Si en un principio fue: ¡El pueblo quiere saber de qué se trata!, casi doscientos años después las masas argentinas gritaban ¡Qué se vayan todos! Aludiendo a la clase política en general.

Podemos aventurar entonces que, lo homogéneo, la cohesión social necesaria para legitimar un sistema político ha sufrido de vicisitudes tremendas en la historia argentina. Y esta reflexión no es sólo aplicable a la tan dramática alternancia entre gobiernos constitucionales y gobiernos militares.

La tensión terrible que ha desgarrado en muchos casos a la política en la Argentina ha ocurrido también en épocas constitucionales. La definición del otro como el enemigo a ser aniquilado o la posibilidad de ser aniquilado por el otro, aparece permanentemente en las consignas políticas, tanto en períodos constitucionales como en gobiernos de fuerza, valgan como ejemplos

¡Mueran los salvajes unitarios! ¡Civilización o barbarie! ¡Viva la Patria aunque yo perezca! ¡Libres o muertos jamás esclavos! Perón o muerte Cinco por uno no va a quedar ninguno, Al enemigo ni

(23) Para Elías Canetti en "Masa y poder" los símbolos de masa son unidades colectivas que no están formadas por hombres y, sin embargo, son percibidas como masas. Para la unidad política que se piensa a sí misma desde 1810, proponemos como símbolo el Río. Más allá que la Argentina contemporánea pueda ser pensada como una amalgama de símbolos de masa, es claro que su origen fue rioplatense y que su capital Buenos Aires por ahora mantiene el carácter de la masa, y que las masas incluso viajan a expresarse allí, y allí se constituyen en tal. Características del Río son: su dirección, una corriente visible entre dos orillas en reposo, su decidida voluntad de llegar al mar, la incorporación de otros ríos menores. Dice Canetti, "En las grandes ciudades, las manifestaciones presentan características fluviales similares. De los diferentes barrios van llegando afluentes hasta que se constituye la corriente principal...El río es la masa en su vanidad, la masa que se exhibe... Sin orillas no hay río...Es el símbolo de un estado todavía controlado, antes del estallido y antes de la descarga; representa su inminencia más que su realidad: es el símbolo de la masa lenta". DEBOLSILLO Barcelona, 2005 pp. 149, 159 y ss.

justicia! ¡Viva el cáncer! ¡Cristo vence! ¡Muerto el perro se acabó la rabia! ¡Ni olvido ni perdón, paredón! ¡Illía gorilón, rajá de la Rosada que es la casa de Perón! ¡Ni golpe ni elección, revolución! A la lata, al latero, queremos las cabezas de los jefes montoneros, Patria o muerte, venceremos, Ni votos ni botas, fusiles y pelotas. “¡Qué lindo, qué lindo, qué lindo que va a ser, patrones bajo tierra, obreros al poder!” A las urnas o a las armas Mazorca, mazorca, los bolches a la horca. Paredón, paredón, a todos los traidores que vendieron la Nación Apoyo a los leales, amasijo a los traidores Haga Patria, mate un guerrillero Cinco por ocho no va a quedar ni el Pocho Somos la rabia Habrá Patria para todos o no habrá Patria para nadie Haga patria, mate un judío ¡Vencer o morir! Patria o muerte!, ¡Venceremos

Mayo de 1810 sobrevuela doscientos años para llegar en el 2010 con una visión degradada de la política, una merma en los depósitos de sentido social de la solidaridad, y de la cohesión social. Ya tempranamente en Argentina, (recordemos que la consigna “una lanza un voto” expresaba la igualdad en la toma de decisiones) la libertad compañera de la igualdad la superó, creció de tal forma sobre aquella, que sólo en algunos momentos históricos, en los cuales el Estado de Bienestar comienza a aparecer, la igualdad se vuelve un valor a recuperar. Funciona como incluyente y homogeneizador, pero al mismo tiempo excluye a sectores sociales y grupos económicos que volverán por sus privilegios en forma violenta y de interrupción de gobiernos constitucionales.

Según Alejandro Grimson, los procesos políticos e institucionales que construyen las naciones, en América Latina en sus elementos dirigentes, son precedidos por la idea de Nación. Es decir ésta sólo existía en aquella imaginación cultural y política. La unidad en Argentina, “se plasmó en la unificación de la moneda, las aduanas, la educación y el ejército, entre otras dimensiones que atravesaron la vida del conjunto de la población. La imagen de la unidad comenzó así a estar presente en la vida cotidiana en las diferentes zonas del territorio”.

V. La participación y la democracia directa

En momentos cruciales, en la Revolución de Mayo, el 17 de octubre de 1945, la guerra con Inglaterra por las Malvinas, las masas irrumpieron en la vida política. Y las masas ganaron la calle en diciembre de 2001 conformaron Asambleas Barriales que querían expulsar a la política de vida social, pero este fenómeno no perdura en el tiempo.

Ya Maquiavelo había anticipado que las masas son sólo activas políticamente en momentos de crisis, en realidad lo que quieren es que les aseguren un *vivere* pacífico y estable.

Ugarte había sostenido en su conferencia de 1910: “Ninguna fuerza puede ir contra sí misma, ningún hombre logra insurreccionarse completamente contra su mentalidad y sus atavismos, ningún grupo consigue renunciar de pronto a su personalidad para improvisarse otra nueva. Españoles fueron los habitantes de los primeros virreinos y españoles siguieron siendo los que se lanzaron a la revuelta. Si al calor de la lucha surgieron nuevos proyectos, si las quejas se transformaron en intimaciones, si el movimiento cobró un empuje definitivo y radical fue a causa de la inflexibilidad de la Metrópoli. Pero en ningún caso se puede decir que América se emancipó de España. Se emancipó del estancamiento y de las ideas retrógradas que impedían el libre desarrollo de su vitalidad. ¿Cómo iban a atacar a España los mismos que en beneficio de España la habían defendido, algunos años antes, las colonias, contra la invasión inglesa?...Si el movimiento de protesta contra los virreyes cobró tan colosal empuje fue porque la mayoría de los americanos ansiaba obtener las libertades económicas, políticas, religiosas y sociales que un gobierno profundamente conservador negaba a todos, no sólo a las colonias, sino a la misma España... No nos levantamos contra España, sino a favor de ella y contra el grupo retardatario que en uno y en otro hemisferio nos impedía vivir” (M.Ugarte, “Mi campaña hispanoamericana,” Edit Cervantes, España, 1922, pág 23). Otro socialista,

Enrique Del Valle Iberlucea, en 1912, sustentaba una interpretación semejante. (E. Del Valle Iberlucea, "Las cortes de Cadiz", Edit. M. García, Bs As, 1912).

VI. Conclusión

Es acertada entonces la reflexión de MOUFFE en tanto que, la relación adversarial aparecerá en cada acto político y se establecerá en función de cómo se resuelva (se quiera o se pueda resolver) el enfrentamiento, condición *sine qua non* de la existencia de la política. Entonces esta nueva relación entre los poderes políticos del Estado y la instrumentación cada vez mayor de la excepción por parte del PE ha abierto una brecha de indeterminación entre la Teoría del Derecho Público y su práctica concreta.

Sólo reconociendo esta indeterminación, las modificaciones en los conceptos heredados de la Modernidad, interés general, ley, división de poderes, y equilibrios paradójicos entre democracia y liberalismo, se podrá conjurar el peligro a que la democracia y la misma convivencia humana han estado sometidas en la Argentina.

En el campo aún llamado política hay que establecer los procesos de fabricación de las reglas, más que construir soberanía. Entonces, es necesario rescatar la conceptualización maquiaveliana del otro aspecto de la política como arte de lidiar con la contingencia (24).

VII. Anexo

Transcribimos a continuación por su importancia sociológica-jurídica las apreciaciones de Norberto Galasso.

"Ahora bien, ¿qué clases sociales se enfrentan en Buenos Aires en ese mes de mayo de 1810? Por un lado, se encuentran los defensores del absolutismo, sector integrado por los comerciantes monopolistas (registreros, ligados a casas matrices de España, beneficiados por el monopolio), es decir, "los godos". Sus apellidos interesan porque luego reaparecen integrando la oligarquía argentina: Martínez de Hoz, Pinedo, Alzaga, Santa Coloma, Sáenz Valiente, Ocampo, Lezica, Beláustegui, Arana, Oromí, Ezcurra... En general, son dueños de esclavos, rentistas y ostentan escudos nobiliarios en las puertas de sus casas. Junto a ellos, el Virrey, los oidores (integrantes de la Audiencia) y la burocracia estatal, es decir, el funcionariado privilegiado vinculado al poder, que cuenta, además, con el apoyo de la cúpula eclesiástica y de alguna fuerza armada.

En la vereda opositora se ha gestado un frente antiabsolutista constituido por comerciantes nuevos, la pequeña burguesía y sectores populares.

La burguesía comercial en formación se halla integrada preponderantemente por comerciantes ingleses a los cuales el virrey ha otorgado permisos precarios de radicación y que muy pronto, si no se producen cambios en el poder, deberían levantar sus tiendas e irse a comerciar a otra parte (El 18 de diciembre de 1809 se les otorgó autorización por 4 meses, el 18 de abril de 1810 se les dio

(24) Ver ATRIA, Fernando, "El derecho y la contingencia de lo político, "Desde los inicios de la modernidad hemos entendido lo político como contingente, en el sentido de que podría haber sido de otro modo. Para bien o para mal, ya no podemos encontrar refugio ni en la naturaleza ni en la divina providencia, porque ni la naturaleza ni la divina providencia, nos gobiernan: nosotros nos gobernamos, y sólo por eso podemos ser libres. La contingencia de la política es lo que hace posible la libertad. Pero la contingencia de la política aterra, en particular a comunidades políticas que han quedado traumatizadas, como la chilena, después de haber sufrido las consecuencias de esa contingencia, de que las cosas siempre pueden ser de otro modo, incluso del peor modo posible. Es entonces cuando oímos el canto de sirena del derecho, la promesa de que es posible encontrar algo no contingente, algo que puede atarnos cuando el conflicto político se decida de todos modos que a nosotros nos parecen inconvenientes e incluso perversos. Doxa, núm. 26 Alicante (2003), pp. 319-347. p. 343.

prórroga por 30 días y ya en los días de mayo, nadie se preocupa de ellos, hasta que producida la revolución, consiguen radicación definitiva).

Entre otros, pueden citarse algunos apellidos ingleses que luego reaparecen en diversos momentos de nuestra historia: Robertson, Parish, Billinghamurst, Miller, Craig, O’Gorman, Armstrong, Lynch, Gowland, Wilde, Brittain, Mackinnon, Dillon, Twaites. Gibson. Ramsay... Integran también ese grupo algunos comerciantes nativos que vienen del contrabando y ligan su suerte ya tempranamente al capital inglés. Entre otros: Aguirre, Riglos, Sarratea, Escalada y García.

Este sector concurre a la revolución para terminar con el absolutismo y establecer una amplia libertad comercial que permita una estrecha conexión con el comercio mundial. (Del 25 de Mayo visto desde esta óptica nos hablan Mitre y la Historia Oficial). En cambio, los demás integrantes del frente democrático desean concluir con el viejo régimen pero con un proyecto distinto: que el pueblo gobierne a través de sus representantes, asegurando los derechos del hombre y del ciudadano, la libertad de imprenta y el libre pensamiento, integrando el movimiento al estallido que conmueve por entonces al resto de la América Española e incluso, también al de España si allí prevalecen las fuerzas modernizadoras.

En esa pequeña burguesía se destacan varios abogados, como Moreno, Castelli, Belgrano y Paso, con el apoyo de unos seiscientos activistas que pertenecen a los sectores sociales de menores ingresos, conocidos como “Los Chisperos”, “La Legión Infernal”, o “los manolos”, en las crónicas españolas.

Allí, liderando, se encuentran French, cartero de la ciudad y Berutti, empleado de la Tesorería del Gobierno. Allí, se destacan también Agustín Donado, gráfico, que se desempeña en la imprenta oficial, Buenaventura de Arzac que “no es nada”, según lo trata despectivamente un informe, Francisco “Pancho” Planes, abogado de exaltada posición revolucionaria, Felipe Cardoso, Vicente Dupuy, Francisco Mariano de Orma y otros, ignorados por la Historia Oficial y a quienes, en los informes del virrey y de la Audiencia, así como en los testimonios y recuerdos de época, se los designa como “la chusma” que vertía “especies subversivas”. También apoyan algunos sacerdotes populares como Alberti, Grela y Aparicio, este último recorriendo los cuarteles y arengando a la tropa, con dos trabucos al cinto.”

VIII. Bibliografía

ALBERDI, JUAN BAUTISTA, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República argentina” Editorial Claridad, Buenos Aires, 1939.

ALBERDI, JUAN BAUTISTA, “Pequeños y grandes hombres del Plata” Fernández Blanco Buenos Aires, 1962.

ASÍS ROIG DE, RAFAEL, “Modelos Teóricos del Estado de Derecho” Doxa 22 Alicante, 1999.

ATRIA, FERNANDO, “El derecho y la contingencia de lo político” Doxa, núm. 26 Alicante (2003).

CANETTI, ELÍAS, “Masa y poder” Debolsillo, Barcelona, 2005.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el derecho argentino”, Revista Española de Derecho Administrativo Nº 73, Civitas, 1992.

GALASSO, NORBERTO, “25 de mayo de 1810: ¿Golpe pro-británico o revolución democrática? En www.discepolo.org.ar/node/45 accesible, diciembre de 2009 publicado en Cuadernos para la Emancipación Buenos Aires mayo 2002.

GOLDMAN, NOEMÍ (editora) "Lenguaje y revolución. Conceptos políticos clave en el Río de la Plata, 1780-1850" Prometeo Buenos Aires, 2008.

GRIMSON ALEJANDRO, "Fronteras, estados e identificaciones en el Cono sur" en "Cultura, Política y Sociedad" Daniel Mato Clacso Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Argentina, 2005 pp. 127-142 www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/mato/Grimson.rtf accesible Marzo 3 de 2010.

KOSELLECK, REINHART, "Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos", Ediciones Paidós Barcelona, Buenos Aires, México, 1993.

KRIELE, MARTIN, "Introducción a la Teoría del Estado", Depalma, Buenos Aires 1980.

MOUFFE, CHANTAL, "En torno a lo político", Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

"La Paradoja Democrática", Gedisa, Barcelona, 2003

SCHMITT, CARL "La Dictadura", Alianza Universidad, Madrid, 1985.

"Teología política I cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía" Capítulo II en "Carl Schmitt, Teólogo de la Política", FCE México, 2001.

"Teoría del Partisà", L'esfera dels llibres, Barcelona, 2004.

SOUSA SANTOS DE, BOAVENTURA, "Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia", Vol I Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática", Editorial Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

UGARTE, MANUEL, "Mi campaña hispanoamericana", Editorial Cervantes, España, 1922

VALLESPÍN, FERNANDO, "El futuro de la política", Taurus Ediciones, 2000. ♦

El Primer Centenario de la Revolución de Mayo

POR **CARLOS A. MAYÓN** (*)

Sumario: I. Introducción: historia argentina discutida. II. La Argentina en 1910. III. Situación institucional. IV. La economía. V. Situación social. VI. Cultura y educación. VII. Argentina en el contexto internacional. VIII. Cuestionamientos al primer centenario. IX. La historia debe ser analizada en su contexto. X. Comparación entre el Centenario y el Bicentenario. XI. Conclusión. XII. Bibliografía.

Resumen:

La Argentina de los primeros años del siglo XX es un período que ha sido y es debatido. Recientemente se han acentuado con singular dureza las críticas a nuestro Centenario.

El objetivo de este trabajo es recordar que, si bien ese momento de nuestra Historia es merecedor de muchas objeciones -como ocurre con todo hecho histórico- la Argentina de esa época pudo mostrar grandes virtudes, que fueron mundialmente reconocidas. En otros términos, este trabajo procurará salvaguardar un capítulo del patrimonio espiritual de la Nación.

El análisis ubicará a la Argentina en lo institucional, económico, social, cultural e internacional en el mundo de comienzos del siglo XX, por entender que los hechos históricos deben ser analizados en el contexto de su tiempo, y que es un gran error prescindir del mismo y pretender juzgar acontecimientos con la perspectiva de otra época.

Se examinarán los cuestionamientos, y se comparará el lugar que tenía la Argentina en el concierto de las naciones en los primeros años del siglo XX con el que ocupa un siglo más tarde.

Palabras claves: Revolución de mayo - Primer centenario - Argentina

Abstract: Argentina in the early years of the twentieth century is a period that has been and is discussed. Have recently been harshly accented with singular critical to our Centenary.

The aim of this work is to remember that while this moment of our history is worthy of many objections, as happens with all the historical fact that time Argentina was able to show great virtues, which were universally recognized. In other words, this work will strive to safeguard a chapter of the spiritual patrimony of the Nation.

The analysis placed Argentina in the institutional, economic, social, cultural and international in the world of early twentieth century, to understand that historical facts should be analyzed in the context of his time, and that is a big mistake to dispense with the same and pretend to judge events from the perspective of another age.

Questions will be examined, and compared the place that Argentina had in the concert of nations in the early twentieth century, which occupies a century later.

Keywords: May's Revolution - First Centenary - Argentina

I. Introducción: historia argentina discutida

Toda nuestra historia ha sido discutida, algunas veces con singular pasión.

Lo notable es que, en los tiempos recientes, cuando se está llegando el segundo centenario de nuestra vida como Nación, las críticas han arreciado, llegando a decirse que esos 200 años de historia de-

(*) Profesor Ordinario Titular de Historia Constitucional Cát. I; Profesor Ordinario Titular de Derecho Constitucional Cát. I; Profesor Postgrado de Derecho Constitucional y Político de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ben ser repudiados y merecen ser olvidados. Es extraño porque, al aproximarse una fecha importante, como cumplir un año, o una década, más aún un siglo, tanto las personas como las naciones somos propensos a recordar más las glorias que los errores.

En nuestro caso, la proximidad del Bicentenario ha servido para acentuar las críticas más demoleadoras sobre nuestro pasado, y las mismas han partido desde nuestras más altas autoridades nacionales.

Por tal motivo me parece importante analizar cómo era la Argentina a principios del siglo XX, para aclararnos a nosotros mismos si debemos avergonzarnos o enorgullecernos de nuestra historia, y por qué.

II. La Argentina en 1910

1. En la segunda mitad del siglo XIX, a partir de la Constitución de 1853, la Argentina se dio sus bases y al celebrarse el centenario de la Revolución de Mayo, su clase dirigente estaba orgullosa de sus logros.

En 1910, la Argentina era un país moderno, y se lo observaba en todo el mundo como una potencia en crecimiento, merecedora de un gran respeto por sus posibilidades futuras, y pudo celebrar su primer centenario ubicado entre los primeros de la tierra.

Obviamente, había mucho por corregir, defectos que eran conocidos y admitidos por sus protagonistas. Y, precisamente, ese reconocimiento permitía superar los obstáculos y continuar con el progreso.

En este capítulo, a manera de introducción a los primeros años del siglo XX, mencionaré la realidad argentina en temas como población e inmigración, euforia del primer siglo, festejos del centenario, una breve referencia a la ubicación en el mundo de la época, y observaciones de un prestigioso profesor extranjero que nos visitó.

2. Población e inmigración. La Constitución de 1853, siguiendo el pensamiento de Alberdi, tomó como uno de sus objetivos el fomento de la inmigración, a fin de poblar este vasto territorio que estaba casi desierto. También siguieron ese derrotero los hombres que continuaron la labor del constituyente, con el dictado de leyes como la N° 346 de ciudadanía y la N° 817 de inmigración.

A fines del siglo XIX y principios del XX, llegaron millones de europeos, en su mayoría pobres y ansiosos de encontrar aquí un futuro mejor. Desde 1906 hasta 1910 la inmigración estuvo en constante incremento: en 1905, sobre una población de 5.803.000 habitantes, el saldo fue de 138.850 inmigrantes; en 1906, se incrementó en 198.397 habitantes; en 1907, de 119.861; en 1908, de 176.080; en 1909, de 140.640, en 1910, 208.870 (Floria, Carlos Alberto y García Belsunce, César A., 1975, tomo II, pág. 253). Un total de poco menos de un millón de nuevos habitantes en seis años.

“Para 1910, la ciudad contaba con 1.270.234 habitantes, de los cuales sólo el 49% eran argentinos de nacimiento” (Salas, Horacio. La Nación 21 de agosto de 2009). Tal incremento continuó hasta 1913, interrumpiéndose después a causa de la Primera Guerra Mundial. Esos inmigrantes conformaron más tarde la clase media argentina.

Adolfo Posada, ilustre profesor español de Derecho Político, en su libro *La República Argentina*, escrito cuando regresó de su viaje a la Argentina por el Centenario, narró un diálogo con un inmigrante asturiano que viajaba en la tercera clase del buque que lo trasladaba desde España. A la pregunta: “¿Y a qué vas a la Argentina?”, el viajero le respondió: “Pues a lo que todos: a ver si salgo de pobre” (Posada, Adolfo, 1986; pág. 21).

Ese era el pensamiento común a todos los europeos que venían, y sabían lo que hacían. Como dice Juan José Cresto, la población de Europa se informaba a través de periódicos y de compatriotas que ya habían venido, y por eso también ellos asumían la aventura que significaba cruzar el Atlántico. “Día tras día los barcos desembarcaban a miles de personas que se afincaban en nuestra tierra. ¿Por qué venían? ¿Había tanta gente desinformada?” (Cresto, Juan José. La Nación, 5 de noviembre de 2009).

Lo cierto es que a fines del siglo XIX y principios del XX, Argentina se constituyó en el principal atractivo para los europeos que buscaban nuevos horizontes para ellos y para el porvenir de sus hijos.

Roberto Cortes Conde resume con estadísticas el extraordinario progreso que tuvo la Argentina: “La población pasó de un millón de habitantes en 1850 a ocho millones en 1914. El área sembrada, de 500.000 a 24 millones de hectáreas. Las exportaciones subieron de 30 millones de pesos oro en 1870 a 389 millones en 1910. La red ferroviaria creció de 732 kilómetros en 1870 a 28.000 kilómetros en 1910, integrando los desiertos espacios argentinos. El crecimiento por habitante entre 1875 y 1913 fue de más del tres por ciento anual. Unos seis millones de extranjeros llegaron al país. Tres millones se volvieron, una gran parte porque el registro comprende a los golondrinas que venían para las cosechas, pero más de tres millones se quedaron (Ver también en: Posada, Adolfo, 1986, pág. 341: estadísticas de inmigración y en pág. 343: crecimiento de la población).

3. Desarrollo artístico y edilicio. Argentina se colocó al nivel de los países más desarrollados también en lo artístico y edilicio. Comenzó a prepararse varios años antes del Centenario. En 1906, el presidente Figueroa Alcorta envió a Europa al fundador y primer director del Museo de Bellas Artes, Eduardo Schiaffino, a fin de adquirir obras de arte para ser exhibidas en el pabellón que se levantó en la plaza San Martín destinado a una gran exposición internacional.

En 1910 ya hacía dos años que había sido inaugurado el Teatro Colón. Adolfo Posada decía del mismo: “Es grande, lujoso, espacioso, confortable; se ve que no se ha escatimado nada. Las gentes querían un teatro que rivalizase con la Gran Opera, de París; el Real, de Madrid, y cualquier otro de esa categoría ... Y ahí está la sala” (Posada, Adolfo, 1986; pág. 98) (1). Se exhibieron también, entre otros, el Congreso Nacional y el Palacio de Aguas Corrientes. Se embellecieron palacios, jardines, plazas, paseos, hospitales, escuelas y todo tipo de edificios públicos.

4. Euforia del primer siglo. En 1910, la Argentina había logrado el respeto del mundo y ello enorgullecía a sus hijos. Todo era optimismo. “La reiteración de vocablos como “futuro”, “destino” y “porvenir” era el reflejo social de lo que sentía la gran mayoría de los habitantes del país. No cabían dudas al respecto: haber nacido aquí era un privilegio, que justificaba la cuota de vanidad y orgullo que caracterizaba a la sociedad argentina (Salas, Horacio. La Nación 21 de agosto de 2009).

En un libro que el diario La Nación editó para el Centenario se decía: “Si analizamos las causas del crecimiento argentino, más importante que la fertilidad de la tierra y el volumen de las cosechas, es nuestra manera de ser, esa mezcla del espíritu práctico anglosajón, atraído por el mundo de los negocios, y una actitud laboriosa y constante”.

Las nutridas delegaciones extranjeras volvieron a sus países de origen hablando loas de esta pujante república.

En todas partes Adolfo Posada escuchaba decir: “Lo tendremos todo, todo, y ... algo más, porque somos jóvenes, y nada nos arredra ni nada nos detiene” (Posada, Adolfo, 1986, pág. 68) Todo estaba impregnado de fe en el porvenir de la nación, en sus energías, en sus fuerzas. “Por mucho que derrochemos, hay para todo” (Posada, Adolfo, 1986, pág. 101). Y agregaba el profesor español: es el alma del porteño, y, en general, del argentino.

5. Festejos del centenario. Buenos Aires era considerada la “París de Sudamérica” y se convirtió en un gran escenario para albergar la celebración. Lo cierto es que deslumbró a los visitantes con sus avenidas iluminadas, sus palacios, edificios públicos recién construidos y grandes tiendas.

El Gobierno invitó a notables personalidades políticas, intelectuales y científicas del exterior a fin de que posteriormente difundieran sus impresiones al regresar a sus respectivos países. España envió a la infanta de Isabel de Borbón, acompañada por una numerosa y calificada delegación. Hubo

(1) Vicente Blasco Ibáñez publicó un libro “La Argentina y sus grandezas”, en el que destacaba el progreso edilicio de Buenos Aires.

congresos científicos, apertura de establecimientos educativos, exposiciones artísticas y tecnológicas, conferencias de figuras de relieve internacional. También se organizaron banquetes, exposiciones, desfiles militares, funciones de gala en el Teatro Colón.

“Un gran desfile y una impactante revista naval en que flamearon los pabellones de las principales naciones del orbe pusieron en evidencia el poderío militar de aquella República hasta poco tiempo atrás aislada y pobre (Miguel Angel De Marco. La Nación, 13 de junio de 2009).

Lo cierto es que políticos e intelectuales volvieron a Europa destacando el futuro promisorio de la joven Nación y la admiración que les produjo el nuevo y pujante país. Jules Huret sostuvo que en ornamentación e higiene “Buenos Aires podría servir de modelo a todas las regiones españolas y a más de una población francesa, por la limpieza de sus vías públicas y por su servicio de higiene a enfermos y heridos” (Salas, Horacio. La Nación, 21 de agosto de 2009).

El diario El Imparcial, de Madrid, en una editorial publicada el 1 de marzo de 1910, sostenía que era preciso apoyar enfáticamente la presencia española en las celebraciones del Centenario porque —decía— “aparte del amor a aquel pueblo existen razones de orden mercantil. La Argentina, siguiendo su progresivo desarrollo, llegará, al final de este siglo, a tener setenta millones de habitantes, y entonces aquel pueblo será el contrapeso que la raza latina oponga a la anglosajona” (Salas, Horacio. La Nación, 21 de agosto de 2009)

El famoso periodista español Alfredo Escobar y Ramírez, marqués de Valdeiglesias, destacó que la gran urbe asombraba por su ritmo y belleza. Acompañado por quien le hizo de cicerone, Estanislao Zeballos, admiró la organización escolar, la majestuosidad de los teatros, de los grandes edificios públicos y de los palacios privados. Más aún: reclamó que muchos rasgos de Buenos Aires fueran imitados por España. También le produjo asombro el éxito alcanzado en estas tierras por algunos de sus compatriotas (De Marco, Miguel Angel. La Nación, 13 de junio de 2009).

El citado profesor español Adolfo Posada escribía: “La obra de europeización del Plata es evidente. Su ciudad es más europea que Río de Janeiro” (Posada, Adolfo. 1986; pág. 32).

En 1910, la Nación Argentina estaba lanzada al progreso sostenido; éramos una nación en crecimiento en todos los aspectos. Tomaré a continuación sólo lo más destacado en cinco parámetros: lo institucional, lo económico, lo social, lo cultural y lo internacional.

III. Situación institucional

En medio siglo, los hombres de la Organización Nacional le dieron a la Argentina una Constitución, códigos y todo un andamiaje legislativo con inclusión para todos los sectores.

Tanto en el ámbito nacional como provincial se dictaron numerosas leyes que fueron decisivas en el avance institucional argentino, que perduraron durante décadas, y algunas permanecen vigentes más de un siglo después.

1. La Constitución se cumplía, se reactualizaban los principios del constitucionalismo clásico, y se pasaba de la democracia gobernada a la democracia gobernante, según la clasificación de Georges Burdeau, pues se trabajaba en el mejoramiento del sufragio.

En cuanto al Poder Judicial, en la Corte Suprema se designaba jueces como Bermejo, nombrado en ese cargo por el presidente Roca, pese a ser opositor (Braun Menéndez, Armando, 1965, pág. 71). Tal circunstancia no debería ser considerada como una mención especial, si se tiene en cuenta que ya desde la primera integración del Tribunal, durante la presidencia de Mitre, se había tenido ese criterio. Pero creo que debe recordarse para diferenciar de los tiempos presentes.

2. Sufragio. En Argentina se estableció por primera vez en el continente americano el sufragio universal, y fue uno de los primeros países del mundo en hacerlo. Me refiero a la ley de la Provincia de Buenos Aires del 14 de agosto de 1821, propiciada por el ministro Rivadavia.

Más tarde, la Constitución de 1853 no instituyó ninguna forma de calificación al sufragio, mientras muchos países extranjeros sí lo hacían. Y las distintas leyes nacionales que se dictaron en su consecuencia durante el siglo XIX, sólo establecían restricciones en razón de edad. (Incluso alguna de ellas admitía que se votara a partir de los 17 años). Así lo establecieron las leyes de la Confederación números 140 y 207, y luego las del Congreso Nacional números 75, 623 y 893. En ellas se preveía la posibilidad de votar verbalmente, por lo que los analfabetos también podían hacerlo. Si bien las mujeres no votaban, era lo que ocurría en el resto del mundo, pues el movimiento feminista por entonces bregaba por los derechos civiles, y todavía no había alcanzado a los derechos políticos.

Pese a ello, la participación de los ciudadanos era reducida como consecuencia de las malas prácticas políticas, pues se cometían todo tipo de atropellos. (Mayón, Carlos Alberto, 2007; páginas 189 a 202). Por ese motivo, en 1910 sólo votaba el 9% de los ciudadanos habilitados. Pero, ¿en qué país del mundo de esa época no ocurría?

También hay que recordar que, haciéndose cargo de esas anomalías de la realidad política, desde comienzos del siglo se habían realizado intentos importantes para la purificación del sufragio, como la ley N° 4161 del 29 de diciembre de 1902, promovida por Joaquín V. González. Y al celebrarse el Centenario estaban avanzados los trabajos que llevarían poco tiempo más tarde a la ley número 8871.

Roque Sáenz Peña planteó las bases de la futura ley las en el “Discurso - programa” del 12 de agosto de 1909. A poco de asumir, el 17 de diciembre de 1910 envió al Congreso el proyecto de ley de enrolamiento, que luego se transformó en la ley 8129, del 4 de julio y la N° 8130, del 19 de julio, ambas del año 1911, para llegar finalmente a la ley número 8871, conocida como ley Sáenz Peña, sancionada el 10 de febrero de 1912, que estableció definitivamente el sufragio universal, secreto y obligatorio. Luego que la misma se dictó, la participación electoral subió, en 1916, al 30% del padrón.

3. Partidos políticos. En cuanto a partidos políticos, para el Centenario la Argentina poseía, desde bastante tiempo antes, partidos orgánicos que representaban las distintas corrientes ideológicas que había en el mundo. Ya a fines del siglo XIX se habían organizado el Partido Autonomista Nacional, la Unión Cívica Radical y el Partido Socialista. Este último logró que, en 1904, el por entonces joven doctor Alfredo Palacios (que además fue durante décadas ilustre profesor de la Universidad Nacional de La Plata) fuera elegido como su primer diputado en toda América. Sus electores fueron extranjeros nacionalizados o descendientes de los mismos. Incluso, en 1908 vino en viaje de conferencias Enrico Ferri, profesor y gran propagandista del socialismo italiano.

4. Episodio discutible pero aleccionador. Un episodio muy cuestionable fue el que ocurrió el 25 de enero de 1908, cuando el presidente Figueroa Alcorta retiró los asuntos sometidos a las sesiones extraordinarias, produciendo el cierre del Congreso a causa de que éste se negaba a votar el Presupuesto.

Algunos historiadores han entendido que el Poder Ejecutivo estaba facultado para hacerlo. Incluso, José María Rosa no sólo considera que fue un acto defendible sino que afirma: “De tanto leer los editoriales de la prensa y los libros de derecho constitucional, los diputados y senadores habían tomado en serio que eran un poder. El “Poder Legislativo” que la constitución anteponía al ejecutivo ... La enérgica medida sorprendió a la opinión. ¡Ni en los tiempos de Rosas!” (La cita es textual, incluyendo las mayúsculas y minúsculas) (Rosa, José María, 1982. Tomo IX, pág. 140).

Pero este hecho, que la posteridad ha repudiado, sirvió para demostrar la cultura cívica que imperaba en la época. Toda la clase política, la prensa y la sociedad, rechazaron el incidente por considerarlo un ataque a la división de poderes. Más aún: la Corte Suprema sancionó al jefe de bomberos que efectivizó el acto. En mi opinión, sería saludable que, cien años más tarde, la clase política hiciera lo que critica el historiador: leyera “los libros de derecho constitucional”, los diputados y senadores se tomaran en serio que son un poder, y los jueces sancionaran a quienes tuvieran actitudes de dudosa constitucionalidad.

IV. La economía

En materia económica, durante el Centenario habíamos superado la crisis de fines del siglo anterior, y la Argentina figuraba entre los primeros países del mundo.

Por entonces, sólo siete países eran más prósperos que la Argentina (Bélgica, Suiza, Gran Bretaña y cuatro ex colonias inglesas, entre las cuales se incluye a los Estados Unidos), según la base de datos de ingresos históricos de Angus Maddison. En 1909, el ingreso per cápita en la Argentina era un 50 por ciento más alto que el de Italia, un 180 por ciento superior al de Japón y casi cinco veces mayor que el de su vecino Brasil. En el transcurso del siglo XX, la posición relativa de la Argentina en los ingresos mundiales bajó drásticamente. Para 2000, los ingresos del país eran menos de la mitad que los de Italia o Japón (Glaeser, Edward L. *The New York Times*. La Nación, 15 de octubre de 2009).

En 1910 los Estados Unidos y la Argentina eran rivales que partían de situaciones similares. ... Ambas eran naciones jóvenes y dinámicas, con tierras cultivables fértiles y exportadores confiados. Ambas llevaban la carne del Nuevo Mundo a las mesas de sus antepasados europeos. Antes de la Gran Depresión de la década de 1930, la Argentina se contaba entre las economías más ricas del mundo. Los millones de inmigrantes italianos e irlandeses que escapaban de la pobreza en sus países a fines del siglo diecinueve estaban divididos entre dos destinos posibles: ¿Buenos Aires o New York? ¿Las pampas o la pradera? (Beattie, Alan. Fragmentos del libro publicados en La Nación, 28 de junio de 2009).

En el Centenario, la Argentina era la primera exportadora del mundo de trigo, maíz, carne vacuna, carne ovina y lana. Hoy, en 2009, se habla de la posibilidad de tener que importar esos mismos productos.

Teníamos 27.000 kilómetros de vías férreas, que unían Bolivia con Puerto Deseado, los Andes con el Atlántico. La Argentina ocupaba el puesto número diez por el avance del ferrocarril.

“El Banco de la Nación Argentina (creado por ley del 15 de Octubre de 1891, siendo presidente Pellegrini) tiene establecidas 129 sucursales, diseminadas en la amplia extensión de territorio de la República ...” (Posada, Adolfo, 1986, pág. 41). El mismo profesor español observaba que “Argentina con 6.800.000 habitantes tiene 30.000.000 de vacunos” “Eliendo países que ofrecen mayor proporción de carne por habitante, tenemos este orden: República Argentina, 1624 kilogramos por habitante; Australia, 957; Canadá, 365; Estados Unidos, 265” (Posada, Adolfo. 1986; pág. 350).

Entre los años 1900 y 1913, las exportaciones argentinas representaban el 2,1% del total de las mundiales, (2,6% en 1909). En el mismo período, Australia, tenía una participación del 1,5%.

V. Situación social

1. Movilidad social. La movilidad social era importante, en especial porque los hijos de los inmigrantes estudiaron en nuestras escuelas y universidades y se graduaron como abogados, ingenieros y médicos. Se desarrolló la clase media, con trabajadores de cuello blanco, profesionales y burócratas (2).

(2) Me parece un buen resumen de lo que era la Argentina del Primer Centenario lo expresado recientemente por un descendiente de inmigrantes en una carta de lectores: “El país más atractivo (para los europeos), después de los Estados Unidos, resultó ser la Argentina. Tanto es así que en mi infancia era difícil hallar adultos que no fueran de ese origen. Italianos: constructores o albañiles; españoles: almaceneros o panaderos; alemanes: herreros; árabes e israelíes: comerciantes o vendedores ambulantes; ingleses: empresarios, etcétera.” “La Argentina resultó ser un verdadero “crisol” de razas, donde se mezclaron la mayoría de sus descendientes, sin constituir divisiones de nacionalidades, como ocurrió en Nueva York, por tomar un solo ejemplo. En la ciudad de Buenos Aires en las esquinas, al atardecer, los jóvenes éramos «todos» descendientes de inmigrantes. De ahí mi gran orgullo de ser argentino; nunca existió discriminación alguna y menos en educación. Cuando estuve en Europa, en 1970, y comentaba que hasta la educación terciaria era gratuita, no me creían, a tal punto que algunos daban vuelta la espalda queriendo significar que faltaba a la verdad. (Antonio Cardellicchio. Maestro de Música. En: La Nación, 28 de junio de 2009. Cartas de lectores).

2. Organizaciones sindicales. En esos años se organizaron varias centrales de trabajadores: en 1901, seguidores de la Primera Internacional y de la Segunda Internacional constituyeron la Federación Obrera Argentina (FOA); en 1902, en el 2º Congreso de la Federación Obrera se produjo la ruptura entre socialistas y anarquistas, estos últimos liderados por Pietro Gori, y los socialistas con Justo. En 1904 se formó la Federación Obrera Regional Argentina (FORA), anarquista. Tomaron ese nombre alegando que la Argentina era una región de un mundo sin fronteras (Puiggrós, Rodolfo. 1986, Tomo I, pág. 342). El 25/26 de setiembre de 1909 surgió la Confederación Obrera Regional Argentina (CORA).

Resulta interesante observar, a través de sus publicaciones, el elevado nivel intelectual de los dirigentes y militantes sindicales. Un ejemplo son los artículos de “La Vanguardia”, socialista; y “La Protesta”, anarquista. Han transcurrido más de 100 años y ninguna organización sindical actual tiene ese nivel.

3. Leyes obreras. En los primeros años del siglo XX se dictaron numerosas leyes destinadas a mejorar la situación de los trabajadores, muchas de ellas por proyectos presentados por el diputado Alfredo L. Palacios. Mencionaré sólo algunas de las más significativas: la N° 4.661, del 6 de setiembre de 1905, de descanso semanal, según proyecto de González y Palacios; la de impuesto a las herencias para obtener fondos destinados a la educación popular; la de descanso dominical; la ley N° 5.291 (1907) reglamentación del trabajo de mujeres y niños; la N° 8.999 (8 de octubre de 1912), de creación del Departamento Nacional del Trabajo; la N° 9.148, de Agencias de Colocaciones; la de feriados obligatorios (14 de agosto de 1913); la N° 9.511 (2 de octubre de 1914) de inembargabilidad de sueldos jubilaciones y pensiones; la 9.688, de accidentes de trabajo; etc.

En 1907 se fundó el Hogar Obrero, como cooperativa de consumo, edificación y crédito que funcionó con éxito hasta 1991. Realizó una labor encomiable, y “está en franca prosperidad: en dos años, los socios, de 357, aumentaron a cerca de 900”. (Posada, Adolfo. 1986; pág. 109).

4. Proyecto de Código de Trabajo. En 1904 el ministro Joaquín V. González presentó un proyecto de Código de Trabajo, produciendo un amplio y esclarecedor debate, en el que participaron todas las organizaciones obreras, como los anarquistas y la U.G.T.

Adolfo Posada decía sobre dicho proyecto que “Escritores argentinos y no argentinos están conformes en considerar la iniciativa de este sabio maestro y austero político, como una de las más atrevidas y razonadas en el proceso general del derecho obrero”. Y recuerda el comentario de José Ingenieros: “No conocemos ministro, de país civilizado, que haya presentado a su Parlamento un proyecto que pueda, en su conjunto, compararsele” (Posada, Adolfo, 1986; pág. 234).

Además, en la Argentina del Centenario, el trabajo abundaba: “en la Argentina, el que quiere trabajar, encuentra siempre dónde” (Posada, Adolfo. 1986; pág. 20).

5. Salarios. Los salarios que se pagaban superaban a los de las economías europeas más prósperas. A manera de ejemplo, en la década del 80 y en la primera del siglo XX, medidos en su respectivo poder adquisitivo, duplicaron a los de los italianos. (Roberto Cortés Conde, en El progreso argentino, citado por María Sáenz Quesada. El diálogo con la historia. En: La Nación, 29 de julio de 2009). Posada menciona “... la carta de la muchacha que gana un horror de pesos como sirvienta”. (Posada, Adolfo, 1986, pág. 22).

Se ha criticado la época porque muchas personas vivían en conventillos. Pero estos eran mejores que los que esos mismos inmigrantes encontraban en su patria, o las villas miseria en las que viven en la actualidad.

Posada recuerda la buena impresión que le causaron las casas que El Hogar Obrero edificaba en Villa Progreso, Ramos Mejía (Posada, Adolfo. 1986; pág. 109).

6. Desigualdades. Es cierto que había desigualdades. Sin embargo, existía una permeabilidad social que permitía tanto a los criollos como a los inmigrantes y a sus hijos, alcanzar con su esfuerzo los beneficios de la prosperidad y de la educación. En las escuelas no se discriminaba por ningún motivo (La Nación 27 de mayo de 2009. Editorial I).

También el sistema penitenciario contribuía a dar trabajo a quienes cumplían sus condenas: en la Penitenciaría, muy elogiada por Enrico Ferri, “existe también una oficina encargada de proporcionar ocupación a los reclusos para el día en que obtienen su libertad. Durante el año 1909 se dio colocación a 111”. Durante su detención se los preparaba laboralmente: “en la escuela, con 15 profesores, la asistencia es obligatoria para todos los reclusos” (Posada, Adolfo 1986, pág. 115)

VI. Cultura y educación

1. Analfabetismo. En la segunda mitad del siglo XIX Argentina puso en marcha un sistema educativo, inspirado en Sarmiento, que combatió el analfabetismo, colocándose en un nivel superior a Estados Unidos y a Francia. (Posse, Abel. La Nación, 25 de junio de 2009).

La disminución del analfabetismo fue el factor que impulsó el crecimiento en todos los ámbitos. En 1869 Argentina tenía 70% de analfabetos. En 1914 se había reducido a la mitad: 35%. En 1930 era del 22 %. En sólo seis décadas (de 1869 a 1939) se redujo a menos de un tercio. La escolaridad primaria en 1870 era del 20%; en 1920 creció al 64 %. En cinco décadas se triplicó.

Mientras la tasa de analfabetos de la población argentina era según el censo de 1914 del 35%, en esa misma época en España alcanzaba el 59% y en las otras naciones de América del Sur, del 60 al 80% (Alejandro Bunge. Una nueva Argentina, citado por María Sáenz Quesada. La Nación, 29 de julio de 2009). Más aún: los analfabetos eran inmigrantes, no hijos del país.

El gasto que el Estado Nacional efectuaba en educación aumentó en proporción semejante: en 1882 fue del 0,9%, y en 1914 había subido al 2,3%. En tres décadas casi se había multiplicado por tres.

Los maestros de las escuelas normales fundadas por Sarmiento enseñaban lenguaje, aritmética e historia. Y la democracia crecía porque el pueblo adquiría mayor libertad y dignidad.

Posada expresaba su entusiasmo por la obra del sanjuanino: “Las escuelas” ... “el alma de Sarmiento, el más alto genio argentino, el hombre más representativo de la nacionalidad presente y futura ...” (Posada, Adolfo, 1986; pág. 43).

En 1882 Roca promulgó la ley 1420 de educación común, que instauró la enseñanza gratuita, obligatoria y laica. Y durante los seis años de su presidencia fundó 600 escuelas.

Y ya señalamos cómo el profesor español elogiaba la obra educativa en la población carcelaria. La Penitenciaría “... no se limita a la material reclusión del condenado: siguiendo las nuevas teorías, lo fundamental es educar al delincuente por el trabajo y por la instrucción” (Posada, Adolfo, 1986; pág. 113). En la misma, no sólo funcionaban 23 talleres, también una escuela. Y mientras la asistencia a los actos del culto no era obligatoria, sí lo era concurrir a la escuela. Sin embargo, dice Posada, los reclusos concurren a la escuela “con voluntad y entusiasmo” (Posada, Adolfo, 1986; págs. 115, 116).

También expresó su opinión Georges Clemenceau, que concurrió por los actos del Centenario, y escribió: “El de Buenos Aires es un pueblo de buena educación”. (Salas, Horacio. La Nación, 21 de agosto de 2009). Las mujeres tenían acceso a las profesiones universitarias (Posada, Adolfo, 1986; pág. 122/23).

2. Institutos de enseñanza. La Argentina ofrecía educación gratuitamente, como bien público escasamente difundido en el mundo de entonces. Los europeos en Argentina podían enviar a sus hijos a las escuelas públicas con muchas mejores posibilidades que en sus países de origen. Año a año se multiplicaban los institutos de enseñanza superior. En 1898 se había fundado la Escuela Industrial de la Nación Otto Krause. En 1903 se realizó el Seminario Pedagógico que sirvió para el inicio de la enseñanza superior no universitaria, y más tarde al Instituto Nacional de Profesorado Secundario. En 1904, el Instituto Superior de Agronomía y Veterinaria. El 12 de abril de 1905 se fundó la Escuela Normal de Chivilcoy. El mismo año, se dictó la ley N° 4.874, llamada ley Lainez.

3. Enseñanza universitaria. En lo universitario, al prestigio y desarrollo de las casas de estudios tradicionales del siglo XIX, se había agregado, el 12 de agosto de 1905, la innovación de Joaquín V.

González (3), con la Universidad Nacional de La Plata que ya asombraba a los más prestigiosos profesores europeos, como Adolfo Posada, quien le dedicó todo un capítulo de su libro (Posada, Adolfo, 1986; capítulo 8, págs. 260 y ss.). También el criminalista y dirigente socialista italiano Enrico Ferri la nombró “... entre las instituciones más dignas de aplauso que entrañan el más alto grado del progreso argentino” (Posada, Adolfo, 1986; pág. 113). La ambición de los inmigrantes era que sus hijos fueran universitarios y sus hijas maestras o profesoras. Señalaba, además, que aquí la escuela primaria obligatoria estaba al alcance de cualquier habitante; y que incluía las facilidades para acceder a la educación secundaria y universitaria, mientras que Europa no existía esa posibilidad.

4. Educación de los trabajadores. La educación y el desarrollo cultural de la clase obrera también impresionaron a Adolfo Posada. Narra que concurrió a un “magnífico salón obrero” ante “unos 300 ó 400 trabajadores ... a pesar de la lluvia. La extensión universitaria del Colegio Nacional Mariano Moreno cumplió aquella noche todo su programa. Yo hice un discurso. Un joven profesor, el doctor Levene, dio su lección de historia; los obreros, como siempre, interesados, ávidos. Después visitamos una biblioteca popular, sostenida con fe y esperanza por un grupo de trabajadores” (Posada, Adolfo, 1986; pág. 92).

Otro ejemplo era la Sociedad Luz, fundada y sostenida por socialistas, donde en 1906 y 1907 se dieron 122 conferencias (Posada, Adolfo, 1986; pág. 226/27). Además, los socialistas tenían 13 bibliotecas en la Capital, con 12.460 libros, y una Biblioteca Obrera, fundada en 1897 (Posada, Adolfo, 1986; pág. 226/27).

5. Artes. En literatura, la celebración del Centenario fue un acontecimiento mundial. Los poetas cantaban a la Argentina, como Rubén Darío a sus ganados y sus mieses.

6. Producción científica. En octubre de 1910 apareció la “Revista Argentina de Ciencias Políticas”, dirigida por Rodolfo Rivarola, a fin de estudiar la política desde una perspectiva científica. Esta Revista realizó en 1911 la primera encuesta política en Argentina.

En Derecho Constitucional, Posada destaca la cantidad de obras trascendentes que se habían publicado desde el medio siglo anterior: además de “dos obras capitales, reveladoras de dos puntos de vista contrapuestos y complementarios las de Alberdi y Sarmiento” a partir de ellas, las de F. González, Estrada, J. Ramos Mejía, Montes de Oca, Berra, A. Saldías, A. del Valle, Joaquín V. González, A. Carranza, de Vedia, Rodríguez del Busto, Araya, Rivarola, González Calderón, Matienzo (Posada, Adolfo, 1986; pág. 190/91).

7. Periodismo. En materia periodística, también recibimos los aplausos de los medios europeos. Miguel Angel De Marco recuerda lo que escribió sobre nuestro país uno de los más prestigiosos periodistas europeos. Decía que no hay duda que Buenos Aires, con sus grandes periódicos, sería desde este punto de vista una de las primeras ciudades del mundo. Mencionaba a La Prensa, La Nación, El Diario Español y El Diario, “algunos de los cuales se publican con 20 y 24 páginas de gran tamaño, impresos en letras de cuerpo siete, nutridos de informaciones cablegráficas de todos los países del mundo”. También citaba La Tribuna, La Razón, La patria degli italiani, The Standart, Deutsche La Plata Zeitung, Le Courier de la Plata. Entre la prensa ilustrada, destacaba la revista Caras y Caretas. Cuando regresó a su patria, Escobar y Ramírez manifestó el respeto y la fascinación que había provocado en él el desarrollo de este país, ubicado entonces entre los primeros del mundo.” (De Marco, Miguel Angel. La Nación, 13 de junio de 2009)

En cuanto a la prensa política, fueron muy importantes “La Vanguardia”, socialista; y “La Protesta”, anarquista.

8. Síntesis. En definitiva, los hombres de las generaciones de 1853, de 1880 y del Centenario hicieron una revolución educativa que puso a la Argentina entre los países modelo en la materia, y permitió

(3) A Joaquín V. González Vanossi lo califica como “el hombre público más completo que el derecho argentino ha llevado a la función” (Vanossi, Jorge Reinaldo, 2003).

el ascenso social de los menos pudientes a través de una educación brindada por el Estado. Colegios y universidades promovieron brillantes profesionales, sin distinción de clases. Fue un ejemplo para el mundo.

VII. Argentina en el contexto internacional

A fines del siglo XIX y comienzos del XX, Argentina tuvo una muy importante presencia en la política internacional. Desde la Generación del 80, los argentinos rivalizaban con los Estados Unidos y, en la Primera Conferencia Interamericana, propiciaron un bloque, llamado ABC (Argentina, Brasil y Chile) que enfrentó con éxito las pretensiones expansionistas y hegemónicas del país del Norte. Allí se destacaron dos futuros presidentes de la República: Manuel Quintana y Roque Sáenz Peña.

Desde el inicio mismo de las deliberaciones los representantes argentinos frenaron las aspiraciones de los Estados Unidos. El gran patriota cubano José Martí (Martí, José, 1955, págs. 120 a 139) destacó la acción de Quintana y Sáenz Peña, y describía cómo lograron encabezar un bloque que representó a casi todos los países latinoamericanos. Respecto de Quintana, destaca que, finalizadas las deliberaciones, fue aclamado por los representantes continentales: “Y de todos los labios brotaron, como de hijos a padre, palabras de ternura y agradecimiento. Quintana, vencido por primera vez, sólo acierta a decir: ‘Para mi patria acepto estos cariños; nada más que un pueblo somos nosotros en América. Yo he cumplido, y todos hemos cumplido con nuestro deber’” (Martí, José, 1955, pág. 139).

Años más tarde, Posada también observaba la rivalidad con Estados Unidos: “... otro aspecto del problema del porvenir del pueblo argentino, que sólo cabe apuntar: su posición ante el americanismo yanqui” (Posada, Adolfo, 1986; pág. 159).

En 1910, como homenaje de todo el continente al Centenario de la Revolución de Mayo, la Cuarta Conferencia se realizó en Buenos Aires.

Incluso, los europeos que criticaron a la Argentina lo hicieron porque creyeron advertir aquí una vocación imperial. Es que se hablaba de “imperialismo pacífico” y “papel tutelar” de la Argentina en América del Sur. (Floria, Carlos Alberto y García Belsunce, César A., 1975. Tomo II, pág. 262).

Nos creíamos el ombligo del mundo. Posada observaba esos sentimientos de los argentinos y sus aspiraciones imperialistas. El argentino -decía- se siente en ventaja respecto de sus vecinos, incluso Chile y Brasil. “La síntesis de la idea argentina del argentino entraña, en rigor, un imperialismo o el predominio de la nación del Plata en América del Sur”. Y se remite a José Ingenieros, cuando decía que “La hegemonía argentina depende de su engrandecimiento económico ... Sólo necesita dejar transcurrir algunos lustros para que su distanciamiento sea insalvable” (Posada, Adolfo, 1986; pág. 158/59).

En 1904 se asentó la soberanía argentina en las Islas Orcadas, mediante la instalación en las mismas de la Estación Meteorológica.

En esa época, la política exterior argentina tuvo una enorme repercusión como consecuencia de la mundialmente famosa Doctrina Drago, que significó una gloria permanente para el país no sólo por su trascendencia en el derecho internacional sino por el nivel moral que dio a nuestra República. Como escribió Vanossi,

“La autoridad moral que respaldaba la nota de Drago estaba reforzada por el hecho de que la Argentina, en ese momento, no estaba involucrada en hechos análogos, toda vez que había cumplido los compromisos contraídos en sus obligaciones financieras. Por lo demás la nota estaba avalada por el Presidente Roca y por la figura señera del General Mitre, a la sazón, en dura oposición; habiendo sido comunicada a los Gobiernos hermanos de Brasil y Chile en un acto de concomitante cortesía” (Vanossi, Jorge Reinaldo, 2003).

VIII. Cuestionamientos al primer centenario

1. Los cuestionamientos a una nación generalmente provienen desde el exterior de la misma, especialmente de otros pueblos que en su momento se han enfrentado con ella (4).

Pero en la Argentina, en la actualidad, la descalificación de nuestro pasado proviene no desde otras naciones con las que en algún momento hayamos confrontado, sino desde nuestro interior. Y, lo más grave, es que proviene desde sus más altas autoridades. Recientemente, la presidente de la Nación Argentina así lo expresó, cuando habló de “200 años de fracaso argentino”, y que el primer centenario había adolecido de lacras tan repudiabiles que no se condecían con los festejos con los que había sido celebrado (5).

2. Problemas. Lo cierto es que en la Argentina de 1910 había problemas, tensiones y protestas sociales, pero en menor medida que en el resto del mundo.

Por ejemplo, hubo actos de violencia, como la explosión de una bomba en la velada de gala del teatro Colón. Una semana antes de efectuarse los festejos, los anarquistas declararon una huelga general revolucionaria. Un vespertino ácrata, La Batalla, alentaba el magnicidio tanto del presidente en ejercicio, Figueroa Alcorta, como del presidente electo, Roque Sáenz Peña” (Salas, Horacio. La Nación, 21 de agosto de 2009).

También, visto 100 años después, se advierte que hubo un exceso de confianza en nuestras propias perspectivas, lo que perjudicó el desarrollo futuro. Decían los argentinos de esa época que los embarcaba “... fe en el porvenir de la nación, en sus energías, en sus fuerzas. Por mucho que derrochemos, hay para todo” (Posada, Adolfo, 1986; pág. 101). “Parece inundar a la patria de Sarmiento el goce, el placer de la vida, en una atmósfera de confianza y de fe en el provenir. Hay, sin dudas, sombras en el cuadro: ya se ha hecho notar. Pero ellas sirven más bien para acentuar y dar relieve a la nota optimista dominante. Nada más sugestivo que la espontánea e ingenua indignación del argentino, rico y satisfecho, contra los que turban su goce y su creencia de que aquél es el mejor de los mundos posibles” (Posada, Adolfo, 1986; pág. 357).

3. Situación de la clase obrera. El tema que se utiliza como principal fundamento de las críticas a la época de Centenario, es la situación en que se encontraba entonces la clase obrera y, el documento más mencionado, es el informe que produjo el médico y abogado catalán Juan Biale Massé, a pedido del presidente Roca, de su ministro Joaquín V. González, y del asesor presidencial, José Ingenieros, el 30 de abril de 1904. Sobre la base del mismo se presentó el proyecto de código de trabajo que cité anteriormente.

En dicho informe se hacía un relevamiento de la situación laboral en la República. Se ocupa en particular de la situación de los peones, las mujeres, los niños, los indios y la minería.

En cuanto a los peones describe sus bajos salarios, el hecho de que a veces se les pagara con vales, largas jornadas de trabajo, habitaciones inadecuadas, maltrato, etc. Respecto del trabajo de las mujeres, también destacaba los trabajos impropios para sus fuerzas, y sus bajos salarios. Otro tanto observaba sobre al trabajo infantil. Similares observaciones efectuó sobre el trabajo de los indios y de los mineros. Naturalmente, leer dicho informe produce indignación.

4. Comparación con otros países. Pero debemos compararlo con lo que ocurría en los países más desarrollados, en Europa y en América del Norte, que actualmente están mucho mejor que la Argentina. En todos ellos, la situación de los obreros era intolerable. Los mineros de Inglaterra no tenían mejores condiciones que los de Famatina.

(4) Por ejemplo: todos los pueblos europeos tienen agravios recíprocos, a causa de los milenios que han estado enfrentándose. También en otros continentes: chinos, japoneses, restantes pueblos asiáticos, africanos, griegos, turcos, armenios, etc.

(5) “Los argentinos —dijo la presidente desde Puerto Iguazú, por la “celebración” de los 199 años de la Revolución de Mayo— recordaron sus primeros cien años de historia con estado de sitio. Era una Argentina sin trabajo, con mucha miseria, con mucho dolor, con un modelo político y social de exclusión”.

Estados Unidos abolió la esclavitud después que nosotros, y para ello necesitó una cruenta guerra civil, que incluso amenazó dividir en dos el país. Brasil lo hizo recién en 1888. En la Rusia de los zares, los señores poseían derechos feudales.

Recordemos las condiciones de trabajo que retrataban en el siglo XIX autores como Karl Marx, Federico Engels, etc. Leamos los informes sobre las condiciones de trabajo en Inglaterra o en Lyon, con las jornadas de hasta 16 horas (lo normal eran 14 horas) en condiciones totalmente insalubres. Emile Zola describía con crudeza la situación obrera europea, hacinada y mal paga. Otro tanto hizo Dickens en Gran Bretaña.

En América latina, la situación era infinitamente peor: grandes señores feudales de fincas y negocios mineros eran dueños del destino y de la vida de sus obreros. En algunos, era prácticamente de esclavitud. Mejor no hablar en qué situación se encontraban los pueblos en Asia y Africa.

En cuanto a la Argentina, sería interesante saber que informaría Biale Massé si viviera en nuestra época, sobre las condiciones de trabajo; permanentemente se descubren lugares en la ciudad de Buenos Aires y en el conurbano en que existe trabajo esclavo, semejante o peor que lo descripto hace más de 100 años por Biale Massé.

Respecto de las mujeres, más de 100 años después se conoce diariamente por la prensa el caso de aquellas que, para poder obtener los distintos “planes” sociales se prostituyen o retribuyen con favores sexuales a los “punteros” ¿Cuánto hemos evolucionado desde el informe de Biale Massé? Por otra parte, conocemos en nuestros días la situación de nuestra niñez y juventud, en especial en las villas miseria. ¿No es peor aún que hace más de un siglo? ¿Si hasta se ha necesitado alterar groseramente las estadísticas por el Indec!

IX. La historia debe ser analizada en su contexto

1. Tanto los hombres como las naciones deben ser evaluados en el correspondiente contexto.

No se puede criticar a Aristóteles con nuestros criterios actuales por lo que escribía sobre la esclavitud hace 2.400 años. Tampoco se puede denostar a la Argentina por los vicios que había en 1910 en cuanto a inclusión social, sufragio, etc. sin compararla con lo que ocurría en el resto del mundo en esa época.

Somos parte del mundo; no nacimos de un repollo ni vivimos en una burbuja. No somos el ombligo del mundo, ni Dios es argentino. Somos una nación con nuestros aciertos y nuestros errores, como las demás. No tenemos que esperar, como se dijo recientemente, que los jefes de estado de las grandes potencias vengan a aprender de nuestros líderes iluminados. Si aquéllos deciden hacerlo, que lo hagan, por su propia decisión. No necesitarán que se lo indiquemos.

Carlos Marx señalaba que los conflictos obreros se producían en las naciones industrializadas, en las que estaban en la senda del progreso. Por ese motivo, creía que la revolución socialista se produciría en ellos, no en los que se encontraban atrasados.

Una rápida observación del siglo XIX nos indica que fue así: en Europa, los conflictos de la llamada Cuestión Social se dieron fundamentalmente en Gran Bretaña, Alemania y Francia, es decir, en los países desarrollados; en América del Norte, en los Estados Unidos. En América del Sur era lógico que se produjera en la Argentina, pues era el país más avanzado.

¿Deben esos países avergonzarse del desarrollo que tuvieron, y que produjo graves enfrentamientos? ¿Debe la Argentina borrar todo su pasado, en especial su Centenario, porque hubo conflictos sociales producidos por su desarrollo?

La Argentina de 1910 debe ser analizada en el contexto general de cómo era la situación de la clase obrera en todo el orbe.

Lo cierto es que en 1910 la Argentina era admirada en el mundo, pese a que en todo el orbe reinaba el mayor optimismo: era la llamada “Belle Epoque”. Es decir que en medio de tantas ilusiones, nuestro país era visto con esperanzas aún mayores.

En definitiva, coincido con el historiador Juan José Cresto: "... para entender y comprender la historia, el investigador debe hacer un gran esfuerzo intelectual y "ubicarse en la época", de lo contrario corremos el riesgo de hacer comparaciones con resultados equivocados" (Cresto, Juan José. *La Nación*, 5 de noviembre de 2009).

2. Ninguna nación es perfecta. Creo que, así como no hay hombres o mujeres perfectas, exentos de toda crítica, tampoco existen naciones que no merezcan serios cuestionamientos en determinados períodos de su vida, que posean una historia totalmente irreprochable. Lo mismo ocurre con nuestra Nación y nuestra Historia.

Las naciones son como los hombres: ni totalmente buenos, ni totalmente malos. ¿Qué pueblo no ha tenido páginas oscuras en su historia, hechos de los cuales arrepentirse o incluso avergonzarse? ¿Merece por ello el anatema eterno, la repulsa universal? Peor aún: ese pueblo, ¿debe practicar una constante autoflagelación, recordando sólo sus errores y borrando con esmero sus glorias, que seguramente las tiene? Los argentinos, ¿debemos incurrir en un suicidio histórico ante la magnitud de nuestros males?

Las religiones coinciden en atribuir la perfección sólo a Dios. Precisamente, tal perfección es la definición de la divinidad. René Descartes, en su "Discurso del Método", después de haber negado todos sus conocimientos anteriores, incluso a Dios, reconoció dicha existencia desde una perspectiva racional, porque si todo lo existente es imperfecto, debe existir lo perfecto, que es precisamente Dios.

Algunas religiones, con diferentes denominaciones, reconocen la existencia del Purgatorio, por el que pasan incluso los santos, pues también ellos han merecido reproches en su vida terrenal. Por lo tanto, pretender que exista una nación, un pueblo, un grupo humano, que sea o haya sido perfecto, que no tenga reproches que hacerse, carece de sentido.

X. Comparación entre el Centenario y el Bicentenario

1. Centenario y Bicentenario. Contrariamente a lo sostenido por la señora Presidente, en nuestros días no estamos mejor que hace 100 años. Por el contrario, estamos mucho peor, nos encontramos muy lejos de los lugares de privilegio que teníamos durante el Centenario en materia de salarios, educación, salubridad, calidad de vida, bienestar general, etc.

Coincido con Cresto cuando dice:

"Los años del Centenario de Mayo fueron los más brillantes que tuvo la Argentina y bien quisiéramos hoy retornar a aquellos días y que el pueblo argentino pudiera tener la situación que tuvo. Con 1,5 millones de desocupados en extrema miseria, no podemos halagarnos de que nuestra época sea mejor que la de 1910. Más aún, precisamos otro Biale Masse que describa a la sociedad de nuestro tiempo"... Cuando el tiempo pase y se hagan comparaciones, se verá que la sociedad argentina del Bicentenario está —relativamente considerado— mucho peor que la sociedad del Centenario (Cresto, Juan José. *La Argentina del Centenario*. *La Nación*, 5 de noviembre de 2009).

Personalmente, me hago la misma pregunta ¿Qué diría Biale Masé si hiciera en 2009 un estudio semejante al que hizo en 1904?

En los años del Centenario millones de europeos llegaban a la Argentina para mejorar sus vidas. En el Bicentenario contemplan con asombro nuestra pobreza, que millones de argentinos carezcan de agua potable, de cloacas, de electricidad, del instrucción elemental, que estemos en el puesto 57 en la evaluación educativa mundial.

Entre 1880 y 1920 la Argentina creció 42 veces. Me pregunto ¿por qué no hemos hecho otro tanto entre 1968 y nuestros días, es decir, en igual período? ¿Qué diferente sería la vida del ciudadano medio argentino si tuviéramos 25.000 dólares de producto bruto per cápita! Seríamos los mayores exportadores de América latina, tendríamos una industria integrada y los ciudadanos pobres ... serían más pudientes que muchos ciudadanos considerados pudientes en la Argentina actual,. ... Bien se

ha dicho que la Argentina no es país desarrollado ni subdesarrollado, sino, simplemente, una nación malograda (Cresto, Juan José. La Nación 5 de noviembre de 2009).

2. Naciones que estuvieron peor y ahora están mejor. La calidad de vida de los argentinos de 2009 no puede compararse con la que gozan los ciudadanos de Europa, América del Norte o Japón, porque ellos disponen de bienes que nuestra sociedad carece a nivel masivo, tienen mayores salarios, cuentan con alta tecnología, tienen asegurados sus ahorros, gozan de seguridad personal y jurídica, sus instituciones funcionan, y se sienten cada uno de ellos respaldados por sus gobiernos. No es el caso nuestro. En el Centenario, Argentina integraba junto con los Estados Unidos, Canadá y Australia el conjunto de las naciones que mejor habían aprovechado las oportunidades de progreso. Contrariamente, en vísperas del Bicentenario la Argentina está entre las naciones que peor han aprovechado las nuevas oportunidades de progreso.

Si nos comparamos con Brasil, en 1900, el PIB global de la Argentina era 12% mayor que el de ellos, en 1929, lo superábamos en un 43%. ... Actualmente Brasil es tres veces más grande que la Argentina. Además, logró un liderazgo latinoamericano indiscutido, y es uno de los 10 países más importantes del mundo. La Argentina ocupaba ese lugar, pero en 1910, hace 100 años (Ferrerres, Orlando. Especial para lanacion.com. La Nación, 8 de setiembre de 2009).

En 1910 Argentina atraía capitales y recursos humanos de todo el mundo. En 2009 es constante la fuga de los mismos.

“Hoy no existe estado de sitio, decía el Diario La Nación, pero los ciudadanos están sitiados por la inseguridad, la decadencia educativa y la carencia de una salud pública capaz de prevenir catástrofes y de atender el día tras día de la gente (La Nación 27 de mayo de 2009).

Pero creo que la diferencia esencial entre la Argentina del Centenario y la del Bicentenario, es que en 1910 había un proyecto de Nación, de progreso indefinido, mientras que en 2010 hay un proyecto de reelección indefinida.

XI. Conclusión

En los primeros años del siglo XX gobernaba la Argentina una generación continuadora de los principios de 1810, 1853 y 1880, hombres lúcidos que tenían un proyecto de país y que se empeñaron en llevarlo a la práctica con excelentes resultados. La Argentina del centenario era una nación pujante y confiable, donde los habitantes de los más remotos lugares creían encontrar posibilidades de trabajo y bienestar. Se identificaba a la Argentina con los más altos valores de la modernidad, del progreso y del desarrollo moral y material.

Sin perjuicio de las estadísticas vistas en los anteriores capítulos respecto de la situación económica, cultural, y demás parámetros resumidos en los anteriores capítulos, podemos apelar al sentido común, observando las oleadas de inmigrantes que venían a la Argentina. Hombres y mujeres de todo el mundo viajaban a nuestro país, y traían a sus hijos. Las migraciones masivas no se producen porque la gente quiera vivir peor, sino porque considera que en el lugar de destino va a estar mejor.

En nuestros días, los africanos y asiáticos que tratan de llegar a Europa, aunque sea en forma ilegal, no lo hacen porque quieren empeorar su nivel de vida. Por el mismo motivo que hoy esos pueblos tratan de llegar a Europa, a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, venían a la Argentina barcos cargados de inmigrantes; lo hacían desde todas partes del mundo, en especial de Europa, y en muy malas condiciones. No parece creíble que realizaban todos esos sacrificios porque aquí se vivía peor que en Europa.

Curiosamente, hoy criticamos la Argentina exitosa del Centenario, la que tuvo un nombre en el mundo, transformó un desierto en una nación civilizada, albergó 5,5 millones de inmigrantes y fue la primera potencia económica de América latina: el producto bruto argentino era, en 1928, equivalente al de toda América del Sur reunida. En definitiva, “Los años del Centenario de Mayo fueron los más brillantes que tuvo la Argentina (Cresto, Juan José. La Nación, 5 de noviembre de 2009).

Finalmente, creo que en el Bicentenario, tenemos un compromiso: volver a una Argentina que haga honor a la que mostramos a comienzos del siglo XX.

He citado muchas veces a Adolfo Posada porque creo que la mirada de este intelectual, sagaz observador, es una buena síntesis de lo que era la Argentina del Centenario. Además, su condición de extranjero, que no pensaba volver a la Argentina, le da una objetividad que podría haberse cuestionado si hubiera sido un nacional. Posada tradujo en su libro una opinión que, cien años más tarde resulta esclarecedora.

XII. Bibliografía

AGUINIS, Marcos. "La Argentina renga". Diario La Nación, viernes 12 de junio de 2009.

AGUINIS, Marcos. "¡Pobre Patria mía!". Entrevista en Diario La Nación, lunes 30 de marzo de 2009.

BAIGORRIA, Nélica. "Pensando en el Bicentenario". Diario La Nación, lunes 7 de julio de 2008.

BEATTIE, Alan. "False economy: A surprising economic history of the world". Fragmentos del libro publicados en Diario La Nación, domingo 28 de junio de 2009, Sección Enfoques, La Argentina, un caso de estudio.

BIALET-MASSE, Juan. El Estado de las clases obreras argentinas a comienzos del siglo. Universidad Nacional de Córdoba: Córdoba, 1968.

BIDART CAMPOS, Germán. Problemas políticos del siglo XX. Ediar: Buenos Aires, 1981.

BRAUN MENENDEZ, Armando. "La segunda presidencia de Roca". En: Academia Nacional de la Historia. Historia Argentina Contemporánea. (1862 - 1930) Tomo XII, vol. 2. Historia de las presidencias. Segunda Sección. Ateneo: Buenos Aires, 1965.

CRESTO, Juan José. "La Argentina del Centenario". Diario La Nación, jueves 5 de noviembre de 2009.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. "Hay que asegurar las reglas del juego". Diario La Nación, domingo 12 de julio de 2009.

DE MARCO, Miguel Angel. "Crónicas del pasado. La exaltación de un país pujante. La prensa argentina del primer centenario de Mayo, en la mirada de un notable periodista español". Diario La Nación, sábado 13 de junio de 2009.

DIARIO LA NACION, miércoles 27 de mayo de 2009. Editorial I. Subordinar la historia a la política. Lejos de la realidad está la Argentina del primer centenario que describió la Presidenta en los festejos del 25 de Mayo.

DIAZ DE MOLINA, Alfredo. José Figueroa Alcorta. De la oligarquía a la democracia 1898-1928. Plus Ultra: Buenos Aires, 1979.

ESPIL, Leltis Courtney de: La Segunda Presidencia de Roca vista por los diplomáticos norteamericanos. Paidós: Buenos Aires, 1972.

FERRERES, Orlando. "Brasil y la Argentina: errores políticos y consecuencias económicas". [en línea] Diario La Nación, martes 8 de setiembre de 2009. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar>

FLORIA, Carlos Alberto y GARCIA BELSUNCE, César A. Historia de los Argentinos. Kapelusz: Buenos Aires, 1975. Tomo II.

GLAESER, Edward L. "Un profesor de Harvard se pregunta qué le pasó a la economía argentina". Diario La Nación, jueves 15 de octubre de 2009. Publicado originalmente en el diario New York Times [on line]

HELBLING, Carlos Conrado. "Vencer y convencer". Diario La Nación, sábado 24 de octubre de 2009.

IRAZUSTA, Julio. El tránsito del siglo XIX al XX: 1896-1904. La Bastilla: Buenos Aires, 1977.

LARRIQUETA, Daniel. "Celebrar luces, y no sombras. El Bicentenario de la Presidenta". Diario La Nación, viernes 24 de julio de 2009.

MAYON, Carlos Alberto. "Teoría y práctica del sufragio desde la Constitución de 1853 hasta las reformas de Roque Sáenz Peña". Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata: La Plata, 2007 4 (37): 189-202.

MARTI, José. Argentina y la Primera Conferencia Panamericana. Transición: Buenos Aires, 1955.

POLI GONZALVO, Alejandro. "Balance de un siglo: 1910 - 2010". Diario La Nación viernes 23 de mayo de 2008.

POSADA, Adolfo. La República Argentina. Impresiones y Comentarios. Hyspamérica: Buenos Aires, 1986.

POSSE, Abel. "La Argentina espera nuevos vientos políticos. El fin de un ciclo". Diario La Nación, jueves 25 de junio de 2009.

PUIGGROS, Rodolfo. Historia crítica de los partidos políticos argentinos. Hyspamérica: Buenos Aires, 1986. Tomos I, II y III.

ROSA, José María. Historia Argentina. Oriente: Buenos Aires, 1982. Tomo IX.

SAENZ QUESADA, María. "El diálogo con la historia". Diario La Nación, miércoles 29 de julio de 2009.

SALAS, Horacio. "La euforia del primer siglo. En 1910, la Argentina era un país ganado por el entusiasmo". Diario La Nación, viernes 21 de agosto de 2009.

VANOSI, Jorge Reinaldo. Luis María Drago: A un siglo de su imperecedera doctrina. Academia Nacional de Derecho: Buenos Aires, 2003.

VARGAS LLOSA, Mario. "La expulsión de los moriscos. Cuando no hay que confundir historia con memoria". Diario La Nación, sábado 5 de diciembre de 2009. ♦

Breve historia del derecho público bonaerense

POR **CARLOS A. BOTASSI** (*)

Sumario: I. Introducción. II. Los orígenes. III. Las Constituciones Bonaerenses. IV. Régimen constitucional vigente. Constitución de 1994. V. Organismos de control y asesoramiento. VI. Hitos recientes. VII. Colofón. VIII. Bibliografía.

Resumen:

1.- Objetivo

Revisar someramente los orígenes, la evolución histórica y el presente del Derecho Público en la Provincia de Buenos Aires.

2.- Metodología

La metodología de investigación empleada ha sido la histórica en cuanto respecta al estudio de las instituciones coloniales, y comparativa respecto de las sucesivas constituciones bonaerenses

3.- Conclusiones.

A partir de los sucesos de Mayo de 1810 la historia de la Nación Argentina y de la Provincia de Buenos Aires se confunden y avanzan en una sola y única dirección hasta la década de 1820 cuando surgen los desencuentros que culminarán en la guerra civil y, tres décadas más tarde, en la secesión del Estado soberano de Buenos Aires, para regresar a formar parte del Estado Federal en 1860.

El estudio de estos sucesos, hasta llegar al momento actual cuando se enfatiza la trascendencia del federalismo de concertación, resulta de suma importancia a poco que se advierta que una circunstancia tan trascendente para el Derecho Público, como lo es el carácter local del Derecho Administrativo, fue consecuencia del triunfo de la tesis federal impulsada por el interior.

Palabras claves: Federalismo - Derecho Público - Provincia de Buenos Aires.

Brief history of public law in the province of Buenos Aires

Abstract:

1.- Goal

Briefly review the origins, historical development and present of public law in the Province of Buenos Aires.

2.- Methodology

The research methodology has been used historically as regards the study of colonial institutions, and comparative successive constitutions Buenos Aires.

3.- Conclusions

Since the events of May 1810 the history of Argentina and the Province of Buenos Aires are confused and move into one direction only until the 1820s when disagreements arise, culminating in civil war and three decades later, in the secession of the sovereign state of Buenos Aires, to return part of the federal state in 1860.

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Director de la Especialidad de Posgrado en Derecho Administrativo en esta Facultad UNLP.

The study of these events, until the present time when federalism stresses the importance of consultation, is extremely important as soon as one becomes aware that a circumstance so important to public law, as is the local nature of Administrative Law, resulted from the triumph of the thesis-driven federal interior.

Keywords: Federalism - Public Law - Province of Buenos Aires.

I. Introducción

En una obra de celebración del Bicentenario de la Patria nos ha parecido pertinente realizar una retrospectiva del desarrollo del Derecho Público provincial. Dos prevenciones resultan imprescindibles: la primera que dicha labor necesariamente se concentra en la historia constitucional de nuestra Provincia; la segunda que el esfuerzo de síntesis será ciclópeo. Pensamos que el artículo 3.1 del Código Civil español resulta sumamente acertado cuando establece que la interpretación de los textos legales debe considerar “*los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*”.

Desde el atalaya histórico lo primero que conviene destacar es que aquella ínfima aldea inicial levantada a la ribera del Río de La Plata se fue extendiendo hasta llegar a ser, luego de ceder parte de su territorio para el establecimiento de la Capital Federal, la actual Provincia de Buenos Aires que juega un rol esencial en el presente de nuestra Nación por tratarse de su distrito político, económico y social más relevante, ya que es el Estado local más poblado y el que posee el mayor índice de producto bruto interno (35% del total del país). Las actividades industriales bonaerenses representan casi la mitad del producido nacional, destacándose refinación de petróleo, autopartes, productos medicinales, lácteos y frigoríficos. Cuenta con una superficie de 307.571 km² que representa el 11% del territorio nacional. Concentra casi el 40% de la población ya que se acerca a los 15 millones de habitantes. Este último dato posee una trascendencia política excepcional al proporcionar el 38% de los votantes en los comicios de alcance nacional, porcentaje que lógicamente se refleja en el número de bancas a cubrir en las cámaras legislativas.

La Provincia de Buenos Aires goza de una ubicación estratégica debido a su clima templado con nivel de lluvia abundante, al hallarse equidistante de la región tropical del norte y de la zona patagónica en el sur. Abarca más del 50% de la superficie de la Pampa Húmeda por lo que sus tierras resultan excelentes para el cultivo de cereales, forrajes y oleaginosas, al igual que la cría de ganado vacuno. Esta circunstancia, unida a su condición de inmejorable puerto natural, hizo que fuera el asiento seleccionado por los navegantes españoles que se aventuraron en la región. Registra también el record nacional de concentración de población en el cinturón que rodea a la Capital Federal, primero llamado “*Gran Buenos Aires*” (reemplazando la denominación de “*Campaña*” vigente durante el Siglo XIX) y más tarde “*Conurbano Bonaerense*”. En esa superficie de 3.630 km² viven alrededor de nueve millones de personas que representan el 63% del total de la población provincial. Se trata, en general, de emigrados de provincias que soportan severos problemas de empleo como Chaco, Corrientes, Tucumán y Formosa y también de personas desocupadas y subocupadas venidas desde países limítrofes (especialmente Bolivia y Paraguay). El Partido de La Matanza, absolutamente urbano, cobija a 1.300.000 habitantes. Semejante anomalía demográfica dejó obsoleta e insuficiente a la infraestructura oficial y la mayoría de la población del conurbano carece de agua potable, desagües cloacales, transportes y comunicaciones, encontrando dificultades para acceder no sólo a puestos de trabajo sino también a los servicios de salud y educación. Según informaciones oficiales (Proyecto ARG/04/025, *Apoyo y fortalecimiento de la gestión de la Subsecretaría de Finanzas del Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD), la provincia más rica del país soporta niveles alarmantes de pobreza, que reporta casi un millón de personas sin empleo, y que obliga a emprender desde el Estado una serie de estrategias de intervención o “políticas sociales” tendientes a revertir la situación o, al menos, mejorar en alguna medida la calidad de vida de la gente. Se trata de una asignatura pendiente que deberán rendir urgentemente las actuales y futuras generaciones de autoridades nacionales, provinciales y municipales, apelando a toda su capacidad, realizando el mayor esfuerzo imaginable, imbuidas de un alto grado de honestidad y espíritu de sacrificio.

Así como resulta inexplicable que una Nación como la Argentina esté sumida en el subdesarrollo, resulta todavía menos comprensible que una provincia tan rica consienta que una gran parte de su población viva en condiciones infrahumanas.

De acuerdo a datos extraídos de la Ley de Presupuesto para el año 2010 existen en el Estado bonaerense alrededor de 480.000 empleados públicos. El área más poblada es la Dirección General de Cultura y Educación con 310.00 agentes. El Poder Judicial emplea a 25.000 agentes y el Ministerio de Seguridad a 64.000.

II. Los orígenes

La denominación de “Buenos Aires”, que hoy comparten la Provincia y la Ciudad Autónoma Capital del Estado Federal, cabe atribuirle a Don Pedro de Mendoza, primer adelantado del Río de La Plata, que el 3 de febrero de 1536 fundó el puerto de “Santa María del Buen Aire”. Al poco tiempo el caserío fue abandonado por los españoles que se trasladaron a Asunción. Como su excelente ubicación la convertía en un elemento crucial para continuar la colonización fue rescatada del olvido cuatro décadas después cuando Juan de Garay fundó por segunda vez la incipiente ciudad el 11 de junio de 1580 bajo el nombre de “Santísima Trinidad del puerto de Santa María de los Buenos Aires”.

Como fuera acertadamente resaltado, *“a lo largo de su primer siglo de vida, Buenos Aires asumió enérgicamente la vocación intermediadora que había inspirado su fundación, tuvo enfrentamientos con otras ciudades españolas y encabezó un movimiento de expulsión contra usurpadores extranjeros. Por lo que puede decirse que en aquellos primeros cien años, la ciudad porteña marcó claramente el signo de su futura relación con el destino nacional: una relación matizada de entendimientos y enfrentamientos, de gerencias y mediaciones, de liderazgos gloriosos por momentos, pero no pocas veces resistidos”* (Luna, 1982:11). Es que el origen mismo de la Provincia de Buenos Aires está ligado de manera inescindible al nacimiento y desarrollo de la República Argentina ya que sus principios se confunden haciendo relativo y opinable todo intento de diferenciación. Resulta usual, sin embargo, afirmar que el origen institucional de nuestra Provincia se sitúa en el año 1820, momento en el cual se produjo la disgregación de las “Provincias Unidas” ante la ausencia de un poder central y la incesante presión de los caudillos del Litoral.

Los acontecimientos políticos hicieron que la Provincia de Buenos Aires comenzara a consolidar sus instituciones con un criterio local. El Gobernador se limitó a su función ejecutiva; la Sala de Representantes ejerció su tarea legislativa y comenzó a estructurarse una clara actividad judicial diferenciada de las dos restantes. La posterior llegada al poder de Juan Manuel de Rosas y su perfil hegemónico colocaría a la Provincia de Buenos Aires en una posición de liderazgo con relación a las demás provincias argentinas.

La denominación “Provincia de Buenos Aires” era usual antes de la creación del Virreinato. Pedro de Cevallos, primer Virrey del Río de La Plata, en una misiva dirigida a Carlos III reclamó con éxito que el poder que detentaba sobre “la Provincia de Buenos Aires” se extendiera a todas las provincias que entonces comprendían la jurisdicción de la Audiencia de Charcas, como Paraguay, Tucumán, Potosí y Santa Cruz de la Sierra. Las actividades del Cabildo de Buenos Aires, fundamentalmente los acontecimientos de Mayo de 1810 que culminaron con la ruptura del Virreinato del Río de La Plata respecto de su metrópoli española, denuncian la existencia del germen de la nacionalidad. El primer centro de poder que puede calificarse como un embrionario órgano de gobierno se denominó alternativamente “Junta Provisional Gubernativa de las Provincias del Río de La Plata” (Bando aparecido en la noche del 25 de Mayo de 1810, transcripto en Varela, 1910: 83) y “Junta Provisional Gubernativa de la Capital de Buenos Aires” y en todos los casos sus disposiciones fueron dirigidas al “Pueblo de Buenos Aires”, a los “Vecinos de Buenos Aires” y a los “Cuerpos Militares de Buenos Aires”. La identificación de lo porteño con lo patriótico, considerando a Buenos Aires “la Atenas del Plata” y la “gran Capital del Sur”, generó un desmedido orgullo entre sus pobladores y un sentimiento centralista que fue invocado como justificación de sus privilegios, postergando la concreción de la definitiva unión nacional. Felizmente el peso de aquellos antecedentes y la conciencia irrefutable de poseer un des-

tino común, hizo que las restantes provincias argentinas, a pesar de los desencuentros y las guerras fratricidas, consideraran a Buenos Aires la “hermana mayor” de nuestra Nación.

1. Buenos Aires colonial

Luego del accidental descubrimiento de América, las “Indias” fueron incorporadas a la Corona de Castilla, rigiéndose por sus mismas leyes. Más tarde la especificidad de sus problemas obligó a la Metrópoli a establecer un gobierno local y -fundamentalmente- a dotarlo de una legislación especial (Zorraquín Becú, 1978, I: 110). Lamentablemente el derecho de las comunidades nativas, vigente a fines del Siglo XV, no fue tomado en consideración por los conquistadores a pesar de que las grandes culturas precolombinas, como los Incas, Mayas y Aztecas, sugieren por sus obras de irrigación y urbanización la existencia de sociedades firmemente establecidas y prolijamente organizadas, exigiendo por lo tanto la vigencia de reglas jurídicas de relativa complejidad, *ubi societas, ibi ius* (Margadant: 1996:355). Al celebrar en 1494 el Tratado de Tordesillas con Portugal la Corona de Castilla se aseguró el dominio de las tierras aledañas al Río de La Plata. Durante el Reinado de Carlos V (1517-1556) se consolidó el poder absoluto. Más tarde se inició un proceso de codificación, inspirado en el método del Corpus Iuris de Justiniano, que culminaría en 1680 con la Recopilación de las Leyes de Indias.

En los dominios españoles en América, las leyes -tal cual hoy las concebimos y más allá de sus diversas denominaciones- eran impuestas por los adelantados, virreyes, gobernadores y audiencias. En un nivel inferior -comparable a los actuales decretos del Poder Ejecutivo- se encontraban una serie de normas dictadas por los corregidores, tenientes y cabildos. Originariamente los virreyes sumaban las competencias que luego se atribuirían a los gobernadores, capitanes generales y presidentes de las audiencias. Además estos directos representantes del Rey no solo detentaban el poder en el enorme territorio del Virreinato sino que ejercían el gobierno local en su sede de residencia. Sus funciones eran legislativas, ejecutivas y judiciales y, por ende, tan variadas que incluían desde la realización de obras públicas, la atención de la sanidad, hasta las medidas destinadas a incrementar la recaudación de impuestos. En su calidad de Presidente de la Real Audiencia el Virrey distribuía las causas entre los jueces y controlaba la manera en que ejercían su ministerio. Como Capitán General era la máxima autoridad del ejército y ejercía la justicia militar.

Entre 1552 y 1776, ejerciendo un poder legislativo limitado y siempre subordinado al virrey, los gobernadores sancionaron “*ordenanzas generales*” casi siempre relativas a cuestiones de organización política y administrativa (fundación de ciudades, otorgamiento de tierras, designación de funcionarios, construcción de obras públicas y policía). Asimismo, en ejercicio de funciones judiciales, los gobernadores resolvían conflictos a través de “bandos” y “*actos de buen gobierno*”. Al mismo tiempo las cuestiones consideradas sustanciales y de interés regional eran reguladas por el Consejo de Indias.

Si tenemos en cuenta que el descubrimiento y colonización fue una empresa asumida por aventureros apoyados por capitales privados, lógicamente orientado a la obtención de ganancias, debe anotarse en favor de la monarquía asociada a la empresa para expandir su imperio y convertir a los nativos a la religión católica, una preocupación por regular la formación y desarrollo de las nuevas sociedades, que derivó en la creación de un derecho propio para las Indias de prevaeciente aplicación respecto del derecho castellano. La legislación de entonces atendía casos concretos y particulares como manera de resolver situaciones conflictivas inmediatas (Díaz Cano, 1992:30). En la práctica el segmento más relevante y al que se prestaba mayor atención eran aquellas disposiciones que pueden considerarse de Derecho Administrativo, entendido con un criterio “residual”, es decir como todas aquellas reglas ajenas a lo parlamentario y a lo judicial (Clavero, 1992:112). De esta manera, casi toda la abundante legislación española sancionada para las posesiones de ultramar era de Derecho Público, abarcando la organización política, la competencia de los funcionarios, el control de la hacienda, la condición de los indios y el régimen de los esclavos. El Estado se erigió en guardián de las relaciones humanas en estos parajes, “*hasta que se llegó, en la segunda mitad del Siglo XVII, a un completo estatismo puesto al servicio de la monarquía despótica e ilustrada*” (Zorraquín Becú, 1978, I: 228).

La normativa de entonces, aunque el rey era el supremo legislador y el más alto magistrado judicial, establecía la garantía del juicio previo a cualquier condena. Demostrando una clara preocupación por la equidad, las disposiciones dictadas expresamente para los nuevos territorios, influenciadas profundamente por la moral cristiana, autorizaban a las autoridades locales a solicitar la revocación de las órdenes reales cuando las consideraran injustas o inconvenientes (Zorraquín Becú, 1967:27).

El derecho consuetudinario tuvo notable importancia; nada menos que la institución del cabildo abierto funcionó en todas las ciudades hispanoamericanas en base a reglas no escritas.

En 1566, tres décadas más tarde del arribo de Don Pedro de Mendoza, la Provincia del Río de La Plata -cuyo vasto territorio incluía al Paraguay- en lo jurídico quedó sometida a la Audiencia de Charcas (ubicada en la ciudad del mismo nombre en el Alto Perú, fundada en 1559, también llamada Chuquisaca y La Plata) y en lo político al Virreinato del Perú. Las audiencias tenían funciones legislativas, de gobierno y de consulta. El virrey solía delegarles responsabilidades administrativas y en numerosas ocasiones los miembros de las audiencias se reunían en “acuerdo” con los gobernadores y con el propio representante del monarca. Desde aquellos orígenes Buenos Aires fue la residencia de las autoridades políticas y eclesiásticas representantes de la Corona de Castilla. En 1695 fue declarada Capital de la Gobernación del Río de La Plata y, como ciudad-puerto, fortaleza militar y sede gubernativa, marcó el rumbo jurídico de la embrionaria Nación Argentina. Su trascendencia se intensificó a partir de 1776 cuando la Gobernación fue transformada en Virreinato del Río de La Plata.

En algunos aspectos la notable influencia de la religión y la invocación permanente y justificante de la “misión evangelizadora” tuvieron consecuencias disvaliosas. Las provincias sudamericanas, al igual que su metrópoli europea, conformaron un Estado confesional que no admitió otros cultos y, debido a ello, los ritos y creencias de los nativos fueron prohibidos y castigados con severidad. Se instalaron tribunales del Santo Oficio para salvaguardar la fe, se expulsaron extranjeros, se prohibieron determinados libros y se ejerció una férrea censura de las publicaciones locales. García Hamilton encuentra relación entre aquellos antecedentes y los nefastos gobiernos despóticos que soportaríamos más tarde en estas latitudes (García Hamilton, 1998:25, 35, 57, 165, 181 y 299).

A pesar de todo, puede interpretarse que los mandatarios de la región vieron en alguna medida limitado su poder gracias a la minuciosa legislación que acotaba sus facultades de decisión. Las autoridades eran nombradas por el rey, por tiempo limitado y estaban sometidas a la vigilancia permanente del Consejo de Indias. Las personas que se consideraran agraviadas por la conducta de cualquier funcionario (incluyendo virreyes y gobernadores) podían interponer un recurso de apelación ante la Audiencia.

Las reglas económicas dictadas desde Europa apuntaron a intensificar el intercambio comercial de las colonias pero siempre reservando el monopolio del intercambio para la península, celosamente vigilado por la Casa de Contratación. El puerto de Buenos Aires no sólo fue el centro de la presencia española en el Atlántico Sur, sino un foco de desarrollo comercial y político. En este sentido conviene recordar que a mediados del Siglo XVIII los gobernadores de Buenos Aires eran superiores jerárquicos de sus colegas de Tucumán, Paraguay, Montevideo, Malvinas y Misiones. Esa estructura de mando estaba anticipando la creación del futuro virreinato que se concretaría en 1776 “y que daba a Buenos Aires tres instrumentos de dominación -político, militar y económico- que iban a ser las bases de su futura grandeza... El gobernador del Río de La Plata había adquirido una jerarquía superior a la de otros mandatarios de su misma categoría, y un imperio evidente sobre las provincias vecinas; puesto que debía resolver los problemas de mayor trascendencia en esa época: la guerra contra Portugal, las campañas del Chaco y la administración y destino de los bienes confiscados a los jesuitas”. Al acercarse a los dos siglos de vida Buenos Aires llegaba a la más alta jerarquía a que podía aspirar una población española en América, igualando a México, Lima y Santa Fe de Bogotá en su condición de Corte Virreinal. “Una corte plebeya, sin brillo pero con todo el empaque de su conquistado destino” (Luna, 1982:32).

En 1782 el Rey Carlos III sancionó la “*Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia en el Virreinato de Buenos Aires*”, que dividió al Virreinato en ocho Intendencias o Provincias (Buenos Aires, Asunción del Paraguay, San Miguel del Tucumán, Santa Cruz de la Sierra, La Paz, Mendoza, La Plata y Potosí) y que fue puesta en vigencia por el Virrey Cisneros el 29 de noviembre de aquel año. Efectiva Carta Política, provista de un preámbulo, la Real Ordenanza organizó las instituciones, expuso declaraciones y derechos en amparo de los habitantes y reglamentó sus limitaciones por razones de moralidad, abastecimiento, ornato e higiene, manteniendo su vigencia después de los sucesos de 1810 (Su texto puede consultarse en San Martino de Dromi, 1994:43).

2. La independencia

La resistencia económica contra el régimen monárquico se transformó en oposición política y estuvo destinada a romper el esquema proteccionista y monopolístico que favorecía a los comerciantes españoles que residían en la península y se mostraban ajenos a la suerte de la población de las colonias. La ruptura de esos intereses requería un soporte jurídico que combinara la intención de mejorar la calidad de vida de la naciente burguesía comercial con las incipientes apertencias independentistas. El pensamiento de Mariano Moreno en su célebre *Discurso en representación de los Hacendados* no es otra cosa que una interpretación dinámica y aperturista de las reglas que el imperio español establecía para sus provincias de ultramar.

Al producirse los sucesos de mayo de 1810 la fisonomía del Virreinato del Río de La Plata no era muy diferente de la existente un siglo atrás. Las autoridades de las ciudades del interior, gobernadores e intendentes, decidían la suerte de la economía regional adoptando medidas que hoy consideramos rudimentarias medidas de “fomento” o “intervencionismo estatal”: reparto de tierras, otorgamiento de la propiedad del ganado cimarrón y otras “mercedes”.

Una de las primeras medidas de la *Junta Provisional Gubernativa*, establecida el 25 de Mayo de 1810, fue la limitación del poder de los flamantes funcionarios separando las funciones judiciales de las ejecutivas. Así el artículo 7º del “*Reglamento administrativo para el ejercicio de la autoridad*” dispuso que “*los señores que componen la Junta Provisoria queden excluidos de ejercer el Poder Judicial, el cual se refundirá en la Real Audiencia, a quien pasarán todas las causas contenciosas que no sean de Gobierno*” (Sampay, 1975:83). Una disposición semejante aparece en el artículo 7º del “*Reglamento de la División de Poderes*” (indubitable fuente vernácula de lo que mucho más tarde sería el artículo 95 de la Constitución de 1853) establecido por la *Junta Conservadora* el 30 de septiembre de 1811: “El Poder Ejecutivo no podrá conocer de negocio alguno judicial, avocar causas pendientes, ni ejecutorias, ni mandar abrir nuevamente los juicios, no podrá alterar el sistema de administración de justicia, ni conocer de las causas de los magistrados superiores ni inferiores, ni demás jueces subalternos y funcionarios públicos, quedando reservada al tribunal de la Real Audiencia o a la Comisión que en su caso nombrará la Junta Conservadora” (Varela, 1910, IV:150).

El 18 de diciembre de 1810 nueve diputados del interior, en nombre y representación de Mendoza, Santa Fe, Corrientes, Salta, Córdoba, Tucumán, Tarija, Catamarca y Jujuy, iniciando el extenso y traumático camino hacia la unión nacional que recién se concretaría en 1860, se incorporaron a la Junta Provisional para “*tomar parte activa en el mando de las provincias, hasta la celebración del Congreso... pues la Capital no tenía títulos legítimos para elegir por sí sola gobernadores a que las demás ciudades deben obedecer*” (Varela, 1910, IV:133).

3. El período 1820 - 1853

Tradicionalmente se señala el año 1820 como el nacimiento político de la Provincia de Buenos Aires, bajo el perfil de un incipiente Estado local que competía con las provincias del interior mientras buscaba la manera de asociarse a ellas dando origen a un único Estado.

Luego de los sucesos de Mayo de 1810 los pueblos del interior comenzaron a temer -y algunos hechos le otorgaron razón- que los privilegios que antes detentaban las autoridades de la Metrópoli

se mantuvieran ahora en cabeza de los gobernantes porteños. Entre las causas principales de la crisis se cuentan el provecho egoísta de Buenos Aires de las rentas de la aduana mientras las restantes provincias se empobrecían; las negociaciones de las minorías porteñas para organizar un régimen monárquico que indignaron a los pueblos del Litoral; el fallido intento de imponer la Constitución unitaria de 1819; el modo autista e inconsulto con que el Directorio adoptaba decisiones que perjudicaba las economías del interior y la pasividad cómplice del gobierno central frente al avance de los portugueses sobre la Banda Oriental.

El Congreso que declaró nuestra independencia en Tucumán en 1816 se trasladó un año más tarde a Buenos Aires y en 1819, sancionando la referida Constitución netamente centralista inaceptable para los caudillos del interior. Al poco tiempo estalló una guerra civil. Santa Fe y Entre Ríos se aliaron contra Buenos Aires y triunfantes el 1º de febrero de 1820 en la Batalla de Cepeda, provocaron la disolución de aquel Congreso y de toda otra autoridad nacional.

Entre las trece Provincias del interior se mantuvo un sentimiento opuesto a Buenos Aires a la cual se consideraba partidaria de un inadmisibles centralismo de corte monárquico que traicionaba el sentimiento de Mayo. La llamada anarquía de 1820 no es otra cosa que la eclosión de aquellas prevenciones que condujeron a la caída del Directorio y a la consolidación del prestigio de los caudillos triunfantes: Estanislao López (Gobernador de Santa Fe) y Francisco Ramírez (representante de Entre Ríos). Sin Directorio y sin Congreso reapareció el Cabildo de Buenos Aires, retomando el gobierno pero no ya en nombre de las demás provincias sino en el suyo propio. El 12 de febrero de 1820 el Cabildo designó gobernador interino a Miguel Irigoyen y convocó a elecciones, dividiendo la Ciudad en cuatro secciones. Finalmente resultó electo Manuel de Sarratea que se dirigió prontamente a la localidad de Pilar, donde aguardaban López y Ramírez junto a sus tropas, suscribiendo un tratado que ponía fin a las hostilidades.

El Tratado de Pilar suele ser considerado el primero de los “pactos pre-existentes aludidos en el Preámbulo de la Carta Magna. Fue suscripto el 23 de febrero de 1820 entre Buenos Aires y los caudillos López y Ramírez, acordándose la celebración de un Congreso que organizaría a la Nación bajo el sistema federal de gobierno. *“Es decir asistimos durante estos días que transcurren desde la batalla de Cepeda (1/2/1820) hasta la firma del Tratado de Pilar (23/2/1820), a hechos de indudable trascendencia que se van precipitando: la disolución del Congreso, la renuncia del Director Supremo, la reasunción del mando por el Cabildo-Gobernador, la quiebra del poder central, la autodeterminación de cada provincia para designar su propio gobierno, la formación de la provincia de Buenos Aires como entidad de derecho público, la instalación de la Sala de Representantes, la designación del Gobernador de la provincia de Buenos Aires que obraría en un plano de igualdad jurídica con los otros gobernadores de provincias, al comienzo de la época de los pactos preexistentes. Consecuentemente se produjo la caída del Directorio y del Congreso y la liquidación de la política profundamente centralista y monarquista por éstos sustentada”* (Galletti, 1987, I: 391).

En el escenario normativo de aquellos tiempos cabe señalar alguna tendencia a impedir abusos de poder y consagrar principios propios del sistema republicano, tan saludable en teoría como ineficaz en la práctica. Antes de cumplirse el primer lustro de la Declaración de nuestra Independencia, la Primera Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires conformada después del Tratado de Pilar, sancionó el “Reglamento de Mayo de 1820”, claramente encaminado a restringir las facultades del Gobernador Idelfonso Ramos Mejía, prohibiendo especialmente al Poder Ejecutivo el ejercicio de “*jurisdicción alguna civil o criminal*” (art. 1º); imponer contribuciones (art. 2º); emitir papel moneda (art. 3º); crear nuevos empleos (art. 5º); celebrar tratados de paz o declarar la guerra (art. 6º). Este elemental y mínimo bando oficial puede ser considerado el primer instrumento constitucional bonaerense.

La organización institucional de la Provincia de Buenos Aires -que arranca como dijimos en 1820- deriva hacia la eliminación de los cabildos, el establecimiento de un sistema judicial y el dictado de normas de funcionamiento del Poder Ejecutivo. En esos años fueron fundados el Banco de Descuentos y la Universidad de Buenos Aires.

En 1821 Bernardino Rivadavia, a cargo del Ministerio de Gobierno y de Relaciones Exteriores siendo Gobernador el General Martín Rodríguez, impulsó la redacción de una primera Constitución Provincial la que sería sancionada por la Junta de Representantes, duplicando el número de miembros y devenida en “Junta Extraordinaria y Constituyente” según su propia ley del 3 de agosto de 1831. Esta Junta no cumplió acabadamente su cometido pero produjo algunas normas consideradas de carácter constitucional como las leyes de Ministerio (11/7/1821), de Elecciones (14/8/1821), de supresión de los Cabildos (24/12/1821), que transfiere parte de sus competencias a los municipios y organiza la justicia letrada de primera instancia, y del Poder Ejecutivo (23/12/1823) que establece que el gobernador debía ser natural de la Provincia, tener más de 35 años de edad, resultar elegido por la Sala de Representantes y permanecer en el cargo durante tres años.

Inmediatamente después de rechazada la Constitución centralista de 1826 las provincias encomendaron a Buenos Aires funciones propias de un Estado nacional, como la conducción de las acciones bélicas contra España y el manejo de las relaciones exteriores. Esa condición de provincia rectora de toda la Nación se profundizó durante el primer gobierno de Juan Manuel de Rosas (1829/1832) para convertir al caudillo en una autoridad nacional con un extraordinario poder durante su segundo mandato (1835/1852). *“Rosas ejerció de hecho una magistratura nacional que tuvo a su cargo no sólo el manejo de las relaciones exteriores, sino también las guerras internacionales y civiles, el ejercicio del patronato, los asuntos de orden eclesialito más importantes, las causas judiciales de interés común, la situación política de cada provincia y todas las cuestiones que según el Pacto Federal de 1831 correspondían a la Comisión Representativa. Al unificar progresivamente a la República se convirtió en su verdadero conductor, tanto que en los últimos años de su gobierno casi todas las provincias le dieron el título de Jefe Supremo de la Confederación Argentina* (Zorraquín Becú, 1976, II: 40).

En el año 1833, es decir entre el primer y el segundo gobierno de Rosas, el Gobernador Balcarce impulsó infructuosamente la sanción de una Constitución que calificaba a Buenos Aires como *“Estado libre e independiente”*, definía a la soberanía del pueblo como *“dogma político”* y establecía que *“jamás podrá en la provincia el Poder Ejecutivo ser investido con facultades extraordinarias”* (Es posible ver su texto en San Martino de Dromi, 1994:494).

4. El Estado soberano de Buenos Aires (1854-1860)

Las divisiones administrativas del Virreinato se habían mantenido luego de 1810 aunque los gobernadores provinciales fueron reemplazados por juntas colegiadas a imagen de lo que había ocurrido en Buenos Aires. Este régimen perduró hasta 1812 cuando se produjo un regreso al sistema de autoridad unipersonal.

La Provincia de Buenos Aires, como antigua capital del Virreinato y protagonista de los sucesos de Mayo, se constituyó en líder del proceso de organización nacional con un criterio centralista que, como antes vimos, fue resistido por las ciudades del interior claramente partidarias de establecer un régimen político respetuoso de las autonomías locales. El gobierno de Rosas, con un fuerte discurso federal hizo en los hechos una política centralista apoyada en la carismática presencia de su figura.

El 3 de febrero de 1852 el ejército de Urquiza derrotó a las tropas de Rosas en la batalla de Caseros. El 31 de mayo de ese mismo año se firmó el Acuerdo de San Nicolás, *“teniendo por objeto acercar el día de la reunión de un Congreso General que, con arreglo a los tratados existentes y voto unánime de todos los pueblos de la República, ha de sancionar la Constitución Política que regularice las relaciones que deben existir entre todos los pueblos argentinos, como pertenecientes a una misma familia”*.

La Provincia de Buenos Aires, en parte porque desconfiaba de las verdaderas intenciones de Urquiza presumiendo que se limitara a reemplazar a Rosas conservando su estilo dictatorial, y en parte para conservar sus privilegios e impedir que el caudillo entrerriano condujera y administrara nada menos que el ejército y la aduana bonaerense, a través de su Sala de Representantes, repudió el Acuerdo que había sido suscripto por el Gobernador Vicente López, rompió con el resto de las provincias que se agrupaban alrededor de Urquiza y se constituyó en un Estado soberano el 11 de septiembre de 1852.

Mientras tanto las restantes trece provincias convocaron a un Congreso Constituyente que el 1º de mayo de 1853 sancionó la “Constitución de la Confederación Argentina”.

Buenos Aires respondió dictando su propia Carta el 11 de abril de 1854, declarándose “un Estado con el libre ejercicio de su soberanía interior y exterior” (art. 1º).

La situación se mantuvo durante más de un lustro cuando el Estado soberano de Buenos Aires -segregado y ausente en la rúbrica de la Constitución jurada en Santa Fe- ingresó a la Confederación Argentina en cumplimiento de lo acordado en San José de Flores.

El célebre Pacto se celebró el 11 de noviembre de 1859, estableciendo que “*Buenos Aires se declara parte integrante de la Confederación Argentina, y verificará su incorporación por la aceptación y jura solemne de la Constitución Nacional*” (art. 1º). Su artículo 7º dispuso que “*todas las propiedades de la Provincia que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase y número que sean, seguirán correspondiendo a la Provincia de Buenos Aires y serán gobernadas y legisladas por la autoridad de la Provincia*”.

La Comisión Examinadora que sugirió las reformas finalmente introducidas en la Carta Magna elevó su informe el 3 de abril de 1860 y estuvo integrada, junto a José Mármol y Antonio Cruz Obligado, por personalidades ilustres de la época como Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sarsfield y Domingo F. Sarmiento. Las modificaciones fueron aceptadas e incorporadas a la Constitución de la Confederación antes de su jura por parte de la Provincia de Buenos Aires el 21 de octubre de 1860. Bartolomé Mitre, como Gobernador de Buenos Aires, resaltó la importancia histórica del momento diciendo que, “*después de medio siglo de afanes y de luchas, de lágrimas y de sangre*”, se ejecuta la última voluntad de nuestros mayores “*en el hecho de constituir la nacionalidad argentina*” (Bosch, Beatriz, 1994, 65).

Luis V. Varela destaca una de las tantas paradojas argentinas: “*la importancia capital de estas reformas, consiste, precisamente, en haber hecho Buenos Aires que la Constitución de la República fuese más federal que la que anteriormente había sido promulgada y jurada por los federales que acusaban a los hombres de Buenos Aires de ser unitarios*” (Varela, 1910, III: 565).

5. La cuestión Capital

Bernardino Rivadavia en 1826, Justo José de Urquiza luego de Caseros en 1852 y el Congreso Constituyente de Santa Fe mediante una ley especial, habían dispuesto -sin correlato fáctico alguno- la capitalización de la totalidad de la Provincia de Buenos Aires. La propia Constitución Nacional de 1853 había dispuesto en su artículo 3º que “*las autoridades que ejercen el Gobierno federal residen en la ciudad de Buenos Aires, que se declara Capital de la Confederación, por una ley especial*”. De esta manera, aunque se aludía a la “ciudad de Buenos Aires”, la realidad geográfica de entonces hacía que se federalizara toda la Provincia, como consecuencia de la voluntad expresada en un Congreso del cual no habían participado sus diputados, haciendo que sus rentas y su influencia política quedara en manos de las autoridades nacionales. Como era de esperar la norma constitucional fue rechazada por los porteños, jamás tuvo eficacia y la Convención de Buenos Aires solicitó la enmienda de este artículo a la Convención Nacional Reformadora de 1860, adoptándose finalmente el siguiente texto: “*Las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residirán en la ciudad que se declare Capital de la República, por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales del territorio que haya de federalizarse*”.

Entre 1860 y 1880 la Argentina muestra una serie de cambios que marcarán su impronta futura: afianzamiento de las instituciones, comienzo de la exportación de cereales en cantidades significativas, multiplicación del ganado ovino que hizo que la exportación de lana superara a la de cueros, desarrollo del ferrocarril y comienzo de una corriente inmigratoria sostenida. Los presidentes Mitre, Sarmiento y Avellaneda compartieron las sedes de sus gobiernos con las autoridades provinciales (gobernadores Mariano Saavedra, Adolfo Alsina, Emilio Castro, Mariano Acosta, Carlos Casares y Carlos Tejedor) con el soporte jurídico de la denominada “*Ley de Coexistencia*” sancionada en 1862. Rápidamente surgieron los conflictos de convivencia al cuestionarse la potestad de las autoridades

nacionales para dictar la legislación local exclusivamente destinada a regir los destinos de los habitantes de la ciudad de Buenos Aires.

Cuando finalizaba el período presidencial de Avellaneda, el 20 de septiembre de 1880, se sancionó la Ley 1029 de federalización del municipio que conformaba la ciudad de Buenos Aires. Sin que fuera objetada por la Legislatura bonaerense, la Ley 1029 declaró Capital de la República al *“Municipio de la Ciudad de Buenos Aires”*, según sus límites de aquella época, previendo que su vigencia comenzaría una vez que la Provincia ha prestando conformidad a sus cláusulas (arts. 1º y 8º). Siete años más tarde la Provincia cedió a la Nación los partidos de Belgrano y Flores que se sumaron a la superficie inicial y pasaron a integrar la Capital Federal. Todos los edificios públicos quedaron bajo la administración del Estado Nacional, con excepción del Banco de la Provincia y otros bienes oficiales (arts. 2º y 3º de la Ley 1029). Se dispuso que *“la Provincia mantendrá igualmente la administración y propiedad de sus ferrocarriles y telégrafos, aunque empiece su arranque en el municipio de la ciudad”* (art. 4º) y se aclaró que *“el gobierno de la Provincia podrá seguir funcionando sin jurisdicción en la ciudad de Buenos Aires con ocupación de los edificios necesarios para su servicio, hasta que se traslade al lugar que sus leyes designen”* (art. 6º).

Fue a partir de entonces cuando se separó lo “bonaerense”, es decir lo provinciano, de lo “porteño” que resultaba representativo del desarrollo alcanzado por la Capital Federal y su población ilustrada, notoriamente diferente de quienes vivían en el interior. La construcción de la capital provincial en 1882 -episodio que seguidamente referiremos- consolidó la diferenciación de esos dos ámbitos esencialmente diversos en lo político y en lo social. La federalización de la ciudad de Buenos Aires hizo que la metrópoli histórica dejara de ser un bien provincial para convertirse en patrimonio común de la Nación, consolidando la unión nacional (Galletti, 1987, 2:627), fundamentalmente al nacionalizar los recursos generados por la Aduana del Puerto que antes eran absorbidos en su totalidad por la Provincia explicando las prolongadas guerras intestinas. Sin embargo, la convivencia de las autoridades nacionales y provinciales en el mismo Municipio de Buenos Aires resultó conflictiva surgiendo la necesidad de dotar a la Provincia de una Capital específica. El entonces Gobernador Dardo Rocha pensaba que la capital bonaerense debía instalarse en una ciudad totalmente nueva y designó una comisión integrada por destacadas figuras del ámbito nacional y provincial para determinar la mejor ubicación y características de la futura urbe. Los expertos evaluaron la posibilidad de establecerla en Campana, Zárate, Quilmes, San Fernando y Olivos. Finalmente la ciudad de La Plata quedó construida sobre tierras que pertenecían a la familia Pereyra Iraola y que eran parte del Distrito de Ensenada. Al mismo tiempo se llamó a concurso internacional de proyectos para construir la Casa de Gobierno, los ministerios, las sedes del Poder Legislativo y del Poder Judicial, la Iglesia Catedral, la Municipalidad y otros edificios fundacionales.

La intención de Dardo Rocha era que la ciudad de La Plata simbolizase la unidad nacional alcanzada en 1880 y, en su discurso del 19 de noviembre de 1882, señaló que *“celebramos un grande hecho histórico que se realiza y todos sentimos que él resume los sacrificios del pasado y los patrióticos objetivos del porvenir”*. En esa ceremonia de fundación, en la cual se colocaron bajo un encofrado ubicado en la central Plaza Moreno objetos de la época, Dardo Rocha puso de resalto la intención pacificadora de la gesta: *“hemos dado a la nueva capital el nombre del río magnífico que la baña y depositamos bajo esta piedra, esperando que aquí queden sepultadas para siempre las rivalidades, los odios, los rencores y todas las pasiones que han retardado por tanto tiempo la prosperidad de nuestro país”*.

En 1884 las autoridades provinciales se instalaron definitivamente en la flamante Capital Provincial, que había sido construida en tiempo record y que aparecía como un símbolo de modernidad y anticipo de un desarrollo incontenible todavía pendiente de realización.

III. Las Constituciones Bonaerenses

Luego del relato cronológico, es preciso que la evocación del desarrollo institucional de la Provincia continúe con el análisis, sintético por cierto, de sus cartas constitutivas. Recordaremos liminarmente que durante el Gobierno de Martín Rodríguez, siendo ministro Rivadavia, la Junta de Representan-

tes sumó a su calidad de Poder Legislativo la de Poder Constituyente y dictó una serie de leyes de ese carácter. Otro antecedente a considerar es el Anteproyecto de Constitución de 1833 que fuera expresamente analizado por dicha Junta durante el gobierno del General Juan Ramón Balcarce sin ser aprobado. El citado ensayo constitucional ratificó la inspiración federal de las autoridades provinciales, sin renegar del proyecto de organización nacional que conduciría a la “*especial delegación*” de potestades (Corbetta, 1983:6).

1. Constitución de 1854

Proyectada por Dalmacio Vélez Sarsfield y Carlos Tejedor, fue sancionada el 11 de abril de 1854 por la Cámara de Representantes de la Provincia, en ejercicio de la “*soberanía extraordinaria*” que detenía. Su característica excluyente, aportando una nota excepcional en el Derecho Público Provincial bonaerense, es que estuvo destinada a regular la vida institucional de un Estado soberano, disponiendo en su artículo primero que “*Buenos Aires es un Estado con el libre ejercicio de su soberanía interior y exterior, mientras no la delegue expresamente en un gobierno federal*”. Esta última salvedad, y el texto de su artículo seis (“*Son ciudadanos del Estado todos los nacidos en él, y los hijos de las demás Provincias que componen la República*”), hizo pensar a Varela que fueron las diferencias con Urquiza las que impulsaron la secesión de la Provincia, cuando jamás existió una verdadera intención separatista por parte de sus autoridades (por entonces “porteñas”), quienes siempre consideraron a Buenos Aires como parte inescindible de la Nación Argentina (Varela, 1910, III:547). “*La Constitución provincial de 1854 fue no sólo la denegación de acatamiento y obediencia a la Constitución y al gobierno federales, recientemente constituidos, sino también la preparación de una época de desinteligencias y de luchas políticas, que no debían terminar sino ocho años más tarde, con la incorporación leal y definitiva de Buenos Aires al resto de sus hermanas, y la organización de las autoridades nacionales en la ‘gran capital del sur’, cantada así desde los primeros días de la independencia*” (Varela, 1907, I:10).

Otras notas relevantes de la Constitución de 1854 -que rigió la breve vida del Estado soberano de Buenos Aires hasta 1860 pero mantuvo su vigencia como Carta provincial hasta 1873- son las siguientes:

1) En sus artículos 3º, 4º y 5º establece como religión oficial la Católica Apostólica Romana, colocando a cargo del Fisco su asistencia económica. Reconoce, empero, la libertad de cultos, al disponer que todos los habitantes están obligados a tributarle respeto, “*sean cuáles fuesen sus opiniones religiosas*”. En correlato con las ideas predominantes sobre la necesidad de fomentar la inmigración europea, y fundamentalmente británica, la libertad de creencias era una condición imprescindible para el ansiado desarrollo socioeconómico. En el art. 3º del Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina de Alberdi se lee: “*La Confederación adopta y sostiene el culto católico y garantiza la libertad de los demás*” (Alberdi, 1981:63).

2) Reconoce que “*la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio se delega en los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial*” (art. 15).

3) El Poder Legislativo adopta el sistema bicameral (art. 16).

4) “*El Poder Ejecutivo del Estado se desempeñará por una sola persona, bajo la denominación de Gobernador del Estado de Buenos Aires*” (art. 81), quien será designado por la Asamblea General Legislativa (art. 82), su mandato durará tres años prohibiéndose la reelección inmediata (art. 87), será asistido por un máximo de tres ministros secretarios (art. 113) y en caso de ausencia, enfermedad o fallecimiento será reemplazado por el Presidente del Senado (art. 89).

5) Se señala expresamente la independencia del Poder Judicial colocándose a su cabeza al “*Tribunal Superior de Justicia*” cuyos miembros son designados por el Gobernador a propuesta en terna del Senado (arts. 118, 120 y 121).

6) Prevé la futura creación de un fuero especializado en materia contencioso administrativa al disponer que “*las causas contenciosas de hacienda y las que nacen de contratos entre particulares y el Gobierno, serán juzgados por un tribunal especial, cuyas formas y atribuciones las determinará la ley de la materia*” (art. 129).

2. Constitución de 1873

Reincorporada a la Nación Argentina, luego de la reforma de la Carta Magna en 1860, se hizo necesario adaptar la Constitución de 1854 a la realidad política que encontraba a la Provincia como un nuevo Estado federado. En ese sentido la nueva Constitución de 1873 estableció que *“la Provincia de Buenos Aires, como parte integrante de la República Argentina, constituida bajo la forma representativa, republicana federal, tiene el libre ejercicio de todos los poderes y derechos que por la Constitución Nacional no hayan sido delegados al Gobierno de la Nación”* (art. 1º). Algunas de sus normas innovativas son las siguientes:

1) Incorpora la figura del vicegobernador (art. 117) y elimina toda restricción al número de ministros (art. 144), quienes serán designados por el Gobernador pero deberán contar con acuerdo del Senado (art. 142 inc. 18) y resultan habilitados para participar en los debates de las Cámaras Legislativas, con voz pero sin voto (art. 149).

2) *“Toda ley que sancione un empréstito deberá especificar los recursos especiales con que deba hacerse el servicio de la deuda y su amortización* (art. 38). Si los sucesivos gobiernos hubieran respetado esta disposición, y especialmente si hubieran acatado el criterio económico-financiero que refleja, la Provincia no habría acumulado la enorme deuda pública que hoy la agobia.

3) Contiene un detallado régimen electoral (Sección Segunda, arts. 47 a 60) y establece que *“la atribución del sufragio popular es un derecho inherente a la calidad de ciudadano argentino y un deber...”* (art. 48).

4) Reemplaza la denominación de Tribunal Superior de Justicia por *“Suprema Corte de Justicia”* que quedó integrada por cinco jueces y un secretario letrado (arts. 155 y 217 inc. 1º). Esa Suprema Corte *“decide las causas contencioso administrativas, en única instancia y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionen por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Corte y los demás procedimientos de este juicio”* (art. 156 inc. 3º). *“En las causas contencioso administrativas la acción debe deducirse ante la Suprema Corte en el perentorio término de un mes, contado desde la fecha en que la autoridad administrativa hizo saber su resolución a la parte interesada”* (art. 218). La Constitución de 1873 fue la primera Carta provincial que se refirió al proceso contencioso administrativo, sirviendo de antecedente a las restantes constituciones provinciales.

5) Organiza la Justicia de Paz (arts. 178 y sigs.).

6) Prevé la implementación del juicio por jurados y la garantía de habeas corpus (arts. 14 y 17).

7) Regula en la Sección Sexta, artículos 199 a 204, el Régimen Municipal, en base a un esquema que hoy perdura. Opta por el sistema de municipalidades de “partido”, bajo la forma de entes territoriales autárquicos, previendo la regulación de sus atribuciones por medio de una ley orgánica sancionada por el Congreso Provincial. El gobierno municipal estará compuesto por un Departamento Ejecutivo unipersonal y otro Deliberativo colegiado, cuyo número varía en función de la cantidad de habitantes del distrito. Consagra la responsabilidad política y patrimonial de sus funcionarios.

8) Destina importante espacio a la educación pública (Sección Séptima, artículos 205 a 207) a la que divide en “educación común” (gratuita y obligatoria), “educación secundaria” y “educación superior”, previendo el cargo de Director General de Escuelas, el funcionamiento de un Consejo General de Educación y *“consejos electivos de vecinos en cada parroquia de la Capital y en cada municipio del resto de la Provincia”* que tendrán a su cargo *“la administración local y el gobierno inmediato de las escuelas comunes”* (art. 206 inc. 5º). La preocupación del constituyente de 1873 por la instrucción quedó evidenciada en el art. 206 inc. 7ª que creó un fondo permanente, depositado en el Banco de la Provincia sin que pueda disponerse de su renta más que para atender la *“adquisición de terrenos y la adquisición de edificios de escuelas”*.

El contenido de su Sección Primera, rotulada como la Constitución Nacional *“Declaraciones, derechos y garantías”*, y seguramente el principio basal de su artículo 2º: *“todo poder público emana del pueblo”*,

hizo que Varela afirmara que *“si la Constitución de 1854 sólo consultó intereses políticos, sin darse cuenta de las conquistas liberales de la época, la de 1873 fue más allá de todo lo conocido y practicado, estatuyendo, como instituciones imperativas, teorías que no habían tenido, hasta entonces, otros antecedentes que las propagandas de los pensadores y los anhelos de los más avanzados”* (Varela, 1907, I:14).

3. Constitución de 1889

Las modificaciones con relación a su predecesora fueron mínimas:

- 1) Declara que *“la Capital de la Provincia de Buenos Aires es la ciudad de La Plata”* (art. 4º).
- 2) Eleva de tres a cuatro años la duración del mandato del Gobernador y Vicegobernador (art. 118).

4. Constitución de 1934

Poco tiempo después de la sanción de la Constitución de 1889 comenzaron a oírse voces partidarias de su reforma pero esta se concretaría recién en el año 1934. Una exposición de las vicisitudes sufridas por los intentos de reforma de la Carta de 1889 puede verse en Cueli, 1996: 40 y sigs. Sus principales innovaciones fueron las siguientes:

- 1) Introduce los órganos de control legal, económico y financiero tal cual los conocemos hoy: Fiscal de Estado, Contador y Tesorero de la Provincia y Tribunal de Cuentas (arts. 143 a 147).
- 2) Dispone que *“en las causas contencioso administrativas, la Suprema Corte de Justicia tendrá facultad de mandar cumplir directamente sus sentencias por las oficinas o empleados respectivos si la autoridad administrativa no lo hiciere dentro de los sesenta días de notificada la sentencia. Los empleados a que alude este artículo serán responsables por la falta de cumplimiento de las disposiciones de la Suprema Corte de Justicia”* (art. 151).

5. Constitución de 1949

La reforma de la Constitución Nacional en el año 1949 motivó una medida similar en la Provincia de Buenos Aires. La nueva Carta local tuvo una vida tan breve como la que soportó su inspiradora ya que fue derogada en 1956, volviéndose al texto de 1934. Sus notas características fueron las siguientes:

- 1) Dispuso que, salvo razones extraordinarias, las Cámaras Legislativas, el Poder Ejecutivo y la Suprema Corte debían funcionar permanentemente en la ciudad de La Plata (art. 5º).
- 2) Incorporó los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y de la cultura, remitiendo a lo establecido al respecto en el art. 37 de la Constitución Nacional sancionada en el mismo año (art. 29).
- 3) Estableció que *“incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de adquirir en propiedad las tierras que cultiva”* (art. 30).
- 4) Prohibió que el Banco de la Provincia de Buenos Aires se constituya como entidad mixta incorporando capitales privados (art. 33).
- 5) Reprodujo el artículo 40 de la Constitución Nacional de 1949, disponiendo que *“los servicios públicos pertenecen originariamente, según su naturaleza y características, a la Provincia o a las municipalidades, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación”*.
- 6) Elevó de cuatro a seis años la duración del mandato del Gobernador y del Vicegobernador (art. 92).

IV. Régimen constitucional vigente. Constitución de 1994

Al mismo tiempo que en Santa Fe sesionaba la Convención Constituyente Federal en la ciudad de La Plata se discutía la enmienda de la Carta local. Las principales reformas en relación al texto de 1934 fueron las siguientes:

1) Consagró los procesos de habeas corpus, habeas data y amparo (art. 20).

2) Estableció que la Provincia *“ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio, incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada”* (art. 28).

3) Reconoció como derechos sociales la protección de la familia, de la niñez, de la juventud, de la mujer, de los discapacitados, de los ancianos, de los indígenas y de los veteranos de guerra. También colocó a cargo del Estado promover el acceso a la vivienda y a la salud (art. 36) y la defensa de los consumidores y usuarios (art. 38).

4) Declaró que la Provincia se reserva el monopolio de los juegos de azar (art. 37).

5) Reconoció y garantizó el derecho de las entidades intermedias de variada gama, incluyendo colegios y consejos profesionales (art. 40).

6) Prohibió la delegación de facultades de un Poder a otro (art. 45).

7) Creó la figura del Defensor del Pueblo (art. 55).

8) Redujo a cuatro años la duración del mandato del Gobernador y Vicegobernador pero previó la posibilidad de que ambos funcionarios puedan sean reelectos por un nuevo período (arts. 122 y 123).

9) Eliminó la competencia originaria de la Suprema Corte en materia contencioso administrativa, estableciendo que *“los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”*.

10) Contempló el funcionamiento del Consejo de la Magistratura (art. 175).

Como bien lo ha destacado Cueli (1996:29) las únicas Constituciones bonaerenses absolutamente fundantes de un orden político fueron las de 1854 (Estado soberano de Buenos Aires) y 1873 (integración de la Provincia a la Nación Argentina). Las restantes Cartas recién recordadas -1889, 1934, 1949, al igual que la sancionada en 1994- más allá de contener algunas disposiciones innovadoras, resultaron enmiendas a textos precedentes y cabe señalar que varias disposiciones de la Constitución vigente se mantienen inalteradas desde 1873.

En lógico correlato con lo establecido en el artículo 75 inciso 11 de la Constitución Nacional, la Carta bonaerense de 1994, dispone en su artículo primero que *“la Provincia de Buenos Aires, como parte integrante de la República Argentina, constituida bajo la forma representativa republicana federal, tiene el libre ejercicio de todos los poderes y derechos que por la Constitución Nacional no hayan sido delegados al Gobierno de la Nación”*.

1. Poder Legislativo

Su existencia y pleno funcionamiento, como elemento esencial del sistema republicano, es una condición impuesta por el artículo 5º de la Constitución Nacional. La reforma de 1994 mantuvo el régimen bicameral. Cámara de Diputados con 84 miembros y Cámara de Senadores con 42 (art. 68) que, en rigor, no registran diferencias en cuanto respecta a la representación política de sus electores, apuntalando la idea de cambio hacia el sistema unicameral, de mayoritario empleo en las provincias argentinas. Cada Cámara dicta su reglamento de funcionamiento y elige sus autoridades, con excepción del cargo de Presidente de la Cámara de Senadores que detenta el Vicegobernador (art. 93). Cualquiera de las dos Cámaras puede hacer comparecer e interpelar a los ministros del Poder Ejecutivo (art. 92).

2. Poder Ejecutivo

“El Poder Ejecutivo de la Provincia será desempeñado por un ciudadano, con el título de Gobernador de la Provincia de Buenos Aires” (art. 119). Su elección, al igual que la del vicegobernador es efectuada en forma directa, en simultáneo con la elección de los miembros del Poder Legislativo por cuatro años y pueden ser reelectos en una única oportunidad (arts. 120, 122, 123, 134 y 135).

Las atribuciones principales del titular del Poder Ejecutivo están enunciadas en el artículo 144. También se especifica que el gobernador es asistido por los ministros-secretarios que designe sin limitación de número y una ley especial deslindara los ramos a cargo de cada uno de ellos (art. 147). Todos pueden ser sometidos a juicio político (art. 154). *“Los ministros pueden concurrir a las sesiones de las Cámaras y tomar parte en las discusiones, pero no tendrán voto”* (art. 152). No existe un Jefe de Gabinete tal como el que establece el artículo 100 de la Constitución Nacional, ni ningún funcionario que sirva de nexo con el Poder Legislativo asumiendo algún tipo de responsabilidad política.

Como una forma de control cuasi-parlamentario de la labor ejecutiva la reforma introdujo la figura del Defensor del Pueblo, quien *“tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes. Ejerce su misión frente a los hechos u omisiones de la Administración Pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Supervisa la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la Provincia o sus empresas concesionarias. Tendrá plena autonomía funcional y política. Durará cinco años en el cargo pudiendo ser designado por un segundo período. Será nombrado y removido por la Legislatura con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara. Una ley especial regulará su organización y funcionamiento”* (art. 55). Como una evidencia de la natural resistencia al control por parte de los poderes constituidos, este esencial órgano de la democracia recién fue reglamentado a mediados del año 2008 (Ley 13.834, B.O. 18/7/2008) y a fines de 2009 todavía no había sido puesto en funcionamiento.

3. Poder Judicial

En correlato con el imperativo del artículo 5º de la Constitución Nacional, el Preámbulo de la Carta Provincial informa la intención del Poder Constituyente de *“afianzar la justicia”*. En esa dirección la Sección Sexta (artículos 160 a 189) de la Constitución de 1934-1994 organiza y regula el *“Poder Judicial”*, el cual *“será desempeñado por una Suprema Corte de Justicia, Cámaras de Apelación, Jueces y demás Tribunales que la ley establezca”* (art. 160).

El proceso contencioso administrativo ha sido definido en el párrafo final del artículo 166: *“Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”*.

Además de la existencia de juzgados y tribunales civiles y comerciales, penales, de familia y del trabajo -por imperativo constitucional- *“la Legislatura establecerá Juzgados de Paz en todos los partidos de la Provincia que no sean cabecera de departamento judicial...”* (art. 172).

Los jueces de la Suprema Corte de Justicia, al igual que el Procurador y el Subprocurador General, son designados por el P.E. con acuerdo del Senado. Los demás jueces e integrantes del Ministerio Público son nombrados por igual mecanismo pero resultan seleccionados de una terna vinculante elevada al Gobernador por el Consejo de la Magistratura (art. 175).

4. Régimen Municipal

La Sección VII de la Carta de 1994, en un capítulo único (arts. 190 a 197), regula el régimen de las municipalidades bonaerenses, estableciendo su condición de entidades autárquicas de base territorial, a cargo de los intereses y servicios locales en cada uno de los partidos que forman la Provincia. El *“municipio-partido”*, a diferencia del *“municipio-ciudad”* consiste en dividir totalmente el territorio

del Estado local agrupando varios núcleos urbanos y rurales que pueden poseer o no relaciones de vecindad. Debido a ello se considera a este criterio como “voluntarista” en oposición al régimen de “municipio-ciudad” que responde a una idea de comunidad o grupo de personas reunidas en forma natural o espontánea en un centro urbano reservando la administración de las áreas rurales a la Provincia. La mencionada normativa permanece inalterada desde 1934 a pesar de que al convocarse a la convención reformadora la Ley 11.488 (6/12/93) había dispuesto la reforma de la Sección VI del texto vigente, el cual no sufrió otra modificación que su nomenclatura que pasó a ser Sección VII.

Una cuestión de permanente debate en el ámbito bonaerense es la relativa a la autonomía municipal. La llamada “Escuela Municipalista de La Plata”, integrada por relevantes juristas como Alejandro Korn Villafañe y Tomás Diego Bernard, llegó a postular la existencia de una república municipal compuesta por los tres poderes clásicos (Intendente, Concejo Deliberante y Justicia de Faltas Municipales). Cuando en el año 1989 por Ley 10.859 se declaró la necesidad de reformar la Constitución Provincial, finalmente frustrada debido al resultado negativo del plebiscito realizado en agosto de 1990, el texto proyectado como artículo 181 disponía que *“el municipio es una comunidad natural dotada de autonomía institucional, política, económico-financiera, tributaria y administrativa”*.

A pesar del establecimiento de la autonomía municipal en el artículo 123 de la Constitución Nacional, la Carta local encomienda a la Legislatura deslindar las atribuciones y responsabilidades de cada municipio, *“confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales”* (art. 191). De esta manera las atribuciones de las municipalidades bonaerenses resultan establecidas por el Poder Legislativo provincial, consagrando un sometimiento político que no correlaciona con ningún grado de autonomía por mínimo que fuere.

V. Organismos de control y asesoramiento

La enorme distancia que existía entre el monarca español y sus virreyes y gobernadores, sumada a la natural desconfianza respecto de la actividad de funcionarios que se destacaban por su afán aventurero más que por su vocación de servicio, hicieron que la legislación indiana estableciera -al menos normativamente aunque de dudosa eficacia- rigurosos sistemas de control. La vigilancia jerárquica estaba a cargo del Consejo de Indias, del Virrey y de la Audiencia. Esta última, bajo determinadas condiciones, podía revocar las decisiones del propio gobernador, quien, a su vez, tenía autoridad sobre los funcionarios regionales como los corregidores. En un intento -vano por cierto- para evitar favoritismos y actos de corrupción la normativa colonial prohibió que los corregidores fueran oriundos de la localidad en la que actuaban.

El sistema de contralor financiero fue mantenido durante el período de organización provincial y las sucesivas constituciones previeron organismos y procedimientos para efectivizarlo. Es el caso del Tribunal de Cuentas (claramente inspirado en el “juicio de residencia”), la Fiscalía de Estado y la Contaduría General, complementado luego en el nivel legislativo con raíz histórica pre-constitucional con la Asesoría General de Gobierno.

El control patrimonial es una cuestión directamente relacionada con el principio de legalidad. La Suprema Corte Provincial ha explicado que *“la fiscalización de la actividad administrativa tiende a garantizar que los órganos activos actúen de conformidad con las leyes y según la efectiva oportunidad en relación con el concreto interés público señalado como fin”*.

La Constitución vigente contiene numerosas normas de contralor de la hacienda pública. Así los artículos 47 a 51 imponen una mayoría agravada de dos tercios de legisladores presentes en ambas Cámaras para autorizar empréstitos y emitir títulos públicos, establecen la obligación de especificar con qué recursos se amortizará la deuda pública, prohíben variar el destino de los recursos así obtenidos al igual que cambiar la imputación de los fondos ingresados por el cobro de impuestos destinados a la construcción de obras públicas. El artículo 104 ordena que toda ley especial que autorice gastos sea sancionada por mayoría de dos tercios de votos de los miembros presentes de ambas Cámaras y el inciso 9º del artículo 144 impone al Gobernador la obligación de invertir las rentas que recaude con arreglo a la ley de presupuesto, publicando mensualmente el estado de la Tesorería.

1. Fiscalía de Estado

La Provincia de Buenos Aires fue la primera en organizar esta institución en su Constitución soberana de 1854, más tarde adoptada por los restantes Estados argentinos. Conforme el exhaustivo estudio realizado por Tribiño (2001), prácticamente todas las constituciones provinciales consagran esta figura con notas muy semejantes en cuanto forma de designación de su titular y competencia.

Aunque la Fiscalía de Estado fue suprimida por razones políticas en 1879, retornó vigorizada de una vez y para siempre en la Constitución sancionada una década más tarde (art. 152 de la Const. de 1889).

El artículo 155 de la actual Carta provincial establece que *“habrá un Fiscal de Estado inamovible, encargado de defender el patrimonio del Fisco, que será parte legítima en los juicios contencioso-administrativos y en todos aquellos en que se controviertan intereses del Estado. La ley determinará los casos y la forma en que ha de ejercer sus funciones. Para desempeñar este puesto se requieren las mismas condiciones exigidas para los miembros de la Suprema Corte de Justicia”*.

2. Contaduría General

La Contaduría General surge con rango legal en 1821 y adquiere nivel constitucional en la Carta de 1873, orientada a realizar el control “interno” o “concomitante” de la Administración toda vez que controla su desenvolvimiento desde dentro de la estructura provincial, sin perjuicio de su independencia funcional (art. 60 de la llamada “Ley de Contabilidad”, Dec. Ley 9167/86, t.o. por Dec. Ley 7764/71).

Los artículos 82 y 156 a 158 de la Constitución bonaerense describen la naturaleza y funciones de este organismo cuyo titular es el Contador General, seleccionado por el Poder Ejecutivo en base a una terna elaborada por el Senado. El Contador General dura cuatro años en sus funciones pudiendo ser reelecto. Tiene a su cargo la contabilidad pública y autoriza los pagos que efectiviza el Tesorero Provincial quien no podrá realizar erogación alguna sin dicho recaudo. Es asistido por el Sub-contador General quien lo reemplazará en casos de ausencia o impedimentos.

3. Tribunal de Cuentas

Sus antecedentes de remontan a la época colonial cuando la llamada “*residencia*” aparecía como una suerte de juicio económico financiero al cual se debían someter los virreyes que finalizaban su gestión, como manera de evaluar su desempeño y -en su caso- detectar faltas y delitos. Reconociendo ese origen histórico todos los países iberoamericanos han organizado sistemas de contralor financiero semejantes, más allá de las diferentes denominaciones asignadas a los órganos competentes, impuestas incluso por la forma unitaria de algunos Estados. Así por ejemplo en Uruguay: “Auditoría Interna”; en Paraguay: “Contraloría General de la República”; en Brasil: “Tribunal de Cuentas” (Fernández, 2004:34, 43 y 54).

Este Tribunal Administrativo aparece expresamente contemplado en la Constitución en su artículo 159: *“La Legislatura dictará la ley orgánica del Tribunal de Cuentas. Este se compondrá de un presidente abogado y cuatro vocales contadores públicos, todos inamovibles, nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Podrán ser enjuiciados y removidos en la misma forma y en los mismos casos que los jueces de las Cámaras de Apelación. Dicho Tribunal tendrá las siguientes atribuciones: 1º) Examinar las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas, tanto provinciales como municipales, aprobarlas o desaprobarlas y en este último caso, indicar el funcionario o funcionarios responsables como también el monto y la causa de los alcances respectivos. 2º) Inspeccionar las oficinas provinciales o municipales que administren fondos públicos y tomar las medidas necesarias para prevenir cualquier irregularidad en la forma y con arreglo al procedimiento que determine la ley. Las acciones para la ejecución de las resoluciones del Tribunal corresponderán al Fiscal de Estado”*.

La Suprema Corte de Justicia ha establecido que el Tribunal de Cuentas *“tiene la facultad de examinar los libros de contabilidad y documentación existentes en las dependencias públicas en las cuales se*

administren o fiscalicen la inversión de fondos públicos, siendo además la única autoridad facultada para aprobar o no las cuenta rendidas por la Administración General y todos los funcionarios administrativos y municipales" (Causa B-51.453, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 10/12/92, A y S 1992-IV-546).

4. Asesoría General de Gobierno

A diferencia de los órganos recién recordados que aparecen descriptos en la Constitución vigente, la Asesoría General de Gobierno reconoce fuente legal. Sus antecedentes se remontan al Siglo XVII cuando las Leyes de Indias establecían que los virreyes debían contar con un Asesor que entendería en asuntos de Justicia. Iniciado el proceso de emancipación, el 28 de noviembre de 1810 la Junta Provisional dispuso que *"para el despacho de los muchos asuntos que giran en esta superioridad es preciso nombrar un letrado que desempeñe el Ministerio de Asesor Privado"*, designando en el cargo a Miguel Mariano de Villegas, hasta entonces abogado de la Real Audiencia.

En las propias Leyes de Indias (Libro 3º, Título III, Ley 35) se *"ordenaba a los señores virreyes que nombren un Asesor que habrá de entender en materia de justicia y derecho de partes"* y en la Real Ordenanza de Intendentes de 1782 se impone la presencia de un *"Teniente Letrado con jurisdicción civil y criminal (que) sea Asesor Ordinario en los negocios de la Intendencia"* (Archivo Histórico "Dr. Ricardo Levene", 2000:11, 22, 59).

Entre los muchos titulares ilustres que siguieron a Villegas se destacan Juan José Paso (1815), Roque Sáenz Peña (1847), Dalmacio Vélez Sarsfield (1854), Valentín Alsina (1856 y 1860), Carlos Tejedor y Lucio Vicente López (1882).

VI. Hitos recientes

El desarrollo del Derecho Público bonaerense incluye las permanentes reformas de las leyes de ministerios; la creación legal de entidades autárquicas de variada gama; el reconocimiento constitucional del derecho al debido proceso en el procedimiento administrativo y a la tutela judicial continua y efectiva; la consolidación de los sistemas previsionales de las profesiones liberales; la organización de sendas "autoridades" del agua y del medio ambiente; la constitucionalización del juicio de amparo y su reglamentación legal; la estatización de algunos servicios públicos en 1950, su acelerada privatización en 1990 y su re-estatización en 2005. Como se advierte claramente resulta imposible en un trabajo de esta índole pasar revista a semejantes cuestiones. Nos detendremos solamente en dos acontecimientos producidos uno en la segunda mitad del Siglo XX y el restante a principios del Siglo XXI. Ambos, por su notoria trascendencia ameritan ser destacados: la regulación orgánica y global del procedimiento administrativo y la reforma del sistema procesal administrativo.

1. Procedimiento administrativo.

A través del Dec. Ley 7647 del 23 de noviembre de 1970, la Provincia de Buenos Aires fue el primer Estado local que sancionó un régimen orgánico que contempló todos los aspectos del procedimiento administrativo: competencia, partes, formalidades de los escritos, características del expediente, plazos, notificaciones y recursos. El legislador de facto -como lo hiciera dos años más tarde el gobierno nacional de facto mediante el Dec. Ley 19.549/72- aprovechó la oportunidad para regular el sistema jurídico de los actos administrativos y de los reglamentos (arts. 103 a 126). Se produjo así un avance significativo en la materia ya que se llenó un vacío normativo que resultaba fuente de conflicto al aplicarse en forma analógica los códigos procesales civil y penal lógicamente estructurados para reglar una problemática diversa.

Cualquiera sea el valor científico que se asigne al Dec. Ley 7647/70 cabe reconocerle un doble efecto: ordenador del trámite en el ámbito local y orientador del camino a seguir respecto de otras jurisdicciones. Luego de su sanción en 1970 el Estado nacional dictó el Dec. Ley 19.549 en el año 1972, junto a su reglamento; al igual que las provincias de Chaco y Chubut. Mendoza lo hizo en 1973, Córdoba en 1977, Salta y Corrientes en 1978. *"La significación jurídica de toda esa legislación no es otra que la de haber juridizado los trámites ante la Administración Pública, poniendo orden en esas*

gestiones, rodeando de garantías a los administrados en su trato con la Administración y sometiendo a reglas precisas y claras la actividad administrativa, a la vez que fijando límites a ciertos aspectos de esa actividad" (Marienhoff, 1982:19).

En febrero de 1980, el legislador de facto -en ejercicio de las atribuciones que competen a los consejos deliberantes- dictó la Ordenanza General 267 de procedimiento administrativo municipal. La identidad de su contenido con relación al Dec. Ley 7647/70 fue explicado por sus redactores en la necesidad de permitir *"un armónico ensamblamiento con las disposiciones vigentes en la Provincia, lo que facilitará también el aprovechamiento de la experiencia recogida a través del lapso de aplicación"* de aquella norma provincial.

2. Proceso administrativo

La creación del Fuero Contencioso Administrativo, eliminando la competencia originaria de la Suprema Corte por efecto de la reforma constitucional de 1994 (art. 166 de la Carta Provincial) y la sanción de las leyes 12.008 (Código Procesal Administrativo, luego reformado por las leyes 12.310 y 13.101) y 12.074 (organización judicial del nuevo sistema) han significado un cambio sustancial en el régimen de juzgamiento de aquellos casos vinculados con la función administrativa del Estado y de otras personas que actúan por delegación de potestades públicas. Desde ahora en más, cuando se analice el desarrollo del sistema de defensa del ciudadano frente a los abusos del Poder será insoslayable recordar sus momentos esenciales: la entrada en vigencia del Código redactado por Luis V. Varela en 1906, la reforma constitucional de 1994 y la sanción de la ley 12.008.

El contencioso limitado a la revisión de la legalidad de actos administrativos pre-existentes fue consecuencia del régimen impuesto por la Constitución de 1934, aceptado de buen grado por la Suprema Corte que gestó una jurisprudencia todavía más restrictiva, haciendo que durante casi un siglo este proceso estuviera lejos de constituir una efectiva herramienta para la efectiva defensa de los derechos e intereses individuales. Actualmente, ensanchada la materia justiciable, el objeto litigioso ya no es únicamente la anulación de un acto administrativo (reglado, preexistente y generador de derechos subjetivos), sino cualquier causa, pleito o diferendo jurídico, originado por el ejercicio de la función administrativa de cualquiera de los tres Poderes del Estado (y aún de personas públicas no estatales). Como lo ha señalado D'Argenio, a partir de la reforma constitucional, *"la competencia judicial en materia administrativa adquiere su verdadera significación de juzgamiento de una contienda específica, sin las limitaciones provenientes del carácter revisor que hasta ahora le fue atribuido"* (D'Argenio, J.A. 2000-III-1095), coincidiendo con la opinión previa a la reforma de Armando Grau (1971:50).

Junto a esa relevante mejora cabe inventariar las siguientes características del nuevo modelo de contencioso administrativo: 1º. *Ensanche de la legitimación*: El artículo 13 del Código aprobado por Ley 12.008 dispone: *"Legitimación activa: Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico"*. De manera que pueden actuar como parte demandante no sólo los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sino también quienes invoquen intereses simples y derechos de incidencia colectiva ya que, claramente, se encuentran tutelados por los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional (Botassi, 2004:263). 2º. *Amplitud de pretensiones*: Los casos a considerar no siempre estarán referidos al cuestionamiento de la legitimidad de actos administrativos. En el ejercicio de su *función administrativa* el Estado provincial o municipal puede incurrir en omisiones materiales, encarar ilegítimas vías de hecho y provocar daños de variada índole. Ha muerto *el juicio al acto* y, aunque demorado, fue alumbrado un nuevo proceso cuya materia es la dilucidación (dictado de una sentencia final) de casos vinculados con la función administrativa del Estado. 3º. *Mejora del sistema cautelar*: Otro aspecto relevante del cambio consiste en el giro copernicano producido en materia de medidas cautelares, antes limitadas a la suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo judicialmente impugnado debido a una interpretación restrictiva del art. 22 del Código de 1906, y ahora extendidas a toda clase de formas de tutela anticipadas a la sentencia final en los artículos 22 a 25 del Código sancionado por Ley 12.008, incluyendo aquellas que el juez advierta atinentes para asegurar el objeto del proceso.

VII. Colofón

Desde antes de 1810 la historia provincial y nacional se confunden en una misma y única sucesión de hechos trascendentes. Nación y Provincia de Buenos Aires caminaron muchas veces de la mano y en otras ocasiones padecieron desencuentros fatales. Sus desarrollos asimétricos y algunos excesos del “unitarismo solapado” que denunciara Pedro J. Frías, nos mantiene en la búsqueda de una armonía todavía ausente. El federalismo de concertación, herramienta para una mejor distribución de los recursos fiscales, parece ser la llave de tiempos mejores por venir. En definitiva, una circunstancia tan trascendente para el Derecho Público como es el carácter local del Derecho Administrativo fue consecuencia del triunfo de la tesis federal impulsada por el interior, sin perjuicio de que el Poder Legislativo del Estado Central, al sancionar el Código Civil, estableciera algunas disposiciones vinculadas a nuestra materia, como por ejemplo la descripción de las personas jurídicas públicas originariamente denominadas “de existencia necesaria” (art. 33); la caracterización de la expropiación (erróneamente catalogada como “compraventa forzosa”) y su correlato con el artículo 17 de la Constitución Nacional (arts. 1324 y 2511); la definición de los bienes y el destino del dominio estatal (arts. 2339 a 2344); la expresa reserva a la legislación provincial de las restricciones al dominio privado por razones de interés público (art. 2611) y las servidumbres administrativas de acueducto y sirga (arts. 2637 y 2639). Ello no impidió, como es lógico, la regulación local de los mismos institutos.

En la Provincia de Buenos Aires, desde el punto de vista normativo -como lo prueban las dos cuestiones recordadas en el capítulo precedente- se ha evolucionado notablemente. Resta que las reglas modernas, axiológicamente positivas, sean acatadas por las autoridades. Resulta necesario que las previsiones garantistas del Dec. Ley 7647/70 resulten conocidas e interpretadas con generosidad por los agentes estatales. Asimismo surge imprescindible que el juicio contra el Fisco deje de ser la “carretera de obstáculos” tantas veces denostada por la doctrina.

La consolidación del Estado de Derecho, la eliminación o al menos la atenuación de la anomia, el mayor y mejor compromiso con la cosa pública y la honestidad de los gobernantes, son metas todavía lejanas. La cuestión verdaderamente relevante es que hayamos echado a andar en esa dirección y que el camino emprendido no admita retrocesos.

VIII. Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. Plus Ultra: Buenos Aires, 1981.

Buenos Aires [provincia] Asesoría General de Gobierno. Antecedentes Institucionales: desde sus orígenes hasta nuestros días. Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires: La Plata, 2000.

BOTASSI, Carlos. “Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo”. En: El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires. 2ª ed. Platense: La Plata, 2004.

BOSCH, Beatriz. Benjamín Victorica. Emecé: Buenos Aires, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos. “La ley nacional de procedimientos administrativos n° 19.549”. El Derecho. Universidad Católica Argentina: Buenos Aires, 1972 (42): 835-846.

CLAVERO, Bartolomé. Institución histórica del Derecho. Marcial Pons: Madrid, 1992.

CORBETTA, Juan Carlos. Textos constitucionales de Buenos Aires. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: La Plata, 1983.

CUELLI, Hugo Oscar. Constitución de la Provincia de Buenos Aires Anotada y Comentada. La Ley Buenos Aires, 1996.

D'ARGENIO, Inés A. “La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial”. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 2000 III: 1095.

D'ARGENIO, Inés A. La justicia administrativa argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional, con prólogo de Agustín Gordillo. Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires, 2003.

DE LUCA, Rubén M. El control interno de la hacienda pública. Función Pública: La Plata, 1987.

DIAZ, César Luis (dir.) La Plata. Paseos Públicos. Sociabilidad y ocio en la prensa (1882-1900) Al Margen: La Plata, 2000.

DIAZ CANO, Alfonso. Lecciones de historia del derecho argentino. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1992.

FERNÁNDEZ, Francisco J. Organismos de control en los países del Mercosur. Némesis: Quilmes, 2004.

GALLETTI, Alfredo. Historia constitucional argentina. Platense: La Plata, 1987.

GARCIA HAMILTON, José Ignacio. El autoritarismo hispanoamericano y la improductividad. Sudamericana: Buenos Aires, 1998.

GRAU, Armando E. Habilitación de la instancia contencioso administrativa. Platense: La Plata, 1971.

LUNA, Félix. Buenos Aires y el país. Círculo de Lectores: Buenos Aires, 1982.

LUNA, Félix (dir.) Dardo Rocha. Planeta: Buenos Aires, 1999.

MARGADANT, Guillermo F. Panorama de la historia universal del derecho. Porrúa: México, 1996.

MARIENHOFF, Miguel S. "La legislación sobre procedimiento administrativo y su significación jurídica". En: Procedimiento administrativo. UNSTA: Tucumán, 1982.

MILEO, Julio A. Ley de Contabilidad de la Provincia de Buenos Aires, comentada y anotada. Función Pública: La Plata, 1998.

MORENO, Mariano. Representación de los hacendados y otros escritos. Emecé: Buenos Aires, 1997.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). ARG/04/025 Apoyo y fortalecimiento de la gestión de la Subsecretaría de Finanzas del Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires.

SAMPAY, Arturo E. Las Constituciones de la Argentina (1810-1972) EUDEBA: Buenos Aires, 1975.

SAN MARTINO DE DROMI, María Laura. Documentos constitucionales argentinos. Ciudad Argentina: Buenos Aires, 1994; p. 43.

TARTARINI, Jorge Daniel. La acción profesional en la fundación de La Plata. Consejo Profesional de la Ingeniería, 1982.

TRIBIÑO, Carlos R. El Fiscal de Estado. La representación judicial del Estado y el control de la actividad administrativa, con prólogo de Alberto Bianchi. Ábaco: Buenos Aires, 2001.

URRAZA, Estanislao. La Plata, Ciudad de Mayo. Colegio de Abogados de La Plata - Ramos Americana Editora: La Plata, 1981.

VARELA, Luis V. Plan de reformas a la Constitución de Buenos Aires. Taller de Impresiones Oficiales: La Plata, 1907.

VARELA, Luis V. "Documentos Justificativos". En: Historia Constitucional de la República Argentina. t. IV. Taller de Impresiones Oficiales: La Plata, 1910.

ZORRAQUIN BECU, Ricardo. La organización política argentina en el período hispánico. 3ª ed. Perrot: Buenos Aires, 1967.

ZORRAQUIN BECU, Ricardo. Historia del derecho argentino. Perrot: Buenos Aires, 1978. ♦

La Memoria Histórica de Mariano Moreno (*)

POR RAMÓN TORRES MOLINA (**)

Resumen:

La Memoria sobre la invasión de Buenos Aires por las armas inglesas al mando del General Lord Beresford escrita por Mariano Moreno fue parcialmente publicada por su hermano Manuel en 1812 en *Vida y Memoria de Mariano Moreno* texto publicado en Londres. Posteriormente las recopilaciones de escritos de Mariano Moreno efectuadas por Piñero en 1896 y Levene en 1943 repitieron esa versión, incorporándole el primero de ellos algunas modificaciones que no se encuentran en el manuscrito de Mariano Moreno. El documento original se encuentra en la actualidad en el Archivo Histórico de la Provincia de Santa Cruz. Más de la mitad del documento referido principalmente a los combates previos a la ocupación de Buenos Aires permaneció inédito. Manuel Moreno modificó palabras, incorporó párrafos y resumió con su propia redacción el texto original. Piñero hizo nuevas modificaciones e incorporó fragmentos con datos históricos como pertenecientes al texto original. Se publica con este trabajo la versión completa del escrito de Mariano Moreno. Las observaciones que se hacen en esta investigación sobre las modificaciones al texto original plantean la necesidad de revisar la totalidad de los escritos de Mariano Moreno confrontándolos con los originales, en especial el Plan de Operaciones.

Palabras Claves: Moreno. Memoria. Invasiones.

Mariano Moreno's Historical Memories

The Memories of the invasion of the city of Buenos Aires by the British forces commanded by General Lord Beresford, written by Mariano Moreno, were partially published by his brother Manuel, in *Life and Work of Mariano Moreno*, London, 1812. Compilations of texts belonging to Mariano Moreno were later made by Piñero, in 1896 and by Levene in 1943. Both compilations repeated the original version, although the one made by Piñero added some adjustments to the original version that are not found in Moreno's manuscript. The original document is nowadays in the Historic Archives of the Province of Santa Cruz. The aforementioned document refers mainly to the combats that occurred previously to the occupation of the city of Buenos Aires and more than the half remains unpublished until today. Manuel Moreno modified some words, added paragraphs and summarized the original text in his own words. Piñero made new adjustments and added fragments with historical references, as if included in the original text. A complete version of Mariano Moreno's manuscript is published with this work.

Observations concerning the alterations of the original text that have been made in this research, rise the necessity to look through all the documents written by Mariano Moreno and to compare them with the originals, particularly with the Operations Plan.

Keywords: Moreno. Memories. Invasions.

Cuando Manuel Moreno publicó en Londres *Vida y Memorias de Mariano Moreno* dio a conocer la Memoria que su hermano había escrito durante la ocupación inglesa de Buenos Aires. El capítulo de la obra de Manuel Moreno lleva como título: Verificada la conquista por el Mayor Beresford, el doctor Moreno trabajó unas memorias de este suceso cuyo extracto se da.

(*) En la investigación y transcripción del documento han colaborado Andrea Tachella e Hilario Villarbrille.

(**) Profesor Titular de Historia Constitucional. UNLP. Profesor Titular de Derechos Humanos y Política Criminal (UNNOBA).

Manuel Moreno, en el capítulo de referencia, efectúa la siguiente aclaración:

“De este modo se hallaba constituido cuando la célebre conquista de Buenos Aires hecha por el mayor general Beresford en 27 de junio de 1806, vino a tener lugar. Fue este suceso tan inesperado como sentido de todos los habitantes de aquél pueblo, y menos glorioso para las armas británicas que vergonzoso para una población respetable. Desembarazado entonces de todo negocio en los cuarenta y siete días que estuvo la plaza en poder enemigo, el doctor Moreno trabajó unas memorias de este acontecimiento remarcable, las cuales tanto por su mérito intrínseco, como por no estar publicadas, presentaré en un breve extracto” (Moreno Manuel, 1968, p. 55).

A continuación transcribe las Memorias intercalando en dos oportunidades sus propios comentarios en los que resume los fragmentos que no publica.

Cuando Norberto Piñero publicó en 1896 la recopilación de escritos de Mariano Moreno en el volumen que tituló *Escritos Políticos y Económicos* (1) incorporó el trabajo de Moreno con el título de *Memorias sobre la invasión de Buenos Aires por las armas inglesas*, el día 27 de junio del año 1806 al mando del General Beresford (Lord Beresford), extractadas de la vida del doctor Moreno, Londres, 1812. En el extenso prólogo a la obra Piñero hace el siguiente comentario sobre la Memoria.

“...Imposibilitado de atender su empleo, mientras las tropas al mando del general Beresford ocuparon la ciudad (27 de junio a 12 de agosto de 1806), se consagró a redactar una “Memoria” sobre aquél acontecimiento, que tan hondamente le había impresionado. Este trabajo es, acaso, el único que Moreno ha escrito sin tener en vista la consecución de un fin práctico. Conocemos de esa Memoria únicamente los extensos fragmentos publicados por el doctor Manuel Moreno. Sin duda no se necesita más para juzgar el trabajo íntegro, pues el biógrafo de nuestro autor, como lo da a entender en el Prefacio de las Arengas, ha omitido tan solo detalles de poco o ningún mérito y ha reproducido todo lo capital. La Memoria es una exposición seria y meditada en la que Moreno abarca el asunto con amplitud de miras; estudia las condiciones del Río de la Plata y especialmente de Buenos Aires, en el instante del acontecimiento; pone de relieve el gran papel comercial de esta ciudad y cuanto importaba a la Metrópoli su conservación porque ‘el Perú entero sería absolutamente inútil a la España, sujetándose Buenos Aires a dominio extranjero’; cuenta como ocurrieron los sucesos, e indaga las causas inmediatas que determinaron la conquista, o si se prefiere, que produjeron la caída de la plaza en poder de las tropas inglesas” (Piñero, Norberto, 1915, p. 12).

Es decir, la versión de las Memorias que publica Piñero, fueron tomadas de la publicación original de Manuel Moreno.

Ricardo Levene, en su recopilación de escritos de Mariano Moreno cuya edición original es de 1943, publicó un texto similar al de Manuel Moreno, con ligeras variantes.

De tal forma que el documento en su totalidad era desconocido ya que tanto Piñero como Levene trabajaron con el texto de Manuel Moreno sin tener acceso al manuscrito de Mariano Moreno.

El documento original, manuscrito de puño y letra de Mariano Moreno con título manuscrito de su hermano Manuel se encuentra hoy en el Archivo Histórico de la Provincia de Santa Cruz. Forma parte de la colección Eduardo Luis Duhalde quien junto a otros documentos lo entregó al Archivo. Son treinta y cuatro hojas, escritas de ambos lados, de 212 por 152 milímetros, papel con nueve corondeles, filigrana con corona y marca de agua Carreta. En la página 3 aparece un título: Número 1; en la 15 otro: Número 2.

A partir de 1960 se comenzaron a publicar documentos inéditos pertenecientes al archivo de la familia Moreno que no se habían utilizado con anterioridad y que corrían grave riesgo de perderse. Esos documentos consistían en papeles relacionados con la familia Moreno, cartas, escritos inéditos de Mariano Moreno, muchos de ellos jurídicos, y otros trabajos que había traducido o utilizado en su

(1) Moreno Mariano, *Escritos Políticos y Económicos*, Buenos Aires, Coni, 1896.

vida pública. Fueron publicados en forma parcial por Roman Francisco Pardo (2). Con posterioridad Eduardo Durnhofer, utilizando esa documentación dio a conocer Mariano Moreno Inédito (3) y Mariano Moreno. Artículos que la “Gazeta” no llegó a publicar (4). A este grupo de documentos pertenece la Memoria Histórica que solo se conocía parcialmente a través de las publicaciones de Manuel Moreno, Piñero y Levene.

Tanto Piñero como Levene afirman que la versión que publicaron de la Memoria fue tomada de la obra de Manuel Moreno Vida y Memorias de Mariano Moreno pero el texto de Piñero difiere de sus versiones más difundidas incorporando palabras y párrafos no incluidos en ésta.

La parte inédita de la Memoria, más de la mitad del texto, tiene un indudable valor histórico ya que describe con detalle los combates anteriores a la toma de Buenos Aires librados entre las fuerzas inglesas y las coloniales y se efectúan en ella profundas consideraciones militares en las que se explican las posibilidades de la defensa y las causas de la derrota. También se observa que en la versión resumida publicada por Manuel se han cambiado palabras al texto original y en algunos casos se ha cambiado la redacción de párrafos enteros.

¿Qué llevó a Manuel Moreno a suprimir extensos análisis efectuados por su hermano en la Memoria? ¿Subestimó las consideraciones militares del análisis? ¿Juzgó que esos análisis constituían un agravio para los británicos, cuyas armas fueron derrotadas por los ejércitos de la colonia, teniendo en cuenta que la obra se publicó en Londres y que se buscaba el apoyo británico al incipiente proceso de lucha por la independencia? ¿No quiso dar datos tácticos a un posible intento realista de desembarco en las proximidades de Buenos Aires contra los gobiernos patrios? Son interrogantes que aún no tienen respuesta.

La Memoria es el presupuesto fáctico de los argumentos jurídicos sostenidos por Moreno como justificación para la destitución del Virrey (5). Ambos documentos resultan así complementarios. La Memoria describe y analiza los hechos y menciona el sumario instruido por la fuga de Sobremonte; el escrito sobre la destitución de Sobremonte se funda en el estado de necesidad.

La Memoria fue escrita por Mariano Moreno durante la ocupación inglesa. Lo dice expresamente y surge del texto. Se basa en un diario que escribió durante la ocupación:

“La prolijidad con que apuntaba cada noche los sucesos del día me proporcionó un diario, que extractado con fidelidad presenta una individual noticia de todos los acontecimientos” (hoja 2 del manuscrito).

Esa afirmación aparece corroborada por las escasas correcciones del manuscrito. Se observa que existió un escrito previo sobre el que trabajó las Memorias. Nos dice Moreno que para su redacción consultó a las personas que tenían conocimientos de los hechos. De esa información surgen los detalles de las operaciones militares que se desarrollaron antes de la ocupación de Buenos Aires.

Según dice Moreno la Memoria fue escrita ante la necesidad de vindicar nuestro honor ya que la ocupación de Buenos Aires suponía negligencia en el gobierno o indiferencia de los habitantes de la ciudad. Todo el desarrollo del escrito está dirigido a responder a ese interrogante estableciendo que la responsabilidad de la derrota fue consecuencia de la impericia y cobardía de los jefes militares, destacando la voluntad y decisión de la población en enfrentar a los invasores. Este análisis, que fun-

(2) La primera publicación de esta documentación fue efectuada por Pardo Román Francisco, Documentos de Mariano Moreno, Instituto Bonaerense de Numismática y Antigüedades, Buenos Aires, Casa Pardo, 1960. Nota preliminar de Luis Peralta Ramos.

(3) Durnhofer Eduardo, Mariano Moreno inédito. Sus manuscritos., Buenos Aires, Plus Ultra, 1972.

(4) Durnhofer Eduardo, Mariano Moreno. Artículos que la “Gazeta” no llegó a publicar, Buenos Aires, Casa Pardo, 1975.

(5) Ver el documento en Durnhofer Eduardo, Mariano Moreno... cit. p. 121.

damentalmente se encuentra en las partes del trabajo que no fueron publicadas, aparece confirmada por los hechos posteriores: la Reconquista y la Defensa de Buenos Aires.

La realidad económica que describe en la Memoria anticipa temas que posteriormente desarrolló Moreno en la Representación de los hacendados (6).

En la parte de la Memoria no publicada Moreno describe el estado de indefensión en que se encontraban los distintos puntos en los que era posible un desembarco existentes entre Ensenada y Buenos Aires, atribuyendo la responsabilidad de esa situación a la negligencia de Sobremonte. Analiza también los antecedentes de Sobremonte que no era militar, siempre vivió dedicado a la pluma (lo que en el concepto de Moreno lo inhabilitaba para la milicia) y de Pedro de Arce, quién tuvo a su cargo el mando de las tropas en Quilmes.

Sostiene Moreno que para enfrentar la invasión el pueblo necesitaba dirección. Describe el desembarco inglés en Quilmes, observado por la población desde Buenos Aires; analiza las dificultades de ese desembarco y el combate del 26 de junio donde una orden de Arce puso en fuga a los seiscientos hombres de caballería y a las fuerzas que en ese momento acudían en su refuerzo. Describe las fuerzas con las que se contaba para enfrentar la invasión: las milicias urbanas, el Regimiento de Caballería, el Regimiento de Voluntarios de Infantería y las compañías de indios, negros y mulatos. Analiza el combate en la Barranca (Riachuelo) y las posibilidades que presentaba para la defensa un adecuado despliegue de las fuerzas propias complementadas por la artillería.

Resulta notable, entonces, que la demostración de lo que Mariano Moreno se proponía, que era explicar las causas de la derrota y la reivindicación del pueblo en su actitud combativa, se encuentre en los fragmentos de la Memoria que su hermano Manuel no publicó.

La extensa nota que incorpora la versión publicada por Piñero, referida a las disputas entre España y Portugal por la Colonia del Sacramento le pertenece; no está en el manuscrito ni en la versión de Manuel Moreno. Tampoco las restantes notas incorporadas por Piñero.

En la hoja 1 del manuscrito, Mariano Moreno habla de empresas mercantiles, palabra que mantiene Manuel (Moreno Manuel, 1966, p. 56), pero omite Piñero (Piñero Norberto, 1915, p. 77). Levene retoma la palabra mercantiles (Levene Ricardo, 1843, p. 55. En la misma página Mariano Moreno utiliza la palabra conquistadores, Manuel Moreno la transcribe, pero Piñero la sustituye por invasores. Levene retoma la versión original. Mariano Moreno, siempre en el mismo párrafo, refiriéndose al número de invasores, habla de mil y seiscientos; Manuel transcribe el párrafo, Piñero elimina la conjunción y agrega hombres, Levene retoma la versión original. Al finalizar el párrafo Piñero corrige la redacción agregando un párrafo que dice por conocer las circunstancias.

En la hoja 1 vuelta del documento original (que está numerada ya que Moreno numeró las hojas) Mariano Moreno habla de un pueblo recién conquistado; Piñero cambia la palabra por invadido (Piñero Norberto, 1915, p. 77).

En la hoja 2 Mariano Moreno escribe que se decidió a manifestar, palabra que Piñero cambia por componer (Piñero Norberto, 1915, p. 78). También, en la misma hoja Piñero agrega la palabra reflexión que no figura en el original ni en las versiones de Manuel Moreno y Levene.

En la hoja 3 del manuscrito Mariano Moreno escribe:

El es la primera Puerta del Reino del Perú; y Buenos Aires el centro que reúne, y comunica las diversas relaciones de estas vastas provincias.

Manuel Moreno y Levene copian esa versión. En cambio Piñero escribe:

Es la primera puerta del reino del Perú, y Buenos Aires el centro que reúne y mantiene las diversas relaciones de estas vastas comarcas (Piñero Norberto, 1915, p. 78).

(6) Torres Molina Ramón, Historia Constitucional Argentina, La Plata, Scotti, 2008, p. 40.

En la hoja 3 vuelta Mariano Moreno escribe: y de yerba del Paraguay. Manuel Moreno y Levene siguen esa versión. En cambio Piñero escribe: yerba paraguaya o mate y agrega en sus carnes, en sus pieles, en sus lanas, en sus harinas y otros productos de sus campos que no están en el original ni en las restantes versiones (Piñero Norberto, 1915, p. 79). También Piñero elimina, del mismo párrafo las palabras se combina.

En la versión de Piñero al párrafo correspondiente a la hoja 4 le agrega la palabra erario y la siguiente frase con la riqueza y prosperidad nacional que pone en acción (Piñero Norberto, 1915, p. 79) que no está en el original ni en las restantes versiones. En la misma hoja, Mariano Moreno escribe: sensible deterioro; Manuel Moreno cambia la expresión por deterioro insoportable (Moreno Manuel, 1968, p. 79) versión que siguen Piñero (Piñero Norberto, 1915, p. 79) y Levene, (Levene Ricardo, 1943, p. 57). En el mismo párrafo Piñero cambia las palabras reino por país y dinero por plata.

A la versión de Mariano Moreno en la hoja 5 Piñero agrega la palabra acaso (Piñero Norberto, 1916, p. 80) que no se encuentra en las restantes versiones.

En la hoja 7, Mariano Moreno escribe dos veces Marques deSobre Monte; Piñero, en la segunda oportunidad, suprime el apellido. También cambia la expresión nuestra ruina por nuestros males (Piñero Norberto, 1915, p. 82).

En la hoja 8 Mariano Moreno escribe: y casualidad. Manuel Moreno corrige por la casualidad (Moreno Manuel, 1968 p. 59), versión que sigue Piñero (Piñero Norberto, 1915, p. 82); en cambio Levene recupera la versión original (Levene Ricardo, 1943 p. 59). En el mismo párrafo la expresión todos los ordenes del Estado que se encuentra en el texto original, es cambiada por Piñero por todas las clases del estado (Piñero Norberto, 1915, p. 82).

En la hoja 9 del documento original Mariano Moreno escribe:

...y quizá es Buenos Aires el único, que con sus Propios ha mantenido siempre Regimientos....

Versión de Manuel Moreno del mismo párrafo:

...y quizá es Buenos Aires el único que con sus propios fondos (del cabildo) ha mantenido siempre regimientos...(Moreno Manuel, 1968, p. 59).

Versión de Piñero:

...y quizá es Buenos Aires el único que con sus fondos (proprios del Cabildo) ha mantenido siempre regimientos...(Piñero Norberto, 1915, p. 83).

Versión de Levene:

...y quizá es Buenos Aires el único que con sus propios (fondos del Cabildo) ha mantenido siempre regimientos... (Levene Ricardo, 1943, p. 60).

En la misma hoja Mariano Moreno escribe:

Los posteriores ataques, que sufrió, no hicieron sino de aumentar su gloria.

Manuel Moreno sigue la misma versión eliminando las comas; Levene elimina una sola coma. En cambio Piñero da la siguiente versión:

Los posteriores ataques que sufrió no sirvieron sino para aumentar su gloria (Piñero Norberto, 1915, p. 85).

Al texto original de Mariano Moreno correspondiente a la hoja N° 12 Manuel Moreno agrega un párrafo que no está en el manuscrito:

Nuestros jefes militares por su estupidez y desidia no nos prometían más que desgracias (Moreno Mariano, 1968, p. 60).

La misma frase la repiten Piñero (Piñero Norberto, 1915, p. 84) y Levene (Levene Ricardo, 1943, p. 60).

En la hoja 13 Mariano Moreno utiliza las palabras relación e increpaciones. Esas palabras son repetidas por Manuel Moreno (Moreno Manuel, 1968, p. 60) y por Levene (Levene Ricardo, 1943, p. 61). En cambio Piñero reemplaza las palabras por relato e imprecaciones (Piñero Norberto, 1916, p. 60).

En la hoja 15 Mariano Moreno comienza con la parte que titula N° 2. Se advierten en las versiones de Manuel Moreno, Piñero y Levene sustanciales modificaciones al texto original de Moreno. No son ya supresiones no publicadas. Manuel Moreno le da al texto otra redacción.

Versión original de Mariano Moreno:

La invasión de Buenos Aires no fue un golpe imprevisto que trastornase por la sorpresa las disposiciones del Gobierno: pocas expediciones han sido tan circunstancialmente detalladas antes de ejecutarse y ninguna ha prestado más tiempo ni proporciones para ser rechazada. En 11 de noviembre de 1805 entró en la Bahía de todos los Santos una Escuadra Inglesa con reserva de su dirección y destino. Del Janeiro se comunicó inmediatamente esta noticia y por diversos Buques de particulares se supo con certeza que se componía de sesenta velas nueve navíos y nueve mil hombres de desembarco. El temor de que se dirigieran al Río de la Plata hizo tomar algunas providencias pero todas se redujeron a fortificar a Montevideo, pasó el Virrey a aquella Plaza y quedó satisfecho cuando se cercioró personalmente de las excelentes fortificaciones que aseguraban su defensa.

En Buenos Aires se convocaron las milicias del Campo. Se hicieron bajar las de Córdoba, se juntó un pié de Ejército considerable y cuando las cosechas se iban perdiendo por falta de manos que las recogiesen, se supo con certeza que la Escuadra enemiga se había dirigido al Cabo de Buena Esperanza; y lo había tomado efectivamente. Entretanto se retiraba gente; se recogieron los restos de [ilegible] se experimentó este nuevo efecto de los informes de los treinta mil hombres de Milicias disciplinadas y el Virrey retornó lleno de satisfacciones a la Capital.

Versión de Manuel Moreno:

La invasión de Buenos Aires no fue un golpe imprevisto que pudiera sorprender al gobierno. En 11 de noviembre de 1805 entró a la bahía de Todos los Santos una escuadra inglesa con reserva de su dirección y destino. Esta noticia alarmó un poco al virrey de Buenos Aires; algunas providencias de poca consecuencia se tomaron entonces, pero todas reducidas a fortificar a Montevideo, que sin saber por qué, se creía el único punto del Río de la Plata sujeto a los peligros de una invasión. En fin, se supo con certeza que la escuadra enemiga se había dirigido al Cabo de Buena Esperanza, y lo había tomado efectivamente. Entonces se retiraron las tropas que se habían reunido, y el virrey retornó de Montevideo lleno de satisfacciones. (Moreno Manuel, 1968, p. 61)

Versión de Piñero:

La invasión de Buenos Aires no fue un golpe imprevisto, que pudiera sorprender al Gobierno. En 11 de noviembre de 1805 entró a la Bahía de Todos-Santos una escuadra inglesa, mandada por Sr. Home Popham, conduciendo 5000 hombres de desembarco a las órdenes de Sir David Baird, con reserva de su dirección y destino. Esta noticia alarmó un tanto al virrey de Buenos Aires; algunas providencias de poca consecuencia se tomaron entonces, pero todas reducidas a fortificar a Montevideo, que sin saber por qué, se creía el único punto del Río de La Plata sujeto a los peligros de una invasión. El virrey pasó a visitar aquella plaza. En fin, se supo con certeza que la escuadra enemiga había salido de la Bahía el 26 del mismo noviembre, y que, dirigiéndose al Cabo de Buena Esperanza, posesión de los holandeses, lo había tomado efectivamente en enero de 1806. Entonces se retiraron las tropas que se habían reunido, y el virrey retornó de Montevideo lleno de satisfacción y confianza (Piñero Norberto, 1915, p. 84).

Se observa, entonces, que Pinero incorpora al texto datos y frases que no se encuentran en el manuscrito original de Mariano Moreno ni en la versión que difundió Manuel Moreno.

Levene con algunos cambios de puntuación y ortografía retoma la versión de Manuel Moreno (Levene Ricardo, 1943, p. 61).

La versión de Mariano Moreno correspondiente a la hoja 18 nuevamente es deformada por Manuel Moreno.

Versión de Mariano Moreno:

En esta inacción nos mantuvimos hasta Mayo de 806, en que de diversos puntos se dirigieron partes al gobierno de que se avistaba una división de bastantes velas cuya bandera se ignoraba; y el del comandante de Santa Teresa dispuso nuestras dudas esclareciendo que aquella Escuadra era Enemiga. Participaba que el día 20 apareció frente del Fuerte a una legua de la Costa una Fragata Inglesa de 40 cañones, con 5 embarcaciones menores, incluso un lanchón de 18 pedreros, que habiendo llegado a Tierra un bote con un oficial y 4 marineros pretextando necesidad de aguada los había detenido; que la Fragata envió otro oficial con bandera parlamentaria, intimando al Comandante entregase los prisioneros o que saltando en Tierra pasarían a cuchillo toda la guarnición; que a este nuevo enviado lo había detenido igualmente y que habiendo intentado un desembarco los había repelido con dos piezas de artillería que guardaban la costa.

Versión de Manuel Moreno:

En esta inacción nos mantuvimos hasta mayo de 1806, en que de diversos puntos se dirigieron partes al gobierno de que se avistaba una división de bastantes velas cuya bandera se ignoraba. Muy pronto no quedó duda alguna de que era enemiga. Todavía se creía que solo viniese en busca de una escuadra francesa salida de Rochefort con destino a reforzar el cabo, y que encontrándolo tomado podía suponerse se hubiese dirigido a Montevideo a refrescar. No debemos temer, se decía, que los ingleses emprendan un desembarco, para el cual no pueden traer fuerzas bastantes, sin cuando más, que se batan ambas escuadras en nuestros mares (Moreno Manuel, 1968, p. 61).

Manuel Moreno resume la versión de su hermano incorporando frases y conceptos que Mariano Moreno utiliza en fragmentos posteriores.

Versión de Piñero:

En esta inacción nos mantuvimos hasta mayo de 1806, en que de diversos puntos se dirigieron partes al Gobierno de que se avistaba una división de bastantes velas, cuya bandera se ignoraba. Muy pronto no quedó duda alguna de que era enemiga. Después de haberse presentado uno de sus buques, la fragata “Leda” sobre Santa Teresa, y desembarcado algunos prisioneros, la división había entrado en el Río a principio de junio. Todavía se creía que solo viniese en busca de una escuadra francesa salida de Rochefort con destino a reforzar el Cabo y encontrándolo tomado, podía suponerse se hubiese dirigido a Montevideo a refrescar. No debemos temer, se decía, que los ingleses emprendan un desembarco, para el cual no pueden traer fuerzas bastantes, sino cuando más, que se batan ambas escuadras en nuestros mares. (Piñero Norberto, 1915, p. 85).

También incluye la siguiente frase, que no está en el original ni en las versiones de Manuel Moreno ni Levene:

Era aquél día la fiesta de San Juan y la de su esposa. (Piñero Norberto, 1915, p. 85).

Nuevamente Piñero, en el fragmento transcrito, incorpora datos que no están en el original ni en la versión de Manuel Moreno.

Levene sigue la versión de Manuel Moreno. (Levene Ricardo, 1915, p. 62).

A la descripción que hace Mariano Moreno en la hoja N° 19 sobre las condiciones que debían enfrentar las fuerzas inglesas después de su desembarco en Quilmes, Piñero agrega la frase de una legua que no está en el original y cambia de la ciudad por desde la ciudad. (Piñero Norberto, 1915, p. 86).

También existen modificaciones en la redacción de un párrafo correspondiente a la hoja 19 vuelta.

Versión de Mariano Moreno:

Cuando superasen esos riesgos y ganasen el alto, debían caminar a pie tres leguas de Campos llanos y descubiertos. Nuestra numerosa y diestra Caballería les picaría la retaguardia, los molestaría, los

cortaría, y quizá sin empeñar una acción formal, los obligaría a rendirse o retirarse. Cuando se libertaren de esos peligros, llegarían a Barracas, y encontrarían una posición capaz de contener el ejército más numeroso y disciplinado.

Manuel Moreno cambia la frase cuando se liberasen por la palabra Liberados. (Moreno Manuel, 1968, p. 62). Levene publica esta versión con una modificación: escribe piscaría (sic) [picaría], seguramente por un error de imprenta de las primeras ediciones de la obra de Manuel Moreno ya que en el original figura la palabra picaría. (Levene Ricardo, 1943, p. 63).

Versión de Piñero:

Cuando superasen riesgos y ganasen el alto debían caminar a pié tres leguas de campos llanos y descubiertos. Nuestra numerosa y diestra caballería les picaría la retaguardia, les arrebataría sus bagajes, los molestaría, los cortaría, y quizá sin empeñar una acción formal, los obligaría a rendirse, o retirarse. Libertados de estos peligros llegarían a Barracas, o tendrían que vadear el Riachuelo, o forzar su puente y encontrarían una posición capaz de contener el ejército más numeroso y disciplinado. (Piñero Norberto, 1915, p. 86).

Nuevamente Piñero agrega frases y palabras que no se encuentran en el texto de Mariano Moreno ni en Manuel Moreno.

A partir de la hoja 19 vuelta Manuel Moreno resume el texto de Mariano, que llega hasta la hoja 34 en un solo párrafo, incorporando dos párrafos que se encuentran en el original.

Resumen de Manuel Moreno:

Un oficial que injustamente había estado hasta entonces en la opinión más elevada, se encargó de batir al enemigo a poco trecho del lugar de su desembarco. Tuvo a su disposición seiscientos hombres de caballería con tres cañones, y después de las primeras descargas se tiró precipitadamente, envolviendo en su fuga un regimiento de 700 hombres que venía a socorrerlo, y sin que hubiese vuelto más a presentarse en el campo de batalla. Ya no se trataba de resistir al enemigo, y es público que desde que Arce comunicó el suceso de los Quilmes, contó el virrey la acción por perdida, renunciando las más remotas esperanzas; las ponderaciones del inspector intimidado y la derrota de un hombre a quién reputábamos el Laudón de la América, hicieron desesperar al marqués, y ya no pensó sino en otros objetos. El segundo punto de oposición fue el puente de Gálvez, sobre el riachuelo, llamado comúnmente Río de Barracas, a poco más de una legua del centro de la ciudad, resguardado de poco más de cuatrocientos hombres de que se componía el regimiento de infantería, y sus cañones. Este plan de defensa, si se puede dar este nombre a una serie de desaciertos, salió tan mal como el primero. Dos mil y quinientos urbanos que habían sido colocados en las barrancas de la ciudad, fueron mandados a retirar a ella, sin haber visto al enemigo, y aun sin haberse preparado para recibirlo. Un emisario inglés fue recibido, que intimaba a la plaza que se rindiese bajo capitulación. Convocados entonces los oficiales de plana mayor (pues el virrey había huido a lo interior) junto con la Real Audiencia, y el Cabildo, se formó un consejo para tratar este negocio, y en él se resolvió la entrega. (Moreno Manuel, 1968, p. 62).

Versión de Piñero:

Un oficial sexagenario y enfermo, don Pedro de Arce que injustamente había estado hasta entonces en la opinión más elevada, por haberse distinguido cuarenta años antes en el sitio de Mahón, se encargó de batir al enemigo a poco trecho del lugar de su desembarco. Tuvo a su disposición seiscientos hombres de caballería con tres cañones, y después de las primeras descargas se retiró precipitadamente con pérdida de la artillería, envolviendo en su fuga un regimiento de 700 hombres que venía a sostenerlo, y sin que hubiese vuelto más a presentarse en el campo de batalla. Tal fue el suceso de la mañana del 26. Ya no se trataba de resistir al enemigo, y es público que desde que Arce comunicó el resultado de los Quilmes, contó el virrey la acción por perdida, renunciando a las más remotas esperanzas; las ponderaciones del inspector intimidado (tal era el rango de Arce en la milicia), y la derrota de un hombre a quién reputábamos el Laudón de la América hicieron dispersar al Marqués,

y ya no pensó sino en otros objetos; en salvar su persona, su empleo, y su familia, retirándose a las provincias.

Así lo ejecutó en lo profundo de esta noche, desde la quinta de la Convalecencia, situada a un lado de Barracas, donde había dormido la anterior cercado de ayudantes, al abrigo de una fuerte escolta; y tomó el camino de Córdoba, sin dejar a la ciudad ninguna orden ni indicación de su designio.

El segundo punto de oposición fue el puente de Gálvez, sobre el Riachuelo, llamado comúnmente Río de Barracas, a poco más de una legua del centro de la ciudad, resguardado de poco más de cuatrocientos hombres, de que se componía el regimiento de infantería provincial, y seis cañones. Este plan de defensa, si se puede dar este nombre a una serie de desaciertos, salió tan mal como el primero. El puente había sido quemado; pero para no dejar de cometer torpeza alguna imaginable, aun cuando por casualidad se tomaban las precauciones del arte de la guerra, se había permitido continuar en el Riachuelo las embarcaciones menores y botes que llenan de costumbre su canal, y de ellos se valió el enemigo para pasarlo. Una compañía, parapetada en una zanja, sin otro oficial que el sargento Joaquín Fernández, fue la única que mantuvo el honor del país, haciendo fuego a los invasores, al tiempo de vadear el río. Dos mil quinientos urbanos, que habían sido colocados en las barrancas, como a una milla de aquél punto, fueron mandados retirar de la ciudad, sin haber visto al enemigo y aún sin haberse preparado a resistirlo. Un emisario inglés fue recibido, que intimaba a la plaza a rendirse bajo capitulación. Convocados entonces los oficiales de plana mayor (pues el virrey se había huido), junto con el real acuerdo y el Cabildo, se formó un consejo para tratar este negocio, y en él se resolvió la entrega bajo los términos siguientes, concebidos en 10 artículos: "la entrada de las tropas inglesas; los honores de la guerra a los vencidos; respeto de toda propiedad bona fide particular; tanto del pueblo como de las iglesias y de los establecimientos públicos; protección de los habitantes; las mismas formas en la recaudación de las rentas hasta la decisión de S.M.B.; conservación de la religión católica; los buques del tráfico del río exentos de apresamientos; y toda propiedad pública, o del estado, a beneficio de los captores" (Piñero Norberto, 1915, p. 87).

Piñero, como en otros fragmentos de la Memoria incorpora datos históricos cuya redacción atribuye a Mariano Moreno que no se encuentran en el original ni en la versión de su hermano Manuel. En ninguna de esas versiones se incluyen los términos de la capitulación. Tampoco se encuentra en el original ni en la versión de Manuel Moreno la nota final referida a la relación del armamento encontrado en Buenos Aires (Piñero Norberto, 1915, p. 88).

Levene sigue la versión de Manuel Moreno aunque cambia sus cañones por seis cañones (Levene Ricardo, 1943, p. 64).

Puede concluirse, con lo expuesto, que Manuel Moreno cambió palabras y frases resumiendo gran parte del escrito original en pocos párrafos. Levene siguió, con muy pocas variantes, la versión de Manuel Moreno. En cambio Piñero agregó a la versión de Manuel Moreno frases y párrafos enteros que tampoco tomó del original que desconocía. Esta constatación obliga a un replanteo crítico de toda la obra publicada de Mariano Moreno ya que las primeras versiones de sus obras provienen de las publicaciones de Manuel Moreno efectuadas en 1836 (7) y Norberto Piñero en 1896 (8). Si al descubrimiento de Levene relativo a la indebida incorporación por parte de Manuel Moreno de un párrafo referido al federalismo que no estaba en el artículo original publicado por Mariano Moreno en la Gaceta de Buenos Aires se le agregan los resultados de esta investigación, referida exclusivamente a la Memoria Histórica, se puede conjeturar que gran parte de la obra publicada de Mariano Moreno se encuentra alterada. Esta observación resulta aún más grave si se trata del Plan de Operaciones. Aunque su autenticidad está demostrada, (9) si se tiene en cuenta que la primera versión fue difundida por Piñero,

(7) Moreno Mariano, Colección de Arengas en el Foro y Escritos del Dr. D. Mariano Moreno, Londres, Pickburn, 1936.

(8) Moreno Mariano, ob. cit., p. 301.

(9) Ver el debate sobre la autenticidad del Plan en Torres Molina Ramón, ob. cit., p. 43.

que el documento que sería de puño y letra de Mariano Moreno fue copiado por Andrés Álvarez de Toledo, que pudo cometer errores en su cometido, y que posteriormente lo publicó Piñero que deliberadamente pudo introducirle cambios, como lo hizo en un texto menos controvertido como la *Memoria Histórica*, puede considerarse que su texto está deformado. Ello exige una reconstrucción crítica del *Plan de Operaciones* sobre la base de las copias conocidas.

Mariano Moreno escribió la *Memoria* referida a las invasiones inglesas en 1806. Gran parte del texto conocido fue modificado. Doscientos cuatro años después de escrito se da a conocer el texto completo. Se ha corregido en esta versión la ortografía para facilitar su lectura, respetándose las mayúsculas que Mariano Moreno incorporó al texto.

Bibliografía

BAGU Sergio, Mariano Moreno, Buenos Aires, EUDEBA, 1966, p. 126.

DURNHOFER Eduardo, Artículos que la 'Gazeta' no llegó a publicar, Buenos Aires, Casa Pardo, 1975, p. 126.

DURNHOFER Eduardo, Mariano Moreno inédito, Buenos Aires, Plus Ultra, 1973, p. 386.

MORENO Manuel, Vida y Memorias de Mariano Moreno, Buenos Aires, EUDEBA, 1968, p. 181.

MORENO Mariano, Colección de arengas en el foro y escritos del Dr. D. Mariano Moreno, Londres, Pickburn, 1836, p. 265.

MORENO Mariano, Escritos Políticos y económicos. Ordenados y con un prólogo por Norberto Piñero, Buenos Aires, La Cultural Argentina, 1915, p. 370.

MORENO Mariano, Escritos, Edición Crítica de Ricardo Levene, Buenos Aires, Estrada, 1943, p. 352.

PARDO Román Francisco, Documentos de Mariano Moreno, Instituto Bonaerense de Numismática y Antigüedades, Buenos Aires, Casa Pardo, 1960. Nota preliminar de Luis Peralta Ramos, p. 171.

PUIGGROS Rodolfo, La época de Mariano Moreno, Buenos Aires, Sophos, 1960, p. 415.

TORRES MOLINA Ramón, Historia Constitucional Argentina, La Plata, Scotti, 2008, p. 224.

APENDICE

Memoria sobre la invasión de Buenos Aires por las armas inglesas al mando del general lord Beresford (10).

Cuando las relaciones del Río de la Plata, con los pueblos comerciantes, no hicieran interesante la historia de su última conquista, debería siempre escribirse para vindicar nuestro honor, e instruir a la posteridad. La rapidez con que las armas británicas tomaron una ciudad tan considerable, supone negligencia en el Gobierno, o indiferencia en sus habitantes: esta sola duda obliga a todo ciudadano a manifestar las verdaderas causas de este suceso.

Los pueblos que dependían de esta capital, los que tenían en ella sus fondos, y principal centro de su comercio; los que se han abierto un nuevo teatro a sus especulaciones y empresas mercantiles; todos admirarán que en cuarenta y ocho horas haya podido conquistarse un punto tan interesante: crecerá su sorpresa al oír que los conquistadores no llegaron a mil seiscientos; no podrán concebir que tan corto número de tropas haya subyugado fácilmente a un pueblo de sesenta mil habitantes; y todos anhelarán la verdadera causa de este extraordinario acontecimiento.

(10) Los fragmentos de la Memoria no publicados se encuentran en bastardilla.

El deseo de satisfacer tan justa curiosidad me inspiró el de formar una historia de esta conquista: hablé con varias personas capaces de desempeñarla dignamente: les insté emprendiesen una obra de tan conocida utilidad; pero el trastorno que ocasiona a todo país la mudanza de dueño, les impidió dedicarse a un trabajo que ellos mismos deseaban. Todos se hallaban contraídos a buscar nuevos medios de subsistir; y en la inconstancia que presenta un pueblo recién conquistado, no se atrevían a separar un punto su atención de aquel principal objeto.

Desesperado de encontrar quien se dedicase a la formación de esta historia, me resolví a manifestar unas memorias que supliesen su falta, para el conocimiento de los principales hechos de esta conquista, La prolijidad con que apuntaba cada noche los sucesos del día, me proporcionó un diario, que extractado con fidelidad, presenta una individual noticia de todos los acontecimientos. No refiero cosas que no haya visto, o que no estén atestiguadas por la uniforme deposición de personas formales y de respeto.

No me he creído capaz de sostener la dignidad, método, reflexiones, y demás necesario para la formación de una historia; pero mi sencilla relación instruirá bastantemente las verdaderas circunstancias de este evento; ella descubrirá los culpados en una rendición tan vergonzosa; y con una imparcialidad libre de la esperanza o el temor manifestará en los mismos hechos la gloria del vencedor, y los sujetos que deben sufrir la ignominia y el oprobio de los vencidos.

Nº 1

El Río de la Plata es el punto más interesante de estas Américas. Su situación lo recomienda tanto, como sus relaciones mercantiles; y su pérdida debe ser tan funesta a la Nación, como al mismo Gobierno. El es la primera puerta del reino del Perú, y Buenos Aires el centro que reúne y comunica las diversas relaciones de estas vastas provincias. El comerciante europeo depende precisamente de los factores que en esta capital reciben y dirigen sus negociaciones; el de las provincias interiores debe remitir aquí los capitales de su giro, y de este modo Buenos Aires reúne las esperanzas de cuantos viven dedicados al comercio de estas poderosas regiones.

Más de trescientos buques de comercio se presentan anualmente en sus puertos: cerca de diez y ocho millones de efectos, que consume Perú, pasan en la mayor parte por este preciso canal; la considerable gruesa de yerba Paraguay, se deposita en sus almacenes, antes de repartirse a las provincias; el comercio de negros para estas Américas se le ha hecho privativo; un millón de Cueros se exportan cada año de su distrito; el Río de la Plata es el único punto conocido de las colonias extranjeras para la remisión directa de sus frutos; Buenos Aires envía los suyos; a su diversidad y abundancia, se agrega la industria para facilitar y hacer más cómodo su retorno; aquí se calcula, se combina, se emprende, se aventuran expediciones; no hay Puerto mercante en el mundo que no conozca nuestros frutos y nuestra bandera; en fin, este es el único Pueblo que en esta América puede llamarse comerciante.

Estas poderosas relaciones hacen tan interesante al Gobierno como al comercio la conservación de esta ciudad. A más de que naturalmente siguen las Provincias el destino de la capital; a más de los cuantiosos derechos que debe producir un tan vasto giro, el Perú entero es absolutamente inútil a la España, sujetándose Buenos Aires a dominio extranjero. El contrabando, que será imposible evitar, llenará el reino de efectos que impedirán el expendio de los de España; los Peruanos se verán precisados a la dura alternativa de un sensible deterioro, o de remitir sus caudales a esta provincia para la compra de las mulas; todos los frutos de la América se dirigirán a Europa con menos costo por esta ciudad, y harán decaer los que hayan sido remitidos por otras manos; aún el dinero mismo no quedará exceptuado de esta condición; y estas consideraciones que son bien notorias a todo comerciante, y que acreditó la experiencia mientras subsistió la Colonia del Sacramento en poder de los Portugueses, convencen el interés que el comercio y la corona tienen en la conservación del Río de la Plata.

La Corte de Madrid conoció la importancia de estos lugares, y procuró ponerlos en estado de resistir cualquier invasión, Engrandeció la Capital con tribunales y empleos, que sirviendo de utilidad

y decoro a sus habitantes, radicasen en ellos el amor al Rey, y adhesión a la Patria; erigió en ella un Virrey con autoridad superior en todas las Provincias; alejó los Portugueses, libertándonos de los conocidos riesgos de su vecindad; nos proveyó armas y pertrechos bastantes para muchos años de una vigorosa defensa; y se explicó siempre con las más generosas ofertas, incitando a los Virreyes a que pidiesen cuantos auxilios contemplasen necesarios a la conservación de estas *Provincias*.

El armamento que trajo Don Pedro Ceballos, aumentado con posteriores remesas, formaba en Buenos Aires un *almacén* de pertrechos de guerra que no tendrá igual en otra parte de estas Regiones *La Sala de armas, por su número, calidad, limpieza y disposición ha sido siempre reputada por una de las mejores del Reino: personas inteligentes, que viajaron diversos países de la Europa la elogiaron con admiración. La artillería era numerosa y de todos calibres, el tren volante por su número y calidad era excelente, en fin nada faltaba a Buenos Aires por parte de sus armamentos para sostenerse contra cualquier Nación guerrera de la Europa.*

Si a las armas añadimos la situación de los lugares queda más patente la facilidad de la defensa. Montevideo por las dificultades de su puerto, excelentes fortificaciones, baterías y tropas, se hallaba en estado de resistir la escuadra más formidable. Maldonado era un punto poco interesante y garantizado por Montevideo, la Colonia correría la misma suerte, y toda aquella costa podía contemplarse libre de un riesgo considerable.

En nuestras costas solo la Ensenada de Barragán se hallaba sostenida por una batería baja de doce cañones. Esta gruesa artillería se hallaba dispuesta de tal modo que no podía un Barco asomar al Puerto, sin ser destrozado por ella. Es cierto que desde la ensenada de San Borombón hasta la misma Capital hay más de ocho famosos desembarcaderos; pero la indolencia de nuestros Virreyes los tenía absolutamente indefensos y abandonados. De todos nadie fue tan culpable de esta criminal omisión como el Marqués de Sobre Monte; el iba de paseo todas las Semanas a la Ensenada de Barragán, mientras fue inspector; se le advirtieron los riesgos a que estaba expuesta la Costa por su indefensión; se le puntualizaron los diversos y cómodos Puertos que se presentaban al desembarco de los enemigos; pero aunque entonces se mostró convencido y deseoso de remediar estos males, nada hizo. Elevado a empleo de Virrey, dejó las Costas en el mismo abandono; y convirtió toda su autoridad y facultades a otros objetos, que con olvido del bien publico afirmaban su monstruosa fortuna. Un vecino de probidad y distinción que acompañaba a el Marqués en estos paseos y le hizo entender los riesgos de la Costa; me ha referido con asombro estos pasajes.

A pesar del abandono de estos interesantes puntos, siempre debía guardarse ventajosa la posición de nuestras Costas. Todas ellas hasta la misma Capital tenían el invencible resguardo de una legua de bañado, que después del desembarco, debe pasar el Enemigo antes de pisar Tierra firme. Estos bañados son tan peligrosos que aún los mismos baqueanos nacidos en estas Campañas sufren mil riesgos para pasarlos. Los Caballos se entierran hasta los pechos; el terreno cenagoso y movedizo no puede sostener peso alguno; y cuando el Enemigo por un esfuerzo extraordinario venciére estas dificultades, un ligero cuerpo de Caballería podría destrozarlo en medio del embarazo o desorden con que deberían verificar su salida.

La única clase de defensa que no poseía Buenos Aires con ventaja era la *gente*. No era esta una falta de que debía acusarse a *nuestra* Corte; tres Regimientos de Tropas regladas estaban prontos en la Coruña, para embarcarse y dirigirse a esta Capital; y esto era lo único que faltaba para ponerla en estado de casi inconquistable. Tropas veteranas con oficiales inteligentes sabrían hacer uso de las armas, aprovechar las ventajas del terreno y conservar a la Corona uno de sus más útiles y fieles establecimientos; pero un falso informe dirigido con la más astuta intriga privó a esta ciudad de un recurso, que iba a decidir de su suerte.

El Marqués de Sobre Monte se hallaba entonces de Subinspector general de las Tropas de este Virreinato. *La oscuridad de su carrera no le prometía ascensos brillantes en la milicia, y procuró fomentar sus esperanzas con arbitrios y proyectos que había aprendido muy bien en el manejo de papeles.* Informó a S.M. que era inútil la costosa remisión de aquellos Regimientos; que a un tiro

de cañón reunía él en Buenos Aires treinta mil hombres de Milicias disciplinadas; y atribuyendo a su celo y actividad la formación y disciplina de tan *numerosas milicias*, creyó labrarse un mérito que lo caracterizara de verdadero militar; logrando efectivamente que se suspendiera la remisión de aquellos Regimientos, y se verificase solamente la de un exquisito armamento, que venía junto con ellos. Este es el pecado original del marqués de Sobremonte, el principio verdadero de nuestra ruina, y la primera causa que privó a esta colonia de una dominación que no ha desmerecido.

La muerte del Excmo. Sr. Dn. Joaquín del Pino, y casualidad de estar nombrado en el pliego de providencia el Marqués de Sobremonte, hizo recaer en él interinamente el empleo de Virrey y Capitán General de estas Provincias; logró posteriormente su confirmación y propiedad; y desde entonces redobló sus esfuerzos a la sombra de su autoridad, para aumentar las apariencias que tenía los treinta mil hombres de Milicias que había asegurado. Redobló y estrechó las órdenes para la formación de nuevas Milicias; trastornó todos los órdenes del estado con tan extraña novedad; la intempestiva actividad de los Ayudantes interrumpió muchas veces las cosechas del labrador y los talleres del artista; los pueblos todos se vieron agitados con la ejecución de un proyecto tan mal dirigido; y muchos Tribunales, conociendo la justicia de sus quejas, las representaron a S.M.; pero antes que llegase el remedio, nos ha hecho el Marqués sufrir todos los males, a que su imprudencia nos expuso.

Aún se extendió a más su tenacidad: no compartió las tropas regladas, para defender los diversos puntos que podían ser atacados; mandó a Montevideo todos los regimientos veteranos, y llegó al extremo de embarcar para aquella plaza, a la primera noticia de Escuadra Inglesa, una Compañía de Dragones, único resto de este Regimiento que se hallaba en esta ciudad. De suerte que al acto del ataque nos vimos sin más Tropa reglada que cuarenta granaderos que por casualidad habían quedado.

En tan triste situación no quedaba otra esperanza que nuestro fiel y numeroso vecindario. Esta Ciudad ha fundado los títulos de muy leal y guerrera, con que se ve condecorada, en repetidos brillantes triunfos que ha conseguido sobre sus Enemigos. Pocos Pueblos han sufrido tantos ataques, ni los han resistido con tanta gloria; y quizá es Buenos Aires el único que con sus propios ha mantenido siempre regimientos que defiendan sus fronteras. Las continuas derrotas de los Querandis; la del corsario inglés Eduard Fontano; la del pirata Thomas Cavendish; y la de los holandeses en 1628 acreditaron la fidelidad y constancia de este Pueblo recién formado. Los posteriores ataques que sufrió no sirvieron sino de aumentar su gloria. La escuadra de Luis el Grande bajo el General Osmat; la venida de los mismos franceses en 1698; la de los dinamarqueses en el año siguiente; y el establecimiento Francés en 1717 *por las* inmediaciones del Cabo de Santa María, presentaron nuevas ocasiones a los triunfos heroicos de la Patria: ella no se contentó con defenderse; aspiró a ser Conquistadora, y las repetidas tomas de la Colonia del Sacramento coronaron nuestra gloria, e hicieron respetar nuestro nombre entre los Portugueses.

Si Buenos Aires en un estado débil, y con un pequeño vecindario obró con tanto heroísmo, que deberíamos esperar de este mismo Pueblo, cuando ha llegado a componerse de más de sesenta mil habitantes? Tenemos seguramente más proporciones que nuestros Abuelos, y no necesitamos para imitarlos y aún excederlos, sino haber heredado la fidelidad y constancia que los animaba.

Así racionábamos en la amargura que nos causaba la mala disposición de nuestros jefes. Nos consolábamos con que al toque de la generala, nos presentaríamos en la Plaza diez y seis mil hombres capaces de tomar las armas, cuya abundancia y regular manejo nos aseguraba el buen éxito de nuestros deseos. Pero en medio de esta confianza se apoderó de nosotros un nuevo desfallecimiento. *Nos acordábamos que nuestros Padres obraron aquellos prodigios a las órdenes de buenos Generales, que aun los Ejércitos disciplinados serían destrozados fácilmente, no teniendo un Jefe que reúna sus fuerzas, las dirija y haga valer la superioridad de la disciplina; y que si quinientos vecinos de esta ciudad tomaron la inconquistable Plaza de Colonia, pero fue llevando al frente a un don Pedro de Cevallos. Así nos convertíamos a nuestros jefes militares a vez si podíamos fundar en ellos algunas esperanzas.*

El Virrey Marqués de Sobremonte era el General en Jefe de nuestras operaciones; pero que nos prometía su carrera? Todos somos testigos de su principio y progresos; y sabemos que nunca ha sido militar: siempre vivió dedicado a la pluma, y este ejercicio, que es fatal pronóstico en la Milicia, le impidió adquirir sus conocimientos. De la Secretaría del Conde O'Reilli pasó a las Américas en calidad de Secretario del Exmo Sor Dn. Juan José de Vertiz; de esta plaza fue promovido a la de Gobernador de Córdoba; de ésta a la de Sub Inspector del Virreynato de Buenos Aires; y empezó a servir este distinguido empleo, sin haber tenido participación de montar una guardia en todo el decurso de su vida.

Jamás tuvo otra función de guerra, que la expedición al Cerro Largo contra los Portugueses; pero es público que se manejó de un modo que cubrirá de eterno oprobio de memoria. Despreciado del Oficial, del Soldado, y aún del pueblo entero, temía por momentos los castigos, a los que se reconocía acreedor; y cuando todos esperábamos lo mismo, lo vimos repentinamente elevado al empleo de Virrey y Capitán General de éstas Provincias. Entonces los respetos de su autoridad sofocaron el resentimiento común; creíamos que cuando en circunstancias críticas se le elevaba a tan alto empleo, sería digno de él; y fundábamos la esperanza de nuestra defensa en esta fe respetuosa contra las evidentes demostraciones de nuestra experiencia.

El Segundo Jefe militar era Dn Pedro de Arce Sub Inspector general de este Virreynato. No había dado prueba alguna de su capacidad e inteligencia; sin embargo era reputado por un gran Militar, y en el solo estribaba la general esperanza de nuestra defensa. He procurado con empeño averiguar el verdadero origen de ésta común acepción de que Dn Pedro de Arce era gran Militar, y he logrado descubrir por informes imparciales, que esta fue obra de los enfáticos elogios de sus partidarios, que apoyados de la extraña circunspección y gravedad de este sujeto lo acreditaron de valiente. Es cierto que se halló en la acción de Mahony esta fue la única de su vida; pero es muy distinto obrar como Teniente de una Compañía, a mandar como Jefe de un ejército. Su manejo no prometía grandes cosas a las personas que meditan: dos años llevaba de Inspector y no había ordenado un solo ejercicio de fuego a las Milicias; se le veía muy metido en Palacio; complicado en las intrigas; estrechamente relacionado con los agentes del Gobierno; y esta clase de hombres no suele probar bien en las Campañas. Sin embargo como estaban tan radicada la fama de su pericia, confiábamos en ella, y no hemos adquirido el desengaño sino con nuestra ruina.

Entre los oficiales subalternos había de todo. Muchos tenían acreditado su fidelidad, subordinación, valor y pericia; y podíamos prometernos justamente que mandados de un buen jefe hubieran echo grandes cosas.

El pueblo no necesitaba sino dirección para haber hecho prodigios. El se hallaba sumamente entusiasmado del amor al Rey y a la Patria, y jamás se habrá visto gente más deseosa de sellar con su sangre, un público testimonio de su fidelidad.

Esta es la situación en que se hallaba Bs. As. cuando se presentaron las armas británicas que lo han conquistado. Su fiel y exacta relación de los hechos descubrirá los culpados en esta vergonzosa entrega. Mezclaré algunas cortas reflexiones que comparando las disposiciones, con lo que las circunstancias exigían faciliten a los ausentes la inteligencia de estas memorias. No describo noticias vagas, ni me detengo en la corteza de las cosas, con que el vulgo se deslumbra. He tenido proporciones de profundizar, y cerciorarme de los pasajes más ocultos; y tengo la satisfacción de desafiar a la comprobación de los hechos al que se mostrare descontento con mi relación. No me valgo de la libertad de escribir, que me ofrece el nuevo Gobierno; guardo la mayor moderación que las circunstancias exigen; y si mi pluma estampa algunas increpaciones, es contra sujetos que han sufrido y merecido públicos insultos de todo este Pueblo.

Nº 2

La invasión de Buenos Aires no fue un golpe imprevisto, que trastornase por la sorpresa las disposiciones del Gobierno: pocas expediciones han sido tan circunstanciadamente detalladas, antes de ejecutarse y ninguna ha prestado más tiempo ni proporciones para ser rechazada. En 11 de noviembre de 805 entró a la bahía de todos los Santos una Escuadra Inglesa con reserva de su dirección y

destino Del Janeiro se comunicó inmediatamente esta noticia y por diversos Buques de particulares se supo con certeza que se componía de sesenta velas nueve Navíos y nueve mil hombres de desembarco. El temor de que se dirigieran al Río de la Plata hizo tomar algunas providencias pero todas se redujeron a fortificar a Montevideo, pasó el Virrey a aquella Plaza y quedó satisfecho cuando se cercioró personalmente de las excelentes fortificaciones que aseguraban su defensa.

En Buenos Aires se convocaron las milicias del Campo, se hicieron bajar las de Córdoba, se juntó un pie de Ejército considerable; y cuando las cosechas se iban perdiendo por falta de manos que las recogiesen, se supo con certeza que la Escuadra enemiga se había dirigido al Cabo de Buena Esperanza; y lo había tomado efectivamente [ilegible] se retiraba gente; se recogieron los restos [ilegible] se experimentó este nuevo efecto de los informes de los treinta mil hombres de Milicias disciplinadas; y el virrey retornó lleno de satisfacciones a la Capital.

Aunque no creímos que la toma del Cabo nos expusiese a ser atacados, esperábamos corsarios, que bloquearían nuestros Puertos, e interceptarían el comercio; y el Gobierno no debió despreciar los riesgos que ofrecía la vecindad del Enemigo: sin embargo no se tomó precaución alguna; no se formaron Baterías, no se repartieron en puntos oportunos esos Cañones, cuya multitud ignorábamos, hasta que los Ingleses los han sacado de los almacenes, y no se vio una sola prevención de inteligencia para contener un desembarco.

En esta inacción nos mantuvimos hasta Mayo de 806, en que de diversos puntos se dirigieron partes al gobierno de que se avistaba una división de bastantes velas cuya bandera se ignoraba; y el del comandante de Santa Teresa dispuso nuestras dudas esclareciendo que aquella Escuadra era Enemiga. Participaba que el día 20 apareció frente del Fuerte a una legua de la Costa una Fragata Inglesa de 40 cañones, con 5 embarcaciones menores, incluso un lanchón de 18 pedreros que habiendo llegado a tierra un bote con un oficial y 4 marineros pretextando necesidad de aguada, los había detenido; que la Fragata envió otro oficial con bandera parlamentaria, intimando al Comandante entregase los Prisioneros o que saltando en tierra pasarían a cuchillo toda la guarnición; que a este nuevo enviado lo había detenido igualmente y que habiendo intentado un desembarco los había repelido con dos piezas de artillería que guardaban la Costa.

Posteriormente se repitieron los partes, que daban curso de aquella Escuadra: casi no había día en que no se avistase de algún punto: los Barcos neutrales, que entraron en gran número la contestaban; muchos habían sido reconocidos por ella, y aunque en el número de velas hubo alguna disconformidad en las declaraciones, nos comunicaron noticias tan individuales que supimos hasta el uniforme de la Tropa.

Ya nadie dudaba de la realidad de la Escuadra enemiga, pero se raciocinaba de este modo en orden a ella. La Escuadra francesa de Rochefort venía con destino de fortificar el Cabo de Buena Esperanza, y rechazar las fuerzas inglesas que contra él se dirigían; cuando llegó ya estaba tomado y siendo inferior a la Escuadra enemiga, se ha visto precisada a retirarse con precipitación. El Inglés ha creído que siendo Montevideo el punto más vecino, se refresquen en él los franceses, antes de retornar a Europa; y viniendo en su seguimiento no debemos temer un desembarco para el que no pueden traer fuerzas bastantes, sino cuando más, que se batan ambas Escuadras en nuestros Mares. Fundaban este raciocinio en algunas noticias comunicadas por Barcos Mercantes y en una embarcación francesa dirigida por el Gobernador de la Cayena en la que suponía la Escuadra francesa en Montevideo.

El Marqués de Sobre Monte no tomó otra providencia en riesgo tan inminente, que apear la inútil artillería del Fuerte y los cuatro cañones del Muelle; colocar en ambos puntos un hornillo para bala [ilegible] a la alameda un tren volante de ocho piezas; y agregar las Milicias del Campo a un destacamento de Blandengues, embarcando precipitadamente para Montevideo los restos de Tropas veteranas que se hallaban en ésta Ciudad, pero se desatendió enteramente toda la Costa, no se formó una Batería, no se entregaron las armas a los que debían manejarlas; ni se trató de hacer uso de la infinidad de Cañones y pertrechos de guerra, que no han servido sino de ocupar los espaciosos almacenes del retiro.

En este abandono y desamparo se hallaba Buenos Aires y el Marques se burlaba en su tertulia de la Escuadra enemiga suponiéndola de contrabandistas ó pescadores pero el 24 de Junio a las Oraciones, llegó un parte del comandante de la Ensenada en que comunicaba haber intentado los ingleses un desembarco por aquel lugar y haberlos resistido con el fuego de la Batería. El Marqués recibió esta noticia y se dirigió inmediatamente a la Comedia con la misma serenidad que en una paz tranquila. A las ocho de la noche entró a su Palco un oficial y le entregó un parte de los Quilmes, en que se le avisaba que los Ingleses desembarcaban allí; entonces se retiró a su palacio, donde sin tomar providencia ni determinación alguna, se entregó a la confusión, amargura y trastorno que le ocasionaba su impericia.

Antes de proseguir estas memorias es preciso dar una idea de la ubicación de los Quilmes y de las dificultades que debía vencer el enemigo para llegar a la Capital. Suplico al lector se imponga y poseione de estas circunstancias locales, y las compare con las disposiciones que tomó el Marqués para nuestra defensa.

Quilmes es un curato con población de seis u ocho ranchos, situado sobre la costa del Río al sur de la Capital, y a tres leguas de distancia. Su posición es en un alto, plano y seguido que domina a la Costa. De este alto hay cuatro cuadras a la orilla de bañado, y de esta a la del Río hay una legua. Este bañado es el que resguarda todas nuestras Costas, que se ha creído impracticable, y que he puntualizado anteriormente.

Es incontestable que los ingleses escogieron para su desembarco el peor punto de toda la costa. Los barcos sin un Puerto en que resguardarse, debían mantenerse sobre la seguridad de sus amarras, en un canal abierto expuesto a las Borrascas y Tempestades que son tan frecuentes en esta estación. Las tropas no podían emprender maniobra alguna, que no fuese descubierta y observada desde la Ciudad. Cuando la impericia de nuestros jefes no opusiera algún obstáculo a su desembarco, entraban en un bañado, que no podían transitar sino desordenadas y rodeadas de riesgos inminentes. Si la fajina o sus esfuerzos venciesen estas dificultades, saldrían a un *plano* bajo y descubierto, donde serían destrozadas por la artillería que desde el alto podían manejar los nuestros con impunidad.

Cuando superasen esos riesgos y ganaran el alto, debían caminar a pie tres leguas de Campos llanos y descubiertos. Nuestra numerosa y diestra caballería les, picaría la retaguardia, los molestaría, los cortaría, y quizás sin empeñar una acción formal, los obligaría a rendirse o retirarse. Cuando se libertaren de estos peligros, llegarían a Barracas, y encontrarían una posición capaz de contener el ejército más numeroso y disciplinado.

El Río de Barracas corre profundamente encajonado con doce varas de ancho por el Sur de la Ciudad en las inmediaciones de sus Barrancas. Este es el lugar en que se depositan y cargan todos los Barcos de nuestro Comercio, y tiene tres puntos por donde debe pasarse precisamente: la boca nueva, el puente de Gálvez; y el paso chico: todos ellos están inmediatos, y los fuegos de un lugar se comunican, y alcanzan con los del otro.

La Boca nueva tiene siempre más de cien Barcos, que provistos de artillería y gente formarían la Batería más terrible; el puente de Gálvez debía cortarse, y puesta una Batería de ésta parte y otra en el paso chico, barrerían cuanto se le presentase en la rasa Campiña, por donde precisamente debía venir el Enemigo.

Cuando venciendo estos inminentes riesgos pasaran el Río, entrarían en las ocho Cuadras de terreno que hay desde aquél hasta las barrancas. Todo este lugar está cortado con zanjas y cercos de Tunas, que siendo inaccesibles en la estación lluviosa, en que nos hallábamos, dificultarían su marcha; y no pudiendo ofender con su artillería serían despedazados por la que podía manejarse fácilmente desde la orilla de las escarpadas barrancas. Todos estos riesgos evitaba el Inglés desembarcando por San Isidro o la Recoleta; pero parece que eligió el punto más peligroso, para aumentar su gloria, y la ignominia de nuestra entrega.

Amaneció el día 25 y con el diez embarcaciones enemigas frente de Buenos Aires fondeadas a dos leguas y media de distancia en el canal del amarradero. Eran siete Fragatas, una Corbeta, un Bergantín

y una Balandra; y el Bergantín con una Fragata se observaban muy aterrados hacia los Quilmes. Todo el vecindario se agolpó a las Barrancas y a pesara de la espesa niebla de que la atmósfera estaba cargada, se vio en todo el día el desembarco que hicieron las Tropas por medio de veinte y un Botes y Lanchones. No tuvieron los Ingleses otra defensa para esta maniobra, que el costado del Bergantín, que se hallaba muy aferrado hacia la Costa pero cuya artillería no hubiera ofendido a los nuestros; porque un albardón los cubría del fuego contrario, y les presentaba un lugar oportuno, para impedir el desembarco si se hubiese pensado en ello.

A las siete y media de esta mañana se tocó la generala, y a esta señal concurrieron al Fuerte todos los vecinos que componían la Milicia de los Urbanos; inmediatamente se abrió la Sala de armas, y se dio a cada hombre un fusil con bayoneta, y una cartuchera; pero aquel sin piedra, y esta sin cartuchos. Hago esta advertencia, para que se note la prevención, con que se esperaba un enemigo; que amenazaba por momentos. En este mismo día se armó con igual desgüeño el Regimiento de Caballería; se formó en el cuartel de la Ranchería el Regimiento de Voluntarios de Infantería; y se armaron y se formaron en la Plaza las Compañías de indios, negros y mulatos.

Todos los Vasallos fieles se enternecían, viendo la animosidad y empeño que mostró el Pueblo, para tomar las armas contra el Enemigo. Los que no se hallaban alistados en alguna Compañía, importunaban a los Jefes para que se los destinara; corrían a los lugares donde alguna voz vaga anunciaba que se repartían armas; no se oía otra voz sino que se les ocupara en la defensa de la Patria, pero con ésta disposición y la circunstancia de hallarse en Tierra el Enemigo, se necesitaba un proceso para conseguir un arma. El pretendiente se presentaba al Sargento Mayor, este lo dirigía a un Capitán de Urbanos quien en caso de admitirlo debía dar su firma afianzando la devolución del fusil para que entonces se le entregase por medio de un Ayudante. El Virrey mismo conoció y no supo aprovechar la fidelidad y disposición del vecindario, y saliendo a un Balcón les dio las gracias a nombre de S.M.

A las tres y media de la Tarde salió el Marques a caballo, acompañando el tren volante que tenía a la orilla del muelle; llegó con él a vadear y dejándolo allí, se restituyó a su Palacio a las oraciones. Salió igualmente el Inspector D. Pedro de Arce con destino de impedir en los Quilmes la entrada del Enemigo entregándose a sus órdenes un destacamento de seiscientos hombres de Caballería entre Blandengues y Milicianos del Campo, y ordenándose al Regimiento de voluntarios de Caballería, que se le incorpore. El riesgo era inminente pues los Enemigos estaban en Tierra, pero no por eso apresuró D. Pedro sus pasos majestuosos; durmió en Barracas igual la noche, y no apareció en los Quilmes hasta la mañana del veinte y seis. Cerremos la relación de este día con la de un hecho público, que trasciende a todos los demás.

En todo el tiempo que duró esta conquista, no dio el Marqués una sola providencia para que las Tropas comieren, bebieren, o se aflojaran. Cuarenta y ocho horas estuvieron los nuestros sin que se les proveyese de comer, o beber, sin dormir absolutamente, expuestos a los signos de la estación, y a las molestias de una lluvia continuada, y sin embargo no dieron la menor muestra de descontento. Estos hombres no eran Soldados endurecidos en las fatigas de la guerra; eran vecinos acostumbrados a las comodidades de una vida delicada; pero cuando se trató de defender la Patria, sufrieron gustosos unas penalidades que no les causaba la guerra, sino la impericia y descuido de su Jefe. Un Pueblo que da semejantes pruebas, no necesita más apología de su fidelidad.

Llegó el día veinte y seis, y mientras Buenos Aires se entregaba a la consternación y conmociones propias de la guerra fijó esta su teatro en el lugar de los Quilmes. Oficiales Ingleses nos han asegurado, que la noche del veinte y cinco se creyeron perdidos en el bañado; sus esfuerzos no bastaban a salir de aquellos pantanos y convencido el general de los insuperables peligros de proporción, contó segura su ruina, temiendo que al amanecer los barrieran los nuestros desde la Orilla con Artillería cargada de metrallas pero viendo por la mañana que no se les oponía gente alguna, recobraron sus pérdidas esperanzas, y tomaron nuevos bríos con el conocimiento de los Jefes contra quienes peleaban.

Llegó D. Pedro Arce en aquella mañana; y colocándose en el alto formó su ejército en batalla; no tenía entonces sino seiscientos hombres de Caballería y tres Cañones, y con ellos esperó al Enemigo. Se descubrieron entonces los Ingleses metidos todavía en las dificultades del bañado, y rompió Arce el

fuego de Artillería. Las tropas Inglesas avanzaban aunque con dificultad, tiraron muy pocos cañonazos con unos pedreritos que traían y los nuestros estaban quietos sin arremeterlos. Los Blandengues tenían carabinas y las dispararon una sola vez, otros no tenían sino pistolas y espadas; otros lanza solamente; y no ordenando Dn Pedro de Arce una arremetida violenta, esperaban el fuego de la fusilería de los contrarios, a quienes no podían ofender.

En esta situación salieron los Ingleses del Bañado formando en columnas, apuraron la marcha y cuando Arce los vio a distancia de dos cuadras, gritó en voz alta estas palabras: "Cara y caballo vuelta y retirada." A este tiempo llegaba el Regimiento de Caballería con dos cañones y setecientos hombres; venía formado en columna de veinte y cinco hombres al frente; y con la conversión que ordenó Arce, echó sus Tropas sobre estas, y confundidas todas y desordenadas emprendieron una precipitada fuga. Los Enemigos dieron entonces una Descarga graneada de fusilería; avanzaron con celeridad; subieron al alto, y apoderados del tren, repitieron otra igual descarga.

Este es el suceso de los Quilmes, que fue decisivo para nosotros; los yerros de Dn Pedro Arce no caben en la razón más aturrida; y aún la más grosera impericia no es bastante para disculparlos. Que intentaba este general en aquella acción? Quería empeñar decisivamente un cuerpo de pura Caballería con otro de Infantería? Pero a que Militar ha ocurrido semejante pensamiento? La Caballería acomete, desordena, sostiene y completa las operaciones de la Infantería; pero por si sola no debe entrar en una acción formal.

Pero si se propuso Arce sostener aquella acción; porque la abandonó? Los nuestros no tenían fusiles; ni aún teniéndolos podían corresponder el fuego contrario con igual celeridad; ello rabiaban por acometer con sable en mano; ¿por qué pues no lo mandó, aprovechando la resolución de unos hombres, que en la destreza y manejo del caballo llevan ganada la mitad de la victoria? O Dn Pedro Arce ordenó una retirada intempestiva, o su posición en aquel lugar fue imprudente, y sin inteligencia?

Aún después de esta derrota quedaban al Inspector muchos recursos para contener al Enemigo. Nuestra Caballería fugitiva con dispersión de solos cien hombres volvió a reunirse a media legua de distancia, de suerte que se vio Arce nuevamente con mil y doscientos hombres: si estas Tropas se hubiesen retirado hacia la Ensenada o Tierra adentro, manteniéndose siempre a vista del Enemigo hubieran contenido su marcha con sola su presencia ¿Cómo es creíble, que mil y quinientos ingleses (de los que solo ochocientos eran veteranos) mojados, llenos de lodo, escasos de municiones de boca y guerra se dirigieran a la gran Ciudad de Buenos Aires, dejando a la Espalda tan considerable cuerpo de Caballería? Cuando tuvieran audacia para esta empresa contrarias a las reglas de la Milicia, deberían los Nuestros incomodarlos, picarles la retaguardia, y apurarlos hasta ponerlos entre dos fuegos con la Infantería, que los esperaba en el Puente de Barracas. Esta operación, a que quizá debieron ceñirse desde el principio, se facilitaba por la libre comunicación que la llanura de nuestros Campos franqueaba a los nuestros con la Ciudad; y nada era más fácil que proveerlos de artillería y demás auxilios que hubieran necesitado. Pero el corazón de D. Pedro Arce no podía sostener la vista del Enemigo, y apresuró su fuga hacia la Ciudad.

El Marqués, que ya sabía la derrota hizo pasar a Barracas al Regimiento de Infantería, y colocando seis piezas del tren volante, sin hacer batería en un lugar donde podía formarse tan fácilmente, mandó cortar el Puente. La operación se hizo con tanta prontitud que cuando llegó Arce estaba casi cortado, y la Caballería pasó con dificultad.

El Coronel de Infantería a la vista de sus Oficiales y Soldados preguntó a Arce cuantos podrían ser los Enemigos, y contestó en voz alta cerca de cinco mil hombres de Tropa de Línea. El miedo le había aumentado los objetos, y esta falsa noticia no contribuyó poco a el desfallecimiento de los nuestros. Sin embargo los enemigos no eran sino mil y quinientos, de estos solo ochocientos eran Soldados, y el resto eran Marineros y Grumetes, que venían con uniforme, para abultar. Dejémoslos seguir la marcha hacia Barracas, y veamos las disposiciones que nuestro General en Jefe tomó para la defensa de aquél interesante punto.

Se quemó el puente pero se dejaron en la orilla opuesta dos hermosos edificios, donde podía atrincherarse el enemigo. Los barcos de la boca nueva tenían más de mil hombres de marinería; toda esta gente podía armar con [ilegible]; pero se las negaron. Quisieron saltar a Tierra con cuchillo en mano, jurando el exterminio de los Enemigos; pero su Comandante Laguna pariente del Virrey empleó toda su autoridad y ruego para contenerlos. La Marinería fue fiel; estaba dispuesta a todo; hubiera hecho prodigios, si hubiere tenido Jefe; y dio el tierno espectáculo de que en la Falúa real remaron en aquél día puños Patricios de Barcos.

El puente de Galvez, que era el punto a que se dirigía el Enemigo estaba resguardado por el regimiento de Infantería, que tenía poco más de cuatrocientos hombres, y los seis cañones que ya he dicho; esta tropa se formó por su propia orden una especie de Trincheras de cerco de Tunas, colocando su artillería de un modo, que podía sostenerse. Entre las Barracas y Barrancas estaba la Caballería, que con los nuevos cuerpos y agregados ascendía a más de dos mil hombres: en las Barrancas se hallaban los Urbanos, que con vecinos agregados voluntariamente ascendían a dos mil quinientos; en el centro de la Ciudad estaban los Indios, Negros y Mulatos que ascendían a setecientos hombres: en la quinta de San Isidro habían quinientos hombres de Caballería de nuevos reclutas; reunidos otros varios Cuerpos y formado cómputo de las armas, que se repartieron, tuvimos seguramente más de ocho mil hombres, cuya falta de disciplina se compensaba con exceso por las ventajosas posiciones, que podían tomar.

Sin embargo ya no se trataba de resistir al Enemigo; y es público que desde que Arce comunicó el suceso de los Quilmes, contó el Virrey la acción por perdida, renunciando a las más remotas esperanzas: las ponderaciones del Inspector intimidado, y la derrota de un hombre a quién reputábamos por el Laudón de nuestra América, hicieron desesperar al Marqués, y ya no pensó sino en otros objetos. A las cuatro de la tarde partió a Barracas; pero no a dar disposiciones de defensa, sino a proyectar medios de descargar en otros las responsabilidades de la entrega. Ya habían salido los caudales del Rey; salió en esta Tarde la familia; y la actividad de los Militares sus parientes (que eran los más) no se dirigían a la defensa de la Plaza, sino a la salvación de sus bienes y sus personas.

Llegó el Virrey a Barracas, y apenas se presentó a las Tropas, entre vivas y aclamaciones, se retiró a la quinta de D. Antonio Dorna, sin que se le volviera más a ver. Practicó lo mismo D. Pedro Arce, a quién vimos en su casa cenando muy tranquilo al tiempo mismo en que los nuestros se cañoneaban con el Enemigo. Nuestra Infantería en la acción de Barracas, no ha tenido General, y el único Comandante que reconocía fue el hidráulico D. Eustaquio Granini nombrado por el Virrey.

Obscureció la noche y los nuestros no tenían centinela, ni guardia avanzada que avisase la llegada del Enemigo. Los milicianos se mantenían en el barro sobre sus fusiles sin esperar otro anuncio de la venida, que una descarga y oyendo a las ocho y media tres fusilazos en la orilla opuesta, graduando justamente que estarían allí los Ingleses, hicieron fuego con la artillería. El enemigo se retiró precipitadamente dejando dos fusiles, y los nuestros se incorporaron y animaron con este feliz ensayo.

Este era tiempo de que el Marques despertase de su espanto y tomase algunas providencias, pero él no trataba sino de salvar diez mil onzas de oro que conducía con su familia; y estuvo tan distante de aprovechar éstos momentos que dio pruebas prácticas de sus contrarias intenciones. Inmediatamente que cesó el fuego llegó orden del Marqués pidiendo los cuatro mejores Cañones de aquellos seis, que los nuestros tenían; los oficiales formaron consejo y resolvieron no entregarlos, porque quedaban rendidos sin aquella defensa; sin embargo el comandante Granini expuso que era preciso obedecer, y se entregaron los cañones que se pedían. Trataron nuevamente los oficiales de retirarse nuevamente a las Barrancas, donde unido con los Urbanos podrían atrincherarse y defenderse; pero el Comandante replicó que era necesario obedecer y se mantuvieron allí toda la noche.

El descaro del Virrey llegó a tal extremo, que separaba a los Ayudantes de los Cuerpos destinándolos a llevar cartas a la Virreina avisándola la seguridad de su persona (como si jamás hubiese corrido el menor riesgo). Al mismo tiempo se sacaban del fuerte hasta las ollas, y en medio de esta extraordinaria actividad se miraban con tanto desprecio los intereses del público y del Rey, que se dejaron los

papeles, y aún el archivo secreto. Estos son hechos públicos acreditados en el Sumario, que forma este Cabildo.

Amaneció el fatal día 26, en que por el abandono de nuestros jefes íbamos a ser entregados. Apenas aclaró, partió el Marques con los cuatro Cañones, que había quitado a las Milicias, y dos mil hombres de caballería a la quinta de los Betlehemitas; en este lugar reunió la artillería y Tropa para defensa de su persona, que nadie perseguía, abandonando el punto que iba a ser atacado del Enemigo.

Los Urbanos habían pasado en vela toda la noche sobre las Barrancas, a las órdenes del Brigadier Quintana Tío de la Virreina: aturdidos con la inacción de los Jefes, ellos mismos buscaban arbitrios para defenderse; y habiendo encontrado casualmente seis cañones de a ocho montados sobre cureñas de Mar en la Barraca de Don Ventura Marcó, los limpiaron y dispusieron, para hacer fuego dándose las en hora buenas por tan feliz hallazgo. Si el lector se admira de que los vecinos se vieses precisados a buscar cañones de un comerciante en un pueblo donde tenía el Rey tan numerosa y excelente Artillería, quedará asombrado, cuando lea el escrito de este pasaje.

El Comandante de Urbanos Dn Jaime Alsina pasó un oficio al Virrey avisándole, haber encontrado aquellos Cañones, y pidiendo municiones con seis artilleros, para unirlos a algunos vecinos inteligentes que allí se hallaban. El Marqués contestó por medio de otro oficio, diciendo, que no hallaba por conveniente se hiciere uso de aquella artillería. Enardecidos los Urbanos con esta respuesta compraron municiones de un almacén particular; se proporcionaron artilleros, y dirigieron al Marqués un nuevo oficio, avisándole que nada más necesitaban para hacer fuego, sino su licencia. Este oficio no pudo entregársele porque había ya emprendido la fuga, y no se le encontró. Yo he leído con horror estos papeles originales, que corren agregados al expediente.

Serían inmensas estas memorias, si quisiera referir todos los sucesos escandalosos que hemos presenciado; yo reservo tocar los principales, en las reflexiones generales, que quiero exponer en el número siguiente sobre las verdaderas causas de ésta catástrofe; por ahora contentémonos con el orden sucesivo de la Conquista, y entremos al ataque de Barracas, recorriendo previamente las posiciones de nuestras Tropas.

Ya he dicho, que en el puente, donde se hallaban todas las fuerzas enemigas, estaba solamente nuestro Regimiento de Milicias de Infantería con dos pedreros de a cuatro, que se les habían dejado; estas eran las Tropas disciplinadas que teníamos; y sin embargo les quitó el Virrey dos compañías, una para guardia de su Palacio, y otra del Muelle. Estos fueron los únicos que entraron en acción, y no llegaban a cuatrocientos.

Los dos mil hombres de Caballería con los cuatro cañones quitados a la Infantería, se los había llevado el Virrey a la Quinta de los Borbones, donde no podían ofender, ni ser ofendidos; y allí se mantuvieron hasta la fuga, sin que se pensase en [ilegible] a los que peleaban.

Los dos mil y quinientos Urbanos se hallaban en las Barrancas, desde donde veían el sacrificio de nuestra infantería: clamaban por ir a socorrerlos; pero el Jefe Quintana tío del Virrey reponía, que no había orden. Replicaban, que por lo menos formarían Trincheras, protegerían su retirada, y reunidos todos formarían allí el punto de defensa; pero se les oponía la misma falta de orden.

Los 600 hombres armados, que estaban en la Ciudad se mantuvieron en la alameda por orden del Virrey, sin que se les permitiese venir al punto del ataque. Los 900, de Caballería, que estaban en la punta de San Isidro, se conservaron allí, sin que tampoco se les diera destino. Los empleados y demás vecinos andaban por las calles casi locos; maldiciendo al Virrey, que nos entregaba con tanta infamia. Todos estos cuerpos tenían Jefes inmediatos, pero como dependían del General duende que se hizo invisible en este día, se mantuvieron en inacción, esperando órdenes. Esta era la situación de Buenos Aires, cuando rompió fuego el enemigo.

Los Ingleses habían colocado su Artillería en las Casas, que el Marques no quiso demoler, y este hecho aumentó nuestra ignominia, porque prueba la poca pericia de los contrarios: si el Marques no hubiese quitado los cañones, hubieran sido demolidas a los primeros tiros, dejando sepultados en sus

ruinas los cañones y los artilleros; pero nuestro General acertaba a no dar más providencias que las conducentes a facilitarles la entrada, y esta será la única vez que el miedo (si no ha sido otra la causa) ha abierto las puertas al enemigo.

Llovían sobre los nuestros las granadas, y balas de cañón y fusilería, y aunque eran inferiores en número y en disciplina, aunque se veían sin artillería y sin General, se sostuvieron sin embargo cerca de media hora. Crecían los riesgos de los nuestros, ya casi no tenían cartuchos; los Ingleses estaban acantonados en toda la Orilla; trataban ya de formar una planchada, para pasar, y aunque esta operación era muy fácil de resistir, no había Artillería para verificarlo, y el Virrey nada menos pensaba, que en mandar el menor auxilio; en estas circunstancias ordenó el Comandante una retirada, y desapareciéndose al momento tanto como los demás oficiales, tomaron las Tropas una precipitada y desordenada fuga.

En medio de esta general tristeza y desorden tuvimos la complacencia de ver una acción que probó hallarse en los soldados el honor que se había extinguido en nuestros Generales. El Cadete abandera-do B[ilegible] fijó su bandera sobre los dos pedreros que quedaban y exhortando a la gente a que no lo abandonase, no dejó aquel puesto, hasta que el Sargento Fernandez con otros Soldados se [ilegible] aquel corto tren arrastrándolo a brazos por el barro y libertándolo del Enemigo.

El Virrey con su antejo en la azotea de la Quinta, observó nuestra derrota, que intento positivamente no precaver, y montando a caballo tomó el camino de Córdoba con los dos mil hombres de Caballería y cuatro Cañones, que resguardaban su persona. En la Quinta de Linier frente a la de Valenti paró un rato, y de allí dirigió orden a su Tío Quintana, para que se retirara al Fuerte con todos los Urbanos: lo verificaron puntualmente y el Comandante de Ingenieros Brito entregó a Quintana el mando de la fortaleza, comunicándole orden del Virrey, para que capitulase.

Al poco rato entró al Fuerte un Emisario Inglés, intimando a la plaza, que se rindiese bajo capitulación. Convocados entonces los oficiales de plana mayor, el Real Acuerdo, y el Cabildo, se formó un consejo para tratar este negocio. Los oidores expusieron que aquella era función puramente militar; que ellos no podían tener conocimiento de las fuerzas de la plaza, ni del uso que debería hacerse de ellas; y que las funciones de su Ministerio habían estado siempre ceñidas a la administración de justicia. El Cabildo expresó casi lo mismo; y ratificándose los Militares, en que no tenían el menor recurso para la defensa de la Patria, resolvieron ellos mismos la capitulación.

La plaza tenía mil medios de defensa, y quinientos de los nuestros bastaban para acabar con los enemigos, que habiendo pasado a esta orilla, habían tomado una posición donde no podían obrar absolutamente; pero teníamos la fortuna de que los oficiales de plana mayor eran tan militares como el Marqués. Su absoluta ignorancia fue tanta que tratando ya de formar la capitulación, no hubo entre todos ellos quién supiera extenderla, y se vieron precisados a valerse de un comerciante.

Permitidas las Capitulaciones al general Inglés, las aprobó bajo el siguiente decreto: Concedidas; con condición que se traigan los caudales del Rey, y las devolvió sin firmarlas. Nuestra gente se hallaba armada todavía en el patio de la Fortaleza, y se amotinó, cuando se les intimó la entrega; los ruegos de los oficiales pudieron únicamente contenerla; y haciéndosele dejar las Armas se retiró a sus casas.

Yo he visto en la plaza llorar mucho hombres por la infamia con que se les entregaba; y yo mismo he llorado más que otro alguno, cuando, a las tres de la tarde del 27 de junio de 1806, ví entrar 1560 hombres Ingleses, que apoderados de mi Patria, se alojaron en el Fuerte y demás Cuarteles de esta Ciudad. ♦

Dardo Rocha: fundador y jurista. Primer Centenario y Bicentenario

POR **MANUEL URRIZA** (*)

Resumen

Estando ya en las proximidades del Bicentenario de la fundación de la Nación argentina se percibe que existen personajes en su historia que pueden pertenecer al pasado Primer Centenario y al próximo Bicentenario, a pesar de la amplia distancia temporal que separa a ambas etapas. Uno de ellos es Dardo Rocha.

Rocha vivió durante el Primercentenario (1838 - 1921) que fue el tiempo de los “hacedores”, porque en Argentina todo estaba por hacerse, y a él, con toda justicia, se lo debe calificar de “hacedor y fundador”. Por otra parte, a través de su pensamiento de hombre público, y especialmente de jurista, se lo puede proyectar también con toda justicia hacia el Bicentenario por la anticipación que tuvo al referirse a problemas que aún subsisten en la sociedad argentina y por las propuestas sobre ideas e instituciones que en muchos casos aun no han sido logradas o, al menos, aún no han sido plenamente desarrolladas en nuestra sociedad actual.

Palabras clave: Dardo Rocha- La Plata Buenos Aires

Abstract

Being closeness of Bicentenary foundation of Argentine nation its perceives that exists an important political figure in his history that could belong to the past of the First Centenary and the next Bicentenary, in spite of the big temporal distance that separates both stages. One of them is Dardo Rocha.

Rocha lived in the first centenary (1838-1921) that was the time of “doers”, because in Argentine all was to do it and he, with all the justice, is qualified of “doer” and “founder”. On the other hand, through his thoughts of public man and especially jurist, is planned also with all the justice to the bicentenary in advance to refer problems that still persist in the argentine society and offer ideas and institutions do not develop in our actually society.

Keywords: Dardo Rocha- La Plata Buenos Aires

El Primer Centenario

Para situar a Rocha en su destacado carácter de “hacedor-fundador” de ciudades e impulsor del progreso según se inspiraba su generación, bastaría con recordar la colocación de la piedra fundamental de la ciudad de La Plata (19 de noviembre de 1882) y el traslado de los poderes públicos de la provincia a la nueva capital (1 de abril de 1884).

En su discurso de colocación de la piedra fundamental de la nueva capital de la provincia, expresó: *“Los poderes nacionales tienen ahora asiento propio definitivo en la primera ciudad argentina vigorizando el poder de la Nación, pero era necesario llenar el vacío dejado en la organización de Buenos Aires. Tal es el significado de la ciudad que vamos a fundar que se liga directamente a la historia de la Nación”* (Archivo General de la Nación, Legajo Nro.2873).

Es sabido también que su otra gran realización fundacional es la Universidad que hoy nos alberga, originada en 1890 y que comienza a funcionar el 18 de abril de 1897 bajo el rectorado del propio Dardo Rocha. Se la denominó “Universidad de La Plata”, luego sería convertida en “Universidad Nacional

(*) Profesor Ordinario Titular de Introducción a la Sociología; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

de La Plata” y Rocha la describió como “la tercera Universidad de la República” y anunció que su sello mayor tendría *“...en su centro la ciudad argentina de La Plata, levantando la luz de la ciencia bajo la constelación de la Cruz del Sud y cobijando el escudo de la Provincia con esta leyenda alrededor: Por la Ciencia y por la Patria”* (Archivo General de la Nación, Legajo Nro.2895).

Pero su impulso hacedor, tanto siendo Gobernador de la Provincia de Buenos Aires (1881 -1884) como legislador nacional y provincial en diversas ocasiones durante el periodo 1864-1892, se manifiesta en múltiples direcciones y objetivos de la realidad de la incipiente nación de aquel tiempo. Por ejemplo Rocha fue:

- * Impulsor de la inmigración y promotor de colonias agrícolas extranjeras (Archivo General de la Nación, Legajo Nro.2891).

- * Fundador de ciudades de la Provincia de Buenos Aires y creador de Partidos en parcelación de la tierra pública (Archivo General de la Nación, Legajo Nro.2892).

- * Constructor de Puertos en la Provincia de Buenos Aires “sobre nuestros grandes ríos o sobre el mar ligándonos a los centros de producción y al mundo” como lo expresara reiteradamente (Archivo General de la Nación, Legajo Nro.2894).

- * Promotor del Ferrocarril, de Caminos y del Telégrafo.

- * Impulsor de actividades Científicas y Educativas, y de la investigación documental sobre la historia de las Provincias del Río de La Plata, de las invasiones inglesas y los primeros gobiernos patrios y de la guerra del Paraguay (Archivo General de la Nación, Legajo Nro. 2884).

Hacia el Bicentenario

Por otra parte, el jurista Dardo Rocha, que ocupaba la cátedra de “Derecho Constitucional” en nuestra actual “Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”, se autodescribe como “amante de la ideas democráticas” (Archivo y colección “Dardo Rocha”, Archivo General de la Nación, Legajo Nro.3006) en los tiempos de una sociedad argentina que se organizaba sobre estructuras sociales y políticas selectivas y autoritarias a las que se oponía con el pensamiento y en los hechos, estructuras que aún no han sido desterradas del todo y cuya erradicación debería encararse en nuestra próxima etapa del bicentenario.

Soberanía popular. Autonomías provinciales. Solidaridad con América Latina

Basta rastrear la labor parlamentaria del jurista Dardo Rocha para observar los contenidos sustanciales de los argumentos que utilizó sobre los temas de “soberanía popular”, “autonomías provinciales” y “sentido de fraterna solidaridad con los países de América Latina” que promovía e impulsaba.

Municipio y Régimen Municipal

De los debates que protagonizó en la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires celebrada entre los años 1870-1873, se puede extraer su pensamiento sobre Régimen Municipal, aún hoy en discusión, donde Rocha discurre con sapiencia y convicción sobre el significado del Municipio como centro de organización comunitario y portador de la autonomía Municipal.

División de los poderes

En esta misma Convención el debate penetra en las teorías sobre la división de los poderes y el convencional Rocha sostiene con claridad la idea liminar del “equilibrio” no siempre logrado en más de los cien años que han transcurrido.

Sistema federal. Igualdad de todos los ciudadanos

En relación a esta misma temática y en ocasión del debate sobre la creación del Banco Hipotecario Nacional (H. Cámara de Senadores de la Nación, setiembre de 1886) Rocha sostiene el sentimiento federativo y la forma federal. Allí expresó que *“el sistema federal es una máquina muy delicada, sus resortes son muy finos y se necesita mucho cuidado por parte del Gobierno y del pueblo para obtener*

los resultados que se pensaron”, y agregó: “No se olviden de que los que nacen aquí como los que nacen en cualquier provincia de la República, todos son argentinos y que su derecho y su propiedad es tan respetable, por la Constitución, para los que hayan nacido en las orillas del Río de La Plata como para los que hayan nacido en las faldas de Jujuy.”

El Estado de sitio

El 26 de Julio de 1890 se produjo el levantamiento cívico-militar contra el gobierno del presidente Juárez Celman que se denominó la Revolución del Parque. Sofocado en poco tiempo este hecho revolucionario, en la sesión del Senado del día 30 de julio, se discutió el decreto expedido por el Poder Ejecutivo declarando en Estado de Sitio “el territorio de la República” que luego se limitaba al “Municipio de la Capital”. El senador Rocha se opuso a la instauración del Estado de Sitio argumentando que el hecho revolucionario ya había sido sofocado y que lo necesario era apaciguar los espíritus, para lo cual en modo alguno ayudaría la medida propuesta.

Proyecto de amnistía

Rocha ratificó esta actitud de conciliación y reencuentro presentando inmediatamente *“un proyecto de amnistía general por los delitos políticos y militares cometidos por los que tomaron parte en la revolución del Parque”*, el que fue aprobado por el Senado el 26 de agosto de ese mismo año.

Protección de los hombres de la “Campaña”.

Dardo Rocha fue un enérgico defensor de lo que llamó “los hombres de la Campaña” o “los gauchos” que, según la descripción que realiza en sus escritos y discursos parlamentarios, en poco se diferencian de la situación social que hoy sufren millones de compatriotas que en estos tiempos, cercanos al Bicentenario llamamos, globalmente, “excluidos sociales” de todo el país. Estos hombres de “la Campaña” a los que se refiere Rocha, sufrían socialmente muy parecidas situaciones a los actuales compatriotas que denominamos habitantes de las “Villas” o de áreas carenciadas del país o del llamado “conurbano”, con las diferencias contextuales que supone una distancia temporal de algo más de un siglo.

Protección de los “gauchos”

En mayo de 1872, Rocha, diputado en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, describió a los “gauchos” de la siguiente manera: *“los que entre nosotros se llaman ‘gauchos’ no solamente no tienen familia propiamente sino ni aún familia concubinaria. La falta de familia hace que desaparezcan todos los elementos que permiten a los hombres vivir en sociedad civilizada y se comprende bien el profundo malestar que puede traer esta situación para una clase tan numerosa de habitantes”* que, resaltaba también “carecen de libertad, de justicia y de seguridad”, tal como se podría repetir en la actualidad.

Prohibición del “cepo” como instrumento de castigo

La opinión de la mayoría de los hombres públicos del Primer Centenario sobre los ‘gauchos’ no era precisamente la que describía Rocha quien no sólo denunciaba la injusticia que sufrían los ‘excluidos’ de entonces, sino que también tomaba medidas concretas para erradicar esa situación. Siendo Gobernador de la Provincia de Buenos Aires prohíbe, por decreto Nro.465 del 8 de noviembre de 1881, el uso del “cepo” como instrumento de castigo utilizando argumentos que en la actualidad podrían lucir como sustentos de cualquier norma protectora de los derechos humanos pues decía: *“el uso del cepo es resabio de épocas atrasadas... pues la conservación del orden, la aprehensión y juzgamiento de los habitantes ...sólo debe obtenerse con el respeto de todos los derechos consagrados en la Constitución...”* pues, afirma: *“... la dignidad humana es uno de los preciosos derechos de los ciudadanos que el Poded Ejecutivo debe propender por todos los medios a que sea respetada”*. En la parte dispositiva del decreto se establece que “los Jueces de Paz procederán a inutilizar esos instrumentos de castigo...” y que “... los comisarios y subcomisarios de cada partido quedan encargados de poner en conocimiento del Gobierno si los lugares destinados a prisiones preventivas llenan las condiciones requeridas de no mortificar a los detenidos” (Archivo General de la Nación, Legajo Nro. 2881).

Disolución del Servicio de Fronteras

Con el mismo sentido de protección de los ‘gauchos’ por proyecto de ley de mayo de 1872 el diputado Rocha envía a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires la propuesta de disolución del llamado “Servicio de Fronteras” que se hacía prestar obligatoriamente y por reclutamiento de “leva”, a los ciudadanos de la “Campaña”, es decir a los “gauchos”, con el objetivo de custodiar las tierras y los ganados pertenecientes a la clase social propietaria de esos bienes. A ese sistema lo reemplaza por la creación de un impuesto que pagarían dichos propietarios para que el Estado lo aplicara a alistar una guardia debidamente retribuida.

Concepto ético-sociológico de “Pueblo”

En coherencia con tales proyectos normativos de protección humana y de justicia social la de Dar-do Rocha fue una de las pocas voces que se levantó en el Buenos Aires de su tiempo para elogiar la aparición del poema “Martín Fierro” de José Hernández, también de denuncia y de protesta social que fue prácticamente silenciado por sus contemporáneos. Resulta, además destacable, que el mayor valor que Rocha le otorgó a José Hernández como autor del “Martín Fierro” fue que en esa obra expresaba: *“...las alegrías y los dolores de sus compatriotas anónimos y humildes...”* y afirmó: *“...usted ha grabado su nombre en el corazón del Pueblo, piedra que no se rompe y bronce que no se funde”*. ♦

La influencia del contexto internacional en el pensamiento de los revolucionarios de Mayo

POR **BRUNO TONDINI** (*)

Sumario: I. Introducción. II Situación previa a la revolución. III. Los días previos a la Revolución, situación política en “el Plata”. IV. Aspectos jurídicos e intereses en juego a partir del Cabildo Abierto del 22 de mayo. V. La estructura social en “el Plata”, los protagonistas de la revolución y su pensamiento. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

Resumen:

Desde siempre se ha estudiado la Revolución de Mayo, a partir de perfiles historicistas que han excluido, la influencia de la situación internacional en la misma. Es por ello, que siendo esta la fecha del bicentenario, nuestro objetivo es el análisis de los hechos y la particular situación de las relaciones internacionales, desde tiempo antecedente a la revolución, con especial cariz, la puja de intereses económicos que se disputaban nuestras tierras.

Como metodología de trabajo abordaremos en primer término, la situación previa a la revolución, analizando las diferentes posiciones tomadas por Gran Bretaña, ya que ante el fracaso de las invasiones de 1806-1807 de la ciudad de Buenos Aires y la situación imperante en España, modifica su política exterior hacia las tierras del “Plata”. Indagaremos asimismo la situación económica, factorum de la política internacional de aquel momento. Seguidamente, avanzaremos sobre la situación política en “el Plata”, en los días previos a la Revolución, observando las posturas jurídicas y los intereses en juego a partir del Cabildo Abierto del 22 de mayo. Finalmente y previo a la conclusión, expondremos la estructura de la sociedad de Buenos Aires, sus grupos de interés, los protagonistas de la revolución y su pensamiento.

Palabras claves: Relaciones Internacionales- Derecho Internacional- Bicentenario

The influence of the international context of the revolutionary thought may

Abstract

Always been studied since the Revolution of May, from historicist profiles that have excluded the influence of the international situation in the same. It is therefore, that this being the date of the bicentennial, our goal is the analysis of the facts and the particular situation of international relations, from time antecedent to the revolution, with a particular outlook, the bid of contending economic interests of our land .

As a working methodology addressed first, the situation before the revolution, analyzing the different positions taken by Britain, as at the failure of the invasions of 1806-1807 in the city of Buenos Aires and the situation in Spain, changes its policy toward the land of “Silver”. Also will investigate the economic situation, maker of international politics at the time. Then, move forward on the political situation in “Silver” in the days before the revolution, observing the legal positions and interests at stake from the Town Meeting of May 22. Finally, and prior to the conclusion, we discuss the structure of society of Buenos Aires, its stakeholders, the protagonists of the revolution and its thinking.

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Internacional Público Cátedra I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Keywords: International Relations- International Law-Bicentennial

“...Los viejos altares se van apagando y los nuevos tienen solo una llamita incipiente que alumbra en el camino de las oscuras catacumbas donde fermenta el futuro. Antes del tornado, se produce el vacío. Así pasa con las revoluciones: en el momento del máximo descreimiento, se dan las condiciones para el nacimiento de una nueva fe.” Arturo Jauretche

I. Introducción.

Desde siempre se ha estudiado la Revolución de Mayo, sus causas, pensamiento y desencadenamiento, a partir de perfiles historicistas que han excluido, en cierta forma, la influencia de la situación internacional en la misma. Es por ello, que siendo esta la fecha del bicentenario, creemos que podría ser un aporte de valía, el análisis de los hechos y la particular situación de las relaciones internacionales, desde tiempo antecedente a la revolución, no solo desde un perfil general, sino desarrollando con especial cariz, la puja de intereses económicos que se disputaban nuestras tierras. Como elementos de investigación, con el fin de superar la perpetua antinomia que se produce en nuestro país entre aquellos que se autonominan historiografistas clásicos y los “revisionistas”, apelamos a una síntesis, que nos permita avanzar más allá de los aspectos documentales señalados por los primeros clásicos, transformarlos en material de referencia y acompañarlos de las especulaciones propias de la crónica de la época y de hechos que van más allá de los ocurridos en “el Plata”.

Ab initio y solo como referencia, recordamos la puja existente en la primera década del siglo XIX, entre una rejuvenecida Francia (con fuerte vocación imperial a partir de la conducción napoleónica de las relaciones exteriores), la fuerte influencia de Gran Bretaña (afianzada como la primera potencia comercial y marítima del globo en aquellos tiempos) y España, que pretendía, desde una posición de segundo orden, sostener su posesiones. Todo ello es fruto de un proceso que tuvo su origen siglos antes, el “colonaje”, manifiesta Ángel Osorio:

“Antiguo como el mundo es el hecho de que un Estado se apodere de territorios ajenos, los domine, los sojuzgue, los civilice y mejore, según su entender, y, en definitiva, los haga parte de su propia soberanía, pero teniendo a su economía rebajada y a sus hombres disminuidos en condiciones civiles y políticas. Esos habitantes del territorio colonial no son, en propiedad, ciudadanos del Estado, sino gentes subyugadas a una dominación más o menos abusiva, pero abusiva siempre. El sistema pudo concebirse cuando los pueblos europeos descubrieron América y Oceanía y cuando todo el territorio africano vivía en situación salvaje y sanguinaria. Aun entonces, se levantaron voces nobles y sensatas, como la del español P. Vitoria, que negaron a sus propios reyes, tan fuertes como Carlos I y Felipe II, el derecho de imperar por la fuerza sobre los indios, reconociendo a aquéllos únicamente el de comerciar y el de defenderse con las armas si ellos se lo impedían. ... Las cosas que ocurren en un punto interesan a todo el Globo, como la libertad, el comercio o el arte, y cuanto mayor sea la intercomunicación sobre tales materias, mejor irán las cosas. Pero de esto a que un país se apodere de otro y ejerza en él su soberanía, hay un mundo de diferencia ...”(OSSORIO Ángel, 1944: 37 y ss)

El drama revolucionario comenzó por la América libre contra las Indias oprimidas. Si la revolución no se hubiera hecho encubiertamente a nombre de un rey cautivo desconocido, no entrañaría un contrasentido haberla realizado invocando sinceramente el nombre de Carlos III, artífice de ese monumento de libertades y garantías desarrollado como fue el código de Indias en el siglo XVII, y de los posteriores reglamentos del comercio libre y las franquicias del comercio extranjero del siglo XVIII. Pero el código indiano había sido falseado y cada libertad comercial otorgada a las colonias era resistida por los monopolistas. La revolución fue al principio contra ellos (LEVENE Ricardo, 1920-21, Tomo I 86).

Cabe responderse desde un inicio la pregunta ¿Cómo era la Patria en 1810 cuando comenzamos a ser independientes?. El autor argentino Roberto Fernandez Cistac señala: “...la época de su institucionalización política para tener un punto de partida ... señalamos al 1 ° de agosto de 1776 como el de la sanción de la primera Carta orgánica argentina aunque no sea frecuentemente citada por nuestros constitucionalistas; ese día SM el Rey Carlos III de España firmó la Real Cédula de erección

del Virreynato del Río de la Plata. ... Acompañado por un gabinete histórico llamado “de las luces” por su adhesión a la filosofía iluminista del siglo XVIII -con fulgores propios se destacaban los condes de Aranda, Floridablanca y Campomanes- intentará revertir el proceso de declinación española iniciado en aquella infausta paz de Utrech de la que Inglaterra sacó la mejor parte. Poderosas razones movieron al Rey Carlos III y a su granado ministerio para sanción de la Real Cédula; la fundamental de ellas fue la necesidad de contenerla expansión lusitanaza que ya llegaba al Río de la Plata en la Colonia del Sacramento. ... Hubo también otras razones complementarias; estaba claro que el desarrollo alcanzado por gobernaciones e intendencias -se puede citar a Buenos Aires, Córdoba, Asunción del Paraguay, etc.- aconsejaba amalgamarlas en una estructura única elevada a la dignidad de Virreinato. Además, puede conjeturarse que el gabinete de las luces haya pensado que en América se hallaba la España del futuro del mismo modo que la Casa de Braganza pudo pensar que Brasil sería el Portugal del futuro. ... la Capital en Buenos Aires, el corazón universitario en Córdoba, abrazando en un arco fraterno las regiones de Cuyo, Alto Perú, Paraguay y la Banda Oriental. Bautizada por poetas como del Barco Centenera y conformada en las gestas de la Defensa y Reconquista de Buenos Aires, la criatura se mostraba en todo su esplendor. ¿Cómo era este modelo? Era una Nación que presentaba los siguientes rasgos fundamentales: a) Su territorio comprendía las actuales repúblicas de Argentina, Uruguay, Paraguay, Solivia y el sur de Chile a partir del río Bio Bio, con una superficie aproximada a los 6.000.000 de Km2. b) Única soberana del Río de la Plata y de los ríos Paraná y Uruguay dominando ambas riberas, embocadura y desembocadura de este vital complejo fluvial. c) Tenía la calidad de Nación bioceánica propia de las potencias mundiales. d) Dominaba los tres únicos pasos Ínter-oceánicos existentes (Magallanes, el Cabo de Hornos y el Estrecho de Drake). e) Soberana absoluta de todas las islas del Atlántico Sur conforme a la Bula de SS el Papa Alejandro VI, el Tratado de Tordesillas y la creación del Virreynato del Río de la Plata. ...”(FERNÁNDEZ CISTAC Roberto,1994:4)

Como metodología de trabajo abordaremos en primer término, la situación previa a la revolución, fundamentalmente analizando la diferentes posiciones tomadas por Gran Bretaña, ya que ante el fracaso de las invasiones de 1806-1807 de la ciudad de Buenos Aires y la situación imperante en España que abandona la primigenia alianza con Francia (recordamos como hecho desencadenante la batalla de Trafalgar), modifica su política exterior hacia las tierras del “Plata”. Es en este particular acápite, que indagaremos en la situación económica, factorum a nuestro entender de este particular viraje en la política internacional de aquel momento. Seguidamente, avanzaremos describiendo la situación política en “el Plata”, en los días previos a la Revolución, destinando luego las que a nuestro entender han sido las posturas jurídicas y los intereses en juego a partir del Cabildo Abierto del 22 de mayo. Finalmente y previo a la conclusión, expondremos la estructura de la sociedad de Buenos Aires, sus grupos de interés, los protagonistas de la revolución y su pensamiento.

II. Situación previa a la revolución.

II.1. Los planteos de Gran Bretaña hasta el fracaso de las invasiones de 1806-1807.

En 1711 se publicó en Londres un sugestivo folleto titulado Una propuesta para humillar a España (GONZÁLEZ Julio C.,1998:9), cuyo autor se ocultaba detrás de esta curiosa frase: “Escrita en 1711 en Gran Bretaña por una persona de distinción”. El Dr. Horacio Zorraquín Becú considera con razón que el panfleto “constituye el primero y más sorprendente anticipo de la política rioplatense de Inglaterra” (RODRÍGUEZ Bernardo N., 1970:7). El trabajo que comentamos señala la necesidad de separar la estructura minera del Alto Perú y de Chile de la zona de praderas de Buenos Aires de la cual provenía la carne vacuna necesaria para nutrir la fuerza humana que realizaba la durísima tarea del laboreo de los yacimientos minerales. Se indica que es imprescindible separar la zona donde se cultiva la yerba mate del Paraguay, para impedir que la infusión fuera el elemento depurador para el organismo de los mineros. Sin carne vacuna y sin yerba mate la minería del Alto Perú, del Perú y de Chile sufriría un duro revés por la falta de salud en los hombres que deben trabajarla.

En 1804, William Pitt (1759-1806), ministro de la Corte británica, trazó un plan bien concreto para consumir la conquista de América del Sur diagramada en el folleto de 1711. Se debía ocupar Buenos Aires, crear un ejército de nativos con conductores ingleses, traspasar la Cordillera de los Andes, arre-

batar Chile a los españoles y desde allí por mar proceder a la conquista del Perú. Al mismo tiempo ocupar Venezuela y con un ejército formado de igual manera, es decir de nativos conducidos por ingleses, abatir a los españoles y marchar hacia el Perú donde deberían reunirse con el ejército de Buenos Aires (WILLAMS ÁLZAGA Enrique, 1965:7). En 1806, este plan tuvo inicio de ejecución: el general británico Guillermo Carr Beresford ocupó Buenos Aires y Francisco de Miranda, Venezuela. Ambos fracasaron. Beresford se apoderó de Buenos Aires el 28 de junio y la retuvo hasta el 12 de agosto de 1806. Sin embargo, esta victoria que fue el basamento de la posterior revolución, y pilar de la formación del Ejército Argentino, tuvo una consecuencia no declarada oportunamente que también fue concausa de los “hechos de mayo”, al firmarse la capitulación se permitió que los buques de los ingleses regresasen y se omitió exigirles la restitución del Tesoro de la Real Hacienda que habían embarcado a Londres en el navio “Narcisus”. Este tesoro, vulgarmente llamado “tesoro de Sobremonte”, fue paseado por las calles de Londres en ocho grandes carros, cada uno de los cuales transportaba cinco toneladas de pesos plata (PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, Antonio, 1972:Tomo I 18, ídem FERNS Harry S., 1966:88). Este hecho, al agotar la reserva económica (la Real Hacienda tenía la funciones de “Fisco”) generó un fuerte déficit fiscal en nuestras tierras. Los hechos que siguieron, permiten un mecanismo que fue reiterado en el tiempo y que puede considerarse el inicio de endeudamiento público. Para recaudar impuestos a fin de rehacer el desastroso estado del erario, el Virrey Cisneros el 6 de noviembre de 1809 (1) había

(1) El texto de la Reglamentación es el siguiente: “1a Los permisos se solicitarán por Consignatarios Españoles recayendo este nombramiento en personas notoriamente conocidas por Comerciantes de esta Plaza. 2a Dentro de Veinte y quatro horas presentarán los Consignatarios Españoles en Idioma Nacional los manifestos ó Facturas que les entreguen sus Consignantes. 3a Los Capitanes exhibirán la Escritura de propiedad, el Rol y la Patente de Navegación que se conservarán en la Secretaria para debolverseles quando se hallen despachados y en estado de salida. 4a Todo Buque extranjero en su descarga, carga y demás operaciones quedara sugeto á las mismas formalidades que los Nacionales, admitiendo el Resguardo, Visitas y fondeo. 5a Los Consignatarios se obligarán á satisfacción del Administrador de Aduana apagar el importe de los Derechos de introducción por quartas partes, la primera dentro de quinze dias y las restantes por mesadas en los Succesibos tres meses: y los de extracción precisamente al contado. 6a Ningunos efectos de qualquiera clase que sean, a escepcion de los Estancados se considerarán ilícitos por ahora para su introducción; pero se recargarán con un dose y medio por ciento sobre los derechos comunes, que á los demás se impusieren, los artefactos, y efectos groseros que perjudiquen á la industria del Pais; y se excluirán absolutamente los Azeytes, Vinos, Vinagres, y Aguardientes extranjeros exepto el de caña. 7a Se cobrarán los Derechos de Circulo, y arbitrios impuestos á los efectos de introducion considerándoles el valor que designa el Aranzel: y pa los que no se expresan en él, se les abalará por precios de Europa, y se considerará como suplemento fijo al Aranzel. 8a No será permitido a ningún consignatario, vender á bareo sino por mayor; pero podrá hacerlo de los efectos que hayan pasado á su dominio, en Tienda particular y caso de contravenir se multará al contraventor á prudente arbitrio del Superior Gobierno. 9a Los Cueros al pelo, Bacuno y de Cavallo, contribuirán en su extracción el Ramo de Guerra respectivo, y demás Municipales, quedando extinguido el Patriótico: Y por equivalencia á los Derechos del Circulo pagaran también por derecho Real dose y medio por ciento sobre el precio de ocho reales el Bacuno y de tres reales el de Cavallo. 10a Los siguientes Frutos contribuirán á su extracción por Derechos Reales, y sin perjuicio de los Municipales el Veinte por ciento sobre la estimación que se les regula: En el Sebo la de cinco pesos quintal: En la Lana de Carnero la de dose reales arroba: En las Pieles de Nutria, Vizcacha y Guanaco esquilado, ó de pelo corto, la de Seis reales dosena: en las de Perro la de dose reales dosena: En las de Bezerrillo la de quatro reales cada una: En las de Zorro y Zorrillo sueltas la de ocho reales dosena: En los Quilfapis la de tres pesos cada uno: En las Suelas curtidas la de catorce pesos cada una: En el Cacao la de quinze pesos quintal: En la Cascarilla la de quatro reales libra: En el cobre la de doze pesos quintal: En el Estaño la de diez y ocho pesos quintal: Los Cuernos á siete pesos millar: El de puntas cinco pesos millar: El de Chapas diez pesos: y el Vino de la Tierra diez pesos por Barril. 11a El Trigo, Arinas, Zevada, menestras y Frutas del Pais, pagará dos por ciento como en el Comercio de Colonias extranjeras sobre los valores corrientes de Plaza. 12a Se prohibe la extracción de plata y oro amonedado ó en pasta á escepcion del Dinero de Soldadas bajo los derechos establecidos; Permittiéndose que para la extracción del Sobrante que exceda el producto de la introducción, puedan traer Buques, ó en lastre-, o con Carga de Artículos permitidos á los Introdutores de Negros del África, pudiendo verificarse aquella en toda clase de Frutos. Y para evitar el fraude y contravención en las especies prohibidas de plata y oro, se estimulará al Resguardo, y denunciador con el premio que Su Excelencia tenga á bien considerarles. 13a La Junta de Gobierno de Consulado propondrá quatro sugetos de la clase del Comercio que reúnan las circunstancias, de providad, inteligencia, aptitud y demás que faborecen para que dos de ellos se destinen a Veedores auxiliares de los Vistas en el Despacho de la Aduana; Y los otros dos para auxiliar al Juez que Su Excelencia expresa en la prevención

abierto el puerto de Buenos Aires a los productos británicos con la condición de que pagasen los impuestos de importación por adelantado, tal es el origen del Edicto de Libre Comercio. Los términos de intercambio allí comenzados fueron desastrosos: el valor en metálico de un buque de mercadería importada fue equivalente al valor en metálico de doce buques cargados de cueros y sebo (JUSTO, Liborio, 1968:101). La importación de manufacturas británicas no sólo absorbió la producción total de cueros y de sebo sino que produjo el éxodo de la totalidad del metálico. Así, en muy poco tiempo, los británicos se adueñaron del metálico que aún quedaba en plaza (GIMÉNEZ VEGA, E. S., 1974:75). En 1804 y 1805, que fueron de gran rendimiento, la Aduana de Buenos Aires había recaudado un millón de pesos por año, en 1806 disminuyó a 400.000 y en 1807 a 215.000 por las razones conocidas; en 1808 vuelve a repuntar su ingreso, con motivo de la permisión admitida por Liniers; y a fines de 1809 se abre el puerto al comercio inglés, conforme a la reglamentación decretada el 6 de noviembre. Recordamos que es este momento en el que aparece la figura política de Mariano Moreno, quien había presentado un proyecto que no fue el incorporado en la reglamentación mencionada. Un documento existente en el Archivo General de la Nación, restablece la antigua afirmación de Manuel Moreno, no en el sentido de que la junta de 1809 adoptó el plan propuesto por el autor de la Representación de los Hacendados sino en el que “no obstante las muchas restricciones concedidas al partido peninsular, se sintieron los mas benéficos efectos en la abundancia de las rentas y el extraordinario incremento que tomó la industria rural”(2). El documento aludido es un informe del administrador de la Aduana, Justo Pastor Linch, quien dice al virrey, con fecha 21 de febrero de 1810, que desde la apertura del comercio provisorio “que fue en principios de Noviembre último, se han producido hasta hoy ... esta administración mas de cuatrocientos mil pesos, cantidad que jamás ha producido esta Aduana en tan corto tiempo, y que faltando como han faltado los situados de las Provincias interiores, ha sido la que primeramente ha remediado las urgencias de esta Provincia...” (ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, 1810: tomo 75 capítulo CLXX.). A la luz de tan concluyente dato, tenía razón de afirmar que jamás se había recaudado semejante suma en tan corto tiempo, pues si en tres meses y medio ingresaron más de 400.000 pesos, en un año se recaudaría 1.500.000, ó sea, una tercera parte más del producido mayor de la Aduana de Buenos Aires, que había acusado la suma de 1.000.000 de pesos en el año 1805. He aquí el cuadro demostrativo de las rentas de la aduana de Buenos Aires durante los últimos 30 años de la dominación española (LEVENE Ricardo, 1920:Tomo I 277):

quinta de las que contiene su Superior Manifiesto de dos del corriente, ya citado, para la expulsión de Extranjeros é impedir su arraigo y contratación, las cuales se llebarán á efecto sin otra modificación que la de que el termino fijado por las Reales Ordenes del Comercio de Negros para su Venta y externo de productos se extienda al que sea necesario para el expendio de las Negociaciones, y que las fincas o bienes raizes vendidos á Extranjeros que deben retrovertir á poder de los Españoles fijándose su época á primero de Julio, hayan de retrotraerse a principio del año, tiempo en que con corta diferencia empezaron á verificarse iguales adquisiciones.14a La Diputación de Montevideo hará igual propuesta por lo perteneciente a aquel Comercio y para los mismos fines.15a No se admitirán en ningún Tribunal Demandas dimanadas de Negociaciones Clandestinas. (Documentos referentes a la guerra de la independencia, edición del Archivo General de la Nación, , Buenos Aires, 1914, pág. 256)

(2) MORENO Manuel, “Colección de arengas en el foro y escritos de Mariano Moreno”, Londres, 1836., página CI. Pero son equivocadas todas las cifras que suministra en MORENO Manuel, Vida y memorias de Mariano Moreno, La Cultura Argentina, Buenos Aires, 1918. El presupuesto de gastos de 1809, no era de tres millares de pesos, sino de más de cuatro como ya tenemos demostrado. Fundamentalmente equivocada, es también la conclusión de Manuel Moreno de “que el comercio libre ha producido el provecho de 4.200.000 a los tesoros públicos.” El informe del administrador de la Aduana prueba que la recaudación de derechos provenientes de la Aduana habría pasado un poco de 1.500.000 en un año ; suma suficiente que permite aceptar la discreta afirmación que hiciera en el prólogo de la Colección de Arengas y escritos... citada, o sea, de que la medida adoptada dio “benéficos efectos en la abundancia de las rentas...” Los inmediatos resultados producidos, pueden explicarse por la siguiente noticia que encontramos en la carta ya citada de Pedro Baliña de Laya a S. M. diciéndole “que los astutos Ingleses en el mismo momento que se dio el comercio libre despacharon dos vergantines de guerra, el uno a Londres y el otro al Cabo, y al crucero para que los barcos que salgan de la India vengan en derechura a esta, por confesión de los mismos hablo, lo cierto es que salieron; y que número de buques que no se presentaran a nuestra vista bien provisto de gente con hacienda, con familia y quanta arte tengan a la vista, está en las compras que hacen de fincas y quintas...” (Documentos relativos a los antecedentes..., cit., pág. 427).

Años	Total	Años	Total	Años	Total	Años	Total
1773	29.976	1780	143.019	1793	423.623	1805	1.000.000
1774	29.335	1781	93.125	1794	407.984	1806	400.000
1775	29.098	1782	152.015	1795	310.858	1807	215.000
1776	13.615,7	1783	202.802	1797	373.774	1810	2.600.000
1777	15.348	1784	288.996	1798	100.000	-----	-----
1778	53.725	1791	336.532	1802	857.702	-----	-----
1779	169.974	1792	468.850	1804	1.000.000	-----	-----

Su explicación es la siguiente: con la apertura del puerto de Buenos Aires al comercio directo con la Península (1778) las rentas de la aduana repuntan de 15.348, percibidos en 1777, a 53.725, percibidos al año siguiente. En 1779 su aumento es mucho más sensible, y alcanza a 169.974, respondiendo a la regularización de este comercio y establecimiento de la aduana como institución encargada de hacer una cuidadosa percepción de los derechos. En 1781 la renta disminuye a 93.125, hecho que se explica por la interrupción del comercio con España en virtud de la guerra de la metrópoli con Inglaterra; pero se normaliza en 1782, y alcanza en 1783 a 202.802, como consecuencia de la autorización otorgada a las embarcaciones portuguesas de efectuar el comercio con Buenos Aires (3). Esta prosperidad creciente continúa durante los años 1791, 1792, 1793, 1794 y 1795 (con un promedio de 400.000 pesos), no obstante que entre los años 1793 a 1795, España se encontraba en guerra con Francia. Se explica, sin embargo, que este hecho no ocasionara mayores trastornos, por dos razones: porque Francia no era una potencia temible como Inglaterra desde el punto de vista comercial, dado que esta última tenía el dominio de los mares, y luego porque una nueva amplísima concesión de España para sus colonias, la del comercio negrero (1791), había reanimado la actividad y el tráfico de los puertos coloniales (4). Pero a partir de 1796, se inicia aquel período de profunda crisis, que se extiende hasta 1802 y abarca la guerra con Inglaterra. En todo el año 1798, la aduana no recaudaba más de 100.000 pesos. A esta imperiosa exigencia del momento obedecieron los permisos de desembarco de embarcaciones extranjeras, sin preciso retorno a España, como determinaba la real cédula del comercio con neutrales, del año 1797. A raíz de la paz de Amiens, la renta sube a 857.702 pesos, y alcanza a 1.000.000 en 1804 y 1805 (5). Las invasiones inglesas (1806-1807) y la de Napoleón en España (1808)

(3) Los datos de los años 1773 a 1784, han sido tomados de los libros de aduana, existentes en el Archivo general de la Nación. De 1773 a 1778, hemos incluido en la renta aduanera los derechos de almojarifazgo, almirantazgo, alcabala terrestre y marítima. De 1778 a 1784, hemos sumado los rendimientos de la aduana de Buenos Aires v los de la aduana de Montevideo.

(4) Las cifras de los años 1791 a 1795 se encuentran expuestas en el informe elevado por el visitador general Diego de la Vega, con planilla rubricada por el contador Justo Pastor Linch (LEVILLIER Roberto, 1915: Tomo II, 486).

(5) El rendimiento de 1802, de 857.702 pesos, consta en el informe de Diego de la Vega citado. El señor Juan Álvarez, en su interesante trabajo Estudio sobre las guerras civiles argentinas, Buenos Aires, 1914, da para aquel año 600.000 pesos. Los datos concernientes a los años 1805 y 1806 los hemos tomado de esta obra del doctor Álvarez (pág. 76 y 77). El de 1807 consta en el “Expediente sobre adoptar medios o arbitrios con que atender a los urgentes gastos que ocasiona la defensa de estos dominios, 1808”, publicado en Documentos referentes a la guerra de la independencia..., cit., pág. 187. La cifra del año 1810 pertenece a los documentos del Archivo de la Nación, a que nos referiremos en seguida, y publicada en la Gazeta.

interrumpieron el comercio con las colonias y suspendieron todo rendimiento de la aduana. Fue necesario crear nuevos impuestos y arbitrar recursos extraordinarios para cumplir las obligaciones del presupuesto según hemos visto. La situación se reestablece en 1808, por el acuerdo de 13 de julio. El 6 de noviembre de 1809 se abrió el comercio a los ingleses.

Es curioso descubrir el hecho que, después de concedido el franco comercio, el propio virrey y Consulado comenzaron a alarmarse, estaban satisfechos con los importantes ingresos aduaneros obtenidos pero no lo estaban en relación con otros efectos. De ahí los pretextos que se invocaron para restringir más la concesión acordada. Tales restricciones no comprueban sino nuestro punto de vista, o sea, el criterio político que había inspirado a Cisneros para prestigiar la resolución de 1809. El virrey observa al administrador de la Aduana, el 12 de enero de 1810, que en los varios permisos concedidos para la descarga de efectos ingleses se habían interesado diversas personas “que cada uno a elegido distinto consignatario español, resultando así la multiplicidad de estos, con quienes tendrá q entenderse, para el pago de los respectivos derechos esa administración, como un mayor número de individuos Ingleses que a título de interesados o propietarios de los cargamentos solicitaran permanecer aquí más tiempo del que se les ha permitido. Nada se trató de esto en la citada Acta -agrega- por q no se tuvo presente ni la confusión q deve resultar de que haya muchos consignatarios para el cargamento de un propio Buque, aunque de diversos dueños, ni el embarazo que esta multiplicidad ocasiona a la expulsión de extranjeros que tengo mandada” (ARCHIVO DE GOBIERNO DE BUENOS AIRES, tomo 75, capítulo CLXX, en el Archivo general de la Nación).

Alexander Mackinnon organizó la British Commercial Room y desde allí los nuevos intereses comenzaron a gravitar sobre los ingenuos funcionarios españoles y militares criollos. Como esta actividad tenía las características de una sostenida y silenciosa invasión y permanente compulsión, el virrey Cisneros dispuso que los súbditos británicos abandonasen la ciudad el 19 de mayo de 1810 (JUSTO, Liborio, 1968:104). Cabe recordar que los ingleses habían sido autorizados, por el virrey Cisneros, a comerciar con permisos transitorios, que vencían el 18 de diciembre de 1809, que fueron renovados por cuatro meses (al 18 de abril de 1810) y luego por 30 días más (GALASSO Norberto, 2002:19). Curiosamente, un día antes de producirse la expulsión de los comerciantes británicos arribó la fragata inglesa “Miseltoe” e intempestivamente comenzó la “Semana de Mayo”. Cabe destacar, que la opinión pública londinense conocía perfectamente la situación económica en nuestras tierras, “The Times”, publicó un interesante informe sobre Buenos Aires, que en sus partes más importantes reproducimos:

“...El territorio que ahora constituye la provincia de Buenos Aires se hallaba en un principio sometido al control del virrey del Perú, pero en 1778 fue constituido como gobierno independiente. Esta disposición y el permiso de libre comercio que le fue otorgado el mismo año lo han beneficiado grandemente. En 1791 los comerciantes españoles y también los extranjeros obtuvieron licencia de importación de esclavos negros y herramientas, y pudieron exportar los productos del país. ... La provincia en la que se encuentra Buenos Aires es muy extensa, y abunda en fertilísimas tierras cultivadas, cruzadas en todas direcciones por ríos y arroyos, que van a morir al gran río de la Plata. Las praderas mantienen a millones de vacas, caballos, ovejas y cerdos. Abunda la sal, y no faltan lugares donde los buques y embarcaciones pueden ingresar un cargamento de carne salada para exportación. La pesca en las costas, especialmente la de la ballena y del lobo marino, es muy productiva, lo mismo que la caza en el interior. Algodón, lino y: cáñamo son cultivados en muchos distritos, y no faltan algunas minas de oro. En el año 1796 el monto total de las importaciones fue de 2.853.944 pesos. Las exportaciones en el mismo año fueron: oro acuñado y sin acuñar: 1.425.701 pesos; plata: 2.556.304; los demás productos del país: 1.076.877, lo que hace un total de alrededor de 5 millones de pesos. Los principales artículos producidos fueron: cueros, sebo y lana”(6).

(6) El Facsímil del diario “The Times”, correspondiente a la edición del 25 de setiembre de 1806, se encuentra glosado e incorporado con su traducción en PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, Alejandro. Crónica Argentina, Ed. Códex, Buenos Aires, 1972, tomo I, pág.38.

II.2. Gran Bretaña modifica su política exterior hacia las tierras del “Plata”

Luego del fracaso de las invasiones militares, Gran Bretaña modifica profundamente su influencia, como ya hemos mencionado, profundizando los vínculos comerciales, de esta forma continuó su labor de posicionamiento, modificando algunas pautas en razón de una serie de hechos que se suceden en el período 1808 a 1810. En Berlín en 1806, Napoleón firmó el decreto por el cual se dio inicio al bloqueo económico de las Islas Británicas por el cual prohibió todo intercambio comercial entre ellas y el continente europeo. El 24 de mayo de 1808, día en que se produce la rebelión de Asturias, miles de obreros hambrientos y sin trabajo invaden las calles de la ciudad de Manchester en manifestación de protesta, y son dispersados a sablazos por fuerzas del ejército. Para conjurar esa grave crisis el gobierno había organizado una poderosa expedición militar destinada a abrir, por la fuerza al comercio inglés, los ricos mercados de las colonias americanas de España. Cuando llegan a Londres los emisarios de la Junta de Asturias, se encontraban listos para zarpar hacia América 10.000 soldados británicos. Este ejército, comandado por el general Wellesley, tiene por misión realizar, con el apoyo de otras tropas que se le incorporarán en Gibraltar, un doble ataque contra México y el Río de la Plata. Los dirigentes británicos han resuelto que esta operación tenga por fin no la conquista de los territorios señalados, sino su emancipación. Piensan así lograr -ganándose el apoyo de la población criolla- la definitiva liquidación del poder español en América. Si esto se consigue, todo el comercio de ultramar de las colonias quedará, inevitablemente, bajo el absoluto control de Gran Bretaña.

El general Beresford, en una carta que envía al ministro de guerra Castlereagh, expone claramente las causas que obligan a los británicos a abandonar sus anteriores proyectos de conquista, para promover, en cambio, la causa de la independencia americana. El jefe inglés señala que a los criollos “debe asegurárseles que el objeto de Gran Bretaña es darles la independencia, porque aunque estén decididamente inclinados a liberarse del yugo de España, son aún más hostiles a aceptar el de cualquier otra nación, y al conquistarlos nos acarrearíamos una piedra alrededor de nuestros cuellos, porque estarían continuamente vigilando y complotando contra nosotros...” (PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, Alejandro. 1972: T I 42). La tercera invasión no llega a realizarse. La rebelión asturiana ofrece a los británicos la posibilidad de reanudar la guerra contra Napoleón en el continente europeo y deciden enviar a la península ibérica las tropas que han alistado para atacar a América. El 12 de junio de 1808, Canning entrega una respuesta formal a los representantes de la Junta de Asturias, anunciándoles que su pedido de auxilio será atendido por el gobierno inglés.

III. Los días previos a la Revolución, situación política en “el Plata”

A principios de 1809, Liniers ocupaba el cargo de virrey, y el poder en España estaba representado por la constituida Junta Central, que se llamó de Sevilla. Los adversarios porteños del héroe de la defensa contra los ingleses urdieron en Buenos Aires un movimiento para destituirlo, que encabezó don Martín de Alzaga, caudillo del sector españolista. El motín, que estalló principios de enero de 1809, fracasó porque Liniers tuvo el apoyo de las milicias criollas, pero la Junta Central no fue insensible al recelo que suscitaba la nacionalidad del virrey, y designó a Baltasar Hidalgo de Cisneros. Mientras en España el avance de los ejércitos franceses achicaba mes a mes el territorio sobre el cual gobernaba la Junta Central, en dos ciudades del Virreinato -Chuquisaca y La Paz- estallaron sublevaciones, pero fracasaron, no encontrando eco en las otras ciudades, y siguieron a la derrota las habituales represalias: confiscaciones, destierros, la cárcel y la muerte para los principales dirigentes.

Ya sobre fines de 1809, en Buenos Aires, las divergencias entre criollos y españoles se hacen cada vez más profundas, Cisneros intenta mitigar esas disensiones con medidas prudentes, pero ello no basta. El 25 de noviembre Cisneros crea el Juzgado de Vigilancia Política, destinado a perseguir tanto a los afrancesados como a aquellos que auspician regímenes políticos contrarios a la conservación de América en dependencia de España, influyendo a quienes propaguen “falsas y funestas noticias sobre el estado de la Nación.” (PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, Alejandro. 1972: T I, 43).

El año 1810 es año de la encrucijada. Los múltiples caminos de la influencia inglesa, la independencia norteamericana, la Revolución Francesa, los planes de Miranda, la ambición napoleónica,

parecen llevar en ese momento hacia una coincidente inspiración: imponer el final de la dominación española en el Nuevo Mundo. Como ya mencionamos, la fragata inglesa “Miseltoe” arribó el 14 de mayo de 1810 a Buenos Aires, trayendo impresos con informaciones de Cádiz fechadas el 4 de febrero, ellas confirmaban los rumores que ya circulaban en el Río de la Plata. Pero, además, llega con la nave británica la noticia de que el día anterior, 13 de mayo, había anclado en Montevideo la fragata británica Juan I, con informes más actualizados. De este modo, se conoce en Buenos Aires que los franceses están ya muy próximos a Cádiz, que la Junta Suprema ha sido disuelta y que se ultiman los preparativos para el inmediato traslado del gobierno a la isla de León. “El martes 15 de mayo -anota un testigo en su Diario- reventó la explosión esperada por tanto tiempo” (PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, Alejandro. 1972: tomo I, 44). Una diputación militar se apersona ese día a Cisneros y le concedió plazo de dos horas para que confirme o rectifique lo que todo Buenos Aires sabe. El virrey, aunque se tomó más tiempo, no puede ocultar los desastres del reino, y se ve obligado a ordenar la publicación de las noticias sobre la guerra de España, que pocos días antes habían llegado a bordo de los dos barcos ingleses.

En el Río de la Plata, las compuertas de la dominación se levantaron porque algunos sectores (que mencionaremos más adelante) mostraron su inquebrantable voluntad de hacerse escuchar ante los gobernantes españoles, y como la multitud se había jerarquizado en lo militar y en lo político, no hubo más remedio que invitar al pueblo a un cabildo abierto, que no se trató, por supuesto, de una académica deliberación acerca de los acontecimientos ocurridos en España, sino de las medidas que frente a ellos, debía decidir Buenos Aires.

IV. Aspectos jurídicos e intereses en juego a partir del Cabildo Abierto del 22 de mayo

El estudio de los aspectos jurídicos y políticos de la Revolución de Mayo se relacionan estrechamente con el tema del Cabildo abierto del 22 de mayo, la Petición del Pueblo del día 25 y el conflicto de la Junta de Gobierno patrio con la Audiencia (LEVENE Ricardo, 1952:255). Como antecedente histórico fundamental, recuérdese que la Junta Suprema de Sevilla dictó un decreto de excepcional alcance político para América, el 22 de enero de 1809 en que se consideraba “que los vastos y preciosos dominios que España posee en las Indias no son propiamente Colonias o Factorías como las de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la monarquía española”. Por tanto, “reinos, provincias e islas deben tener representación nacional y constituir parte de la Junta Central (gubernativa del reino) por medio de sus diputados por cada distrito”. Este documento fue estimado en todo su valor por Mariano Moreno, en su escrito “Representación de Hacendados y Labradores” de septiembre de ese mismo año. En el citado escrito dijo Moreno: “la igualdad de las Provincias europeas y americanas era una prerrogativa que, según las leyes fundamentales de las Indias, nunca debió desconocerse”, anticipando el fundamento legal de la Revolución de 1810 (LEVENE Ricardo, 1952:257). Ahora, en 1810, cuando el rey de España, Fernando VII, no es guardado por Dios sino por Napoleón, la América española va a buscar la libertad invocando ¡el absolutismo monárquico! ... Si el rey es el dueño de todo y el rey no está en el trono, el Río de la Plata no acepta ser de propiedad de ningún otro. Como si este paradójico razonamiento no fuera bastante, tuvo una segunda etapa similar. ¿Quién debe gobernar en el Río de la Plata? Los revolucionarios criollos invocaron “las leyes españolas”. En efecto, el decreto había establecido que los territorios de América no eran colonias.

La sutileza revolucionaria encontró conveniente pues invocar las leyes y declaró que si las provincias de España tenían el derecho de elegir sus autoridades, organizando juntas provinciales, y así lo habían hecho para rechazar la invasión napoleónica, el Río de la Plata haría lo mismo. Por eso, en el Congreso General del 22 de mayo se creyó razonable proponer que Cisneros cesara en su cargo de virrey pues había sido designado por la Junta Central de Sevilla, si las juntas provinciales españolas habían gobernado en nombre de Fernando VII, también la junta que iba a constituirse en Buenos Aires gobernaría en nombre del monarca cautivo de Bonaparte. A esta ocultación de los verdaderos propósitos de los criollos se la ha llamado “la máscara de Fernando VII”, que cumplió la función de disfraz de la revolución.

Por lo demás, razones internacionales gravitaron también para justificar la “máscara”. La invasión napoleónica en España, resistida por su pueblo, determinó un viraje completo en el panorama de la

política europea: considerando al emperador francés como al enemigo peligroso, el gobierno inglés decidió apoyar esa lucha de las juntas populares españolas y concertó con ellas una alianza que lógicamente, le impedía a Inglaterra atacar a las colonias de España en América. Necesitando conciliar esta política y los intereses de la economía inglesa, siempre pendiente de los mercados de la América española, Gran Bretaña sólo podía ayudar disimuladamente cualquier plan de independencia de dichas colonias.

Los españoles también apelaron a disimular intenciones. El Cabildo con sus miembros era un reducto del sector españolista. Cuando en el cabildo abierto del 22 de mayo se aprobó por amplia mayoría la cesación de Cisneros en el cargo (7), para demorar la concreción de ésta, se objetó que si bien el Virreinato del Río de la Plata estaba equiparado a las provincias de la propia España y tenía, por lo tanto, el derecho de elegir una junta, esa decisión no podía tomarse en el cabildo abierto, en el cual sólo estaban representados los vecinos de Buenos Aires. Si la autoridad de Cisneros abarcaba todo el Virreinato, todo el Virreinato debía participar en el debate. Como se ve, los criollos invocaban las Leyes de Indias porque así les convenía; los españoles invocaban, a su vez, inusitados conceptos de respeto a la voluntad popular, porque así ganaban tiempo y se afirmaban en el interior del Virreinato. En definitiva, el cabildo abierto del 22 de mayo deliberó largo, y decidió que en una nueva reunión a convocarse por el Cabildo se elegiría la junta que debía reemplazar a Cisneros. Este último urdió una audaz maniobra: dar por concluido el Congreso General; atribuirse a los cabildantes, el derecho de elegir la junta, y en esa junta mantener a Cisneros como presidente. El aspecto habilidoso de la maniobra es que en la junta que presidía Cisneros, la cual estaba constituida por cuatro vocales, dos de ellos eran personajes del grupo criollo: Saavedra, jefe del regimiento de milicias denominado de Patricios, y el doctor Castelli. Según el reglamento especialmente redactado, Cisneros, en su carácter de presidente de la junta, retenía el mandato de las fuerzas. La maniobra tuvo en un comienzo éxito, y a las tres de la tarde del día 24 de mayo, la junta así constituida, tras las ceremonias de práctica, quedó instalada, pero a las diez de la noche renunciaban a sus cargos los dos vocales criollos, y esta actitud arrastraba a los demás miembros. ¿Qué había ocurrido?, la juventud revolucionaria disconforme con esa solución transaccional, agitó los cuarteles y las calles; se lanzaba contra Saavedra y Castelli, cuya postura conformista ya no le satisfacía, y fueron más lejos: elaboraron la junta que debía instalarse y se lanzaron a buscar las firmas que respaldaran esa solicitud. Las firmas iniciales corresponden a algunos de los jefes de las milicias, lo cual resulta lógico si se recuerda el carácter ciudadano de ellas y que la solicitud por el momento histórico que se vivía, no tenía nada de inocente, sabían bien que la pluma podía ser reemplazada por la espada (8).

Así se formó la primera Junta en Buenos Aires (9), fuera de la capital la situación no fue recibida de la misma forma, el gobernador español de Montevideo desconoció a la Junta presidida por Saavedra y aprovechando los barcos de que disponía, resolvió poco después bombardear a Buenos Aires desde el río y bloquear el puerto. En el interior del vasto territorio, los gobernadores intendentes, obedientes a las órdenes de Cisneros, adoptaban medidas que no disimulaban la lucha armada a punto de

(7) En el Cabildo abierto del 22 de mayo, aparte de los letrados españoles y algunos criollos que estaban con el Virrey y seguían al Fiscal Villota, 21 abogados votaron por la cesantía del virrey. Los Oidores de la Audiencia informaban a España, respecto -del 25 de Mayo, que pronto serían sacrificados en sus cargos, cediendo a las exigencias "de los abogados revoltosos que aun buscaban las plazas".

(8) Los primeros nombres corresponden a los jefes de cuerpos: Martín Rodríguez, Ortiz de Ocampo, Florencio Terrada, Juan José Viamont, Esteban Romero, Esteve y Llac, José Merelo, Pedro García, Pedro Ramón Núñez, Eustaquio Díaz Vélez. Enseguida, dos firmas se consignan con esta sugestiva advertencia: "Por mí y a nombre de los seiscientos, Antonio Luis Beruti". "Por mí y a nombre de seiscientos, Domingo French". LEVENE Ricardo, 1952:261.

(9) El texto de la petición escrita explica que durante el día 25 de Mayo el sentimiento público se proyectara en estas dos frases. Una es: "El pueblo quiere saber de qué se trata", exigencia de la multitud para que el Cabildo aceptara de una vez la renuncia de Cisneros y de los componentes de la Junta constituida el día 24 bajo su presidencia. Otra es: "¿dónde está el pueblo?", la Junta de Gobierno Patrio que surgió con la Revolución popular el 25 de Mayo, chocó con el Cabildo y la Audiencia, que eran los focos activos de la contrarrevolución.

desencadenarse. En Córdoba, los realistas habían conseguido la adhesión de Liniers, quien se creyó obligado a la lealtad monárquica, y rechazó la oferta de apoyo o prescindencia que le hicieron sus amigos criollos.

La aparente cordialidad entre los realistas y los criollos en la capital sólo duró cuatro semanas. Una tarde, inesperadamente, el gobierno citó a Cisneros y a los miembros de la Audiencia a una entrevista en el Fuerte, e invocando un supuesto plan atentatorio contra los funcionarios españoles convocados, los embarcó a todos en un navío inglés. La junta revolucionaria había procedido de este modo porque pudo interceptar la correspondencia que entre sí cambiaban los grupos españoles y advirtió a tiempo la amplitud del plan contrarrevolucionario. Una fuerza militar que marchó al norte, que dispersó en Córdoba núcleos contrarrevolucionarios y “arcabuceó” a los dirigentes, sin perdonar siquiera a Liniers.

V. La estructura social en “el Plata”, los protagonistas de la revolución y su pensamiento

El desarrollo de los estudios históricos de la revolución de Mayo, en escasas oportunidades han avanzado sobre los distintos grupos de interés que influyeron en aquellas fechas. (GALASSO Norberto, 2002:19). Los antagonismos son tajantes en esos días de mayo de 1810. Por un lado, los representantes del absolutismo, “los godos” (virrey, oidores, síndico, burocracia colonial, así como un sector de la fuerza armada) y los viejos comerciantes “registreros”, usufructuarios del monopolio comercial, con sus esclavos, escudos y abolengos (los Álzaga, Belástegui, Pinedo, Martínez de Hoz, Ocampo, Sáenz Valiente, Ezcurra, Santa Coloma, Oromí, Lezica y tantos otros). Por otro lado, un heterogéneo frente antiabsolutista, democrático, revolucionario. En éste, coexisten sectores claramente diferenciados: a) la pequeña burguesía jacobina (abogados como Moreno, Castelli, “Pancho” Planes, Belgrano; médicos como Argerich); b) trabajadores y empleados (estatales como Beruti, gráficos como Donado, un cartero como French, todos ellos activistas, como Dupuy, Arzac, Cardozo y tantos otros); c) sacerdotes populares como Alberti y Aparicio; d) sectores medios de tendencia moderada (desde propietarios y burócratas hasta militares como Saavedra); y e) una emergente burguesía comercial ligada al puerto de Buenos Aires. Esta última nace vinculada al contrabando, en estrecha conexión con los intereses británicos que pugnan por ampliar el libre comercio en esta zona. Se trata de comerciantes “de nuevo tipo”, en tanto se hallan fuera del sistema registril que beneficia a “los godos” y por tanto, se sostienen con permisos precarios para ejercer el comercio. A su vez, se compone de dos sectores: el de los comerciantes de origen hispano-criollo, que ambulan por los márgenes de la ley (Riglos, Aguirre, Sarratea, Rivadavia) y el de los comerciantes ingleses radicados temporariamente en Buenos Aires (Parish, Robertson, Miller, Dillon, MacKinnon, Wilde, Craig, Billinghurst).

Por esta razón, si Mayo fue -para Moreno y sus amigos- el revolucionario Plan de Operaciones (apropiación de capitales de los mineros altoperuanos. Estado industrial, reivindicación del indio, proteccionismo, democracia política, eliminación de la Inquisición, de títulos de nobleza y de torturas, etc.), en cambio significó, para esa burguesía comercial, solamente comercio libre con Gran Bretaña.

Vale como aclaración que la revolución no va a enfrentar a criollos y españoles o, según se decía entonces, a españoles americanos y españoles europeos estrictamente ubicados como tales, pues no se trató de un conflicto de nacionalidades (LEVENE Gustavo Gabriel, 1974:145). Más exacto sería el uso de las expresiones patriotas y realistas para designar a los partidarios de los dos bandos, o todavía mejor sería hablar de una lucha entre liberales y absolutistas. En principio, ser patriota, liberal o revolucionario era estar dispuesto a buscar la independencia organizando una sociedad diferente y más justa, que la vivida bajo la dominación colonial. En cambio, ser realista o absolutista era defender lo que ya estaba.

Por el ambiente familiar en que se educaron, y por las actividades comerciales en las cuales participaban directa o indirectamente, los miembros de la Junta pueden ser ubicados, desde el punto de vista económico-social, en el sector de la burguesía mercantil de Buenos Aires. Pero, aunque coincidieron en las primeras semanas, aparecieron después las divergencias, pero no cabe duda que es exacta la afirmación del propio Belgrano cuando, años más tarde, aludiendo al comienzo de la acción de la Junta, evocaba la perfecta armonía que reinaba en ella. Prueba de ello es que entre los nue-

ve miembros del gobierno que iniciaba la revolución, dos eran españoles europeos, o para precisar más catalanes: don Domingo Matheu y don Juan Larrea. Ambos hombres de fortuna, Matheu sería a poco el encargado de la organización de la fábrica de fusiles, y Larrea, que alcanzó la presidencia de asambleas revolucionarias, contribuiría a la formación del poder naval de la nueva nacionalidad. De manera análoga en su mayoría los jefes de los ejércitos que combatieron a la revolución, aunque en la terminología común se designan como españoles, eran en realidad americanos: Goyeneche, Tristán, Olañeta, etc., habían nacido dentro del propio Virreinato.

Un examen panorámico de los hombres que integraron la junta instalada el 25 de mayo permite apreciar al momento la existencia de matices profesionales y doctrinarios. Así, el presbítero Manuel Alberti encarnó, por su resuelta identificación con las más categóricas tendencias de la revolución, el sector sacerdotal que combatió la posición casi siempre realista y antirrevolucionaria de los obispos en el Río de la Plata. Ya ha sido recordada la decisiva participación, en los acontecimientos que precedieron al 25 de mayo, de Cornelio Saavedra, jefe del regimiento de Patricios; de Manuel Belgrano, y de Castelli, primo de Belgrano, el cual reiteraría en la revolución las dotes oratorias que ya había evidenciado en el cabildo abierto del 22 de mayo. Quedan, para ser mencionados, un último vocal, don Miguel de Azcuénaga, y los dos secretarios de la Junta. Azcuénaga, nacido en Buenos Aires y educado en España, pertenecía a tradicionales familias porteñas. De nuevo en el país, había integrado al ejército en el arma de artillería, combatiendo contra los portugueses en el conflicto por la Banda Oriental; conocido las luchas de frontera con los indios, en la provincia de Buenos Aires, y ascendido hasta coronel, grado que alcanzó en 1802. Simultáneamente con su carrera militar había sido honrado con los cargos de cabildante, alcalde, etc. Luchó en las invasiones inglesas, y luego volcado en la tendencia revolucionaria, su domicilio, en una esquina de la plaza Mayor, presenció muchas de las reuniones de los criollos dirigentes de ella (10).

Juan José Paso, a cargo de la secretaría de Hacienda, había cumplido un curioso itinerario previo. Dos veces doctor, pues estudió derecho y egresó de las universidades de Córdoba, primero, y de Chuquisaca, después, residió varios años en Lima. "Ignoramos esta parte de su vida, pero no es aventurado conjeturar que ejerciera su profesión de abogado ante la Audiencia" (VILLEGAS BASAVILBASO Benjamín, 1933:1 y ss.). Como si su permanencia en la tradicional adversaria de Buenos Aires le hubiera contagiado las monopolistas convicciones limeñas, de vuelta a la capital del Virreinato y después de ser designado agente fiscal perpetuo de la Audiencia porteña, en noviembre de 1806 es elegido por el Consulado para representar en España "los intereses de los comerciantes que reclamaban del Rey la abolición del tráfico mercantil con puertos extranjeros. Esta elección demuestra, al mismo tiempo que su prestigio como abogado, su posición equivocada como economista en el grave problema del comercio libre". Resulta curioso que el primer secretario de Hacienda del gobierno revolucionario hubiera, pues, nadado en esas aguas. Es que, como lo señala Villegas Basavilbaso: "hasta entonces Paso es una figura de la Colonia. No tiene, al parecer, intervención visible en las invasiones inglesas"... "Aún no ha entrado en la corriente de los sucesos que se precipitan". Pero en 1809 el doctor Juan José Pasó integra con autoridad y prestigio el grupo dirigente de la revolución. Al cabildo del 22 de mayo acudió, con sus cincuenta y dos años y con su talento de orador y de abogado revolucionario, para votar, en esta su primera cita con la historia, que "el virrey cese en el mando; que éste recaiga interinamente en el Cabildo que la Junta Gubernativa debe constituirse de inmediato" (VILLEGAS BASAVILBASO Benjamín, 1933:1 y ss.).

El otro secretario, a cargo de las tareas de gobierno y guerra, era el joven Mariano Moreno. Nos centraremos sobre su visión económica, y los orígenes de su escrito "La Representación de los Hacendados". Vale destacar que Moreno conocía claramente la praxis del Derecho Comercial, además

(10) Casi octogenario, Miguel de Azcuénaga falleció en 1833 en su casa quinta de Olivos (actual residencia presidencial). Confirmando lo señalado en el texto, en el sentido de que la lucha iniciada en 1810 no era un enfrentamiento de nacionalidades, puede señalarse que Domingo Azcuénaga, de profesión abogado, nacido como su hermano Miguel en Buenos Aires, permaneció fiel a España y llegó a escribir versos que no disimulaban su esperanzada fe en el triunfo de las banderas de Fernando VII.

de ser un teórico de la economía, ya que se había desempeñado en el cargo de Relator interino de la Audiencia, conociendo de cerca a los oidores, su saber y conducta. (LEVENE Ricardo, 1952:261). A partir de allí realizó su proyecto que como ya mencionamos que era claramente contrario a la Reglamentación de Comercio de 1809. Por ello, mientras el decreto de 6 de noviembre producía los efectos apuntados, el escrito revolucionario de Moreno conquistaba adeptos y alcanzaba una popularidad prevista por su autor. El virrey pensó en alejarlo del país, mandándolo a la Península, aplicándole el destierro, como ensayó con Liniers, conforme a una política, que puso en vigor desde su exaltación al mando. Moreno estaba advertido sobre la trascendencia pública, exterior e interior que tendría el asunto. El autor de la Representación deseaba publicar inmediatamente su escrito. En uno de sus pasajes le decía al virrey: “La estrechez del tiempo no permite dar la debida extensión a mis ideas, si V. E. gusta que se publique este Escrito, podré entonces agregar las reflexiones que ahora suprimo” (LEVENE Ricardo, 1952:263). Comprobado el deseo de Moreno de dar a luz su trabajo, es indudable que no se llevó a cabo porque Cisneros no lo autorizó; por el contrario, con el escrito que le diera tanta reputación rompió lanzas con el virrey. Era absurda la pretensión de sepultar en el silencio el escrito de Moreno. Copias del original se difundieron, incluso José Da Silva Lisboa, eminente jurista y economista brasileño, tradujo al portugués, prologó y publicó la Representación de los Hacendados. Vale destacar que Belgrano, desarrollaba las mismas ideas y desde principios de marzo de 1810 publicaba en el Correo de Comercio artículos doctrinarios y útiles, sobre comercio, industria y agricultura, volviendo sobre su prédica en el Consulado, que había iniciado hacía quince años.

VI. Conclusión

A modo de colofón, retomaremos cual fue el resultado para cada uno de los protagonistas de la política internacional de la revolución de Mayo. El 25 de Mayo de 1810 resulta en primer tiempo, una respuesta inglesa al 12 de agosto de 1806. Los soldados derrotados en las jornadas de la Reconquista de 1806 y en la Defensa de 1807 volvieron a Gran Bretaña, pero los mercaderes permisionarios del Edicto de Libre Comercio del año 1809 quedaron como comerciantes y como conductores políticos. Inglaterra no había conquistado militarmente la ciudad, pero había conquistado económicamente el mercado de Buenos Aires. Con la posesión económica de Buenos Aires, Gran Bretaña tenía asegurada la posesión económica de la América del Sur, de la misma manera que la posesión económica de Hong Kong le aseguró la posesión económica de toda China continental a través del Tratado de Nankín de 1842 (CHOU, Ku Cheng, 1966:40). Los males del monopolio mercantil, del absolutismo monárquico, de la intolerancia religiosa, de la desigualdad social, van a desencadenar, en las más diversas latitudes, las mismas respuestas violentas, cuando la acefalía monárquica en España permite aprovechar la coyuntura. Sobre la trama de la historia universal, la América española va a tejer, en 1810, su perfil de independencia. La lucha resultaría larga y sangrienta.

En materia económica, resulta significativo que la Junta gubernativa patria, a los 10 días de instalada, dictara un decreto sobre una nueva escala de derechos a la exportación de frutos del país, disminuyéndolos notablemente (11) y se le comunicara a Lord Strangford, con motivo de las medidas adoptadas para evitar el contrabando, informándole que “el negociante introductor y el consignatario, el comerciante nacional y el hacendado quedaban respectivamente mejorados con las ventajas de más de un ciento por ciento en la moderación de los derechos de extracción.” (LEVENE Ricardo, 1952:265). Significativo es también que a los veinte días subsiguientes del 25 de mayo, se permitiera la extracción de metales preciosos previo pago de derechos, para evitar su salida clandestina, y por último, que diera por no existente la obligación que tenían los extranjeros de consignar las mercaderías a nombre de un comerciante español, pues se sabe que Moreno fue en este punto mucho más lejos, llegándose a decretar, el 3 de diciembre, que los amos de la víspera no podían siquiera obtener empleo público. Como consecuencia de las franquicias liberales concedidas por la Junta gubernativa,

(11) El mismo procurador José de la Rosa, el 28 de mayo, era quien pedía a la Junta la moderación de los exorbitantes derechos, fundado en todas las razones que había expuesto oportunamente Moreno.

se produjo un sensible repunte en el rendimiento de la Aduana, especialmente a partir del mes de septiembre (12). En total, en el curso del año 10, la Aduana recaudó la suma de 2.676.601.

Finalmente cabe agregar que el programa económico de la Revolución no solo se concretó en los puntos enunciados, extendiéndose a otros referentes a la tierra pública, colonización del desierto, habilitación de nuevos puertos, y más amplias franquicias comerciales. Los principios económicos liberales proclamados por Moreno en 1809 se oponían por igual, al cónclave de los antiguos comerciantes privilegiados y al núcleo de los que se vieron obligados a aceptar la fórmula de transacción articulada en el acta de 6 de noviembre. En 1810, desde el gobierno, se aplicaron aquellos principios, satisfaciéndose de este modo la agitación pública de intereses e ideas que se había formado en Buenos Aires.

VII. Bibliografía

ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, Documentos referentes a la guerra de la independencia, Buenos Aires, 1914.

ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, Archivo de Gobierno de Buenos Aires, 1810, tomo 75, capítulo CLXX.

CHOU, Ku Cheng: Breve Historia China, Ed. Capricornio, Buenos Aires, 1966. pág. 40

FERNÁNDEZ CISTAC, Roberto, La Patria Perdida, Instituto de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas, Buenos Aires, 1994.

FERNS Harry S. Gran Bretaña y Argentina en el Siglo XIX, Hachette, Buenos Aires, 1966.

GALASSO Norberto, De la banca Baring al FMI, Historia de la Deuda Externa Argentina (1824-2001), Ediciones Colihue, 2002

GIMÉNEZ VEGA, E. S.: Neo colonialismo en la Argentina, 3 vols., Madrid, 1974

GONZÁLEZ, Julio C., Los tratados de paz por la Guerra de las Malvinas, Buenos Aires, El Copista, 1998.

JUSTO, Liborio: Nuestra Patria Vasalla, Ed. Schapire, Buenos Aires, 1968.

LEVENE Ricardo, Ensayo histórico sobre la revolución de mayo y Mariano Moreno (contribución al estudio de los aspectos político, jurídico y económico de la revolución de 1810), Buenos Aires, Facultad de derecho y ciencias sociales, 1920-21; Manual de Historia del Derecho Argentino. Edit. Kraft, Bs. As, 1952.

LEVENE Gustavo Gabriel, Nueva Historia Argentina. Ediciones Argentinas S.R.L. 1974.

LEVILLIER Roberto, "Antecedentes de política económica en el Río de la Plata: Documentos originales de los siglos XVI al XIX seleccionados en el Archivo de Indias de Sevilla", publicados por el autor, Madrid, Est. Tip. Sucesores de Rivadeneyra, 1915.

MORENO Manuel, Colección de arengas en el foro y escritos de Mariano Moreno, Londres, 1836; Vida y memorias de Mariano Moreno, La Cultura Argentina, Bs. As. 1918.

OSSORIO Ángel, Nociones de Derecho Internacional Publico, Colección Oro de Cultura General, Atlántida, Buenos Aires, 1944.

(12) He aquí el cuadro del producido mensual de la Aduana, cuyos datos hemos tomado de los documentos del Archivo general de la Nación (Archivo de Gobierno de Buenos Aires, tomo 75, cit.) y que coinciden con los publicados — salvo alguna ligera variante — en la Gazeta : Mayo y Junio..... 132.166.6 ½; Julio (1)..... 133.276. 4/2; Agosto (2)..... 130.259. ¾; Septiembre (3)..... 176.880.4 ¾; Octubre (4)..... 147.541.2 rs.; Noviembre (5)..... 243.158.3 ¾; Diciembre (6)..... 191.963.1 ½; Sumando lo recaudado en los meses hasta mayo, el total del producido de la Aduana durante el año de 1810 es de 2.676.601,71. (1) En la Gazeta del 6 de septiembre. (2) En la Gazeta de 20 de septiembre figura 173.540. (3) En la Gazeta del 1º de noviembre. (4) En la Gazeta del 8 de diciembre. (5) En la Gazeta del 10 de enero de 1811. (6) Este dato es de la Gazeta de 31 de enero de 1811.

PÉREZ AMUCHÁSTEGUI Antonio, Crónica Argentina, Códex, Buenos Aires, 1972.

RODRÍGUEZ Bernardo N., Una propuesta para humillar a España -(Escrita en 1711 en Gran Bretaña por una persona de distinción)- Traducción, Ed. Comando en Jefe de la Armada, Departamento de Estudios Históricos Navales, Serie "J" Libros o Impresos Raros N° 2, Buenos Aires, 1970.

VILLEGAS BASAVILBASO Benjamín en: "Juan José Paso", conferencia pronunciada en la Academia Nacional de la Historia el 10 de setiembre de 1933.

WILLAMS ÁLZAGA, Enrique, La Fuga del General Beresford, Emecé, Bs. As, 1965. ♦

DOCUMENTOS

Acta del día 25 de mayo de 2810 (*)

En la muy Noble y muy Leal Ciudad de la Santísima Trinidad, Puerto de Santa María de Buenos Aires, a 25 de Mayo de 1810; los Señores del Exmo. Cabildo, Justicia y Regimiento, a saber: D. Juan José de Lezica y D. Martín Gregorio Yaniz, Alcaldes ordinarios de primero y segundo voto; Regidores D. Manuel Mancilla, Alguacil Mayor; D. Manuel José de Ocampo; D. Juan de Llano; D. Jaime Nadal y Guarda; D. Andrés Domínguez; D. Tomás Manuel de Anchorena; D. Santiago Gutiérrez; y el Dr. D. Julián de Leiva, Síndico Procurador general; se enteraron de una representación que han hecho a este Exmo. Cabildo un considerable número de vecinos, los Comandantes, y varios oficiales de los cuerpos voluntarios de esta capital, por si y a nombre del pueblo; en que, indicando haber llegado a entender que la voluntad de este resiste la Junta, y Vocales que este Excmo. Ayuntamiento se sirvió erigir, y publicar a consecuencia de las facultades que se le confirieron en el Cabildo abierto de 22 del corriente; y porque puede, habiendo reasumido la autoridad y facultades que confirió, y mediante la renuncia que ha hecho el Señor Presidente nombrado y demás Vocales, revocar y dar por de ningún valor la Junta erigida y anunciada con el Bando de ayer, 24 del corriente; la revoca y anula, y quiere que este Exmo. Cabildo proceda á hacer nueva elección de Vocales que hayan de constituir la Junta de Gobierno, y han de ser los Señores D. Cornelio de Saavedra, Presidente de dicha Junta, y Comandante general de Armas, el Dr. D. Juan José Castelli, el Dr. D. Manuel Belgrano, D. Miguel Azcuenaga, Dr. D. Manuel Alberti, D. Domingo Mateu, y D. Juan Larrea, y Secretarios de ella los Doctores Don Juan José Passo, y D. Mariano Moreno, cuya elección se deberá manifestar al pueblo por medio de otro bando público; entendiéndose ella bajo la expresa y precisa condición de que, instalada la Junta, se ha de publicar en el término de 15 días una expedición de 500 hombres para auxiliar las provincias interiores del reino, la cual haya de marchar a la mayor brevedad, costeándose ésta con los sueldos del Exmo. Sr. D. Baltazar Hidalgo de Cisneros, Tribunales de la Real Audiencia Pretorial, y de Cuentas, de la Renta de tabacos con lo demás que la Junta tenga por conveniente cercenar, en inteligencia, que los individuos rentados no han de que dar absolutamente incongruos, porque ésta es la manifiesta voluntad del pueblo. Y los Señores, habiendo salido al balcón de estas casas capitulares, y oído que el pueblo ratificó por aclamación el contenido de dicho pedimento o representación, después de haberse leído por mi en altas e inteligibles voces, acordaron que debían mandar y mandaban se erigiese una nueva Junta de Gobierno compuesta de los Señores expresados en la representación de que se ha hecho referencia, y en los mismos términos, que de ella aparece, mientras se erige la Junta general del Virreinato: Lo segundo: que los Señores, que forman la precedente corporación comparezcan sin pérdida de momentos en esta Sala Capitular á prestar el juramento de usar bien y fielmente sus cargos, conservar la integridad de esta parte de los dominios de América á nuestro Amado Soberano el Señor D. Fernando VII, y sus legítimos sucesores, y observar puntualmente las Leyes del Reino. Lo tercero: que luego que los referidos Señores presten el juramento sean reconocidos por depositarios de la autoridad superior del Virreinato, por todas las corporaciones de esta capital, y su vecindario, respetando y obedeciendo todas sus disposiciones, hasta la congregación de la Junta general del Virreinato, bajo las penas que imponen las Leyes á los contraventores. Lo cuarto: que la Junta ha de nombrar quien deba ocupar cualquiera vacante por renuncia, muerte, ausencia, enfermedad, ó remoción. Lo quinto: que aunque se halla plenísimamente satisfecho de la honrosa conducta, y buen procedimiento de los SS mencionados, sin embargo, para satisfacción del Pueblo, se reserva también estar muy á la mira de sus operaciones y caso no esperado, que faltasen á sus deberes, proceder á la deposición con causa bastante, y justificada, reasumiendo el Excmo. Cabildo para este solo caso la Autoridad que le ha conferido el pueblo. Lo sexto: que la nueva Junta ha de celar so sobre (sic) el orden y la tranquilidad pública, y seguridad individual de todos los vecinos, haciéndosele, como desde luego se le hace, responsable de lo contrario. Lo séptimo: que los referidos Señores se componen la Junta provisoria, queden excluidos de ejercer

(*) V. *Los Días de Mayo. 1810*. Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1897.

el poder judicial, el cual se refundirá en la Real Audiencia, a quien se pasarán todas las causas contenciosas, que no sean de gobierno. Lo octavo: que esta misma Junta ha de publicar todos los días primeros del mes un Estado en que se dé razón de la administración de Real Hacienda. Lo nono: que no pueda imponer contribuciones, ni gravámenes al pueblo: ó sus vecinos, sin previa consulta y conformidad de este Excmo. Cabildo. Lo décimo: que los referidos Señores despachen sin pérdida de tiempo órdenes circulares á los Jefes de lo interior, y demás á quienes corresponda, encargándoles muy estrechamente, y bajo de responsabilidad, hagan que los respectivos Cabildos de cada uno, convoquen por medio de esquelas la parte principal, y mas sana del vecindario, para que formando un Congreso de solos los que en aquella forma hubiesen sido llamados, elijan sus Representantes, y estos hayan de reunirse á la mayor brevedad en esta Capital, para establecer la forma de gobierno que se considere mas conveniente. Lo undécimo: que elegido así el Representante de cada ciudad, ó villa, tanto los electores, como los individuos capitulares le otorguen poder en pública forma, que deberán manifestar cuando concurran á esta Capital, á fin de que se verifique su constancia; jurando en dicho poder no reconocer otro soberano que al Sr. D. Fernando VII y sus legítimos sucesores, según el orden establecido por las leyes y estar subordinado al gobierno que legítimamente les represente. Cuyos capítulos mandan se guarden y cumplan precisa, y puntualmente, reservando á la prudencia y discreción de la misma Junta el que tome las medidas mas adecuadas, para que tenga debido efecto lo determinado en el artículo diez, como también el que designe el tratamiento, honores, y distinciones del Cuerpo, y sus individuos, y que para que llegue a noticia de todos, se publique esta acta por bando inmediatamente, fijándose en los lugares acostumbrados. Y lo firmaron de que doy fé. Juan José Lezica; Martín Gregorio Yaniz; Manuel Mancilla; Manuel José de Ocampo; Juan de Llano; Jaime Nadal y Guarda; Andrés Domínguez; Tomas Manuel de Anchorena; Santiago Gutiérrez; Dr. Julián Leiva; Licenciado D. Justo José Núñez, escribano público y de Cabildo.

Acta de la Instalación de la Junta (*)

En la muy Noble y muy Leal ciudad de la Santísima Trinidad, Puerto de Santa Maria de Buenos Aires, á 25 de Mayo de 1810, sin haberse separado en la Sala Capitular los Señores del Excmo. Cabildo, se colocaron á la hora señalada bajo de docel, con sitial por delante, y en él la imagen del Crucifijo y los Santos Evangelios y comparecieron los Señores Presidente y Vocales de la nueva Junta Provisoria gubernativa, D. Cornelio de Saavedra, Dr. D. Juan José Castelli, Licenciado D. Manuel Belgrano, D. Miguel de Azcuénaga, Dr. D. Manuel Alberti, D. Domingo Mateu y D. Juan Larrea; y los Señores Secretarios Dr. D. Juan José Passo y Dr. D. Mariano Moreno, quienes ocuparon los respectivos lugares que les estaban preparados, colocándose en los demás los Prelados, Jefes, Comandantes y personas de distinción que concurrieron. Y habiéndose leído por mí, el actuario, la acta de elección, antes de jurar expuso el Sr. Presidente electo, que en el día anterior había hecho formal renuncia del cargo de Vocal de la primera Junta establecida, y que solo por contribuir á la tranquilidad pública y á la salud del pueblo, admitía el que se le conferían de nuevo, pidiendo se sentase en el Acta esta su exposición: seguidamente hincado de rodillas, y poniendo la mano derecha sobre los Santos Evangelios prestó juramento de desempeñar legalmente el cargo, conservar íntegra esta parte de América á nuestro Augusto Soberano el Sr. Don Fernando VII, y sus legítimos sucesores, y guardar puntualmente las leyes del Reino. Lo prestaron en los mismos términos los demás Señores Vocales por su orden, y los Señores Secretarios contraído el exacto desempeño de sus respectivas obligaciones: habiendo expresado el Sr. Don Miguel de Azcuénaga, que admitía el cargo de vocal de la Junta, para que por el Excmo. Cabildo, y por una parte del pueblo

(*) V. *Los Días de Mayo. 1810*. Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1897.

había sido nombrado en este día, atento al interés de su bien orden, y tranquilidad: más que debiendo ser la opinión, no solo del Excmo. Cabildo, sino la universal de todo el vecindario, pueblo, y partidos de su dependencia, pedía se tomara la que faltase y la represente; para la recíproca confianza, y seguridad de validez de todo procedimiento. Finalizada la ceremonia dejó el Excmo. Cabildo el lugar que ocupaba bajo el docel y lo tomaron los Señores Presidente y Vocales de la Junta; y el Sr. Presidente exhortó al concurso, y al pueblo a mantener el orden, la unión, y la fraternidad como también á guardar respeto, y hacer el aprecio debido de la persona del Excmo. Sr. Don Baltazar Hidalgo de Cisneros, y toda su familia; cuya exhortación repitió en el balcón principal de las casas capitulares, dirigiéndose a la muchedumbre del Pueblo que ocupaba la plaza. Con lo que se concluyó la acta de instalación, retirándose dicho Sr. Presidente, y demás Señores Vocales, y Secretarios á la Real Fortaleza por entre un inmenso concurso con repiques de campanas, salva de artillería en aquella, adonde no paso por entonces el Excmo. Cabildo, como lo había ejecutado la tarde de la instalación de la primera Junta, á causa de la lluvia que sobrevino, y de acuerdo con los Señores Vocales, reservando hacer el cumplido el día de mañana y lo firmaron de que doy fé Juan José Lezica; Martin Gregorio Yaniz; Manuel Mancilla; Manuel José de Ocampo; Juan de Llano; Jaime Nadal y Guarda; Andrés Domínguez; Tomas Manuel de Anchorena; Santiago Gutiérrez; Dr. Julián Leiva; Cornelio de Saavedra; Dr. Juan José Castelli; Manuel Belgrano; Miguel de Azcuénaga; Dr. Manuel Alberti; Domingo Mateu; Juan Larrea; Dr. Juan José Passo; Dr. Mariano Moreno; Licenciado Don Justo José Núñez, escribano público y de Cabildo.

CENTENARIO

DISCURSO DEL PRESIDENTE JOSÉ FIGUEROA ALCORTA (*)

Monumento a la Revolución de Mayo, Piedra fundamental, 25 de Mayo de 1910

Señores:

La dirección superior que rige la evolución de las cosas humanas y vela sobre el destino de los pueblos, ha prodigado sus auspicios misteriosos a la gloria del desnudo argentino por la libertad americana, estableciendo las bases de la soberanía internacional del Continente.

¡Ningún hecho más grande entre los que ha producido uno de los más grandes siglos de la historia!

El punto de partida del esfuerzo emancipador precede a la inspiración ardiente del estallido mismo, viene de orígenes más templados y serenos, y tiene formación sedimentaria en anhelos y aspiraciones colectivas que agitaban el ambiente moral del mundo civilizado, trascendiendo a todos los ámbitos con poderosa repercusión. Ha de ser, pues, para esos ideales, de sublime grandeza que han presidido la redención política de los pueblos, nuestro homenaje más alto en esa hora de las rememoraciones históricas y de la cívica expansión del regocijo público.

Obra del sentimiento y de la acción popular, el esfuerzo por nuestra independencia que fue en los hechos un drama intenso y glorioso, y es en las elevadas consagraciones del derecho el imperio del credo democrático, corresponde al pueblo argentino el primer galardón de la penosa jornada en la que conquistó con su sangre y su heroísmo, el escenario donde ganaría más tarde con su actividad y su inteligencia las batallas del trabajo y la civilización.

Considérese entretanto, que en la trama de la gran epopeya se destacan entre resplandores y sombras, dominando la escena heroica los precursores y los próceres, que encausaron las corrientes del impetuoso movimiento y dieron orientación y modalidad positiva a la idea redentora; y al evocarlos en este día que es todo de ellos, porque ellos fueron la encarnación viviente de la Patria, elevemos el espíritu hacia las inspiraciones de la verdad y la justicia, y rindamos a sus virtudes y sacrificios el tributo de veneración con que la posteridad los consagra inmortales en la historia.

¡Honor, pues, a los grandes principios morales y políticos tutelares de la libertad y del derecho humano, que infundieron en el espíritu argentino el ideal de la patria soberana; honor a la acción cívica de un pueblo que se mostró tan digno de los viriles antecedentes de su raza, como de la suprema legitimidad de sus anhelos; honor, en fin, a los próceres ilustres que fueron en la inspiración y en los hechos actores eminentes del histórico drama y ofrendaron en el altar de la patria el holocausto del heroísmo y de la gloria.

Señores:

La noche tres veces secular que sucedió a los resplandores de la conquista, gravitó sobre el continente sudamericano como un manto aislador y esterilizante, destinado a impedir la germinación de las ideas de progreso moral o político, y a dar estabilidad, en consecuencia, a la dominación colonial establecida.

Una conjunción de circunstancias fortuitas estimulaba la subsistencia de aquel predominio de la inercia sistemática: época de crisis universal determinada por múltiples factores, tenía su campo

(*) JOSÉ FIGUEROA ALCORTA. *Discursos*. Buenos Aires, L.J. Rosso. 1933. pp. 243 y ss.

de adaptación más fecundo en la entonces lejana factoría, aislada, desierta, inculta, a donde no alcanzaban sino apagados por el tiempo, la distancia y la fiscalización restrictiva, los ecos del mundo civilizado.

Aquella estagnación prolongada debía producir fatalmente los efectos y resultados que le son inherentes, y de ahí que a la esterilidad y penuria en lo material y económico, correspondiese en el mismo grado la depresión moral que bastardea los atributos de la raza, que anula los sentimientos de cohesión social, que suprime el ideal colectivo al libre ejercicio de la propia soberanía.

No es que la colonización española hiciera al respecto ni más ni menos que los demás predomnios conquistadores de aquellos tiempos; y no para atenuar el rigorismo extremo de la madre, que en dignísima representación recibe hoy el hijo con emoción cariñosa en el hogar engrandecido, sino para ser fieles a la verdad histórica, debemos considerar que los errores aludidos fueron productos del ambiente mundial de una época, caracterizada por los principios y tendencias que han resistido en luchas seculares el advenimiento de las nuevas ideas.

Pudo ser otra, en verdad, la actuación gubernativa de la Metrópoli en el régimen político de los estados que fundara su genio y su vigor; pero debió ser aquélla, para corresponder a la inflexible lógica de las leyes históricas, y acaso para justificación providencial anticipada de ulteriores reivindicaciones en nombre de la libertad.

La aptitud de expansión de las ideas, superior a toda coerción material, por grande que sea el poder que la determine, abatió en nuestro caso todas las barreras; y el aislamiento, la inacción y el desierto, resultaron en definitiva antemurales ineficaces a la propagación del verbo augusto que consagró la soberanía política de Sud América.

No hay en los anales de la evolución histórica de las naciones un hecho trascendental preparado, en sus orígenes y antecedentes, con caracteres más acentuados que el movimiento libertador de Mayo, a tal punto que, si en vez del lógico desenvolvimiento de las acciones humanas, hubiéramos de admitir la intervención de secretos designios en el régimen de la historia, diríamos que aquella influencia misteriosa formó el encadenamiento de los sucesos, colocando eslabones sucesivos en los principios proclamados por la revolución francesa, en el esfuerzo heroico de la reconquista de Buenos Aires, en la dominación napoleónica de la madre-patria, y en las mil circunstancias de múltiple carácter que modelaron la conformación espiritual y material de la gran epopeya.

Inconexa y sin virtualidad todavía bien definida, existía ya, sin embargo, una opinión pública, que asumiendo la dirección inicial de los acontecimientos, constituiría luego el alma y el brazo de la magna empresa; y fue en ejercicio del cometido de esa fuerza colectiva que los patriotas de Mayo desconocieron la existencia del poder originario del Virreynato substituído por autoridad extranjera, y proclamaron la decisión de reasumir nuestro derecho y echar las bases del gobierno del pueblo que aspiraba a ser libre y soberano.

Lo que fue nuestra revolución como acción militar, como actuación a la vez institucional y guerrera, como esfuerzo decisivo en los debates preliminares y en las contiendas de hecho, -está consignado en anales que proclaman la nobleza y el heroísmo de dos pueblos: fué el choque de dos gallardías cumpliendo bravamente sus respectivos destinos, en jornadas guerreras tan gloriosas como las que más honran la abnegación de un pueblo y el valor de una raza; fue la lucha potente y decidida de principios políticos divergentes, que debatieron su predominio lo mismo en los cabildos y juntas deliberantes, que en los campos de batalla; fue al mismo tiempo resultado y antecedentes, acción y dirección, impulso inmediato y actuación directa y principal en el desarrollo de los sucesos que fundaron la independencia de los pueblos del Continente. Y cuando al término de la cruzada gloriosa, pudo su influencia indirecta en el régimen político de las nuevas naciones, suscitar desacuerdos y celos, mantuvo incólumnes los fundamentos de su prestigio, replegando su acción y consagrándola a consolidar en la patria la obra institucional emprendida con el vigor de las grandes inspiraciones.

Altiya y noble como su credo, la revolución de 1810 no impulsó su acción en acto alguno del arduo proceso, al calor de pasiones y de sentimientos que no correspondieran a la grandeza de la causa; el odio, el rencor, la animosidad enconada de la guerra, no estuvieron en la índole ni en los hechos de aquellas campañas y combates que definieron destinos superiores sin desgarrar íntimas vinculaciones: de ahí que al término del lance viril y caballeresco, florezcan lozanos en el campo de la contienda los afectos perdurables entre los actores de aquel intenso drama de la historia hispano-americana.

Realizada la obra de la emancipación por el triunfo de los ejércitos patriotas, que de Tupiza a Ayacucho se cubrieron de gloria sin amenguarla de sus contenedores, y antes bien, confirmando las nobles cualidades de la estirpe, se inició para la nueva entidad incorporada al concierto de las naciones, el período más delicado y penoso: el de los primeros pasos en el escenario de la vida libre, el de adaptación de nuevos estatutos políticos, el de organización del régimen interno en sus bases fundamentales del gobierno institucional y administrativo, el del ensayo, en fin, vacilante y medroso unas veces, y otras decidido y violento, pero siempre eventual en los medios, e incierto y precario en los resultados.

El soldado de los ejércitos libertadores, instituido tribuno y gobernante, en una democracia embrionaria, en un medio ambiente semi caótico, sin otro bagaje que sus prestigiosos militares y su amor a la libertad, emprendió la obra de la organización civil y política, sin orientaciones definidas, desprovisto de los principales factores morales del gobierno propio, apremiado a todas las soluciones, abocado a todos los peligros, inclusive el del naufragio mismo, en el desquicio y en la inercia, de lo que había fundado la gloria y el denuedo.

En tales circunstancias, el problema se planteó, en el conjunto de sus complicaciones, superior a los medios de solución, y a medida que avanzó desprestigiada y maltrecha la actuación de los denominados gobiernos iniciales, fue condensándose aquel residuo sedimentoso de errores y de contiendas banderizas, hasta constituir la atmósfera vital del caudillismo, que fue a la vez causa y efecto, antecedentes y consecuencia de la anarquía política, de la guerra civil, del despotismo cruento, de la crisis moral más intensa que un país haya sufrido en el proceso de su evolución orgánica.

No armoniza con el medio ambiente de esta hora de patrióticas gratulatorias, el cuadro de aquel eclipse sombrío que detuvo en un largo espasmo de dolor y de amargura, el desarrollo de las aptitudes morales y materiales del país. Bástenos considerar que también hemos triunfado, -y Dios ha de permitir que sea para siempre jamás,- de aquella dura prueba, que fue en los hechos el crisol depurador de nuestras instituciones orgánicas; y hoy luce el sol de la libertad civil y política, el inmanente sol de Mayo, símbolo argentino de su credo y de su afán generoso por los ideales superiores de justicia y civilización; y hoy están abiertos al legítimo anhelo positivo y a las expansiones elevadas del espíritu, el vasto dominio territorial, hospitalario y fecundo, y el horizonte ilimitado del pensamiento y de la idea, donde se modelan todas las manifestaciones del ansia infinita por la felicidad humana.

Ascendemos la cima con el ánimo fuerte y el paso a la vez acelerado y firme. Nos apremian poderosos impulsos, que están en nosotros mismos, en nuestra conformación moral y física, en las instituciones libres, en el suelo fecundo, en el clima benigno, en la amplitud generosa de la vasta heredad, en el robusto batallar afanoso de una estirpe nueva que se forma por selección de energías cultivadas en terreno propicio, sin amenguar la esencia de la cimiento originaria.

En plena labor, en intensa faena de múltiple expansión en todos los órdenes de la vida colectiva, acaso pudiéramos afirmar que nos sorprende la declinación de la primera jornada secular de actuación soberana, y el advenimiento de una nueva centuria a recorrer en el camino sin término. Y suspensa un instante la tarea, para contemplarla, vuelta la mirada hacia el ocaso, se admira y se bendice el pasado, génesis de dolor y de heroísmo, de sacrificios y de gloria, que forjó en los principios de libertad y de justicia el pedestal de la Patria; mientras la orientación opuesta señala en la aurora de la era nueva, la obra actual consolidada y engrandecida en el porvenir por el esfuerzo de

las generaciones sucesivas, acrecentadas y felices en la paz del trabajo, en la armonía del derecho y la justicia, en la solidaridad del ideal y de la acción, en la vinculación imperecedera de los destinos comunes y de los anhelos superiores.

Alienta y fecundiza esta obra, que se manifiesta destinada a corresponder en sus resultados finales a la grandeza de sus orígenes, el tributo de vigorosa energía impulsada en progresión creciente de todas las naciones del orbe, en hombres e instituciones que buscan la radicación que les corresponde en la rotación incesante del progreso. De ahí el singularizado homenaje que debemos a los principios de redención humana que tienen por base la libertad y la justicia, que enaltecen el concepto del bien y la noción de la vida, que orientan los espíritus en el ritual del deber, que levantan los prestigios al nivel de los merecimientos, que estrechan en un vínculo fuerte de armonía y de paz a los hombres y a los pueblos, aproximándolos al ideal de la fraternidad imperecedera.

Y bien, señores: En la representación simbólica que ha de dar la gráfica exteriorización del concepto modelado por la inspiración artística, el monumento que aquí consagramos a la conmemoración de nuestra emancipación política, tendrá el múltiple significado histórico que lo determina. Representará para nosotros y para nuestros sucesores en el porvenir, aquel esfuerzo heroico, impulsión soberana, arranque de energía genial, que decidió en un instante supremo de los destinos de la América Español; evocará el proceso evolutivo del país y del pueblo argentino, con sus afanes y quebrantos por la conquista de sus ideales y el desenvolvimiento de sus aptitudes orgánicas; y constituirá a la vez un símbolo y un exponente de gratitud y de esperanza, de veneración y de estímulo, -de gratitud y veneración por el virtuoso heroísmo que nos dio patria,- de estímulo y esperanza para las generaciones sucesivas que perpetúen en los siglos la altiva tradición de Mayo, donde se inician los antecedentes históricos de nuestra incorporación al concierto de los pueblos libres.

Elevemos entretanto, el corazón y el pensamiento a la excelsitud de las inspiraciones grandes, y confiemos al auspicio del Dios de las Naciones, como voto supremo de esta hora, la grandeza de la Patria, la paz de los pueblos, la felicidad común.

SESQUICENTENARIO

DISCURSO DEL PRESIDENTE ARTURO FRONDIZI (*)

EL SESQUICENTENARIO DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO

Discurso inaugural de las celebraciones del sesquicentenario de la

Revolución de Mayo, pronunciado en los balcones del

Cabildo de Buenos Aires, el 22 de mayo de 1960

I.-

Desde las venerables salas del Cabildo de Buenos Aires, donde se oyó hace siglo y medio la voz vibrante de una Patria que nacía, declaro inauguradas las ceremonias con que celebramos el 150º aniversario de la Revolución de Mayo.

En este mismo Cabildo y en esta misma plaza, un puñado de héroes dio los pasos iniciales de una epopeya que el Ejército de los Andes culminaría en Chile y Perú años más tarde. El pensamiento de Mayo se hizo carne en el corazón de todo un pueblo, improvisó sus armas, exigió sacrificios a ricos y pobres y triunfó en praderas, ríos y montañas, muy lejos de esta Plaza Mayor.

El ámbito de la gesta es un paisaje de dimensión majestuosa. Desde los Andes al Atlántico un continente nuevo y misterioso configura el marco que requería la hazaña emancipadora. Es en ese ámbito, donde se desarrolla nuestra pequeña sociedad colonial, simple en su comunidad de aldea, primaria y en su aprendizaje, pero en cuyo seno estaban dadas las condiciones históricas para la gran transformación.

De ese núcleo elemental, de esa vida quieta y apacible surgen, sin embargo, los hombres creadores que dirigen el proceso con genio, con pasión, con desprendimiento religioso. No existían técnica, ni armas, ni poderío económico. Toda la acción se improvisaba frente a los hechos. Sin embargo la revolución se produjo y se propagó triunfante. Es que Saavedra, Moreno, Belgrano, San Martín y tantos otros poseen en su escala humana la dimensión de los héroes. Ganan batallas, organizan estados, publican libros. Ellos son los que responden victoriosamente a la adversidad, los que forjan el estilo y el perfil de la patria.

Junto a este puñado de hombres está el otro gran protagonista: el pueblo de la fe y del heroísmo. Unos pocos miles de hombres y mujeres a lo largo y a lo ancho del dilatado territorio. Es la legión que se pone en marcha movida por el solo fuego del espíritu. Esos hombres simples, incultos y rutinarios se convierten, en virtud de una esperanza, en artesanos incontenibles de la historia.

En la estela de sus marchas y de sus victorias van quedando sus hogares, su vida solariega y su suelo nativo. Dan prueba, en cien combates, de la fe que los anima. Marchan juntos hacia la culminación de la epopeya impulsados por una misma esperanza: la de crear en este rincón de la tierra americana una patria libre donde imperen para siempre la justicia y el ideal de la dignidad humana.

En ese mismo pueblo el que forjó en la acción la unidad nacional. El gaucho de la campaña y el hombre de la ciudad, el soldado y el sacerdote, el criollo y el mestizo, se unieron en el sacrificio común y en el ideal compartido. El país participa así del milagro de la unión de todos. Es por ello

(*) ARTURO FRONDIZI. *Mensajes Presidenciales. 1958-1962*. Buenos Aires 1982 – Ediciones Centro de Estudios Nacionales. Tomo 3º (1º de enero al 4 de noviembre de 1960) pp. 89 y ss.

que Mayo se graba en el umbral de la nacionalidad prefijando que nuestro gran destino nunca podrá ser definitivamente asegurado al margen de la unión y de la concordia.

La historia grande de una nación sólo recoge aquellos momentos en que los pueblos que la viven han sabido deponer sus discordias en aras del supremo interés de la patria. Por ello pudo realizarse en Mayo el esfuerzo genial que triunfó en el campo político y militar, y superó los obstáculos tremendos de un espacio americano que parecía inconquistable.

II. -

Mucha sangre se ha derramado desde entonces. Una nación independiente se gesta en un largo y cruento proceso de luchas, aciertos y errores, conquistas y retrocesos.

Ningún pueblo ha escapado a esta implacable ley histórica que le impone tremendos sacrificios para la conquista de su soberanía y de su libertad. No es solamente la guerra contra el adversario extraño: son las disputas internas, entre acciones y hombres de la misma causa patriótica, que no se ponen de acuerdo sobre las formas y los métodos de la empresa común.

La historia argentina registra, hasta nuestros días, episodios sucesivos de esta búsqueda afanosa del camino emancipador. Provincianos y porteños, unitarios y federales, se enfrentaron en el largo período de la independencia y la organización nacional. A veces, la pasión de la lucha los arrastró al odio y a la guerra entre hermanos. Sin embargo, aún en medio de la confusión y el estrépito del combate, por encima del rencor y de la sangre, un mismo ideal los inspiraba. El sentimiento de patria estaba presente en el error de unos, en la clara visión de otros, en las vacilaciones de muchos, en el coraje de todos. La historia explica ahora lo que a muchos les parecía incomprensible y realiza la síntesis que entonces pudo juzgarse quimérica. Visto en la perspectiva serena del tiempo, el tumulto del pasado se aquieta y se vislumbran las líneas directrices de la unidad nacional. Nada se ha perdido en la lucha. Todo se proyecta en la experiencia, que recogen las sucesivas generaciones y que va delineando el patrimonio auténtico e indivisible de la Nación Argentina.

La lección de grandeza que nos han legado los hombres de Mayo, sirve para iluminar nuestra senda y templar nuestras voluntades. Sirve también para señalarnos el ideal común, acerca del cual no caben discrepancias: el afianzamiento definitivo de la nacionalidad.

La Nación está más allá del espíritu faccioso, más allá del interés parcial de los sectores, de las clases sociales y de las regiones que integran su geografía. La Nación es el bien común, el pasado, el presente y el porvenir. Para defender y engrandecer la comunidad nacional, se deben deponer todas las consideraciones partidistas, perfectamente legítimas, siempre que no pongan en peligro la existencia misma de la Patria.

Hemos establecido, a través del siglo y medio de constante esfuerzo, una democracia representativa y republicana, como lo quisieron los hombres de Mayo. Es todavía una fórmula no lograda en su plenitud, una realidad precaria, permanentemente amenazada por nuestras impaciencias y nuestras intolerancias, pero que los argentinos nos hemos propuesto consagrar como principio inmovible y definitivo de la vida nacional.

La perfección teórica de nuestras instituciones no corresponde a una realidad económica, social y cultural acorde con esas elevadas normas jurídicas. Hemos edificado la República del derecho y de la ley, pero sus bases culturales y materiales son todavía endebles y vulnerables. Las presiones externas y las divisiones internas que amenazan nuestra soberanía desde los primeros tiempos de nuestra vida independiente desaparecerán solamente cuando seamos una nación totalmente realizada. Para ello, debemos dar contenido real a nuestra independencia, consolidando nuestras formas espirituales y culturales y desarrollando nuestros recursos materiales. No seremos la Nación que los héroes de Mayo proyectaron mientras no seamos capaces de asegurar los beneficios de la libertad para todos, integrar nuestra extensa geografía, liberar la economía de todo resabio colonial, proveer trabajo, bienestar y cultura a todos los habitantes del país.

Cuando hayamos logrado esta síntesis nacional, será más fácil cumplir en el mundo la misión que nos incumbe. Podremos contribuir a la consolidación de una gran comunidad americana y desde ella gravitar más decididamente en el ámbito universal. No queremos una Nación fuerte pero aislada, sino una Nación con el poderío suficiente para aportar esfuerzo a la gran aventura de un mundo unido en la paz y la justicia. De un modo lanzado a la generosa empresa de extirpar de la humanidad -de toda la humanidad- y el miedo, la opresión, la miseria y la ignorancia.

Constituimos una sociedad abierta al influjo civilizador de todas las razas y naciones del orbe. De ese influjo hemos nacido todos los argentinos, herederos de la cultura hispánica de nuestros colonizadores y de las culturas de los pueblos de nuestra diversa y fecunda corriente inmigratoria. No nos separan oídos ancestrales de raza o de religión ni nos divide la existencia de rencores sociales.

La Argentina está afirmando, en medio de incontables dificultades, la estructura jurídica del Estado. Si somos tenaces y sabemos conducirnos dentro del marco civilizado de la ley, acortaremos la distancia que nos separa de la auténtica y definitiva convivencia democrática.

Ya no necesitamos dirimir nuestros pleitos en el campo de batalla. Rechazamos la violencia en todas sus formas para que la ley sea voluntariamente consentida por todos en vez de ser impuesta por la fuerza.

Ahora, tenemos que ganar otras batallas. Extraer nuestros minerales, mecanizar nuestro agro, electrificar el país entero, construir caminos, fundir acero, fabricar maquinarias, formar técnicos, educadores y artistas, y difundir los beneficios de la salud, la educación y la civilización moderna en todo el país.

Pero las batallas más importantes y difíciles de ganar son las espirituales. En nuestro caso, la afirmación, en todos los argentinos, del gran principio de amor que encierra la moral cristiana y de los eternos ideales de libertad, justicia y democracia que Mayo nos legó.

Este es el mandato que hemos recibido de la historia, el mandato que específicamente toca cumplir a nuestra generación. Dentro de la paz interna y del orden constitucional inalterable, con formas económicas en proceso de desarrollo, el pueblo argentino desplegará ante el mundo sus inmensas riquezas espirituales, su generosa vocación humanista, su acendrado amor por la libertad y la democracia, su íntima filiación cristiana.

En este aire jubiloso de las grandes efemérides, desde el solar que vió nacer el espíritu de Mayo, invoco a los padres de la patria para que su memoria nos aliente y nos inspire.

Invoco a José de San Martín, quien nos enseñó este noble concepto de concordia:

“La unión y la confraternidad, tales serán los sentimientos que hayan de nivelar mi conducta pública cuando se trate de la dicha y de los intereses de los pueblos”.

El bronce de las campanas del Viejo Cabildo nos convoca al emocionado recuerdo de los días gloriosos de Mayo. La Nación que surgió de esas jornadas es hoy una fecunda y vigorosa comunidad de seres libres, obstinadamente empeñada en afirmar su independencia y su prestigio en el mundo.

Frente a todas las dificultades de nuestro quehacer contemporáneo, debemos evocar la fe, la audacia creadora y el genio de los patriotas que soñaron, lucharon y se sacrificaron para gestar una nación soberana.

Sus esperanzas y sus luchas siguen siendo las nuestras. Que sean nuestros también su valor, su nobleza, su pasión patriótica, su hermandad en la proeza de construir la Patria. Que Dios nos ilumine para que el año del sesquicentenario sea el de la unión, la justicia y la paz entre todos los argentinos. Que el espíritu de Mayo descienda sobre nosotros y nos aliente con su luz inspiradora y eterna.

BICENTENARIO

DISCURSO DE LA SRA. PRESIDENTE CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER (*)

***Palabras de la Presidenta de la Nación, Cristina Fernández,
en la cena del Bicentenario realizada en la Casa de Gobierno***

Muy buenas noches a todos y a todas.

A pocos minutos de terminar este 25 de Mayo, quiero agradecer la presencia de todos ustedes en este día tan especial para todos los argentinos en el cual hemos vivido momentos francamente inolvidables y todavía los seguimos viviendo porque lo hacemos a través de millones y millones de argentinos que aún están en las calles celebrando y conmemorando el cumpleaños de la patria.

Aquí hemos invitado, muy simbólicamente, a hombres y mujeres que contemplan a todo el espectro de la patria: dirigentes empresariales, dirigentes gremiales, escritores, intelectuales, académicos, deportistas, artistas, cantantes, pintores, científicos, representantes de distintas iglesias y si me olvido de alguna de las actividades, discúlpennme, por allí, tal vez, tendríamos que haber invitado a más gente, pero teníamos la limitación del lugar.

Creo que lo importante es que no son los agasajos que nos podamos hacer quienes de alguna u otra manera hemos sido agasajados por la vida, porque nos han reconocido de distintas maneras: a los artistas por sus obras, a los científicos por el valor de sus investigaciones, a los artistas por el amor que le demuestran al pueblo en su arte, a quienes son líderes religiosos por mantener viva la fe de las comunidades, siempre somos reconocidos de alguna manera.

Yo creo que lo que hoy hemos logrado es darle reconocimiento a millones y millones de argentinos anónimos que participaron democráticamente en las calles como debía realmente celebrarse un Bicentenario: en democracia, con amplitud, con generosidad, con pluralidad, con diversidad y la verdad es que vale la pena.

Agradecerles una vez más que nos hayan acompañado aquí en este lugar tan emblemático como es la Casa Rosada, donde reside el poder político. Hoy aquí los políticos somos absoluta minoría, solo están algunos gobernadores, mis colaboradores, algunos legisladores oficialistas, otros de la oposición, somos absoluta minoría y, la verdad, estoy muy contenta porque quiere decir que hay una muy buena representación de la sociedad argentina aquí esta noche.

Yo los invito a todos a brindar, antes de que lleguen las 24, por tres cosas: por la patria, primero; por el pueblo, después, y porque cada uno de nosotros, en el lugar que nos toque desempeñar la tarea, lo hagamos con esa lealtad a la patria y al pueblo.

¡Salud!

(*) V. http://www.casarosada.gov.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=72368&Itemid=66

Gabriel Tarde y la criminología menor

POR EZEQUIEL KOSTENWEIN (*)

Resumen:

El objetivo de este trabajo (1) es fundamentar en qué medida, dentro la criminología, es posible hablar no sólo de paradigmas (Baratta, 2004), teorías sociales (Walton, Taylor y Young, 2001; Pavarini, 2003) o discursos (Anitua, 2006), sino también de una concepción *menor* y otra *mayor* acerca de la misma, de una que podríamos definir como *nómada* y otra como real. Debemos, por lo tanto, justificar esta distinción y mostrar el grado de utilidad que supone. Y es aquí donde el trabajo de Gabriel Tarde nos resulta insoslayable, debido a que sus aportes han hecho posible, por pleno derecho, una línea de investigación no subsumible a criterios establecidos. Problemas como el de responsabilidad individual, el papel de la ciencia o el influjo de los procesos de civilización en las mutaciones delictivas y punitivas, asumen en este pensador un nuevo modo de ser planteados, y sabemos bien que “un problema tiene siempre la solución que merece según las condiciones que lo determinan en tanto que problema” (Deleuze, 2008a: 74).

Palabras clave: G. Tarde, criminología menor, multitud

Gabriel Tarde and the Minor Criminology

Abstract: The aim of this paper (2) is to substantiate the extent, in criminology, one can speak not only of paradigms (Baratta, 2004), social theories (Walton, Taylor and Young, 2001; Pavarini, 2003) or speeches (Anitua, 2006), but also a smaller and a larger conception about the same, one that could be defined as a nomad and other real. We, therefore, justify this distinction and show how useful it is. This is where the work of Gabriel Tarde us is inevitable, because their contributions have made possible, by right, a line of research is not subsumed to established criteria. Issues such as individual responsibility, the role of science or the influence of the processes of civilization and punitive criminal mutations assume thinker in this new way of being raised, and we know that “a

(*) Docente de Introducción a la Sociología, Cátedra III y Sociología Jurídica, Cátedra I; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (CIC - UNLP).

(1) Cabe aclarar que esta exposición está dividida en dos partes. En la primera, que es la que estamos ofreciendo aquí, buscaremos precisar la concepción que nuestro autor propone respecto del hombre y la sociedad, partiendo de una filosofía del acontecimiento muy singular. Por último, intentaremos relacionar su concepto de multitud con el de otro autor, B. Spinoza. Principalmente quisiéramos poner en duda aquello que a menudo se presupone: que la noción tardeana de multitud y la del filósofo holandés serían antagonicas e irreconciliables. La segunda entrega contará con las especificaciones que Tarde presenta respecto de los cambios en las prácticas delictivas, y la influencia que en ello tiene el proceso de urbanización. Luego enfatizaremos en los elementos individuales y sociales que deben estar presentes para que una persona deba ser definida como autora de un hecho catalogado como delictivo. En la conclusión intentaremos hacer un balance de por qué G. Tarde puede ser distinguido como un criminólogo menor.

(2) To be clear, this exhibition is divided into two parts. In the first, which is what we are offering here, look for the vision that our author proposes to man and society, from a very unique philosophy of the event. Finally, try to relate their concept of crowd with that of another author, B. Spinoza. Mainly we wanted to challenge what is often assumed: that the notion of multitude and tardeana philosopher Dutchman would antagonistic and irreconcilable. The second delivery will be later presented the specifications for changes in criminal practices, and the influence it has the urbanization process. Then emphasize the individual and social elements must be present for a person must be defined as the perpetrator of an act classified as criminal. In conclusion we will try to take stock of why G. Afternoon can be distinguished as a criminologist less.

problem is always the solution deserves under the conditions that determine it as a problem" (Deleuze, 2008a: 74).

Keywords: G. Tarde, smaller criminology, crowd

El emisario. Este jurista nacido en la ciudad de Sarlat durante el año 1843, sólo tomó clases en la escuela primaria para luego realizar el resto de sus estudios en la más escrupulosa soledad. En el transcurso de su vida a menudo evitó reuniones o tertulias, incluso el trato frecuente con sus amigos, por su gran inclinación a la lectura y la investigación. Encontraba en los libros composiciones más interesantes que en las discusiones frente a frente con las personas; en definitiva, la primer enseñanza que Tarde nos ofrece es que para hacer criminología hace falta pensar, y para pensar hace falta silencio (Heidegger, 2006) (3).

Al leer libros como *Filosofía penal* (1890 -1922-), *Las leyes sociales* (1897 -1983-) o *La opinión y la multitud* (1901 -1986-), e incluso artículos como *Criminalidad y salud social* (1895 -2007-), es claro advertir que nuestro autor pertenece a la dinastía de aquellos pensadores que reniegan de las concepciones hegemónicas, alertando sobre los efectos simplistas que habitualmente éstas engendran. Desde nuestro criterio, Tarde es en criminología el gran iniciador, no tanto de un criterio sociológico (o microsociológico, o interpsicológico) de análisis del delito, sino de lo que se ha dado en llamar *border-crossing criminology* (4); nadie como él ha hecho posible, y necesario, un proyecto criminológico capaz de atravesar fronteras, y es en este camino que indagaremos su obra. El gran relevo que ha ofrecido es el de empuñar la criminología, no como un saber abstracto sometido a los designios del Estado, sino como un proceso de aprendizaje temporal. Comprendemos entonces la ausencia notable de sus aportes en manuales o compendios sobre la materia: estos siempre capturan y despliegan las nociones reinantes acerca de las cuestiones que abordan, y el trabajo de Tarde consistió precisamente en deshacerse de las mismas.

Consideraremos aquí, por lo tanto, que la criminología *ha de crear los modos de pensar*, toda una nueva concepción del pensamiento, de *"lo que significa pensar"* el delito, sus ambigüedades y reacciones dentro y fuera del Sistema Penal, *adecuados a lo que pasa*. Y es en estos rudimentos donde Tarde resulta indispensable. El análisis actual del control social *debe hacer en su terrenolas revoluciones que se están haciendo fuera de él, en otros planos, o las que se anuncian*. Así las cosas, la criminología *es inseparable de una "crítica"*. Pero hay dos maneras de criticar. O bien a veces se critican las *"falsas aplicaciones"*: se critica la falsa moral, los falsos conocimientos, las falsas religiones, etc. Pero hay otra familia de criminólogos, la que critica de punta a cabo la verdadera fe, el conocimiento ideal a favor de otra cosa, en función de una nueva imagen del pensamiento criminológico. Mientras nos contentamos con criticar lo *"falso"*, no hacemos daño a nadie (la verdadera crítica es la crítica de las formas verdaderas, y no de los contenidos falsos; no se critica al capitalismo o al imperialismo cuando se denuncian sus "errores")... (5).

(3) Quizá la definición más exacta de aquello que deseamos precisar la haya dado Deleuze: "Cuando se trabaja se está forzosamente en la más absoluta soledad. Ni se puede crear escuela, ni formar parte de una. Sólo hay un tipo de trabajo, el negro y clandestino. No obstante se trata de una soledad extremadamente poblada. No poblada de sueños, de fantasmas, ni de proyectos, sino de encuentros. Sólo a partir del fondo de esa soledad puede hacerse cualquier tipo de encuentro" (Deleuze y Parnet, 2002: 14).

(4) R. Lippens, define así la propuesta: "Comprendida de esta manera, la criminología que cruza fronteras (border-crossing criminology) se ha cansado de todas esas historias de liberación que se han promovido como búnkeres de la verdad y la liberación..., es un esfuerzo incesante por demoler el lenguaje de las oposiciones binarias en que las lógicas de exclusión están congeladas. En los búnkeres de la discursividad binaria, el fluido de posibilidades se está coagulando en un limitado y limitante espacio discursivo que está relleno completamente de un discurso fijo sobre una única polaridad entre una comunidad imaginada y el "afuera"; entre el "Nosotros" y el "Ellos" (2006: 290). Se sugiere la lectura completa de todo este trabajo para lograr una comprensión más acabada de aquello que Lippens considera necesario renovar.

(5) Aquí, recordamos a Bourdieu cuando sostenía que "las auténticas revoluciones simbólicas son sin duda aquellas que, más que al conformismo moral, ofenden al conformismo lógico, desencadenando la despiadada represión que suscita semejante atentado contra la integridad mental" (1997: 93).

Esta otra familia de criminólogos..., es un prodigioso linaje criminológico, una línea quebrada, explosiva, volcánica (6).

El hombre: una existencia dudosa. Uno de los interrogantes más delicados y cautivantes, al menos desde hace unos 2000 años -crucifixión mediante-, es el de responder a esta cuestión: *¿de qué somos responsables?* Podríamos dotar esta pregunta de algunas otras: ¿por qué debemos responder? ¿A partir de qué momento somos pasibles de una sanción? ¿Debido a qué tenemos que soportar una pena; esto es, un dolor? ¿Por qué motivo nos transformamos en deudores? Estas incógnitas tendrán respuestas múltiples, abigarradas, codiciosas, ruines, clementes, incoherentes; dicho de otra manera, reaccionarán ante las relaciones de poder y afectación actualizadas en un período y en una cultura determinados, que a menudo se esfuerzan en mostrarlas como la mejor de todas las opciones posibles. Debido a que el punto de partida es confuso, quizá resulte beneficioso tomar alguna referencia, no para evitar arbitrariedades -lo cual resultaría imposible- sino para ordenarlas y evidenciarlas.

Hablando de la deuda como institución social, el antropólogo P. Clastres prevenía sobre los riesgos que ocasionaba, en las comunidades previas al advenimiento del Estado, cuando ésta dejaba de estar del lado de sus líderes para alojarse en la comunidad. En estas sociedades sin Estado, o contra el Estado (7), era el jefe quien debía a su tribu y no a la inversa: lo que el primero buscaba era prestigio, y eso sólo podía otorgárselo la comunidad en la que vivía, razón por la cual tenía que esforzarse ofreciendo su trabajo al grupo. No era poder sino gloria personal lo que buscaba el líder, y no había otra manera de conseguir dicha reputación sino a partir de su sacrificio: “prisionero de su deseo de prestigio, el jefe salvaje acepta someterse al poder de la sociedad acatando la deuda que instituye todo ejercicio de poder” (2001: 148). Esta ingeniería se altera radicalmente en los agregados sociales dentro de los cuales el órgano de poder se centraliza, al mismo tiempo que se separa de la comunidad. Ya en las monarquías son los ciudadanos quienes han contraído la deuda con su rey; es el llamado tributo que religiosamente debe ser pagado lo que genera la inversión en el ejercicio del poder. Es tan importante el sentido de la deuda que la naturaleza de la sociedad cambia con esto: si la relación de la deuda va de la jefatura hacia la sociedad es que ella permanece indivisa; si por el contrario la deuda corre de la sociedad a la jefatura, es que el poder se ha separado de la sociedad para concentrarse en las manos del jefe. Es con el impuesto, aceptado como deuda perpetua, que se genera la subversión, y por consiguiente, la desmembración de la sociedad.

Ahora bien, más allá del papel del débito a nivel social, de su supuesto umbral y repercusiones, hay algo que sigue sin aclararse: ¿de qué manera podemos inculpar a un hombre? ¿A partir de cuándo esta especie deviene responsable? En Nietzsche no hay dubitaciones: cuando se le crea una memoria al hombre es que se le puede imputar una falta o atribuir una deuda. “No conservamos compasión alguna hacia la idea del libre albedrío; sabemos bien lo que es: la habilidad teológica peor reputada que ha habido para hacer a la humanidad responsable..., esta tendencia a exigir responsabilidades, el instinto de juzgar y de castigar anda, generalmente, mezclado en la tarea... La doctrina de la voluntad ha sido inventada, principalmente, con el fin de castigar, es decir, con la intención de hallar un culpable... Se ha considerado libres a los hombres para poder juzgarlos y castigarlos, para poder declarar-

(6) Nos servimos de este párrafo de Deleuze para explicarnos; su contenido exacto es: “La filosofía ha de crear los modos de pensar, toda una nueva concepción del pensamiento, de ‘lo que significa pensar’”, adecuados a lo que pasa. Debe hacer en su terreno las revoluciones que se están haciendo fuera de ella, en otros planos, o las que se anuncian. La filosofía es inseparable de una “crítica”. Pero hay dos maneras de criticar. O bien se critican las “falsas aplicaciones”: se critica la falsa moral, los falsos conocimientos, las falsas religiones, etc. Pero hay otra familia de filósofos, la que critica de punta a cabo la verdadera fe, el conocimiento ideal a favor de otra cosa, en función de una nueva imagen del pensamiento. Mientras nos contentamos con criticar lo “falso”, no hacemos daño a nadie (la verdadera crítica es la crítica de las formas verdaderas, y no de los contenidos falsos; no se critica al capitalismo o al imperialismo cuando se denuncian sus “errores”)... “Esta otra familia de filósofos..., es un prodigioso linaje filosófico, una línea quebrada, explosiva, volcánica” (Deleuze, 2005: 180 y sig.).

(7) Así las definía el mismo Clastres, debido a todos los mecanismos colectivos de inhibición que poseían para conjurar la separación entre gobernantes y gobernados.

los culpables... Nosotros los inmoralistas trabajamos con todas nuestras fuerzas para conseguir que desaparezca otra vez del mundo la idea de culpabilidad y de castigo..." (1946: 49) (8).

Es imposible desligar las ideas de responsabilidad o irresponsabilidad, de deuda o reclamo, planteados más arriba tanto por Nietzsche como por Clastres, de una imagen del hombre y la sociedad que las sustenten. Aunque más adelante volveremos a trabajar estos tópicos, debemos ya dejar en claro que hay en Tarde una mirada muy novedosa respecto de los elementos que deben estar presentes para poder considerar a un individuo susceptible de imputación y escarmiento. Esto último deriva, como no podía ser de otra manera, de su concepción tan singular de los dos elementos ya mencionados: el hombre y la sociedad. Intentaremos desarrollar esto último a continuación, siguiendo un derrotero manido, aunque no superfluo, señalando que en el caso del magistrado francés resulta de vital importancia, ya que si no advertimos la concepción tan distintiva que ofrece de ambos, difícilmente comprendamos el conjunto de su obra, y contra quienes ésta va dirigida.

Partir de la *filosofía del sujeto* presupone planteos y soluciones sumamente distintos a los de la *filosofía del acontecimiento*. En la primera, lo que tiene prioridad analítica es una concepción holista de la sociedad, y, a su vez, un evidente androcentrismo que se amarra en la identidad de uno consigo mismo. Comenzamos a notar que en Tarde no es ni el hombre ni la sociedad aquello que hay que explicar, sino los procesos de subjetivación que se dan en la relación siempre inestable entre ambos: ni sujeto, ni objeto, proceso. El mismo criminólogo francés lo plantea: "La gran cuestión, teórica y práctica al mismo tiempo, no es saber si el individuo es o no libre, sino si el individuo es real o no" (1922a: 26). Toda la discusión en torno al libre albedrío o al determinismo característico de la *scuola positiva* hay que analizarlo al calor de esta inquietud originaria.

Para la filosofía del sujeto, la constitución del mundo y de sí mismo se da siempre como producto de la relación entre sujeto y objeto, en tanto elementos cardinales e insoslayables de todo suceso a investigar; para nuestro autor, esta imagen no es exacta. La división desarrollada por la gnoseología, al menos desde modernidad, que va desde el racionalismo -la razón conoce sin ayuda de la experiencia- hasta el empirismo -el conocimiento debe legitimarse por medio de la experiencia-, y del realismo -preeminencia del objeto sobre el sujeto, que solamente refleja aquello que percibe- al idealismo -el sujeto es quien crea a dicho objeto en su actividad cognoscitiva-, le resulta insuficiente (García Morente, 1994: 69; Ferrater Mora, 2005: 66; Carpio, 2004: 176) (9). Para quienes abonan con estos postulados, toda producción se da como exteriorización del sujeto en el objeto por medio de la objetivación de las relaciones subjetivas. En filosofía, podemos advertir estos filones en Kant, Hegel o Marx; y en las ciencias sociales, aunque por caminos claramente distintos, tanto Durkheim como Weber responden a estos lineamientos: la sociedad es el corolario de la acción subjetiva que se concreta en una objetividad que termina operando como limitación sobre los individuos que la han pro-

(8) Aunque resulte arriesgada esta afirmación, debido a la extrapolación que supone, consideramos a Nietzsche un abolicionista de primer orden. Su impugnación al castigo, la venganza y a la facultad de juzgar, atraviesa toda su obra. Desde luego que sus propuestas son mucho más ambiciosas que las que conocemos del abolicionismo, sea institucional, sea penal radical. La transvaloración de los valores reclama un nuevo reparto en los deseos sociales, la creación de una forma nueva de percibir el mundo. De cualquier manera, vemos semejanzas con aquello planteado por H. Bianchi: "El movimiento para la abolición de la ley penal y de las prisiones no es algo aislado en la historia de las ideas. Al contrario. Constituye parte de Un movimiento histórico más amplio de lucha contra la violencia y, precisando más, de lucha contra el uso de la violencia como forma de control de la violencia". Disponible en http://www.elpais.com/articulo/ultima/Herman/Bianchi/elpepiult/19870107elpepiult_5/Tes (Diario El País, 7/1/1987).

(9) Vemos estrechos vínculos entre este enfoque y el planteado por Deleuze y Guattari: "El sujeto y el objeto dan una mala aproximación del pensamiento. Pensar no es un hilo tensado entre un sujeto y un objeto, ni una revolución de uno alrededor de otro. Pensar se hace más bien en la relación entre el territorio y la tierra... Se trata de dos componentes, el territorio y la tierra, con dos zonas de indiscernibilidad, la desterritorialización (del territorio a la tierra) y la reterritorialización (de la tierra al territorio). No puede decirse cuál de ellos va primero" (2005: 86). Así como Tarde, Deleuze y Guattari parten de los procesos de individuación (o subjetivación), y no del sujeto o el objeto, para explicar aquello que provoca el pensamiento.

ducido. Al considerar lo social como una cosa (10), invierten sujeto y objeto, reificando las relaciones subjetivas.

En una dirección distinta, Tarde se aleja de estos postulados urdiendo una auténtica filosofía (y sociología) del acontecimiento, la cual relega en términos metódicos al sujeto y al objeto como referencias privilegiadas, tomando todo aquello que permite desentrañar lo procesual sin necesidad de reparar en identidades fijas y estables (Lazzarato, 2006). En esa cruzada contra el antropocentrismo, considera que “el individuo viviente es un conjunto y un encadenamiento de secretos infinitamente ingeniosos, que de célula en célula, invisible para nosotros, pero visiblemente dirigidas a la persecución de ciertos fines, generales o especiales, se transmiten hasta la muerte con el sello propio al óvulo inicial, con ese estilo o manera que les hace asemejarse al transformarse, y repetirse variando, y eleva a las menores variaciones vivientes al rango de verdaderas creaciones. El individuo psicológico, el yo, es un conjunto y un encadenamiento de estados de conciencia o de subconciencia, a saber, de *informaciones o impulsiones*” (11) (1922a: 156).

Lo que resulta provocativo en esta definición es que el proceso que da vida al mundo social en el que el hombre se desenvuelve es menos antropomórfico que cosmológico; esto es, el lugar del individuo se ha descentrado, no siendo ya el eje de todo el universo. Una persona es un punto de llegada y un punto de partida de un número variable de flujos, que no se ciñen a factores económicos (12), sino que gravitan también en ellos derrames sociales, culturales, vitales, afectivos, étnicos, etc. Los flujos que emitimos, así como los que recibimos, son de todo tipo, de diferentes intensidades y velocidades; ese conjunto de irradiaciones que provienen desde múltiples direcciones son las que nos transforman en depositarios, en confluencias momentáneas de los deseos y las creencias diseminados en el campo social (13).

Estas conciencias, creencias y necesidades pertenecen a un gran número de personas, las cuales se influyen recíprocamente. No debemos tomar dicha consideración como una ingenuidad por parte del jurista francés: la simetría la presupone debido a su concepción infinitesimal de los sucesos, pero de hecho Tarde ha insistido en más de una ocasión acerca de que la imitación tiende a darse desigualmente desde las clases altas hacia las bajas, y de los agregados más avanzados -ciudad- a los más rudimentarios -campo-; dicho de otra manera, hay ciertos actores que recurrentemente logran gravitar más que otros en el hecho social, o pre-social, que es la imitación (Tirado, 2001).

El hombre es, por lo tanto, más una línea que un punto, más un arroyo que un estanque, que absorbe y profiere incesantemente afectos y acciones, razón por la cual “no basta con decir que he sido

(10) Pese a rescatar la subjetividad del actor, lo que lo distingue de Marx o Durkheim, M. Weber parte de la idea de que tanto los procesos como las estructuras sociales son objetivas; esto es, en sus análisis específicos asume un enfoque macrosocial (Lista, 2000: 167, 196). De cualquier modo, queda claro que debido a su historicismo, rechaza la concepción según la cual las sociedades avanzan por etapas: no hay patrón histórico general.

(11) La cursiva es nuestra. Para Tarde, existen informaciones exteriores, a las que llama sensaciones, e interiores, que denomina sensibilidad del cuerpo (cenestesia); a su vez, hay impulsiones exteriores (inclinaciones) e interiores (apetitos).

(12) Nos referimos, claro está, a la divulgada afirmación de Marx (2004), según la cual “no es la conciencia lo que determina el ser, sino el ser social lo que determina la conciencia”.

(13) Debido a que todo esto puede resultar excesivamente abstracto, citemos algunos casos: “dos irradiaciones de ejemplos diferentes, emanados de focos cerebrales distintos y a menudo muy distantes, llegan esparciéndose a cruzarse en el cerebro de un hombre. Estos son dos rayos de imitación que interfieren... Supongo que se trata de un sabio en quien se encuentren dos rayos de este género, uno que, marchando desde Cuvier a él, aporte la fe en la creación independiente de cada especie; el otro que, de Darwin a él, aporte la fe en la conexión de las especies” (1922b: 111). Más acá en el tiempo, Deleuze nos brinda otro supuesto: “Si una persona tiene cabellos, esos cabellos pueden atravesar muchas etapas: el peinado de la joven no es el mismo que el de la mujer casada, no es el mismo que el de la viuda: hay todo un código del peinado. La persona ¿En tanto que qué lleva esos cabellos? Se presenta típicamente como interceptora con relación a los flujos de cabellos que van más allá de su caso..., sus flujos de cabellos están ellos mismos codificados según códigos muy diferentes: código de la viuda, código de la joven, código de la mujer casada, etc.” (Deleuze, 1971).

eternamente el confluente inevitable de tantas evoluciones en el pasado; es necesario decir que un inmenso abanico de evoluciones causales para siempre desplegado en el porvenir emana de mí. Soy el punto de intersección de esta doble infinitud; soy el foco de esta doble convergencia" (1922a: 116 y sig.) (14). El hombre es, en los márgenes de la argumentación tardeana, una existencia dudosa: "después de todo, se trata de saber si el individuo es o no una realidad, si el visaje es algo más que una silueta ¿Soy, o no soy? He aquí la cuestión" (1922a: 168).

Entonces, toda deuda instituida, toda culpabilidad atribuida, toda responsabilidad imputada, deberemos pensarla sobre el fondo de una concepción del hombre no muy homogénea o uniforme, que incluso se mostraba a contramano de los criterios vigentes en aquel tiempo. Comenzamos a percibir las rupturas que Gabriel Tarde suscita, algunas contundentes, otras imperceptibles y subterráneas, y que lo encumbran como un nómada dentro de la criminología, que se mueve por carriles insospechados, reclamando para sí nociones a menudo deploradas por sociólogos de Estado -o reales- cuyo ejemplo paradigmático es Durkheim; aquí no hay inocencia que valga: criminología menor o criminología mayor, nómada o de Estado, tendrán argumentos individuales y sociales muy distintos respecto del crimen y sus causas (sean etiológicas, sean de reacción social) ya que "la diferencia no es extrínseca: la forma en que una ciencia, o una concepción de la ciencia, participa en la organización del campo social, y en particular induce a una división del trabajo, forma parte de esa misma ciencia" (Deleuze y Guattari, 1988: 374).

Socialidad, deseos y creencias. A menudo se nos suele inducir a cosmovisiones de la sociedad que redundan en criterios excesivamente amplios, cuando no ruinosos. Consenso, conflicto o interacción (Lista, 2000; Dahrendorf, 1992; Pavarini, 2003), objetivismo o subjetivismo (Bourdieu, 1991, 2001; Latour 2007, 2008) son formas de plantear problemas que no resultan inocuas respecto de las conclusiones que de allí se extraerán; o, dicho de otra manera, "la relación del problema con sus condiciones es lo que define el sentido como verdad del problema en tanto que tal... Las soluciones se engendran exactamente a la vez que el problema se determina" (2008a: 134).

El modo en que Tarde piensa a la sociedad no resulta asignable a ninguno de estos planteos, debido a que su búsqueda no pasa por grandes leyes que acaparen a todos los actores colectivos, sino a las maneras en que, por distintos motivos, las personas se asocian, y esto último porque una comunidad es la consecuencia de las relaciones, y no su causa; entonces, comprendemos que "la sociología *deba ser tomada* como microscopio solar de la psicología" (1922a: 158) (15).

Lo que define a una sociedad no es, por lo tanto, ni su contradicción congénita proveniente de clases antagónicas que oprimen o son oprimidas, ni un conjunto de valores y tradiciones que, sino todos, al menos la mayoría de los agentes compartiría. Carece de sentido, también, las disputas entre quienes pretenden explicar la vida social como determinada y mecánicamente ensamblada (objetivismo) y aquellos que la consideran comprensible tomando en cuenta sólo las intenciones y la conciencia de los sujetos (subjetivismo); en otras palabras, los individuos no son ni títeres de las estructuras, ni amos de las mismas (16).

(14) De la misma manera, Tarde afirma que "el espíritu, o, mejor dicho, el alma..., es como un cielo donde no hubiera más que una estrella, pero una estrella siempre errante, sin dirección determinada, y cambiando constantemente de color, es lo que se llama el yo" (1922a: 124).

(15) Así las cosas, M. Lazzarato sostiene lo siguiente: "¿Qué es una sociedad? ¿Qué es el ser conjunto de diferencias irreductibles? La sociedad, el ser conjunto, es la posesión recíproca bajo formas extremadamente variadas de todos por cada uno. Se define por la manera de poseer a sus conciudadanos y de ser poseído por ellos. Por medio de la persuasión, del amor, del odio, de la comunidad de creencias y deseos y de la producción de riquezas, los elementos sociales se atraen y se rechazan de mil maneras" (2006: 55). La cursiva es la cita textual que el escritor italiano hace de G. Tarde.

(16) Bourdieu postula un conocimiento, que denomina praxeológico, de la vida social, que supone un doble proceso: el de la interiorización de la exterioridad, y el de la exteriorización de la interioridad (1991).

Nuestro autor no sólo descrea de todo esto, sino que además se desmarca del mito principal elaborado por la moderna teoría política: el contrato social. “Decimos que existen dos gérmenes distintos de las sociedades: la familia y la multitud; y según aquellas hayan tenido principalmente origen en uno u otro manantial..., una nación presentará caracteres profundamente distintos. Sin duda, los dos orígenes se asemejan en bastantes puntos; en uno y otro caso, *la sociedad no nace de un contrato, sino de una sugestión* (17)” (1922b: 44/5). El interrogante proviene ahora de saber qué es lo que nuestro autor entiende por el hecho que considera promotor de toda sociedad: “una sugestión es la producción de voluntades que nacen de acuerdo con la voluntad superior de que proceden; tal es el hecho social primitivo” (ibíd.). Ahora bien, si en la vida social domina un espíritu de familia rural y agrícola, lo que se impondrá será la imitación de la costumbre, pero si la multitud gana espacio, observaremos aquello que se ve mayormente en las ciudades: la imitación de la moda. Estos pares de campo-costumbre y ciudad-moda tendrán, como veremos más adelante, gran implicancia en la explicación acerca de las mutaciones en las prácticas delictivas.

Una sociedad proviene de la producción de voluntades, esto es, de la sugestión, pero lo dicho no es suficiente para comprender la dinámica social, hay más: “*La imitación es la propagación de un flujo; la oposición es la binarización, el establecimiento de una binaridad de los flujos; la invención es una conjugación o una conexión de diversos flujos*. Y ¿qué es un flujo según Tarde? Es creencia o deseo (los dos aspectos de todo agenciamiento), un flujo siempre es de creencia y de deseo. Las creencias y los deseos son la base de toda sociedad, porque son flujos...” (Deleuze y Guattari, 1988: 223). Lo que recorre todo el campo social son, de esta manera, las creencias y los deseos, y, la distribución versátil de los mismos es lo que debemos intentar explicar utilizando lo que el magistrado francés considera las tres llaves con las que cuenta la ciencia social para abrir los arcanos del universo colectivo: la repetición, la oposición y la adaptación (Tarde, 1983: 8).

Las singularidades en la sociedad se influyen mutuamente, y a distancia, a través de los dos elementos ya mencionados: los deseos, también definidos como teleología social, que se observan en las leyes, las costumbres, las instituciones o las industrias; y las creencias, en tanto lógica social, que se encarna en las lenguas, los mitos, las religiones, las ciencias y la filosofía. Así Tarde plantea lo siguiente: “Ahora notemos que todas nuestras acciones conscientes y reflejas, corriente débil, pero continua, desde la cuna hasta el sepulcro, son las conclusiones prácticas, formuladas o implícitas, de lo que puede llamarse un silogismo teleológico, cuya mayor es un deseo, un fin que se propone, y la menor una creencia, un juicio, respecto al medio mejor para alcanzar ese fin. Quiero comer pan, y creo que el medio mejor para satisfacer ese deseo es trabajar; así, *debo* trabajar. Aquí se nos muestra el germen del *deber*; todavía no es el deber social, no es más que el deber puramente individual; pero bien pronto veremos la analogía de los dos, y que éste es el principio de aquél” (1922a: 134 y sig.) (18). De lo expuesto se sigue que son las creencias las que dirigen a los deseos, o al menos deberían, ya que al ir colocándose de manera escalonada en la sociedad generan lazos entre quienes la habitan, y aunque estas creencias vayan alterándose incesantemente, son también las que permiten que la comunidad subsista en el tiempo.

En su homenaje a G. Tarde, Deleuze y Guattari prosiguen: “La imitación, la oposición, la invención infinitesimales son, pues, como cuantos de flujo que indican una propagación, una binarización o una conjunción de creencias y deseos... Pues, finalmente, la diferencia no se establece entre lo social y lo individual (o lo interindividual), sino entre el dominio molar de las representaciones, ya sean

(17) La cursiva es nuestra.

(18) En otra parte del libro, señala: “Notemos de pasada esos combates singulares de los que somos a la vez los campos de batalla y con frecuencia las víctimas; esos conflictos que sólo hacen posible el sacrificio y la abnegación, tienen en sí mismos, por primera condición, de la dualidad de la creencia y del deseo en nosotros, su independencia recíproca. Porque si tuviéramos la libertad de creer todo lo que tuviéramos interés de creer, todo lo que deseásemos creer, entonces con toda evidencia jamás prevalecerían en nosotros la protesta de la conciencia contra las impulsiones criminales de nuestras pasiones” (1922a: 41). Vemos a su vez, cierta relación entre los deseos y las creencias tardeanas, y las metas culturales junto con los medios institucionalizados mertonianos.

colectivas o individuales, y el domino molecular de las creencias y los deseos, en el que la distinción entre lo social y lo individual carece de sentido, puesto que lo flujos ya no son ni atribuibles a individuos ni sobredecodificables por significantes colectivos" (1988: 223) (19).

Vale una aclaración: respecto de la ciencia, en términos genéricos, nuestro autor suele hablar de la relación entre repetición, oposición y adaptación, y en sus formas sociológicas, de imitación, indecisión -u oposición- e invención. Son las mismas categorías aplicadas a sucesos de naturaleza disímiles. (20).

Ahora bien, ¿qué es la imitación? Más allá de la inobjetable importancia que ésta posee en las descripciones de Tarde, no resulta simple de definir. En primer término, puede ser interna (hábito), que se vincula con la imitación de estados en un mismo individuo, o exterior, en la que la imitación se da entre individuos. En segundo lugar, es "una acción poderosa, inconsciente por lo común, siempre misteriosa en parte, por lo que nos explicamos todos los fenómenos de la sociedad" (1922b: 39), además, "todos los actos importantes de la vida social se ejecutan bajo el imperio del ejemplo"; por lo tanto, "se advierte siempre que el contagio imitativo es el acto social por excelencia" (ibíd.: 48). Pero todo esto se complejiza cuando en *Las Leyes sociales* deja entrever que la imitación es no un mero hecho social, sino un hecho pre-social, que antecede y hace posible la socialidad misma (21). Más allá de las disquisiciones, lo que queda claro es que para Tarde quien engendra, quien mata, quien roba o quien se suicida, lo hace por imitación: la socialidad -o asociación-, en definitiva, es pura capacidad de imitar (Tirado, 2001: 386).

Desde esta perspectiva, la ciencia no puede contentarse con la explicación de los fenómenos de reproducción -o imitación-, sino precisar, además, en qué consisten las oposiciones -o indecisiones- que se llevan a cabo entre estos. Y a estas oposiciones, a menudo las observamos gradualmente; o dicho de otro modo, concebimos en primer lugar aquellas superficiales y groseras para luego llegar a las más sutiles, profundas y menos evidentes (22). Además, "se verá que la verdadera oposición social

(19) Respecto de la distinción entre molar y molecular, Guattari expresa lo siguiente: "No existe lógica de contradicción entre los niveles molar y molecular. Las mismas especies de elementos, los mismos tipos de componentes individuales y colectivos en juego en un determinado espacio social pueden funcionar de modo emancipador a nivel molar y, coextensivamente, ser extremadamente reaccionarios a nivel molecular. La cuestión micropolítica es la de cómo reproducimos (o no) los modos de subjetivación dominantes. Así, por ejemplo, un grupo de trabajo comunitario puede tener una acción nítidamente emancipadora a nivel molar, y al mismo tiempo a nivel molecular puede tener toda una serie de mecanismos de liderazgo falocráticos, reaccionarios, etc. Esto mismo puede ocurrir, por ejemplo, con la Iglesia. O a la inversa: la acción puede mostrarse reaccionaria, conservadora a nivel de las estructuras visibles de representación social, a nivel del discurso tal y como se articula en el plano político, religioso, etc., esto es, a nivel molar. Y al mismo tiempo, a nivel molecular pueden aparecer componentes de expresión de deseo, de expresión de singularidad, que no conducen de manera alguna a una política reaccionaria y de conformismo. Oponer una política molar de las grandes organizaciones, presentes en cualquier nivel de la sociedad (micro o macro), a una función molecular que considera las problemáticas de la economía del deseo, igualmente presentes en cualquier nivel de la sociedad, no implica una apreciación en la cual lo molecular sería lo bueno y lo molar, lo malo. Los problemas se plantean siempre y al mismo tiempo en los dos niveles... La cuestión micropolítica -esto es, la cuestión de una analítica de las formaciones del deseo en el campo social- habla sobre el modo en cómo el nivel de las diferencias sociales más amplias (que he llamado 'molar'), se cruza con aquello que he llamado 'molecular'" (Guattari y Rolnik, 2006: 149, 155).

(20) Por otro lado, y en clave tardeana, se vuelve necesario dejar de comparar a las sociedades con organismos para contrastarlas directamente entre sí, y de ese modo advertir que se asemejan principalmente a un cerebro: tiene la capacidad de memoria (imitación) y de opinión (interferencia y adaptación).

(21) Allí Tarde sostiene: "De este modo, el carácter constante de un hecho social cualquiera, es ser imitativo. Y este carácter es exclusivamente propio de los hechos sociales. Acerca de este punto, sin embargo, M. Giddings... me ha hecho una objeción especiosa: se imita, dice él, una sociedad a otra; se imitan hasta los mismos enemigos los armamentos y las astucias de la de la guerra, los secretos del oficio. El campo de la imitabilidad deja atrás al de sociabilidad, y no sabrá ser la característica de éste" (1983: 28).

(22) "Busquemos las oposiciones en el cielo estrellado. El día y la noche y desde luego el cielo y la tierra, han comenzado por hacer antítesis... Después de las verdaderas oposiciones, pero aún imperfectamente comprendidas, han aparecido todas..." (1983: 43 y sig.). "Pero no es solamente la reproducción, sino también la destrucción de los

elemental debe buscarse en el seno de cada individuo social, tantas veces como vacile al adoptar o desechar... un nuevo rito, una nueva conducta. Esta duda, este pequeño combate interior que se reproduce en millones de ejemplares, en cada instante de la vida de un pueblo, es la oposición infinitesimal e infinitamente fecunda de la historia; y ha introducido en la sociología una revolución tranquila y profunda" (Tarde, 1983: 52). Entonces, la oposición tal cual la plantea Tarde es menos una contradicción que una vacilación posibilitada por un encuentro: dos caras de la misma moneda. Y a su vez, lo que esta definición permite evidenciar es que las grandes oposiciones sociales, como puede ser una revolución o una guerra, no contienen elementos ontológicamente distintos de aquella nimia indecisión que nos asalta cuando debemos elegir entre utilizar una palabra u otra en un diálogo cualquiera; no existe una condición específica que las diferencie.

Para finalizar con la oposición, debemos destacar el carácter enrevesado que la misma asume en la obra de nuestro autor; y es que como a todo criminólogo menor, no le preocupa tanto las soluciones homologables ni mucho menos la seriedad ladina reclamada por la ciencia de Estado para ingresar en los manuales. Lo que a Tarde le fascina es plantear problemas allí donde la mayoría ha dejado de verlos, aunque luego terminen por resolverse con criterios antagónicos a los diseñados por él. (23). Entonces, para comprender a la oposición debemos, ante todo, tomarla como un fenómeno de transición o pasaje entre la repetición y la invención, como un instrumento al servicio del acontecimiento de la creación: "Concluamos que... la oposición demuestra y acentúa siempre más su carácter simplemente auxiliar e intermediario; como ritmo, sólo sirve a la repetición directamente, y a la variación de una manera indirecta, y desaparece cuando esta asoma" (ibíd.: 85). Por lo tanto, cuando se suscita la innovación o invención, la oposición ya no tiene tarea que llevar a cabo y se disipa.

La última de las llaves, la coronación del proceso, la da, claro está, la adaptación o invención. Éste es el aspecto más relevante bajo el cual la ciencia puede tomar en consideración al universo. Permítasenos una definición refinada que se liga subterráneamente con la mirada del magistrado francés: "Cuando todo marcha bien o va mejor en la otra línea, es cuando se produce la fisura en esta nueva línea, secreta, imperceptible, señalando un umbral de disminución de resistencia o el aumento de un umbral de exigencia: ya no se soporta lo que hasta ayer se soportaba; se ha producido un cambio en nuestra distribución de deseos, nuestras relaciones de velocidad y de lentitud se han modificado, ha aparecido un nuevo tipo de angustia, pero también una nueva serenidad. Ciertos flujos se han modificado... Pero no poder soportar más algo puede ser un progreso, pero también un miedo viejo, o los primeros síntomas de una paranoia" (Deleuze y Parnet, 2002: 147). Creemos que esta ilustración lo dice todo, incluso cuando ni siquiera hable de la invención, incluso cuando no se refiera a Tarde. Pone de relieve las dos características más enjundiosas de la adaptación: por un lado, que ésta es indefectiblemente un resbalón, una nueva combinación de elementos diversos, sea en nosotros, sea en el cuerpo social; por el otro, nos advierte de que hay que tener cuidado en otorgarle forzosamente un carácter positivo: de este nuevo reparto en los deseos y las creencias puede surgir la revolución así como la reacción. Cada invención es, aunque minúscula, un nuevo comienzo que recae sobre relaciones ya constituidas, es un nuevo posible, o lo que es lo mismo, una nueva posibilidad de vida. Es, al menos momentáneamente, una ruptura con las normas y hábitos que vienen definiendo a la comunidad y a sus integrantes; al innovar, nos emancipamos, aunque sea por un instante, de aquello que nos retiene, de los poderes estables de la tierra, entramos, como diría Nietzsche, en una nube no histórica en la que las tradiciones gravitan poco (Nietzsche I). En franca oposición a la ciencia social dominante o real, Tarde sostiene: "Acabamos de ver que la evolución de la sociología la ha guiado en todas ocasiones para descender de las alturas quiméricas de causas grandiosas y vagas hasta las acciones reales, infinitesimales y precisas. Demostremos ahora... que la evolución de la realidad so-

fenómenos lo que interesa a la ciencia. Así que, la ciencia, sea cual fuere la región u orden de la realidad a que se aplique, debe investigar las oposiciones que en ella encuentre y que le son propias..." (ibíd.: 7).

(23) Encontramos aquí una constatación de nuestra propuesta: "En el campo de interacción de las dos ciencias, las ciencias ambulantes se contentan con inventar problemas, cuya solución remitiría a todo un conjunto de actividades colectivas y no científicas, pero cuya solución científica depende, por el contrario, de la ciencia real..." (Deleuze y Guattari, 1988: 379).

cial... ha consistido en su paso gradual de una multitud de armonías muy pequeñas a un número menor de grandes armonías y a uno mucho menor todavía de las muy grandes..." (1983: 101). La gran posibilidad que nos concede nuestro autor es la de explicar cómo se expande universalmente una invención, y eso es precisamente el mundo social.

Al terminar este apartado, podemos especificar cuáles son las dos dimensiones en el proceso constitutivo del acontecimiento: la dimensión espiritual, que es la invención, y la dimensión material, que es su efectución (Lazzarato, 2006). Estas dos se imbrican constantemente, con ritmos inestables, con velocidades prodigiosas: "Amor fati, querer el acontecimiento, nunca ha sido resignarse, y mucho menos hacer el payaso o el histrión, sino extraer de nuestras acciones y pasiones esa fulguración de superficie, *contraefectuar* el acontecimiento, acompañar ese efecto sin cuerpo, esa parte que supera el cumplimiento: la parte inmaculada" (Deleuze, 2008a: 79, 89). En eso consiste el aporte de Tarde a la criminología, y es allí donde ha dejado su estela: hacer con el trabajo algo que no responda a los falsos prestigios, a los designios del Estado. Ha llevado su análisis sobre el crimen, que en definitiva es un estudio sobre el hombre y la sociedad, a un punto de originalidad maravillosa, a una invención, a un acontecimiento. Ha logrado que sus aportes no se agoten en sus libros, esto es, en su efectución, y permanezcan resplandecientes pese al ostracismo que ha sufrido; ha creado en el ámbito criminológico un espacio abierto, un sitio nómada, todo lo cual lo ha transformado en un criminólogo menor auténtico (Deleuze, 2000).

Remembranzas de un spinozista. Respecto a los autores que admiramos, podemos tomar dos direcciones; o bien decir lo que ellos dijeron, o bien hacer lo que ellos hicieron. En el primer caso, reproduciríamos una serie de consignas más o menos loables; en el segundo, deberíamos trabajar e intentar crear como ellos crearon. Al menos tentativamente, intentemos el segundo camino (Deleuze y Guattari, 2005: 33).

Entre Baruch de Spinoza y Gabriel Tarde hay algunas coincidencias interesantes, furtivas, *dema-driguera*. En primer término, a los dos les preocupaba, aunque por motivaciones distintas, aquello que podríamos definir como *multitud*. En segundo lugar, ambos quedaron marginados por mucho tiempo de los saberes serios e impenetrables, debido a las disputas que protagonizaron con aquellos que, precisamente, encarnaron ese saber. Por último, tanto uno como el otro, han sido recuperados en la actualidad por un conjunto de teóricos provenientes de áreas diversas.

En Spinoza (Virno, 2003; Negri y Hardt, 2004; De Giorgi, 2006), la multitud es el sujeto político por excelencia, aquél que persiste en la pluralidad sin poder ser reducido a lo *Uno*: "Se suele llamar poder público (*imperium*) al derecho definido por la potencia de la multitud" (Spinoza, 2001: II 17); "El derecho de la ciudad está definido por la potencia de la multitud manejada de algún modo por el mismo pensamiento, unión de almas que no se podría concebir de ningún modo, si la ciudad no tendiera fundamentalmente al objetivo que la sana razón enseña a todos los hombres que les conviene alcanzar" (ibíd.: III 7). En clara oposición a los postulados de Hobbes, sostiene que cuanto más libre es un agregado social, más influye en él la esperanza, y menos lo hace el temor; más desarrolla un culto a la vida, en lugar de contentarse con sólo escapar de la muerte (ibíd.: V 6). En esta línea, Spinoza ha sido recuperado en los últimos tiempos, dentro de la teoría política, por aquellos que lograron desembarazarse de la imagen mítica, aunque extraordinariamente efectiva, del Leviatán. Paolo Virno, por ejemplo, retoma el concepto de multitud, pero con la intención de explicar más agudamente problemas actuales: "La multitud contemporánea no está compuesta ni por *ciudadanos* ni por *productores*. Ocupa una región intermedia entre lo *individual* y lo *colectivo*. Para ella no vale de ningún modo la distinción entre *público* y *privado*. Y es justamente a causa de la disolución de estas duplas durante tanto tiempo tenidas como obvias que no se puede hablar más de un *pueblo* que converge en la unidad estatal" (2003: 16 y sig.). Según este filósofo italiano, los muchos siguen existiendo en tanto que muchos, no obstante lo cual, se advierte una unidad entre ellos: ya no es el Estado el que los nuclea, sino el lenguaje, el intelecto, o más genéricamente, las facultades comunes del género humano.

El arresto de A. Negri y M. Hardt está encaminado a utilizar el concepto de multitud para revitalizar el de clase: Spinoza *desfibrilando* a Marx. La multitud es para estos autores aquella que desafía a

la soberanía como lógica ecuménica de gobierno, capaz de lograr la tutela de todos por todos, que desborda incluso las altas tapias de la fábrica; “la multitud es un concepto de clase... La clase está determinada por la lucha de clases..., pero las clases que importan son las que se definen por las líneas de la lucha colectiva” (2004: 131 y sig.). Esto supone un concepto de clases que no se reduce a la propiedad o no de los medios de producción, sino justamente a la articulación políticamente lograda de la resistencia colectiva a la opresión, sea esta racial, económica o sexual. Desde esta perspectiva, tanto la raza como el proletariado pueden devenir clases, en tanto transformen su sometimiento en insumisiones grupales; esto ocurre fundamentalmente porque clase es un concepto político, lo mismo que *multitud*.

Por último, y continuando con las alegorías, quien utiliza a Spinoza como misa de Réquiem para Marx es A. De Giorgi. *El gobierno de la excedencia* proviene no tanto del espectro filosófico-político como de la criminología contemporánea, digamos que crítica. En este libro sugestivo, el autor plantea que los cambios provocados por el agotamiento de un modelo industrial como el fordista, y el paso a otro postfordista, traen una serie de consecuencias que se observan, y con fuerte diapason, en el ámbito del control y represión del delito. En el paso de la *disciplina* a la *biopolítica*, de las sociedades disciplinarias a las de control, la economía política de la penalidad fordista se muestra insuficiente, en términos analíticos, para explicar las mutaciones que tendencialmente se van sucediendo; las pautas de transformación del trabajo impactan en los procesos de subjetivación, y es particularmente aquí donde los conceptos utilizados originalmente resultan inadecuados. La gestión del riesgo que suponen las clases peligrosas ha debilitado ostensiblemente al paradigma rehabilitador, y en este contexto, *multitud* es el concepto que permite lo que el de *clase* ya no: identificar una fuerza de trabajo amplia, imposible de subsumirse a ninguna identificación proveniente del mando capitalista; “Multitud es aquello que se presenta antes del orden y que potencialmente se sustrae al orden: son los muchos quienes, generalmente de forma latente, pero a veces también explícitamente, ‘contravienen’ las instituciones de poder y su filosofía de reducción de la complejidad” (2006: 108). Lo que ve mutar De Giorgi, aunque sea tendencialmente, es el proyecto que el control encarna en las sociedades: con el panóptico lo que se pretendía ligar (y hacer fluir) era un saber y un poder que volvieran transparente a los subordinados para quienes los observaban. Esta utopía disciplinaria, en tanto saber absoluto de un poder dirigido a los sujetos, es a lo que las actuales técnicas de control renuncian explícitamente. Más allá de que no todos los diagnósticos sobre estas transformaciones concuerden, sí comulgan respecto de la declinación en la obsesión por el saber, y la llegada de un gobierno de las personas a partir de un *no-saber* que sólo pretende patrullar, examinar y neutralizar riesgos: “Las determinaciones concretas de la *multitud*, sus caracteres constitutivos, sus posibles comportamientos, las interacciones a las que puede dar vida, las formas de cooperación que alimenta de manera constante, escapan a cualquier definición o categorización rigurosa de los aparatos de control. Esta condición de no-saber modifica los dispositivos de control y los orienta hacia una función de vigilancia, de limitación del acceso; de neutralización y contención de la excedencia” (ibíd.: 122).

Estos usos del concepto de multitud podrían parecer antagónicos al ofrecido por Tarde; aunque esto sólo es cierto si lo leemos al calor de una imagen dogmática de su pensamiento (Deleuze: 2002b, p. 201). La primera aclaración es analítica: aquel sujeto político que se encuentra desafiando a la multitud, en el caso de Spinoza, Virno, Negri o Hardt, es el de pueblo hobbesiano (24). Para el magistrado francés, el agregado social que contrasta con el ya mencionado, es el público; dicho de otra manera, aquello que resulta discordante con la multitud no es el pueblo sino el público.

Una buena manera de dilucidar qué es lo que nuestro autor entiende por multitud sería partir de aquello que, en principio, se encuentra en las antípodas: el público (25). Debemos dejar en claro que

(24) Omitimos citar a De Giorgi ya que parece utilizar a la multitud como relevo del concepto de clase. Al menos no se observa en su trabajo referencias concretas al sujeto “pueblo” como en los restantes autores.

(25) “De la Revolución data el acontecimiento verdadero del periodismo y por consiguiente del público de la que aquella fue la fiebre”. Respecto de los factores que posibilitaron, Tarde enumera tres invenciones recíprocamente auxiliares: “la imprenta, el ferrocarril, el telégrafo, se ha constituido la formidable potencia de la prensa, este telé-

Tarde no es un escritor escrupulosamente sistemático, ni mucho menos invariablemente preciso. Es un criminólogo menor que se sustrae a los designios de su época respecto de las exigencias científicas; en el caso de la criminología, menor o mayor no hace referencia a una distinción numérica o cualitativa, sino a un modelo al que *la mayor* debe adaptarse y *la menor* no cesa de erosionar, y del que en definitiva, nunca depende (Deleuze, 1999: 271).

El solitario magistrado, de hecho, considera que lo que debe realizarse es, no tanto una psicología de las multitudes, que ya cuenta con varios antecedentes, sino justamente una psicología del público; este último tiene como características predominantes el ser una colectividad fundamentalmente espiritual, que ha logrado una cohesión sólo mental, consecuencia de lo cual sus componentes se hallan físicamente separados. Si los hombres logran transmitirse sugestión sin la necesidad de codearse o de verse, con solo estar leyendo un mismo periódico, no obstante lo hagan en los extremos más distantes de una gran región, ¿qué es exactamente lo que los une? “Este lazo es, con la simultaneidad de su convicción o de su pasión, la conciencia poseída por cada uno de ellos de que esta idea o esta voluntad es compartida en el momento mismo por un gran número de hombres” (Tarde, 1986: 44). Esta persuasión inmanejable, los lectores la reciben sin siquiera advertirlo conscientemente, la reciben fundamentalmente porque creen que aquello que leen y conocen, está siendo leído y conocido en ese momento por miles de personas más; lo que tiene un prestigio excepcional entre el público es, entonces, *la actualidad* (26). ¿Pero actualidad significa aquello que ha ocurrido recientemente? De ningún modo, “es todo lo que inspira actualmente un interés general e incluso aunque se trate de un hecho antiguo... Es de actualidad todo lo que está de moda” (ibíd.: 45). Lo que no goza de la atención pública, por lo tanto, tampoco tiene actualidad.

Algunas lecturas de *La opinión y la multitud* sugieren que el público es una superación, una fase superior de la asociación humana, lo cual es cierto sólo en parte. Está claro que para Tarde, en términos sucesivos o graduales, la multitud es anterior al público; de hecho, éste surge de aquella, “está constituido por una multitud dispersa, en la que la influencia de las conciencias unas sobre otras se ha convertido en una acción a distancia, a distancias cada vez más grandes” (ibíd.: 41). Hay en el público un avance tanto mental como social claramente ostensible, en función del cual la raza, entendida esta como influencias físicas, climáticas o antropológicas, tiene menor incidencia que en la multitud. Esta lectura *cronológica* del público, aunque no improcedente según las mismas bases del texto tardeano, no es ni por asomo la única posible: nuestro autor retrata de tal modo este fenómeno que nos concede la posibilidad de extraer otras lecciones acerca de la multitud y el público, que escape a la lógica del encadenamiento según la cual existe primero la multitud y luego, avanzando racionalmente, el público.

Ahora bien, si evitamos hacer esta lectura acerca del público en Tarde, podemos de la misma manera intentar otra de lo que él define como multitud, bien distinta de la ecuménicamente homologada. Esta última interpretación vincula bastante linealmente el interés y la preocupación de los escritores de la época por el fenómeno de las masas, y de quien encarnaba su alzamiento -el proletariado- con el temor generado por las revoluciones de 1848 en Europa, y la instauración veintitrés años después de la Comuna en París. No intentamos aquí subestimar estos acontecimientos, ni su influjo; lo que sí consideramos es que el estudio de Tarde es mucho más ambicioso que el de un joven atemorizado que pretende dar respuestas terminantes a problemas insurreccionales; o, más precisamente, su trabajo no fue producto de la desesperación de quien se percibía asecado por una coyuntura hostil, sino el análisis meditado de alguien que toma espacios de tiempo mucho más extensos.

Más arriba habíamos hablado de la multitud como uno de los dos gérmenes de la sociedad; el otro lo era la familia (1922b: 44; 1986: 49). Al ser el grupo del pasado por antonomasia, es que se encuentra

fono prodigioso que ha ampliado desmesuradamente el auditorio antiguo de los tribunos y de los predicadores” (ibíd.: 47 y sig.).

(26) Sólo recordar aquí el maravilloso tributo que Paul Veyne (1996) le realizó a Michel Foucault, en el cual planteaba que “lo que se opone tanto al tiempo como a la eternidad, es nuestra actualidad valorizante”.

la multitud más impregnada por las fuerzas de la naturaleza, por la raza, gozando de ciertas características comunes, más allá de sus diferencias circunstanciales: “su prodigiosa intolerancia, su orgullo grotesco, su susceptibilidad enfermiza y el sentimiento trastornado de su irresponsabilidad, nacido de la ilusión de la omnipotencia y de la pérdida total del sentimiento de la medida... Se presenta ahí un deseo de inmortalidad divina, un comienzo de apoteosis” (1986: 64). Así las cosas, esta multitud logra expresar menos inteligencia, moralidad y solidaridad que la de cada uno de sus componentes por separado (27), y esto porque la atención de sus integrantes se concentra en torno a un solo objeto, por lo que Tarde habla genéricamente de monoideísmo colectivo, y ello la arrastra a un estado de hipnosis en el que domina la volatilidad y los excesos. Respecto de esto, es importante resaltar dos cuestiones; por un lado, al depender la multitud de la inminencia y el contacto físico de sus integrantes, no es susceptible de incrementarse más allá del fenómeno puntal que provocó esa concentración, y, por otro, requiere de un componente insoslayable que es el del dirigente que debe estar vivo y presente, distinguiéndose en esto último del público. Por lo tanto, “la verdadera multitud (es) aquella en que la electrización por contacto alcanza su más alto punto de rapidez y energía” (1986: 161), estando integrada por gente que se encuentra de pie y en marcha (procesión).

Al capturarnos íntegramente, no es posible pertenecer a más de una multitud simultáneamente, cosa que no ocurre con el público: de hecho podemos compartir creencias diversas con grupos diferentes, ya que el cuerpo a cuerpo no es necesario. Pero además, Tarde se anticipa a la idea que más de una década después trabajaría G. H. Mead en *La psicología de la justicia punitiva* (1918 -1997-), según la cual, las consecuencias de un tipo de integración desmedida que impida mantener algún rasgo de autonomía frente al grupo trae consecuencias peligrosas: “en la composición de una multitud, los individuos entran solamente por sus semejanzas étnicas, que se suman y constituyen la masa, y no por sus diferencias propias, que se neutralizan y que en el movimiento de una multitud los ángulos de la individualidad se embotan mutuamente en beneficio del tipo nacional, que dan como síntesis” (ibíd.: 51) (28).

No desmenuzaremos aquí la taxonomía confeccionada por Tarde sobre las multitudes y los públicos, aunque sí rescataremos una que consideramos imprescindible para lograr hacer de nuestro autor un spinoziano por pleno derecho (29).

Decíamos al inicio que una lectura obediente y cortesana de *La opinión y la multitud* podría ubicar los planteos allí diseminados en oposición a las ideas del filósofo holandés. Es necesario, ya mismo, hacer una salvedad: no hay maridaje posible entre aquello que Spinoza piensa como multitud y aquello que Tarde define como tal; para el primero es el sujeto político que sirve de fundamento a las libertades civiles, y para el segundo, en cambio, es el primer eslabón, junto con la familia, dentro del itinerario de los agregados sociales. Pero sí hay algo en común, o mejor dicho, algo spinoziano en Tarde que a menudo se pasa por alto y que deseamos poner aquí de relieve: la multitud no es sólo un organismo retrógrado comparado con el individuo moderno y la sociedad a la que éste pertenece (Tonkonoff, 2008: 48/52)³⁰. Entonces, ¿qué más se puede proferir, aparte de lo señalado? Que las multitudes, “en su conjunto, están lejos de merecer el mal que se ha dicho de ellas y el que yo haya podido decir en alguna ocasión. Si se pone en un plato de la balanza la obra cotidiana y universal de las multitudes del amor, especialmente las multitudes en fiesta, con la obra intermitente y localizada

(27) De allí que Tarde afirme que “los hombres en conjunto, en multitud, valen menos que los hombres en detalle, uno por uno” (ibíd.: 155). A partir de esto, podemos afirmar, como nuestro autor lo ha hecho, que un jurado es menos inteligente que sus jurados.

(28) Citamos el célebre pasaje de Mead sobre el tema: “Cuando la actitud hostil, ya sea hacia el transgresor de las leyes o hacia el enemigo externo, proporciona a un grupo el sentimiento de solidaridad que más fácilmente surge alrededor de una llama, consumiendo las diferencias entre los intereses individuales, el precio de esta solidaridad de sentimientos es enorme, y algunas veces desastroso” (1997: 41 y sig.).

(29) Las distinciones hechas por Tarde respecto de las multitudes y los públicos provienen de los sexos, las edades, agentes físicos (que sirve casi exclusivamente para las primeras), según su fin o su fe (pueden ser a su vez, creyentes o ambiciosos); por último los divide en expectantes, o atentos, manifestantes, o actuantes (ibíd.: 60/69).

de las multitudes del odio, habrá que reconocer, con toda imparcialidad, que las primeras han contribuido mucho más a tejer y a apretar los lazos sociales, que las segundas a rasgar por diversos puntos este tejido" (Tarde, 1986: 68). Es posible salir de Tarde por medio de Tarde, o lo que es lo mismo, ver en Tarde aquello que sólo veíamos en Spinoza. La multitud logra encarnar en ambos autores afectos esplendorosos para la vida social; el magistrado francés retoma, y refina, el análisis iniciado por el pensador holandés: "hay una variedad de multitudes de amor, muy difundida, que juega un papel social de los más necesarios y de los más saludables, y que sirve de contrapeso a todo el mal consumado por todas las otras especies de reuniones multitudinarias" (ibíd.: 67). Tarde necesita poner de manifiesto que no está dispuesto a ser utilizado burdamente como un teórico enfrentado a las multitudes, e incluso arriesgar a decir que muchas de las características que le otorga a las multitudes de acción proclives al amor son más bien componentes del porvenir de la humanidad, y no pertenecientes a un pasado remoto y arcaizante. Reiteramos lo siguiente: no pretendemos afirmar aquí que esta lectura spinoziana de Tarde sea la única, ni mucho menos la indicada entre muchas otras, pero sí la reivindicamos como posible, y eso es suficiente; "demuestren otros si nuestra visión es incorrecta o no: nosotros decimos lo que creemos haber visto" (Nietzsche I: IV, 17). Al criminólogo francés todavía no se lo ha empezado a comprender, y nosotros no más que el resto: su procedimiento es explosivo y sus conclusiones disimetrías en constante oscilación, razón por la cual no corresponde permitarnos lecturas complacientes de sus obras.

Concluimos este apartado reafirmando que hay más de Spinoza en Tarde de lo que comúnmente se ha considerado. Esto no significa que Tarde tenga de la multitud una imagen idéntica a la de Spinoza, lo cual resulta bastante insignificante, ni que aquél haya leído a éste, pero si escarbamos un poco la lectura superficial de la multitud tardeana es posible llegar a una huida de Tarde en clave spinoziana: "los buenos efectos de las multitudes del amor y de la alegría se ocultan en los repliegues del corazón, donde, mucho tiempo después de la fiesta, subsiste un aumento de la disposición simpática y conciliadora..." (1986: 68)31.

Bibliografía

- ANITUA, Ignacio, Historias de los pensamientos criminológicos, Del Puerto, Bs. As., 2006.
- BAIGORRI, Artemio, Gabriel Tarde, el gran miedo burgués, disponible en <http://www.unex.es/sociolog/BAIGORRI/papers/tarde.pdf>, 1994.
- BARATTA, Alessandro, Criminología crítica y crítica del derecho penal, Siglo XXI, Bs. As., 2004.
- BARATTA, Alessandro, Criminología y sistema penal, B de F, Bs. As., 2004b.
- BOURDIEU, Pierre, Razones prácticas, Anagrama, Barcelona, 1997.
- BOURDIEU, Pierre, Poder, derecho y clase social, Desclée, Bilbao, 2001.
- BOURDIEU, Pierre, La distinción. Criterios y bases sociales del gusto, Taurus, Madrid, 1991.
- CARPIO, Adolfo, Principios de Filosofía, Glauco, Bs. As., 2004.
- CIORAN, Émile, Del inconveniente de haber nacido, Taurus, Madrid, 1998.
- CLASTRES, Pierre, Investigaciones en antropología política, Gedisa, Barcelona, 2001.
- CHRISTIE, Nils, Suitable enemies, en H. Bianchi, Abolition, Free University Press, Amsterdam, 1986.
- CHRISTIE, Nils, La imagen del hombre en el Derecho Penal moderno en Ch. Ferrer, en El lenguaje libertario II, Piedra Libre, Montevideo, 1991.
- CHRISTIE, Nils, Los conflictos como pertenencia en VVAA, en De los delitos y de las víctimas, Ad-Hoc, Bs. As., 1992.

CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito*, Del Puerto, Bs. As., 1993.

CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, FCE, Bs. As., 2001.

CHRISTIE, Nils, *Control de la delincuencia en Norteamérica y Europa* en E. Carranza, en *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, Siglo XXI, México, 2001b.

CHRISTIE, Nils, *Cuatro obstáculos contra la intuición*, en *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ad-Hoc, Bs. As., 2006.

DAHRENDORF, Ralf, *Hacia una teoría del conflicto social*, en *Los cambios sociales*, FCE, México, 1992.

DE GIORGI, Alessandro, *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de sueño, Madrid, 2006.

DELEUZE, GILLES, *Anti Oedipe Et Mille Plateaux*, Cours Vincennes, disponible en www.webdeleuze.com, 1971.

DELEUZE, GILLES y GUATTARI, Félix, *Mil mesetas*, Pre-Textos, Valencia, 1988.

DELEUZE, GILLES y GUATTARI, Félix, *Antiedipo*, Paidós, Barcelona, 1995.

DELEUZE, GILLES, *Crítica y clínica*, Anagrama, Barcelona, 1996.

DELEUZE, GILLES, *Conversaciones*, Pre-Textos, Valencia, 1999.

DELEUZE, GILLES, *NIETZSCHE y la filosofía*, Anagrama, Barcelona, 2000.

DELEUZE, GILLES y PARNET, Claire, *Diálogos*, Editora Nacional, Madrid, 2002.

DELEUZE, GILLES, *PROUST y los signos*, Editora Nacional, Madrid, 2002^a.

DELEUZE, GILLES, *Diferencia y repetición*, Amorrortu, Bs. As., 2002b.

DELEUZE, GILLES, *SPINOZA y el problema de la expresión*, Editora Nacional, Madrid, 2002c.

DELEUZE, GILLES y GUATTARI, Félix, *Kafka, por una literatura menor*, Editora Nacional, Madrid, 2002.

DELEUZE, GILLES y GUATTARI, Félix, *¿Qué es la filosofía?*, Anagrama, Barcelona, 2005.

DELEUZE, GILLES, *La isla desierta y otros textos*, Pre-Textos, Valencia, 2005.

DELEUZE, GILLES, *Dos regímenes de locos*, Pre-Textos, Valencia, 2007.

DELEUZE, GILLES, *Lógica del sentido*, Paidós, Bs. As., 2008^a.

DELEUZE, GILLES, *FOUCAULT*, Paidós, Barcelona, 2008b.

DURKHEIM, Émile, *Las reglas del método sociológico*, Hyspamerica, Madrid, 1982.

DURKHEIM, Émile, *La división del trabajo social*, Libertador, Bs. As., 2004.

DURKHEIM, Émile, *Criminalidad y salud social*, en *Delito y Sociedad*, UNL Ed., 16, N° 24, 2007, ps. 133-138.

FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía abreviado*, Sudamericana, Bs. As., 2005.

FOUCAULT, Michel, *Genealogía del racismo*, Altamira, Bs. As., 1996.

FOUCAULT, Michel, *Arqueología del saber*, Siglo XXI, Bs. As., 2002.

GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones preliminares de Filosofía*, Porrúa, México, 1994.

GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta*, Ad-Hoc, Bs. As., 2005.

GARGARELLA, Roberto, Mano dura sobre el castigo: alienación legal y comunidad disponible en www.cablemodem.fibertel.com.ar, 2006.

GARGARELLA, Roberto, Mano dura sobre el castigo: autogobierno y comunidad, Nueva doctrina penal N° 2, ps. 451-472, 2007.

GARLAND, David, Castigo y sociedad moderna, Siglo XXI, México, 2006.

GUATTARI, Félix y ROLNIK, Suely, Micropolítica. Cartografías del deseo, Traficantes de sueño, Madrid, 2006.

HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, Multitud, Debate, Bs. As., 2004.

HEIDEGGER, Martín, ¿Qué significa pensar?, Terramar, La Plata, 2006.

HERNÁNDEZ, Ernesto, Gabriel Tarde y nosotros, disponible en http://www.snav2.com.ar/oficina/biblioteca/Ponencia_Gabriel_Tarde_y_Nosotros.pdf, 2004

HULSMAN LOUK, y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, Sistema penal y seguridad ciudadana, Ariel, Barcelona, 1984.

HULSMAN LOUK, y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, La apuesta por una teoría de la abolición del sistema penal en El lenguaje libertario II, Piedra Libre, Montevideo, 1991.

JOSEPH, Isaac, Gabriel Tarde; el mundo como magia, disponible en http://www.snav2.com.ar/oficina/biblioteca/Gabriel%20Tarde%20el%20mundo%20como%20magia%20_Isaac%20Joseph%20_.pdf, 1999.

LARRAURI, Elena, Criminología crítica: abolicionismo y garantismo en Ius et Praxis (año 4 - N° 2), Talca, (ps. 27/64), 1998.

LATOUR, Bruno, Nunca fuimos modernos, Siglo XXI, Bs. As., 2007.

LATOUR, Bruno, Reensamblar lo social, Manantial, Bs. As., 2008.

LAZZARATO, Maurizio, Por una política menor, Traficantes de sueños, Madrid, 2006.

LIPPENS, Ronnie, ¿Alternativas a qué tipo de sufrimiento? Hacia una “criminología que cruce fronteras”, en Reconstruyendo las criminologías críticas, Ad-Hoc, Bs. As., ps. 261-305, 2006.

LISTA, Carlos, Los paradigmas del análisis sociológico, Advocatus, Córdoba, 2000.

LÓPEZ GÓMEZ, Daniel y SÁNCHEZ CRIADO, Tomás, La recuperación de la figura de Gabriel Tarde, disponible en <http://www.aibr.org/socios/tomassanchezcriado/inv/tarde2006.pdf>, 2006.

MARX, Karl, Prólogo de la Contribución a la crítica de la economía política, Comares, Valencia, 2004.

MATHIESEN, Thomas, Juicio a la prisión, Ediar, Bs. As., 2003.

MATHIESEN, Thomas, Diez razones para no construir más cárceles, aparecido en Nueva doctrina penal, N° 1, Buenos Aires, Argentina, págs. 3-20, 2005.

MEAD, George, La psicología de la justicia punitiva, en Revista Delito y sociedad, Año 10, Número 9-10, 1997.

MELOSSI, Darío, Estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva (y la idea de una “responsabilidad compartida”), en Delito y Sociedad, UNL Ed., 16, N° 23, ps. 11-26, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich, (I) De la utilidad y los inconvenientes de la historia para la vida, disponible en www.nietzscheana.com.ar, 1874.

NIETZSCHE, Friedrich, El crepúsculo de los ídolos, SELA, Bs. As., 1946.

NIETZSCHE, Friedrich, La genealogía de la moral, Alianza, Madrid, 1986.

PAVARINI, Massimo, ¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal, en NO HAY DERECHO, Bs. As., 1990.

PAVARINI, Massimo, Control y dominación, Siglo XXI, Bs. As., 2003.

PAVARINI, Massimo, Un arte abyecto, Ad-Hoc, Bs. As., 2006.

SOZZO, Máximo (Comp.), Reconstruyendo las criminologías críticas, Ad-Hoc, Bs. As., 2006.

SUTHERLAND, Edwin, El delito de cuello blanco, La Piqueta, Madrid, 1999.

SPINOZA, BARUCH de, Tratado político, Quadrata, Bs. As., 2001.

SPINOZA, BARUCH de, Ética, Hispamérica, Barcelona, 1980.

TARDE, Gabriel, Filosofía penal, tomo I, La España moderna, Madrid, 1922^a.

TARDE, Gabriel, Filosofía penal, tomo II, La España moderna, Madrid, 1922^b.

TARDE, Gabriel, Criminalidad comparada, La España moderna, Madrid, 1922^c.

TARDE, Gabriel, Las leyes sociales, Sopena, Barcelona, 1983.

TARDE, Gabriel, La opinión y la multitud, Taurus, Madrid, 1986.

TARDE, Gabriel, Criminalidad y salud social, en Delito y Sociedad, UNL Ed., 16, N° 24, ps. 121-132, 2007.

TIEGHI, Osvaldo, El abolicionismo radical y el abolicionismo institucional, Rev. Chilena de Derecho, Vol. 22 N° 2, ps. 309/319, 1995.

TIRADO SERRANO, Francisco, Los objetos y el acontecimiento: teoría de la socialidad mínima, Tesis doctoral, disponible en <http://www.tdx.cesca.es/TDX-0925101-165005/>, 2001.

TONKONOFF, Sergio, La sociología criminal de Gabriel Tarde, en Delito y Sociedad, UNL Ed., 16, N° 26, ps. 37-58, 2008.

VEYNE, Paul, El último Foucault y su moral, en Anábasis N° 4, ps. 49-58, 1996.

VIRNO, Paolo, Gramática de la multitud, Colihue, Bs. As., 2003.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, La nueva criminología, Amorrortu, Bs. As., 2001. ♦

El sistema argentino de control judicial de la Administración

POR TOMÁS HUTCHINSON (*)

Sumario: I. Generalidades. II. El control público de la administración. III. El control jurisdiccional: sistemas. IV. Nuestro sistema de control "jurisdiccional". V. Breve historia del control judicial de la administración. VI. La evolución del fuero procesal administrativo. VII. La división del control jurisdiccional. VIII. El sistema de control jurisdiccional vigente. IX. Conclusión: es un sistema autóctono.

Resumen:

El artículo analiza el sistema de control judicial de la Administración en la República Argentina desde la época colonial, analizando, fundamentalmente las distintas etapas desde 1810: la etapa pre-constitucional y la que nace con la Constitución de 1853/60 y se desarrolla hasta ahora, tanto en el orden nacional como provincial, atento el sistema federal que rige en nuestro país.

Surge del desarrollo del análisis, lo autóctono de nuestro sistema de control jurisdiccional ya que, siguiendo, el régimen nacional, en alguna manera al sistema de EE.UU., la imposibilidad de que el Gobierno federal ejerza funciones jurisdiccionales, crea necesariamente un sistema de control distinto. Por su parte, el régimen provincial que siguió en alguna manera al sistema continental europeo (lógico a poco que se piense que fuimos colonia española) parte de la separación de poderes tomado de la constituyente de Cádiz. Por eso la diferencia con Francia (con tribunales administrativos para controlar al Estado) y de España (justicia retenida).

Se analiza el desarrollo de los regímenes procesales de la Nación y de las Provincias, pudiendo advertirse el mayor desarrollo del Derecho Público provincial al respecto.

I. Generalidades

En este número de Anales en que se conmemora el bicentenario de nuestra patria, parece útil hacer una reseña del sistema judicial de control de la Administración, desde aquella lejana época de nuestra independencia.

Argentina, conforme establece su Constitución (art. 1º), ha adoptado para su gobierno la *forma representativa republicana federal*. Ello implica la existencia en materia administrativa, de las Administraciones nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en materia judicial, de la justicia nacional, que comprende tanto la justicia federal como la justicia nacional ordinaria, que tiene a su cargo el juzgamiento dentro de la Capital Federal de las cuestiones que versen sobre los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social (artículo 75, inc. 12, de la Constitución Nacional y Ley Nº 24.588) (1); de las justicias provinciales, y de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con una competencia reducida.

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (con asiento en París). Profesor Titular de Derecho Administrativo en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata; de Buenos Aires (UBA) y Argentina de la Empresa.

(1) Creemos que ningún interés válido puede invocar el Gobierno Nacional para retener la administración de justicia de derecho común en la Ciudad de Buenos Aires.

En consecuencia, Argentina posee un *doble orden jurisdiccional: el orden nacional, y el orden provincial o local* (en esta última, a los fines de esta explicación, ubicamos a la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

II. El control público de la administración

La actividad administrativa del Estado, debe sujetarse al Derecho constitucional como base cierta e inmutable de su proceder; los preceptos constitucionales son los que fijan los límites del actuar del Estado respecto a los ciudadanos y también los derechos de éstos respecto a aquél.

Dichos derechos no son absolutos, “pero nacen precisamente para reducir la acción del Estado a los límites impuestos por dichas reglamentaciones. Estos derechos no desconocen la subordinación del individuo al Estado, pero garantizan que ella opere en los límites impuestos por el Derecho: en esto actúa una suerte de coordinación entre los ciudadanos y el Estado, resultando que los límites para los primeros son también límites para el segundo”(2).

Al analizar las cuestiones que se derivan del proceso administrativo, parto de un principio fundamental: “las contingencias procesales son las que deben interpretarse a la luz de las exigencias de la Constitución”(3) y no a la inversa.

Conforme al diccionario de la Lengua, controlar es comprobar, verificar, inspeccionar. Desde el punto de vista jurídico, “es un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un *órgano debidamente autorizado para ello, examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley (en sentido lato)*”(4). Cuando hablo de control público, debe señalarse que el control (o función fiscalizadora) tiende a asegurar que algunos órganos obren con sujeción a las leyes y según la efectiva conveniencia en relación a un concreto interés público (5).

Con relación a los *objetivos del control público*, ellos deben propender a garantizar que las actividades que constituyen su objeto tengan lugar con *juridicidad*, es decir, con pleno respeto de la Constitución del Estado nacional o local respectivo, los tratados internacionales que ha suscripto, y sus normas legales y reglamentarias, y de los principios generales del derecho, es decir, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, o como bien se ha sintetizado: a la juridicidad.

También se tiende a verificar que tales actividades sean cumplidas con economía, eficacia y eficiencia. Como dicen Carlos Al Isoard y Jiménez De Sandi (6) “... *Verificar la eficacia y la eficiencia consiste en expresar cuantitativamente el progreso hacia la consecución de las mutaciones deseadas en las estructuras y en la coyuntura; y en precisar el aprovechamiento de los recursos con que se lograron los cambios. Es decir, valorar la eficacia es determinar el grado en que se hayan con seguido los objetivos; valorar la eficiencia es juzgar hasta qué punto se emplearon racionalmente los medios —monetarios y no monetarios— para lograr resultados óptimos; es cerciorarse de que las actividades se ejecuten siguiendo la combinación de recursos, acciones y fines que ofrece más ventajas...*”.

Cuando hablo del control público de la Administración, no me refiero exclusivamente a aquel control interno de la Administración ni al que solo tiene por objeto la actividad del Poder Ejecutivo y sus

(2) QUIROGA LAVIE, HUMBERTO; Los Derechos Humanos y su defensa ante la Justicia, ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p 418.

(3) BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO, O controle judicial dos atos administrativos, p. 2, n° 2, cit. por MOSSET ITURRASPE, J. HUTCHINSON, T. DONNA, E, Daño, cit., t. II, p. 225.

(4) FERNANDEZ VAZQUEZ, EMILIO, Diccionario de Derecho Público, ed Astrea, Buenos Aires, 1981, p.161.

(5) El control de legitimidad tiene por objeto verificar si los actos emitidos por la Administración se ajustan a la ley y al reglamento y no contrarían norma alguna del ordenamiento jurídico (FERNANDEZ VAZQUEZ, E., Diccionario, cit., p. 108).

(6) ISOARD, CARLOS A., y JIMENEZ DE SANDI, Auditoría de las operaciones del gobierno. Efectividad, eficacia y eficiencia del gasto público, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, p. 17.

órganos dependientes (Administración Pública), porque, la función administrativa no es exclusiva del órgano ejecutivo, hallándose presente también en los órganos legislativo y judicial; y aún con otras personas estatales y no estatales (7).

No existiendo diversidad de naturaleza entre la *función administrativa* ejercida por el órgano ejecutivo, y la que es ejercida por los órganos legislativo y judicial, habrá de examinarse en este análisis un aspecto del control público del ejercicio de la función administrativa, es decir, de aquella ejercida por el órgano ejecutivo y sus órganos dependientes, y la ejercida por los órganos legislativo y judicial, excepción hecha en estos dos últimos casos, de las funciones legislativa y judicial respectivamente, entendidas en sentido orgánico y material (mixto).

III. El control jurisdiccional: sistemas

Cabe señalar, en forma inicial, que empleo en este análisis, el término *jurisdiccional* para caracterizar esta forma de control de la Administración, teniendo en cuenta la existencia en el derecho comparado de dos formas fundamentales de realizarlo: el denominado *sistema francés, administrativo, o de doble jurisdicción*, que consiste en atribuir dicho control a un organismo administrativo, aunque caracterizado por poseer independencia de criterio y, en la actualidad, separación de la *administración activa* (caso de Francia) y el denominado *sistema judicial, o de jurisdicción única*, que consiste en atribuir tal control al *órgano judicial*, debiéndose aún examinar en este último caso si el control se atribuye a *los tribunales ordinarios*, como es en general —con excepciones— el caso del Reino Unido y de Estados Unidos de América, o a tribunales judiciales *especializados*, como es el caso del Reino de España, de Colombia, Uruguay, etc. y también, aunque en menor grado, el nuestro (8).

También existe el *sistema mixto*, que combina ambas formas de control: judicial para los *derechos subjetivos*, administrativo para los *intereses legítimos*, como es el caso de la República italiana.

Entre nosotros, no tiene mucho sentido y lleva a confusión el empleo del término *jurisdiccional* (9), porque se lo suele confundir con control por un órgano administrativo (jurisdicción administrativa) en lugar del judicial que es el que corresponde en el sistema argentino. Cuando me refiero a control jurisdiccional de la Administración, en nuestro país, utilizamos este término para referirnos al ejercicio de dicho control por tribunales judiciales, y no por tribunales administrativos.

Si bien esta denominación puede no resultar satisfactoria a quienes postulan extender la noción de jurisdicción al órgano administrativo, prefiero limitar tal concepto a la actividad de resolución de conflictos por los *órganos judiciales* (10), pues lo contrario implica desconocer la inexistencia de una

(7) Ver, art 1º, inc. 1º del CPCAPBA.

(8) Decimos en menor grado porque en pocas jurisdicciones provinciales existe un fuero especializado; en la mayoría de las Provincias el contencioso administrativo está a cargo del máximo tribunal que entiende en todas las materias (sea por vía de casación o de recursos extraordinarios o por demandas originarias).

(9) Ver el fundamento de esta posición en HUTCHINSON, T., Derecho procesal administrativo, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, pp. 000

(10) GORDILLO, AGUSTÍN, en su Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, 5ª. Edición —aunque desde la primera edición de esa obra— Tomo 1, pp. IX-42 y ss., apartado 18, efectúa una crítica a ...la supuesta distinción entre jurisdicción 'judicial' y jurisdicción 'administrativa'... señalando, entre muchos otros aspectos, que ...hablar de 'jurisdicción administrativa'... implica una contradictio in terminis, pues si hay jurisdicción no hay administración, y viceversa... y que además de una impropiedad lingüística, y además una incorrección conceptual, dado que si la diferencia entre ambas se da por el órgano, no por la función, se estaría afirmando que la Administración puede realizar funciones de los jueces, lo que en nuestro derecho está vedado (entre otras normas) por lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución Nacional, y que si en lugar de ello se pretende diferenciar ambas jurisdicciones por la función, es necesario declarar reservada a los jueces y prohibida a la administración la decisión definitiva con fuerza de verdad legal de controversias entre partes. La crítica es, a nuestro criterio, totalmente válida para el derecho argentino, donde a nuestro juicio no es válido referirse a jurisdicción administrativa. No obstante, tal jurisdicción administrativa existe en Francia y en otros países, a los cuales nos referimos al analizar el sistema francés o de doble jurisdicción.

jurisdicción administrativa, en Argentina por imperio de lo dispuesto, desde los albores de nuestra constitucionalidad en los artículos 18, 95 y 100 de la Constitución Nacional de 1853/60, sin que la reforma de 1994 haya cambiado en un ápice la cuestión (arts. 18, 109 y 116).

Por eso, cuando hablo del sistema de nuestro país y me refiero al control jurisdiccional me estoy refiriendo al control judicial. De allí que, para nosotros, el *control jurisdiccional de la Administración*, que es aquél ejercido respecto de aquélla a través de la sustanciación o resolución de causas o controversias entre la Administración y el particular aplicando el derecho, con fuerza de verdad legal y en forma definitiva, por parte de un *órgano judicial o administrativo*, según lo que dispongan los ordenamientos comparados.

IV. Nuestro sistema de control “jurisdiccional”

Nuestros convencionales constituyentes, adoptando como modelo el de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (11), optaron por el sistema judicialista (12), y nuestra Corte Suprema de Justicia, siguiendo la interpretación jurisprudencial de los tribunales norteamericanos (13), desde un comienzo aceptó controlar (14) la actuación tanto del Poder Ejecutivo (15) como del Legislativo (16).

El control jurisdiccional de la Administración se realiza exclusivamente en una causa o controversia determinada sometida —en el caso argentino— a un órgano judicial, y en el marco de un proceso administrativo.

El efecto fundamental que tiene el *control jurisdiccional* es el de dejar sin efecto *un acto administrativo, o un acto de alcance general, o un contrato administrativo, o bien un acto particular de aplicación de un reglamento*, o bien imponer la cesación de un hecho administrativo, pudiendo además imponer una condena, tendiente al restablecimiento de la situación previa a la decisión, contrato o hecho reputados contrarios a derecho.

(11) Ver los antiguos textos de los arts. 94 a 103 (hoy arts. 108 a 119), los cuales —excepción hecha del art. 95 (hoy art. 109), que tiene como fuente la Constitución chilena de 1833—, en gran medida, reproducen las normas contenidas en las distintas disposiciones contenidas en el art. III de la Constitución de Filadelfia.

(12) Es en concordancia con lo dispuesto en el anterior art. 100 de la Const. (art. 116 en la enmienda de 1994), por el que se estableció que corresponde a la justicia federal entender en los asuntos en que la Nación sea parte —sin distinguir si es actora o demandada—, que se muestran las posteriores disposiciones atributivas de competencia contenidas en las leyes 27 (1862), por cuyo art. 20 se estableció la de los tribunales federales para entender en “las causas contencioso-administrativas y demás que interesen al Fisco Nacional”, y 48 (1863), por la que se encomendó a los jueces nacionales conocer “en general todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador de sus rentas sea parte” (ver, en particular, art. 2º, inc. 6º).

(13) En particular, la doctrina sentada por su Corte Suprema hacía ya medio siglo (1803) in re “Marbury vs. Madison” (ver 5 U.S. 137).

(14) Menester es reconocer que fue también del Derecho norteamericano que el Superior Tribunal de nuestro país, a poco de entrar en funcionamiento, reacceptó la injustificada teoría —tanto allí como aquí (MAIRAL, H., *Control Judicial de la Administración Pública*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1985., vol. I, pp. 26 y ss.) relativa a la inmunidad soberana —, y, consecuentemente, el principio atinente a la irresponsabilidad del Estado— que al proclamar la indemandabilidad de la Nación, desembocó entre nosotros en la exigencia de la venia legislativa como requisito previo para accionar contra ella, la cual por su inconveniencia práctica y por ser ajena a nuestra cultura jurídica (la prueba es que en la Provincia de Buenos Aires el art. 129 de la Constitución de 1854 disponía: “Las causas contenciosas de hacienda y las que nacen de los contratos entre particulares y el Gobierno serán juzgadas por un Tribunal especial, cuyas formas y atribuciones las determinará la ley de la materia”; la de 1873 que establecía (art. 156) “La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones... inc. 3º “Decide las causas contencioso-administrativas, en única instancia...” y la de 1889 que decía (art. 159): “...En las causas contencioso-administrativas, la Suprema Corte tendrá facultad de mandar cumplir directamente sus sentencias...”), fue eliminada por la ley 3952.

(15) CSJN, “Fallos” 1:32, “Ríos, Gómez y Ríos”, 1863.

(16) CSJN “Fallos”, 33: 162, “Municipalidad c/Elortondo”, 1888.

El *control jurisdiccional de la Administración Pública* tiene diversas finalidades. Puede destacarse, en primer lugar, la necesidad de la preservación de los derechos de los particulares frente a la Administración.

El siempre presente riesgo representado por el eventual surgimiento de un poder absoluto también requiere de la firme protección de los derechos de los particulares, respecto de la Administración.

Desde ese punto de vista, el *control jurisdiccional de la Administración*, especialmente a través de su adecuado funcionamiento, constituye parte —no menor— de las garantías que ofrece el Estado democrático a sus habitantes, contribuyendo, al propio tiempo a la preservación y al fortalecimiento del sistema republicano y democrático de gobierno, pues este tipo de control da a los particulares la posibilidad de defender sus derechos frente al poder estatal.

Así como en el *procedimiento administrativo* la Administración, parte interesada, es quien dirige el procedimiento y quien llega, por sí y ante sí, a una decisión, el *control jurisdiccional* supone un cambio fundamental en tal situación, colocando al particular y a la administración en pie de igualdad ante el *órgano jurisdiccional* y frente a la regla de derecho, que rige para ambos; y, en el caso de que dicho órgano sea el órgano judicial —sistema anglosajón, pero también vigente en España, Argentina y otros países— ante un órgano imparcial, independiente y supraordenado a las partes, que brinda las máximas garantías acerca de la correcta aplicación y realización del derecho.

En la aplicación del *procedimiento administrativo*, la Administración sabe y debe saber que sus decisiones habrán de ser revisadas por un órgano ante el cual ella misma se encontrará en situación de igualdad con relación a aquél respecto de quien hoy decide, y que puede y deberá dejar sin efecto sus decisiones, si no son arregladas a derecho, y que incluso puede imponerle costas y aún sanciones. Ello constituye un fuerte incentivo para la correcta aplicación del derecho en la Administración.

Además de la protección de los derechos de los particulares, el *control jurisdiccional de la Administración Pública tiene también como finalidad la protección de los derechos de la comunidad, a través de la protección de los derechos del Estado, nacional, provincial, municipal o de la Ciudad de Buenos Aires*, y, en definitiva, de todo órgano estatal.

Frente a esta aparente paradoja, surge la pregunta ¿Cómo el control jurisdiccional de la Administración puede contribuir a proteger los derechos de la propia Administración? Para responderla, se debe tener presente una realidad conocida perfectamente en la práctica administrativa en todos los países: no siempre los órganos administrativos protegen adecuadamente los intereses que les son confiados.

También sucede a menudo que el particular que ocurre ante la Administración y posteriormente ante el órgano jurisdiccional no es el desprotegido particular a quien se presume —a veces con razón— virtualmente indefenso ante la maquinaria estatal. En realidad, muchas veces se trata de empresas dotadas de múltiples y sofisticados medios, que incluyen influencias políticas y económicas, y que además de una unidad de acción y claridad de miras, habitualmente ausentes en el ámbito estatal, suelen contar con recursos materiales y humanos muy superiores a aquellos de que dispone la Administración para su defensa.

En esas condiciones, también el *control jurisdiccional* debe preservar los derechos y el patrimonio estatal. No, por cierto, amparando decisiones, procedimientos, o accionar ilegítimos, ni tampoco a través de favoritismos o preferencias de ninguna clase. Sólo dando a cada uno lo que le pertenece, según los principios de la justicia distributiva, puede evitarse que el patrimonio común (interés público) sea coto de caza de privilegiados intereses privados.

En definitiva, igualar a la Administración y al particular ante el derecho, y dar a uno lo que le corresponde, constituye el objetivo del control jurisdiccional de la Administración.

V. Breve historia del control judicial de la administración

1. Sistema nacional

A. Epoca colonial

Respecto de los antecedentes de derecho hispánico en la materia que trato, preciso es señalar que el concepto mismo de *control jurisdiccional de la Administración* requiere de un presupuesto esencial: la existencia, en el Estado de que se trate, de la *división de poderes*.

En su célebre formulación por el barón de Montesquieu, esta doctrina, surgida de la observación por parte del autor de la invariable tendencia humana al abuso del poder, y recordando “...*Es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder tiende a (est porté) abusar de él; llega hasta que encuentra los límites...*”, lo cual requería que para evitar tal abuso, era necesario que “...*por la naturaleza de las cosas, el poder contenga al poder...*” (17).

Se trataba, en definitiva, en dividir *el poder del Estado en funciones* y de atribuir éstas a órganos diferentes, para que de este modo nadie pudiera imponer totalmente su voluntad, ni fuera sometido a una voluntad diversa a la propia.

Resulta difícil concebir sin *división de poderes* el *control jurisdiccional de la Administración*, aunque en Francia, a través de la transformación conceptual de la *división de poderes en separación de poderes*, fue posible concebir al *control jurisdiccional de la Administración* como una función administrativa, a cargo de ella misma.

En las colonias españolas en América en el período hispánico anterior a 1810, no regía el aludido principio de *división de poderes*. Por el contrario, tenía lugar la posesión de facultades judiciales por parte de la autoridad política —recordemos que, en España, el Rey concentraba tradicionalmente en su persona las facultades políticas, militares y judiciales; con la asistencia de sus *Consejos* asesores, siendo de particular importancia en materia judicial respecto de las colonias de América el *Consejo de Indias*, como última instancia de apelación; y, en materia judicial, con la fundamental participación de las *Reales Audiencias* (18).

Como señala Ricardo Levene (19) “...*Durante los siglos XVI, XVII y XVIII, no se había adoptado aún la estructura institucional de la separación y equilibrio de los poderes y por tanto los órganos de la Justicia de Indias no constituían un Poder Judicial independiente. Las facultades y atribuciones de naturaleza judicial eran ejercidas por los órganos judiciales y políticos así como también las de naturaleza política eran ejercidas por los órganos judiciales y políticos...Lo expuesto explica que uno de los fines propios de la Revolución Emancipadora de 1810 fue el de lograr la organización autónoma del Poder Judicial...*”

(17) SECONDAT, CH., BARON DE MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, cit.

(18) El sistema colonial, administrativo y judicialista comenzó su evolución desde el primer cuarto del siglo XVI. La ley 35, título XV (libro 2º de la legislación recopilada de Indias, comentada por JUAN DE SOLORZANO), ordenaba que: “De todas las cosas que los Virreyes y Gobernadores proveyeran a título de gobierno está ordenado por si alguna parte se sintiera agraviada pueda apelar y recurrir a las Audiencias Reales de las Indias” El virrey podía insistir en la ejecución del acuerdo impugnado. En este caso se enviaban los autos al Consejo Real de las Indias. En su inicio la rama más importante del poder judicial colonial estuvo constituida por las audiencias reales de Indias. Ellos conocían de “todas las cosas que Virreyes y Gobernadores proveyeran a título de gobierno”. Está ordenado que si alguna parte se sintiere agraviada puede apelar y recurrir a las audiencias reales...” y allí son oídos judicialmente los interesados, y se confirman, revocan y moderan los autos y decretos de los virreyes y gobernadores. A quienes estrechamente está mandado que por ningún modo impidan o estorben este recurso”. (SO LORZANO, JUAN DE, Política Indiana, T. IV, núm. 29 y 30, cit. por PALLARES, J. El poder Judicial, cit., p. 29).

(19) LEVENE, RICARDO, Historia del Derecho Argentino, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1946, tomo II, Capítulo IV, pp. 85/86.

En las colonias españolas, también el *Gobernador Intendente* y el *Virrey* tenían ciertas funciones judiciales. Por otra parte, también las Audiencias cumplían función consultiva de derecho respecto del *Virrey*. En las *Audiencias Pretoriales*, el *Virrey* presidía, aunque tal facultad no era ejercida ordinariamente en los acuerdos de justicia (20). A partir de 1749 fueron atribuidas a los Virreyes determinadas facultades disciplinarias respecto de los *ministros de las Reales Audiencias (Oidores)* (21). Además del *Virrey* o del Presidente, la normativa fue atribuyendo de modo creciente facultades al Regente de la Real Audiencia, especialmente la *Instrucción de Regentes* (1776). Eran frecuentes los *conflictos de poderes* con el *Virrey*.

La organización judicial a la época comprendía, como última instancia, el Consejo de Indias en España, a la que se llegaba con el recurso extraordinario de segunda suplicación, que se interponía en causas civiles falladas por las Reales Audiencias. Los Cabildos cumplían el rol de *tribunales inferiores*.

Pese a que las indicadas circunstancias determinaban que a la época no existiera un verdadero *control jurisdiccional de la Administración*, en las *Leyes de Indias* (Libro II, título V, leyes 6, 7 y 8) del año 1636 (22) se establecía que el Fisco podía ser demandado ("reo" (23) según las citadas leyes) (24). Ibáñez Frocham recuerda dos leyes de la Recopilación de Indias 1860, en las que se daba competencia a la audiencia para juzgar sobre los perjuicios que hubiesen podido sufrir los particulares por actos de gobierno, y también facultad para conocer en los asuntos resueltos por los tribunales de cuentas (leyes XXXV y XXXIII, del Libro II, Título XV, respectivamente (25)).

El régimen colonial español "...fue siempre grave, serio y templado en sus condiciones morales para los pueblos de su raza; pero la administración era a la vez defectuosísima...", debido a la centralización administrativa y teocrática (26). La legislación española —en el caso, la Recopilación castellana— ha sido aplicada por la Corte, en algunos casos en forma supletoria (27), en otros, directamente (28).

B- Período patrio preconstitucional

Se debe aguardar en nuestro país a la *Revolución de Mayo* para que, al influjo de las ideas de Montesquieu, de la Revolución Francesa, y de la independizada *Estados Unidos de América*, comience a desarrollarse la división de poderes y surja el *control jurisdiccional de la Administración*.

Ya en el artículo 7º del *acta capitular del 25 de Mayo de 1810* se estableció que "...los referidos S.S. que componen la Junta provisoria queden excluidos de ejercer el poder judicial, el cual se refundirá en la Real Audiencia, a quien se pasarán todas las causas contenciosas, que no sean de Gobierno..." Si

(20) LEVENE, R., Historia, cit., T. II, p. 106.

(21) LEVENE, R., Historia, cit., T. II, p. 245.

(22) Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, 4º Reimpresión, Madrid, 1943, v. 1, p.274).

(23) Expresa GUTIERREZ DE ESCOBAR, en su Cuadernillo publicado en el Apéndice del libro de REIMUNDÍN, Antecedentes históricos del derecho procesal indiano, Tucumán, 1953 que "Reo es aquel a quien ponen en juicio alguna demanda de suerte que el Actor es el que pone pleito o demanda a otro sobre el derecho a alguna cosa y el reo es aquél contra quien se pone pidiendo ésta" (p. 76).

(24) DIEZ, M.-HUTCHINSON, T., Derecho, cit., 1ra. ed., p. 28.

(25) Citado por BOSCH, J. T., ¿Tribunales, cit, p. 49.

(26) LOPEZ, VICENTE FIDEL, Derecho administrativo argentino, Imprenta de la Nación, Buenos Aires, 1902, pp. 36 y ss.

(27) CSJN, "Fallos" 1:353; 5:433; 7:471; 9:972; 10:180, entre otros. Así dijo: "Las leyes preexistentes a la de procedimientos nacionales son supletorias a la misma en lo que no se opongan a sus disposiciones. La ley 30, Título 20, Libro 12 de la Recopilación Castellana, se halla en este caso (art. 374, ley Proc)" (causa "León, Carlos y otro c/ Escribano de sección de San Juan" —"Fallos" 7:92).

(28) "La de la simulación de un acto, es la excepcional de la ley 13, Título 16, Libro 5º de la Recopilación Castellana, que debe considerarse vigente por su calidad de especial para los casos que legisla (causa "Reyes, Adolfo c/ Rubio y Cia y otro") —"Fallos" 24.473—.

bien se privaba de ejercicio de funciones judiciales a la junta gubernativa, se excluían expresamente de esta prohibición las causas referidas a la materia contencioso administrativa, y esta jurisdicción, que llevaba anexa la de hacienda, quedaba reservada a la Administración (29).

Aunque las convulsiones políticas de la época determinaran que el gobierno patrio se viera obligado a dictar sentencias en diversas causas políticas —las resistencias en Córdoba, la conspiración de Alzaga, etc. la antedicha disposición constituye un valioso antecedente del sistema judicialista implementado en Argentina.

Debe señalarse que el Reglamento Provisorio sobre Recursos de Segunda Suplicación del 21 de junio de 1811, relativo a los “...recursos de segunda suplicación, querella, queja, agravio, y todos los extraordinarios, que conforme a las leyes se interponían para ante el rey, o su consejo supremo...”, estableció que tales recursos debían ser interpuestos ante, y resueltos por, ...esta Junta Superior Provisional...” (art. Iº), la cual al efecto debía constituir la sala o sesión de Justicia, formada con “...no menos de cinco vocales...” (art. IIº).

El *Reglamento de División de Poderes* sancionado por la Junta Conservadora de la soberanía del Señor D. Fernando VII el 22 de octubre de 1811, en cuya Introducción puede leerse que decidiendo la Junta hacer un nuevo reglamento, creyó necesario fundarlo, en “...la división de poderes legislativo, ejecutivo y judicial...” estableció en su artículo VII que “...El Poder Ejecutivo no podrá conocer de negocio alguno judicial, avocar causas pendientes, ni ejecutoriadas, ni mandar abrir nuevamente los juicios, no podrá alterar el sistema de la administración de justicia, ni conocer de las causas de los magistrados superiores, ni inferiores, ni demás jueces subalternos, y funcionarios públicos, quedando reservada al Tribunal de la Real Audiencia o a la comisión que en su caso nombrará la Junta Conservadora...”.

El artículo VIII estableció que “... Al Poder Ejecutivo corresponde el conocimiento de las causas de contrabando, y de todas aquellas en que se persiguiese el cobro de los caudales adeudados por los derechos establecidos de Aduana, y otros reglamentos. Las demás que no sean de este género, serán remitidas por el Poder Ejecutivo a la real audiencia, y las sentencias contra el fisco no se ejecutarán sin consulta del Poder Ejecutivo, quien en este caso podrá suspender los libramientos, si el pago fuese incompatible con otros objetos preferentes por su urgencia y utilidad hacia el bien común...”.

Por otra parte, el artículo X estableció que “...Para el conocimiento de cada uno de los recursos de segunda suplicación que antes se dirigían al Consejo de Indias, nombrará el Poder Ejecutivo una comisión judicial de tres ciudadanos de probidad y luces...” Finalmente, en la Sección Tercera del Poder Judicial, estableció el artículo 1 que “... El poder judicial es independiente, y a él solo toca juzgar a los ciudadanos...”.

El Estatuto Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata de 22 de noviembre de 1811, estableció en su artículo 5º que “...El conocimiento de los asuntos de justicia corresponde privativamente a las autoridades judiciales con arreglo a las disposiciones legales. Para resolver en los asuntos de segunda suplicación, se asociará el gobierno de dos ciudadanos de probidad y luces...”.

El Reglamento de la Administración de Justicia de 23 de enero de 1812 dispuso en su artículo 12 que “...el Tribunal Supremo de Justicia que hasta ahora ha sido la Real Audiencia, se llamará en adelante Cámara de Apelaciones, consiguientemente queda de esta fecha disuelto y extinguido el precitado Tribunal de la Real Audiencia...”.

Cabe evaluar como un retroceso lo dispuesto en el *Estatuto dado al Supremo Poder Ejecutivo por la Asamblea General Constituyente* (Asamblea del año XIII), en el sentido de facultar a dicho Poder para “...conocer, y sentenciar por las leyes todas las causas civiles, y criminales de todos los empleados menos

(29) GAUNA JUAN OCTAVIO, El proceso administrativo en el orden nacional argentino. Origen y evolución, en CASSAGNE, J.C. (DIRECTOR), Derecho, cit., t. I, p. 50.

los del Supremo Poder Judicial, suspendiéndolos, y privándolos de los empleos en los casos necesarios, y con arreglo a las leyes...”

La resolución de la Asamblea General Constituyente (Asamblea del año XIII) de 29 de marzo de 1813 estableció que *“...por ahora y hasta el establecimiento del Supremo Poder Judicial, conocerá la cámara de apelaciones de todos los recursos de segunda suplicación y extraordinarios de nulidad e injusticia notoria, que se llevaban antes al Consejo de Indias...”*

El Estatuto Provisional dado por la Junta de Observación (en 5 de Mayo de 1815) para dirección y Administración del Estado (30)(30) estableció en su Sección 3ª. capítulo 2 Límites del Poder Ejecutivo, que el órgano ejecutivo (inciso 4º) *“...No ejercerá jurisdicción alguna civil, ó criminal, de oficio, ni a petición de partes, ni alterará el sistema de administración de justicia según las Leyes...”*

También dispuso (inciso 5º) que *“...No compulsará, avocará, ni suspenderá las causas pendientes, sentenciadas, o ejecutoriadas en los Tribunales de justicia...”*

En la Sección Cuarta: Poder Judicial, estableció (artículo 1º) que *“...El ejercicio del Poder Judicial por ahora, y hasta que se sancione la Constitución del Estado reside en el Tribunal de recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria, que se establece en el capítulo siguiente; en las cámaras de apelaciones, y en los demás juzgados...”*

Dispuso además el artículo 2º que *“...[El Poder Judicial] ...No tendrá dependencia alguna del poder ejecutivo Supremo y en sus principios, forma, y extensión de funciones estará sujeto a las leyes de su instituto...”*

Se estableció además que las Cámaras de Apelaciones conocerían *“...por ahora en grado de apelación, y primera suplicación de los pleitos sobre contrabandos, y demás ramos y negocios de hacienda, quedando la primera instancia a los intendentes de provincia”*

También se les asignó el conocimiento *“...en segunda de los recursos de los Empleados de todo género, ecepto militares, que se sintieren agraviados en la remoción de sus destinos, procediendo sumariamente, y quedando concluida toda instancia con la determinación que se diere”*.

No obstante, en materia de ejecución de sentencias, se estableció (Sección Tercera, párrafo 31) que *“...Sin mandato especial del Director no podrá ser ejecutada ninguna sentencia que se dé contra los fondos del Estado, y podrá suspender los libramientos girados contra estos, siempre que el pago sea incompatible con las vigencias de aquél...”*

También se estableció (Sección Cuarta, capítulo 3, apartado 24) que *“...Queda restituida á los Ministros de hacienda, y Administradores de Aduana la jurisdicción coactiva para el cobro y recaudación de las deudas ciertas y líquidas a favor del Estado...”*

El Reglamento Provisorio sancionado por el Soberano Congreso de las Provincias

Unidas de Sud-América para la dirección del Estado(31)(31), mandado observar hasta tanto se publica la Constitución estableció en la Sección Tercera Poder Ejecutivo, Capítulo 2 Límites del Poder Ejecutivo, artículo 4º, que (El Poder Ejecutivo) *“...No ejercerá jurisdicción alguna civil o criminal de oficio, ni a petición de partes, no alterará el sistema de administración de justicia según leyes”*

También dispuso el artículo 5º que *“...No compulsará, avocará ni suspenderá las causas pendientes, sentenciadas, o ejecutoriadas en los Tribunales de Justicia...”*

En la Sección Cuarta Del Poder Judicial, Capítulo 1, se estableció que (art. 1º) *“...El Poder Judicial recide originariamente en la Nación su ejercicio por ahora, y hasta que sancione la Constitución del Estado, en el Tribunal de recursos de segunda súplica, nulidad e injusticia notoria, que se establece en el*

(30) Aprobado por el Soberano Congreso de las Provincias unidas en Tucumán, Noviembre 22 de 1816.

(31) Sancionado el 3 de diciembre de 1817.

Art. 14 del Cap. siguiente; en las Cámaras de apelaciones, y en los demás juzgados. Para los casos, que no tengan Tribunal señalado por la ley, proveerá el Congreso”.

También dispuso el artículo 2º que *“...No tendrá dependencia alguna del Poder Ejecutivo Supremo, y en sus principios, forma, y estención de funciones estará sujeta a las leyes de su instituto”.* En el Capítulo 2 De los Tribunales de Justicia, y respecto de las Cámaras de Apelaciones, se estableció en el artículo 12, que entre otras funciones, ellas *“... Conocerán por ahora en grado de apelación, y primera súplica de los pleitos sobre contrabandos y demás ramos y negocios de Hacienda, quedando la primera instancia a los Intendentes de Provincia, excepto en los apresamientos y detenciones de buques por los bajeles de guerra del Estado, o por Corsarios particulares, para cuyo conocimiento continuará el juicio de presas en los Tribunales que se hallan establecidos...”*

Respecto de la ejecución de las sentencias contra el Estado, se estableció en la Sección Tercera, Capítulo 1, artículo 33, que *“...Sin mandato especial del Director no podrá ser ejecutada ninguna sentencia que se dé contra los fondos del Estado; y podrá suspender los libramientos girados contra estos, siempre que el pago sea incompatible con las urgencias de aquel...”*

La Constitución de las Provincias Unidas en Sud-América, sancionada y mandada publicar por el Soberano Congreso General Constituyente en 22 de Abril de 1819, estableció en su Sección Quinta Derechos de la Nación, artículo CV, que *“...La Nación, en quien originariamente reside la Soberanía, delega el ejercicio de los Altos Poderes que la representan á cargo de que se ejerzan en la forma que ordena la Constitución, de manera que ni el Legislativo puede avocarse el Ejecutivo o Judicial, ni el Ejecutivo perturbar o mezclarse en éste o el Legislativo, ni el Judicial tomar parte en los otros dos, contra lo dispuesto en esta Constitución...”*:

Dispuso por otra parte la Sección Cuarta Poder Judicial, capítulo único Corte Suprema de Justicia, que (artículo XCII) Una Alta Corte de Justicia compuesta de siete jueces y dos fiscales ejercerá el Supremo Poder Judicial del Estado...y en el artículo XCVII, que (dicha Corte) *“...Conocerá exclusivamente de todas las causas concernientes á los Enviados y Cónsules de las naciones extranjeras; de aquellas en que sea parte una Provincia, ó que se susciten entre Provincia y Provincia, ó pueblos de una misma Provincia, sobre límites u otros derechos contenciosos; de las que tengan su origen de contratos entre el Gobierno Supremo y un particular; y últimamente de las de aquellos funcionarios públicos de que hablan los artículos XX y XXVIII”*.

La Constitución de la República Argentina sancionada por el Congreso General Constituyente el 24 de Diciembre de 1826, estableció en la Sección Sexta, Del Poder Judicial, artículo 110, que *“...El poder judicial de la República será ejercido por la Alta Corte de Justicia, tribunales superiores, y demás juzgados establecidos por la ley”*.

En el capítulo I De la Corte Suprema de Justicia, fue dispuesto (art. 119) que la Alta Corte, (art. 118) *“Conocerá originaria y exclusivamente...(art. 119) ...En las cuestiones que resulten con motivos de contrato ó negociaciones del poder ejecutivo, ó de sus agentes, bajo su inmediata aprobación”*, (art. 120) *“...En las causas de todos los funcionarios públicos, de que hablan los artículos 19, 27, 28 y 29, y respecto de los casos en ellos indicados...”*

Estableció también el artículo XCVIII que (La Alta Corte) *“...Conocerá en último recurso de todos los casos que descenden de tratados hechos bajo la autoridad del gobierno, de los crímenes cometidos contra el derecho público de las naciones, y de todos aquellos en que según las leyes haya lugar a los recursos de segunda suplicación, nulidad o injusticia notoria”*.

C- La Constitución de 1853 y la reforma de 1860

La Constitución de la Confederación Argentina sancionada el 1º de mayo de 1853 estableció en la Parte Primera, Capítulo Unico Declaraciones, Derechos y Garantías, art. 18, en lo pertinente, que *“...Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...”*

En la Sección Tercera del Poder Judicial, Capítulo I De su naturaleza y duración, estableció que *“El Poder Judicial de la Confederación, será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirá en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación.”*

Dispuso además su artículo 92 que *“...En ningún caso el Presidente de la Confederación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes, o restablecer las fenecidas.”*

Estableció también en el Capítulo II Atribuciones del Poder Judicial, artículo 97, que *“...Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Confederación, y por los tratados con las naciones extranjeras; de los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia, de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los recursos de fuerza; de los asuntos en que la Confederación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y otra; entre los vecinos de diferentes provincias; entre una provincia y sus propios vecinos; y entre una provincia y un Estado o ciudadano extranjero...”*

Se dispuso además en el artículo 98 que *“En estos casos la Corte suprema ejercerá su jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, en los que alguna provincia fuese parte, y en la decisión de los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia, la ejercerá originaria y exclusivamente...”*

La reforma constitucional de 1860 introdujo, al artículo 97, las siguientes modificaciones: *“...Suprimirle —de los conflictos entre los diferentes poderes políticos de una misma provincia, de los recursos de fuerza— y reemplazar la parte final del artículo desde donde dice: ‘entre una provincia y sus propios vecinos, y entre una provincia y un Estado o ciudadano extranjero,’ por esto: -y entre una provincia y sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero, - y agregar además, -‘con la reserva hecha en el inc. 11 del art. 64,’ después de la frase ‘que versen sobre puntos regidos por la Constitución.’”*

D- Las inocuas reformas constitucionales de 1866 y 1898

Las reformas de 1866 y 1898 no introdujeron modificaciones en el tema.

E- Las leyes fundamentales

Sancionada la Constitución Nacional, el Estatuto de Hacienda y Crédito (32) estableció en su Título IV, Capítulo 1, artículo 2º, que *“...Todos los bienes de cualquier clase y denominación que la Confederación posee actualmente y poseyere en lo sucesivo quedan afectos al pago de las cantidades que el actual Congreso constituyente o el Congreso general legislativo inscribieren en el Libro de crédito público como deuda de la Nación...”*

La Ley N° 182 de 1858 sobre Organización de la Justicia Federal estableció en lo pertinente, en su artículo 34º que *“...Los jueces federales de sección tienen jurisdicción originaria en los casos en que la Confederación sea parte...”*

Estableció también el artículo 24 que *“...Corresponde a las cortes de distrito originariamente, el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre puntos regidos por los tratados con las potencias extranjeras, almirantazgo y jurisdicción marítima, de los recursos de fuerza, de las del patronato nacional, de las de empresas nacionales referentes al ejercicio de sus funciones y de las contenciosoadministrativas”*.

También dispuso el artículo 25 en lo pertinente que *“...En los demás asuntos regidos por la Constitución y leyes nacionales, en los que la Confederación sea parte, y en los que versen entre vecinos de diferentes provincias, conocen y deciden las cortes de distrito en apelación de los jueces federales.”*

(32) Ley del 9 de diciembre de 1853, ADLA 1852-80, p. 96.

A su vez, la ley 13 (1862) sobre Pago de deudas por el Gobierno Nacional, y afectación de derechos aduaneros, tras establecer el pago de diversas deudas que pesaban sobre el Estado, dispuso (artículo 4º) que *“...El Poder Ejecutivo nacional no pagará ningún otro crédito, de cualquier clase y naturaleza que sea, hasta la resolución del Congreso”*

La Ley Nº 27 (1862) sobre Organización de la Justicia Nacional, estableció en su artículo 20 que *“...Los juzgados (nacionales) de sección conocerán en primera instancia, de todas las causas que se expresan en el art. 100 de la Constitución, sin incluir en ellas las exceptuadas en el art. 101 de la misma Constitución, de las contenciosas administrativas y demás que interesen al fisco nacional, mas en las de contrabando, lo harán, por ahora, tanto en el territorio de la provincia de Buenos Aires cuanto en el resto de la República, ajustándose a las respectivas leyes y disposiciones dictadas y vigentes en ellas.”*

La Ley Nº 48 (1863) sobre Jurisdicción de los Tribunales Nacionales, estableció en lo pertinente (art. 2º) que *“...Los jueces nacionales de secciones conocerán en primera instancia de las causas siguientes: ...4º. Todo pleito que se inicie entre particulares, teniendo por origen actos administrativos del Gobierno nacional. 5º. Toda acción fiscal contra particulares o corporaciones, sea por cobro de cantidades debidas o por cumplimiento de contratos, o por defraudación de rentas nacionales, o por violación de reglamentos administrativos. 6º. En general, todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador de sus rentas sea parte...”*

Pese a la claridad que parece surgir de la precedente transcripción, en el debate parlamentario de la Ley Nº 48 se planteó la cuestión relativa a si el artículo 100 de la Constitución Nacional que se refiere a los asuntos en que la Nación sea parte, debía entenderse que se trataba exclusivamente de parte actora, por no poder ser el Estado Nacional llevado a juicio como parte demandada, o bien si no había efectuar tal distinción, pudiendo en consecuencia ser aquél demandado judicialmente. Se propuso aclarar que la competencia de los tribunales nacionales se refería exclusivamente a los casos en que el Estado Nacional actuara como parte actora, pero finalmente se optó por prescindir de tal aclaración y encomendar la interpretación de la norma a la jurisprudencia (33).

En el comentario que formuló Rafael Bielsa a la Ley Nº 48 (34), puede leerse que *“...La ley 48 (35) forma parte esencial de la legislación fundamental sancionada ‘en consecuencia’ de la Constitución, como ésta dispuso en su texto originario. Y tanto esta ley, como la anterior (la ley 27, de organización de tribunales federales) han sido concebidas, en cierto modo, con un plan similar al de la Judiciary Act de 1879. Y esto es explicable y lógico; las leyes de esta índole son las que deben tener más definida su filiación con respecto a la Constitución, a la que ponen en ejercicio, o sea que se trata de leyes esencialmente constitucionales, porque son como prolongaciones virtuales de su sistema...”*

La ley Nº 50 de Procedimiento ante los Tribunales Nacionales, promulgada el 14 de septiembre de 1863, rigió en la jurisdicción federal para las causas contencioso administrativas y las civiles y comerciales hasta el 1º de febrero de 1968, oportunidad en que entró en vigencia el nuevo código procesal civil y comercial (36).

La Ley Nº 79 (1863) sobre Organización del Crédito Público Nacional, estableció en su artículo 12 que *“...La Administración del Crédito Público estará bajo la inmediata garantía y vigilancia del Congreso Nacional, por medio de una Junta de administración que se establecerá al efecto...”*

(33) La ley 48, considerada como una adaptación de la Ley Judicial de los EEUU de 1789 (Conf. GRONDA Jurisdicción federal, JA 1944 pp. 6 y ss.). Ver lo que decimos en el punto II, nota 3.

(34) ADLA 1852-80, P. 364 p. 364.

(35) La ley fue proyectada por los jueces de la primera Corte, FRANCISCO DE LAS CARRERAS, SALVADOR MARÍA DEL CARRIL, FRANCISCO DELGADO, JOSE BARROS PAZOS y FRANCISCO PICO.

(36) MIGUENS, P., PEDRO A., El proceso administrativo en el Derecho argentino, en CASSAGNE, JUAN C. (DIRECTOR) Derecho procesal administrativo, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, I, p. 95.

La Ley N° 629 (1873) sobre Liquidación de la deuda civil y militar de la Independencia, tras establecer la forma y el procedimiento para tal liquidación, dispuso en su artículo 10 que *“...Terminada la liquidación, el Poder Ejecutivo la someterá a la aprobación del Congreso...”*

En el caso Aguirre Carranza (37) la Corte nacional ratificó de manera indirecta el procedimiento de demandar al Estado nacional cuando el Congreso Nacional lo permitiera, a través del procedimiento denominado venia legislativa previa y, luego de la ley 3952 (1900) se permitió demandar al Estado en la medida que se efectuara un reclamo administrativo previo. Sin embargo, la venia legislativa previa finalizó con el dictado de la ley 11.634 la que permitió deducir la acción en el caso de que se trataran de actos de naturaleza pública previa deducción del reclamo administrativo previo.

F- La Constitución de 1949

La reforma constitucional de 1949 estableció, en la Primera parte Principios fundamentales, Capítulo II Derechos, deberes y garantías de la libertad personal, artículo 29, en lo pertinente, que *“...es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”*.

En la Sección Tercera Del Poder Judicial, Capítulo 1 De la naturaleza y duración, (art. 89), establece que *“...El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciese en el territorio de la Nación...”*

Dispuso por su parte el artículo 90, que *“...En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes, o restablecer las fenecidas...”*

En el Capítulo II Atribuciones del Poder Judicial, se estableció que *“...Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución; por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 68, y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules extranjeros; de las de almirantazgo y jurisdicción marítima y aeronáutica; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se substancien en la Capital Federal y en los lugares regidos por la legislación del Congreso; de las que se susciten entre dos o más provincias, entre una provincia y los vecinos de otra y entre la Nación o una provincia y sus vecinos con un Estado extranjero”*.

“La Corte Suprema de justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inciso 11 del artículo 68”.

“La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada, obligatoriamente, por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”.

“Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinarios y de casación y para obtener la revisión de la jurisprudencia...”

Dispuso también el art. 96 que *“... La Corte Suprema de Justicia conocerá originaria y exclusivamente en las causas que se susciten entre la Nación o una provincia o sus vecinos con un Estado extranjero; en las causas concernientes a embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules extranjeros, y asimismo originaria y exclusivamente en las causas entre la Nación y una o más provincias o de éstas entre sí...”*

G- El regreso a la vigencia de la Constitución de 1853/60

Restablecida la vigencia del texto constitucional vigente con anterioridad a la reforma de 1949, la Convención Reformadora de 1957 no introdujo modificaciones a las normas atinentes a la cuestión que nos ocupa.

(37) CSJN, “Aguirre Carranza” de 25/XI/1880, “Fallos” 22:385.

H- La reforma constitucional de 1994

Los artículos 18, 108, 109, 116 y 117 no recibieron modificaciones respecto del texto constitucional anterior (arts. 18, 100, y 101, 105 y 106 respectivamente).

Dispone el artículo 108 que “*...El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación...*”

Establece también el artículo 109 que “...En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas...”

En el capítulo segundo “*Atribuciones del Poder Judicial*”, dispone el art. 116 que “*...Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.*”

Establece el artículo 117 que “*... En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente...*”

2. En el orden provincial

No es posible, dada la índole de este artículo, hacer un análisis exhaustivo de lo que ocurrió históricamente en cada Provincia.

Cabe señalar que la Provincia de Buenos Aires fue el primer Estado que, en la República, estableció la jurisdicción contencioso administrativa, determinando al mismo tiempo el tribunal que debía ejercerla (38). La Constitución de 1870/73 estatuyó expresamente a ese respecto (39). Hubo, pues, un apartamiento de la tradición hispánica (40). Pero cabe hacer algunas consideraciones históricas previas.

El 1° de febrero de 1820, en los campos de Cepeda, Estanislao López y Francisco Ramírez derrotaron al Director Supremo del Estado, general Rondeau. Los caudillos se dirigieron por nota al Cabildo, solicitando la disolución del Directorio y del Congreso. El 10 de febrero, Soler, comandante de las fuerzas de Buenos Aires, desconoció la autoridad de éstos, y solicitó la renuncia del Director y la disolución del Congreso; Rondeau renunció a su cargo al día siguiente. El Cabildo reasumió el gobierno de Buenos Aires. Así el 11 de febrero de 1811, la *provincia de Buenos Aires adquiere entidad como institución autónoma*.

Cuando la citada provincia estuvo separada de la Confederación sancionó, el 11 de abril de 1854, una Constitución que preveía (art. 129): “*Las causas contenciosas de hacienda y las que naciesen entre particulares y el gobierno, fuesen juzgadas por un tribunal especial (41), cuya forma y atribuciones*

(38) VARELA, LUIS. V., Proyecto, cit., p. 28.

(39) Art. 156.° La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones:... 3° Decide las causas contencioso-administrativas, en única instancia, y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa...”

(40) Ver MENDEZ CALZADA, L., La función judicial en las primeras épocas de la independencia, ed. Losada, Buenos Aires, 1944, pp. 265 y ss. Hasta la sanción de dicha Constitución, la Provincia había seguido el sistema español, pues el Superior Tribunal actuaba en grado de apelación.

(41) El diputado (nombre dado a los constituyentes) ALSINA, se opuso al proyecto de ANCHORENA entendiendo que: “...la alta Corte de Justicia es incompatible con un Estado que no es más que una parte de la Nación...” Por propuesta de CARLOS TEJEDOR se propuso la creación de un tribunal especial para entender en esas causas.

determinaría la ley de la materia..."(42). Y la ley de 30 de septiembre de 1857 estableció que el *Superior Tribunal pleno* conocería de todo recurso de *apelación que se interpusiese de resoluciones del gobierno, en asuntos con particulares*, mientras no se estableciese el tribunal especial, del que hablaba el art. 129 C.Pr. Como ese tribunal nunca se constituyó, las causas contencioso administrativas eran resueltas en primera instancia, por el Poder Ejecutivo; y en segunda y última instancia, por el *Superior Tribunal en pleno*.

El 1° de agosto de 1854, en la Cámara de Senadores hubo un proyecto de crear un Consejo Consultivo del Poder Ejecutivo, con competencia para intervenir y resolver las causas contenciosas de hacienda (43). La propuesta, fue rechazada por 16 votos contra 4, con lo cual la idea de volver a un sistema de justicia retenida no tuvo éxito.

En la sesión de la Cámara de Diputados de 28 de septiembre de 1857 se consideró un proyecto de ley remitido por el Senado, por el que se creaba un Superior Tribunal de Justicia en reemplazo de la Cámara de Justicia. En él se reglaba como *apelación que se interpusiere de resoluciones del Gobierno en asuntos con particulares* mientras no se establezca el tribunal especial previsto por el art. 129 de la Constitución de 1854. Consecuentemente se sanciona la ley 166 el 28 de septiembre de 1857.

Hasta la sanción del primer código de la materia vigente en el país (ley 2961, vigente desde el 1° de marzo de 1906 hasta el 14 de diciembre de 2003), lo único que se había hecho en materia de reglamentación de las disposiciones constitucionales de 1873 (44) y 1889, era incluir, en algunas leyes ajenas a los procedimientos judiciales, algunos artículos que señalaban cómo debía procederse en materia contencioso administrativa (45).

Con la sanción de la Constitución de 1873 se afianza el sistema judicialista, en la cual, como vimos, se le otorga a la Suprema Corte la decisión de las causas contencioso administrativas en única instancia y juicio pleno (art. 174). Al sancionarse la Ley Orgánica Municipal de 1876 (Ley n° 1079) se establece en el art. 99 que: *"De las resoluciones de carácter puramente administrativo (46) no habrá apelación ni recurso alguno para ante cualquier autoridad o jurisdicción. En las cuestiones contencioso-administrativas, las resoluciones corresponderán a la Corte Suprema previa denegación de la autoridad administrativa"*.

Las Constituciones de 1889 y de 1934, siguieron la misma línea de la 1873, de la que tampoco se apartó la de 1949. La reforma de la Constitución provincial en 1994 sí trajo una innovación importante al establecer el fuero contencioso administrativo desempeñado por jueces especializados.

(42) BEZZI, OSVALDO MAXIMO; BEZZI, ANA MARÍA y BEZZI, OSVALDO HECTOR, La Justicia administrativa argentina: origen y actualidad, en La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, ed. Civitas, Madrid, 1993, t. III, p. 2142, opinan que tal cláusula tuvo la influencia de los proyectos de Constituciones unitarias de 1819 y 1826.

(43) Fue sostenido por FRANCISCO DE LAS CARRERAS y apoyado por ALSINA y GAMBOA, entre otros. Se opusieron, entre varios, VILLEGAS, ANCHORENA, TORRES, AGÜERO. Ver, MENDEZ CALZADA, L., La función, cit., p. 268.

(44) "Antes de la Constitución de 1873, los procedimientos administrativos que se seguían ante el Poder Ejecutivo, formaban instancias, de manera que el recurso que se llevaba ante el antiguo Tribunal de Justicia era una apelación del fallo de primera instancia. El artículo 9 de la ley de 29 de setiembre de 1859 estableció que: 'el Tribunal Superior de Justicia conocerá por apelación de los asuntos entre particulares y el gobierno', de manera que, sin crearse los tribunales contencioso administrativos, se establecía una instancia de alzada de las resoluciones del gobierno. En esa época la prueba producida ante la autoridad administrativa bastaba a los efectos de la apelación; y era así que, aún cuando se tratase de una causa contencioso administrativa, se seguían los procedimientos del juicio civil ordinario en su instancia de alzada" (VARELA, L. V., Código de Procedimientos de lo contencioso administrativo para la provincia de Buenos Aires, ed. oficial, LaPlata, 1906 pp. 44/45).

(45) VARELA, LUIS. V., Proyecto, cit., p. 28.

(46) Según BEZZI, O. M. BEZZI, A. M. BEZZI, O. H., La Justicia, cit., p. 2167, las resoluciones administrativas que no eran susceptibles de revisión judicial se encontraban en la dicotomía gubernativo-administrativo y de lo contencioso-administrativo.

En *Santa Fe*, aparece por primera vez la voz contencioso administrativa en la Constitución sancionada el 1° de enero de 1890. El art. 119 establecía que la Corte, las Cámaras de apelación y los demás jueces inferiores deciden las cuestiones contencioso administrativas en los casos y por el modo y forma que determinan las leyes orgánica y de procedimientos (47).

En Córdoba, el art. 132 inc. 3° de la Constitución de 1923 atribuía el conocimiento y decisión de las causas contencioso administrativas al Tribunal Superior de Justicia, de acuerdo a lo que estableciera la ley de la materia (48).

VI. La evolución del fuero procesal administrativo

1. En el orden nacional

Como he señalado precedentemente, en Argentina impera en materia de juzgamiento de la Administración el sistema *judicialista* o de *jurisdicción única*, sistema que reconoce raíces en el derecho patrio anterior a la organización nacional y a la sanción de la Constitución de 1853.

A diferencia de lo que, según hemos visto, sucede en diversas constituciones provinciales, la Constitución Nacional no crea el fuero contencioso administrativo o administrativo.

Por ello, en el orden nacional, su origen como su competencia proceden exclusivamente de la ley, debiéndose en el último aspecto tomar en cuenta la labor desarrollada por la *jurisprudencia*.

Siendo el fuero federal de origen constitucional —artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, ya precedentemente transcritos—, en cambio, el *fuero* denominado *contencioso administrativo* surgió de la legislación, a partir de la sanción de las Leyes N° 3953 y N° 11.634 —en materia de demandabilidad del Estado y efectos de la sentencia— 11.683 —procedimiento tributario— y, más específicamente, de las Leyes N° 12.967, 13.278, 14.831, 15.265, ley 18.345 (especialmente en los aspectos establecidos en los artículos “ch” y “e” del artículo 21) el Decreto-Ley N° 1285/58, y la Ley N° 19.549 de procedimientos administrativos y sus normas modificatorias.

La Ley N° 12.967 (1947) incrementó a nueve el número de miembros de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal y a dos, el de los procuradores fiscales ante la misma (artículo 1°) estableciéndose que dicho tribunal funcionaría dividido en tres salas, que atenderían respectivamente “...los asuntos civiles y comerciales, contencioso administrativos y criminales y correccionales...”, (artículo 2°).

Dispuso por otra parte el artículo 3°, que “...*Los vocales que actualmente componen el Tribunal con uno de los que se designen, integrarán por sorteo, que practicará el Presidente del Tribunal, las dos salas que se forman para la atención de los asuntos civiles y comerciales, y los contencioso administrativos. La Sala en lo criminal y correccional se integrará con los tres vocales restantes, cuyos cargos se crean por la presente ley...*”

De esta ley surgió, por primera vez en el orden nacional, la creación de un órgano judicial que debía entender en los asuntos contencioso administrativos, si bien no se definían los alcances de esta expresión. Por otra parte, tampoco se establecía ningún requisito de especialización para los jueces que integraran la nueva sala, siendo el sorteo el mecanismo establecido para tal integración.

(47) Por la Ley Orgánica de 21 de septiembre de 1892, los jueces en lo civil y mercantil conocían originariamente por orden de turno mensual de esas causas (conf. LISA, FEDERICO- WEDER, RUBEN, El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe. Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial, ed. Juris, Santa Fe, 1998, t. I, p. 10.

(48) Hasta entonces dichos pleitos se resolvían por las normas comunes de los pleitos ordinarios, aplicándose el código de procedimiento en lo civil y comercial. Este, no sólo regulaba los juicios entre particulares, sino que contemplaba los conflictos entre la Administración y los particulares y establecía, contra las decisiones administrativas un recurso contencioso administrativo, cuyo procedimiento se atribuía a tribunales y jueces instituidos por la Ley Orgánica. O sea, el órgano judicial controlaba las decisiones de la Administración mediante la vía de un recurso y no de una acción.

Tampoco se establecían los tribunales de primera instancia que dependerían de la Sala creada, con lo que todavía no podía hablarse de la creación de un fuero contencioso administrativo.

La Ley N° 13.278 (1948) estableció en su artículo 2° que *“...La jurisdicción territorial de dos de los nuevos juzgados federales incluidos en la ley de presupuesto para 1948, será la misma que la de los dos juzgados federales en lo civil y comercial existentes en la Capital de la República...”*; y, por otra parte, en su artículo 4°, que *“...Los dos nuevos juzgados incluidos en la ley de presupuesto para 1948, a que se refiere el art. 2°, tendrán competencia en materia contencioso administrativa y en los sumarios relativos a leyes especiales, con sujeción a lo prescripto en el artículo 3°...”*. Asimismo, dispuso el artículo 5° que *“...La cámara federal de apelación de la Capital determinará, por acordada de carácter general, las causas en que deben conocer cada uno de los juzgados en lo contencioso administrativo...”*

Como puede advertirse, en esta oportunidad se subsanó la deficiencia anteriormente señalada, al asignarse a juzgados federales de primera instancia competencia en materia contencioso administrativa.

No obstante, nada se estableció en la ley, como sucediera con su predecesora respecto de la nueva sala, en qué consistiría la competencia de los nuevos juzgados o qué debía entenderse comprendido dentro de su competencia, no pudiendo entenderse válida en este aspecto la delegación legislativa efectuada a favor de un órgano judicial, que además era el que debería regirse por las nuevas normas.

Una tentativa de solucionar la situación fue la Ley N° 13.511, que reguló el proceso administrativo en el orden nacional, estableciendo en su artículo 1° que *“...contra los actos administrativos que afectaren un derecho subjetivo o interés legítimo podría interponerse un recurso de reconsideración ante la autoridad administrativa que hubiera dictado el acto administrativo impugnado, recurso jerárquico, y acción contencioso administrativo, y que estableció la competencia que correspondía a los tribunales en lo contencioso administrativo federal. No obstante, la nueva ley fue vetada por el Poder Ejecutivo nacional”*.

Posteriormente, la sanción de la Ley N° 13.998 (1950) sobre organización de la justicia nacional, dispuso en su artículo 32 que *“...Los tribunales nacionales en la Capital Federal estarán integrados por: 1°. Cámaras nacionales de apelaciones de la Capital Federal; a) En lo civil, comercial y penales especial, y en lo contencioso administrativo,.. y 2°. Jueces nacionales de primera instancia de la Capital Federal: a) En lo civil y comercial especial, en lo penal especial, y en lo contencioso administrativo...”*

Por otra parte, dispuso el artículo 33 que *“...La Cámara Federal de Apelaciones de la Capital, existente a la fecha de sanción de esta ley, se designará ‘Cámara nacional de apelaciones en lo civil, comercial y penal especial y en lo contencioso administrativo,’ y será tribunal de alza respectivo de los jueces nacionales de primera instancia en lo civil, y comercial especial, en lo penal especial y en lo contencioso administrativo. Conocerá, asimismo, de los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones de organismos administrativos, en los casos autorizados por las leyes, y contra las resoluciones del jefe de la policía federal, en materia de derecho de reunión...”*.

Establecía además el artículo 34 que la referida Cámara *“...Actuará dividida en tres salas, por especialidades dentro de su competencia...”*.

Pero, fundamentalmente, el artículo 43 estableció que *“...Los juzgados federales números 3 y 4 de la Capital Federal, creados por la ley de presupuesto del año 1948, a que se refiere el artículo 6° de la Ley 13.276, y los juzgados creados, para la Capital Federal, por la ley 12.833, se denominarán ‘Juzgados nacionales de primera instancia en lo contencioso administrativo, de la Capital Federal’*.

“Serán competentes para conocer: a) De las causas contenciosoadministrativas; b) De las causas que versen sobre contribuciones nacionales y sus infracciones; c) De las causas cuyo conocimiento esté atribuido a los jueces creados para la Capital Federal por la ley 12.833; d) De los recursos contra las resoluciones administrativas, que las leyes en vigor atribuyen a los jueces federales existentes a la fecha de la sanción de esta ley...”

Como puede advertirse, aunque se clarificó en alguna mayor medida los alcances de la competencia de los juzgados en lo contencioso administrativo, tampoco se definió en definitiva cuáles eran los alcances concretos de esta expresión en lo que a competencia judicial se refería, con lo que en definitiva tales alcances quedaban deferidos a la jurisprudencia.

El Decreto-Ley N° 1285/58 sobre *Organización de la Justicia Nacional y Federal en todo el territorio nacional*, estableció que la antes referida *Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, comercial, penal y especial en lo contencioso administrativo de la Capital Federal*, pasaría a denominarse *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo*, y constituiría tribunal de alzada, respecto de los *jueces nacionales de primera instancia en lo civil, comercial, federal en lo criminal y correccional y en lo contencioso administrativo* (art. 33).

Prescribió por otra parte en su art. 42 que “*...Los juzgados nacionales de primera instancia en lo contencioso y administrativo de la Capital Federal, existentes a la fecha de la sanción de este decreto ley, conservarán su actual denominación y competencia*”.

Cabe también destacar que, en lo relativo a los pleitos de que fuera parte la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, dispuso el artículo 43 que “*...Los juzgados nacionales de primera instancia en lo civil de la Capital Federal, conocerán...además, en las siguientes causas: a) En las que sea parte la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, excepto en las de naturaleza penal...*”.

La Ley 21.628 (1977) sobre organización, integración y competencia de las cámaras nacionales de apelaciones del fuero federal en la Capital Federal, estableció en su artículo 3°: “*...Créase la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal de la Capital Federal, que estará integrada por seis (6) jueces y actuará dividida en dos (2) salas de tres (3) miembros cada una*”.

Dispuso por otra parte el artículo 4° que “*...La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal será tribunal de alzada respecto de los jueces nacionales de primera instancia en lo Contencioso-Administrativo de la Capital Federal, y conocerá asimismo de los recursos de apelaciones que se interpongan contra las resoluciones de los organismos administrativos, en los casos autorizados por las leyes...*”.

En este último aspecto hace alusión a *los recursos judiciales directos*, acciones procesales administrativas de conocimiento limitado y trámite rápido, que suelen estar establecidos por normas que asignan a organismos administrativos facultades para resolver controversias entre partes —que pueden ser el particular y la Administración— aplicando el derecho, aunque no en forma definitiva, estableciéndose en consecuencia estas acciones, inadecuadamente denominadas *recursos*, dado que el procedimiento administrativo no constituye nada equivalente a una *primera instancia judicial* (49).

Estableció por otra parte el artículo 8° que “*...Los actuales jueces de las Salas en lo Contencioso Administrativo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo de la Capital Federal pasarán a integrar la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal de la Capital Federal...*”.

Como ha podido advertirse a lo largo de esta reseña normativa, la paulatina conformación del fuero contencioso administrativo federal dejó un aspecto no resuelto legislativamente de manera clara: la competencia, que, en lo fundamental, quedó librada a la interpretación que efectuaran los jueces respecto de los alcances de la expresión causas contencioso administrativas, dado que los restantes términos del ya citado artículo 43 de la Ley N° 13.998 poseen suficiente claridad.

Aunque habremos de examinar este tema con mayor amplitud posteriormente (ver Cap. VII, punto IV) habremos de anticipar que la conclusión jurisprudencial ha sido lo que ha sido requerir tanto que la Administración sea parte en el juicio, como que la cuestión deba ser resuelta fundamentalmente por aplicación de normas de derecho administrativo.

(49) HUTCHINSON, T. Estudio, cit., en DANIELIAN, M. HUTCHINSON, T., Procedimiento, cit., t. I, pp. 19 y ss.

Cabe también destacar que si bien las normas precedentemente citadas establecieron una *doble instancia judicial caracterizada por juzgados nacionales de primera instancia en lo contencioso administrativo federal y una Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal*, también reconocieron la competencia de la aludida Cámara para actuar como *única instancia judicial en los recursos judiciales directos* antes referidos, comprensivos de un amplio número de normas, entre las que es dable citar el denominados *recurso de apelación* establecido en los artículos 42 y 47 de la ley n° 21.526 de Entidades Financieras; los *recursos en sede judicial y recurso directo* contemplados en los artículos 76 y 81 2° párrafo de la ley n° 24.065 sobre *Marco Regulatorio del servicio público de transporte y distribución de electricidad*; los *análogos recursos previstos en los artículos 70 y 73 2do. párrafo de la ley n° 24.070 sobre Marco Regulatorio del servicio público de transporte y distribución de gas natural*; el *recurso judicial directo establecido en los artículos 39 a 41 de la ley n° 25.164 Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional*, etc.

2. En el orden local

No es posible en un trabajo de esta naturaleza hacer el análisis de la evolución del proceso administrativo de cada una de las Provincias; lo haré respecto de algunas.

Bajo las bases de la Constitución provincial se sancionó el código de procedimientos de lo Contencioso-administrativo (ley 2961 sancionada el 14 de diciembre de 1905) de la *Provincia de Buenos Aires*. Anteriormente (ver punto V, numeral 2) las Constituciones provinciales contenían disposiciones acerca del Tribunal que debía entender en las contiendas contencioso administrativas y regulaban algunas cuestiones de la materia.

Este código rigió desde el 1° de marzo 1906 hasta el 15 de diciembre de 2003, en que entró en vigencia el nuevo (ley 12.008, modif.. leyes 12.074, 12.310, 13.101 y 13.118).

La influencia de la legislación bonaerense ha sido importante en el resto de las Provincias, a tal punto que el código de Salta (ley 793) es casi idéntico al de la ley 2961 de aquella, asimismo puede verse su influencia en otras legislaciones provinciales.

Bielsa, en el prólogo a la segunda edición de su obra *Sobre lo contencioso administrativo* (1954) expresa que “En nuestro país no existe la jurisdicción contencioso administrativa, ni siquiera, en el orden nacional, el recurso (50) contencioso administrativo orgánicamente instituido. Solamente en algunas provincias se ha ordenado esta materia con cierto método, en códigos especiales. Desde luego, se advierte un progreso relativamente notable en el ordenamiento legal del recurso de *plena jurisdicción* (único que hace casi cincuenta años, estableció, aunque sin llamarlo así, el Código de la Provincia de Buenos Aires), pero ahora se difunde la institución del recurso de *ilegitimidad*, que se creó hace poco más de diez años, en el Código de Córdoba (51), luego se estableció ese recurso en los códigos de Jujuy y de La Rioja (52). En la Provincia de Santa Fe se sancionó en 1951 el Código de lo contencioso administrativo (53) [ley 4.106], y en él se han instituido ambos recursos...”

(50) BIELSA, R. Demandas contenciosas y recursos jurisdiccionales contra actos administrativos, La Ley 79-765, sostiene que es “recurso —y no demanda— el contencioso administrativo”; FIORINI, B, Qué es, cit., p. 263 también dice que el término “recurso contencioso” es el que técnicamente corresponde. MIGUEZ, Contencioso administrativo, La Plata, 1905, p. 55, refiriéndose al sistema bonaerense dice: “La acción contencioso administrativa no es un recurso de apelación; es una causa que se inicia ante la Suprema Corte...” En el mismo sentido DE LA COLINA, Derecho, cit., p. 107.

(51) Era el sancionado por la ley 3897, ya derogado.

(52) Ley 1005, ya derogada.

(53) Según el autor, el código santafecino tomó numerosas disposiciones de su proyecto de 1935, el cual no pudo ser tratado por la Legislatura porque en momentos en que terminaba su redacción fue intervenida la provincia y suprimida la Constitución de 1921 (puesta en vigor en 1932) sobre cuyas bases se había realizado el proyecto. El proyecto le había sido encargado al Dr. BIELSA por el Gobernador de Santa Fe, Dr. LUCIANO MOLINAS.

La Constitución de Santa Fe sancionada el 11 de enero de 1900 creó el Superior Tribunal de Justicia de la Capital (además de una Cámara de Apelaciones en Rosario) al que atribuyó jurisdicción originaria en los asuntos contencioso administrativos que por recursos le fueren sometidos a su resolución (art. 109, inc. 3°). Tal norma fundamental estableció que el “Gobernador es el Jefe Supremo de la Administración...y tiene las siguientes atribuciones: [...]inc. 20. Conocer originariamente y resolver en las causas contencioso-administrativas, siendo sus resoluciones apelables en el modo y forma que la ley determine” (art. 91) (54).

Durante la vigencia de la Constitución de 1921 —sancionada el 13 de agosto de 1921 y puesta en vigencia por ley 2160 de 4 de mayo de 1932— la Corte no tuvo competencia contencioso administrativa originaria; podía “*mandar cumplir directamente por las oficinas y empleados respectivos las sentencias dictadas por las Cámaras de Apelación, en las causas contencioso administrativas*”.

Esa Constitución fue derogada por la Intervención en 1935 restableciendo la vigencia de la dictada en 1900. En lo que hace al tema que analizamos, la Constitución de 1949 (55) siguió con el modelo vigente. Es durante la vigencia de esa norma fundamental que se sanciona la ley 4106: —el 20/9/1951— el código contencioso administrativo. Dicho código continuó vigente, aún con el cambio constitucional de 1962 (56), hasta que fue derogado por la ley 11.330. Por ley 11.329 se crean dos Cámaras de lo Contencioso Administrativo, con sede en las ciudades de Rosario y Santa Fe.

En *Córdoba*, hasta la sanción del primer código de la materia (ley 3897 (57)) denominado Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo, la falta de un procedimiento especial obligó a los jueces a buscar, en los casos no previstos, soluciones que armonizaran con los principios generales de la materia extraídos del código vigente, en ese entonces, en la Provincia de Buenos Aires (58).

El cordobés fue el primer código que reguló en el país los dos tipos de acciones: *la de plena jurisdicción* (art. 4°) y *la de ilegitimidad* (art. 5°). El origen de ésta se encuentra en el recurso por exceso de poder del sistema francés. En el año 1984 el gobierno provincial designó una comisión para elaborar un proyecto de ley procesal (59). La misma resulta antecedente de la sanción de la ley 7182 que establece el código contencioso administrativo que hoy rige en la provincia, modificado por la ley provincial n° 7818.

VII. La división del control jurisdiccional

1. Jurisdicción federal

Conforme establece el artículo 116 de la Constitución Nacional, constituyen competencia de la justicia nacional —en razón de las personas— los “... *asuntos en que la Nación sea parte...*” Ello así, sin perjuicio de “...*las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero*”, sujetas al conocimiento de la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte

(54) El código de procedimientos en materia Civil y Comercial (ley 1052 del 10/9/1900) regulaba el recurso contra las resoluciones en lo contencioso administrativa (arts. 1247 a 1252). Ver LISA, F.-WEDER, R., *El proceso*, cit., p. 11.

(55) En abril de 1956 se abroga la Constitución de 1949 y se pone en vigencia la de 1900.

(56) La Constitución disponía en su art. 93 que competía a la Corte Suprema de Justicia, exclusivamente, el conocimiento y resolución de “...los recursos contencioso administrativos sometidos a su decisión en los casos y modos que establezca la ley” (inc. 2°).

(57) De 23 de enero de 1941.

(58) ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO, *El control de la actividad administrativa por el órgano judicial en la Provincia de Córdoba*, en *Control de la Administración Pública*, ed. R.A.P., S.A., Buenos Aires, 2003, p. 276.

(59) Integrada por los Dres. ABAD HERNANDO, TORRES ALIAGA; TRETTEL MEYER, SANCHEZ GAVIER, SILVESTRO y ALTAMIRA GIGENA.

Suprema de Justicia de la Nación (art. 117, Constitución Nacional, artículo 1º de la Ley Nº 48, y artículo 24 del Decreto-Ley Nº 1285/58) (60).

El primer intento de organización de la justicia nacional fue realizado por la ley 27, que regulaba la composición de la Corte, su competencia y la de los juzgados de sección. Actualmente subsisten las disposiciones de los artículos 1º a 5º, mientras que los arts. 6 a 26 fueron suprimidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial (61).

La referida Ley Nº 48 (artículo 1º) también atribuye —al igual que lo hace el artículo 24 del Decreto-Ley Nº 1285/58) a la Corte Suprema, el conocimiento originario “...3. *De las causas concernientes a Embajadores u otros Ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la Legación, a los individuos de su familia, o sirvientes domésticos, del modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes. 4. De las causas en que versen los privilegios y exenciones de los Cónsules y Vicecónsules extranjeros en su carácter público...*”

Constituyen competencia de la justicia federal, en razón de la materia, “...*el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros, de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima...*”

La Ley Nº 48 atribuye a los Jueces Nacionales de Sección, el conocimiento de “...4. *Todo pleito que se inicie entre particulares, teniendo por origen actos administrativos del Gobierno Nacional...* y 6. *En general todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador de sus rentas sea parte...*” (artículo 2º) (62).

Con relación a las causas en las que la Nación *sea parte*, cabe señalar que esta disposición constitucional determina que la circunstancia de tener el Estado Nacional o un ente descentralizado de aquél un interés susceptible de conferirles el carácter de parte en un juicio, determina automáticamente que éste pase a integrar la competencia de la justicia nacional, o, más específicamente, de la *justicia federal* (63).

Cabe señalar que se ha declarado que habiendo sido dos entidades nacionales citadas a juicio en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y habiendo ambas invocado su derecho al *fuero federal*, resulta éste procedente (64). Constituye el derecho al fuero federal una prerrogativa del Estado Nacional y sus entes descentralizados, renunciable por éstos (65), y que prima sobre otras circunstancias susceptibles de determinar una competencia diversa.

(60) Es clara la influencia del proyecto de Alberdi de la Constitución de la Confederación Argentina que, en el art. 98, Cap. III dedicado al Poder Judicial. Ver ALBERDI, JUAN B., Obras completas, 1886, t. III, p. 579.

(61) MIGUENS, PEDRO A., El proceso, cit., en CASSAGNE, J. C. (DIR.) Derecho procesal, cit., t. I, p. 94.

(62) El proyecto remitido por el Ejecutivo, con media sanción del Senado, en el artículo mencionado decía: “Los jueces nacionales de sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes...en general todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador de sus rentas sea parte actora...” La discusión en la Cámara de Diputados, en la sesión de 31 de julio de 1863 significó el rechazo del proyecto en lo que hace al principio de la inmunidad soberana. Puede verse los puntos importantes de la discusión en GAUNA, JUAN OCTAVIO, El proceso administrativo en el orden nacional argentino. Origen y evolución, en CASSAGNE, J. C. (DIRECTOR) Derecho, cit., t. I, pp. 35 y ss.

(63) No es suficiente la circunstancia de tener el Estado Nacional o sus entes descentralizados carácter de parte, si en realidad no posee un interés directo en el pleito (C.S.J.N., 24-8-2004, “Estado Nacional s./su presentación en autos: Quintela, Ricardo Clemente —intendente de la ciudad capital de la Provincia de La Rioja c./Estado Nacional s./acción de amparo”, E.224, L. XL; C.S.J.N., 11-10-2005, “Catamarca Rioja Refrescos S.A.C.I.F.I. c./Fisco Nacional y otros”, Competencia Nº 438.XLI).

(64) C.S.J.N., 23-10-1986, “Antonio Cayetano Aramburu y otro v. Normotor S.A. y otros”, Fallos, 308:2023.

(65) C.S.J.N., “Orazzi, Néstor Aníbal c./Petroquímica General Moscón SAIC s./indemnización”, O.199.XXII, 28-09-1989.

Así, se ha resuelto que es de competencia del fuero federal y, más precisamente, del fuero Contencioso Administrativo Federal, una ejecución de tasas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires promovida contra un ente autárquico nacional “... puesto que, por un lado, resultan aplicables al caso los arts. 116 de la Constitución Nacional, 2ª inc. 6ª y 12 de la ley 48, que establecen que corresponde a la justicia federal conocer de las causas en que la Nación o una entidad nacional sea parte (Fallos, 308:2033) y, por el otro, que para resolver la pretensión del actor deberán aplicarse normas y principios propios del derecho público (Comp. 106, L.XL, in re, ‘GCBA c./Banco Nacional de Desarrollo y/u otro s./Proceso de ejecución’, y Comp. 485, L. XL., in re, ‘G.C.B.A. C./D.G.I. s./Ej. Fiscal ABL’, sentencias del 6 de julio y 21 de septiembre de 2004, respectivamente...” (66).

Ha sido señalado respecto de los diversos fundamentos de la competencia federal en razón de la materia y en razón de las personas, que “...la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución a la justicia federal...En el primero lleva el propósito de afirmar las atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, los tratados y las leyes nacionales, así como en lo concerniente a almirantazgo y jurisdicción marítima. En el segundo, procura asegurar —entre otros aspectos— la imparcialidad de la decisión y la armonía nacional, en las causas en que la Nación o una entidad nacional sea parte (arts. 116 de la Constitución Nacional y 2º, inc. 6º y 12º, de la ley 48), y cuando se plantean pleitos entre vecinos de diferentes provincias (doctrina de Fallos: 314:101;324:1470, entre otros)...” (67).

Cabe señalar que tanto la justicia federal como la justicia nacional ordinaria de la Capital Federal, siendo ambos órganos judiciales nacionales, tienen jurisdicción sobre las materias precedentemente señaladas como de competencia federal; y la ley podría atribuir a los tribunales de la justicia nacional ordinaria competencia para entender en tales asuntos, de la que hoy carecen, en razón de la distribución de competencias efectuada por el Decreto Ley nº 1285/58.

Tal como puede apreciarse la materia en el régimen federal es de origen legal (68). Cabe señalar que durante mucho tiempo (desde la Constitución de 1853 (69) hasta 1900) el Estado nacional era indemandable (70) sino se obtenía la autorización (*venia* (71) *administrativa previa*) (72) del Congreso (73). Esa situación era extraña a los antecedentes patrios y coloniales (Leyes de Indias, Libro II, título V, leyes 6, 7 y 8 del año 1636 (74)).

(66) C.S.J.N., 15-2-2005, “G.C.B.A. c./Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos s./ej. Fisc. Abl, Competencia” Nº 1379 XL, dictamen del Procurador Fiscal subrogante.

(67) C.S.J.N., 2-12-2004, Universidad Nacional del Nordeste s./inhibitoria, Competencia Nº 760.XL, dictamen del Procurador Fiscal subrogante.

(68) GRAU, ARMANDO E., *Habilitación*, cit., p. 27.

(69) SARMIENTO, en la Convención de 1860 aclaró que la Comisión había tenido especial cuidado de no apartarse de los términos literarios de la Constitución de Estados Unidos, no porque ella fuera más o menos aplicable en nuestro país, sino porque de esta forma se podría contar con una jurisprudencia en presencia de la cual a nadie le sería permitido decir: Yo opino así.

(70) CSJN, “Fallos” 2 (primera serie) 36; 6:159.

(71) En la discusión de la ley 675 (de 1478/1874) que autorizó a la firma Aguirre, Carranza y Cia. a demandar al Estado el diputado DEL CAMPO, sostuvo que la expresión de la Corte, respetuosa de los otros poderes, era solicitar que se obtuviera una *venia* de alguno de ellos, por esos pedía que en vez de consignar la palabra autorización se modificara el art. 1º del proyecto con la expresión se acuerda la *venia* bastante, lo que no fue aprobado por cuestiones formales.

(72) CSJN, “Fallos” 65:408; 68:7, entre muchos.

(73) Partiendo del principio de indemandabilidad del Estado vigente en Estados Unidos a partir de la regla inglesa de la indemandabilidad de la Corona. Principio éste difícilmente justificable en un régimen constitucional como el de EE.UU., pero que se adoptó por una razón de conveniencia política: las cuantiosas deudas que los Estados tenían con los particulares.

(74) Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias, 4ª. Reimpresión, Madrid, 1943, vol. I, p. 274.

2. La jurisdicción provincial

Por cierto, las Provincias conservan competencia y jurisdicción en materias de Derecho público, porque fue una de las cuestiones no delegadas al Gobierno nacional (art. 104 C.N. originaria; 121 de la actual).

Desde un primer momento las jurisdicciones locales proclamaron el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares en los asuntos “contencioso administrativos” —al revés de lo que ocurría en el orden nacional—. Así, la constitución para el Estado de Buenos Aires de 1854 establecía que “*Las causas contenciosas de hacienda y las que nacen de contratos entre particulares y el Gobierno serán juzgadas por un Tribunal especial...*” (art. 129). A su vez, la Ley Orgánica de Tribunales de la Provincia de Santa Fe de 21 de septiembre de 1892, en su art. 142 establecía: “*...toda persona que se crea damnificada por resolución en asunto contencioso administrativo, podrá acudir a la justicia ordinaria en resguardo de sus derechos*”.

La mayor parte de las constituciones provinciales, con excepción de algunas (v.gr. las de Chubut y San Juan) establecen un sistema judicialista particular para las causas procesales administrativas en relación a los tribunales en que tramitan y se resuelven.

3. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es muy particular, pues la competencia de la justicia porteña sólo alcanzaba a lo *contencioso administrativo tributario y contravencional*. A partir de esa limitación se crearon sólo esos dos fueros.

VIII. El sistema de control jurisdiccional vigente

1. Nuestro sistema judicialista

En materia de control jurisdiccional de la Administración, Argentina ha adscripto al *sistema judicialista*, único que consideramos compatible con la letra y espíritu de la *Constitución Nacional*.

Cabe recordar que tal pertenencia viene impuesta por lo establecido en los artículos 18 (*juicio previo, jueces designados por la ley antes del hecho de la causa*), muy especialmente, por el artículo 109, que veda al Presidente de la Nación “*...ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes, ni restablecer las fenecidas...*”; 116 “*Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras... de los asuntos en que la Nación sea parte...*”.

Cabe especialmente detenernos en el artículo 109, ausente en la Constitución estadounidense, que en diversos aspectos ha constituido el modelo de la Constitución nacional. Conforme hemos analizado en el capítulo precedente, aún en los países de sistema judicialista más antiguo —el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos de (Norte) América (75)— existen algunos supuestos en los cuales la decisión administrativa puede carecer de *control judicial*. Ello no es posible en Argentina, fundamentalmente por la terminante cláusula del artículo 109.

Por ello es dable señalar que la adopción del sistema *judicialista* en Argentina es plena, imperando consiguientemente un sistema de *unidad de jurisdicción*.

A ello no obsta, como tampoco sucede en el caso de sus modelos, la existencia de organismos administrativos dotados por la ley de facultades “*cuasijurisdiccionales*” (76).

(75) A diferencia de la Constitución de EEUU el Ejecutivo en nuestro país no puede ejercer funciones judiciales. La Constitución de Cádiz de 1812 se promulgó tanto en España como en el virreinato, pero no tuvo una adecuada aplicación. A la influencia francesa se debe la creación de un Consejo de Estado, que fungía como Consejo del Rey, en materia gubernativa, pero no encontró una inmediata aplicación por su inacabado desarrollo.

(76) Utilizamos aquí, y por ahora, la denominación cuasi jurisdiccionales para referirnos a la facultad otorgada a organismos administrativos de resolver controversias entre partes aplicando el derecho, por cuanto en nuestro ordenamiento

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el notable fallo dictado en autos: Fernández Arias, Elena y otros c./Poggio, José (sucesión (77), hubo de pronunciarse por vía del recurso extraordinario, respecto del cuestionamiento planteado contra una resolución, confirmatoria de otra anterior, dictadas en ambos casos por organismos administrativos dotado de las denominadas facultades cuasijurisdiccionales, las Cámaras Paritarias de Conciliación y Arbitraje Obligatorio, a las cuales las Leyes Nº 13.246, 13.897 y 14.451 conferían facultades para resolver controversias entre arrendadores y arrendatarios rurales, sin más control judicial que el recurso extraordinario (art. 14, Ley Nº 48); planteándose por el recurrente que tales organismos administrativos trasgredían lo establecido en el artículo 95 (hoy 109), 67 (hoy 75) inciso 11 (hoy 12), 16 y 18 de la Constitución Nacional.

En la aludida oportunidad, la Corte, tras reconocer la existencia y su reconocimiento de la constitucionalidad de diversos organismos administrativos dotados de facultades cuasijurisdiccionales, sostuvo que, no obstante, *“...la actividad de tales órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional, que desde luego, no es lícito trasgredir... Que entre esas limitaciones preestablecidas, figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente...”* (78). Por aplicación de este principio, la Corte Suprema (79) declaró la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el art. 1024 del Código Aduanero en cuanto impedía el control judicial de las resoluciones definitivas dictadas en sede administrativa respecto de infracciones aduaneras cuando la sanción aplicada fuera inferior al monto allí establecido (80).

También la Corte Suprema dispuso con relación a la condena a un ciudadano pronunciada por la llamada *Justicia Municipal de Faltas de la Capital Federal*, que el recurso denominado de apelación (*serán apelables al sólo efecto devolutivo*) previsto a la sazón por el art. 97 inc. b) de la Ley Nº 19.987, cuando se tratara de sanciones de naturaleza penal que implicaran la efectiva privación de libertad de una persona, no cumplía el cometido de control judicial suficiente, por posibilitarse que el procesado agotara de manera efectiva el período de arresto que le fuera impuesto antes de ser escuchado por un tribunal de justicia, tratándose en definitiva de *“...un organismo administrativo cuya ley de procedimientos no contempla garantías fundamentales para la defensa en juicio...”* (81).

jurídico, las facultades jurisdiccionales, entendidas como aquellas relativa a la resolución definitiva de tales controversias, estás reservada a los órganos judiciales, por las razones y con fundamento en las normas constitucionales apuntadas.

(77) C.S.J.N., “Fallos” 247:646, “Fernández Arias c/Poggio” de 19-9-1960.

(78) Sostuvo, además: *“...Que en casos como el de autos, control judicial suficiente quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial (doctrina de Fallos, t. 205, p. 17; t. 245, p. 351). La mera facultad de deducir recurso extraordinario basada en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas”* Que una interpretación contraria no tendría cabida dentro del derecho argentino, en mérito a dos razones principales. Primeramente, porque el art. 18 de la Constitución Nacional incluye la garantía de que, mediando situaciones del carácter indicado, ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia...”

(79) C.S.J.N., 27-10-1987, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Casa Enrique Schuster S.A.I. C. c./Administración Nacional de Aduanas,” (“Fallos” 310:2159).

(80) Recordando haber establecido *“...desde antiguo que, cuando se trata de pronunciamientos jurisdiccionales emanados de órganos administrativos, debe garantizarse su sujeción a un control judicial suficiente...y que ...lo dispuesto por el art. 1024 del Código Aduanero en cuanto impide el control judicial de las resoluciones definitivas dictadas en materia de infracciones aduaneras cuando la sanción aplicada sea inferior al monto allí establecido, resulta contrario a la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, la que, si bien no requiere multiplicidad de instancias, debe entenderse con el alcance de exigir al menos, una instancia judicial siempre que estén en juego derechos, relaciones o intereses como los que son objeto del sub lite, los que de ningún modo pueden ser totalmente sustraídos al conocimiento de los jueces ordinarios sin agravio constitucional reparable por la vía del art. 14 de la ley 48...”*

(81) C.S.J.N., 24 de marzo de 1988, “Recurso de hecho deducido por Octavio Di Salvo en la causa Di Salvo, Octavio s./hábeas hábeas”; (“Fallos” 311:334).

Dicho principio condujo igualmente a la declaración de inconstitucionalidad del art. 30 del Código de Procedimientos en materia penal, “...que impide el control judicial de las sentencias dictadas por las autoridades de policía en materia contravencional, cuando la condena no exceda de cinco días de arresto o veinticinco mil pesos de multa... pues si bien aquélla no requiere multiplicidad de instancias, debe entenderse que sí impone una instancia judicial al menos, cuando están en juego derechos como los que aquí se debaten, los que no pueden ser totalmente sustraídos al conocimiento de los jueces ordinarios máxime cuando no haya agravio constitucional reparable por la vía del art. 14 de la ley 48...”⁽⁸²⁾.

Siendo también de carácter estrictamente *judicialista*, existen en los países del *common law* (v.gr. el Reino Unido y EEUU de NA) *tribunales o agencias administrativas*, establecidos por ley en múltiples áreas, de gran incidencia en la vida de los habitantes, con facultades para resolver controversias entre ellos y con el Estado, dentro del área de competencia del tribunal o agencia. En nuestro país, aparte de algunos tribunales administrativos que se han creado (en el orden nacional: el Tribunal, Fiscal; el Tribunal de la Navegación; en algunas provincias el Tribunal Fiscal —p.ej. Prov. de Buenos Aires—).

Las razones que justifican la existencia de estos organismos, tanto en los países referidos como en Argentina, son básicamente las mismas: la *especialización y experiencia del organismo administrativo* en la materia de que se trata, raramente al alcance de los órganos judiciales, por más que éstos requieran al auxilio de peritos.

En nuestro caso, las leyes que establecen estos organismos crean también un *procedimiento administrativo* especial, diverso del establecido en las leyes comunes de la materia, y crean también “*recursos judiciales directos*” (intentando ser como los “*procesos al acto*” del sistema francés), en realidad, acciones procesales administrativas cuyo ámbito cognoscitivo suele estar limitado a la validez o nulidad del acto administrativo dictado, debiendo otras pretensiones ser planteadas a través de otras acciones diversas.

2. Sistema judicial limitadamente especializado en el fuero federal

Además de ser de carácter *judicialista*, el sistema argentino de control judicial de la

Administración es en el orden nacional *limitadamente especializado*, dado que tiene lugar, *dentro de la justicia federal*, a través de tribunales judiciales específicos en la Capital Federal: el fuero Contencioso Administrativo federal, que comprende una Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal. En el resto del país, la Justicia federal carece de tribunales específicos de la materia, interviniendo jueces de competencia universal (o a lo sumo, de competencia en aquellas materias que no sean de índole penal).

Por ello no alcanza el sistema federal argentino el nivel de especialización adquirido, por ejemplo, en España, donde como hemos visto existe un fuero especializado en materia de *Derecho administrativo*.

3. Sistema judicial con distintas características en el orden local

A. Preliminar

Del análisis de las Constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de *control jurisdiccional de la Administración*, surge la clara adopción, en todos los casos —no podía ser de otra manera (art. 5° C.N.)—, del sistema *judicialista*.

Sin embargo, luego del principio común, de un *control jurisdiccional de la Administración de carácter judicial*, en la práctica el sistema se diversifica, ya sea porque ese control se ejerce, a semejanza de lo que sucede en el orden nacional, por medio de un *fuero administrativo especializado* —tónica que va prevaleciendo últimamente, o bien a través de la atribución de dicha competencia a las Cortes Supremas o Tribunales Superiores provinciales, o a los jueces ordinarios—.

(82) C.S.J.N., 1 de marzo de 1983, “Recurso de hecho deducido por Adolfo Daniel Madala en la causa Madala, Adolfo Daniel s./recurso de queja”, (“Fallos” 305:129).

En la *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, rige la primera de las modalidades señaladas en este párrafo, aunque con características especiales. Veamos

B. Justicia no especializada en la materia

a. El órgano judicial es el Alto Tribunal provincial

En diversos supuestos, se establece la *jurisdicción originaria* de las *Cortes Supremas o Tribunales Superiores* provinciales, en materia contencioso administrativa. Así lo establecen las Constituciones de Catamarca (artículo 204, primer párrafo), Corrientes (artículo 145, apartado 2 (83)), Entre Ríos (artículo 167, apartado 3), Formosa (artículo 164, apartado 5), La Pampa (art. 97, apartado d), La Rioja (artículo 141, apartado 3), Mendoza (art. 144, inc. 5º); Misiones (artículo 145, apartado 3), Neuquén (art. 171 (84)); San Luis (art. 213, apartado 3º); Santa Cruz (artículo 132 apartado 2), Santa Fe (artículo 93, apartado 2, si bien esta competencia tendrá lugar “...*en los casos y modos que establezca la ley...*” (85); Santiago del Estero (artículo 194, apartado 3), Tierra del Fuego (artículo 157, apartado 4, si bien se establece que “...*Esta competencia podrá ser modificada por ley cuando las necesidades y posibilidades de la administración de justicia lo requieran...*”).

En la mayor parte de las Provincias (*Catamarca; Corrientes; Entre Ríos; Formosa; Jujuy; La Pampa; La Rioja; Mendoza; Misiones; Neuquén; San Luis; Santa Cruz; Santiago del Estero y Tierra del Fuego*) las cuestiones administrativas son resueltas por el Alto Tribunal de la provincia.

b. Tribunales ordinarios

Ciertos ordenamientos, Chubut, (C.Pr., art. 98 (86)), Río Negro (C.Pr. art. 55 (87)) establecen expresa o implícitamente que las cuestiones contencioso administrativas tramitan ante los *tribunales ordinarios*.

En algunas provincias las cuestiones de empleo público son derivadas a la Justicia laboral (v.gr. Tierra del Fuego, C.Pr. art. 154, inc. 2º (88) y Río Negro, art. 209 (89)).

C. Tribunales especializados

En otros casos, se establece expresamente la existencia de “*tribunales competentes en lo contencioso-administrativo*”. En las Provincias de *Buenos Aires; Córdoba; Chaco(90); Salta; San Juan; Santa Fe*

(83) La actual Constitución correntina (cláusula transitoria 8va.) establece que: “Hasta tanto lo establezcan las respectivas leyes el Superior Tribunal de Justicia continúa entendiendo en instancia originaria en las causas de naturaleza contencioso administrativa...”

(84) La nueva Constitución de Neuquén establece en las disposiciones complementarias, transitorias y finales, en el punto V: “Los Tribunales Contencioso-Administrativos deberán crearse, con sujeción a los principios de especialización y descentralización territorial, en el plazo de un año a partir de la creación del Consejo de la Magistratura. Hasta la creación de los mismos, el Tribunal Superior de Justicia mantendrá su jurisdicción y competencia”.

(85) Por eso ha sido posible la creación de Cámaras en materia contencioso administrativa (ver apartado C).

(86) Artículo 98: “La Provincia y los municipios como personas civiles pueden ser demandados ante la justicia ordinaria, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes federales, sin necesidad de autorización previa y sin privilegio alguno”.

(87) “La Provincia y los municipios...son demandables sin necesidad de autorización previa...” y no son de la competencia del Superior Tribunal de Justicia las cuestiones procesales administrativas (art. 207).

(88) Conf. Constitución provincial, artículo 154. “Corresponde el Poder Judicial el conocimiento y decisión de las causas...[...] inc. 2º: “Que se susciten con empleados o funcionarios que no estén sujetos a juicio político, o enjuiciamiento ante el Consejo de la Magistratura” y artículo 157: “El Superior Tribunal de Justicia tendrá competencia originaria y exclusiva para conocer y resolver...[...] inc. 4º “En las cuestiones contencioso administrativas, con excepción de las previstas en el artículo 154 inciso 2)”

(89) “...El contencioso administrativo laboral tramita ante los jueces del trabajo”.

(90) Se ha creado por ley 4051, modif. por la 4527, a su vez modif. por la ley 5404, que está en funcionamiento, desde hace un par de años. Hasta entonces entendía el Superior Tribunal (C.Pr. art. 163, inc. 1º, ap. e); art. 9º, ley 4051).

y *Tucumán* existe un fuero especializado en temas administrativo- tributarios, aunque con distintas características, como veremos.

La *Provincia de Buenos Aires* inauguró el fuero contencioso administrativo el 15 de diciembre de 2003. Cuenta con jueces especializados en cada uno de los Departamentos Judiciales en que se divide la Provincia (91). Hay algunas acciones que se plantean directamente ante las respectivas Cámaras de Apelaciones. Se produjo la desconcentración de la justicia administrativa —pues antes era competente la Suprema Corte— surge del art. 166 de la Constitución provincial

El art. 178 de la Constitución de Córdoba establece expresamente que “...*La actuación del Estado, los Municipios y demás personas jurídicas públicas en el ejercicio de función administrativa, quedan sometidos al control judicial de acuerdo con lo que determine la ley de la materia y sin otro requisito que el interesado haya agotado la vía administrativa...*”. En dicha provincia funciona una Cámara con dos Salas en la ciudad Capital; en cuanto a las cuestiones contencioso administrativas en el interior de la provincia las resuelven las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial

En Santa Fe, conforme se vio lo dispuesto en la Constitución provincial (ver apartado B.a), la ley 11.329 ha creado dos Cámaras especializadas, una con asiento en la ciudad de Rosario y otra en la Ciudad de Santa Fe.

La *Provincia de Tucumán* también tiene una Cámara, sita en San Miguel de Tucumán que es competente para entender en las cuestiones administrativas (art. 17, L.O n° 6.238, t.o. no oficial) que está compuesta por tres salas de dos jueces cada una (art. 40, ley. cit.).

En las Provincias de *Salta* y *San Juan* funciona un juzgado en primera instancia en lo contencioso administrativo, con asiento en la Capital de cada una de esas provincias.

De acuerdo a la Constitución del Chaco (art. 26) se ha creado una Cámara especializada (leyes 4051, y sus modif. 4527 y 5404) que funciona en la ciudad de Resistencia.

La *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, ha creado un fuero especializado (contencioso administrativo y tributario) que entiende, entre otras, en las cuestiones de esa índole (art. 37 L. O. n° 7), constituido por jueces en primera instancia y la Cámara con dos Salas.

Esta Justicia se compone de jueces en primera instancia y una cámara con dos salas, que entiende no sólo en cuestiones de índole administrativa, sino en todas aquellas —exceptuando las de índole penal— en las que intervenga el Gobierno o sus entes menores.

La Provincia de Corrientes está por pones en funcionamiento el fuero especializado.

IX. Conclusión: es un sistema autóctono

Podemos extraer una conclusión concreta de la reseña efectuada, y es que aunque el sistema judicialista de control jurisdiccional de la Administración vigente en Argentina tiene similitudes con el vigente en Estados Unidos de América y en el Reino Unido —así como en otros países— no cabe hallar su origen en sistema foráneos. Es *autóctono, derivado del derecho patrio*.

Ello se refleja, entre otros aspectos, en la cláusula constitucional del artículo 109 (ex 95) sin equivalente en la Constitución estadounidense, donde a diferencia de lo que sucede en nuestro país, la ley puede determinar que la decisión administrativa tenga carácter *final*.

Recordemos la vigencia, en Estados Unidos de (Norte) América, del principio de la *indemandabilidad* del Estado, que tenía por consecuencia adicional la imposibilidad de responsabilizar al Estado por los hechos de sus agentes, y, como consecuencia adicional, la doctrina de la *inmunidad soberana*, de lo que se derivaba la necesidad del consentimiento del Poder Legislativo para demandar al

(91) Hay tres jueces en primera instancia en el Departamento Judicial de La Plata; 2 en Mar del Plata y San Martín. Los demás Departamentos Judiciales cuentan con un juez cada uno. Existen cuatro Cámaras de Apelaciones: en los Departamentos Judiciales de La Plata, Mar del Plata, San Martín y San Nicolás.

gobierno federal. Tal doctrina determinó inicialmente que se reconociera el derecho a demandar *al funcionario*.

Debió aguardarse: a) hasta la creación de la *Court of Claims* para contar con un tribunal, bien que inicialmente de carácter administrativo, para que los contratistas del Estado pudieran deducir demandas contra aquél por responsabilidad contractual; b) que se establecieran legislativamente acciones de *judicial review* contra decisiones de *comisiones reguladoras* independientes; c) que se sancionara en 1946 la *Administrative Procedure Act* estableciendo con carácter general el derecho a revisión judicial de actos administrativos, y; d) la sanción, también en 1946, de la *Federal Tort Claims Act*, que hizo posible accionar contra el Estado por daños y perjuicios derivados de actos de sus funcionarios, para que podamos afirmar la existencia de un auténtico sistema de control jurisdiccional de la Administración.

Cabe señalar que en realidad, fue tras la sanción de la Constitución de 1853 y la recepción de la influencia de la Constitución estadounidense, con la correspondiente adopción por la Corte, en buena medida, de la jurisprudencia estadounidense, cuando comenzaron a plantearse las tesis de la *inmunidad soberana* y de la *indemandabilidad del Estado* (principios totalmente ajenos a nuestro sistema).

Consecuencia de ello fue la exigencia de la *venia legislativa* previa para demandar a la Nación, atenuada posteriormente por la sanción de la Ley N° 3952 (92) de Demandas contra la Nación (1900), al relevar al actor del requisito de la autorización legislativa previa, cuando la Nación actuara en su *carácter de persona jurídica*(93), manteniéndolo cuando actuare en calidad de persona de derecho público, por aplicación de la superada *teoría de la doble personalidad del Estado*; desapareciendo el requisito con la sanción de la ley 11.634 —1932—.

Pero tal exigencia no se encontró presente en el resto de la legislación patria (o sea en el sistema provincial), derivando consiguientemente de las concepciones jurisprudenciales estadounidenses, con las atenuaciones determinadas por la tradición jurídica argentina.

Concluimos por tal razón que el *sistema judicialista* argentino es de de origen nacional y que surgió de la recepción por parte de los primeros gobiernos patrios, en la Revolución de Mayo y posteriormente, de las concepciones de *división de poderes* que florecían en Europa es de fines del siglo XVIII, incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico sin las desviaciones originadas en la concepción revolucionaria francesa de la separación de poderes, inspiradas en las consideraciones que hemos examinado anteriormente, y sin la tradición jurídica de la *indemandabilidad del Estado* y la *inmunidad soberana* derivadas del derecho británico y posteriormente estadounidense.

Por ello nuestro *sistema judicialista* es más acentuado que el vigente en los referidos países, carentes de una norma como la del artículo 109 (antes 95) de nuestra Constitución.

(92) Sancionada el 27 de septiembre y promulgada el 6 de octubre de 1900. El dictamen de la Comisión del Sena do estaba firmado por DOMINGO PEREZ y JOSE FIGUEROA ALCORTA. Aprobada por el Senado, la Cámara de Diputados la aprobó con modificaciones; el Senado rechazó a éstas; vuelto a Diputados que insistió en su postura, el Senado rechazó la insistencia de Diputados y el texto del Senado se convirtió en ley.

(93) En la causa “Sociedad Protectora de Animales” de 4 de noviembre de 1902 (“Fallos” 96:336) la Corte dijo que una demanda encaminada a que el poder Ejecutivo tomara medidas generales administrativas o de gobierno para asegurar el cumplimiento de una ley, estaba fuera del dominio del Derecho civil y no podía considerarse comprendida en la ley 3952. En la causa “Doña Encarnación Dolores de Cabrera de 24 de marzo de 1904 (“Fallos” 99:22) la Corte entendió que una demanda por indemnización de daños y perjuicios a causa de la actuación de agentes y empleados de la Policía de la Capital no importaba el ejercicio de una acción civil deducida contra el gobierno de la Nación en su calidad de persona jurídica. En la causa “Pedro P. Herrera”, la Corte (“Fallos” 99:315) dijo que la independencia y soberanía del Poder Ejecutivo quedarían anuladas si sus actos y resoluciones como poder público pudieran reverse y modificarse en la jurisdicción contenciosa.

Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires. Experiencia y actualidad

POR **MÓNICA GRACIELA ANDRIEU** (*)

Sumario: I. Introito. II. Breve análisis histórico. III. La Provincia en la transparencia pretendida en los juicios de responsabilidad y contable patrimonial. IV. De la revisión al control judicial, sin discriminación. V. La buena doctrina jurisprudencial. VI. Colofón. VII. Bibliografía.

Resumen:

El Tribunal de Cuentas una historia en pos de la transparencia institucional pública.

Desde la historia al presente. Aciertos ideologías, errores, esperanzas.

La Provincia de Buenos Aires en el año 1994 en la última reforma insistió en un modelo del control patrimonial y de responsables, que va acorde con los lineamientos internacionales contra la corrupción y a favor de la transparencia en los actos públicos. La Nación Argentina en su sistema de control patrimonial, olvidó la historia.

Este trabajo es en recuerdo de Alberto A. Spota, Jorge Gnecco y Eduardo M. de la Cruz, quienes transmitieron pasión, compromiso por el Derecho constitucional, administrativo, municipal y por la vida.

Palabras clave: Argentina. Tribunal de Cuentas. Transparencia. República.

Abstract:

The Audit Patrimonial Office a history way public institutional transparency.

From history to the present. Successes ideologies, errors, hopes.

The Province of Buenos Aires in 1994 in the last reform insisted on a model of the patrimonial control and people in charge, that goes agreed with the international lineaments against the corruption and in favor of the transparency in the acts witnessed by notary public. The Argentina Nation in its system of patrimonial control, forgetfulness history.

This work is to the memory of Alberto A. Spota, Jorge Gnecco and Eduardo M. de la Cruz, who transmitieron passion, commitment by the constitutional, administrative, municipal Right and by the life.

Keywords: Argentina. The National Audit Office. Transparency. Republic.

I. Introito

El derecho administrativo garantiza el uso correcto de la potestad de la Administración, resguardando el interés público prevalente. Se ha venido sosteniendo que su actuar se enfrenta al interés privado, en una permanente dialéctica entre autoridad y libertad.

Es de recordar lo que sostuviera el profesor de Burdeos, León Duguít, en sus conferencias, dadas en la Universidad de Columbia (NY), durante los años 1920-1921, tituladas: "Soberanía y Libertad". Esto viene por cuanto -estos conceptos- no siempre han sido interpretados con un mismo significado. Incluso han sido significativos a la hora de aportar una mirada del Estado que las más de las veces se lo presenta separado su hacer al del habitante, del ciudadano. Se impone re-pensarlo, en tiempos de participación.

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

Al decir de León Duguit, esta dialéctica es la aproximación al concepto de servicio público, no acotado al contenido de determinadas actividades, como hoy estamos acostumbrados a denunciar como tales, sino en su sentido estricto: Deber hacia el hombre. Servir al hombre, al ciudadano. Así entendida la soberanía como facultad de organización de los servicios públicos; y la libertad individual como función; sustituida la noción de derecho por la noción de deber y el concepto de Estado-poder por el concepto de Estado - gerente. La vincula Duguit a la doctrina solidarista de la libertad, manifestada en una organización integral de la representación política, condicionada por la auto-limitación y la responsabilidad del Estado, que justamente el derecho viene a servir de vínculo, y debiendo siempre mirar a la realidad de los hechos, que el pensamiento capta y lo expone en la acción, en la esperanza de que sean fecundos.

El interés del actuar de la Administración del Estado es unívoco. No hay un enemigo en el Estado, sino un hacedor y colaborador necesario que coadyuva en la realización de los fines sociales y culturales relevantes, para que el hombre en su desarrollo sostenible tenga la posibilidad de alcanzar la verdad, realizar el bien dentro de esta solidaridad social, predicada por Duguit.

¡Cuánto cuesta dejar atrás los autoritarismos y acercarnos con espíritu de pares reconociendo lo común, en reconciliación! Decía Alberdi, para crear el gobierno general, que no existe, se ha de partir de los gobiernos provinciales existentes, son estos los que han de dar a luz al otro. De ahí nuestra imprompta por recordar y renovar nuestro afán de mirar a las Provincias, sabiendo que en ellas se gestaron las ideas de libertad y de gobierno y que en ellas, se sigue nutriendo nuestro federalismo.

En este camino dentro del derecho administrativo, también local, pero informado de sus propios caracteres, se alza el administrativo contable, patrimonial. Su interés, es tutelar intereses públicos de contenido patrimonial y a resguardo de asegurar el recto uso de las atribuciones conferidas a los órganos del Estado en protección del patrimonio de la hacienda, con motivo de la gestión ejercida por los distintos órganos intervinientes. Control derivado del deber que debe cumplir el Estado como representante del pueblo. Responsabilidad de sus funcionarios frente a sí y a la sociedad.

Una primera especialización se alza: el acto contable, no es el acto administrativo y nos deriva a otra, el procedimiento administrativo contable.

A partir del siglo XVIII, con el advenimiento de las postulaciones de los regímenes de gobierno representativos de la voluntad del pueblo soberano, la “Hacienda del Estado” se transforma en “Hacienda Pública”, y a partir de ese momento, conocido como la era del constitucionalismo, cobra autoridad el derecho público, el derecho público contable, de ahí en más, las constituciones, al trazar el esquema del régimen de contabilidad pública de un Estado republicano y representativo, tratan de afianzar los principios que hacen al derecho del presupuesto, y la garantía objetiva hacia los ciudadanos acerca de la correcta administración de los caudales públicos.

Actos y operaciones singulares de la gestión financiera y patrimonial de las haciendas públicas, que encuentra en el encuadramiento jurídico, en el que por un lado actúan los órganos administrativos y los contables, y aparecen los órganos que también dentro del encauzamiento jurídico están llamados a ejercer el control, que con sus diferencias y semejanzas, se extienden abarcando el control interno al externo, del administrativo contable al administrativo “jurisdiccional” hasta llegar al político y judicial.

Haremos hincapié en el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires, las legislaciones, las variantes, aun sabiendo que la función permanecerá, dado justamente, a lo republicano de la forma de gestión adoptada por el Constituyente para su gobierno.

II. Breve análisis histórico

Hablar del Tribunal de Cuentas en la Provincia de Buenos Aires es hablar de una institución con trayectoria histórica, dada su misión perdurable en los tiempos. Es esencialmente, una “jurisdicción” especial que actúa a nivel de los distintos órganos de gobierno, entendiendo que no es significativa su ubicación administrativa dentro del Estado, si la independencia de quienes ejercen su cometido.

Se atiende si, a la necesaria independencia funcional que le adjudican las distintas constituciones argentinas, y que en términos generales, se acerca a la esfera del control parlamentario, como lo de-seaba Varela en la Convención de 1889, como una mano larga de este Poder.

El pueblo argentino no ha inventado sus instituciones públicas, muchas las ha heredado y en gran buena parte, de la legislación de Indias, aun cuando luego de implantarlas les ha impuesto su sello, sus caracteres, sus modalidades, en adaptación a su realidad histórica.

El Tribunal de Cuentas, sufrió vicisitudes que afectaron los diferentes períodos de la historia, llevando el sello de las alternativas de las épocas que transcurrieron. En un comienzo de los gobiernos patrios, cuando eran muchos y difíciles los problemas que preocupaban la atención del gobierno, su estructura permaneció estacionaria y sus funciones fueron regidas por la legislación colonial, casi en iguales condiciones que bajo el dominio español. En la modificación a la Ordenanza de Intendentes del año 1812, proyectada por Dn. Damián de Castro, se establecía que el Tribunal de Cuentas continuará con toda la autoridad y atribuciones que las leyes y reales cédulas le acordaban, debiendo entenderse el Presidente de este organismo con el “Superior Gobierno de las Provincias Unidas, en cuanto le ocurra en puntos económicos y gubernativos para el mejor servicio, aumento y prosperidad del erario, y le avisará sin dilación para las providencias oportunas si notase en los Intendentes y Tenientes Gobernadores la menor morosidad o contemplación en el cumplimiento de las providencias u oficios que les dirija para la renovación de fianzas, atracción de cuentas, absolución de reparos, cobro de alcances y cualquier otro punto de servicio”.

Ante los problemas que se debatían, su rol se oscurece, dado que en 1821, se lo suprime completamente. La formación del federalismo, tuvo como consecuencia necesaria el desmembramiento administrativo del país, dejando el Tribunal de tener jurisdicción sobre las cajas provinciales que, al igual que sus gobiernos se declararon autónomos.

Desde la declaración de la Independencia hasta su transformación en 1821 existen pocas manifestaciones de la vida del Tribunal, no obstante, los gobiernos se han interesado por el contralor de los actos de la hacienda pública, por ejemplo, en el Estatuto de 1815, se establecía que el Poder Ejecutivo debía remitir a la Junta de Observación cada tres meses una prolija razón demostrativa por clases y ramos de los ingresos, inversiones y existencias, a fin de que la Junta pudiera efectuar su control y vigilancia. La Constitución de 1819, da al Congreso la atribución de recibir anualmente del Poder Ejecutivo la cuenta general de las rentas públicas, examinarlas y juzgarlas. En esta forma se fue vigorizando el contralor legislativo a partir de los albores de la vida independiente. Expresaba Granoni, que el primero de septiembre de 1819, el soberano Congreso dicta una ley por la que se reforma la organización del Tribunal de Cuentas, integrándolo con tres contadores mayores, siete contadores de “resultas” y demás personal inferior. Y que al día siguiente el Director Supremo Rondeau, dicta un decreto mandando a cumplir lo así dispuesto, y hace saber al Tribunal de Cuentas que debe proponer las personas que han de servir a los empleos que determina la ley. Que sin embargo el atraso de las actuaciones del Tribunal era enorme, gran cantidad de cuentas no se remitían por los responsables y el descrédito en que cayó el organismo se hizo evidente, llevando el 28 de agosto de 1821, a dictar dos decretos, reorganizando las funciones y suprimiéndole como tal, encomendando su competencia a una comisión especial presidida por el Contador Don Antonio Dorna, asistido por seis contadores Mayores. En 1822, advirtiendo la poca eficacia de la comisión, por nuevos decretos que se dictan, se dispone que las cuentas de la administración deban ser remitidas a la Contaduría General, reglamentando además el procedimiento que debía seguirse en esa presentación de cuentas. Durante el Gobierno de Martín Rodríguez en la Provincia de Buenos Aires funcionaron dos organismos con atribuciones propias del Tribunal de Cuentas: Uno administrativo que es la Contaduría General encargada de controlar y enjuiciar a toda persona que maneja fondos del Estado y que no rinda cuenta satisfactoria de su inversión (Decreto de mayo de 1822). El otro, compuesto de tres miembros de la Legislatura, encargado de estudiar y apreciar las cuentas generales presentadas por el Poder Ejecutivo, que debía de expedirse antes de clausurarse las sesiones del año, ley de diciembre de 1822.

Este estado no variará hasta 1825, en este periodo se rompe el molde de la vieja institución indiana y aparece una *sui generis* que se creyó que estaba más de acuerdo con las necesidades y tendencias de la época. Así en 1825, en atención a las dificultades de la Comisión de Cuentas para cumplir su tarea y del atraso en que había incurrido, se le da autorización para organizar una verdadera oficina de contabilidad, encargada de dar a la Cámara de Representantes, la noción exacta de la gestión administrativa.

De acuerdo con estas reformas, el Tribunal de Cuentas pasa a ser la Cámara de representantes. Este ensayo parlamentario sostiene Granoni fracasó completamente porque la Cámara, no se ocupó en revisar las cuentas, sino con mucho desapego y la Comisión no cumplió su cometido. La Constitución de 1826, establecía la atribución del Congreso de recibir anualmente la cuenta de inversión de los fondos públicos, examinarlos y aprobarlos.

Rechazada la Constitución de 1826, desaparece en la práctica institucional las funciones de contralor externo propias del Tribunal de Cuentas, y llegado el gobierno de Rosas, se dictan numerosas medidas de contralor interno, pero sin relevancia de instituciones, a la época.

Luego de su caída, el gobierno de la Provincia, dispone de varias medidas. Por ley del 21 de mayo de 1852, definió que el Gobierno no podía ordenar ni hacer gasto alguno sin la autorización de la Sala de Representantes y el primero de abril de 1854, establece por una resolución general que, todas las oficinas que administren fondos del erario público rindan anualmente a la Contaduría General una cuenta detallada de sus egresos.

En la Constitución para el Estado de Buenos Aires, del año 1854, en el artículo 24, se sostuvo la responsabilidad política del gobernador y de los ministros por malversación de fondos públicos; (1) y en el artículo 129, que las causas contenciosas de hacienda serían juzgadas por un tribunal especial, cuyas formas y atribuciones determinará la ley de la materia. Correspondía a la Asamblea General, fijar cada año los gastos generales del Estado con arreglo al Presupuesto y al Plan que debe presentar el Gobierno, y establecer los impuestos y contribuciones necesarias para cubrir aquellos, suprimir, modificar y aumentar los existentes. Por el artículo 52, le compete asimismo: "Examinar, aprobar o reparar anualmente las cuentas de inversión de los caudales públicos ...". (2). La primera ley de las Municipalidades para la Provincia de Buenos Aires, de 1854, estableció en el artículo 74, que las cuentas de recaudación serán presentadas anualmente a la Receptoría General y las de inversión a la Contaduría General, para que examine y remita el gobierno, con las demás del Estado a la Legislatura.

Luego de la Comisión especial de 1821, que sustituyó al Tribunal de Cuentas de la colonia, ha sido la Contaduría General la que llevo funciones de control administrativo, con excepción del período en que funcionó la Comisión de la Legislatura en tiempos de Rivadavia. Se fue acentuando la importancia y la esfera de intervención de la Contaduría. El 7 de noviembre de 1855, se dicta un decreto ampliando al del primero de abril de 1854, en el que se dispone que todas las oficinas deberán rendir cuenta de sus egresos a la Contaduría General, siendo éste el primer reglamento que organiza un sistema completo de rendición de cuentas, después de las prescripciones que regían en la época colonial y en la independencia. Se establece que están comprendidos en dicha obligación: la Comisaría General de Guerra, que tenía carácter autárquico, la Sociedad de Beneficencia, la Universidad, establecimientos de caridad, colegios y todas las comisiones o individuos particulares que recibieran fondos de la Tesorería General o de suscripciones, para su inversión en fines públicos y en los que tuviera intervención el gobierno del Estado. Los administradores de establecimientos piosos u otros, de los que com-

(1) Antecedente de lo que iba a ser después, el fuero contencioso administrativo y que tiene su comienzo en el tratamiento judicial, en las causas patrimoniales.

(2) Al respecto es interesante ver referido a los antecedentes del contencioso administrativo, lo normado en los artículos 7 y 8 del Reglamento de 1811; los artículos 4 y 5 del Estatuto provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de La Plata, de 1811 y 1 al 9 del Decreto de Seguridad individual también de 1811; XXIII, del Estatuto Provisional de 1815; Capítulo 2do, 13 y 14, Capítulo 3ro, 10 del estatuto Provisional de 1816; Sección IV, XC VII y CXXVI de la Constitución de 1819; Sección V, artículos 118, 119, 120 y 123 de la Constitución de 1826.

prendía la disposición que además de las cantidades recibidas de Tesorería tuvieran otras entradas, por donativos, pupilajes, etc., debían rendir cuenta separada de la inversión de tales producidos. Los habilitados y comisionados que recibían fondos de la Tesorería General, debían formar y rendir por ellos mismos, las cuentas visadas por sus respectivos jefes, haciendo primero la entrega en Tesorería de los sobrantes que resultaran y de cuya devolución, debían dejar constancia.

En esta época se dictan varias disposiciones de contralor y la Contaduría General adquiere un prestigio real, efectivo y se atienden a sus observaciones. En 1856, se hace un nuevo intento de contralor parlamentario, se sanciona un proyecto de ley por el que se organizaba una comisión parlamentaria anual, compuesta de legisladores cuya elección debía recaer en las cámaras respectivas encargadas del examen de las cuentas generales. Debía presentar el resultado de sus tareas a la Asamblea General antes de cerrarse las sesiones ordinarias de cada año, para ser considerado su dictamen. Se ponen en vigencia las leyes de 1822 y de 1825 del tema, aun cuando no se le dan tan amplias atribuciones como las que tuviera en 1825. El 26 de diciembre de 1857, se promulga el reglamento interno de la Contaduría General, que retoma las funciones del Tribunal de Cuentas (3). Divide a la Contaduría General en cinco secciones a saber: 1, Asuntos militares, 2, Material civil, 3, Liquidaciones, 4, Libros y contabilidad, y 5, Examen y juicio de cuentas, con funciones de carácter jurisdiccional. Reglamento que fuera redactado por los Sres. Juan P. Aldama, B. Leloir y Benito J. Goyena. Cada una de las secciones tenía a su frente a un contador y era el jefe de todas ellas, el Contador Mayor de la Provincia.

Luego con la incorporación de Buenos Aires a la Confederación, fueron suprimidas reparticiones y se incorporaron otras al régimen administrativo, y se hizo necesario una reforma del Estatuto de 1857, y el dictado de nueva normativa. Así el 28 de diciembre de 1868, se aprueba un nuevo reglamento, en que se le da una nueva organización a la Contaduría General. Mientras que en el orden federal, antes se dicta la ley del 9 de septiembre de 1853, denominada “Estatuto para la organización de la hacienda y crédito público”, que introducía normas de contralor en el manejo de los caudales públicos.

Se fueron agregando sucesivas normas que constituyeron pilares en lo relativo al control económico financiero del Estado Nacional: Ley Nro. 217, del 26 de septiembre de 1859. Fue una verdadera Ley de Contabilidad; prohibía decretar pagos no autorizados por el Presupuesto –si esta prohibición era infringida, se responsabilizaba solidariamente al presidente de la República, a los ministros autorizantes y al contador mayor interventor, y ordenaba la apertura de la contabilidad de presupuesto, reglamentando la forma de presentación de la Cuenta de Inversión. Tuvo vigencia hasta 1870, cuando fue reemplazada por la Ley Nro. 428.

El 27 de agosto de 1865, el Senador nacional Uladislao Frías presentó un proyecto de Ley de Contabilidad inspirado en la ley francesa sobre hacienda. El proyecto fue sancionado por el Senado, pero permaneció cinco años en la Comisión de Hacienda de la Cámara Baja. Recién en 1870 se lo debatió, volvió al Senado con modificaciones, y fue convertido en Ley, el 26 de septiembre de 1870. Esta ley apuntaba a ser un verdadero código de contabilidad, pues preveía casi todos los aspectos del ordenamiento económico-financiero del Estado. Estuvo en vigencia durante más de tres cuartos de siglo, hasta 1947. En septiembre de 1932, por indicación del Doctor Alfredo Palacios, el Senado designó una comisión especial para elaborar una nueva ley de contabilidad. La comisión finalizó su labor en 1940, formulando un despacho sobre la reforma total de la Ley Nro. 428. Remitido en consulta al Poder Ejecutivo, el proyecto fue convertido en ley, el 20 de marzo de 1947, con el número 12.961. Luego de un siglo y medio habiendo producido numerosas normativas e instituciones vinculadas al manejo de la hacienda pública, la República Argentina regresó a la tradición de los Tribunales de Cuentas. El 31 de diciembre de 1956 se aprobó el decreto ley Nro. 23.354/1956, de Contabilidad.

En lo referente al Control, establecía la institución del Órgano Jurisdiccional y de Control Externo delegado, con garantía de independencia y estabilidad, separado del órgano eje del Control Interno y de la contabilidad del Estado, y el Tribunal de Cuentas, que ejercía las funciones de control legal y técnico, y de control jurisdiccional.

(3) Si bien permanece ausente la característica de independencia funcional del organismo.

Dentro del control legal se encontraban comprendidos los controles de legitimidad de los actos administrativos y de la aplicación de las disposiciones y normativa correspondientes. El control técnico estaba referido a evaluaciones y verificaciones de índole contable y económica. El control “jurisdiccional” comprendía concretamente, la determinación del juicio de cuentas y de, responsabilidad. En 1974, dada la importancia de la hacienda pública productiva y la necesidad de ajustar su gestión, se creó la Corporación de Empresas Nacionales (CEN), estructurada como un holding de empresas públicas. En 1978, cuando se disolvió la CEN, su área de control fue ocupada por la Sindicatura General de Empresas Públicas (SiGEP), que actuaba como una entidad administrativa descentralizada con personería jurídica propia. Al comenzar la década de 1990, la hacienda pública continuaba bajo el control de la SiGEP, mientras que su hacienda erogativa era controlada por el Tribunal de Cuentas de la Nación.

Este esquema se mantendría hasta la sanción de la Ley Nro. 24.156, publicada el 26 de octubre de 1992, de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, actualmente vigente, que configura dos grandes Sistemas, el de Administración Financiera y el de Control (4).

El Sistema de Control queda conformado por dos organismos: la Sindicatura General de la Nación (SiGEN) y la Auditoría General de la Nación (AGN), que serán los órganos rectores de los sistemas de Control Interno y de Control Externo, respectivamente. La Ley actual, introdujo un nuevo enfoque. Establece como objetivos generales, entre otros, los criterios de economía, eficiencia y eficacia, que, utilizados de manera precisa y oportuna, intentan permitir ingresar en el campo de la auditoría integral, de naturaleza más abarcativa que las auditorías tradicionales, aun cuando también presenta ausencias expresas de los procedimientos históricos: De responsabilidad administrativa patrimonial y de determinación de la responsabilidad funcional sobre la administración de la cuenta estatal.

La auditoría integral ha permitido a la Auditoría General de la Nación emitir su opinión y dar recomendaciones sobre la forma en que se conducen las instituciones auditadas, la eficacia, eficiencia y economía de sus logros y, por último, el impacto y significado de sus quehaceres en el medio, la comunidad e instituciones a las que se vinculan, como el alcance del mismo abarcativa de los organismos descentralizados sin discriminación.

Con la reforma constitucional de 1994 a través del artículo 85 se confiere reconocimiento a la Auditoría General de la Nación. Aun del sistema se cuestiona con añoranza, la ausencia de los Juicios de Cuentas y de Responsabilidad, que en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, nacen de la propia Constitución, conforme al artículo 159. Por cierto ellos son convenientes a los fines de una real determinación de las responsabilidades, tanto patrimonial como personal por quienes tienen a su cargo la Administración Patrimonial del Estado Argentino, en especial pensando que la última aprobación la detenta el Congreso de la Nación, conforme a los artículos, 75 inciso 8 y 85 de la Constitución Nacional, en un nuevo camino iniciado a favor del control patrimonial parlamentario.

III. La Provincia en la transparencia pretendida en los juicios de responsabilidad y contable patrimonial

Ambos procedimientos de responsabilidad administrativa patrimonial han demostrado -en especial en el orden provincial, de Buenos Aires- su eficacia y puntualmente, a la hora de definir a los responsables y las cargas derivadas de administrar, responsablemente.

La Convención constituyente de 1873, planteó el problema de organizar una efectiva oficina de contralor, dado que, el efectuado por la Contaduría General, distaba de satisfacerlo. La función de contralor y de verificación del gasto era considerada de importancia por el constituyente de ahí la pre-

(4) El decreto ley Nro. 23.354/1956, de Contabilidad aun sigue subsistiendo atendiendo a la información en www.infoleg.gov.ar. La ley Nro. 24.156 se considera como norma que modifica o complementa al mencionado decreto ley.

ocupación que ha quedado plasmada en las distintas convenciones constituyentes. Debía de dotarse de una significativa relevancia institucional.

Al discutirse el artículo relativo, que como proyecto aparte se consideraba en la sesión del 4 de marzo de 1873, se había presentado uno de formación de un tribunal de cuentas al estilo francés, dando ello motivo a un erudito debate en la Asamblea constituyente.

El convencional Dr. Vicente Fidel López planteo sus términos dejando esbozado el problema decidendum. Se trataba de combatirlo partiendo del análisis de determinar quién es el que hace mejor el control, si la legislatura o un tribunal especial. El despacho de la mayoría aconsejó a pesar de la pobre y negativa experiencia sobre el tema, la implantación de una comisión especial parlamentaria. A López lo confrontó el Dr. Vicente Quesada, sostenedor de la creación de un tribunal autónomo, basado en la necesidad de hacer efectivas las responsabilidades, cuestión que la Legislatura había demostrado no efectuar. Sostenía López: "Al crear el Tribunal de Cuentas bajo el modelo francés, como lo ha indicado el Señor convencional Quesada, se ha establecido una regla que sale del sistema parlamentario, para entrar en el sistema de gobierno personal, dando al Poder Ejecutivo, el más poderoso de todos los poderes del Estado, puesto que por medio del Consejo de Estado y de los funcionarios que el mismo nombra tiene un control en materia de cuentas superior al de la cámara misma. Por esta razón, es que en Francia, la Cámara no tiene el control que nosotros queremos darle por este proyecto y lo tiene únicamente el Consejo de Estado con el Emperador a la cabeza" (Debates de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, 1882-1889, pág. 293 y siguientes). El tiempo le daría la razón a Quesada, aun cuando no fue comprendido. El argumento de que la Legislatura puede controlar mejor, podía ser respondido con realidades; con experiencia que se había tenido tanto en la comisión especial como en las oficinas dependientes de la Legislatura. La desconfianza sobre la honradez en el control de una supuesta dependencia del Poder Ejecutivo se alzaba en aquellos tiempos pensando que otro Poder, sería certero.

En cuanto a la incompatibilidad de la institución, expuesta por López, amén de desconocer que se adentraba en la historia de España en América, y de que para España no se dijo que no fuera valiosa, lo demuestra su integración y perfecta adecuación con el sistema diseñado, constitucional, cuando lo que se desea era el real control y la verificación y determinación de responsabilidades. La Constitución de 1854 sostenía el control en la Legislatura, igual que lo estaría por la Constitución de 1873, y resultaban claros, sus resultados. Decía López, "Lo que nosotros queremos no es que las cámaras proyecten las reformas de acuerdo con los antecedentes como se ha hecho en los años anteriores, lo que queremos hacer efectiva es la responsabilidad de los que manejan el presupuesto, delante de los representantes del pueblo, porque como hemos dicho en otra ocasión, señor Presidente, no es bueno hacer leyes puramente teóricas". Quizás la deuda o el error histórico que permanece, debería de encontrarse en que no se responsabilizó en ningún tiempo a los controladores. ¡Podrá ser!.

No se comprendía que el Tribunal de Cuentas se sometería a la ley de la propia Legislatura, sería lo que de hecho lo es siempre, un auxiliar del Parlamento, un controlador aun no tan sólo, pero también de la gestión e inversión del Ejecutivo y no menoscababa sus funciones darle una ubicación constitucional dentro de la correspondiente al Poder Ejecutivo. Importaba la dignidad de sus miembros, su independencia moral para la República.

En definitiva se sancionó el proyecto de la comisión tal como se había presentado por la mayoría, es decir como una Oficina Parlamentaria de contabilidad.

El 3 de agosto de 1885, la Convención Constituyente, sancionó la Carta constitucional de la Provincia que regiría hasta 1934, aprobó en minoría un proyecto que perpetuaba la organización de 1873, y que decía: "Organizar una Oficina de Contabilidad de la Legislatura con funcionarios nombrados por la Asamblea para el examen de las cuentas de la administración. Este examen deberá hacerse cada año sobre las cuentas de la anterior, bajo pena de quedar ipso facto cesantes los funcionarios encargados de esta operación". Al discutirse, pidió la palabra el Dr. Ortiz de Rosas, sosteniendo que la Legislatura había tenido hasta entonces el derecho exclusivo de aprobar o desaprobado las cuentas de la administración, para cuyo cumplimiento se le había dado la facultad de nombrar una oficina auxiliar, y que

la práctica demostró que el remedio no ha sido eficaz, puesto que desde el año 1873 hasta la fecha no se ha aprobado ni desaprobado, una sola cuenta de las reparticiones públicas, en las que se percibe o se invierte el dinero del Tesoro. Que urgía, buscar el medio de responsabilizar a los que manejaban los caudales del Estado. Igual refiere que ha sido dos años Presidente de la Comisión de Cuentas de la Legislatura y tuvo el honor de presentar el primer informe sobre las cuentas de la administración correspondiente a esos años, siendo entregado a la Oficina de Contabilidad y después de ocho a diez años se encuentran en la cartera de una de las comisiones de las cámaras sin que haya sido tomado en consideración” (Debates de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, 1882-1889, pág. 293 y siguientes.) Y añadía: “Suponiendo que la Legislatura tuviera tiempo y voluntad de ocuparse del examen minucioso de las cuentas de la Administración, no sería buen juez, porque es una corporación esencialmente política, mala para administrar y mala para intervenir en todas estas cuestiones; habría poca garantía para aquellos que no estuviesen representados por sus amigos políticos y habría demasiada lenidad para aquellas cuyos amigos políticos formasen las cámaras”...” Es necesario buscar fuera de esta afinidad, fuera de esta enemistad, árbitros imparciales que examinen las cuentas, las aprueben o desapruében y tengan facultad para compeler a los administradores de los caudales públicos al cumplimiento de su deber y medios legales de hacer efectiva la responsabilidad pública contable. Es así como se sancionó el artículo 99 inciso 12 de la Constitución de 1889.

Por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1889, se previó en el capítulo referente a las atribuciones del Poder Legislativo-, que la Legislatura creará en el próximo período legislativo un Tribunal de Cuentas con poder para aprobar o desaprobado la percepción e inversión de caudales públicos. Se atribuyó al Tribunal una composición de un Presidente letrado y cuatro vocales contadores nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, y que serían inamovibles. Las acciones a que dieran lugar los “fallos” serán deducidas por el Fiscal de Estado ante quien corresponda. Por su parte se asimiló en el mecanismo de cese por irregularidades, el establecido para los jueces inferiores a la Suprema Corte de Justicia, correspondiéndoles la ley de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios -15-. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1934, en el artículo 147 encomendó al Tribunal de Cuentas el examen de las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas tanto provinciales como municipales, aprobarlas o desaprobadas y en éste último caso, indicar el funcionario o funcionarios responsables, como también el monto y la causa de los alcances respectivos. Asimismo, la inspección de las oficinas provinciales y municipales que administren fondos públicos y tomar las medidas necesarias para prevenir cualquier irregularidad en la forma y con arreglo al procedimiento que determine la ley, que se encomienda su dictado a la Legislatura. Manteniendo la acción de ejecución de las resoluciones en el Fiscal de Estado. También la forma de designación y remoción junto con la inamovilidad del cargo.

IV. De la revisión al control judicial, sin discriminación

La ley Nro. 4373 de 1935, vino a reglamentar las atribuciones del Tribunal de Cuentas hasta la sustitución por el dictado de su similar número 10.869 del año 1990. A estos textos habría de estarse para el control según corresponda, de la revisión de cuentas y determinación de responsables de los ejercicios financieros anteriores o posteriores a 1990. (SCJBA, causa B-51.330, “Mozzicafredo”, Res. del 22-10-91). La historia del proceso judicial contra las decisiones del Tribunal de Cuentas ha transitado por un carril jurisprudencial cuyo punto de partida lo encontramos en la doctrina surgida en la causa B-49.102, “Pizzagalli”, sentencia del 28 de octubre de 1986. En dicha oportunidad, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, por mayoría determinó la demandabilidad en el fuero contencioso administrativo de la nulidad de sus resoluciones, interpretando la impronta del control judicial previsto en el artículo 26 de la ley Nro. 4373. En el voto del entonces Magistrado Dr. Mercader, se acentuó que debería ser restringida a la interpretación y aplicación del derecho (5). Entendió el máximo Tribunal

(5) Sostuvo la Suprema Corte de Justicia en la causa “Pizzagalli”, sentencia del B 49102 S 28-10-1986 Las resoluciones del Tribunal de Cuentas no son asimilables a las sentencias de los tribunales de justicia mencionados en el artículo 149 inciso 4 de la Constitución provincial, razón por la cual no corresponde atribuir naturaleza jurídica de recurso extraordinario a la demanda de nulidad por el artículo 26 de la ley 4373. Y asimismo, El Tribunal de

de Justicia por mayoría, en trascendente decisorio, que nos encontrábamos frente a una causa administrativa, correspondiendo por ende a la instancia contencioso administrativa asignada a la Suprema Corte de Justicia como conocedora en forma originaria de la anulación de actos administrativos entre los que se debía comprender a los emanados del Tribunal de Cuentas. Doctrina luego reiterada y mantenida a la luz de la nueva ley Nro. 10.869. Por su parte la ley Nro. 4373 establecía un recurso de revisión que conforme a jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia debería ser asimilado a un recurso de revocatoria tendiente a agotar la vía administrativa (6). A medida que se lee la sentencia se advierte, el espíritu de conciliar lo prohibitivo procesal del régimen diseñado por el legislador y el acceso a la justicia, para comprender al recurso de revisión, que por cierto tiene fines diversos a los que la Suprema Corte interpretó como de revocatoria ante el organismo de contralor, y sin embargo permitió provocar su conocimiento judicial, priorizando el mismo. Por su parte la ley Nro. 10.869 en su primigenia redacción, nuevamente introdujo una regulación tendiente -en la práctica judicial- a tornar ajenas al control judicial las decisiones del Tribunal de Cuentas. El artículo 31 del citado texto legal expresaba que la sentencia final del Tribunal de Cuentas sería recurrible ante la Suprema Corte de Justicia por la vía de los recursos extraordinarios que prevé el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Ello llevó a que la Suprema Corte a partir de la causa Ac. 47.054 “De Bonis”, a considerar que el recurso allí previsto no se conforma a los principios enunciados en el inciso cuarto del artículo 149 (a.n.) de la Constitución provincial, porque la sentencia contra la que se lo acuerda no proviene de un tribunal de justicia, requisito ineludible para que se abra por vía de recurso, la jurisdicción extraordinaria del tribunal, por lo que conforme a lo expuesto al alterar la competencia de la Suprema Corte que constitucionalmente tenía asignada contra actos judiciales, ello signó a que en definitiva no fuera admitido su control judicial. El nuevo Código Contencioso administrativo para la Provincia de Buenos Aires, previó en su redacción original, que las resoluciones del Tribunal de Cuentas podrían ser impugnadas en forma originaria por ante el Tribunal de Casación Contencioso Administrativo (art. 80). Norma reemplazada con la ley Nro. 13.101, estableciendo la acción plena contra las decisiones que emanen del Tribunal de Cuentas, y su deducción ante los Juzgados de Primera Instancia: Por el artículo 80, conforme a esta última modificación legislativa, se sustituyeron los artículos 31 y 36 de la ley Nro.10.869. Finalmente por la ley Nro. 13.405, en el año 2005, se estableció que le compete a la Cámara de Apelaciones en lo contencioso administrativo conocer en instancia originaria y juicio pleno, en las demandas promovidas contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia. La Constitución de la Provincia en su artículo 159, prevé una norma idéntica a la de 1934. El poder del Estado provincial de Buenos Aires unido por cierto al concepto de autonomía, se patentiza así en la potestad legislativa, al dictado de normas jurídicas necesarias para la consecución de sus fines; en la ejecutiva o administrativa sustancia de cumplirlas e imponer su cumplimiento; y en lo judicial de aplicarlas cuando se motoriza la acción, en los casos en que se le plantean y en los que se dirimen las contiendas derivadas de su interpretación.

El cometido asignado a los órganos específicos encargados de ejercer el control de la gestión de la hacienda pública es posible subsumirlo en alguna de estas tres potestades: En la legislativa (el control político); en la administrativa (control activo y parte del funcional) y en la “jurisdiccional” (control

Cuentas constituye un órgano estatal cuya competencia y organización se encuentran atribuidas por ley, a partir de pautas fijadas por la Constitución, y atento su inclusión constitucional en la sección cuarta referida al Poder Ejecutivo de la Pcia de Bs. As, resulta de aplicación a sus decisiones la doctrina jurisprudencial que atribuye a la sentencia dictada por Tribunales administrativos, carácter de resolución definitiva equivalente a un decreto del Poder Ejecutivo en cuanto a su recurribilidad ante la Corte por demanda contencioso administrativa. Por su parte en minoría el voto del Magistrado Mercader, que expresó que el artículo 26 de la ley 4373 establece una acción contencioso administrativa si bien restringida a la interpretación y aplicación del derecho; razón por la cual su texto no está en conflicto con el artículo 149 inciso 4 de la Const. Provincial, sino que constituye una consecuencia directa del artículo 149 inciso 3 de la misma.

(6) Así podemos encontrar tal criterio, en las causas B-49.284, “Magnanini”, Sent. del 11-IX-84 y reiterada en numerosos precedentes, B 52115, “Seillant”, Res. 16-X-92; B 52305 “Sookoian”, Sent. 30-III-93; B 51859 “Yaregui”, Sent. 30-III-93; B 52345, “Percario” Res. 26-V-93; B 53086, De Elía, Res. 2-VIII-94; B 51846 Ferro, Sent. 5-IV-2000, entre otras.

funcional). Más allá de la impronta que se dio en la Nación a la hora de sustituir al Tribunal de Cuentas con motivo del régimen sancionado de la ley Nro. 24.156, y la creación de la Auditoría General de la Nación en la órbita del Congreso, lo cierto es que en la Provincia de Buenos Aires no se pensó en atribuirles actividades extrañas a su real cometido. Pueden verse aquéllas relativas al control activo o de simple vigilancia de la gestión, que son en principio específicas del órgano administrador y parte del control interno y que apuntan a un objetivo de auto control, distinto del perseguido por el control funcional del órgano externo. Téngase así en cuenta la preocupación que el propio gestor de la norma, expone en los Debates de la Convención de 1934, al tratar el tema. En aquella oportunidad se sostuvo en cuanto al control preventivo, si bien admitiéndolo en definitiva, que ello no determinará un adelanto de opinión por parte de las autoridades del organismo de control externo. Tampoco como veremos subsumirlo en el Poder Legislativo, aun cuando en definitiva es ante quien se presentara las cuentas finales de la Administración General de la Provincia, el último en quien se asienta el control público del gasto e inversión general.

En el ámbito nacional el artículo 75 inciso 8, faculta al Congreso: “Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas..., el presupuesto general de gastos y calculo de recursos de la administración general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”. Y por el artículo 85: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara”. Por su parte, el presidente del organismo es designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración Pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Esta circunstancia habrá de atenderse a la hora de comprender la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Interviene necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos. Reiteramos que se abandonaron los juicios, de cuentas y de responsabilidad administrativa patrimonial en el ámbito nacional. Significativo retroceso al resultar ambos procedimientos, carriles garantizadores hacia la determinación de responsabilidades dentro de un procedimiento dotado del respeto al derecho de defensa y al debido proceso.

En lo que respecta a la Provincia de Buenos Aires, el artículo 155, dispone que, “Habrá un Fiscal de Estado inamovible, encargado de defender el patrimonio del Fisco, que será parte legítima en los juicios contencioso administrativos y en todos aquellos en que se controviertan intereses del estado. La ley determinará los casos y la forma en que ha de ejercer sus funciones. Para desempeñar este puesto se requieren las mismas condiciones exigidas para los miembros de la Suprema Corte de Justicia”.

El artículo 156, regula lo propio de las competencias del Contador y Subcontador, Tesorero y Subtesorero. No podrán autorizar pago alguno que no sea arreglado a la ley general de presupuesto, o a las leyes especiales, o en los casos del artículo 163 (Principio de Administración Presupuestaria; cumplimiento de sentencias contencioso-administrativas). Y por el artículo 158, “El tesorero no podrá ejecutar pagos que no hayan sido previamente autorizados por el Contador”. En el artículo 103 incisos 2, 7 y 8, define la presencia del control parlamentario sobre la inversión. La legislatura por Constitución tiene asignada la competencia para el dictado de la ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y el establecimiento de los procedimientos para proceder a hacer frente a los organismos provinciales y municipales. De la lectura de la cláusula constitucional transcrita se desprende el límite a tal reglamentación que no podría ir más allá, alterando la télesis asignada al órgano de contralor externo ni desvirtuar con excepciones la competencia atribuida al Tribunal de Cuentas. Su enunciado se presenta nítido; la reglamentación no podría alterar la competencia ni modificar o limitar las atribuciones que a este órgano le confiere la Constitución. Al Poder Judicial tampoco le corresponde sustituir sus decisiones,

por esta misma razón constitucional. Lo cierto es que al establecer un control pleno contra los actos del Tribunal de Cuentas, no se distinguió o limitó las decisiones administrativas contables producto de los procedimientos de responsabilidad o de cuentas. El control pleno debe de atender a la clase de acto, en cuestión. Debe distinguirse la naturaleza “jurisdiccional” especialmente establecido con un procedimiento y un órgano especializado creado al efecto por el Constituyente de aquellas otras decisiones del Tribunal de Cuentas.

Mas allá del reconociendo jurisprudencial de la constitucionalidad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos en la especie no nos encontramos con uno que resuelve cuestiones entre particulares, caso “Fernández Arias Elena y Otro”, sino ante un organismo público estatal con cometidos constitucionales específicos para atender a un objeto público, el control de la hacienda del Estado. Única autoridad para medir las responsabilidades patrimoniales en la Provincia de Buenos Aires, y ello sin perjuicio del control judicial suficiente, de legalidad y arbitrariedad. Marco que pretendía cubrir el recurso de nulidad pensado en la ley Nro. 4373.

V. La buena doctrina jurisprudencial

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dio sentencia en la causa “ESEBA SA”. En magnífica interpretación, el voto del magistrado Roncoroni, analizó medularmente la naturaleza del patrimonio de la empresa- ESEBA SA -, haciendo pie, en la naturaleza del acto contable, la función patrimonial contable asignada al órgano de control conforme el diseño del constituyente. Afirmó, que la reglamentación no podría apartarse de la manda, como no advertir de la naturaleza de los dineros comprometidos, más allá de la naturaleza del organismo creado y de sus actos. Siguiendo el derrotero normativo respecto del control que se venía estableciendo para estos entes del Estado la normativa establecía: “No serán aplicables a ESEBA S.A. ninguna de las disposiciones legales o reglamentarias vinculadas a la Administración Provincial o al patrimonio público o privado del Estado Provincial”. La Corte sin disidencia, sostuvo que la Legislatura se ha excedido desconociendo una manda jerárquicamente superior, sin perder de vista los motivos que llevaron a la inserción de controles externos como reaseguro del patrimonio estatal. Recordó que en la Nación se creó en su momento la Sindicatura General de Empresas Públicas a fin de asegurar el control externo de las empresas de propiedad total o mayoritaria del Estado; hoy por ley Nro. 25.164, le atribuyó a la Auditoría General: “... el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización...” quien “... Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”, incluyendo a tales entes en el control. Sostuvo que la Provincia de Buenos Aires, tiene mayores exigencias, la Constitución vértebra una sólida estructura de control institucional. Trajo a mención a Ortiz de Rozas, en la sesión del 27 de junio de 1889 en las bondades del sistema creado y lo inconveniente del régimen-ahora impuesto por la Nación- para reconocer al Tribunal de Cuentas habilitación competencial.

El presente tuvo la particularidad de que el Tribunal de Cuentas aplicó directamente la manda constitucional para someter a ESEBA SA a control. El Supremo Tribunal de Justicia abrió un reconocimiento para hacer efectiva la Constitución. Cuestión que antes había sido ya planteada con motivo de lo normado en los artículos 9 y 10 de la ley Nro.10.904 con dictamen favorable del Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de entonces y cita de anteriores dictámenes en las causas I.1434 y B.41.231 en pos de legitimar la acción por la constitucionalidad iniciada por el Fiscal de Estado. Criterio que por cierto compartimos, la ejecución de las decisiones del Tribunal de Cuentas corresponde al Fiscal de Estado y le compete la preservación del principio de legalidad, amén de ser el representante natural de la Provincia en juicio. En ese caso el entonces Procurador General Francisco E. Pena opinó a favor del acogimiento de la demanda, sosteniendo que: “...La impugnación de la ley se sustenta, en lo esencial, en que los artículos cuestionados son derogatorios del mecanismo de contralor y fiscalización consagrados en el artículo 143 de la Constitución provincial...” Con cita del artículo 33 de la Constitución, hoy 45, que prohíbe a los poderes públicos delegar las facultades que les han sido conferidas por la Constitución. Así siguiendo la línea de pensamiento que estimamos

ajustada a nuestro derecho constitucional, ha de advertirse que la unidad del patrimonio del Estado a los efectos de su fiscalización, es un sistema sin fisuras en nuestra Ley Fundamental. No es posible derogar ni relativizar la universalidad con que ha sido constitucionalmente reglada la atribución de instituciones significativas en nuestro esquema de control de gobierno y administración patrimonial tal como lo son, el Fiscal de Estado y el Tribunal de Cuentas, para la Provincia de Buenos Aires. En cuanto a la aplicación directa de la Constitución que la actuó el Tribunal de Cuentas, cabe recordar que a diferencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que en su artículo VI, establece: “Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en aplicación de ella se dicten y todos los tratados celebrados o por celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada estado estarán sujetos a ella pese a cualquier disposición en contrario contenida en la Constitución o las leyes de cualquier estado”, en orientación similar a la adoptada para la Provincia de Buenos Aires en su artículo 57. La Constitución de la Nación Argentina, extiende el deber de acatamiento de la Supremacía constitucional, a todas las autoridades de Provincia: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”. El acatamiento constitucional, se impone a todas y cada una de sus autoridades.

VI. Colofón

El principio de legalidad se inserta en el de supremacía constitucional; se erigen para ser cumplidos, no hay otra forma. De otra manera se estaría desviando el primero por desobediencia al segundo. Ello no debe de engendrar temor alguno, dado que toda actividad de la Administración, aun aquella que declara aplicable la norma máxima en desmedro de una ley puede ser sujeto de control judicial efectivo. La legalidad no es más que la conformación de lo actuado por los organismos administrativos públicos o, con funciones públicas en ejercicio del ordenamiento jurídico, en actuación real en el respeto y vigencia de los derechos humanos. La naturaleza del Tribunal de Cuentas, no niega su especialidad, y su carácter de tribunal administrativo de origen constitucional. Resulta necesario ahondar más en sus funciones a los fines de lograr un acabado conocimiento de una institución histórica para los argentinos y, en un proceso judicial que acorde con su cometido no desnaturalice la Institución al poder verse tentado a sustituirlo. El error de los hombres no debe de recaer en el valor de las instituciones del Estado.

A partir de la década de los noventa, se ha instalado en América Latina el debate sobre la cuestión del control de las actividades del Estado y, más específicamente, la idea de perfeccionar el control en todo lo que hace al manejo de fondos públicos, unido al reclamo de acceder a la información y fomentar la participación ciudadana responsable en aquellos entes en que directamente gestionan sus intereses. La percepción de la sociedad con relación a ese punto ha llevado a los principales partidos políticos latinoamericanos a incluir como temas centrales en sus plataformas y en sus discursos propuestas de transparencia, control, lucha contra la corrupción y fortalecimiento de los órganos de control. En el ámbito regional e internacional, la trascendencia del tema se ve reflejada por distintas iniciativas como la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Manual sobre Transparencia Fiscal del FMI, el Proyecto Responsabilidad /Anticorrupción en las Américas, los reportes anuales sobre transparencia elaborados por Transparencia Internacional y la construcción de índices de opacidad en América Latina elaborados por Price Waterhouse Coopers. En este momento histórico, aun con distintas visiones, confluye el interés de los ciudadanos, los acreedores externos y los inversionistas (reales y potenciales) en lograr que el Estado gestione los asuntos públicos de manera clara y transparente y se disciernan responsabilidades. Fenómeno alentador. Representa una gran oportunidad, como toda, puede desvanecerse ante la aparición de nuevas urgencias y, en particular, de nuevas debilidades que se manifiesten en la gestión pública. Hay que desear que instituciones que demuestran su estructura jurídica incólume, lleguen también a coordinarse en el ejercicio de las acciones para llegar a cumplir acabadamente el rol para el que

fueron pensadas históricamente, coadyuven a la toma de conciencia en pos de lograr el ejercicio responsable de la función pública.

VII. Bibliografía

- Alberdi, Juan Bautista, "Obras Selectas, Ed. Librería "La Facultad" de Juan Roldán, 1920. Cap. XVII, "Bases y Punto de partida para la constitución del Gobierno de la República Argentina", nueva edición ordenada, revisada y precedida de una introducción por el Dr. Joaquín V. González, Tomo X,

- Auditoria General de la Nación Argentina. Pagina web, www.agn.gov.ar.

- Bianchi Alberto B "La legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad (apuntes en relación a los magistrados judiciales y a los tribunales administrativos) RDA 2001-127. "¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?", en "Proceso Administrativo y Constitucional", p. 253 y ss. Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.

- Bidart Campos, Germán J. "La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino", JA 2002-II-1144.

- CSJN, Fallos: t. 193, p. 408; t. 240, p. 235; t. 244, p. 548; t. 245, p. 351, entre otros Rev. LA LEY, t. 27, p. 868, Fallo 14.131; t. 96, p. 98, fallo 43.992 y Rev. LA LEY, t. 99, p. 292, Fallo 45.024; S.C.J.B.A., vrg.voto del Dr. Soria en la causa L 75.708, "Quiroga", sentencia del 23-IV-2003; "Copeca. S.A. Apela Multa", Res. del día 31 de Agosto de 2005,) "Fernández Arias Elena c/ Poggio José s. Sucesión", en sentencia del 19 de septiembre de 1960, Fallos, T. 247:646. Fallos: 171:87; 247:121; Fallos: 249:51 y sus citas; 260:153, considerando 3° y sus citas; 264:364; 260:153; 264:364; 306:303; 310:1161; 312:1681; t. 199, ps. 483 "Pedro Inchauspe Hermanos, c/ Junta Nacional de Carnes" (1944), 524 y 536 8217.

- Constitución de la Nación Argentina. Segunda Parte, Título Primero, Sección Primera, "Del Poder Legislativo", Capítulo VI, Artículo 85.

- Convención Constituyente, 1870-1873, T. II, pág. 752

- Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, 1882-1889, pág. 293 y siguientes; pág. 294. Véase también y especialmente, el proyecto de José Abel Verzura, antecedente del que sería el artículo 147 de la Constitución de 1934, en donde recuerda a Luis V. Varela con motivo de la Reforma de 1989, y que expone en su "Plan de Reformas a la Constitución de Buenos Aires" del año 1907, especialmente en la necesidad de dotar de fuerza a sus decisiones aun ante la eventual desconfianza de crearse un "único poder omnímodo", Convención de 1934, Diario de Sesiones, Tomo II, pág. 108.

- Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, El Redactor de la Comisión Revisora de la Constitución, pág. 66, Buenos Aires, Imprenta y Fundición de Tipos La República, 1883.

- Convención Constituyente, año 1934, T. II, Diario de Sesiones, 3ra reunión, pág. 109.

- Duguit, León "Soberanía y Libertad", pág. 47 y sgtes, Ed. Francisco Beltrán, Madrid, 1924.

- "Estatutos, Reglamentos y Constituciones Argentinas", Ed. Foro jurídico, Buenos Aires, 1962. Capítulo IV, Artículo XLIII.

- Ferry, José A., "Historia Financiera", Revista de Derecho e Historia, Tomo I, pág. 161, cit. por Granoni, Raúl A, "El control de los Gastos Públicos por los Tribunales de Cuentas", ed. Argentina de Finanzas y Administración, Buenos Aires, 1946.

- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón "Curso de Derecho Administrativo", ed. Civitas, Madrid, 1974.

- Granoni, Raúl A, "El control de los Gastos Públicos por los Tribunales de Cuentas", ed. Argentina de Finanzas y Administración, Buenos Aires, 1946. También el trabajo de mi autoría presentado con motivo del Seminario en Derecho Público Provincia y Municipal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de La Plata, dirigido por el Dr. Jorge Gnecco, y que recibiera mención para publicar, titulado

“Los Tribunales de Cuentas en las Constituciones Provinciales. El control de las haciendas Publicas: Los Tribunales de Cuentas”, año 1981. Se adoptó como sustento histórico la obra de quien fuera Presidente del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires.

- Grau, Armando Emilio. Diario El Día de La Plata, con motivo de la sanción del CEAMSE, ley Nro.20.705.

-Grosiman, Enrique y Lerner Emilia, “Responsabilización por los Controles Clásicos”, www.unpan1.un.org/CLAD/UNPAN000179.

- Hutchinson Tomás, “XIX Jornadas de Actualización Doctrinaria”, llevadas a cabo en la Provincia de Catamarca durante los días 13, 14 y 15 de Septiembre de 2006

- Ley Nro. 8.085. B.O.P., Bs. As., 27/07/73, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Texto actualizado por Decreto Nro. 4.621/87 con las modificaciones posteriores introducidas por la Leyes Nros. 11.967 y 13086.

- Ley de Contabilidad, Ley Nro. 7764/71 B.O.P. 21-IX-1971 y Dec. Regl. 3.300/72 y Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas Leyes Nros. 10.869 B.O.P. 12-I-1990, 10.876 y 11.755 y Decr. Ley Nro. 6.769: Ley Orgánica de las Municipalidades).

- Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Dictamen del 6-3-91 y Dictamen del 12-VIII.1991.

- Rousseau Jean Jacques “El contrato social”, Editorial Tor, Buenos Aires, 1957. Libro I, Cáp. VII, págs.18 y sgtes.

- Sánchez de Castañeda; Alfredo, “Los orígenes del pluralismo jurídico”, [www. http://www.biblio-juridica.org](http://www.biblio-juridica.org).

- Santa Cruz, José Maria, “El Fiscal de Estado”, ed. Biblioteca Laboremus, La Plata 1951, pag. 31 y ss.

- SCJBA, causa B-51.330, “Mozzicafredo”, Res. del 22-10-91. Sostuvo la Suprema Corte de Justicia en la causa “Pizzagalli”, sentencia del B 49102 S 28-10-1986 Las resoluciones del Tribunal de Cuentas no son asimilables a las sentencias de los tribunales de justicia mencionados en el artículo 149 inciso 4 de la Constitución provincial, razón por la cual no corresponde atribuir naturaleza jurídica de recurso extraordinario a la demanda de nulidad por el artículo 26 de la ley 4373. Y asimismo, El Tribunal de Cuentas constituye un órgano estatal cuya competencia y organización se encuentran atribuidas por ley, a partir de pautas fijadas por la Constitución, y atento su inclusión constitucional en la sección cuarta referida al Poder Ejecutivo de la Pcia de Bs. As, resulta de aplicación a sus decisiones la doctrina jurisprudencial que atribuye a la sentencia dictada por Tribunales administrativos, carácter de resolución definitiva equivalente a un decreto del Poder Ejecutivo en cuanto a su recurribilidad ante la Corte por demanda contencioso administrativa. Por su parte en minoría el voto del Magistrado Mercader, que expresó que el artículo 26 de la ley 4373 establece una acción contencioso administrativa si bien restringida a la interpretación y aplicación del derecho; razón por la cual su texto no está en conflicto con el artículo 149 inciso 4 de la Const. Provincial, sino que constituye una consecuencia directa del artículo 149 inciso 3 de la misma. Ver sentencias, B- 51.734 “Otaúy”, Res. del 12-10-93; B-53.086, “De Elía”, Res. del 2-8-94 y B-54.200, “González”, Sent. del 28-V-96 y causas B-49.284, “Maganini”, Sent. del 11-IX-84 y reiterada en numerosos precedentes, B 52115, “Seillant”, Res. 16-X-92; B 52305 “Sookoian”, Sent. 30-III-93; B 51859 “Yaregui”, Sent. 30-III-93; B 52345, “Percario” Res. 26-V-93; B 53086, De Elía, Res. 2-VIII-94; B 51846 Ferro, Sent. 5-IV.2000, entre otras. Causa B-54 015, Sentencia del 13-IX-2006.-1.499, “Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad de los arts. 9 y 10 de la ley 10.904”, Sentencia del 9-III-1999; “Ac. y Sent.”, 1966-I, 863. ♦

El objeto de la obligación

POR **NICOLÁS JORGE NEGRI** (*)

Sumario: I. Introducción. II. Distintos criterios doctrinarios. III. Algunas precisiones sobre el problema planteado. IV. La relación jurídica obligatoria. V. Crítica. VI. Réplica: posibles respuestas a los reparos formulados. VII. Bibliografía.

Resumen:

En el ámbito del Derecho de las Obligaciones resulta enriquecedora la ardua disputa de los juristas respecto a la determinación conceptual del *objeto de la obligación* a fin de comprender la estructura interna de la relación jurídica obligacional. En este trabajo se ha intentado compilar las distintas tesis elaboradas tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado. Se han ponderado las críticas formuladas a la teoría del “bien debido”, la que ha nuestro parecer es la que ofrece una más adecuada explicación del fenómeno jurídico analizado, sobre todo a la luz del tráfico jurídico y de los daños resarcibles en orden a la cooperación de las personas en sociedad, pues esclarece, con sólidos fundamentos, en qué consiste el “objeto” de la obligación; el bien o la utilidad que constituye el interés del acreedor en la satisfacción del crédito, deslindándolo del “contenido”, que se refiere al comportamiento del deudor dirigido a cumplir tal interés, esto es, la prestación.

Palabras clave: Obligaciones- Objetos – Prestaciones – Relaciones – Bien debido

Abstract:

In the field of obligations right results enriched the argument of the jurist respect of the conceptual determination of obligation object to understand the internal structure of the obligation relation. In this article it has been compiled the different thesis made in national law and compare law. It has been considered the critics to the theory of “bien debido”, its offers an explanation of legal phenomenon, above all the light of the legal traffic and damages in order to people cooperation in the society, because clarify with sound basis what consists the “object” of the obligation, goods or profits that represents the interest of the creditor in the credit satisfaction. Besides delimit the “contents” that refers to the behavior debtor to address such interest, that is, the provision.

Keywords: Obligations- Objects – Provisions- Relations – “Bien debido”

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Civil II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

I. Introducción

La relación jurídica obligatoria u obligacional (1) está constituida por elementos (2) intrínsecos y extrínsecos (3) que configuran su existencia (4), dándole virtualidad como tal.

Entre los elementos que integran la estructura de la obligación se pueden mencionar a las partes (5) (acreedor y deudor), el vínculo (6), el objeto y la causa eficiente (7).

En el presente trabajo nos limitaremos a investigar el objeto. Inicialmente se desarrollarán los distintos criterios doctrinarios (ap. 2), luego se precisarán algunos términos y conceptos (ap. 3) en el contexto de la teoría de la relación jurídica obligacional (ap. 4), pasando revista por la crítica formulada contra la postura que consideramos más apropiada para definir el objeto (ap. 5), con su correspondiente “réplica” (ap. 6), la que intentará dar respuesta a las objeciones planteadas.

(1) Bajo la expresión “relación de obligación” —dice Enneccerus— se entienden dos cosas: primero, el crédito singular con el deber a él correlativo, o sea el derecho de crédito singular en sus aspectos activo y pasivo y, segundo, la total relación obligatoria de la que brotan los derechos singulares de crédito, por ejemplo, una relación de servicios, una relación de sociedad, la relación entre el comprador y el vendedor. La obligación en este sentido es como un organismo, aunque sea una imagen poco feliz (Enneccerus, Ludwig-Kipp, Theodor-Wolff, Martín, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, actualiz. por Lehmann, trad. por Pérez González y Alguer, Bosch, Barcelona, 1948, t. II, v. 1º, p. 2 y nota 3).

(2) Llambías dice que “[l]os elementos esenciales de la obligación son aquellos factores irreductibles, que entran indispensablemente en la noción de obligación, de modo que no puede concebirse esa relación jurídica sin la existencia de tales elementos. Ellos son el sujeto que se desdobra en “activo” y “pasivo”, el objeto, y la causa eficiente o fuente, de la obligación. No es dable imaginar obligación que carezca de sujeto, o de objeto, o de causa eficiente. Tal situación aunque tuviese la apariencia de obligación, sería como tal jurídicamente inexistente y exigiría que no se la tratara conforme a su apariencia sino de acuerdo con su efectiva realidad sustancial. Por tanto, el régimen propio de las obligaciones sería extraño a esa situación (Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, actual. por Patricio J. Raffo Benegas, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, t. I, n. 9). Es dable aclarar que si bien la causa fuente es un requisito esencial de la obligación (cfr. art. 499, Código Civil), también es cierto que es algo externo a su estructura porque no integra la relación en sí, sino que constituye el hecho que le da nacimiento.

(3) Cfr. Boffi Boggero, Luis María, Tratado de las obligaciones, 2ª ed. actual., Astrea, Buenos Aires, 1979, t. 1, p. 85, n. 30. La distinción entre los elementos intrínsecos y extrínsecos ya es mencionada por Jorge Giorgi en su clásica obra Teoría General de las Obligaciones en el Derecho Moderno (trad. Eduardo Dato Iradier, Madrid, 1909, t. I, p. 13).

(4) Para llegar a la noción de obligación —dice Giorgiani— el método que debe seguirse es el de buscar los “elementos” cuya presencia permita individualizarla en el ámbito de la categoría del deber jurídico o en el poder jurídico (cfr. Giorgiani, Michele, La Obligación —La parte general de las obligaciones—, trad. por Evelio Verdera y Tuells, Bosch, Barcelona, 1958, p. 23).

(5) Vale decir dos centros de interés; dos sujetos que ejercen una prerrogativa jurídica propia: el acreedor, titular del derecho de crédito; y el deudor sobre quien pesa la prestación. La dualidad de los titulares es una necesidad lógica de la obligación, pues el vínculo jurídico se asienta en la tensión entre la pretensión del acreedor y el deber del deudor (Busso).

(6) Se ha cuestionado que el vínculo jurídico constituya el carácter de elemento esencial (Llambías), argumentándose que se trataría de un factor propio de toda relación jurídica y no sólo de la relación obligatoria. El criterio no resulta certero en tanto que con ese razonamiento tampoco debería admitirse al resto de los elementos, puesto que también forman parte de toda relación jurídica (sujetos, objeto y causa fuente).

(7) Mientras que los tres primeros elementos son estructurales de la relación obligatoria, dado que su configuración surge intrínsecamente de la misma institución; la causa eficiente es un elemento esencial aunque de carácter extrínseco (Tale, Camilo, Elementos esenciales y requisitos de las obligaciones (Varias cuestiones), en Anuario de Derecho Civil, Doctrina, t. II, Alveroni, 1996, Año Académico 1994, Universidad Católica de Córdoba, p. 130 y ss. Bueres, Alberto J., Objeto del negocio jurídico, 2ª ed., Hammurabi, p. 35. Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 1, pp. 51 y 133).

II. Distintos criterios doctrinarios

Si bien, en general, la doctrina está de acuerdo en señalar su necesidad: lo considera un elemento fundamental al punto de sostener que no puede concebirse un vínculo de derecho sin que tenga un objeto determinado (8); en cambio no es pacífica —aún en nuestros días— en precisar su esencia, sentido y alcance (9).

a) Para algunos autores —simplificando un tanto la cuestión— el objeto vendría a ser las “cosas” y los “servicios”. Hay que aclarar que en un principio decían que el objeto solamente lo formaban las cosas, razón por la cual el objeto y las cosas llegan a identificarse. Sin embargo, con posterioridad esta corriente pudo comprobar que esa afirmación resultaba insuficiente; no servía para abarcar todos los objetos que se presentaban en la experiencia jurídica (básicamente, en el acontecimiento vital del “tráfico jurídico” y los daños imputables (10)) pues, en algunos supuestos, no se convenían a las cosas propiamente dichas. De ahí entonces que esta misma corriente añadió a las “servicios”, comprendiendo en tal expresión todo aquello que pudiendo integrar el objeto de la obligación, no consistía en una cosa (11).

b) Otros juristas sostienen que el objeto de la obligación es la “prestación”, es decir, el comportamiento del deudor; la conducta positiva o negativa a la que el deudor puede estar obligado, siendo las cosas o los servicios el soporte físico, el sustrato material, su dimensión económica, pero en ningún caso el objeto en sí, jurídicamente entendido (12).

Con otras peculiaridades se dice que el objeto de la obligación es la prestación, pero entendida como un “comportamiento simplemente proyectado” (13); y con otros matices como la suma de dos elementos esenciales que le acuerdan una amplitud capaz de explicar sucesos más diversos: un elemento subjetivo, integrado exclusivamente por el complejo de actos personales del deudor, y un segundo elemento, que le confiere sentido y dirección a la acción meramente individual (14).

Dentro de esta tendencia, algunos pensadores hacen una distinción entre objeto “inmediato” y objeto “mediato” a fin de aclarar el concepto designado con la expresión “objeto de la obligación”. Así pues, diferencian en la obligación el “objeto inmediato”, configurado específicamente por la prestación, del “objeto mediato”, dado por las cosas o hechos en los que recae la obligación (15).

(8) Busso, Eduardo B., Código Civil Anotado, Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 21, nro. 96.

(9) Compagnucci de Caso, Rubén H., El objeto del negocio jurídico, LA LEY, 1991-A, 924.

(10) Cfr. Gherzi, Carlos Alberto, Obligaciones Civiles y Comerciales, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2005, pp. 27 y 35.

(11) Hernández Gil, Antonio, Derecho de Obligaciones, 9ª ed., Ceura, Madrid, 1983, pp. 97/98. Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., Derecho de las Obligaciones, 3ª ed., Platense, La Plata, 1987, t. 1, p. 102. Díez Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (Introducción a la Teoría del contrato. Las relaciones jurídicas obligatorias), Tecnos, Madrid, 1979, 2ª reimp., v. I, p. 434, nro. 512.

(12) Hernández Gil, op. cit., p. 99. Santoro Pasarelli, F., Doctrinas Generales del Derecho Civil, trad. Luna Serrano, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 82. Díez Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, op. cit., p. 434, nro. 512. En sentido coincidente Colmo (De las obligaciones en general, 3ª ed., Abeledo Perrot, pp. 6/7, n. I-7), Boffi Boggero (op. cit., p. 89, 32 y “El objeto del acto jurídico”, en Estudios Jurídicos, Primera Serie, ed. Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1960, p. 93) y Moisset de Espanés (Curso de Obligaciones, Zavalía, Buenos Aires, 2004, t. 1, pp. 25 y 86/87) para quienes el objeto inmediato es la prestación y el mediato la cosa, el hecho o el derecho.

(13) Heck, Díez Picazo, Bueres, Agoglia, Boragina, Meza, Pizarro, Vallespinos, Gherzi, etc. (en las obras antes citadas).

(14) Palmero, Juan Carlos, El cumplimiento por el tercero, Depalma, Buenos Aires, 1973, pp. 92/94. Aclara que ni la sola materialidad del comportamiento debido, ni el solo resultado económico-social de la cooperación, representan a esta entidad jurídica, cuya nueva característica debe hallarse precisamente en esta doble conjunción.

(15) Cfr. Busso, op. cit., t. III, p. 22, nro. 104, quien cita a Crome, Planiol, Demogue, de Ruggiero, Pacchioni, Polacco, Salvat, Lafaille, Colmo, entre otros. Más recientemente sigue esta postura Roberto H. Brebbia (El objeto del negocio jurídico, LA LEY, 1992-E-892).

c) Finalmente, hay quienes que partiendo de la teoría obligacional del “bien debido” (Nicolò, Andreoli, Miccio) (16), diferencian el *objeto* del *contenido* de la obligación: el primero conformado por las cosas o servicios (bien o utilidad) y el segundo por la prestación, es decir, el comportamiento que debe observar el deudor (17). Así, desde esta perspectiva más innovadora (el “bien debido”), se llega a afirmar que el bien o la utilidad de la vida que permite satisfacer el interés del acreedor, es el objeto, mientras que la conducta humana comprometida por el deudor —la prestación—, es el contenido de la obligación, un medio para procurar al acreedor el bien que constituye el objeto de la obligación (18).

Todavía, sobre todas estas mismas posturas —brevemente enunciadas— existen diferencias y matices que hemos dejado de lado para no distraer la atención en cuestiones ajenas a los propósitos de este trabajo.

III. Algunas precisiones sobre el problema planteado

A fin de dirimir estos criterios, liminarmente debe advertirse que el término “objeto” es multívoco (19), presentando más de un significado, circunstancia que justifica —en parte— las con-

(16) Para una síntesis del origen y desarrollo de la teoría del bien debido véase el excelente trabajo de Juan Carlos Palmero, op. cit., p. 57/73.

(17) Carnelutti, Francesco, “Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones”, en Estudios de Derecho Procesal, EJE, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 401 y ss. Messineo, Francesco, Manual de derecho civil y comercial, EJE, Buenos Aires, 1956, t. IV, p. 27 y ss. Barbero, Doménico, Sistema de Derecho Privado, EJE, Buenos Aires, 1967, t. III, p. 13 y ss. Alterini, Ameal y López Cabana, Derechos de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Abeledo Perrot, 1ª reimpression, p. 51, n. 90. Zannoni, Eduardo A., La Obligación (Concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria), separata del Colegio de Abogados de San Isidro, 1984, pp. 46, 59/61 y 63. Wayar, Ernesto C., Derecho Civil. Obligaciones, Lexis Nexis-Depalma, 2ª ed., pp. 122/129. Andreas Von Thur si bien habla de la prestación como el objeto de la obligación, cuando se refiere a las clasificaciones, en el primer capítulo las diferencia según el “contenido de la obligación”, diciendo que la obligación tiene por contenido la prestación (Tratado de las obligaciones, Reus, trad. W. Roces, 1ª ed., 1934, t. I, pp. 1, 8 y 33). Boffi Boggero sostiene que el objeto de la obligación es la prestación. Sin embargo, aclara, en forma distinta a los autores antes citados, que la prestación tiene, a su vez, un objeto o contenido que es una cosa, un hecho o un derecho con más la significación que ostentan en cada prestación (así, la misma cosa dada en locación o en compra y venta entraña distinto objeto). La prestación puede consistir en dar, un hacer, un no hacer. Ahora bien, si se atiende —dice el autor— a las diversas fases que cabe advertir en la vida jurídica de la obligación, se aprecia que ésta encierra objetos distintos, sólo que unos actuarán en subsidio de otros. Así, el derecho a la prestación se transforma, ante el incumplimiento de ella espontáneo, forzado o por otra persona, en derecho a la indemnización por los daños cuando medió conducta dolosa o culposa del deudor; y este último derecho se transforma, a su vez, en el de ejecución de los bienes para, una vez liquidados éstos, cobrarse sobre la suma de dinero así obtenida en los casos en que el deudor tampoco hubiese cumplido con la subsidiaria obligación por el equivalente, o sea con la referida obligación de indemnizar los daños. Esta distinción —concluye— entre objeto y contenido del objeto aclara muchas confusiones, como acontece siempre que las distinciones científicas responden, cual es su misión, a la realidad que describen (Boffi Boggero, Luis María, Tratado de las obligaciones, op. cit., t. I, pp. 89/90, n. 32). En igual sentido que Boffi Boggero puede verse Henri, Jean y León Mazeaud y François Chabas, Derecho Civil, Obligaciones, trad. Andorno, Zavalía, t. I, pp. 13 y 305/307.

(18) Betti, Emilio, Teoría General de las Obligaciones, trad. de los Mozos, ed. Revista de Derecho Privado, t. I, pp. 37, 45/46, 52/56, 61, 270/288, 363/367 y 382/384. Compagnucci de Caso, Rubén H., Obligación y Responsabilidad, publicado en Revista Notarial, nro. 853, pp. 2119/2120. Compagnucci de Caso, comentario al art. 495, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Obligaciones, Parte General, Bueres (dir.) y Highton (coord.), Hammurabi, 1998, t. 2A, pp. 6/8. Zannoni, La Obligación..., op. cit., pp. 59/61.

(19) El término es multívoco y se lo contempla bajo diversas acepciones, según las disciplinas a través de las cuales se estudia, además de adquirir distintos alcances conforme con los puntos de vista particulares de autores o sistemas doctrinarios. Y así, según que se trate de definir el término desde los puntos de vista gramatical, lógico, filosófico —y dentro de éste, como tema de la gnoseología, la ontología o la metafísica— sus significaciones y acepciones varían considerablemente no sólo en la medida en que es contemplado a través de esas diversas disciplinas, sino, también, de conformidad con las distintas opiniones que dentro de aquéllas, sustentan los tratadistas (Molina, Juan Carlos, voz “Objeto”, Enciclopedia Jurídica Omega; De los Mozos, José Luis, voz “Objeto del negocio jurídico”, Nueva Enciclopedia Jurídica, ed. Francisco Seix, t. XVII, p. 771).

fusiones (20) que se han dado en el tema y que han motivado la adopción de un criterio distinto que en realidad no parte de la misma idea “objeto”. De este modo los autores no emplean siempre un mismo sentido de esta expresión, al extremo que se le ha otorgado —al decir de un autor— un sentido convencional (21).

En efecto, Hernández Gil ha observado que “[e]n punto a precisar qué ha de entenderse por objeto de la obligación, reina cierta anarquía terminológica, al paso que se padecen las consecuencias de un exagerado conceptualismo”(22), considerando que no se puede exponer el propio criterio sin antes señalar cuáles han sido o son las corrientes doctrinales más significativas.

En atención a estas cuestiones, para aportar un poco de luz a esta problemática, es necesario comenzar por señalar, desde un punto de vista etimológico-conceptual (analítico), el concepto que la misma lengua española nos brinda. Así, el Diccionario de la Real Academia (23) dice que la palabra “objeto” proviene del latín *obiectus*(24) y, en la acepción que más se vincula con nuestro asunto (la cuarta), significa fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación (25).

También, en un sentido general, la expresión denota “lo que está delante de nosotros, lo que consideramos, lo que tenemos como mira”(26).

En filosofía se dice que el objeto es “aquello de lo que se trata”, “lo que nos proponemos alcanzar obrando”.

Jurídicamente, entonces, puede aseverarse que el objeto del derecho sería algo externo al sujeto titular y que de alguna manera se encontraría a su disposición, más precisamente, sometido a su voluntad (27). En el ámbito del Derecho Privado y más especialmente en la teoría del negocio jurídico, el objeto sería el bien sobre el cual el titular tiene un poder o facultad en virtud de la relación jurídica.

(20) Cfr. Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, op. cit., t. IV, pp. 27/28 y 32; Zannoni, La Obligación, op. cit., p. 62, Alterini-Ameal-López Cabana, op. cit., p. 46 y ss. Compagnucci de Caso, Rubén H., Manual de obligaciones, Astrea, 1997, p. 33, n. 18.

(21) Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, op. cit., t. IV, pp. 27/28, n. 4.

(22) Hernández Gil, op. cit., p. 97.

(23) Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, 2001, editado por Espasa Calpe S.A., 2005, t. II, p. 1602.

(24) Proviene del latín *obiectum*, que se compone de *ob* (=enfrente, delante, en contra) y de *lacio* (=arrojar, echar, poner fuera); etimológicamente significa, pues, lo arrojado delante, lo contrapuesto, lo enfrentado. En el lenguaje común se usa la palabra objeto en un sentido muy general y amplio para referirse a todo lo que está ahí, como sinónimo de cosa, especialmente si en su composición entra la materia. En un sentido menos general la palabra objeto se usa también para referirse al término de una actividad cualquiera, hacia lo que apunta o hacia lo que versa; en esta acepción no hay por qué limitarlo al orden cognoscitivo y apetitivo, sino que tiene razón de meta o de fin de cualquier tipo de operación. Sin embargo, en un sentido más propio o estricto, se refiere a lo que es término de una actividad consciente, pues sólo la actividad consciente es, propiamente hablando, proyectiva. Cuando una cosa es fin de la actividad de otra, pero no es conocida por esta otra, no puede decirse que la primera sea, en sentido estricto, o de la segunda, o que ésta se proponga alcanzar o realizar aquella. Propiamente, ser objeto es ser proyectado o propuesto, y para que un ser proyecte, o se proponga algo, tiene que ser cognoscitivo (García López, J., voz “Objeto”, Gran Enciclopedia Rialp).

(25) Cfr. Compagnucci de Caso, Rubén H., Wierzbza, Sandra M. y Rua, María Isabel, Obligaciones Civiles y Comerciales, Temas Fundamentales, Lexis Nexis, 2008, pp. 21/22.

(26) Lalande, André A., Vocabulario técnico y crítico de la Filosofía, El Ateneo, Buenos Aires, 1963. Molina, Juan Carlos, voz “Objeto”, Enciclopedia Jurídica Omega. Tale, Camilo, Elementos..., op. cit., pp. 150/151.

(27) Para ciertos autores, sólo puede ser objeto del derecho la conducta humana, al no haber relación jurídica posible más que gire entre personas. Otros alegan que precisamente la conducta no puede serlo nunca, al ser directamente incoercible y escapar, por tanto, al ámbito de poder del titular del derecho. Ambas posiciones extremas son discutibles, pues ni el hecho de ocurrir la relación jurídica entre personas impide la real existencia y ejercicio del derecho subjetivo sobre los entes inanimados o irracionales, es decir, la posibilidad inmediata (sin auxilio externo) y exclusiva de aprovecharlos, retenerlos o influir sobre ellos; ni la incoercibilidad de la conducta suprime su papel

Así entonces, el objeto del derecho vendría a ser el punto de referencia unitario e intrínseco de las obligaciones y derechos contenidos en el derecho subjetivo (28).

A partir de ello es que dentro del campo de la teoría de la Obligación se habla del objeto significando “aquello a lo que el deudor está obligado” (29), o como apuntan Barbero, Alterini, Zannoni y Tale, “aquello sobre lo cual recae la obligación jurídica”, es el *qué* de la relación, pudiendo ser definido como el *bien apetecible para el sujeto activo*, sobre el cual descansa el *interés* suyo implicado en la relación jurídica. En una palabra, es el *quid* del cual la relación extrae su razón de ser para el sujeto.

Como puede apreciarse, el origen de la cuestión nos remonta a la disputa sobre el sustrato del derecho subjetivo, habida hace mucho tiempo entre Savigny y Ihering (30), la que originó las respectivas teorías subjetivas y objetivas del Derecho (31). Ellas bifurcaron, efectivamente, las vertientes sobre el fundamento de los derechos: mientras que para la primera lo que los define es el poder de voluntad del acreedor sobre el deudor; para la segunda, en cambio, es la utilidad que representa la prestación del deudor.

Y esta cuestión nos lleva a su vez a las discusiones habidas en torno a la distinción entre los derechos absolutos y los relativos: por excelencia los derechos reales y los de creditorios respectivamente (32).

IV. La relación jurídica obligatoria

Toda relación jurídica es un cauce o un instrumento (33) para la tutela de los bienes o intereses de la vida social (34), porque el Derecho tiene por meta normar la convivencia entre las personas para lograr un orden resultante que favorezca la obtención de los fines intermedios o naturales (35).

de protagonista en tema de obligaciones jurídicas; aunque incoercible, es exigible, y ello basta para ser objeto del derecho de crédito (Lacruz Berdejo, J. L., voz “Derecho. Objeto del Derecho”, Gran Enciclopedia Rialp).

(28) Lehmann, Heinrich, Tratado de Derecho Civil, Parte General, trad. José María Navas, Revista de Derecho Privado, Madrid, v. I, p. 527. El autor aclara que no ha de entenderse el poder en el sentido de que el derecho se dirige de modo inmediato contra el objeto; la vinculación de la voluntad y el poder se confieren en relación con bienes determinados, que así se someten al señorío del titular.

(29) Tale, Elementos..., op. cit., p. 151.

(30) Zannoni, La Obligación..., op. cit., pp. 20/24. Compagnucci de Caso, en Código Civil y normas complementarias..., op. cit., t. 2A, p. 8.

(31) Para un estudio profundo de las distintas tesis y escuelas véase Spota, Alberto G., Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, v. I, ed. Depalma, 1947, p. 127 y ss. Compagnucci de Caso, Obligación y Responsabilidad, op. cit., p. 2089 y ss.

(32) Cfr. Zannoni, op. cit., pp. 24/37. Aparicio, op. cit., pp. 33/63.

(33) Cuando se pone de relieve esta nota en la relación de obligación, es decir, el significado funcional del deber tener por parte del acreedor -dice Betti-, no se desvaloriza el significado estructural de la obligación: el deber de la prestación del deudor. Estos dos conceptos no son incompatibles; la correlación del derecho en la obligación del deudor no excluye que la relación, en cuanto sirve a un fin, cumple perfectamente a una función que no se resume en la propia estructura formal de la relación. “Por eso cuando se dice que relación de obligación está asentada en la correlación entre crédito y débito, entre garantía y responsabilidad, no se excluye en esto, precisamente, que en la relación deba considerarse también el aspecto funcional. La relación no es un fin en sí mismo; es instrumento para un fin de convivencia, y satisfacción del interés del acreedor a la cooperación del deudor” (Betti, op. cit., p. 6). Salas, Acdeel E., “Elementos formativos del actual derecho de las obligaciones”, en Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille, Depalma, 1968, p. 649/650.

(34) Rivera, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, t. I, 3ª ed., Lexis Nexis, n. 247 y 248. Compagnucci de Caso, Rubén H., La relación jurídica: derechos subjetivos, deberes jurídicos y obligación, Jurisprudencia Argentina, 2001-II-1180. Díez Picazo y Gullón, Sistema de Derecho Civil, op. cit., p. 127, quienes exponen que la relación obligatoria es un cauce o instrumento para que las personas puedan realizar actividades de cooperación, y más concretamente, para que puedan intercambiar bienes y servicios.

(35) Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Parte General, 20ª ed., Abeledo Perrot-Lexis Nexis, t. I, n. 11. Albaladejo, Manuel, Derecho Civil I, Introducción y Parte General, 15ª ed., Bosch, 2002, p. 19, n. 1.

En la relación obligatoria (36), se procura regir y resolver los problemas sociales de cooperación, en los supuestos de relaciones que tengan origen en actos o negocios jurídicos destinados al intercambio de bienes y/o servicios, de modo de que sean concertados y ejecutados en forma justa y útil; o bien, respecto de aquellas que nazcan ante la violación del deber jurídico de no dañar (*alterum non laedere*), a fin de tutelar la prevención, reparación o compensación adecuada y punición de las consecuencias perjudiciales (37).

Comúnmente se dice que el contenido económico-social del Derecho obligacional es el interés a una prestación ajena: comportamiento que tiene por término de referencia una persona (38). En efecto, el crédito tiende a la satisfacción de un interés privado del acreedor. Este fin es esencial, pues si falta semejante interés, no existe obligación, y ésta se extingue cuando el interés del acreedor queda satisfecho de cualquier manera, aunque no sea mediante la prestación por parte del deudor (39).

De ahí que la Obligación posea —en cuanto relación jurídica patrimonial— una indudable naturaleza “orgánica” (40), es “como un todo y como un proceso” (41), que no se limita a regir exclusivamente la relación de prestación aislada (crédito y deber de prestación), sino como la relación jurídica total fundamentada por un “hecho determinado” (un contrato de compraventa, de arrendamiento, etc., “concreto”) y que se configura como una relación jurídica especial entre las partes dirigida a satisfacer un fin (42). En otras palabras, la relación obligatoria es la total relación jurídica que liga a las partes a fin de obtener un interés (43) con características especiales (justo y útil).

Por ello es que el comportamiento del sujeto obligado integra lo debido, es decir, un deber jurídico. Indudablemente, ese deber emerge de una norma y supone un poder de hecho sobre un determinado suceso —positivo o negativo— que de él se espera (44). Tal conducta, en cuanto que es concebida como un hecho (45) o suceso que entra dentro del poder y del deber del sujeto pasivo de la relación jurídica, constituye en general el “contenido” de una obligación (46). De ahí que con referencia al “resultado” socialmente apreciable en que se concreta en las obligaciones, esa conducta se denomina prestación (47).

Ahora bien, así como todo derecho subjetivo privado tiene en su base un interés, también en toda relación jurídica de crédito y débito hay en su base una relación económica-social de “deber dar y

(36) En cuanto a sus orígenes confróntese Hans Hattenhauer, Conceptos Fundamentales del Derecho Civil, trad. González Hernández, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 83/86.

(37) Betti, op. cit., pp. 2/3 y 71; Díez Picazo y Gullón, op. cit., p. 127. Zavala de González, Matilde, Actuaciones por daños, Hammurabi, pp. 25/27 y 43/44.

(38) Betti, op. cit., p. 9. Llambías, Tratado de Derecho Civil, Parte General, op. cit., t. I, n. 309. Cazeaux-Trigo Represas, op. cit., t. I, n. 1, p. 4.

(39) Enneccerus y otros, op. cit., p. 5.

(40) Díez Picazo y Gullón, op. cit., p. 127.

(41) Larenz, Karl, Derecho de Obligaciones, trad. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. I, p. 37 y ss.

(42) En toda relación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor (Larenz, op. cit., pp. 21 y 39).

(43) Larenz, op. cit., pp. 18, 20/22 y 37/41. En igual sentido Luis Díez Picazo, Estudios de Derecho Privado, Civitas, Madrid, 1980, pp. 125/126 y n. 4.

(44) Cfr. art. 496 del Código Civil argentino.

(45) Cfr. Ripert, Georges y Boulanger, Jean, Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol, Las Obligaciones, 1º parte, t. IV, v. I, trad. por García Daireaux, LA LEY, Buenos Aires, 1964, p. 163; y t. V (2º parte), p. 286. Los autores dicen que el objeto de una obligación es lo que debe el deudor. Toda obligación tiene por objeto un hecho que una persona puede exigir de otra.

(46) Betti, op. cit., pp. 270/272 y 283 y nota 30.

(47) Betti, op. cit. p. 272.

tener”, es decir, hacer que otros tengan una utilidad con la cooperación (intercambio o reparación) propia (48).

A partir de ello, en la prestación pueden distinguirse dos momentos o elementos: uno “subjetivo”, que se refiere a la conducta de cooperación requerida al deudor, ya sea como desarrollo de una conducta de diligencia, como el resultado de un obrar o como la asunción de una garantía por riesgos; y otro “objetivo”, que se relaciona con la utilidad que la prestación es llamada a aportar al acreedor: el bien o la utilidad de carácter típico que normalmente coincide con la indicada conducta de cooperación (49).

Sentado lo expuesto, resulta razonable colegir que el objeto —en el sentido técnico que se le ha dado a este término— se encuentra íntimamente relacionado con el contenido (50) de la relación obligatoria (51) (Messineo, Barbero, Trabucchi, Boffi Boggero, Alterini, Compagnucci de Caso, Zannoni, Cifuentes), esto es, la respectiva situación de los sujetos conforme a los vínculos de justicia y coordinación existentes entre ellos (52), en orden a la consecución de un fin (53). Existe, por tanto, un orden de cosas indivisible, aunque sólo sea en el plano teórico—abstracto; el contenido del derecho de créditos es, respecto del deudor, el deber jurídico de cumplimiento del débito y, con relación al acreedor, el poder jurídico de obtener la satisfacción de un interés (54).

(48) Betti, op. cit., p. 301.

(49) Betti, op. cit., pp. 37/8 y 300. La prestación analizada en su esencia económico-social, despojada de todos los elementos externos que la diversifican en varias especies, consiste en general en proporcionar un bien a otros, en hacer tener a otros, una típica utilidad, en satisfacer un típico interés ajeno con la propia cooperación. El bien que ha de ponerse a disposición del acreedor está designado a veces como existente ya en la naturaleza o en el patrimonio mismo o en poder del deudor. En definitiva, el deudor debe una conducta de cooperación —muy a menudo positiva, a veces negativa— destinada siempre a producir un cierto efecto socialmente apreciable y deseado por el acreedor: una conducta de cooperación cuyo objetivo inmanente es aportar a la esfera de intereses del acreedor una típica ventaja de la vida de relación como cooperación desarrollada en interés ajeno y apta para conferir a otros una utilidad típica (Betti, p. 300).

(50) Contenido significa cosa que se contiene dentro de otra (Diccionario de la Real Academia Española).

(51) Cfr. bibliografía citada en la nota 2 y Compagnucci de Caso, La relación jurídica: derechos subjetivos, deberes jurídicos y obligación, op. cit., pto. IX.

(52) Vínculos de igualdad existen entre los copropietarios cuyas cuotas son iguales, de preeminencia entre el acreedor respecto a su deudor, y de subordinación entre el deudor respecto a su acreedor. Suele entenderse que la relación jurídica es el término más amplio, englobando los derechos subjetivos. Pero a veces se utilizan indistintamente los términos referidos a una o a otro. Así, con la voz “titular” se designa tanto la posición activa del sujeto en la relación jurídica como al sujeto del derecho subjetivo. Estos elementos no se encuentran dispersos, desordenados o meramente yuxtapuestos, sino organizados en virtud de un especial principio jurídico que da significado unitario a la relación y permite caracterizarla y, por consiguiente, encuadrarla con otras afines. Pero tal encuadre y caracterización no puede realizarse considerando sólo la relación jurídicas de que se trate, sino que debe efectuarse dentro del total ordenamiento jurídico, esto es, teniendo en cuenta la existencia de otras relación jurídica afines o conexas, cuyo valor puede llegar incluso a ser primordial (p. ej., en el matrimonio deben prevalecer las relaciones personales sobre las patrimoniales; estas últimas serán consecuencia o reflejo de aquéllas, no a la inversa (Castro Lucini, F., voz “Relación jurídica”, Gran Enciclopedia Rialp). Véase también Messineo, op. cit., p. 28, quien considera que el contenido es la prestación, entendida como “... la actuación, o comportamiento, del deudor (o de los deudores), sobre el cual confía el acreedor, y que, en tal sentido, puede considerarse como exigencia que la relación jurídica obligatoria está destinada a satisfacer” (p. 32, n. 9).

(53) Betti, op. cit., pp. 2 y ss., y 382/384. Salas, Elementos formativos del actual derecho de las obligaciones, op. cit., p. 649. Galli también señala la conveniencia en diferenciar el “resultado” que se espera del cumplimiento de la obligación, por algo -dice- la persona del deudor no resulta sustancial para el cumplimiento, en todos los supuestos en que es posible dar plena satisfacción al acreedor con la ejecución directa de la obligación (Salvat, Raymundo M.-Galli, Enrique V, Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en general, 6ª ed., t. I, Tea, 1952, p. 26, n. 22a). Valga recordar la tesis ya mencionada por Lafaille, que consideraba la “finalidad” como la esencia de la obligación (Obligaciones, t. I, p. 30, nro. 24).

(54) Barbero, op. cit., pp. 12/15. Trabucchi, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, trad. Martínez-Calcerrada, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 6, nota 4. Alterini y otros, op. cit., op. cit., pp. 51 y 53. Zannoni, op. cit., p. 60.

De lo expuesto se infiere entonces que la *conducta debida* por el deudor —el cumplimiento de la prestación—, no constituye en sí misma el “objeto” de la relación obligatoria, sino que alude a un “cierto y determinado objeto”, un *quid*, un *para qué* del comportamiento al que se ha obligado. El acreedor no satisface su crédito con la conducta debida por el deudor sino con el bien o utilidad que constituye su interés (55).

De este modo, el bien o la utilidad que constituye el interés del acreedor en la satisfacción del crédito, se erige en la referencia lógica a la que se ordena la prestación como contenido de la relación jurídica (56).

Por ello, a mi modo de ver, considero más apropiada la concepción que descubre en el “bien debido” el objeto de la obligación, distinguiéndolo del contenido (la prestación), pues es la mejor forma de describir la relación obligatoria en su aspecto estructural interno, como en su dimensión funcional (57). Para esta tesis se dan varias etapas en la vida de la obligación: 1º de “expectativa de cumplimiento”, donde ambos sujetos se encuentran en un estado de interinidad, que resulta una de las formas del “deber tener” (este estado se corresponde con el deber jurídico que tiene el deudor en el cumplimiento); existe la “expectativa de prestación” (crédito) siempre que el hecho que sea el objeto de la obligación puede concretarse por el sujeto pasivo; 2º de “responsabilidad” ante el incumplimiento del débito (absoluto o relativo) por el lado pasivo, y de “expectativa de satisfacción” por el lado activo, que es de garantía del crédito, pues se espera el cumplimiento mediante un objeto que supla con un valor económico social; y 3º de “satisfacción de la responsabilidad” buscando el acreedor el logro de una finalidad —de carácter generalmente patrimonial— que se haga efectiva por un tercero o por los órganos del Estado (art. 505, Cód. Civil) (58).

Así se explica “... el pago hecho por un tercero, cuando por ello la prestación misma no se altere, extinga el crédito exactamente lo mismo que el pago hecho por el deudor. Asimismo se explica que cuando varios créditos se dirigen a la satisfacción del mismo interés, la satisfacción de uno de ellos traiga necesariamente consigo la extinción de los demás (concurrencia de prestaciones). Así resulta que la prestación no es debita como tal, sino sólo como *medio para la satisfacción* de aquel determinado *interés del acreedor*” (Enneccerus) (59).

V. Crítica

La tesis expuesta en el punto que antecede ha sido cuestionada por destacados juristas (60).

(55) Enneccerus, op. cit., pp. 5/6. Nicolò, Rosario, voz “adempimento”, en Enciclopedia del Diritto, Varese, 1965, t. I, p. 554 y ss. Barbero, op. cit., pp. 13/15. Palmero, op. cit., p. 68. Aparicio, op. cit., pp. 31/32. Alterini y otros, op. cit., p. 51. Zannoni, p. 60.

(56) Zannoni, op. cit., p. 62. Compagnucci de Caso, Obligación y Responsabilidad, op. cit., pp. 2119/2120.

(57) Cfr. Betti, op. cit., pp. 276/279 y 285/286. Nicolò, Rosario, voz “adempimento”, en Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Varese, 1958, pp. 554/566. Compagnucci de Caso, Obligación y Responsabilidad, op. cit., pp. 2119/2120. En igual sentido: Barbero, Alterini, Zannoni, Cifuentes (Negocio Jurídico, 2ª ed., Astrea, pp. 185/187, nros. 92/93). En palabras de Crome: “el objeto de la relación obligatoria debe distinguirse jurídicamente de su contenido. Objeto no es la prestación, sino aquello que debe ejecutarse; así pues, aquello a que se aplica la obligación de efectuar la prestación: en primer término, la cosa debida en la prestación, o cuando ésta consiste en un hecho determinado o en una abstención del deudor, el resultado del hecho o de la abstención”; “contenido de la prestación es la prestación, a la cual se dirige la obligación” (System des Deutschen bürgerlichen Rechts, II, 1, párr. 144, cit. por Jorge A. Mayo, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado, Belluscio —director— y Zannoni —coord.—, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 515).

(58) Cfr. Compagnucci de Caso, Obligación y responsabilidad, op. cit., p. 2120.

(59) Enneccerus, op. cit. p. 5.

(60) Giorgiani, op. cit., pp. 197/201. Diez Picazo y Gullón, op. cit., p. 144. Bueres, Objeto del negocio jurídico, op. cit., p. 165 y ss. Idem, Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 130/132. Agoglia, María M., Boragina Juan C. y Meza, Jorge A., op. cit., pp. 35/43. Pizarro y Vallespinos, op. cit., p. 143. Ghersi, op. cit., pp. 59/80.

En principio aducen que el comportamiento del deudor constituye el punto de referencia tanto de la obligación del deudor (deuda) como del derecho del acreedor (crédito) (61). Dicen que el objeto “es lo debido por el deudor. Y lo debido por el deudor es siempre un comportamiento o una conducta, es decir, la prestación” (62), por lo cual no podría argüirse, válidamente, que la prestación no sea el objeto de la obligación, sino el contenido de ella o el resultado que produce, puesto que se confundirían y se implicarían dos ideas distintas y también dos fases o momentos diferentes en la dinámica que la obligación provoca (Díez Picazo).

En otros términos se expone, con algunas connotaciones diferentes, que el objeto de la obligación es la “regulación de conducta futura económica y extraeconómica” en concreto, cuyo contenido es la conducta-prestación de dar, hacer y no hacer; y recalando más en los fundamentos del Derecho, se dice que la idea central y apriorística de la relación obligacional es una estructura jurídica de poder, regulativa de un futuro programa de conducta de contenido económico: la relación jurídica obligatoria como parte del Derecho no puede ser otra cosa que una regulación de conducta genérica futura (obligación de no dañar) o específica (obligación contractual) (63).

De este modo expresan que en un primer sentido puede hablarse de la prestación como “efectiva conducta del deudor”; y en un segundo puede entenderse también como “el comportamiento o la conducta del deudor ha sido en el momento inicial de la constitución de la relación obligatoria, ideal o intelectualmente contemplado o prefigurado”.

Consecuentemente, la prestación es entendida, por un lado, como conducta efectiva y ya realizada del deudor, es ya “cumplimiento”, mientras que, por el otro, es considerada como un “comportamiento simplemente proyectado”, el que posee un relieve distinto y puede ser considerada como el objeto de la obligación (Heck, Díez Picazo, Bueres, Agoglia, Boragina, Meza, Pizarro, Vallespinos, Ghersi).

Este último significado es el que los autores atribuyen a la palabra “prestación” cuando se refieren al objeto de la relación obligatoria, puesto que la prestación vendría a ser un plan, proyecto o programa de prestación (64), acerca de una conducta futura de una persona. Sería, en otras palabras, la programación ideal o intelectual de un acontecimiento que se inspira, que sea realidad en un momento posterior (65).

Con base en ello, es que afirman que la prestación es el plan o proyecto de conducta a desarrollar por el deudor, para luego añadir que siempre se tiene en miras la satisfacción del interés definitivo o fin último del acreedor. Es que tanto la actividad proyectada como el interés que inspira su planificación, conforman inseparablemente el objeto. Ello por cuanto el interés —dicen estos autores— es vital en la obligación, por resultar la relación creditoria una herramienta principal para satisfacer necesidades privadas, no siendo posible escindir la conducta programada del interés cuya consumación se aspira (66).

Desde otra perspectiva alegan que la corriente de opinión que distingue dentro de la obligación el contenido del objeto conduce a la deshumanización del instituto, desembocando fatalmente en la consideración del mismo como un deber libre (Binder, Brunetti), esto es, como un deber que, de incumplirse, no apareja sanción (al suponerse que ese comportamiento no es antijurídico).

Asimismo, se dice que si se llevase la teoría del “bien debido” a sus últimas consecuencias (Nicoló), conduciría a la disociación del vínculo jurídico: de un lado, existiría el derecho de acreedor (el bien debido) y, por otro, el deber del obligado (la prestación) (67).

(61) Giorgiani, op. cit., p. 198.

(62) Díez Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, op. cit., v. I, p. 435, nro. 512.

(63) Ghersi, op. cit., pp. 59/80.

(64) Bueres, Objeto..., op. cit., p. 165.

(65) Díez Picazo, Fundamentos..., op. cit., p. 435, nro. 512.

(66) Bueres, Responsabilidad civil de las clínicas..., op. cit., pp. 130/132. Agoglia-Boragina-Meza, op. cit., pp. 35/43.

(67) Bueres, Objeto..., op. cit., p. 166. Idem, Responsabilidad civil de las clínicas..., op. cit., p. 131, nota 9.

También ponen de resalto que la entidad cualitativamente superior del objeto es el componente “interés”, que viene a constituirse en el verdadero “motorizador” de la obligación, y cuya presencia permanece inalterable a lo largo de toda la vida institucional (68). Al respecto sostienen que si bien la conducta a prestar carece de esa especial jerarquía que se atribuye al interés del acreedor (pues en los supuestos de ejecución indirecta o por terceros no se desarrolla, sino que se reemplaza y, en estos casos, aun actuándose, es irrelevante para tener por operado el cumplimiento de la obligación) también se encuentra abarcado por el objeto. Afirman que ello se puede advertir desde dos vertientes: la primera, por cuanto toda obligación supone esfuerzo o actividad; la segunda, por la necesidad de proveer a su reemplazo en los citados supuestos de ejecución (forzada), demostrando su existencia previa como elemento constitutivo.

En consecuencia, consideran que no resulta ontológicamente posible separar el “plan de conducta” del interés o finalidad que la inspira, por tratarse toda obligación de una herramienta para encausar fines. De allí que se siga que en ninguna relación creditoria el fin o interés último perseguido por el acreedor resulte prescindible a la hora de proyectar la actividad a prestar. El deudor debe necesariamente tenerlo presente para dirigir la actividad hacia la obtención de deberes de diligencia o de resultado.

Expuestas, sintéticamente, las ideas principales de la tesis que sostiene que el objeto de la obligación es la “prestación”, con el sentido antes expuesto, se pasará revista ahora a las críticas que formulan estos autores a la teoría del “bien debido”.

Por una parte, aducen que la misma confunde el “plan de actividad” (que es solamente un proyecto a materializar —un obrar presupuesto al contraerse la obligación—) con la “conducta prestada”, la que forma parte de la materialidad, en tanto importa un hecho ya transcurrido.

En razón de ello, postulan integrar al objeto obligacional la actividad proyectada que ineludiblemente debe estar dirigida a abastecer el interés perseguido por el acreedor, pues, cuando aquélla se cumple o se ejecuta, se convierte en realidad material, penetrando en el terreno del cumplimiento o de la satisfacción impropia (Agoglia, Boragina y Meza).

Por otra parte, con relación a las acotaciones realizadas por Doménico Barbero, quien sostuviera que el objeto de la obligación es el bien (entidad material o inmaterial sobre la que recae el interés del acreedor) y el contenido es la prestación (conducta o comportamiento) (69); cuestionan su criterio diciendo que el contenido del derecho subjetivo del acreedor “es el ámbito de poder que se concede al sujeto en orden al objeto”, por lo que las nociones de contenido y objeto, aunque pueda decirse que son diferentes, convergen. Si el contenido es el cúmulo de facultades que el ordenamiento jurídico dispensa al acreedor sobre el objeto de la relación jurídica obligacional; el contenido es entonces el *quid* enmarcado en el objeto (70). En suma, la sustancia de cada derecho la forma su contenido, el que permite distinguir uno de otro. Así, por ejemplo, el sujeto en la potestad real puede tener sobre el mismo objeto un derecho de propiedad, otro de usufructo, etc., de acuerdo con los poderes más o menos amplios de que esté investido.

De todo ello concluyen que el contenido, en los derechos creditorios, en cuanto extensión de poder, está delimitado por la conducta del deudor, y ésta es, a su vez, estáticamente, el objeto de la obligación (71).

(68) Bueres, *Responsabilidad civil de las clínicas...*, op. cit., pp. 130/132. Agoglia-Boragina-Meza, op. cit., pp. 35/43. Estos autores añaden que cuando se opera el incumplimiento y se alcanza la satisfacción del interés del acreedor a través de la ejecución forzada en especie o por terceros, la satisfacción del interés del acreedor se alcanza por vías subrogadas, cuya entidad, aptitud y relevancia sólo es posible concebir a través de una valoración armónica de ambos componentes: la conducta humana y el interés.

(69) Op. cit., t. III, pp. 12/15. Cfr. Bueres, *Objeto...*, op. cit., p. 167.

(70) Bueres, *Objeto...*, op. cit., pp. 167/168.

(71) *Idem*, p. 168.

VI. Réplica: posibles respuestas a los reparos formulados

Las objeciones enunciadas a la teoría del “bien debido” resultan, a mi modo de ver, ineficaces e infundadas, más allá del acierto respecto de los cuestionamientos formulados contra los sostenedores de la tesis del “deber libre” (Binder y Brunetti) y de algunas deficiencias incurridas por las posturas objetivas extremas en cuanto al papel preeminente asignado al elemento patrimonial: la responsabilidad o garantía (vgr. Brinz, Polacco, Pacchioni, Bruggi, Marchi, Brunetti, Carnelutti, este último concibe el contenido de la obligación como un “pati”, un dejar que el acreedor tome la cosa debida) (72).

En efecto, estimo que el objeto de la obligación, definido como la *utilidad* o *bien apetecible* para el sujeto activo (acreedor), sobre el cual recae el interés suyo implicado en la relación jurídica, responde en forma adecuada e idónea a los fundamentos de la relación obligatoria, en tanto es de naturaleza instrumental para regir —como institución del Derecho Civil— las vinculaciones de justicia y cooperaciones originadas en la sociedad, tal como magistralmente a postulado el maestro italiano Emilio Betti, cuyas ideas fueron sintetizadas en el punto 3. Asimismo, esta teoría —con las mejoras y rectificaciones posteriores de la doctrina (vgr. Giuseppe Andreoli) (73)— logra clarificar el fenómeno obligacional tanto su faz estructural como en la dinámica del vínculo, especialmente desde la perspectiva del acreedor (expectativa de cumplimiento, cooperación extintiva, ejecución directa y forzada), pues si bien en la mayoría de los casos el cumplimiento es la regla, porque es dable reconocer que lo habitual es que el deudor colabore en forma espontánea, lo cierto es que el Derecho se despliega —por sobre todas las cosas— para tutelar la relación jurídica vulnerada. Por eso es que fue necesario incursionar en nuevas ideas, como hicieron Carnelutti (a través de la clasificación cuatripartita de los actos jurídicos en general: negocio jurídico, potestades, “actos debidos” y actos ilícitos) y Nicolò (con el “bien debido”), que procuraron explicar mejor la vida de la obligación desde su origen hasta su extinción, con sus sinnúmeros de vicisitudes.

La corriente de pensamiento que sostiene que el objeto de la obligación consiste en la “prestación”, proviene de la antigua concepción romanista de Savigny en la que predomina el elemento personal o subjetivo de la noción de obligación, lo que lleva a construir la idea de derecho de crédito a imagen y semejanza del esquema propio de los derechos reales (74). Este sistema, como es sabido, suscitó categóricas impugnaciones, pues la persona o la voluntad del deudor —y por tanto de su comportamiento— no son valores económicos y, en consecuencia, no pueden servir como objeto de la obligación, ya que la actividad humana es incoercible (Brinz).

La solución fue hallada en la doctrina italiana (Nicolò, Andreoli, Busnelli, Carnelutti, Betti, etc.) mediante la elaboración de una entidad jurídica de valor instrumental: el “bien debido”, que tiene la suficiente amplitud y precisión como para sostener que el derecho del acreedor es un poder que reconoce el ordenamiento jurídico a su titular que le permite procurarse de otra persona un resultado que le ha prometido. Es decir, el señorío no se ejerce sobre actos humanos que componen la prestación (concepto tradicional), ni menos aún un conjunto de valores materiales unificados en la figura del patrimonio (patrimonialistas), sino que este señorío se ubica con relación a aquella entidad jurídica denominada “bien debido” (75). De ahí que la distinción entre la prestación en sí, el comportamiento debido, del resultado que ella debe producir; ese resultado no es otra cosa que la utilidad que debe procurársele al acreedor, la satisfacción de su interés, que puede tener lugar por otras vías distintas a la actividad del deudor (76).

(72) Para ver la crítica a estas teorías puede verse Giorgiani (op. cit., pp. 184/197), Betti (op. cit., pp. 249/306 y 363/382) y en nuestro país la obra de (Busso, op. cit., v. III, pp. 15/19, nro. 47 y ss.).

(73) Cfr. Palmero, op. cit., p. 63, nota 45.

(74) Así como éstos se caracterizan por ser un señorío sobre una cosa, la obligación puede concebirse como un señorío sobre un acto o conjuntos de ellos del deudor, substraído a la esfera de su libertad y sujeto a la voluntad del acreedor (Aparicio, op. cit., p. 29 y ss.).

(75) Cfr. Palmero, op. cit., p. 68.

(76) Aparicio, op. cit., pp. 30/32.

No obstante estas dilucidaciones doctrinarias, lo importante es que esta teoría puede ser amoldada al texto mismo de la ley argentina. Así es, el art. 496 del Código Civil dispone que “[e]l derecho de exigir la cosa *que es objeto de la obligación*, es un crédito, y la obligación de hacer o no hacer, o de dar una cosa, es una deuda”.

Claramente, como se puede advertir, la norma establece una diferenciación entre el objeto de la obligación, dado por el bien o la utilidad (la cosa), y el contenido de la relación jurídica obligacional, id est, el derecho subjetivo (el crédito) y su contracara el deber (la deuda). Y si bien el art. 725 del Código podría contrariar nuestra postura al decir que “[e]l pago es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar”, lo cierto es que este precepto alude en su significando contextual, a la conducta o comportamiento del deudor.

De ahí la importancia de analizar la estructura de la obligación “como un todo y como un proceso” (Larenz), pues, caso contrario, se pierde la razón de ser de sus componentes. En este punto, se puede apreciar que si bien algunos autores destacan la problemática, a mi modo de ver, no logran acertar su verdadero significado en el examen orgánico de toda la institución (77), esto es, en el marco de toda la relación jurídica obligacional (78), circunstancia a la que se añade la problemática de la ambigüedad o vaguedad del lenguaje que dificulta más el asunto.

Debe observarse a este respecto que si bien algunos de los críticos a la teoría del bien debido ponen énfasis en la *prestación* en cuanto a la conformación del objeto de la obligación, cuando más adelante distinguen el llamado “sentido o aspecto primario” del “sentido o aspecto secundario” (siendo para estos autores este último el definitorio del objeto—como dijéramos en el punto 5—, es decir, el interés o fin último que procura obtenerse con la prestación y no la conducta), ello importaría volver sobre sus pasos o, al menos, emparentarse demasiado con la teoría del “bien debido”, pues no estarían refiriéndose ya al *comportamiento del deudor* (deber prestar) sino a su resultado (“deber tener”), borrando con ello su postulado fundamental: que el objeto de la obligación recae sobre la *prestación* y no sobre una entidad jurídica instrumental, como lo es el bien o utilidad debida...

Además, es dable poner de relieve que la mayoría de los autores coinciden en sostener que el punto de partida de la teoría general de la relación obligatoria es su naturaleza instrumental; que esta rama del Derecho está llamada a desempeñar una función social de “cooperación” (para afianzar la justicia, en los términos de nuestro Preámbulo constitucional), tal como se ha señalado al comienzo de este apartado, finalidad que sin lugar a dudas se corresponde con la idea de “bien” o “utilidad” que defiende la teoría del “bien debido”.

Con mayor fuerza cabe aún apuntar que la posición que apoyamos, expresamente aclara que el objeto de la obligación está formado por dos elementos: uno “subjetivo”, la cooperación del deudor a través de su prestación; y otro “objetivo”, que es el bien o utilidad que se dirige a satisfacer el interés del acreedor (Betti (79)), extremos que parecen no sido haber suficientemente ponderados por los críticos.

(77) Savigny decía que la relación jurídica tiene una naturaleza orgánica que se manifiesta, por un parte, en el contexto de sus componentes mutuamente condicionantes y sustentadores (sujetos, vínculo, objeto, causa); por otra parte, en el desarrollo progresivo que observamos en ella misma, en su modo de nacer y desaparecer. Esta construcción en vivo de la relación jurídica en cada caso dado, es el elemento intelectual de la praxis jurídica y lo que diferencia su noble vocación de simple mecanismo que muchos ignorantes ven en ella (cit. por Hattenhauer, op. cit., p. 84).

(78) Vgr. Busso, op. cit., p. 22 y ss. Véase también Bueres, Objeto..., op. cit., pp. 43 y 58, nota 49; y de Gasperi, Luis, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones en general, con la colaboración de Augusto M. Morello, t. II, TEA, Buenos Aires, 1964, p. 55 y ss.

(79) Betti, op. cit., pp. 6 y 300.

En efecto, la misma idea de “plan”, “programa” o “proyecto” prestacional (Heck, Díez Picazo, Bue- res) aluden a un “fin” (80), vale decir, al interés del acreedor, al objeto por él esperado (81). Sin lugar a dudas estas expresiones se relacionan con el concepto de objeto, es decir, “aquello a lo que el deudor está obligado”, “aquello —en suma— sobre lo cual recae la obligación jurídica”, situación que no resultaría, por lo tanto, incompatible con la tesis del “bien debido”, de acuerdo con las razones formuladas por Alterini, Ameal y López Cabana (82).

Así entonces, siguiendo las ideas de maestro italiano, Emilio Betti, el deudor estaría obligado a un deber de cooperación con el acreedor a fin de satisfacer lo que éste pretende conforme a dicho “plan prestacional” —es decir, un vínculo con dos elementos (subjetivo y objetivo) o si se quiere vínculo inescindible (Agoglia, Boragina, Meza, Pizarro, Vallespinos)—, que puede tener conductas diferentes: el desarrollo de una conducta de diligencia, el resultado de un obrar o la asunción de una garantía por riesgos; y otro objetivo, que se relaciona con la utilidad que la prestación es llamada a aportar al acreedor: el bien o utilidad de carácter típico que normalmente coincide con la indicada conducta de cooperación (83). Si el deudor está obligado, en virtud de la infracción del deber de no dañar, a la reparación de un daño ocasionado al acreedor, el plan prestacional consistirá en otorgar esa compensación (84).

Si cabe disentir, en cambio, en lo que atañe al contenido de la obligación. En esto pensamos que le asiste razón a Zannoni cuando dice que “el acreedor no satisface su crédito *con la conducta debida por el deudor sino con el bien o la utilidad que constituye su interés*. Dicho a través de un simple ejemplo: el acreedor al recibir una cosa del deudor, no satisface su interés con la ‘conducta’ del deudor que hace su entrega, sino con la ‘cosa misma’ que pasa a ser parte de su patrimonio o en su esfera de disposición y/o administración. El objeto de la obligación es, en nuestro ejemplo, la cosa —el bien—; el derecho —y el poder— de exigir su entrega para el acreedor y el deber de entregarla para el deudor son el contenido de la relación jurídica. Ni el crédito —como derecho subjetivo—, ni el débito —como deber jurídico— son *objeto* de la relación; son su *contenido*” (85).

En forma coincidente Wayar sostiene que la prestación no se confunde con el objeto: éste es el resultado y aquélla el medio para lograrlo. Así por ejemplo —dice el autor— en la obligación de dar un cuadro, ¿cuál es el objeto? Sin duda, el cuadro; la llamada “acción del deudor” (prestación) por la cual se da el cuadro no es el objeto, sino el medio por el cual se cumple la obligación. En efecto: que el deudor entregue el cuadro significa que él da lo que debe, esto es, cumple. De allí que cuando se dice que la obligación tiene por objeto la prestación (vgr. art. 725, Cód. Civil), se está diciendo, en realidad, que el objeto de la obligación *es su cumplimiento*, ya que la prestación es precisamente eso: cumplimiento. ¿Qué hay de errado en esto? Que si la prestación *no se cumple*, la obligación *carecería de objeto*, lo cual no es verdad. La prestación no es el único modo de cumplir una obligación, como lo demuestran el procedimiento de ejecución forzada y el cumplimiento por tercero (art. 505). La realidad indica que en todos los casos la actividad del obligado, sea positiva o negativa, es el *medio natural* o normal de satisfacer el interés del acreedor, pero no es el único (Carnelutti) (86).

Si se tiene en claro estas precisiones es fácil percibir el desenfoque de los críticos sobre este problema; la prestación estaría comprendiendo dos elementos: el bien o resultado querido por el acreedor

(80) Busso señala la obligación es un medio para alcanzar un fin. Por ende, no puede separarse una cosa de la otra; pretender aislarlas y considerar la obligación con prescindencia del fin perseguido equivaldría a amputar arbitrariamente el acto volitivo, a deformarlo y desconocer la intención del autor (cfr. op. cit., p. 150, nro. 278).

(81) Cfr. arts. 897, 913/920, 944, 953, 1167/1169 y 1177 del Código Civil argentino.

(82) Op. cit., p. 53, n. 94 bis.

(83) Betti, op. cit., p. 37/8.

(84) Betti, op. cit., pp. 2/3 y 71. Alterini, Ameal y López Cabana, op. cit., p. 53

(85) Zannoni, op. cit., p. 60.

(86) Wayar, op. cit., p. 127 y nota 74.

y la actividad desplegada por el deudor, formando en conjunto el objeto del deber, sin percatarse que el crédito no tiene por objeto el deber jurídico sino el poder jurídico de actuar en orden a la obtención del bien o utilidad que constituye el objeto de la obligación (cfr. art. 496, Código Civil) (87).

De allí que producido el incumplimiento de la obligación pueda sustituirse el comportamiento debido por el deudor (arts. 505 y 626, Código Civil), o bien —aún de producirse el incumplimiento— mediante el cumplimiento por un tercero interesado (el pago por tercero; arts. 726 a 729, Código Civil).

En este punto coincido con la opinión de Nicolò, expuesta sintéticamente por Aparicio, al decir que “[e]l derecho del acreedor no tiene por objeto la prestación del deudor, sino la consecución del bien debido... Esta independencia se comprueba claramente con el hecho de que la realización de la prestación no significa siempre la actuación del contenido del derecho de crédito: el pago efectuado de buena fe a un acreedor aparente, se cumple la obligación, el deudor queda liberado, pero no se satisface el interés del acreedor. A la inversa, el interés del acreedor puede quedar satisfecho sin que actúe el contenido del deber del deudor; tal es lo que acaece en el pago efectuado por un tercero y en la ejecución forzada de la obligación” (88).

En conclusión, si se parte de conceptos claros y precisos, así como de un análisis total y orgánico de la relación obligatoria en sus aspectos estructural y funcional para la comprensión del objeto de la obligación, es razonable colegir que constituye —teniendo en cuenta su naturaleza instrumental— el bien o utilidad que depara ese vínculo jurídico para al acreedor, siendo la prestación (el deber jurídico) su contenido.

VII. Bibliografía

AGOGLIA, María M., BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A., Responsabilidad por incumplimiento contractual, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil I, Introducción y Parte General, 15ª ed., Bosch, Barcelona, 2002.

ALTERINI, Atilio A., AMEAL y LOPEZ CABANA, Roberto, Derechos de Obligaciones Civiles y Comerciales, Abeledo Perrot, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 1996.

APARICIO, Juan Manuel, Responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito, Plus Ultra, Buenos Aires, 1974.

BARBERO, Doménico, Sistema de Derecho Privado, trad. por Santiago Sentís Melendo, t. III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1967.

BETTI, Emilio, Teoría General de las Obligaciones, t. I, trad. por de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

BOFFI BOGGERO, Luis María, Tratado de las obligaciones, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1979.

—, “El objeto del acto jurídico”, en Estudios Jurídicos, Primera Serie, ed. Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1960.

BREBBIA, Roberto H., El objeto del negocio jurídico, La Ley, 1992-E, 892.

BUERES, Alberto J., Objeto del negocio jurídico, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1998;

—, Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, Hammurabi, Buenos Aires, 1981.

BUSSO, Eduardo B., Código Civil Anotado, Obligaciones, t. III, ed. Ediar, Buenos Aires, 1949.

(87) Idem, p. 61. Ver también Lehmann, op. cit., p. 527.

(88) Aparicio, op. cit., p. 32.

CASTRO LUCINI, F., voz “Relación jurídica”, Gran Enciclopedia Rialp.

CARNELUTTI, Francesco, “Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones”, en Estudios de Derecho Procesal, E.J.E.A., Buenos Aires, 1952, pp. 371/503.

CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., Derecho de las Obligaciones, t. 1, 3ª ed., Platense, La Plata, 1987.

CIFUENTES, Santos, Negocio Jurídico, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004.

COLMO, Alfredo, De las obligaciones en general, 3ª ed., Abeledo Perrot, ampliada y corregida bajo la dirección de Ricardo Novilla Astrada, Buenos Aires.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., Obligación y Responsabilidad, en Revista Notarial, n° 853, Buenos Aires;

—, El objeto del negocio jurídico, LA LEY, 1991-A, 924.

—, El negocio jurídico, Astrea, Buenos Aires, 1992.

—, Manual de obligaciones, Astrea, Buenos Aires, 1997;

—, comentario art. 495, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Alberto J. Bueres (director) y Elena Highton (coordinadora), t. 2A, Obligaciones, Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 1998;

—, La relación jurídica: derechos subjetivos, deberes jurídicos y obligación, Jurisprudencia Argentina, 2001—II—1180;

—, y otros, Obligaciones Civiles y Comerciales, Temas Fundamentales, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.

DE LOS MOZOS, José Luis, voz “Objeto del negocio jurídico”, Nueva Enciclopedia Jurídica, Francisco Seix, t. XVII.

DIEZ PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (Introducción a la Teoría del contrato. Las relaciones jurídicas obligatorias), Tecnos, 2ª reimpresión, Madrid, 1979;

—, Estudios de Derecho Privado, Civitas, Madrid, 1980;

—, y GULLON, Antonio, Sistema de Derecho Civil, v. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1992.

ENNECCERUS, Ludwig-KIPP, Theodor-WOLFF, Martín, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, actualiz. por Lehmann, trad. por Pérez González y Alguer, Bosch, Barcelona, 1948.

GHERSI, Carlos Alberto, Obligaciones civiles y comerciales, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2005.

GIORGI, Jorge, Teoría General de las Obligaciones en el Derecho Moderno, trad. por Eduardo Dato Iradier, Madrid, 1909.

GIORGIANI, Michele, La Obligación (La parte general de las obligaciones), trad. por Evelio Verdera y Tuells, Bosch, Barcelona, 1958.

HATTENHAUER, Hans, Conceptos Fundamentales del Derecho Civil, trad. González Hernández, Ariel, Barcelona, 1987.

HERNANDEZ GIL, Antonio, Derecho de Obligaciones, 9ª ed., Ceura, Madrid, 1983.

LACRUZ BERDEJO, J. L., voz “Derecho. Objeto del Derecho”, Gran Enciclopedia Rialp.

LALANDE, André A., Vocabulario técnico y crítico de la Filosofía, El Ateneo, Buenos Aires, 1963.

LARENZ, Karl, Derecho de Obligaciones, t. I, trad. por Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

LEHMANN, Heinrich, Tratado de Derecho Civil, Parte General, v. I, trad. por José María Navas, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

LLAMBIAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

—, Tratado de Derecho Civil, Parte General, 20ª ed., Abeledo Perrot-Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.

MAYO, Jorge A., en Augusto C. Belluscio (director) y Eduardo A. Zannoni (coordinador), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1979.

MAZEAUD, Henri, Jean y León y CHABAS, François, Derecho Civil, Obligaciones, t. I, trad. por Luis Andorno, Zavalía, Buenos Aires.

MESSINEO, Francesco, Manual de derecho civil y comercial, t. IV, traductor Sentís Melendo y otros, E.J.E.A., Buenos Aires, 1956.

MOISSET DE ESPANES, Luis, Curso de Obligaciones, Zavalía, Buenos Aires, 2004.

MOLINA, Juan Carlos, voz “Objeto”, Enciclopedia Jurídica Omega.

NICOLÒ, Rosario, voz “adempimento”, en Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Varese, 1958.

PALMERO, Juan Carlos, El cumplimiento por el tercero, Depalma, Buenos Aires, 1973.

PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22º ed., 2001, editado por Espasa Calpe S.A., 2005.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol, Las Obligaciones (1º parte), t. IV, v. I, trad. por García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1964.

RIVERA, Julio Cesar, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, t. I, 3ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

SALAS, Acdeel E., “Elementos formativos del actual derecho de las obligaciones”, en Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille, Depalma, Buenos Aires, 1968.

SALVAT, Raymundo M.-Galli, Enrique V., Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en general, 6ª ed., T.E.A., Buenos Aires, 1952.

SANTORO PASARELLI, F., Doctrinas Generales del Derecho Civil, trad. por Luna Serrano, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

SPOTA, Alberto G., Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, v. I, Depalma, Buenos Aires, 1947.

TALE, Camilo, Elementos esenciales y requisitos de las obligaciones (Varias cuestiones), en Anuario de Derecho Civil, Doctrina, t. II, ed. Alveroni, Año Académico 1994, Universidad Católica de Córdoba, 1996.

TRABUCCHI, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, trad. por Martínez—Calcerrada, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

VON THUR, Andreas, Tratado de las obligaciones, Reus, trad. por W. Roces, 1ª ed., Madrid, 1934.

WAYAR, Ernesto C., Derecho Civil. Obligaciones, 2ª ed., Lexis Nexis—Depalma, Buenos Aires, 2004.

ZANNONI, Eduardo A., La Obligación (Concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria), separata del Colegio de Abogados de San Isidro, Buenos Aires, 1984.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Actuaciones por daños, Hammurabi, Buenos Aires, 2004. ♦

El fideicomiso y las acciones revocatorias concursales

POR ADALBERTO LUIS Busetto (*)

Sumario: I. Fideicomiso y acciones reintegrativas. II. Breve exordio sobre la ineficacia concursal. III. La Ineficacia en el Concurso Preventivo o en la Quiebra. IV. La unicidad concursal. V. La raigambre histórica. VI. La legislación española. VII. La Jurisprudencia y doctrina italianas. VIII. Derecho y doctrina vernáculos. IX. Bibliografía.

Resumen:

El Fideicomiso cuya tipicidad legal se establece con la vigencia de la Ley 24.441 llamada Financiamiento de la vivienda y la construcción, no presenta una regulación acabada.

Esta figura que exhibe gran complejidad y yuxtaposición de relaciones, amerita un estatuto que despeje dudas, marcando orientaciones que impidan su uso en fraude de la ley y contribuya a paliar la ilimitada inseguridad jurídica que exhiben nuestras instituciones.

Palabras clave: Fideicomiso - Derecho comparado - Concursos y quiebras - Acciones revocatorias - Acciones reintegrativas

The trust and the revocatory actions

Abstract:

The Custodial whose legal criminality is established with the enactment of Law 24.441 call Financing housing and construction, no regulation finished This figure exhibits complex and overlapping relationships, deserves status to clear doubts, setting guidelines to prevent their use in fraud of the law and help to alleviate the legal uncertainty that exhibit unlimited our institutions.

Keywords: Trust. - Comparative Law - Bankruptcy - Revocatory actions - Reintegrative actions

I. Fideicomiso y acciones reintegrativas

En presencia del principio de universalidad (art. 1 Ley 24.522) y demás principios que orientan nuestro Sistema Concursal —colectividad e igualdad— debemos destacar que frente al Fideicomiso normado por la Ley 24.441 aparecen temas de trascendente importancia.

Hemos de ceñirnos al “estado concursal” de los patrimonios, no sin anticipar que en el derecho común para las situaciones de fraude existen acciones (simulación y pauliana) que permiten reparar los perjuicios del fraude, respecto del cual —como en cualquier figura jurídica aunque la Ley no lo diga expresamente— no se encuentra inmune el fideicomiso.

II. Breve exordio sobre la ineficacia concursal

El amplio campo de la ineficacia, cuyos efectos se retrotraen al pasado y proyectan al futuro, aportará con sus acciones reintegrativas los medios útiles para la recomposición patrimonial. La ineficacia es la reacción de la Ley contra los actos válidos generados por el concursado que atenten contra los principios orientadores del sistema concursal.

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Comercial, Cátedra I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Profesor Titular de Derecho Comercial; UNNOBA.

Es que ante la situación de insolvencia o su proximidad la Ley aumenta el derecho de “control” de los acreedores insatisfechos sobre la “gestión” del patrimonio del deudor, (Mosset Iturraspe, 1974) aislando determinados actos a los que somete a una normativa que suspende o quita algunos de sus efectos.

La finalidad consiste en evitar que los actos del deudor reduzcan el patrimonio como garantía común de los acreedores, disminuyendo indebidamente el poder de agresión conferido por los arts. 505 y cc. del Código Civil o afecten la igualdad creditoria conocida como “par conditio creditorum” que entre tantas normas receptan los arts. 3.920 y 3.922 del Código Civil.

Los negocios en fraude de los acreedores tienen relación con la composición patrimonial, esa capacidad de responder que emana de los bienes que lo integran, presentes o futuros, los poderes jurídicos, derechos y simples facultades, las expectativas, los derechos actuales y eventuales, comprendiendo también los elementos pasivos del patrimonio (Soler y Carrica, 2000: 1195)

La Ley repara el perjuicio que hubieren causado estos actos, producto de la “gestión” indebida del deudor durante el periodo anterior a la falencia (periodo de sospecha), sometiéndolos al sistema de ineficacia.

Este sistema de ineficacia que nuestra Ley de Concursos y Quiebras 24.522 establece fundamentalmente en el Título III, Capítulo I, Sección 3°, a diferencia de otras legislaciones, Alcover Garau, 2004: 331) se basa en la llamada *inoponibilidad* en virtud de la cual los actos no serán inválidos ni nulos, sino que estarán privados de sus efectos naturales con relación a la masa de acreedores concursales. Entendiendo por masa de acreedores a la situación de un conjunto de acreedores del insolvente que hubieren logrado el reconocimiento oportuno o tardío de la legitimidad de sus créditos en cualquiera de los dos procesos que se regulan: el concurso preventivo o la quiebra liquidativa.

La privación de efectos de dichos actos, tendrá dos limitaciones: una subjetiva, que refiere a las personas respecto a la cual se produce la inoponibilidad, debiendo señalarse que entre partes el acto produce todos sus efectos; y otra objetiva, referida al objeto de la limitación que estará vinculada a la medida del perjuicio causado, no debiendo exceder el mismo (Tonón, 1984: 826 y Cámara, 1978: 187)

En esta breve reseña aproximativa al tema, podemos señalar que la inoponibilidad puede ser declarada bien en situación de Concurso Preventivo respecto de actos posteriores a la presentación que realice el concursado violando prohibiciones expresas o absteniéndose de requerir autorizaciones exigidas (arts. 16 y 17 LCQ) —aunque alguna jurisprudencia que he criticado en un trabajo (Busetto, 2003) exija la apertura del procedimiento—, bien en caso de Quiebra por actos realizados durante el periodo de sospecha (arts. 118, 119 LCQ) antes de la declaración de falencia o bien posteriores como los previstos en los art. 88 inc. 5° y 109 LCQ (Heredia, 2001:1944).

Por último como anticipáramos no olvidaremos que las inoponibilidades no son receptadas solamente en sede concursal, la acción pauliana propia del derecho común arts. 961 a 972 C. Civil tanto como la acción de simulación (arts. 955 y ss. Código Civil), también se sirven de la ineficacia para la protección del acreedor, y ambas pueden continuarse o promoverse en sede concursal, por la Sindicatura o los acreedores individualmente, aunque con las particularidades que las diferencian de las acciones retroactivas concursales.

III. La Ineficacia en el Concurso Preventivo o en la Quiebra

Tema liminar a esta tesis y poco abordado en los textos de la especialidad, es establecer cual es el estadio procesal para plantear la ineficacia: el Concurso Preventivo o la Quiebra

La doctrina nacional distingue dos procesos concursales contenidos en nuestra Ley de Concursos y Quiebras: el Concurso Preventivo y la Quiebra.

Los clasifica por las diferentes finalidades de ambos procesos, el primero orientado a superar la crisis mediante un convenio de reorganización de actividades y reestructuración del pasivo, y el segun-

do destinado directamente a la liquidación del patrimonio y distribución igualitaria entre acreedores legítimos.

En virtud de ello veda la discusión sobre la ineficacia en el Concurso Preventivo en razón que su télesis reversiva o superadora del estado de cesación de pagos, por cuanto el acuerdo con los acreedores, importaría la ausencia de perjuicio, elemento necesario a las acciones reintegratorias tanto concursales como ordinarias.

Se sella así la posibilidad de promover las acciones revocatorias concursales en esta etapa, con lo cual ni el Concurso Preventivo del fiduciante, ni el del fiduciario, ni el del beneficiario o el del fideicomisario permiten declaraciones de ineficacia ni reintegraciones patrimoniales en relación a los bienes fideicomitidos (Alterini y Corna, 2000: 139)

Esta tesis intentará demostrar que no es tan simple la cuestión ante los principios concursales. No es justa la premisa enarbolada por reiterada doctrina, ni tan sólidos los argumentos que llevan a la solución propuesta y que de lege ferenda debe corregirse el sentido seguido hasta el presente.

IV. La unicidad concursal

En primer lugar entendemos que el estado concursal es único y el conjunto de normas especiales que componen la legislación concursal son aplicables a partir del presupuesto objetivo (cesación de pagos) declarada judicialmente por el auto de apertura.

Este “estado concursal” que califica al patrimonio, lo “cubre” de especiales normas, bien que sustantivas, bien que adjetivas, que siempre deberán ser atendidas en función de los principios orientadores, (concuralidad o colectividad, universalidad, igualdad creditoria, etc.) sin que existan compartimentos estancos, que imposibiliten su aplicación.

Las normas sobre ineficacia y sus acciones reintegrativas, constituyen esas reglas que a lo largo de los siglos fueron elaboradas (antigua o moderna *Lex mercatoria* diría Francesco Galgano) para reparar la vulneración de los principios de concuralidad, de universalidad patrimonial, de igualdad creditoria.

Reservar para sólo una etapa del iter concursal la aplicación de estos remedios es sencillamente cerrar los ojos ante la realidad y abrir puertas al fraude. Máxime si nos detenemos a pensar en la eliminación absoluta de la calificación de conducta del concursado, siguiendo aires angloamericanos, que si bien no la prevén en su sistema, contienen sanciones penales en su normativa.

V. La raigambre histórica

Raíces históricas en nuestro derecho positivo aparejan esta errónea tendencia que lleva a preservar esta especie de etapa preliminar (para algunos la del Concurso Preventivo) de las saneatorias acciones reintegrativas.

Heredero de la legislación continental europea, llamado *civil law* para diferenciarlo del *common law*, el derecho mercantil argentino adosa, anteponiendo, el Concurso Preventivo a la Quiebra en 1906 (Ley 4.156). Lo hace para suavizar el rigorismo falencial respecto del comerciante regular, prolijo, honesto, prudente pero en desgracia. Desgracia fortuita, ajena, no buscada, no atraída por la asunción de riesgos innecesarios (1).

(1) No hemos de detenernos en esto, pero por ello se calificaba la conducta del concursado para tener certeza de encontrarnos ante el comerciante “onesta ma sventura” de los italianos para su Ley del 24 de marzo de 1903. En este sentido señala Juana Pulgar Ezquerro (1994) en “La Reforma del Derecho Concursal Comparado y Español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos) que en Francia el convenio preventivo judicial no se regulará hasta la Ley del 24 de marzo de 1889 que introduce el instituto no como un procedimiento autónomo, sino como una de las posibles soluciones a un procedimiento denominado “liquidation judiciaire”, reservado para deudores calificables como “buenos pero desafortunados”.

La falencia mercantil era rigurosa porque se aplicaba al profesional comerciante cuya actividad requería (y por supuesto también hoy requiere) del crédito, un valor de justicia (2) por el que el Estado debe velar. El civil ante el concurso de acreedores, gozaba de un trato más suave.

Por ello importamos el Concurso Preventivo de los belgas (Ley del 29 de junio de 1887) para no irnos del *civil law*, aunque sabido es que la solución preventiva provenía del concepto anglosajón de la falencia. Lo adquirimos, adosándolo a la estructura de nuestras Leyes falenciales, como si fuera otro proceso distinto, sin darnos cuenta que es sólo una solución alternativa al mismo estado del patrimonio insolvente (3).

Otro proceso distinto o autónomo este Concurso Preventivo, que seguimos repitiendo en las subsiguientes Leyes concursales para no desprendernos de lo que llevara a nuestros ilustres maestros a escribir ríos de tinta, para diferenciar lo que en esencia es idéntico: el tratamiento de la insolvencia.

Tan ello es así, que para agregar algo más de confusión al profano, repetimos y duplicamos a-metodológicamente en la Ley 24.522 normas para el Concurso Preventivo y la Quiebra como las de la verificación de crédito (arts. 32, 33, 34 y 200), sin advertir que estamos en el mismo camino.

VI. La legislación española

Una muestra de lo que se debe hacer, a nosotros los argentinos que somos hacedores inveterados de Leyes concursales (4) la encontraremos en la legislación española-Ley Concursal n° 22 del 9 de julio de 2003 (BOE 164), demorada pero meditada reforma de un sistema superado por la modernidad (Busetto, 2004), que concibe al proceso concursal como un único camino, bien que con lógicas bifurcaciones que permiten arribar sin contradicciones a las flexibles soluciones concursales.

El capítulo IV “De los efectos de los actos perjudiciales para la masa activa” que es parte del título III “De los efectos de la declaración de concurso” conforma la llamada “fase común” del concurso y es tan aplicable a la fase de convenio —similar a nuestro concurso preventivo— como a la fase liquidativa que es la quiebra. En ese capítulo la Ley española trata las acciones de reintegración compuestas por acciones rescisorias de pleno derecho que prescinden del fraude o dependientes del perjuicio que deberá acreditarse. Ambas acciones alcanzarán a los actos realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración.

Ello así, Alcover Garau desde su cátedra en la Islas Baleares (Alcover Garau, 2003:325) critica la inclusión del sistema de ineficacias en el Título III de la Ley Española, prefiriendo su inserción en el Título IV en “De la determinación de la masa activa” o “Del informe de la administración concursal y de la determinación de la masa activa y pasiva del concurso”, pero de todos modos, sea cual fuere su inserción metodológica queda claro que el sistema de ineficacias rige en la nueva Ley concursal española desde la declaración del concurso ya que los arts. 21. 3 y 183. 3° rezan:

21.3 “Declarado el concurso se ordenará la formación de las Secciones segunda tercera y cuarta. Cada una de estas secciones se encabezará por el auto o, en su caso, por la sentencia que hubiere ordenado su formación”.

183.3° “La Sección tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, a la realización de los bienes que integran la masa activa, al pago de los acreedores y de las deudas de la masa”.

(2) Me refiero a la confianza, contenida en el crédito, que es justa. Por oposición es injusto el incumplimiento, la mora, la violación de la palabra empeñada.

(3) En términos galenos mismo enfermo, misma histórica clínica, misma fiebre, a quien sólo internamos en sala de terapia diferente.

(4) Leyes concursales cada diez años, en el mejor de los casos, cuando no opuestas y contradictorias como las generadas por el Congreso de la emergencia (año 2001/2002). Buen negocio para muchos políticos, empresarios, sindicalistas y alguna que otra “law firm vernácula”.

VII. La Jurisprudencia y doctrina italianas

Un sistema concursal que ha sido tradicionalmente espejo remoto de tantas Leyes de nuestro siempre renovada normativa, y aún hoy funda los eruditos fallos de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, no sólo consagra sin ambages la unidad del Concurso, sino que admite la revocatoria en la etapa verificatoria, como causal de rechazo o admisión con reserva del crédito que se pretende insinuar. Y es más, permite al Juez aplicar su normativa para excluir la verificación aún sin promoción de la acción revocatoria a la espera de la misma.

Así leíamos en la obra de Salvatore Satta:

“La giurisprudenza dominante, inoltre, ritiene che in sede di verifica il giudice delegato possa escludere un credito o una garanzia perché revocabile, senza necessità che il curatore proponga formalmente la azione revocatoria; né tale necessità sussiste nel giudizio di opposizione proposto dal creditore escluso, essendo la revocatoria implicita nella contestazione del curatore: Cass. 15-5-1972, n. 1450, in dir. fall., II, 740; Cass. 10-4-1968, n. 1084, in Giur. It., 1969, I, 1, 114; Cass. 3-2-1968, n. 348, ivi 1968, I, 1, 1072.” (Satta, 1974: 239)

Hoy leemos en Maffei Alberti desde Bologna en el mismo sentido:

“È soluzione giurisprudenziale ormai largamente consolidata che un credito o una garanzia possono essere esclusi in sede di accertamento del passivo a causa de la loro revocabilità senza che si renda necessario proporre formalmente la az.rev (C. 90\ 2546; Trib. Padova, 26-2-1988, D.F all. 89, II, 934; App. Firenze 10-12-1981, il fall. 82,1229 (Maffei, 200: 250).

VIII. Derecho y doctrina vernáculos

Veamos cómo entre nos la situación es diferente.

Las acciones revocatorias concursales se encuentran legisladas en los arts. 118 y ss. Cap. del Título III de la Quiebra, enclave en la normativa concursal que históricamente tuvieron.

Por ello, buena parte de nuestros autores, sin privarse de remarcar “*el principio de unidad concursal*”, desde Francisco García Martínez (1962:327) en su señera obra “El Concordato y la Quiebra” con su categórica máxima que caracteriza al concurso preventivo como un pedido condicional de quiebra (5)” hasta la flamante y completa obra exegética de Pablo Heredia, afirman la ajenidad del planteo de ineficacia en sede del Concurso Preventivo.

Pero el tema se complica cuando debemos analizar la Verificación de Créditos, especialmente en su correspondencia o eficacia entre el Concurso Preventivo frustrado y la Quiebra indirecta.

En términos precisos, analizar la proyección Intraconcursal o Ultraconcursal de la sentencia de Verificación de Créditos, o dicho de otro modo, los verdaderos alcances de la cosa juzgada legitimatoria de las acreencias que menciona el art. 37 LC.

Aquí se empieza a revelar la inconveniencia de vedar la ineficacia saneatoria por considerar dos procesos distintos o autónomos al Concurso Preventivo y la Quiebra, pues los acreedores legítimos de uno, pueden no serlo en el otro, lo que destruye la unidad del régimen.

La lectura de las diferentes posiciones muestra el ingenio que debe desperdiciarse para explicar que en el proceso del Concurso Preventivo pueden admitirse créditos que luego en el proceso de Quiebra pueden desecharse, que como son dos procesos “diferentes” primero concedimos derechos a determinados acreedores y luego se los quitamos (Heredia, 2001: 166).

(5) Lo cual no hace más que confirmar que estamos ante el mismo y único proceso. Otros maestros —en el sentido medieval del término, no en el lamentablemente depreciado de nuestra Argentina populista— también enseñaban la unidad del proceso concursal: Fernández. (1979) y Cámara (1979).

A poco que analicemos los derechos conferidos, veremos que no es cosa de niños el precio que paga nuestro Sistema Concursal por la inconsecuencia lógica de esta duplicidad de procesos y consecuente veda de ineficacia en el Concurso Preventivo. Obvio decir que el precio lo pagan los depreciables acreedores legítimos (6).

Estos derechos del acreedor *investido* en el Concurso Preventivo (y luego *desvestido* en la Quiebra) son ni más ni menos que conformar la voluntad colegial que aprobará el acuerdo, acuerdo que tendrá entre otros efectos el de fijar el dimensionamiento del pasivo del patrimonio concursado. Su conformidad (antes decíamos su voto) decidirá cual es el monto futuro de los créditos verificados.

Remarco, derechos tan importantes como decidir cual será el valor o monto de las obligaciones ante la novación que produce la homologación del acuerdo (art. 55 LC).

Efectos cuya ultraactividad se expande sobre los patrimonios de todos los acreedores concursales, concurrentes o prestadores de conformidad o en ninguna de las dos inserciones. Parece demencial afirmar que por obra y designio de supuestos co-acreedores, cuya ilegitimidad (y por ende carácter de terceros) se advierte después —pero que lógicamente lo eran desde antes— el activo de cualquier persona pueda ser modificado: o sea el monto de su acreencia —la del acreedor del deudor concursado— ya no sea la misma, ni siquiera en la liquidación posterior.

Es patética la forma en que una de las inteligentes y moderadas plumas de nuestro Derecho Concursal como es Alberto Conil Paz plantea el problema, que transcribo en su crudeza:

“Sin embargo, y a pesar de esa contingencia (se refiere a expresar la causa), cualquier crédito, cualquier garantía, serán verificados a pesar de reconocer una causa viciada por fraude. No será posible legalmente deducir la acción revocatoria concursal, ni alegar los supuestos de la Ley concursal, art. 122 (hoy art. 118), durante el trámite verificadorio. Tampoco acoger impugnaciones del Síndico fundadas en el conocimiento del estado de cesación de pagos del fallido. Igualmente no podrá el Juez interviniente pronunciarse ministerio legis con relación a la ineficacia del acto fraudulento”(7).

Es aquí donde la veda a las acciones de fraude concursal cobra relevancia, en el Concurso Preventivo no en la Quiebra. No importa demasiado que en la Quiebra posterguemos meses más o meses menos el tratamiento de la ineficacia, no habrá derechos adquiridos irrevocablemente para el acreedor ilegítimo y lo más importante, no habrá efectos de su actuación ilegítima que dejen huellas o afecten a los otros acreedores, que sí son legítimos.

Continúa adelante Conil Paz (ob cit. pág. 1007):

“Aparte de la incongruencia de un proceso de verificación orientado a impedir practicas fraudulentas, pero de suyo imposibles de investigar y descalificar durante su tramitación, lo importante y decisivo son las secuelas de semejante imposibilidad. El conocimiento por el acreedor del estado de insolvencia del fallido es irrelevante al momento de la verificación. No siendo posible evitarla a esta última, pese a hallarse el crédito en cuestión incurso en aquella figura, adquieren inmediata vigencia los efectos de la cosa juzgada impuesta por la Ley concursal, art. 38”.

(6) Nuestra Argentina populista desde principios de este siglo no parece tener buen concepto sobre los acreedores.

(7) Conil Paz, Alberto. “Revocatoria concursa, verificación y cosa juzgada” en ED T. 1993-E Sec. Doctrina, pág. 1006. En igual sentido, no menos patético, Antonio Tonón (1984): “En nuestro régimen el proceso verificadorio, se desarrolle en un concurso preventivo o en una quiebra, se cumple cuando todavía no ha sido fijada judicialmente la fecha de cesación de pagos. Sin fijación judicial de la fecha de cesación de pagos no hay periodo de sospecha y sin periodo de sospecha no hay posibilidad de hacer valer la ineficacia concursal...De modo que el Juez no puede rechazar, por ejemplo, la verificación de un crédito por el sólo hecho de que nació de un acto del deudor a título gratuito, o la verificación de un privilegio por el solo hecho de que tiene sustento en una garantía real constituida con posterioridad al nacimiento del crédito, por más que tenga la íntima convicción y esté suficientemente probado que el acto gratuito o la constitución de la garantía fueron celebrados por el deudor cuando estaba en cesación de pagos. A falta pues de otra observación el Juez deberá declara verificado el crédito o el privilegio”.

Así el ardid comúnmente utilizado en la práctica concursal, consistente en movimientos de fondos inexistentes, cuyo objeto es simular la existencia de créditos para acreedores complacientes o concesión de privilegios a los vinculados, que también se apoya en la falsificación de documentos o de asientos contables queda de impracticable interposición por la vía de la revocatoria, de donde se torna operativa la cosa juzgada intraconcursal, a pesar de su origen fraudulento.

Dos razones son esgrimidas para fundar la tesis negatoria:

** la primera en que la falta de fijación del inicio de la cesación de pagos impide determinar si el acto pertenece al periodo de sospecha, y

** la segunda en que alcanzado el acuerdo con las mayorías de acreedores se borra el perjuicio a los acreedores.

Ambas razones no parecen más que una excusa para postergar un tratamiento basilar en el Derecho Concursal como es lo relativo al fraude y al ataque de los principios orientadores fundantes de la legislación especial.

Si bien la primer cuestión relativa al inicio del período sospecho es salvable, con una fijación provisoria con los datos aportados por el concursado en su presentación del art. 11 inc. 2 LC, aparece la referida a la ausencia de perjuicio como mucho más endeble.

Cabe preguntarse si es tan cierto que no encontremos perjuicio en los acreedores en un Concurso Preventivo cuando aparecen disminuciones de activos por daciones en pago a acreedores conocedores de la insolvencia, por actos a título gratuito o por acreedores que obtuvieron conocedores de la insolvencia un fideicomiso en garantía sobre las facturaciones posteriores.

Acaso la imposibilidad de cuestionar la inoponibilidad de esos negocios o mejor dicho maniobras, ¿no vicia la voluntad de quienes se ven obligados a aceptar condiciones más gravosas para la solución de sus créditos?

Ni digamos qué protección pueden tener las minorías que no prestaron su conformidad, pero deberán aceptar las condiciones del acuerdo homologado, cuyos créditos son tan respetables como los que votaron favorablemente.

¿No era principio que en estado concursal se aliviaban los requisitos para la inoponibilidad de los actos revocables, no siendo necesario probar el concilium fraudis? Pareciera que quienes sostienen la improponibilidad en el Concurso Preventivo, alivianan tanto (no ya sus requisitos) que borran la figura, con la consecuencia de la validez y eficacia de aquellos actos (los revocables) cubiertos por el manto legitimante de la homologación judicial.

Debemos señalar que la impronta de esta doctrina tiene una considerable fuerza al momento de establecer el modus operandi judicial, los Jueces sin mayores fundamentos desechan los planteos, el operador del derecho choca contra una barrera que lo desalienta.

Esta veda a priori del capítulo de la ineficacia en el Concurso Preventivo tiene consecuencias también respecto de actos de disposición que hubiere realizado el concursado, transfiriendo bienes importantes de su activo, que luego serán irrecuperables en la etapa de quiebra, si hubieren sido nuevamente transferidos a terceros de buena fe.

La situación cobra mayor envergadura (y peligrosidad) ante los efectos del Acuerdo Preventivo Extrajudicial que ni siquiera requiere intervención de la Sindicatura.

IX. El amplio espectro de la ineficacia

Es que el instituto de la ineficacia concursal deber ser entendido como “un remedio de amplio espectro” contra el fraude instalado en el patrimonio insolvente, que todo lo corrompe como decían los romanos, que lo enferma, que lo degrada.

Nuestra Ley tiene una predilección por el dolo al momento de combatir el ilícito en sede concursal (Maffia, 1989:480), pero olvidaba el fraude (ahora rescatado a medias con la reforma del art. 52 por la rectificatoria Ley 25.589). Hay una sutil, pero no menos importante diferencia entre dolo y fraude: el fraude huele a negocio verdadero, lícito. Detrás de su aparente legitimidad no está tan visible la víctima, ella sufrirá indirectamente las consecuencias. Por ello el art. 119 LCQ afina sus requisitos y trae el mero conocimiento de la insolvencia como único requisito subjetivo.

Los actos alcanzados no serán solamente los de disposiciones de bienes, que los alejen de la garantía común, sino también los investiduras creditorias, que sin duda amenazan el activo por el aumento del pasivo, pero que, como explicáramos, tienen importantes efectos en el Concurso Preventivo.

El fideicomiso en garantía reúne ambas problemáticas en su operatoria. Permite por un lado el ingreso en la masa pasiva de un acreedor, pues la doctrina se ha encargado de establecer la necesidad de su concurrencia y verificación (XX), y por el otro sustrae bienes presentes o futuros por el patrimonio de afectación que constituye sobre bienes del activo concursado.

X. Actuales recursos contra la veda de la ineficacia en el Concurso Preventivo

¿Queda entonces sin ningún arma quien desee denunciar el fraude en el Concurso Preventivo?

El operador del Derecho se encuentra hoy con los siguientes medios para combatir el fraude en etapa de Concurso Preventivo.

El primero lo otorga el art. 50 de la Ley 24.522 al permitirle impugnar el acuerdo, dentro del 5º día de notificada la resolución del art. 49 por "*ocultación fraudulenta del activo*" inc. 4º.

El segundo será, para el caso de haber tomado conocimiento del fraude con posterioridad a la etapa impugnatoria, y sólo para los acreedores comprendidos en él, promover la nulidad del acuerdo conforme al art. 60 invocando el fraude.

El tercero permitirá utilizar el derecho común en sede concursal. Se trata de las acciones de simulación (arts. 955 y ss. del Cód. Civil) o pauliana (arts. 961 y ss. Cód. Civil) que la doctrina y jurisprudencia han impuesto como viables, realizando una interpretación del art. 21 inc. 1º LCQ que impide la promoción de procesos contra el patrimonio concursado. Dicha interpretación mayoritaria (8), aunque no pacífica dado que cuenta con laboriosa oposición de Luis Porcelli (1998: 1184) (2001:119) sostiene que la prohibición legal alcanza solamente a aquellas acciones que tiendan a sustraer bienes del patrimonio y no a incrementarlo como serían las restitutorias acciones de simulación o pauliana.

El cuarto ya escapará a una vía procesal en sus manos para desplazarse al ámbito del Juez, quien convencido de ocultación fraudulenta de activo o realización de actos revocables por el Informe General de la Sindicatura podrá negarse a homologar el acuerdo haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 52 inc. 4º de realizar un examen que no se circunscriba a un control extrínseco y formal (Rivera y Roitman, 2002: 363)

Tres de los cuatro recursos apuntados desembocarán en una quiebra indirecta que permitirá ahora sí el tratamiento de las ineficacias.

La pregunta que cabe hacerse es si no llegarán tarde los remedios, y allí la jurisprudencia se ha hecho cargo de ello.

Advirtiéndolo la posibilidad que el valladar de la buena fe resguardada en el art. 1051 del Código Civil (junto al título oneroso) impidiera el ejercicio de la facultad de perseguir y recuperar "en especie" los bienes re-

(8) Kemelmajer de Carlucci (1978):588; Rivera (1998); Favier Dubois (2003):23 "cabe pensar en esta atractiva variante: como resultado de la acción pauliana el bien regresa al patrimonio del deudor y sobre éste ejerce su acción el acreedor actuante. Entonces, como consecuencia del concursamiento del deudor, aquel no puede agredir individualmente sus bienes, y por esta razón la acción se "socializa" como ocurre cuando se ejerce en la quiebra. Una vez devuelto el bien al patrimonio del deudor se encuentra sujeto a los efectos del concurso preventivo y vedada así la cobranza por el acreedor individual, el recupero queda en beneficio de todos..."

gistrables transferidos por quien los hubo del concursado en virtud de un acto alcanzado por la ineficacia, señala Mauricio Boretto (2005:52) que el Juzgado n° 1 de Procesos Concursales y Registro de la Ciudad de Mendoza ha dictado medidas cautelares en los autos 35.083/27.858 “K. SACI e I en J: 33.245 “A. & B. SA s/ Concurso Preventivo” - fallo confirmado por la Cámara 2ª Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza y en autos “31.781, caratulados “C. y E. SA s/Concurso Preventivo”.

En el primero de ellos a pedido de acreedores y en el segundo atento el informe general que el Síndico vuelca en relación a los actos revocables, el Magistrado dispuso la “anotación de litis” en el Registro de la Propiedad Inmueble en las matrículas de los inmuebles afectados, anoticiando las eventuales consecuencias de las acciones revocatorias.

Resguardando el reintegro de bienes salidos indebidamente, el Magistrado ha preservado los principios orientadores del Sistema Concursal, permitiendo el eventual éxito las acciones revocatorias. Se “cuela” así, bien que débilmente, la ineficacia en el Concurso Preventivo en su cruzada contra el fraude. Es que no es posible concebir un proceso concursal sin ineficacias, ellas son de la naturaleza humana, y coartar su aplicación.

Por último existiría una quinta posibilidad, L. Gamez y G. Esparza encuentran en la propia normativa del art. 15 Ley 24.441 la “acción de fraude” como recurso disponible para atacar el ilícito en cualquier instancia, y ello comprendería también la etapa del Concurso Preventivo.

En su obra “Fideicomiso y Concurso” señalan que aunque pareciera que el legislador tuvo en cuenta la acción pauliana al introducir la normativa, debe entenderse que la norma sobrepasa dicha previsión al comprender a “los actos en “fraude a la Ley”, y transcriben a Rivera (1998-2000) en sus “Instituciones de derecho civil” quien los define como:

“negocios jurídicos aparentemente lícitos por realizarse al amparo de una determinada Ley vigente (Ley de cobertura) pero que persiguen la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa (Ley defraudada)...

Con sus elementos compuestos por: a) un negocio jurídicamente lícito; b) existencia de una Ley imperativa que veda un resultado análogo (Ley defraudada) que en el ámbito concursal podría ser la misma igualdad creditoria o la disposición de bienes en perjuicio de la masa; y c) intención de defraudar la Ley imperativa, estos negocios en fraude a la Ley tienen tratamiento expreso en el art. 1.394 del Código Civil Italiano y en el art. 6 inc. 4 del Código Civil Español. Nuestro derecho sin una norma genérica, recepta la doctrina en los arts. 3.741 Código Civil (fraude para violar la capacidad para ser beneficiario de testamento), art. 1.298 Código Civil (fraude a la sociedad conyugal), fraude a la legítima hereditaria y fraude laboral del art. 14 de la LCT.

Así es, concluyen Gamez y Esparza, que la esencia del defecto que vicia el negocio en fraude a Ley, radica en la causa final, más que en la intención de defraudar, en la misma distorsión de la causa objetiva tenida en cuenta por la norma de cobertura.

En nuestro caso del fideicomiso en garantía, estaría distorsionada la figura en consideración a los eventuales efectos de la Ley concursal. La utilización de la norma de cobertura que sería la Ley 24.441 tendría el fin de cubrir avatares concursales sobrevinientes, utilizándose para frustrar derechos de acreedores, violar la igualdad concursal, o ubicar un crédito en posición relevante respecto de otro, etc.

La diferenciación que marcan los citados autores entre esta figura y la acción revocatoria, estaría dada por los diferentes efectos que tienen. Dado que en el fraude a la Ley lo perjudicado es el ordenamiento jurídico mismo, la consecuencia será la nulidad del acto; en tanto que las revocatorias tienen como perjudicado un acreedor o varios acreedores, la consecuencia sería la inoponibilidad hacia el acreedores o acreedores.

XI. Revocatoria y distintos enclaves del Fideicomiso

Partiendo de nuestra afirmación inicial relativa a la inadecuada relación entre la Ley de fideicomiso y la Ley concursal, al punto que ni siquiera esta última como Ley posterior tiene referencias

en su art. 2° al patrimonio fiduciario ni al contrato entre las relaciones jurídicas preexistentes, examinaremos la situación de los diferentes sujetos que cumplen sus roles en el contrato.

De tal modo, lo haremos desde la normativa general centrándonos en las acciones reintegrativas que permite el proceso concursal para todas las modalidades del Fideicomiso, intentando una breve referencia en caso de Fideicomiso en garantía.

XII. El Fiduciante

Es quien presenta la mayor gama de situaciones que obligan a armonizar ambos regímenes: el fideicomiso con el concursal.

Ello así, por cuanto es desde su patrimonio donde se ha producido el desprendimiento de bienes o derechos que pueden perjudicar a sus acreedores concursales, destinatarios de la garantía común (Gámez y Esparza, 1997).

En primer lugar repararemos que la afirmación del art. 15 Ley 24.441 al vedar a los acreedores del fiduciante la agresión sobre los bienes fideicomitados “salvo la acción de fraude”, no está limitando la inoponibilidad a los supuestos de acción pauliana prevista en el art. 961 Código Civil, sino que ante el concursamiento del fiduciante se abren las acciones de recomposición que prevé la normativa concursal.

Aparecen de este modo, dos vías de recomposición concursal, una que opera de pleno derecho protegiendo el patrimonio frente a actos fuertemente sospechosos, tildados de fraude o por lo menos de una generosidad tal que no se compadece con el estado de cesación de pagos que muestra el concursado.

Otra, que requiere el conocimiento real o “cognoscibilidad razonable” del estado de cesación de pagos en el cocontratante, más el perjuicio causado por la realización del acto revocable. Reunión de un elemento material (el perjuicio) con un elemento subjetivo (el conocimiento) del tercero cocontratante, cuya ignorancia podría llegar a no relevarlo de las consecuencias de la revocación en un contexto de obrar culpable o negligente.

Ineficacia de pleno derecho.

Acto a título gratuito.

El primer inciso del art. 118 LCQ nos plantea el interrogante sobre la gratuidad u onerosidad del contrato de fideicomiso que produce la transferencia fiduciaria.

La pregunta que se impone: ¿Qué ocurre en el contrato de fideicomiso en que el fiduciante entrega a título de confianza uno o más bienes al fiduciario para el cumplimiento de una manda específica?

Como adelantáramos al caracterizar el contrato (pág. 23) deberá efectuarse en el análisis una aclaración previa que denota la complejidad de la figura: el contrato de fideicomiso que establece la relación fiduciaria o la manda sobre el fiduciario deberá ser independizado de la transmisión fiduciaria que es el instrumento del negocio indirecto.

Por ello no podemos afirmar que dependerá de la existencia o no de retribución hacia el fiduciario, el carácter de gratuidad u onerosidad del fideicomiso, como sostiene alguna doctrina (Bressan, 1999: 71). El fideicomiso no será comprendido entre los actos revocables porque exista o no remuneración prevista para el fiduciario, máxime que a la luz del art. 8 Ley 24.441 si no se hubiere previsto gratuidad se presume oneroso.

Tampoco podemos afirmar que resulte ajeno al instituto —llegando de allí al absurdo de encontrarlo excluido de la ineficacia— porque sin duda la transmisión fiduciaria es un acto neutro, es un acto de fiducia, es un acto de destinación en la terminología de Spota, la transferencia se opera sin contraprestación alguna. Tanto lo es que ni la voracidad fiscal de nuestro siempre incomprensible sistema impositivo alcanza la transmisión en nuestra Provincia con el impuesto de sellos (Spota, 1979: 153).

Donde deberá bucearse esa nota de gratuidad que implique la revocabilidad del acto es en la esencia de la relación subyacente, vista no ya desde la gestión del fiduciario, sino desde el patrimonio del fiduciante. Patrimonio que obtendrá contraprestación (nota de onerosidad) o disminuirá sin contraprestación (nota de gratuidad). En este cometido tendrá una intensa relación, señala Molina Sandoval, la estructura del fideicomiso y la relación del fiduciante con el beneficiario y el fideicomisario.

Carregal citado por Games y Esparza es quien define la nota necesaria para la oponibilidad del fideicomiso: “en definitiva lo que determinará la calificación del acto de disposición para establecer su grado de oponibilidad a los acreedores no será la transferencia fiduciaria en sí, sino la existencia o no de una contraprestación equitativa a favor del constituyente que provenga de la ejecución del encargo fiduciario” (Carregal, 1982: 139).

Pago anticipado de deudas.

Sobre la base de lo dicho anteriormente previenen Games y Esparza (1997:103) que se deberá analizar el contrato subyacente, que puede dentro de una ingeniería financiera o reestructuración de pasivos configurar una mejora o cancelación de deuda no vencida para el acreedor a quien se nombre beneficiario de un fideicomiso, violatoria de la igualdad creditoria.

Inoponibilidad de la preferencia.

Es el fideicomiso en garantía una preferencia que adicionada en el periodo de sospecha a un crédito no vencido acarree la inoponibilidad?

No nos cabe duda que el fideicomiso importa una garantía, surge no sólo la posibilidad de su constitución, prueba de ello la recurrente practica que hace el mercado de la figura.

Las instituciones financieras la requieren y los operadores buscan a su cobijo la circulación de sus activos. Su ductilidad sustituye en el tráfico a la hipoteca y la prenda.

La preferencia es “manifiesta”: un determinado activo resulta “separado” del resto de los bienes que componen la garantía común para que el fiduciario lo “guarde” o le sirva de “receptáculo” —sin por ello confundirlo con los demás activos de su propiedad— y en caso de incumplimiento de la deuda lo enajene pagando al acreedor, debiendo luego restituir el remanente al fiduciante-deudor-fideicomisario o a un tercero.

El caso es, agrega Dario Graziabale (2005) en “Insolvencia y Fideicomiso” que pueda tomarse a la transferencia de dominio como constitución de garantía respecto de obligación no vencida, donde quedaría incluido el fideicomiso, como negocio típico que puede transferir bienes para favorecer a un acreedor, violando la paridad crediticia.

Revocatoria concursal.

Segunda especie de las vías de recomposición patrimonial concursales es la que se tipifica con el conocimiento de la otra parte del acto realizado sobre el estado de insolvencia del concursado. Este presupuesto subjetivo que deberá darse, según el caso en el fiduciario, o en el beneficiario o en el fideicomisario (Graziabale, 2005) se complementará con el presupuesto objetivo de la realización del mismo en el periodo de sospecha y la existencia de perjuicio.

Este presupuesto subjetivo que deberá darse, según el caso en el fiduciario, o en el beneficiario o en el fideicomisario (Graziabale, 2005) se complementará con el presupuesto objetivo de la realización del mismo en el periodo de sospecha y la existencia de perjuicio.

En relación a este punto de la insolvencia del fiduciante advierte Marcelo de Hoz que es importante analizar la responsabilidad del Fiduciario, quien debe obrar con la diligencia y prudencia del buen hombre de negocios (art. 6 Ley 24441). Su conducta deberá pasar los filtros de la buena praxis requerida en la Ley de Sociedades y en los arts. 902 y ss. del Código Civil, máxime frente a un operador profesional cuando el rol de fiduciario es asumido por una Entidad Financiera como sostiene de Hoz

(2003) “*Difícilmente un fiduciario profesional, llámese Banco, Entidad Financiera, etc. pueda eludir una imputación en tal sentido frente a un caso de insolvencia manifiesta del fiduciante*”.

El *fideicomiso en garantía* obligará al fiduciante concursado a denunciar su existencia atento lo dispuesto en el art. 11 inc.5 LC puesto que configurando los bienes fideicomitados una garantía, una vez efectivizada la garantía, le asiste derecho al remanente.

Lo cierto es que al conformar la figura compleja del *fideicomiso en garantía* un contrato de garantía existe la carga de verificar impuesta al beneficiario acreedor. Ello permitirá, se dice, munir al acreedor de un título que legitimará su derecho frente a todos los interesados en la ejecución colectiva. Pero también beneficiará al concurso que habrá podido determinar los límites del crédito y conocer si deberá responder por sobre el valor obtenido de la ejecución de dichos bienes.

A su vez el Fiduciario, si bien no aparece escrita en la breve normativa de la Ley 24.441 (9) la facultad de enajenar el bien fideicomitado, puede hacerlo con el respeto de su obligación de comportarse con “la diligencia y prudencia de un buen hombre de negocios”, puesto que no deberá ejecutar la garantía sin antes conocer la admisibilidad del crédito en el pasivo concursal. Repárese que la garantía siempre será accesorio al crédito, de no existir éste quedaría sin sustento la manda que lo originara.

De donde, como afirma Claudia Raisberg (2006) “la contracara de la carga de insinuación del beneficiario, es la obligación de abstención del fiduciario”, imponiéndose por otra parte, la analogía con lo dispuesto por el art. 126 de la Ley 24.522. Asimismo afirma

“Si bien el concurso no afecta directamente el fideicomiso en garantía ni el dominio fiduciario transmitido en aquel contrato, sí lo hace indirectamente al generar consecuentes sobre el crédito del acreedor principal garantizado el que se encuentra alcanzado por el principio de concurrencia y la carga de solicitar la verificación de su acreencia para mantener la legitimidad de su existencia. Es que si bien tal legitimidad era presumida antes del proceso universal, ahora debe ser de alguna manera demostrada en el Concurso Preventivo mediante su verificación y el correspondiente control por parte de todos los acreedores concurrentes

Otro caso podría sumarse a esta cuestión: y si el bien fideicomitado fuera un bien productivo? Que más allá de la transferencia del dominio retuviera el fiduciante concursado? Debería el Fiduciario suspender su ejecución? Podría disponerlo el Juez del Concurso Preventivo del fiduciante? Pienso que en este caso no pesa sobre el Fiduciario obligación alguna de suspensión de la ejecución, como en la situación anterior, y hasta aparece dudosa la facultad del magistrado planteada en el último interrogante.

La CNCom, sala E en “Kayders S.A. s/concurso preventivo” s/incidente de apelación (medida cautelar) 08/05/ 2006, ED diario 29/09/06, ha receptado posición contraria a la mía, disponiendo en el Concurso Preventivo de la Fiduciante la suspensión de la ejecución del bien fideicomitado en garantía por parte del Fiduciario por un lapso de 90 días, con fundamento en el último párrafo art. 16 Ley 24.522.

XIII. El Fiduciario

El concursamiento del fiduciario también tiene relevancia en cuanto al Fideicomiso, quizás —señalan Games y Esparza (1997)— no tanto en cuanto a las acciones reintegrativas dado que su patrimonio permanece ajeno y no confundido con el patrimonio de afectación, y existen usualmente cláusulas que restringen el poder de disposición del fiduciario sobre dichos bienes, lo que habla de un control de la gestión que dificulta maniobras que pudieran originar ineficacias.

Estos autores también sostienen que siendo las Entidades Financieras en su mayor parte quienes desempeñan este rol (especialmente en el fideicomiso financiero) y estando bajo el control de la Comisión Nacional de Valores y del Banco Central que realiza un seguimiento y supervisión permanente de la operatoria general de las Entidades, se agrega a ello otro obstáculo a las ineficacias.

(9) Tan breve que le hace decir a Martorell (2007) que lo malo si breve es dos veces malo.

Comparto la apreciación en teoría, dado que existen sobradas muestras en nuestra historia reciente sobre las falencias —valga la expresión— de la actuación del Banco de Bancos de nuestro país que, subido al carro del partido de turno, ha sido más un instrumento de la política que un autónomo defensor del sistema financiero en general y del ahorro público en particular.

Después de la sanción de la Ley 24.441 no cabe duda sobre la impermeabilidad que debe entenderse entre los bienes que integran el patrimonio del fiduciario. Esa es la filosofía de la Ley. Los acreedores del fiduciario no pueden “agredir” los bienes fideicomitidos (art. 15 Ley 24.441) ni los bienes del fiduciario responderán por las obligaciones del fideicomiso (art. 16 Ley 24.441).

Darío Graziabile (2005) en torno a esta cuestión plantea que existe duda respecto a los bienes que se adquirieran con fruto de los bienes fideicomitidos, entendiendo que en dicho caso los mismos debieran seguir el mismo régimen que se aplicase a los bienes anteriores, en el sentido que pasarían a formar parte del dominio fiduciario. Cita en su apoyo el art. 13 Ley 24.441 que establece la adquisición de la propiedad fiduciaria para ellos cuando fueren adquiridos con los frutos o con actos de disposición de dichos bienes.

El concurso preventivo del fiduciario no afectará los bienes fideicomitidos. Si la quiebra no los conmueve, menos podrá hacerse en la etapa de Concurso Preventivo, donde el desapoderamiento se dice ser “atenuado” por la doctrina. Así podemos afirmar que para la gestión de la manda fiduciaria no deberá soportar el fiduciario el contralor de la Sindicatura, ni estará sometido al sistema de actos jurídicos prohibidos ni necesitados de autorización judicial previa, lo cual en la práctica no lo relevará de tener que explicar ante los Registros Inmobiliarios la facultad de disposición que tiene sobre los bienes fideicomitidos a su nombre, cuando por disposición del art. 14 inc. 7 LCQ se encuentra anotada una Inhibición General de Bienes.

Por ello, no hay acciones revocatorias —ni aún en la posición que permite su planteamiento en etapa de Concurso Preventivo— respecto de los bienes en fiducia. Ni la inoponibilidad sancionatoria del art. 17 LCQ respecto de los actos comprendidos en los arts. 15 y 16 LCQ.

La quiebra del fiduciario no conmovirá mediante acciones revocatorias concursales los actos realizados por éste respecto de los bienes fideicomitidos, más allá que la falencia importará la cesación del fiduciario en su cargo por expresa disposición del art. 9 inc. d) Ley 24.441 en sintonía con el art. 238 LCQ que fija el alcance de la inhabilitación del quebrado, a las que deben sumarse disposiciones especiales contenidas en otras Leyes como el art. 10 de la Ley de Entidades Financieras, arts. 8 y 37 inc. a) Ley 24.144, decreto 656 año 1992 referido a las calificadoras de riesgo, art. 9 de la Ley 20.091 y otras (10).

XIV. El beneficiario

La insolvencia del beneficiario también deberá analizarse porque presenta aristas interesantes.

Desde luego que el patrimonio fideicomitado está lejos de confundirse con el patrimonio del beneficiario y éste no tiene respecto de los bienes que lo componen ningún derecho real que esgrimir, siendo su expectativa originada en relaciones personales que lo señalan beneficiándose con el negocio fiduciario. Lo interesante es precisamente destacar que es éste derecho personal, en sus aspectos pecuniarios, el que integrará la masa activa o falencial en caso de concurso del beneficiario.

En caso de Concurso Preventivo nos encontraremos con el régimen de actos prohibidos o permitidos con autorización judicial que detallan los arts. 16 y 17 de la LCQ, de donde si se trata de actos a título gratuito que sobre el beneficio que le corresponda en los bienes fideicomitidos realice el beneficiario ellos estarán alcanzados por la ineficacia, dado que se realizan por quien se halla en cesación de pagos declarada. Igual suerte correrán actos relativos a dicho contrato o sus bienes que otorgare el beneficiario sin requerir la autorización judicial que comporta el control previo jurisdiccional so-

(10) Existe discrepancia en la doctrina si igual efecto produce la apertura del Concurso Preventivo del fiduciario. Molina Sandoval (2004). En contra Graziabile (2004:2).

bre la conveniencia de los mismos o al menos su inocuidad respecto del patrimonio concursado, si ellos exceden la administración ordinaria del giro comercial o se relacionan con bienes registrables, la disposición o locación de fondos de comercio, la emisión de debentures u obligaciones negociables garantizados con garantía especial o flotante.

En caso de quiebra serán de aplicación la normativa de los arts. 107, 111, 112 y 113 de la LCQ si del análisis de la relación subyacente, como hemos puntualizado anteriormente, surge una donación a favor del beneficiario, que será preciso analizar pues diferirán sus efectos en razón del tiempo en que su hubiere producido la aceptación del beneficiario, a saber:

Aceptación posterior a la falencia. Si al tiempo de la falencia no hubiere aceptado su condición el beneficiario, el síndico analizará si existe cargo que perjudique el beneficio de la donación y lo rechazará o aceptará en consecuencia. Se entiende que en ambos casos necesita autorización judicial. Esta sustitución a favor del síndico regirá hasta la rehabilitación del beneficiario fallido.

Aceptación anterior a la falencia. En caso que la condición de beneficiario precediere a la quiebra, los arts. 504, 1199, 1161 y 1163 Cód. Civil hacen en ejecución al contrato, por lo cual deberá procederse conforme los arts. 143 y 144 LCQ, de donde si está cumplida la prestación del fiduciario, éste deberá verificar por el cargo a su favor; si el cargo es el que está cumplido, el fiduciario deberá cumplir a la quiebra con las prestaciones.

Si el fideicomiso fuere oneroso, regirán las normas relativas a los contratos en curso de ejecución, cuya relación hemos efectuado para el caso anterior, y con especial aplicación de las “prestaciones recíprocas pendientes del art. 144 LCQ.

En último análisis, veamos que conforme reza el art. 159 LCQ tratándose el fideicomiso de una relación patrimonial no contemplada la Ley de Quiebras otorga al Juez la facultad de aplicar Leyes análogas en defensa de los principios concursales.

De todos modos la ineficacia puede alcanzar los actos del beneficiario cuando ellos impliquen disposiciones a título gratuito sobre los bienes fideicomitidos (art. 118 LCQ.), o recibiere pagos en cumplimiento del fideicomiso que el fiduciario no puede efectuarle ya, debiendo efectuarlo a la Sindicatura, o los efectuare con bienes fideicomitidos disponiendo de ellos (art. 109 ultimo párrafo, que debe remitirse al art. 118 LCQ.)

Algunos autores señalan una posible colisión que pudiese generarse entre la Ley de Fideicomiso o mejor dicho el contrato que lo constituye y la normativa concursal, de preverse en dicho contrato la resolución del beneficio o de la transmisión en caso de quiebra del beneficiario. Sin perjuicio de recurrir al lugar común de remarcar que deberán analizarse las circunstancias del caso, entendemos que en tal situación primarán las normas concursales dado que si la condición es la quiebra del beneficiario, ya estaríamos en sede concursal con normas imperativas que hacer ceder a la autonomía de la voluntad.

XV. Fideicomisario

Idénticas reglas a las señaladas para el beneficiario alcanzarán al fideicomisario, que sabido es también puede resultar el propio beneficiario si es que se acuerda reunir en la misma persona ambas investiduras.

Ello así porque siendo el destinatario final de los bienes fideicomitidos, tiene incorporado desde su aceptación el derecho personal a los bienes, que en ése carácter integran su patrimonio. Debiendo ser preservado durante el concurso preventivo (arts. 17 y 176 LCQ) o desapoderado (art. 109 LCQ.) y liquidado en caso de falencia.

XVI. Conclusión

El fideicomiso presenta una irrupción en la operatoria comercial del mercado argentino sin precedentes. Fruto de su tipicidad legal alcanzada con la vigencia de la Ley 24.441 llamada Financiamiento de la vivienda y la construcción.

Esta ley no presenta una regulación acabada del *fideicomiso*, figura cuya complejidad y yuxtaposición de relaciones amerita un estatuto que despeje dudas, marque orientaciones y contribuya a paliar la ilimitada inseguridad jurídica que exhiben nuestras instituciones.

Entre las especies de fideicomiso luce el *fideicomiso en garantía* como una figura de vastas proyecciones que ha sido adoptada por los operadores, entre otras aplicaciones para la creación de un mercado secundario de valores, cumpliendo así un importante rol en el desarrollo y circulación del crédito. Finalidad esta que pareciera haber orientado la sanción de la ley, pero que con total torpeza no aparece regulada, ni siquiera mencionada en su texto.

La regulación del *fideicomiso financiero*, con el que pareciera agotar el legislador su intención de contribuir al desarrollo del crédito, también exhibe su raquitismo y falencia, abandonada a la reglamentación del Banco Central de la Republica Argentina. Falencia que, valga la redundancia del término, —se muestra patente— en la exclusión o inaplicabilidad del sistema concursal ante la falencia del propio fideicomiso (art. 23 Cap. VI De la insuficiente del patrimonio fideicomitado...).

El patrimonio de afectación que el *fideicomiso* establece, introduce una de las problemáticas más interesantes en cuestiones de responsabilidad patrimonial. Situación que se agudiza ante la crisis que conlleva el estado concursal, y que obliga a analizar la operatoria toda del *fideicomiso* en procura de combatir el dolo y el fraude.

En el equilibrio que debe mantenerse en sede concursal entre los intereses de la masa de acreedores por un lado y el interés del co-contratante del *fideicomiso en garantía* es donde se advierten las mayores dificultades. Porque la separación de patrimonios aludida antes, genera una de las características más preciadas para el co-contratante, en el caso el acreedor, quien valorará muy en especial que el bien que garantiza su crédito no pueda ser agredido ni individual ni colectivamente en su perjuicio. Es la máxima seguridad que el ordenamiento podía darle.

Ahora bien, la regulación de esta exclusión patrimonial del activo para el ámbito contractual, resulta insuficiente frente al vacío normativo de la Ley de Concursos y Quiebras cuando el activo ha salido de un patrimonio insolvente.

De allí deviene imprescindible, en un proceso armonizador entre la normativa general del *fideicomiso* y los principios orientadores que gobiernan la concurrencia y la concursalidad, estudiar las acciones reintegratorias, pues ellas resultan ser los remedios que el ordenamiento jurídico entrega a los particulares para preservar el buen funcionamiento de la figura.

Por ello la tesis propone no olvidar, *el amplio espectro de la ineficacia*: la ineficacia no se agota en la reintegración patrimonial, también es operativa para perseguir el fraude, que se cobija ante la apariencia de un negocio real y legítimo, pero que está viciado desnaturalizado, con el conocimiento del estado de cesación de pagos del co-contratante. El fraude es de la íntima esencia de la revocatoria concursal, que para su ejercicio admite un delicado juego de presunciones, que al decir de Conil Paz se estratifican unas con otras.

Así deberá tornarse obligatoria la denuncia del *fideicomiso* por el concursado para anotar al concurso de los derechos que pudieren corresponderle, deberá establecerse la carga verficatoria en el *fideicomiso en garantía* por el fiduciario o el acreedor para ejercer sus derechos sobre bienes fideicomitados, deberá aceptarse el planteamiento de cuestiones relativas a la ineficacia en la etapa de Verificación de Créditos, lo que incluye su proponibilidad también en Concurso Preventivo y cautelarse debidamente las pretensiones, deberá establecerse que el efecto novatorio del acuerdo homologado no alcanza a los créditos garantizados con bienes fideicomitados encontrándose dichos créditos excluidos del computo del pasivo, en el aspecto procesal también el *fideicomiso en garantía* merece ser sometido al hoy desvalido fuero de atracción del proceso universal respecto a sus controversias y ejecución

Entendemos que la ley común deberá regular la publicidad del contrato cuando el bien fideicomitado se componga de bienes muebles no registrables y de derechos creditorios.

En caso que los derechos creditorios fideicomitados fueren futuros también requiere una normativa especial, pues allí encontramos que la notificación al deudor cedido que otorgaba fecha cierta a la transmisión, resulta de imposible cumplimiento.

La practica judicial indica que en nuestro sistema es necesario contar con normas que clarifiquen estas cuestiones, Caso contrario veremos aplicaciones de normas por analogía para casos iguales lo que contribuirá al omnipresente desconcierto e inseguridad.

Esta “*asignatura pendiente*” de la *publicidad en el fideicomiso*, encontró recepción en el art. 1455 del Proyecto de Código Civil de 1998:

“El contrato debe celebrarse por instrumento publico o privado. El contrato de fideicomiso es ineficaz respecto de inmuebles que se pretenden incluir en él, cuando no se celebre por escritura pública; en este caso el contrato no puede invocarse a los fines del art. 961. Si la incorporación de esta clase de bien es posterior a la celebración del contrato, basta con el cumplimiento en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso”

Un proyecto de reforma a la Ley 24.522 (Expte. 4503-D-2006) con trámite parlamentario (nº 108) prevé el tratamiento del *fideicomiso en garantía* en el Concurso Preventivo y en la Quiebra mediante agregados en los arts. 21 y el art. 247 bis:

art. 21 (dos últimos párrafos) “En las ejecuciones de garantías reales y de fideicomisos de garantía no se admitirá el remate de la cosa gravada o cedida fiduciariamente ni en caso de garantías reales, la adopción de medidas precautorias que impidan su uso por el deudor, si no se acredita haber presentado el pedido de verificación del crédito y su privilegio”.

El juez del concurso es competente para entender en las controversias que pudieren tener causa en el fideicomiso en garantía, aún su ejecución.

art. 247 bis. Fideicomiso de garantía.

“Cuando el crédito hubiere sido asegurado con la cesión fiduciaria del deudor, el fiduciario o en su defecto el acreedor deberá concurrir a la verificación denunciando la garantía. La misma será extensiva a los gastos razonables necesarios para el desarrollo del contrato, los que deberán ser verificados o autorizados por el Juez según corresponda”.

El crédito no será computado en el pasivo a los fines del cálculo del acuerdo ni registrá lo dispuesto por el art. 56 de esta Ley, pero el deudor podrá realizar una propuesta especial para estos créditos, la que deberá obtener la conformidad de todos los acreedores de la categoría.

Salvo que el Juez del concurso fijara un plazo menor, el fiduciario y el síndico deberán presentar informes trimestrales de la evolución del contrato y situación de los bienes.

Ante la extinción del fideicomiso, el crédito, o su saldo insoluto, concurrirá como quirografario, siendo afectado por los términos del acuerdo, si lo hubiera habido.

En caso de quiebra la cesión fiduciaria en garantía será inoponible a los titulares de créditos quirografarios cuya causa o título fueran anteriores a la publicidad de la cesión y a la incorporación de los bienes cedidos al patrimonio del deudor

IX. Bibliografía

Alcover Garau, Guillermo “Aproximación al Régimen Jurídico de la reintegración concursal” En: R. García Villarde, A. Alonso Ureba, J. Pulgar Ezquerra. (dir.) Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 aa.vv Diles, Madrid: 2004, 331 y ss.

Alegria, Héctor “Fideicomiso en garantía: efectos sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del Fiduciante, Revista Jurídica Argentina La Ley Suplemento de concursos y quiebras, Buenos Aires, 12-07-2004.

Alterini, Jorge, et. al. La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra. La Ley, Buenos Aires: 2000.

Bauzá de Pina, Dolly Grzona, Daniel “Fideicomiso y derecho falencial” En: Maury de González, Beatriz (dir.) Tratado teórico práctico de Fideicomiso. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

Boretto, Mauricio Concurso, fideicomiso de garantía Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

Bressan, Pablo “Negocio jurídico fiduciario. Sus aspectos obligacionales” En: Maury de González, Beatriz (dir.) Tratado teórico práctico de Fideicomiso. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

Busetto, Adalberto Luis. “La privilegiada seguridad jurídica del acreedor hipotecario en el Concurso preventivo y la quiebra del deudor. Comentario crítico fallo 107.740 Suprema Corte de Buenos Aires, 2003/09/10 Zimmermann Horacio s/incidente de verificación tardía en Bianchet Mario s/quiebra En: Revista Jurídica Argentina La Ley Suplemento de concursos y quiebras, Buenos Aires, 12-07-2004.

Busetto, Adalberto Luis “La reforma concursal española. Ley concursal española, Principios y bases en una reforma elaborada” En: Doctrina Societaria y Concursal Errepar, Buenos Aires, 194, 1994.

Carregal, Mario. El Fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas. Universidad, Buenos Aires, 1982.

Conil Paz, Alberto. “Revocatoria concursal, verificación y cosa juzgada” En: El Derecho, Buenos Aires, 1993-E.

Favier Dubois, Eduardo M. “Procedencia de la acción pauliana en el concurso preventivo: ¿sí o no?” Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano de la Insolvencia Ad-Hoc Buenos Aires. 2003.

Favier Dubois, Eduardo (h.). El fideicomiso en garantía sobre el flujo de fondos frente al concurso preventivo. Oponibilidad, verificación y resguardo. En: Maury, Beatriz A., dir. Negocios comerciales modernos. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, 205-207.

Fernández, Raymundo L. “Unidad del proceso concursal” En: Revista Jurídica Argentina La Ley Buenos Aires, 1979-C: 504-507.

Games, Luis M. y Esparza, Gustavo. Fideicomiso y concursos. Depalma, Buenos Aires, 1997.

García Villaverde, Rafael, Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerria, J. (dir.). Derecho concursal. Estudio sistemático de ley 22/2003 aa.vv. Diles, Madrid, 2004.

García Martínez, Francisco. El concordato y la quiebra Depalma, Buenos Aires, 1962.

Graziabile, Darío “Insolvencia y Fideicomiso” En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Diario. Buenos Aires, 07/02/05.

Heredia, Pablo D. Tratado exegético de Derecho Concursal., Abaco, Buenos Aires, 2001, t. III.

Hoz, Marcelo de. “El contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviviente” En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Diario. Buenos Aires, 13/11/2003.

Jordano Barea, Juan B. El negocio fiduciario. Bosch, Barcelona, 1959.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. “La revocación de los pagos efectuados por el deudor concursado” En: Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978.

Maffía, Osvaldo J. Verificación de créditos. Depalma, Buenos Aires, 1989.

Maffei Alberti, Alberto Commentario breve alla Legge Fallimentare. Cedam, Padova, 2000.

Martorel, Ernesto E. “El fideicomiso: breve estudio critico de la utilización de esta figura en la Argentina de hoy” En: Revista Jurídica Argentina La Ley, Diario, Buenos Aires, 19/02/2007:

Molina Sandoval, Carlos A. El Fideicomiso en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia. Abaco, Buenos Aires, 2004.

Mosset Iturraspe, Jorge. Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios Ediar, Buenos Aires, 1974.

Porcelli Luis A. "Improcedencia de las acciones de simulación y pauliana dentro del trámite del Concurso Preventivo", En: Revista Jurídica Argentina La Ley, 1998-B, 1184-1190.

Porcelli, Luis A.; Régimen Falencial y Acción Pauliana, La Ley, Buenos Aires, 2001.

Pulgar Ezquerro. La reforma del Derecho Concursal comparado y español. Los nuevos institutos concursales y reorganizativos. Civitas, Madrid, 1994.

Raisberg, Claudia. "El fideicomiso en garantía frente al concurso". Revista Jurídica Argentina La Ley, LXX, 100:1-3.

Rivera, Julio César Instituciones de Derecho Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998-2000.

Satta, Salvatore Diritto Fallimentar. Cedam, Padova, 1974.

Soler, Osvaldo H. y Carrica, Enrique D. "El Fideicomiso y el fraude" Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, 2000-B: 1193-1198.

Spota, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Depalma, Buenos Aires, 1979. vol.. I y II.

Tonón, Antonio. "De la calificación de los actos celebrados en el período de sospecha en perjuicio de los acreedores" En: El Derecho, Buenos Aires, 1984, 108: 825-828. ♦

¿Hacia un presiden(cialismo) popular-acelerado? Desafíos y “nuevas” reglas de juego en la 1ª Constitución de Ecuador del siglo XXI (*)

POR MIGUEL A. BENEDETTI (**)

Sumario: I. Acotando el campo. II. Pasado y presente de la democracia presidencialista en (South) América. III. Parece que todo está igual pero algo ha cambiado (Ecuador 2008). IV. La novedad institucional en busca de (su) autor. V. Prospectivas hipotéticas de las “nuevas” reglas de juego. VI. Reflexiones provisionales. VII. Referencias bibliográficas.

Resumen: Este trabajo analiza un aspecto de los regímenes presidencialistas Latinoamericanos en los nuevos diseños constitucionales. Se focaliza en una innovación institucional puntual en la cúspide del diseño gubernamental de Ecuador introducido por la Constitución de 2008. En primer lugar, presenta una breve reseña histórica del presidencialismo adoptado hegemónicamente en la región desde los primeros estadios institucionales. Luego de esta contextualización, se centra en la flamante articulación de los dos órganos políticos ecuatorianos establecida en el 2008. Esta reforma institucional introduce en la matriz presidencialista lo que se caracteriza como un mecanismo “anti-presidencialista” que parece desafiar los cuestionamientos tradicionales a este sistema y pone de resalto lo distintivo y original del nuevo diseño. Finalmente, se ofrece un examen de las posibilidades y límites de este nuevo sistema para llevar adelante el ambicioso programa de transformación previsto en el novel texto supremo ecuatoriano.

Palabras clave: Constitucionalismo - Democracia - Presidencialismo - América Latina -

Abstract: This paper analyses one aspect of Latin American presidentialist regimes in the new constitutional designs. It focuses on a punctual institutional innovation in the top of the governmental design of Ecuador introduced by the Constitution of 2008. It first presents a brief historical review of the presidentialism hegemonically adopted in Latin America since its first institutional stages. After this contextualization, the attention is focus on the novel relation between the political branches of government established in 2008. This institutional reform introduces what is characterized as an “anti-presidentialist” mechanism in the presidentialist matrix that challenges the traditional arguments against that system and stress the distinctiveness and originality of the new design. Finally, there is an account of the possibilities and constrains of the new system in order to advance the ambitious transformation program contained in the novel Constitution.

Keywords: Constitutionalism - Democracy - Presidentialism - Latin America -

*“Debemos negarles [a las instituciones] la última palabra y conservarla en nuestras manos”(***)*

(*) El presente trabajo es una reelaboración de la ponencia presentada por el autor en el 2º Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas “La ciencia jurídica en vísperas del Bicentenario” organizado por el Colegio de Abogados La Plata el 17-18/09/2009, en la Comisión de Derecho Constitucional; Filosofía y Derechos Humanos para el tema: “Constitucionalismo y cambio social. Nuevas articulaciones institucionales y redimensiones en las diversas cuestiones de ciudadanía”. Se agradecen los comentarios e interrogantes de los distinguidos participantes en aquella ocasión.

(**) Profesor adjunto de la Cátedra I Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

(***) Roberto Mangabeira Unger (1999: 238).

I. Acotando el campo

El marco de análisis de este trabajo asume dos explicaciones institucionales de conjunto y de larga duración sobre lo que se puede denominar gubernamentalidad bajo el constitucionalismo moderno formuladas por sendos académicos hacia fines del siglo XX.

En primer lugar, Adam Przeworski destacaba en 1995 la “sorprendente” falta de grandes innovaciones en el repertorio institucional democrático luego de sus inicios del constitucionalismo moderno hasta la actualidad (1). Similar apreciación podría hacerse si se observa la genealogía comparativa de las formas gubernamentales constitucionales a partir del reducido puñado de opciones originales para relacionar al Legislativo con el Ejecutivo, clásicas y contemporáneas, inventadas y reinventadas (2).

A su vez, en 1999 Roberto M. Unger señalaba “dos rasgos” que en conjunto han dominado “la tradición constitucional moderna” bajo las discretas y reiteradas formas gubernamentales: “un estilo de organización constitucional del gobierno que desacelera la política, en bien de la libertad conectada con la propiedad privada, y un conjunto de prácticas e instituciones que ayudan a mantener la sociedad en un nivel relativamente bajo de movilización política” (Unger, 1999: 197). Aquel tradicional y hegemónico conjunto de dispositivos e ideas, de formas y prácticas constitucionalista terminan lenticificando y obstaculizando la capacidad de las instituciones para efectuar cambios estructurales. Así, el “alcance transformador de un programa político” debe enfrentarse siempre con “los obstáculos constitucionales legales y político prácticos levantados en el curso de su ejecución” (Unger, 1999: 242).

Frente a ese monocorde y frustrante panorama hegemónico que tan poco parece honrar a las “innovaciones institucionales desconocidas” (Unger, 1988: 112), este trabajo echa una parcial mirada hacia un aspecto institucional aún poco destacado de una de las recientes constituciones latinoamericanas: una puntual novedad en la cúspide del nuevo diseño gubernamental introducido por la Constitución de Ecuador de 2008.

Con aquellos sendos presupuestos y este severo recorte temático-espacial, con las limitaciones del presente (*ex post* de la nueva Constitución pero *ex ante* de su desenvolvimiento), sostendré que en ese novo producto constituyente de esa parte de la mitad del mundo (páfrica-andina-amazónica) de este principio del nuevo siglo, bajo una más que conocida articulación presidencialista entre los dos clásicos órganos políticos elegidos por voluntad popular, se intenta cierta reformulación de sus interrelaciones que —en clave democratizadora— desafía a varios de sus tradicionales cuestionamientos en pos de realizar las ambiciosas transformaciones que se anuncian. En esa línea, enfatizaré que parece imprimirle al presidencialismo una nota lo suficientemente distintiva frente a los otros conocidos para —y a diferencia de todos aquellos— intentar aproximarse en algo al siempre postergado anhelo del epígrafe.

El poco interés despertado hasta ahora por esta novedad gubernamental ecuatoriana en estudio, tal vez se deba a la enormidad de los otros cambios constitucionales habidos, y a cierto silencio que últimamente exhiben las reflexiones críticas sobre el presidencialismo latinoamericano. Sea como sea, su significación radica no sólo en su imprevención práctica (no tanto académicamente, según se verá), sino más bien en que la suerte que corra esta puntual innovación institucional, de varias maneras, parece estar atada al porvenir de las más destacadas ilusiones constitucionales plasmadas en el supremo texto ecuatoriano de 2008.

(1) “[E]xcepto algún experimento menor con un ejecutivo plural, como en Uruguay, y un abortado intento por introducir consejos de trabajadores en la Constitución de Weimar, la última innovación institucional data de 1880: la invención de la representación proporcional en Bélgica. Desde entonces, las democracias que aparecieron o reaparecieron simplemente combinaron de un modo u otro los patrones institucionales pre-existentes” (Przeworski, 1995: 13-14).

(2) Donde —a todo evento— la última de ellas sería un híbrido que combina conocidos patrones gubernativos (la 5ª República francesa de 1958-62) y ello en la medida que se deje de lado la “pléyade desconocida” de precedentes del contemporáneo modelo francés (Duverger, 1981).

Con esa perspectiva analítica, se empieza por recordar —rápida y diacrónicamente— las conocidas vicisitudes del presidencialismo latinoamericano hasta desembocar a la última oleada constitucional regional en la cual se inscribe la nueva Constitución de Ecuador. Luego, el ritmo se detiene sincrónicamente en el estudio particular de la innovación al presidencialismo ecuatoriano. Más luego, se intenta mirarla a su mejor luz a partir del autor del epígrafe y se imaginan algunas hipotéticas ventajas y desventajas a partir de disímiles miradas.

II. Pasado y presente de la democracia presidencialista en (South) América

Para decirlo en cámara rápida, recuérdese que luego del independentismo decimonónico —más tarde o más temprano— las flamantes repúblicas latinoamericanas adoptaron y adaptaron de modo hegemónico —dentro, y por influencia, de aquel acotado repertorio institucional noratlantista— la forma presidencialista en su variante agravada o reforzada (hiper-presidencialismo). Es claro que ello no niega que frente a esa dominancia regional hubo —y aún hoy subsiste alguna— singularidades o excepciones institucionales (casos episódicos/efímeros o aislados) (3). Lo cierto es que aquella exacerbada deriva del original modelo presidencialista de Filadelfia fue mantenida hegemónicamente en la región durante todo el siglo XX hasta el presente (4).

Tal persistencia presidencialista con poderosos presidentes, como es bien sabido, transcurrió, por un lado, con reiteradas interrupciones militaristas durante gran parte del siglo XX; y, por el otro, con algunas tenses y renovadas variaciones constitucionales sobre aquel uniforme traje institucional desde mediados de dicho siglo en adelante (5). Todo aquello hubo pervivido en medio de un también dominante estado de cosas continental en términos de desigualdad y miseria, explotación y exclusión de variados signos. Es más que seguro que aquel *continuum* institucionalista latinoamericanista —por varios factores y no únicamente por esos hiper-presidencialismos— no hubo contribuido a modificar ese inadmisibles estado de cosas (6).

En apretada síntesis y en palabras de Waldo Ansaldi: “pobres democracias” en Latinoamérica. Al menos, en dos sentidos: “democracias de pobres” y “democracias pobres” (Ansaldi, 2007).

Sin embargo, luego de la redemocratización que sucedió a las masivas violaciones de básicos derecho humanos por regímenes dictatoriales, durante la década de los '90 y hasta entrado el nuevo milenio, en varias latitudes latinoamericanas se empieza a percibir una nueva tendencia política regional dentro de los hegemónicos marcos constitucionales presidencialistas. En efecto, sólo entre 1992 y 2004 fueron destituidos una decena de presidentes latinoamericanos —la mitad de ellos por medio de juicio político o declaración de incapacidad—, no obstante en ninguna de esas traumáticas caídas de presidentes fue seguida del establecimiento de un régimen autoritario (Pérez-Liñán, 2009:281). En todos los casos y al margen de sus diferencias, esas inéditas destituciones presidenciales —tanto

(3) Basta recordar el original y primer proceso constituyente mexicano con la trágica revuelta india-plebeya y su Constitución asamblearia de Apatzingán (Benedetti, 2008: 173); los casos parlamentaristas del Brasil (bajo la monarquía luego de la independencia hasta fines del siglo XIX; y su efímero ensayo republicano en los '60); la Cuba postrevolucionaria con su república de asamblea. En todos los casos, con miras en experiencias foráneas.

(4) Es sabido que la versión clásica del presidencialismo supone un Ejecutivo monocrático (concentra la Jefatura de Estado y de Gobierno) generalmente unipersonal —con la excepción de los recordados “colegialismos” uruguayos— elegido por el pueblo por un período fijo (en su deriva “hiper”: con considerables poderes formales y enorme poder informal), sin depender de la confianza de un Legislativo también elegido popularmente, salvo por impeachment. Esta tajante separación/distinción entre esos órganos políticos de elección popular, implica: dual legitimidad democrática en ambos e irrevocabilidad mutua durante sus rígidos períodos.

(5) Por caso, mediante la unificación de mandatos legislativos-presidencial, por nuevos métodos de elección y de reelección presidencial, en la posibilidad legislativa de censurar ministros (a uno, varios y/o todos), e incluso con o sin posibilidad de disolución por parte de los presidentes, que además de restrictiva no han podido ser puestas en práctica (Pérez-Liñán, 2009: 195). Nuevamente, siempre con miras en foráneas experiencias.

(6) Aunque se huya del monocausalismo y del determinismo mecánico, no se debiera descartar livianamente que un diseño político institucional desempeña algún papel, más o menos, relevante.

de los pertenecientes a partidos tradicionales como a *outsiders* de la política (Ansaldi, 2007:107)— se dieron con grandes movilizaciones y protestas populares en reacción —previas o coetáneas— contra escandalosos casos de corrupción y/o de severos planes de ajuste del neoliberalismo (7).

El caso de Ecuador que aquí interesa, fue paradigmático de esta tendencia de caídas de presidentes electos sin desencadenar quiebres en las democracias. En efecto, movilizaciones populares mediante, se “expulsó” del poder a los tres presidentes elegidos popularmente antes que cumplieran la mitad de su mandato en el corto lapso de nueve años (de 1997 al 2005): la destitución de Abdalá Bucaram por “incapacidad mental” declarada por el Congreso; y —ya bajo la Constitución reformada en 1998— por “abandono del cargo” de Jamil Mahuad y más luego de Lucio Gutiérrez.

Ahora bien, en algunas pocas de aquellas abruptas embestidas populares contra presidentes electos latinoamericanos, las cosas no quedaron sólo en las más o menos traumáticas sucesiones presidenciales establecidas en las constituciones vigentes y en la sensación de frustración generalizada. Desde el comienzo mismo del siglo XXI —e incluso antes— de las propias entrañas de algunas pocas “pobres” democracias se empieza a experimentar lo que se ha denominado “punto de bifurcación de carácter democrático” (García Linera, 2008: 412) (8). El mismo se tradujo en impetuosos y novedosos procesos y productos constituyentes en la región que constituyen una “oleada” constitucional en términos de Jon Elster (2002:127).

En efecto, esta última y atípica “oleada” se conforma con los recientes procesos/productos constituyentes de Bolivia y Ecuador a comienzos del nuevo milenio —en ambos con imponente presencia del movimiento indígena— pero por buenas razones puede considerarse iniciada con la previa experiencia constituyente de la Venezuela de 1999 como ya se anticipara en otro trabajo (Benedetti, 2008:161).

Pueden advertirse las características comunes de esa “oleada” desde un punto de vista procesual: en los tres casos, los nuevos gobiernos electos con fuerte respaldo popular se hubieron planteado —como primera e inmediata tarea— alterar radicalmente la constitucionalidad existente en virtud de la cual accedieron al poder; en todos los casos, por medio de asambleas constituyentes no previstas en los respectivos textos constitucionales y con reiteradas consultas populares al inicio - durante - desenlace de esa “oleada. A su vez, esta triple nota común, connota otras dos más: una clara creencia en que por esas imprevistas vías constitucionalistas se podrían canalizar y producir los postergados cambios en la sociedad; y, entre quienes impulsaron y llevaron adelante estos procesos constituyentes se cuentan sectores históricamente subalternos, subordinados. Ante estas infrecuentes y comunes notas procesuales constitucionalistas —inclusivas y democráticas— no sorprende que la reescritura de las nuevas “hojas de papel” fuese bien diferente a las que regían con anterioridad (tal vez no tanto como sería esperable). Para decirlo en muy pocas palabras, todas ellas se presentan a sí mismas, por un lado, como “alternativa democratizadora al neoliberalismo” para recuperar una expresión de un autor próximo a aparecer (Unger, 1999:186); y, por otro, como transicionales al no clausurar del todo los impetuosos procesos constituyentes que las produjera a juzgar por los variados y ágiles mecanismos de reformas previstos, siempre con protagónica participación popular.

Sin embargo, en medio de tantos cambios y en lo que aquí más interesa, a esa “oleada” ya se le ha objetado la paradójica reiteración, mantenimiento, reedición, del inveterado hiper-presidencialismo a nivel de la cúspide del diseño institucional. Ello, a pesar del innegable énfasis a la participación po-

(7) En incompleta retahíla extra-ecuatorial: Brasil (92: Collor), Venezuela (93: Pérez), Guatemala (93: Serrano); México (94: Salinas de G.), Paraguay (99: Cubas), Perú (00: Fujimori), Argentina (01: De la Rúa), Bolivia (03: Sánchez de Lozada y 05: Mesa).

(8) El autor usa la categoría “punto de bifurcación” para referirse al “hecho histórico-político a partir del cual la crisis de Estado..., es resuelta mediante una serie de hechos de fuerza que consolidan duraderamente un nuevo, o reconstituyen el viejo, sistema político..., el bloque de poder dominante... y el orden simbólico del poder estatal...” (García Linera, 2008: 395).

pular (Gargarella, 2008) y también de la explícita y relevante coexistencia del comunitarismo indígena que inauguran los problemáticos Estados Plurinacionales en Bolivia y Ecuador (Ramírez, 2009).

En el campo institucional que aquí interesa, la única innovación común a los tres casos de esa “oleada” (Venezuela, Ecuador y Bolivia) viene de la mano de las significativas formas de participación que se introducen, en especial al extender la revocatoria popular para todos los mandatos electivos incluyendo el presidencial. En ese nuevo y común panorama re-presidencialista, tan sólo la nueva Constitución de Ecuador llega a combinar aquella novedosa revocatoria ampliada con la interesante innovación institucional que aquí se presenta, como si se hubiera advertido la necesidad de modificar algo más a la monocorde articulación presidencialista entre el Ejecutivo y el Legislativo (9). Tal vez, la traumática experiencia ecuatoriana reciente de sucesivas destituciones de presidentes hubo tenido su influencia.

Como se anticipa, colocar el foco de atención en esta peculiaridad institucional ecuatoriana conlleva subida importancia. No sólo por haber sido hasta ahora poco destacada (10), sino más bien porque —a pesar de esa novedad— en definitiva Ecuador ha vuelto a confiar en el molde de esa ya más que experimentada forma presidencialista, esta vez, para llevar adelante un ambicioso programa constitucional de cambio en una sociedad agrietada por estructurales desigualdades (étnicas y nacionales, de clase y regionales, de género y generacionales).

III. Parece que todo está igual pero algo ha cambiado (Ecuador 2008)

La NCE/08 sin utilizar en ningún momento de su extenso texto el rótulo “presidencialista” —tan sólo habla de “*forma republicana*” (art. 1º, párr. 1º)— en el Título IV (“*Participación y organización del Poder*”), Capítulos 2º y 3º (denominados respectivamente “*Función Legislativa*” y “*Función Ejecutiva*”) reedita, en principio, todas las características que se le atribuyen a la república presidencialista (ver Nota 4) pero —al mismo tiempo— se las modifica parcial y originalmente.

Más allá de ciertas expresiones vertidas en el seno mismo de la Convención Constituyente de Montecristi sobre el punto (11), normativamente se constata que se trata de un modelo para armar. Las cláusulas definitorias de todo aquello (de lo viejo que se repite y lo nuevo que se establece) se encuentran dispersas en esos pasajes constitucionales.

En los señalados Capítulos de aquel Título IV —en medio de otras modificaciones orgánicas contextuales y colaterales (12)— se diseña un clásico y poderoso Ejecutivo unipersonal a cargo de una “*Presidenta*” o un “*Presidente*” (con ese orden de género) y un Legislativo pluripersonal unicameral denominado “*Asamblea Nacional*” formado por “*las*”/“*los*” “*asambleístas*”. Al igual que en cualquier presidencialismo latinoamericano contemporáneo, el pueblo elige directamente a los integrantes de

(9) El constituyente Fernando Salazar de “Alianza PAIS” dijo en los debates de la Asamblea constituyente en Ciudad Alfaro, Montecristi: “hace falta un cambio de la naturaleza del poder. El Ejecutivo es el centro de gravedad de todo el sistema político” (Boletín n° 998 en: http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=_content&id=8480&task=view, consultado en 05/08/09). Se agradece esta contribución y especialmente sus discusión a la colega ecuatoriana, Adriana Victoria Rodríguez Caguana.

(10) Con aguda brevedad, Roberto Gargarella (2008) no deja de destacar como ejemplo de “nuevos mecanismos de control sobre el Ejecutivo” que “el Congreso puede destituir al Presidente, en Ecuador, como el Presidente disolver al Congreso”.

(11) Desde la Alianza con mayoría en la Convención, se dijo que tomaban en cuenta “los hechos políticos ocurridos en la última década” en el Ecuador y, simultáneamente, se negaba que se haya buscado “exacerbar el presidencialismo” (palabras del presidente de la Mesa No. 3 referida a la “Función Ejecutiva”, Gustavo Darquea, en sitio web citado en nota 9).

(12) El Título IV se abre con un nuevo contexto participativo que pretende envolver a la nueva gubernamentalidad (Cap.1º: “Participación en democracia”) y se cierra con un interesante policentrismo de órganos autónomos por fuera de la tríada clásica (Cap. 5º “Función de Transparencia y Control Social”) donde se crea un órgano denominado “Consejo de Participación Ciudadana y Control social” (arts. 204-205-207) y más luego (Cap. 6º “Función electoral”) se regula el conocido “Consejo Nacional Electoral” (arts. 217-218-222/224).

los dos órganos políticos, pero manteniendo la uniformidad de sus rígidos mandatos. A ambos se los elige simultáneamente (13), por un período fijo similar (cuatro años) sin elecciones legislativas intermedias. Con esa unificación electoral y de mandatos —ya conocida bajo la anterior Constitución de 1998— se empieza por reiterar la tajante y rígida distinción entre los órganos políticos. Es de destacar que la NCE/08 no adopta aquellas variantes inter-orgánicas ensayadas hacia dentro de los (hiper) presidencialismos como sí lo hacen las constituciones venezolana y boliviana (14). En cambio, como se dijo, sí establece el democrático mecanismo para que el pueblo pueda interrumpir ante-*tempus* esos mandatos fijo por medio de la revocatoria de mandatos de la/el Presidenta/e y/o alguno/s —muchos— todos asambleístas (arts. 61.6 + 105/106) (15).

Al lado de este inusual contralor vertical, el nuevo texto supremo mantienen los clásicos mecanismos presidencialistas de control horizontal: la Asamblea puede unilateralmente y sin arriesgar su existencia acreditar el cese o hacer cesar en sus funciones al titular del Ejecutivo por varias y conocidas vías, ya previstas en la Constitución anterior: por insania física o mental (art. 120.2 + art. 145.4); por renuncia voluntaria al cargo (art. 145.2); por abandono del cargo (art. 145.5); y, por ciertos y acotados “delitos” (art. 120.10 + art. 129), el clásico impeachment. En cualquiera de esos casos de falta definitiva de la/el Presidenta/e se reitera que el sucesor automático es la/el Vicepresidenta/e (art. 146) como en cualquier presidencialismo. Igual solución se prevé para el caso de revocatoria popular del mandato de la/el Presidenta/e (art. 106 *in fine*). Sólo ante la ausencia simultánea y definitiva de dicha dupla, siempre que no faltare un año o menos para cumplir sus mandatos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para dichos cargos hasta completar el período.

Frente a esta reiteración de mecanismos tradicionales de control inter-orgánico, irrumpe la grande innovación institucional buscada en este trabajo y que ya debe ser precisada. De la última “oleada” constitucional, tan sólo la NCE/08 es la que prevé este otro flamante mecanismo de interrupción popular ante-*tempus* de los rígidos mandatos electivos del Ejecutivo y Legislativo: la disolución/dstitución simultáneas de ambos órganos políticos y elecciones anticipadas simultáneas, por decisión de alguno de ellos ante críticas situaciones (arts. 130 y 148). Para mejor comprender este novo procedimiento es conveniente observar en paralelo las cláusulas constitucionales que lo regulan [los corchetes, negritas y subrayados no son del original]:

Artículo 130

[1º párrafo: *copete e incisos*]

*“La Asamblea Nacional **podrá destituir** a la Presidenta o Presidente de la República en los siguientes casos:*

1. Por arrogarse funciones que no le competen constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional.

Artículo 148

[1º párrafo]

*“La Presidenta o Presidente de la República **podrá disolver** la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna.*

(13) A todo evento, estas elecciones presidenciales y legislativas simultáneas pueden sufrir una inicial alteración en caso de que sea necesario realizar la segunda vuelta electoral sólo prevista para elección de Presidenta/e y Vicepresidenta/e (art. 143).

(14) No se echa mano a los mecanismos del “neo-presidencialismo” donde el legislativo puede exigir responsabilidad política a uno o todos los ministros del Ejecutivo por destitución vía moción de censura como ocurre en la Constitución de Bolivia (art. 159.18); en la Bolivariana a ello se agrega la destitución por censura del Vicepresidente Ejecutivo (arts. 187.10 + 240, párr. 1º + 246) y la eventual disolución del legislativo por el Ejecutivo (arts. 236.21 + 240, párr. 2º). En cambio, en la NCE/08 los ministros nombrados y removidos discrecionalmente por el Ejecutivo sólo puede ser destituidos por la Asamblea por vía de “enjuiciamiento político” (art. 131), como en cualquier presidencialismo.

(15) Dicha revocatoria ampliada también es adoptada por las constituciones bolivariana (art. 72) y boliviana (art. 11).

2. Por grave crisis política y conmoción interna. En un plazo de setenta y dos horas, concluido el procedimiento establecido en la ley, la Asamblea Nacional resolverá motivadamente con base en las pruebas de descargo presentadas por la Presidenta o Presidente de la República

[2º párrafo]

Para proceder a la destitución se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

De prosperar la destitución, la Vicepresidenta o Vicepresidente asumirá la Presidencia de la República. Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez durante el período legislativo, en los tres primeros años del mismo.

[3º párrafo]

En un plazo máximo de siete días después de la publicación de la resolución de destitución, el Consejo Nacional Electoral **convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales anticipada para el resto de los respectivos períodos.**

[130, 4º párrafo]

La instalación de la Asamblea Nacional y la posesión de la Presidenta o Presidente electo tendrá lugar de acuerdo con lo previsto en la Constitución, en la fecha determinada por el Consejo Nacional Electoral”.

[2º párrafo]

Esta facultad podrá ser ejercida **por una sola vez** en los tres primeros años de su mandato. En un plazo máximo de siete días después de la publicación del decreto de disolución, el Consejo Nacional Electoral **convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos períodos.**

[148, 3º párrafo]

Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo”.

En este par normativo radica la innovación ecuatoriana aquí presentada. Su lectura de consuno permite agrupar las distintas causales del novo mecanismo de mutua y simultánea disolución/destitución, de la siguiente manera:

— Dos comunes a disposición de cada órgano político: i) “*por arrogarse funciones que no le competen constitucionalmente*”; y, ii) “*por grave crisis política y conmoción interna*”.

— Una de exclusivo uso por parte del Ejecutivo: iii) “*si de forma reiterada e injustificada [la Asamblea Nacional] obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo*” (más adelante se dicen algunas palabras de dicho “Plan” por su carácter estratégico en la NCE/08).

En cualquiera de las causales mencionadas (i, ii, iii), el mecanismo sólo puede usarse por cualquiera de los órganos, “*por una sola vez*” en “*los tres primeros años*” de los mandatos presidencial/legislativo de cuatro años. Podría quedar la duda si usada por uno, queda inhibida para el otro o si cada uno la mantiene con independencia del uso por parte del otro. Lo cierto es el consecuente de este mecanismo siempre es el mismo y doble: destitución del Ejecutivo o disolución del Legislativo, según quién lo ejerza; y, rápidas elecciones presidencial - legislativa, anticipadas y simultáneas.

Cuando esta especie de “daga de doble filo” sea blandida por la Asamblea Nacional, en cualquiera de las dos causales a su disposición (i o ii), siempre requiere la mayoría de dos terceras partes de sus miembros, con más sendas peculiaridades procedimentales: la causal (i) exige (también si esa causal

es invocada por el Ejecutivo) el “*previo dictamen favorable de la Corte Constitucional*” (16); y la causal (ii) exige que la Asamblea la invoque “motivadamente con base en las pruebas de descargo presentadas por la Presidenta o Presidente”.

Respecto al estratégico “*Plan Nacional de Desarrollo*” (P.N.D.) —cuya obstrucción por la Asamblea habilita exclusivamente al Ejecutivo a disolver a aquella con más su propia caducidad (causal iii)— basta destacar aquí que del mismo depende la concreción del abarcativo y crucial objetivo constitucional de “*alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay*” (Preámbulo). A su vez, bajo el rótulo de la “*Planificación participativa para el desarrollo*” la NCE/08 se refiere al P.N.D. como “*el instrumento al que se sujetarán*” todas las políticas públicas y la inversión y la asignación de los recursos públicos (art. 280), con primacía tanto sobre el “*Presupuesto General del Estado*”, cuya formulación y ejecución “se sujetarán” a aquel (art. 293) como al “sistema nacional de inclusión y equidad social” (art. 340) (17). Como todo este detallado andamiaje burocrático *pro sumak kawsay* es responsabilidad fundamental del Ejecutivo (18) con el necesario contralor de la Asamblea Nacional (19), es bien significativo que se tipifique su discrepancia sobre su adopción como causal (iii) para destrabar los obstáculos en favor del cumplimiento de los ambiciosos cambios prometidos por la nueva Constitución.

Lo interesante es que ninguno de los dos órganos políticos surgidos de la elección popular puede enviar al otro anticipadamente ante los ciudadanos que lo han investido sin exponer su propia continuidad. Ergo, ambos parecen asumir iguales ventajas y riesgos. Se establece, pues, una aparente y exacta igualación entre aquellos: si la/el Presidenta/e disuelve la Asamblea pone en juego su propia existencia, en tanto que si la Asamblea arriesga la suya si destituye por esta vía la/el Presidenta/e. Esta igualación parece prescindir de las notorias diferencias orgánicas (Ejecutivo unipersonal y Legislativo pluripersonal). Empero, tales diferencias terminan haciéndose presentes pues para que el Ejecutivo disuelva a la Asamblea basta ponerse de acuerdo consigo mismo (salvo en la causal i que requiere la anuencia de la Corte Constitucional) en tanto que para que el Legislativo destituya por esta vía al Ejecutivo se requiere siempre la mayoría calificada y algo más según la causal que invoque (i o ii). Como se observa, si bien en principio se mantiene la rígida separación de poderes y los mandatos fijos de ambos parece relativizarse fuertemente la típica irrevocabilidad mutua del presidencialismo (doble imposibilidad: el Legislativo no destituye políticamente al Ejecutivo, sin perjuicio del exigente impeachment; y, a su vez, el Ejecutivo no disuelve al Legislativo). En rigor, la NCE/08 más que relativizar esa clásica irrevocabilidad mutua admite novedosamente dejarla en suspenso en ciertos casos. Como si la pusiera entre paréntesis a través de la inusitada posibilidad de anticipar el protocolo de los relevos presidenciales-legislativos a partir de establecer la eventual y simultánea destitución/disolución de ambos órganos políticos por decisión unilateral y paralelas de cualquiera de ellos.

Esta verdadera innovación inter-orgánica, implica la paradójica adopción de una eventual vía “anti-presidencialista” para el nuevo presidencialismo ecuatoriano. De allí, que la titulación interrogativa de este trabajo se anime a colocar entre paréntesis parte del nombre propio de esta incipiente nueva forma gubernamental: en principio, presidencialista, pero —en ciertos casos— no tanto... Si se recupera la famosa metáfora sobre

(16) Esa Corte “es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia” (art. 429), con “autonomía administrativa y financiera” (art. 430), integrada “por nueve miembros... por un período de nueve años, sin reelección inmediata” y “renovables por tercios cada tres años” (art. 432), no es nombrada por los órganos políticos sino por una “comisión calificadora” (art. 434).

(17) Ese “sistema” “es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo” (art. 340, párr. 1º).

(18) Dentro de atribuciones y deberes del Ejecutivo se encuentran (art. 147): -presentar al “Consejo Nacional de Planificación” la propuesta del P.N.D. para su aprobación (inc. 4); -presentar anualmente a la Asamblea Nacional el informe sobre el cumplimiento del P.N.D. (inc. 7); - enviar la proforma del Presupuesto General del Estado a la Asamblea (inc. 8).

(19) Entre las atribuciones y deberes del Legislativo se encuentran (art. 120): - conocer los informes anuales que presenta el Ejecutivo y pronunciarse al respecto (inc. 4); - fiscalizar los actos de la función Ejecutiva (inc. 9); - aprobar el Presupuesto General del Estado (inc. 12).

el presidencialismo clásico como “matrimonio sin divorcio ni separación de cuerpos” (Duverger, 1981:12), claramente se percibe el establecimiento de un dispositivo “anti-presidencialista” pues —precisamente— el mismo permite disolver el vínculo “nupcial” por la sola voluntad de uno de los “cónyuges” desavenidos, evitando los violentos “divorcios” que terminan suprimiendo a uno de ellos por el otro.

Con una mirada de conjunto y en movimiento de todo lo hasta aquí dicho sobre la nova gubernamentalidad ecuatoriana (presidencialista y —a la vez y por una vez— “anti-presidencialista”) se puede decir: siempre que el presidencialismo tal cual se lo conoce funcione sin interferencias (inter-poderes o extra-poderes) continúa con su rígida separación de poderes e irrevocabilidad mutua hasta que finalicen los mandatos legislativo y presidencial, ambos de cuatro años; empero, si durante los tres primeros años se recurre a alguna de las conflictivas “causales” mencionadas, entonces es como si los dos “motores” del presidencialismo se pudieran “apagar” al unísono por decisión unilateral de cualquier de los órganos políticos hasta la inmediata elección popular anticipada y simultánea de ambos; a partir de allí regresa el conocido presidencialismo hasta la finalización de los mandatos respectivos. En suma, mientras en el presidencialismo clásico existen dos “motores” sin “apagado/encendido” ante-tempus, en la NCE/08 esos “motores” tienen previsto un mecanismo de eventual “apagado” y “re-encendido” popular, por elecciones anticipadas.

Ninguna otra forma gubernamental antes conocida bajo el constitucionalismo tiene ese dispositivo simultáneo en medio de esos dos “motores”; es como si conjugara los dos dispositivos separados y/o sucesivos que caracterizan al parlamentarismo monárquico o republicano: no se trata de moción de censura destitutoria por un lado y disolución parlamentaria por el otro, sino de censura + disolución o viceversa. A todo evento, lo que podría acercarse —mas no equipararse— es aquel poco difundido dispositivo de tres constituciones europeas de la llamada “pléyade desconocida” del sistema semi-presidencialista de Weimar, Austria e Islandia: el “referéndum de remoción-disolución” (no de elección simultánea y anticipada) sólo en manos del Legislativo (Duverger, 1981:47) (20).

En definitiva, este nuevo mecanismo ecuatoriano que admite la alteración severa del clásico presidencialismo no apuesta a un mero control horizontal (inter-órganos) sino a uno que termina siendo vertical en tanto parece llevarse hasta sus últimas consecuencias la dual legitimidad democrática propia del presidencialismo: así como el sufragio directo equipara ab-initio a la presidencia con el parlamento, una derivación consistente con ello —como se pergeña en la NCE/08— es que ciertos conflictos entre ambas legitimidades no pueden ser resuelto finalmente más que por el mismo electorado.

Con todas sus limitaciones sustantivas, temporales y orgánico-procedimentales, parece tender a que la “última palabra” vuelva a estar en manos del pueblo. Por ello, uno de los adjetivos posibles para empezar a nominar a este singular presidencialismo/anti-presidencialista o presiden(cialismo) con paréntesis, sería “popular” (21). Mientras aparece el otro adjetivo que interroga el título de este trabajo es hora de empezar a sopesar alguno de los sentidos de semejante cambio.

V. La novedad institucional en busca de (su) autor

Sin pretensión alguna de patentar este “invento” ecuatoriano, parece pertinente leerlo a la luz del marco evaluativo y propuesta institucional del profesor brasileño en Harvard que se recordara al principio: Roberto Mangebiera Unger en sendos ensayos (de 1988 y 1999) (22).

(20) “En la práctica ese referéndum de remoción-disolución jamás ha sido aplicado ni en Berlín, ni en Viena, ni en Reyjavick...Bajo la apariencia de la igualdad, establece una discriminación profunda entre los dos soberanos surgidos del sufragio universal. El presidente puede disolver el parlamento sin poner en juego su propia existencia, en tanto que el parlamento arriesga la suya proponiendo la remoción del presidente” (Duverger, 1981:48).

(21) El nuevo texto supremo alude a “popular” por doquier: al hablar de: elección (arts. 61.6 + 105, párr. 1º), de iniciativa normativa (art. 61.3 + 103, párr. 1º), de consulta (arts. 104, párr. 1º + 407 in fine); también al referirse a una de las “formas de organización económica o sector de “la economía (art. 283, párrs. 2º y 3º) o subsector del “sector financiero” (art. 311).

(22) El primero, publicado en Argentina con otros ensayos de célebres académicos internacionales convocados por el Consejo para Consolidación de la Democracia presidido por Carlos Nino; y el segundo (“Manifiesto” final de La democracia realizada, (“Segunda tesis: Sobre los dispositivos constitucionales de gobierno”).

Casi en solitario, el autor dice confiar en el “poder transformador de la presidencia” para resolver los “grandes problemas estructurales que representan el punto de partida de cualquier reflexión sobre la reorganización constitucional del país [toma a Brasil como paradigma]: un ciclo político que se repite y una gran división económica y social que se perpetúa” (Unger, 1988: 96). Ante semejante realidad, “[l]a gran tarea de la Reforma Constitucional... es —siempre según el autor— contribuir a la superación del ciclo político, porque es poco lo que puede hacer una Constitución para terminar [por sí misma] con el dualismo económico” (*Ibidem*: 100).

Postula así mantener el presidencialismo pero, al mismo tiempo, sanearlo de uno de sus más reiterados defectos: el impasse en casos que el Ejecutivo presidencial pretendiera realizar cambios importantes y conviviera con una mayoría legislativa hostil, “la extraña inversión que torna al Presidente fuerte cuando se trata de apadrinar, pero débil para transformar”. Para ello, no propone “cambiar el equilibrio relativo entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo” y no modificar el presidencialismo tradicional a partir de una nueva “mezcla de elementos presidencialistas y parlamentaristas” (*Ibidem*: 104); intenta así huir de la “forma híbrida habitual” tipo 5ª República francesa (Unger, 1999: 242).

Aunque más abajo se retoma, el objetivo del autor brasileño es construir “un sistema que evita los gobiernos débiles y la perpetuación de situaciones de bloqueo y estancamiento”, mediante “la rápida resolución del *impasse* gracias a la intervención directa de todo el electorado. La meta es *acelerar* el experimentalismo democrático facilitando la práctica repetida de la reforma radical: cambios en las instituciones y prácticas formativas de la sociedad, así como en las creencias que las sostienen” (Unger, 1999: 242 y 243, las negritas no son del texto). En concreto, sobre un presidencialismo tradicional, el autor sigue un iter de tres pasos o momentos sucesivos para diseñar su peculiar innovación:

a) Distinguir entre “legislación ordinaria”, “corriente y episódica” (de iniciativa tanto del Ejecutivo como del Legislativo) de la “propuesta programática” o “programa de reformas” (en adelante: PPR) a cargo exclusivo del Ejecutivo, pues para ello habrá sido electo. Esto último debería estar en el centro del debate del país y requeriría un tratamiento legislativo especial: el Legislativo no podría modificar unilateralmente o diluir el PPR, tan sólo podría aceptarlo, rechazarlo o negociarlo rápidamente.

b) En caso de desacuerdo entre el presidente y parlamento sobre el PPR (por rechazo legislativo o por falta de acuerdo para su modificación), ambos órganos políticos podrían acordar o convenir (nunca unilateralmente) en realizar un plebiscito o referéndum para resolver el conflicto, incluido sus términos y lenguaje para evitar caer en el “cesarismo populista” donde “la sociedad y los partidos carecerían de oportunidad para organizarse”.

c) Si no se llegara a dicho acuerdo sobre la consulta popular o sus términos, o si el resultado de ésta no fuera decisivo (surgiera un nuevo impasse luego de realizado), irrumpe su “verdadera solución”: el parlamento o el presidente pueden resolver la mutua disolución de los dos poderes, por iniciativa paralela e independiente de cada uno dando intervención al propio electorado para la resolución del impasse mediante la convocatoria a elecciones anticipadas y simultáneas.

“La mayor objeción contra la propuesta es su novedad”, decía Unger en 1988: “Nunca se llevó antes a la práctica. No está en los libros, ni se ha oído hablar de nada de esto en los EE.UU., en Francia o en Alemania, como tampoco en España o Portugal” (Unger, 1988:112). Pues bien, la novedosa propuesta ungeriana ahora parece estar en la letra de la Constitución de Ecuador 2008 y ya se está empezando a hablar sobre ella...

Sin intentar caer en el dilema del barco de Teseo, no es difícil concluir —vis à vis entre la propuesta— Unger y el nuevo diseño ecuatoriano— en sus semejanzas. La única diferencia apreciable entre ambos se encuentra en el momento (b), ya se volverá sobre esto. En cambio, lo demás momentos (a y c) se correlación con la innovación ecuatoriana (23). Lo interesante de este reencuentro autoral—

(23) En especial, se advierten correspondencias entre: el PPR de Unger con el P.N.D. de la NCE/08; la 2ª causal del art. 148, párr. 1º NCE/08 con el presupuesto habilitante c) del brasileño; y el común efecto simultáneo de “disolución mutua”.

constitucional es que permite extenderlo a los objetivos buscados, es decir, a los para qué de todo esto (24). Con este paralelismo, no es difícil argüir que las notas ya expuestas de la nueva institucionalidad de Ecuador —máxime si se la combina con la enfática participación popular, como se dijo— también procuran revertir, superar, desarticular, simultáneamente, aquellos “dos rasgos” dominantes de la “tradición constitucional moderna” que se recordaran al principio de este trabajo, para así aumentar las chances de apurar y facilitar la ardua tarea constitucional de llevar adelante planes transformativos en esa parte del mundo. De allí, que bien puede terminar de adjetivarse a este “presiden(cialismo) popular” ecuatoriano versión 08 con un vocablo de obvio tono ungeriano: “*acelerado*”.

V. Prospectivas hipotéticas de las “nuevas” reglas de juego

Con todas las dificultades y limitaciones del aquí y ahora, cabe intentar imaginar algunas reflexiones y escenarios prospectivos sobre la eventual *performance* de esta innovación institucional ecuatoriana. Mientras la praxis y las correlaciones de fuerzas se encarguen de superar toda ficción, se intenta transportar el nuevo mecanismo estudiado a hipotéticos terrenos favorables y desfavorables a partir de variadas miradas.

En principio, tal vez sea de utilidad recordar aquella comparación nineana del “sistema político” como “juego de ingenio” donde los “más satisfactorios son los que permiten que siempre haya una salida frente a las situaciones más imprevistas y que presuponen una distribución equitativa del abanico de alternativas posibles entre los diversos actores” (Nino, 1986: 399). Con esta exigente referencia que atiende especialmente la continuidad del “juego”, la nueva gubernamentalidad ecuatoriana parece presentar alguna perspectiva de éxito al prever una inédita salida democrática para diversas situaciones de crisis o conflicto. Incluso, para la extremeña hipótesis de una profunda crisis política (por caso, si tronara el lema “que se vayan todos”). Esta vez parece haber una vía pre—constituída con impronta popular, de manera que el “juego” político pueda continuar o volver a empezar...

Pero además de enfrentar a la tradicional objeción de inestabilidad del presidencialismo tradicional, la NCE/08 también parece enfrentar la tacha de “conservadurismo institucional” que se hubieron hecho especialmente contra los presidencialismos pre-Ecuador 2008 desde dos puntos de vista: en general para toda forma presidencialista (25), y ante un presidencialismo particular que es susceptible de extenderse a los demás. El hecho de que la nueva articulación ecuatoriana, en principio, pareciera salir bien parada frente a esas críticas, no necesariamente es atribuible al error de las mismas sino más bien a que el experimento institucional en estudio va —como ya se advirtiera— en un sentido distinto del presidencialismo clásico. En concreto y para precisar lo antes dicho, se repasan tres importantes críticas que parecen superarse por la NCE/08:

Falta de flexibilidad ante el “impasse” entre los órganos políticos: uno de los problemas que desde los ’80 se señalaron contra el presidencialismo es la falta de “válvulas de escape”, es decir la ausencia de flexibilidad institucional, por caso, ante la irrupción de irreconciliables discrepancias inter-orgánicas. Esa tendencia a la inestabilidad, obviamente, lo incapacitaba para llevar adelante cualquier programa transformador. Este análisis se pregunta sobre “quién tiene más derecho a hablar en nombre del pueblo”: si el presidente o la eventual mayoría parlamentaria opositora (Linz, 1988:23) (26). Ese “con-

(24) La “meta” de la propuesta del brasileño autor “es acelerar” lo que denomina “experimentalismo democrático”. Como se recordara al comienzo, se procura revertir y superar los “dos rasgos” que —según el autor— han dominado “la tradición constitucional moderna” bajo la forma de gubernamental que sea: desaceleración de la política y baja movilización política.

(25) Por caso, Marcelo Alegre (2008). El autor, con cita de David Samuels & Kent Eaton (2002), comparte que “en un sistema presidencialista los cambios frente al status quo 1) son más improbables, 2) menos profundos, 3) más lentos, 4) más costosos” (Alegre, 2008:50).

(26) Los otros problemas que presenta este autor y que se mantienen en la NCE/08, son: i) “suma cero” en la elección presidencial (el que gana se lleva todo) con todas las negatividades que implica; ii) presidencia “bi-dimensional” y “ambigua” (responde por toda la nación y, al mismo tiempo, representa una opción política).

flicto latente” que puede hacer “erupción dramáticamente” en los presidencialismos tal como se los conoce (excluyendo, claro, a Ecuador 2008) no tiene ningún mecanismo popular para resolverlo antes del vencimiento de los mandatos fijos legislativos-presidencial. Este inconveniente que no se hubo solucionado con la eliminación de elecciones legislativas intermedias ni con la introducción de variantes que permitieran al Legislativo destituir políticamente a un débil gabinete o con la posibilidad de disolución legislativa por parte del Presidente, precisamente parece “disolverse” ahora ante la “solución” del dual mecanismo ungeriano-ecuatoriano. Así, la mutua destitución/disolución se presenta con aptitud para superar ese impasse institucional, que además suele frenar o dificultar los cambios. A su vez, es relevante considerar que este nuevo diseño se hace de una manera consistentemente democrática.

Falta de “accountability” vertical: nuevamente Juan Linz hubo señalado esa ausencia en los presidencialismos clásicos salvo que se incluyera la cláusula de la reelección inmediata, pero —en tal caso— el pueblo debía esperar hasta el final y nunca antes que se venza el mandato fijo (Alegre, 2008:58). Pues bien, no sólo por la nueva “daga de doble filo” sino también por la revocatoria popular de todos los mandatos electivos, tal crítica parece ocluirse y con ello el obstáculo de índole democrática para llevar adelante los programas de cambio.

Falta de protagonismo de los sectores populares: este vicio o defecto que se puede predicar de todos los presidencialismos conocidos e incluso de toda otra fórmula bajo el constitucionalismo dominante abreva en una especie de tardía *mea culpa* que se hiciera en relación a la reforma constitucional de 1949 en Argentina. Precisamente, se le hubo objetado no haber organizado “el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, debido, a la confianza” en la conducción del presidente (Sampay, 1973:122) (27). Frente a este tipo específico de auto-crítica autoral, la NCE/08 parece haber tomado sus recaudos, máxime si se retoma la característica general de la última “oleada” constitucional que —como se dijo— precisamente apuesta a significativas formas de participación popular con más —en el caso de Ecuador— de la nueva herramienta institucional popular—acelerada aquí analizada. Claro que rápidamente salta el interrogante acerca de las potencialidades de que pueda plasmarse en la realidad y, en caso de empezar a lograrlo, si no se generarán situaciones negativas de participación carente de deliberación colectiva (recuérdese el riesgo recordado en el acápite anterior del propio Unger de “cesarismo populista”).

Como se observa, al pensar en las potenciales bondades de la innovación ecuatoriana-ungeriana, inevitable e imperceptiblemente se pasa a pensar en sus contrarios. Ante esta no esquivable invitación, siempre en este resbaladizo terreno prospectivo, sin demasiado esfuerzo se pueden imaginar extremas situaciones en las que se podría abrir la puerta a no pocas complicaciones, algunas de ellas no tan diferentes a las que se quisieron evitar. Al margen del hipotético caso donde su utilización arroje un resultado electoral que reproduzca la misma composición y preferencias políticas que ambos poderes tenían antes de la misma, todavía se puede ensayar un breve ejercicio imaginativo de otros problemas no queridos que podrían provocarse por auto-interés de uno o los dos órganos políticos:

i) *¿Abuso por utilización?* A pesar de que sólo se permite echar mano a esta “daga de doble filo” una sola vez en los tres primeros años y por tabuladas causales, se podría desnaturalizar su ejercicio agravando la situación de un presidencialismo clásico, en —al menos— en dos negativas hipótesis:

— *si a cualquiera de los dos órganos*, aprovechando que la Constitución no fija un día a quo para su ejercicio (28), se le ocurriera —por caso, muy disgustado con un reciente y adverso resultado elec-

(27) Dijo Arturo E. Sampay en esa ocasión: “La reforma constitucional de 1949 no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares triunfantes [pues] tenían confianza en la conducción carismática de Perón, y segundo, al celoso cuidado que el propio Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares... Tal era, entonces, el talón de Aquiles de la mentada reforma y la cual, precisamente como Aquiles, fue muerta por el enemigo en la flor de la juventud a causa de tener vulnerable nada menos que su soporte”.

(28) En cambio, para la revocatoria popular de mandatos se impide su ejercicio en el primer año (art. 105, párr. 2º NCE/08).

toral— echar mano abruptamente a esta “daga” inmediatamente después de asumir sus cargos invocando alguna de las causales presentadas para forzar una nueva votación con la esperanza de lograr otro resultado;

— *si el Ejecutivo* la utilizara invocando alguna de las causales pero —en rigor— lo hiciera para impedir la consumación de algunos de los mecanismos de responsabilidad ante la Asamblea (por enjuiciamiento político o por “insania física o mental”).

ii) *¿Abuso por no utilización?* Como solo se pone en manos de cada uno de los órganos políticos la decisión de usar o no esta “daga”, podrían imaginarse dramáticas situaciones que configuren alguna de las graves causales previstas y, sin embargo, que ninguno de los dos se encuentre interesado en dar el gran paso ni en acordar una salida aceptable para el pueblo. Esta reiteración del conocido impasse presidencialista podría darse —al menos— en dos opuestas y conflictivas hipótesis:

— *Legislativo aliado al Ejecutivo*, que de consuno prefiriesen seguir adelante con su impopular política antes de arriesgar ante el electorado su “segura” posición.

— *Legislativo hostil al Ejecutivo*, que no obstante prefiriesen continuar conviviendo ante una gran incertidumbre sobre el eventual resultado electoral anticipado.

Es de lamentar que —más allá de la mucha o poca probabilidad de estas extremas hipótesis auto-interesadas— ninguna de ellas tuviera previsión institucional expresa para su evitación, aunque sea posible concebir incentivos (extra—normativos y/o normativos) que puedan desalentarlas (29).

Luego de este sinóptico ejercicio prospectivo —a favor y en contra— se observa que la “daga” ecuatoriana también es potencialmente ambivalente. Sin perjuicio de ello, como ya se dijo, las irrefutables respuestas serán dadas a medida que sean “jugadas” las nuevas reglas.

VI. Reflexiones provisionales

Luego de haber contextualizado y presentado lo que hay de nuevo hacia el interior del viejo presidencialismo en la NCE/08, se pueden recuperar algunas reflexiones provisionales.

Ante todo, parece destacarse que lo que aquí se denominara última “oleada” constitucional latinoamericana —luego de la tendencia destitutoria de tantos presidentes— implica una realista revalorización de lo institucional para generar y producir los históricos y postergados cambios (30). Y ello, en una región que durante tanto tiempo y “por varias razones” “le [hubo] asignado poca importancia” a las instituciones políticas (Prezowski, 1995:13). Se desafía así “la tradicional idea conforme a la cual la suerte de los países latinoamericanos se vinculaba con cuestiones sociales, económicas, políticas, culturales, pero nunca con temas institucionales” (Gargarella, 2008).

Ya hacia el interior de ese nuevo contexto constitucional regional, lo que aquí se empezó y terminó llamando “presiden(cialismo) popular-*acelerado*” se hubo presentado como una nota absolutamente peculiar ecuatoriana, incluso frente a la constitución boliviana tan cercana desde tantos puntos de vista. A pesar de la curiosa desatención de la academia respecto a esta peculiaridad en la cúspide del nuevo diseño gubernamental de Ecuador, la primera en su género sobre una vieja matriz presidencialista, se exploró la posibilidad de considerar a estas emergentes “nuevas” reglas de juego como una novísima fórmula de rearticular las relaciones recíprocas entre los órganos políticos frente a todas las

(29) Por caso, para evitar las hipótesis (i), el temor a un “castigo” electoral” ante el probable disgusto de muchos ecuatorianos tanto por ser llamados a un nuevo acto eleccionario ni bien acaban de hacerlo o por la flagrante argucia de evitar un enjuiciamiento político; para evitar las hipótesis (ii), el pueblo siempre dispone de la revocatoria popular de mandatos, o del impulso de alguno de los variados mecanismos de reforma constitucional por iniciativa popular.

(30) “El nuevo presupuesto hoy vigente no requiere, de todos modos, caer en la ilusión de pensar que cambiando la Constitución se acaba con la pobreza o la inestabilidad política. De lo que se trata es de reconocer —como este nuevo movimiento constitucional lo hace— que los textos constitucionales importan, porque pueden —entre otras tareas— facilitar la salida de una crisis, o retrasar el ingreso a ella” (Gargarella, 2008).

antes conocidas: no es parlamentarista ni menos asambleísta, tampoco presidencialista clásica ni semi-presidencialista. En lugar de ello, se observó al ensayo ecuatoriano 2008 como una imprecendente combinación entre un molde tradicional presidencialista que se puede poner entre paréntesis por medio de una vía anti-presidencialista “popular-acelerada”; como un experimento gubernamental sin copia y sin imitación, sin perjuicio de percibirse cierta influencia ungeriana.

Tanto es así que tal vez pueda considerarse a esta ambivalente especie de “daga de doble filo” à la Unger como una *rara avis* en el campo del gubernamentalidad constitucional, signado por la sorprendente ausencia de novedades institucionales y por una y dominante tradición que desacelera los cambios prometidos. Asimismo, que todo ello provenga de un confín latinoamericano no deja de resultar interesante en tanto (South) América desde el independentismo en adelante se hubo acostumbrado en la materia a imitar y combinar “las instituciones políticas de las democracias del Atlántico Norte” (Unger, 1988:111). Desde este punto de vista, tardía y lejanamente, pareciera volver a escucharse —esta vez desde Ecuador— algo de la célebre y desoída imprecación institucional que formulara vehemente Frantz Fanon en plena descolonización africana: “hay que inventar, hay que descubrir” con “audacia” en lugar de imitaciones “caricaturescas y en general obscenas” (Fanon, 1972: 291).

Ahora bien, como no podía ser de otra manera, con todas las potencialidades que encierra esta innovación, la misma no está exenta de riesgos y desafíos en su porvenir como lo demuestra el racconto hipotético, a favor y en contra, ensayado. Por un lado, parece desafiar algunos cuestionamientos tradicionales al clásico sistema presidencialista en procura de mejorar su capacidad democrática y democratizadora de transformar el statu quo al sesgo del ambicioso programa de cambio que dibuja el nuevo texto supremo ecuatoriano. Empero, por otro, en la medida que a esta novedad le toca convivir con “algunos caminos ya probados” (las otras conocidas notas de los otros conocidos presidencialismos) y con significativas formas de participación popular, hará que ver si podrá sortear el “doble riesgo” que ya se señalara para la nueva “oleada” constitucional regional: “el de la participación sin deliberación —que abre lugar a la manipulación política— y el de la deliberación sin participación —que crea la amenaza de un gobierno de elites—” (Gargarella, 2008).

En definitiva, como se procuraba poner de resalto desde el epígrafe, estas “nuevas” reglas de juego actualizan la impostergable necesidad de que la “última palabra” —cualquiera fuera su lengua (castellana, kichwua, shuar)— se empiece a devolver efectivamente al pueblo.—

Referencias Bibliográficas

ALEGRE, Marcelo. “Democracia sin presidentes”, en R. Gargarella (Coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, Tomo I Cap. IV, pp. 43-71.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE ECUADOR http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=_content&id=8480&task=view.

BENEDETTI, Miguel Angel. “Ayer en Anáhuac. Un temprano desencanto constitucional del republicanismo radical amerindio (1813-1815)”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales ANALES*, año 5 n° 38, 2008, pp. 160-185.

ANSALDI, Waldo. “La democracia en América Latina, un barco a la deriva, tocada en su línea de flotación y con piratas a estribor. Una explicación de larga duración”, en W. Ansaldi (Direc.) *La democracia en América Latina, un barco a la deriva*, Buenos Aires, FCE, 2007, pp. 53-121.

DUVERGER, Maurice. *Jaque al rey*, Buenos Aires, EUDEBA, 1981.

ELSTER, Jon. *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*.

Barcelona, Gedisa, 2002.

FANON, Frantz. *Los condenados de la tierra*. México, FCE, 1972.

GARGARELLA, Roberto. "Cambiar la letra, cambiar el mundo", diario "El País", Madrid, 13/10/2008.

GARCIA LINERA, Alvaro. "El Estado en transición. Bloque de poder y punto de bifurcación", en A. García Linera. La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas obreras y populares en Bolivia. Buenos Aires, Prometeo, 2008, pp. 392-412.

LINZ, Juan. "Democracia presidencial o parlamentaria. Hay alguna diferencia?", en AA.VV. Presidencialismo vs. parlamentarismo. Materiales para el estudio de la Reforma Constitucional. Buenos Aires, EUDEBA, 1988, pp. 19-43.

NINO, Carlos Santiago. "Informe sobre la práctica constitucional de dos sistemas semi-presidenciales", en Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, EUDEBA, 1986, pp. 386-399.

PEREZ-LIÑAN, Aníbal. Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina. Buenos Aires, F.C.E., 2009.

PRZEWORSKI, Adam. Prólogo a Roberto Gargarella. Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo. Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 1995.

RAMIREZ, Silvina. "Sete Problemas do Novo Constitucionalismo Indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas sao capazes de garantir os Direitos dos Povos Indígenas?", en AA.VV. Povos Indígenas. Constituicoes e Refomas Políticas na América Latina. Brasília, Instituto de Estudios Socioeconómicos -INESC-, 2009, pp. 215-235.

SAMPAY, Arturo E. "¿Qué Constitución tiene la Argentina y cuál debe tener?", en A. E. Sampay. Constitución y Pueblo. Buenos Aires, Cuenca Ediciones, 1973.

UNGER, Roberto Mangabeira: "La forma de gobierno que conviene al Brasil", en AA.VV. Presidencialismo vs. parlamentarismo. Materiales para el estudio de la Reforma Constitucional. Buenos Aires, EUDEBA, 1988, pp. 95-113.

La democracia realizada. La alternativa progresista. Buenos Aires, Manantial, 1999. ♦

Dos siglos de vida independiente en el Cono Sur ¿de la democracia representativa a la democracia participativa?

POR **MARIA DE LAS NIEVES CENICACELAYA** (*)

Sumario: I. Introducción. II. Argentina. III. Chile. IV. Uruguay. V. Consideraciones conclusivas. VI. Bibliografía.

Resumen: El artículo describe como, siguiendo la tendencia universal en el siglo XIX cuando accedieron a su independencia, los tres países del Cono Sur de América Latina (Argentina, Chile y Uruguay) adoptaron el modelo de democracia representativa en sus constituciones; analizando luego, cómo han incorporado normativamente diversos instrumentos de la democracia semi-directa y cuál ha sido la práctica de estos mecanismos. Se intenta poner de relieve, más allá del discurso jurídico, hasta qué punto en estos dos siglos de vida independiente estos institutos de participación política han servido para profundizar la democracia en la región dándole más poder a la ciudadanía.

Palabras claves: Democracia semidirecta / Referéndum / Plebiscito / Ciudadanía

Abstract: This article describes how following the universal tendency of XX century when accessing to independence three countries of the Southern Cone (Argentina, Chile y Uruguay) adopt the representative democracy model in their constitutions, direct democracy and the practice of these mechanism.

Beyond the law speech in these two centuries of independent life this instruments of politic participation has served to improve democracy and to empower citizens.

Keywords: Direct democracy - Referendum - Plebiscite - Citizenship.

I. Introducción

No obstante el importante debate teórico que en torno a las formas de la democracia -directa / indirecta- se suscitó en los procesos constituyentes norteamericano y francés a fines del siglo XVIII, desde un punto de vista práctico, ambos finalmente lo resolverán optando por el sistema representativo privilegiando de este modo las ideas de Emmanuel Sieyès por sobre las de Jean Jacques Rousseau. Tan fuerte será el triunfo de la democracia indirecta que hasta los primeros años del siglo XX sólo en dos lugares del mundo se la atenuará con alguna práctica de democracia "semidirecta": Suiza y los Estados Unidos -aunque en este último sólo en el nivel local- (Fabrè, 1977: 234).

Pero después de la I Guerra Mundial y con la intención de paliar los defectos de la democracia representativa y, a la vez, superar la imposibilidad de llevar a cabo la democracia directa, se buscarán mecanismos intermedios que potencien los aciertos y disminuyan las desventajas de una y otra, procurando su combinación armónica. Con este sentido en la denominada belle époque del constitucionalismo se institucionalizaron nuevas formas de intervención del pueblo en el gobierno (Linares Quintana, 1970: 205) aunque, lamentablemente, en muchos casos no contribuyeron a mejorar la democracia sino, por el contrario, se convirtieron en instrumento de robustecimiento del poder de los más infames dictadores. Esto influirá a futuro y tal vez explique, en parte, porque las constituciones post II Guerra no hayan sido muy generosas a la hora de consagrar instrumentos de democracia semidirecta.

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Habrá que esperar hasta fines del siglo XX para que los textos supremos de los estados acepten -y recepen- la idea de que la combinación de elementos representativos y "directos", no es antitética (Friedrich, 1966: 42) y que las formas semidirectas no son incompatibles con la teoría de la representación. Por el contrario, entre la democracia directa y la representativa existe un continuum de formas intermedias, perfectamente conciliables e integrables (Bobbio, 1985: 51) que permiten avanzar de una democracia "gobernada" -poco democrática- a una democracia "gobernante" -en la que se realiza más auténticamente la voluntad popular- (Burdeau, 1960: 48).

Va de suyo que un adecuado empleo de estos mecanismos exige, como premisa lógica, la plena garantía de los derechos y libertades fundamentales, el pluralismo político, la ausencia de manipulación de la opinión pública y condiciones de equidad en el proceso electoral para todos.

En este sentido, presentaremos muy brevemente cual ha sido la respuesta institucional al desafío planteado en los países del Cono Sur americano desde que accedieron a su independencia hace doscientos años. (Zovatto, 2004:39).

II. Argentina

Desconfiando de las apelaciones populares y siguiendo, en esto también, el modelo de la Constitución de Philadelphia (Hamilton, Madison y Jay, 1970: 215) la Constitución Argentina de 1853 consagró en exclusiva la democracia representativa sin prever, al menos expresamente en su letra, segmento alguno de democracia directa. Pero además, también influyó el temor de los hombres de la "Generación del 37", cuyas ideas fueron fuente directa de ese texto supremo, de que se reprodujese alguna situación semejante a la experiencia de 1835 cuando la Legislatura bonaerense decidió que los días 26, 27 y 28 de marzo de ese año se "explorara" la opinión ciudadana acerca del nombramiento de Juan Manuel de Rosas como Gobernador y capitán general por el término de cinco años y con la suma del poder público. Prueba de ello es que, casi cuatro décadas más tarde, el episodio era recordado con vehemencia por Bartolomé Mitre en su discurso ante la convención constituyente bonaerense el 30 de junio de 1871: "Si la observancia de las simples fórmulas fuese la verdad, esta fórmula de consultar al pueblo no respondería lo mismo a la libertad que a la tiranía. Rosas apeló al pueblo y Napoleón apeló al pueblo, y sin embargo, el pueblo votó por ellos, sancionando su despotismo, sin que por esto fuese más libre, ni consiguiese siquiera salvar su dignidad" (Sánchez Viamonte, 1957: 126).

Así, muy categor icamente el Artículo 22 CN diría que *"El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución". A su turno, tampoco las reformas constitucionales del siglo XIX ni las de 1949   1972 contemplaron otra alternativa. Sin embargo, y no obstante esta carencia formal, siempre hemos compartido la posición de un importante sector de la doctrina nacional (1) que no veía en ello un óbice para el reconocimiento de la democracia semidirecta pues, tratándose de un derecho que emana de la soberanía del pueblo, veía como suficiente la previsión del Art. 33 CN referida a los derechos no enumerados que desde 1860 reza: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".*

Este fue precisamente el argumento utilizado por el gobierno nacional cuando en 1984 a través del Decreto 2272/84 (2) decidió consultar la opinión de los ciudadanos argentinos para que voluntariamente se manifestaran sobre el acuerdo con la República de Chile tendiente a finalizar la disputa territorial sobre el Canal Beagle, en la región más austral ambos países. Y si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación al tener que resolver una impugnación judicial a dicha consulta no se pronunció sobre el fondo por razones meramente procesales (3) algunos de sus ministros no sólo no la vieron

(1) Carlos Sánchez Viamonte, César Enrique Romero, Germán Bidart Campos, Jorge Reinaldo Vanossi, entre otros.

(2) BO 30 de julio de 1984.

(3) Caso "Baeza, Aníbal R. c. Gobierno Nacional", F. 306:1125.

incompatible con la Constitución Nacional (4) sino que, avanzaron aún más. En particular, Carlos S. Fayt sostuvo: *"... el sufragio además de la función electoral, tiene una función de participación gubernativa. Esta función de participación, menos generalizada que la función electoral, está vinculada a las formas semidirectas de democracia... El elector quiere algo más que ser bien gobernado; quiere gobernar... El advenimiento de la democracia contemporáneas ofrece una perspectiva no prevista por el constitucionalismo clásico y obligará a reconocer a toda persona, legalmente capacitada, el derecho a tomar parte directamente en el gobierno de su país, mediante el referéndum o cualquier otro medio de consulta o participación popular..."*

Ante el masivo apoyo popular recibido el día 25 de noviembre de 1984 en la, hasta hoy, única experiencia a nivel nacional de democracia participativa (5) el tratado en cuestión -que a veinticinco años recibe unánimes elogios políticos- fue firmado por el Poder Ejecutivo y luego aprobado por el Congreso a través de la Ley 23.172 (6).

Luego de este hito trascendente (Ekmekdjian, 1985: 2593) para el reconocimiento de la democracia semidirecta argentina, y más allá de su aparente incompatibilidad con la letra del Art. 22 CN, no podía resultar extraño que, sus instrumentos, aunque sin un rol destacado, estuvieran presentes en la Ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional en 1993 dentro los "temas habilitados" para su debate y decisión por la Convención Constituyente (7). En el seno de su Comisión de Participación Democrática se discutieron varios proyectos en torno a esta temática y en el pleno del cuerpo la cuestión fue debatida en la sesión del día 26 de julio de 1994. Finalmente, en la redacción definitiva del nuevo texto supremo aparecerán consagrados en los Artículos 39 y 40 respectivamente la iniciativa popular legislativa y la consulta popular, en sus dos variantes, vinculante y no vinculante.

En relación a esta última, creemos que, debido a la falta de consenso en la doctrina, nacional y extranjera, respecto a la denominación que algunas formas de participación popular merecen, el constituyente de 1994 optó por esta fórmula genérica que incluye, a nuestro modo de ver, al referéndum y al plebiscito. En este sentido, es menester aclarar que el término plebiscito lo empleamos aquí -del mismo modo que lo hacen prestigiosos constitucionalistas en el derecho comparado- (8) para designar a la consulta que se hace al cuerpo electoral para que éste decida una cuestión relativa a la estructura esencial del estado o del gobierno. No le asignamos entonces, la carga axiológica -negativa- que, sobre todo la doctrina francesa, le otorga al llamar plebiscito a las consultas a través de las cuales se expresa la confianza personal a un hombre (9). En este sentido, el plebiscito sería una desviación del referéndum pues no reconoce alternativa auténtica entre dos o más opciones positivas. Mientras que el vocablo referéndum lo utilizamos, en cambio, en el sentido que lo hace la mayoría de la doctrina como derecho del cuerpo electoral a aprobar o rechazar decisiones de índole normativa. Sin embargo, como en ocasiones es difícil determinar si se trata de uno u otro supuesto, ya que normalmente hay vínculos muy estrechos entre los hombres y las instituciones, resulta dificultoso calificar a estos instrumentos de una manera muy categórica.

El Artículo 39 dice textualmente: *Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del pa-*

(4) Carlos Fayt y Augusto Belluscio.

(5) Ver Boleta de opción triunfante en Anexo.

(6) BO 30 abril 1985.

(7) BO 31 diciembre 1993.

(8) Manuel García Pelayo, Paolo Biscaretti di Ruffia, Juan Ferrando Badía, Luis Izaga, Giuseppe di Vergottini, Carlos Ollero, Mario Justo López y José Luis Lazzarini, entre otros.

(9) Verbi gratia, Léon Duguit, Maurice Hauriou, Maurice Duverger, Carlos Ruiz del Castillo y Catalán de Ocón López y Mario Justo López.

drón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal. A su turno, el Artículo 40 prevé: El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

De su lectura resalta a todas luces que los partidos políticos -en rigor, sus representantes en la Convención Constituyente- temerosos de que se desestabilizase su hegemonía, más allá de declarar su aparente intención de paliar la anterior deficiencia normativa en torno a la participación política, sólo incorporaron estos tres mecanismos, con fortísimas e injustificadas limitaciones y sin haberlos vinculado, lo que habría favorecido el protagonismo ciudadano. Encima, no se contemplaron valiosos instrumentos como la revocatoria popular de funcionarios o la revocatoria popular de leyes o de sentencias -que, de todas formas, en nuestra opinión, estarían comprendidos en el ya referido Artículo 33 CN- (Quiroga Lavié, Benedetti, y Cenicacelaya, 2001: 355) que tal vez hubiesen contribuido a superar el déficit de legitimación que en general ha afectado a los órganos de gobierno en el país, en particular en los últimos años (Cenicacelaya, 2004: 113) Esa tendencia no sólo ha sido ratificada sino profundizada con las leyes reglamentarias de ambas normas supremas, la Ley 24.747 (Iniciativa Legislativa Popular) (10) y la Ley 25.432 (Consulta Popular) (11) lo que ha provocado que, a tres lustros de la incorporación de los mecanismos de democracia semidirecta en el más alto rango normativo nacional, los ciudadanos argentinos no hayan podido aún llevar a la práctica estas instituciones.

III. Chile

La experiencia histórica chilena también nos revela una escasa presencia de democracia semidirecta (Guzmán Astete y Villagrán, 1997: 99) Después del triunfo de las tropas patriotas en la batalla de Chacabuco el 12 de febrero de 1817 asume como Director Supremo Bernardo O'Higgins quien juzgaba a la democracia y al régimen representativo como instituciones prematuras e inadecuadas para los chilenos de entonces, a quienes creía carentes de preparación para gozar de sus beneficios (Eyzaguirre, 2000: 71). De ahí que al tomar el mando se manifestase partidario de la dictadura militar como medio de educar paulatinamente a los ciudadanos.

Presionado por la aristocracia santiaguina, se vería obligado a renunciar el 28 de enero de 1823. Desde entonces y hasta 1831 el país vivirá años de caos y anarquía durante la vigencia de la moralista (12) Constitución de 1823 primero y la liberal de 1828 después. En contraste, Chile logrará una sorprendente estabilidad política bajo el imperio de la conservadora constitución de 1833, que con la inspiración de Diego Portales, instaura un régimen de gobierno "popular representativo" (Eyzaguirre, 2000: 88).

Ese texto constitucional -reformado doce veces- sería uno de las que más ha durado en América Latina. Recién fue reemplazado en 1925 por una constitución elaborada por una comisión parlamentaria a instancias del Presidente de la República, Arturo Alessandri, la cual fue sometida a consideración del pueblo el 30 de agosto, recibiendo el 93,9% de aprobación (13). Dicha constitución, que preveía el referéndum de arbitraje para que el Jefe de Estado pudiera convocarlo en caso de desacuerdo

(10) BO 24 de diciembre de 1996.

(11) BO 27 de junio de 2001.

(12) Obra de EGAÑA, Juan, tenía un moral complementario del texto político reglaba en detalle los deberes de los ciudadanos en todas las circunstancias de la vida y preveía que el Senado velase por las costumbres y la moralidad nacionales.

(13) United States Library of Congress, <http://lcweb2.loc.gov/frd/cs/chile>, sitio consultado en julio de 2007.

con el Parlamento, (14) de manera similar al modelo de la República de Weimar de 1919 y al de otros textos supremos de la época (Hamon, 1995: 55) sería objeto de reforma en diez ocasiones y reemplazado recién en 1980 por el régimen militar de Augusto Pinochet.

Como tantas otras dictaduras en diversas latitudes, la surgida del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 procuró, en diversos momentos, legitimar su propia existencia y supervivencia. A mediados de 1977 Estados Unidos empieza a presionar para que Chile entregue a los autores del asesinato del ex canciller de Allende, Orlando Letelier, ocurrido el año anterior en Washington, durante su exilio, a manos de la DINA, policía secreta pinochetista. En simultáneo, se produce una “guerra interna” en las fuerzas armadas entre los sectores “duros” -oficiales que querían perpetuar el poder del General Augusto Pinochet- y “blandos” -militares que pretendían “institucionalizar” el régimen, ya absolutamente conocido internacionalmente por sus masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos. Para enfrentar estos problemas, Pinochet anuncia una consulta al pueblo que provoca el rechazo público de sus colegas comandantes del Ejército del Aire y de la Marina. No obstante, el primer plebiscito de la dictadura chilena, de todas formas se lleva a cabo. El 4 de enero de 1978, los ciudadanos debían aprobar o rechazar una afirmación a todas luces ambigua: *“De cara a la agresión internacional lanzada contra el Gobierno de nuestra Patria, apoyo al General Pinochet en su defensa de la dignidad de Chile y reafirmo la legitimidad del Gobierno de la República para dirigir soberanamente el proceso de institucionalización del país”*.

Ello sucedía además, en un contexto de absoluta ausencia de libertades políticas, de registros electorales destruidos después del golpe, de exacerbación nacionalista sistemáticamente promovida desde los medios de comunicación controlados por el gobierno y de falta de garantías de toda índole. En síntesis, se trató, como calificó el ex Presidente de la República, Eduardo Frei Montalva, de un “vulgar fraude” en el que el gobierno dijo haber cosechado la adhesión de más de cuatro millones de ciudadanos, es decir, unos 2/3 de los habilitados.

El 11 de agosto de 1980 se publica el texto de una nueva Constitución (15) que concentraba el poder político en manos de un Presidente con verdaderas características cesaristas y al día siguiente se convoca a un plebiscito que se llevaría a cabo el 11 de septiembre, día en que se cumplían siete años del golpe de Estado contra el gobierno de la Unidad Popular (16). Al respecto, la Conferencia Episcopal chilena emitió una declaración titulada “Al servicio de la paz” donde sostenía que el plebiscito no tenía autoridad moral por cuanto no había claridad en las alternativas planteadas; se debía responder sólo “SI” o sólo “NO” en bloque a varias preguntas diferentes (la nueva Constitución, el Estatuto Provisorio y la permanencia en el poder del General Pinochet); no había información relevante en los medios de comunicación de carácter nacional y existía falta de seguridad en los procedimientos de los escrutinios”. Los obispos estaban en lo cierto. Después de un mes de una vasta -y monopólica- campaña oficial a favor del texto constitucional ofrecido por la dictadura, la consulta se realizaría vigente el estado de excepción, con toda la actividad política suprimida, sin registros electorales y, obviamente, sin las más mínimas garantías. Hasta algunos sectores de las Fuerzas Armadas se manifestaron en contra de esta peculiar forma de institucionalización del régimen.

Sobre este plebiscito dijo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Las elecciones o plebiscitos llevados a cabo sin un debate público y libre sobre los méritos de los respectivos candidatos y programas de gobierno, son inconsistentes con el respeto pleno de los derechos políticos. La doctrina también reconoce que las partes en el proceso electoral deben tener igual acceso a los medios de comunicación de masas para la difusión de sus puntos de vista, de manera general, y que el gobierno, en particular, debe mantener una estricta neutralidad y abstenerse de emplear recursos a su disposición para tratar de influir en el electorado” (17).

(14) Artículo 109.

(15) Decreto ley 3464.

(16) Decreto ley 3465.

(17) CIDH, Informe Chile, 1985, página 297.

El triunfo del “SI”, según datos oficiales fue contundente: 67,06%; en un comicio en el que -también según el gobierno convocante- en cuanto a participación ciudadana, se dio un record histórico, 93,6%. Estos dudosos datos provocaron una presentación de dirigentes opositores ante el organismo fiscalizador de los escrutinios, en la que alegaron -por supuesto sin éxito- que en algunas comunas la cantidad de sufragantes había excedido a sus habitantes (El País, Madrid, 12/09/1980, página 14, Internacionales).

La nueva constitución preveía la realización de otro plebiscito en el que si triunfaba el “SI”, se legitimaba una nueva institucionalidad: el 11 de diciembre de 1989 se elegirían ciento veinte diputados y veintiséis senadores que asumirían el 11 de marzo de 1990 junto a los diez “senadores designados” (además del mismísimo Pinochet, dos ex jueces de la Corte Suprema más un ex Controlador General de la República más los cuatro Comandantes en Jefe más un ex Rector de Universidad Estatal más un ex Ministro) y se prorrogaba el mandato de Pinochet por otros ocho años. Y si ganaba el “NO”, Pinochet quedaba al frente de la presidencia por un año más y noventa días antes de expirar su mandato se producirían elecciones presidenciales y legislativas.

Aunque parte de la oposición en un principio dudó de participar de una consulta tan amañada y que la propaganda oficial planteó como una disputa “Pinochet o Allende” (El País, Madrid, 05/10/1988, página 11, Internacionales) el comicio terminaría siendo un importante momento de movilización que desencadenó el retorno de la actividad política al país y una recomposición de los partidos y alianzas políticas sin lo cual hubiera sido impensable su desarrollo posterior (Barbé, 1994: 259). El plebiscito del 5 de octubre de 1988 concentró el interés de la opinión pública internacional de un modo extraordinario; más aun cuando, para sorpresa de sus promotores, se supo que el “NO” se impuso con el 57,8% de los votos. De esta manera la transición chilena asumía características únicas en el mundo: ocurría contra la voluntad del dictador quien había fracasado en su intento de, mediante la Constitución que él mismo había concebido, institucionalizar su régimen.

Forzado por los otros comandantes, Pinochet primero debió acatar el resultado adverso y luego aceptar importantes cambios en la ley fundamental, producto de las negociaciones entre sus representantes, la derecha moderada y los partidos de la “Concertación Democrática” (Valenzuela, 1998: 177) que desde 1990 gobierna el país. Esas modificaciones fueron, a su vez, aprobadas en un nuevo plebiscito el 30 de julio de 1989 como lo exigía la misma Constitución (Biscaretti di Ruffia, 1996: 50).

Sin embargo, el texto supremo habilitaba a Pinochet a mantenerse como Comandante en Jefe del Ejército hasta el 10 de marzo de 1998 y luego como senador vitalicio. Además, aún derrotado en el plebiscito de 1988, continuaría en el poder por un año más, lapso durante el cual se organizarían elecciones presidenciales y legislativas. En ese tiempo, Pinochet pudo redefinir parcialmente el esquema institucional a través de leyes orgánico-constitucionales que, luego de instalarse el gobierno electo necesitarían para su modificación una mayoría calificada de 4/7 de diputados y senadores, perversa ingeniería que condicionaría enormemente el desarrollo de la democracia tanto en los gobiernos de los demócrata-cristianos Patricio Aylwin Azócar -triunfador en las elecciones del 14 de diciembre de 1989- y Eduardo Frei Ruiz-Tagle cuanto en el del socialista Ricardo Lagos Escobar.

Este último, el día de su asunción, le pidió a la oposición colaboración para reformar la Constitución heredada. El texto supremo de 2005, adoptado finalizando el mandato de Lagos, es bien renuente a la participación ciudadana directa. Sólo la prevé para dirimir los conflictos que eventualmente se susciten entre el Jefe de Estado y las mayorías parlamentarias en el proceso de reforma constitucional cuando el Presidente estime necesario o conveniente el arbitraje del pueblo (Nogueira Alcalá, 2006: 450). Así, puede convocar a plebiscito en dos situaciones: a) cuando rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras del Congreso y éstas insistieren en su totalidad con las dos terceras partes de los miembros en ejercicio y b) cuando las Cámaras rechacen todas o algunas de las observaciones del Presidente e insistan con dos tercios de sus miembros en ejercicio en el texto aprobado por ellas (18).

(18) Artículo 128.

IV. Uruguay

El 25 de agosto de 1825, la Sala de Representantes de la Provincia Oriental instalada en Florida declaró la independencia y el 18 de julio de 1830 se adoptaba su primera Constitución. A pesar de los avatares políticos que el destino reservaba a la República, esa originaria ley suprema de carácter puramente “ceremonial” (Gros Espiell, 1956: 147) regiría la vida del país durante cerca de un siglo; siendo así la que alcanzaría el más extenso período de vigencia.

Recién el 28 de febrero de 1912 se produce una revisión constitucional que va a consistir en que el procedimiento reformador incluirá, por primera vez, un instrumento de democracia semidirecta: la reforma de la Constitución era realizada por una Convención Constituyente, elegida ad-hoc por el pueblo, pero el texto sólo entraba en vigencia si lo aprobaba el pueblo. El Uruguay se erigió de esta forma, aún antes de la Primera Guerra Mundial, en pionero hemisférico en la consagración de instrumentos de democracia semidirecta en el nivel nacional. Y a partir de entonces, todas las constituciones uruguayas preverán mecanismos de participación popular directa (Cagnoni, 1997: 150).

En 1918, el avanzado texto constitucional que estableció, entre otras novedades, la separación de la Iglesia del Estado, un Poder Ejecutivo bicéfalo y la autonomía municipal, no consagró el referéndum constitucional pero sí la iniciativa popular para el ámbito local (19). A su turno, la Constitución de 1934 prevería la posibilidad de instrumentar el referéndum en materia municipal (20). En el referéndum del 27 de marzo de 1938, se aprobó la introducción en la Constitución de la “ley de lemas” para la elección del Presidente (21). Sin embargo, el 29 de noviembre de 1942 se celebró otro referéndum en el que se aprobó una nueva Constitución redactada por una comisión multipartidaria que derogó del texto supremo la “ley de lemas” y estableció que la reforma constitucional podía realizarse por el Parlamento con mayoría en ambas cámaras, seguido de referéndum o, como en la Confederación Helvética, a partir de una iniciativa popular con el 10% de apoyo, pudiendo el Parlamento ofrecer un contraproyecto.

Con la reforma constitucional de 1952 se introdujo un Poder Ejecutivo colegiado, nuevamente la “ley de lemas” y se atribuyó a la Corte Electoral la calidad de juez de los actos de plebiscito y referéndum. En la década siguiente, la Constitución de 1966 que reintrodujo el sistema presidencial, aunque con fuerte influencia parlamentaria y que posibilitó retornar al poder el Partido Colorado luego de dos períodos de gobierno blanco (Biscaretti di Ruffia, 1996: 342) declara adoptar un gobierno “semirrepresentativo” (22). Ese texto supremo incorporó la iniciativa legislativa a nivel nacional, instrumento -nunca utilizado hasta hoy- que se debe ejercer por al menos el 5% de los inscriptos en el Registro Cívico “ante” el Poder Legislativo, para cualquiera de sus competencias constitucionales excepto en materia tributaria o cuando la iniciativa “sea privativa del Poder Ejecutivo” (23).

Pero esta Constitución, vigente desde 1967, también da origen a la figura estelar de la democracia semidirecta uruguaya: la iniciativa popular para referéndum abrogativo. Denominado por la Constitución “recurso de referéndum”, (24) procede “contra” normas jurídicas (leyes, decretos, resoluciones) vigentes para derogarlas total o parcialmente dentro del año de su promulgación; tiene los mismos límites sustanciales que la iniciativa popular legislativa y le pertenece al 25% de los electores. Recién dos décadas después, este instituto sería reglamentado. En efecto, el 20 de enero de 1989 se

(19) Artículo 141.

(20) Artículo 265.

(21) El 16 de abril de 1941 la Corte Electoral por 4 votos a 3 declaró nula la “ley de lemas” y decidió su reemplazo por el sistema de la Constitución de 1934. El 18 de junio de 1941 se presentó un proyecto conforme a este fallo pero como el Presidente Baldomir no estaba seguro de obtener la mayoría necesaria, disolvió el Parlamento el 21 de febrero de 1942.

(22) Artículo 86.

(23) Artículo 79.

(24) Artículo 79.

promulgó la Ley 16.017 que fue luego reformada en junio de 2000 mediante la Ley 17.244 agregándose a partir de entonces a la tradicional “vía larga” (recoger las firmas del 25% del padrón en el lapso de un año y acceder directamente al referéndum) una “vía corta”. En este caso, la interposición del “recurso de referéndum” ante la Corte Electoral la puede promover sólo el 2% de los habilitados para votar dentro de los ciento cincuenta días a partir de la promulgación de la ley objetada; luego, declarado procedente el “recurso” por la Corte Electoral, ésta convoca a la etapa de “adhesión”. Así se facilita el procedimiento, ya que en la primera etapa es suficiente un mínimo de voluntades para impulsar el “recurso”. En ambos procedimientos si la Corte Electoral califica afirmativamente la promoción del recurso, debe convocar a la ciudadanía a un referéndum el cual debe realizarse dentro de los ciento veinte días siguientes.

No obstante exigirse un número tan alto de adhesiones, este mecanismo ha sido utilizado en numerosas ocasiones y para asuntos diversos. En el mismo 1989 intentando -sin éxito- dejar sin efecto cuatro artículos de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado; en 1992 contra la Ley 16.211 de Empresas Públicas; en 1998 contra la Ley de Marco Regulatorio del Sistema Eléctrico Nacional; en 1999 contra un artículo de la Ley de Inversiones; en 2001 contra trece artículos de la Ley de Urgencia I; y en 2003 contra la ley que autorizaba a ANCAP a asociarse con empresas privadas y terminar con el monopolio estatal para la importación de combustibles.

Actualmente, por imperio de la ley suprema, en el Uruguay sigue siendo obligatoria la consulta al pueblo en materia de reforma constitucional, tanto la promovida por iniciativa popular; o cuando el proyecto de reforma haya sido aprobado por una minoría parlamentaria de 2/5 -al menos- de los miembros de ambas Cámaras; o cuando el proyecto de reforma haya sido adoptado por mayoría absoluta de los miembros de una Convención Constituyente especial; y también cuando la Constitución es reformada por leyes constitucionales aprobadas por 2/3 del total de ambas Cámaras en una misma legislatura. En los cuatro casos la Constitución denomina “ratificación plebiscitaria” (25) a estas consultas. En los últimos años se llevaron a cabo en dos ocasiones. En 1994 cuando fracasó el intento de una mini-reforma constitucional que proponía cambiar la elección simultánea de Presidente, legisladores y cargos municipales de un mismo partido sin cortar boleta y modificar el sistema seguridad social, posibilitando su eventual privatización. Y en 1996 cuando se abolió la “ley de lemas” y se introdujeron las elecciones partidarias internas y la segunda vuelta en la elección presidencial.

A su vez, el pueblo tiene otro poderoso instrumento: la iniciativa popular constitucional. En este caso, se exige que un proyecto articulado sea promovido por, al menos, 10% de los ciudadanos ante el Presidente de la Asamblea, debiendo luego las autoridades electorales certificar las firmas presentadas. La Asamblea puede presentar un contra proyecto que, eventualmente, se someterá en la misma oportunidad (la elección más próxima) a la opinión del pueblo (26). En los últimos años esta normativa se ha puesto en práctica en varias ocasiones.

En 1989, cuando se logra garantizar constitucionalmente el ajuste de las pensiones cada cuatro meses; en 1994, cuando fracasa destinar el 27% del presupuesto a la educación pública pero se logra prohibir se incluyan en las leyes de presupuesto reformas a la seguridad social que impliquen recortes ocultos; en 1999 cuando fracasan -por no haber alcanzado el mínimo de apoyo del 50%- la propuesta a favor de la independencia financiera del Poder Judicial y la que pretendía que los directores de los entes autónomos y servicios descentralizados no pudiesen acceder a un cargo político hasta cuatro años después de su cese (Vargas, 1999: 55); en 2004, cuando con un masivo respaldo popular se logra incluir en la Constitución que el acceso al agua potable y al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales y que el servicio sanitario será provisto en el futuro exclusivamente por “agentes estatales” primando el uso del recurso como bien social por sobre cualquier interés económico particular.

La última oportunidad en que se utilizó este archidemocrático mecanismo fue el 25 de octubre de 2009, fecha en la que también se elegía en primera vuelta la fórmula presidencial para el período 2010

(25) Artículos 331 A., 331 B, 331 C y 331 D.

(26) Artículo 331 A.

- 2015. Ese día, los uruguayos, a pesar de respaldar con contundencia a la fórmula del Frente Amplio (José Mujica - Danilo Astori) (27) que resultó la más votada, no apoyaron dos propuestas populares que eran sostenidas por la formación oficialista. En esa ocasión la mayoría de la ciudadanía oriental no aceptó agregar a la Constitución una norma que habilitase el sufragio de la diáspora, que hubiese permitido a los uruguayos votar en todas las “elecciones, plebiscitos o referéndum” desde cualquier país en “el que residan o se encuentren” (papeleta blanca) ni tampoco incorporar al supremo nivel normativo una disposición declarando “nulos e inexistentes” cuatro artículos de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (papeleta rosada) que impide el juzgamiento de quienes cometieron crímenes de lesa humanidad durante la dictadura iniciada en 1973 y que como vimos, había sido legitimada popularmente en 1989. En julio de 2009 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU había solicitado en Ginebra remover dicha la ley del ordenamiento jurídico uruguayo, como si nunca hubiera existido y luego, en octubre, seis días antes de la última consulta popular, era declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, en un caso de torturas y homicidio, por entender el más alto tribunal oriental que se “transgredió el principio de separación de poderes y afectó seriamente las garantías” (28).

Precisamente ese gobierno dictatorial también, a imagen y semejanza del régimen pinochetista, intentó desvirtuar la democracia semidirecta sometiendo a la consideración ciudadana una constitución con la que pretendía legitimarse. Sin embargo, los uruguayos no cayeron en la trampa y el 30 de noviembre de 1980 rechazaron masivamente la propuesta que mereció la expresa descalificación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (29) por ser lesiva “del derecho de participación en las funciones de gobierno y de sufragio”, porque los partidos políticos no podían “tomar parte en las deliberaciones ni actuar abiertamente para asumir una posición pública libre ante el plebiscito” y porque la opción que se consultaba a la ciudadanía estaba “limitada a la aprobación o rechazo de un único texto” elaborado por las autoridades de facto.

V. Consideraciones conclusivas

Cuando hace doscientos años los países americanos emprendieron la gesta emancipadora, lo hicieron guiados por el ejemplo de las revoluciones norteamericana y francesa y sus idearios. Y una vez alcanzada la independencia, al momento de adoptar sus textos supremos, también siguiendo el modelo noratlántico, optaron por una democracia exclusivamente representativa.

El Cono Sur del continente no fue la excepción a esta regla casi universal. Sin embargo, durante el siglo XX, primero Uruguay, luego Chile y finalmente Argentina, se inscribirán en la tendencia general de adoptar mecanismos semidirectos como medio para complementar y mejorar la democracia indirecta.

No obstante, más allá de los proclamados propósitos, ya sea por falencias normativas y/o manipulaciones de los reales detentadores del poder, hemos mostrado como la práctica ha sido bien modesta y, en varias ocasiones, se ha terminado distorsionando la esencia misma de estos instrumentos. Las previsiones constitucionales e infraconstitucionales argentinas son ejemplo de lo primero y las experiencias de las dictaduras chilena y uruguaya, de lo segundo.

A pesar de estas patologías, que ponen en duda la autenticidad de estas herramientas como genuina expresión de la voluntad popular, seguimos apostando a que otorgar al ciudadano medios idóneos para que decida directamente sobre los asuntos que lo afectan individual y colectivamente, significa un salto cualitativo que robustece y profundiza la democracia. Los ejemplos orientales de las últimas dos décadas parecen darnos la razón.

(27) Esos candidatos terminarían consagrándose Presidente y Vicepresidente de la República en la segunda vuelta electoral el 29 de noviembre de 2009.

(28) Caso Nibia Sabalsegaray, SCJ - ROU, 19 de octubre de 2009.

(29) CIDH, Informe 1979-1980, página 115.

VI. Bibliografía

BARBÉ, Carlos. "Consultazione popolare, plebiscito e referéndum nel proceso di transizione alla democrazia in Argentina" en Caciagli, Mario y Uleri, Pier Vincenzo, *Democrazie e referéndum*, Editori Laterza, Roma - Bari, 1994, páginas 257-264.

BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1996.

BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985.

BURDEAU, Georges. *La Democracia*, Ariel, Barcelona, 1960.

CAGNONI, José Aníbal. "Las Instituciones de Democracia Directa en Uruguay" en Krause, Martín y Molteni, Margarita. *Democracia Directa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, páginas 149-159.

CENICACELAYA, María de las Nieves. "Los instrumentos de la democracia semidirecta en Argentina: una aproximación crítica", *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Volume XV, São Paulo, 2004, páginas 113-117.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. "La consulta sobre el Beagle: un hito significativo en el derecho constitucional argentino", *Adla*, XLIV-C, páginas 2593-2608.

EYZAGUIRRE, Jaime. *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*, Editorial Universitaria, Santiago, 2000.

FABRE, Michel-Henry. *Principes Republicains du Droit Constitutionnel*, LGDJ, Paris 1977.

FRIEDRICH, Carl. *La democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos, Madrid, 1966.

GROS ESPIELL, Héctor. *Las constituciones del Uruguay*, Madrid, 1956.

GUZMÁN ASTETE, Eugenio y Villagrán, Paulina. "Mecanismos de democracia directa en Chile" en Krause. MARTÍN Y MOLTENI, Margarita. *Democracia Directa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, páginas 99-110.

HAMILTON, Alexander, Madison, James y Jay, John. *El Federalista*, FCE, México, 1970.

HAMON, Francis. *Le Référendum. Etude Comparative*, LGDJ, Paris, 1995.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile" en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 4, Nro. 002, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago Chile 2006, páginas 75-97.

QUIROGA LAVIE, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves. *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe - Buenos Aires, 2001.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El Poder Constituyente*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

VALENZUELA, Samuel. "La Constitución de 1980 y el inicio de la redemocratización en Chile", en Di Tella, Torcuato (Comp.) *Crisis de representatividad y sistemas de partidos políticos*, Nuevohacer, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1998, páginas 149-195.

VARGAS, Carlos. "El plebiscito de octubre" en *Cuadernos de Marcha*, Tercera Época, Año XIV, Nro. 152, Montevideo, Julio de 1999, páginas 51-58.

ZOVATTO, Daniel. "Las instituciones de la democracia directa a nivel nacional en América Latina: un balance comparado, 1978 - 2004" en AA.VV. *Democracia directa y referéndum en América Latina*, Corte Nacional Electoral, República de Bolivia, La Paz, 2004, páginas 11-40. ♦

Anexo

Boleta de la opción triunfante en la Consulta No Vinculante Nacional 25 de noviembre de 1984.



El recurso extraordinario de inconstitucionalidad y la declaración de inconstitucionalidad de oficio

POR VALERIA L. ANSELMINO (*)

Sumario: I. Introducción. II. Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad. III. El Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires (en materia penal). IV. Conclusión. V. Bibliografía.

Resumen:

La Carta Magna de la Provincia de Buenos Aires consagra la supremacía de sus disposiciones estableciendo que toda ley, decreto u orden contrarios a las declaraciones, derechos o garantías estatuidos en los arts. 1 a 56, o que impongan otras restricciones que las que tales normas permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguren, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces (art. 57). Para resguardar la prevalencia de sus preceptos instituye diversos conductos procesales de contralor, entre ellos el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, tendiente a que se resuelva acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la Constitución y se controvierta por parte interesada, resolviéndose por dicho tribunal, en vía de apelación. Así, la Suprema Corte es instituida como un verdadero Tribunal de garantías constitucionales locales, custodio último de la legalidad constitucional provincial.

El presente trabajo se ocupará de analizar el mencionado remedio procesal consagrado en la Carta Magna local y cuya finalidad es lograr -por sobre todas las cosas- la supremacía de la misma. Respecto de él se estudiarán -en principio- sus caracteres generales, luego se lo analizará enfocado al ámbito puramente penal, y -por último- se examinará su vinculación con la denominada “declaración de inconstitucionalidad de oficio”, profundizándose sobre una serie de precedentes jurisprudenciales.

Palabras claves: Recurso. Inconstitucionalidad. Constitución. Supremacía. Garantías.

The extraordinary appeal of unconstitutionality and the declaration of unconstitutionality of office

Abstract:

The Magna Carta of the Province of Buenos Aires gave supremacy to its provisions stating that any law, decree or order contrary to the statements, statutory rights or interests in the arts. 1 to 56, or imposing other restrictions that such rules allow, or deprive citizens of the guarantees to assure, will be unconstitutional and can not be applied by judges (Article 57). To protect the prevalence of its provisions establishing various channels of control proceedings, including the extraordinary remedy of unconstitutionality, aimed at a settlement on the constitutionality or unconstitutionality of laws, decrees, ordinances or regulations that statute on matters governed by the Constitution and interested party is in dispute, resolved by that court, in way of appeal. So, a Supreme Court is established as a true court of constitutional guarantees local custodian last of provincial constitutional legality.

This analysis will deal with the aforementioned procedural remedy enshrined in the constitution and local-aiming above all things, the supremacy of the same. For he will be considered, in principle, its general features, then analyze it putely focused on criminal law, and-finally-we will examine the links with the so-called “declaration of unconstitutionality of trade,” deepened on a number of precedents.

Keywords: Appeal. Unconstitutional. Constitution. Supremacy. Guarantees.

(*) Docente de la Cátedra II de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

I. Introducción

Las ideas que hacia fines del siglo XVIII y a comienzos del XIX se manejan en Estados Unidos y Francia, sobre el control de constitucionalidad de las leyes y el rol que en el mismo debe jugar la magistratura, hacen que los revolucionarios franceses influenciados por los escritos de Rousseau y de Montesquieu -como sienten una marcada desconfianza en los integrantes del Poder Judicial-, decidan crear por decreto del 27 de noviembre de 1790 el Tribunal de Casación, como órgano de control constitucional no judicial.

Al juez sólo le corresponde la tarea de aplicar en forma exegética la ley sin posibilidad de realizar interpretaciones. Estas últimas quedan en manos del Cuerpo Legislativo (1).

Con distinto criterio en Estados Unidos, se sanciona la Constitución Federal, de 1787, que por su art. VI, Sección 2ª, desarrolla el pensamiento de la supremacía de la Constitución imponiendo que *"... será la suprema ley del país, y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla..."*.

Los principios vertidos en dicha Carta son plasmados en la sentencia pronunciada el 24 de febrero de 1803 por el presidente de la Suprema Corte, John Marshall en el caso *Marbury v. Madison*. La decisión allí tomada, por su trascendencia institucional y la precisión de los conceptos vertidos constituye el piso sobre el que se asienta la teoría de la supremacía de la Constitución.

En esta sentencia se expresa que, siendo la Constitución ley suprema, los jueces deben darle preferencia sobre cualquier otra. De este modo el Tribunal hace suya la competencia para el examen de la correspondencia de los actos de los otros poderes con la Constitución, sin que esto signifique atentar contra el sistema de la división de poderes, representado en su equilibrio dinámico de pesos y contrapesos.

Nuestros constituyentes adoptan el camino seguido por los Estados Unidos al sancionar el art. 31 de la Constitución Nacional.

Del mismo modo -pero ahora centrando la visión en el ámbito local- la Carta Magna de la Provincia de Buenos Aires consagra enfáticamente la supremacía de sus disposiciones estableciendo que toda ley, decreto u orden contrarios a las declaraciones, derechos o garantías estatuidos en los arts. 1 a 56, o que impongan otras restricciones que las que tales normas permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguren, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces (art. 57). Para resguardar la prevalencia de sus preceptos instituye diversos conductos procesales de contralor: a) la acción declarativa originaria de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte, tendiente a que se resuelva acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la Constitución y se controvierta por parte interesada (art. 161, inc. 1); b) el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, que se confiere con la misma finalidad y se resuelve por dicho tribunal en vía de apelación (art. 161, inc. 1 cit.); c) el recurso extraordinario de nulidad que se abre contra las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia por los Tribunales de Justicia, cuando se alegue violación de las normas de los arts. 168 y 171 de la misma Carta Magna (art. 161, ap. 3, inc. b); y d) el hábeas corpus (art. 20) para restablecer la vigencia de la garantía lesionada por hechos o actos inconstitucionales (2).

La Suprema Corte es instituida así como un verdadero Tribunal de garantías constitucionales locales, custodio último de la legalidad constitucional provincial. Paralelamente el control difuso corresponde a todos los jueces (art. 57 de la Const. Prov. Bs. As.) y la ley organiza otros medios o vías tendientes a resguardar la supremacía de las normas fundamentales (3).

(1) OTEIZA Eduardo, "El control de constitucionalidad de oficio". Revista Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 1986-I, págs. 731/740.

(2) BERIZONCE, Roberto O. "El control de constitucionalidad local en la Provincia de Buenos Aires". Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1985-IV, págs. 780/789.

(3) BERIZONCE, Roberto O., ob. cit.

Realizada esta breve introducción, cabe destacar que el presente trabajo se ocupará de analizar uno de los remedios procesales consagrados en la Carta Magna local y cuya finalidad es lograr -por sobre todas las cosas- la supremacía de la misma. Este es el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, respecto del cual se estudiarán -en principio- sus caracteres generales, para así entender y luego desarrollar el análisis de dicha impugnación enfocada al ámbito puramente penal. Por último, y teniendo en cuenta las palabras que utiliza la Constitución de la Provincia de Buenos Aires al disponer en su art. 161 inc. 1 in fine que “se controvierta por parte interesada”, se examinará la vinculación de este recurso con la denominada “declaración de inconstitucionalidad de oficio”. Para ello se profundizará sobre una serie de precedentes jurisprudenciales tanto del Superior Tribunal nacional como del local.

II. Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad

A. Concepto y objeto

La Constitución es la máxima ley dentro de un Estado; ella se limita a dar las bases, disponiendo que es función del órgano legislativo expedir las normas necesarias para su efectividad, en tanto, es función del órgano ejecutivo reglamentar tales normas para que aquellos principios tengan vida y eficacia (4).

En esta función legislativa y ejecutiva, los respectivos órganos del Estado pueden tergiversar, vulnerar, infringir y hasta desconocer los principios esenciales de convivencia consagrados en la Constitución.

Es por ello que el derecho constitucional americano reconoce en el poder judicial la competencia necesaria para dirimir tales posibles conflictos. Al efecto instituye tres vías distintas, pero concurrentes:

- *Procedimiento de la “injunction”*: mediante el cual se puede cuestionar la constitucionalidad de una ley antes que haya entrado en aplicación. Puesta la demanda, si el tribunal estima que la ley atacada viola la Constitución, prácticamente la anula.

- *Procedimiento por acción declaratoria de inconstitucionalidad*: mediante el cual el particular que se ve afectado por la ley, reglamento, etc. en sus derechos patrimoniales o institucionales puede impugnarlos originariamente ante la Suprema Corte de Justicia, como contraria a normas, principios o garantías de la Constitución.

Esta es la demanda de inconstitucionalidad que estatuye la Carta Magna local (art. 161 inc. 1º).

- *Procedimiento por acción, excepción o defensa*: “La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: ... Ejerce la jurisdicción ... de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decreto, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada” (art. 161 inc. 1º de la Constitución provincial).

Si el superior conoce por apelación ello supone un pronunciamiento anterior sobre el punto: aquella acción, defensa o excepción se somete a decisión judicial en su oportunidad, y contra el pronunciamiento que sobre ella recaiga en última instancia se acuerda el recurso de inconstitucionalidad.

El objeto de esta impugnación es mantener el control de la Constitución, a fin de que los principios, declaraciones, derechos y garantías en ella consagrados no se vean desvirtuados por leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos (5).

(4) IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel. Tratado de los recursos en el proceso civil. La Ley, Buenos Aires, 1966, pág. 403.

(5) IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, ob. cit., págs. 404/405. Véase -en igual sentido- HITTERS, Juan Carlos. Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación. Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1998, págs. 667/668. El recuso extraordinario de inconstitucionalidad “... se erige como un canal de impugnación de jerarquía constitucional, ya que... está previsto en la Carta Magna de la Provincia. En efecto, el artículo 161 inciso 1º de ese cuerpo

Conforma un resorte de defensa de los derechos y garantía constitucionales cuando son vulnerados por un fallo judicial que haya dado validez a la norma de menor rango que los afecten.

Se trata de una casación de tipo constitucional, que se diferencia de la común, pues ésta tiene en miras el análisis de la sentencia, mientras que aquélla controla la ley en lo atinente a la validez constitucional; ello sin perjuicio de dejar aclarado que a través del remedio examinado lo que en verdad se inspecciona es el fallo judicial que esgrime la regla inconstitucional (6).

Este modo de impugnación connota una casación por errores in iudicando y procura la corrección de los defectos de juicio en que puede incurrir una decisión final, producidos al interpretar el alcance de alguno de los preceptos en relación con la Carta Magna (7).

A través de este sendero, más que la ley lo que en realidad se controla es el fallo que pone en juego una regla inconstitucional.

Dicho pronunciamiento no hace más que aplicar la norma vigente, por lo que aparentemente nada puede achacársele al judicante que la dicta.

Sin embargo, no cabe duda de que en la sentencia que usa una disposición violatoria de la Carta Fundamental, hay también un evidente error in iudicando, consistente en inaplicar el art. 57 de la Constitución de la Provincia, que le prohíbe al juez utilizar normas inconstitucionales (8).

En síntesis: por el remedio estudiado se impugna un déficit decisorio, consistente en haberle dado vida, por parte del juez, a una regla jurídica contraria a la Carta Magna Provincial, siendo el mismo un defecto in iudicando, que se configura por infracción de la Constitución local (9).

Para que tenga cabida el recurso de inconstitucionalidad es preciso no sólo un déficit del juzgador, sino también -y como acto previo- un error del legislador, consistente en dictar una norma inconstitucional. Asimismo es indispensable: a) que la cuestión constitucional se someta por parte interesada a los jueces de las instancias de origen; b) que se cuestione la validez de una ley, decreto, reglamento u ordenanza, por ser violatorios a la Constitución Provincial; y c) que recaiga pronunciamiento definitivo -contrario al recurrente- sobre el tema constitucional (10).

B. Diferencias y similitudes con otros recursos

Existen algunas similitudes entre el recurso extraordinario de inconstitucionalidad y el regulado por el art. 14 de la ley 48, aunque también es fácil descubrir ciertas diferencias.

normativo, establece, entre las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, la de ejercer la jurisdicción originaria (demanda de inconstitucionalidad) y de apelación (recurso de inconstitucionalidad) para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por dicho Estatuto Fundamental y se controvierta por parte interesada... la inconstitucionalidad puede hacerse valer tanto por acción, como por excepción; o por vía de recurso... El remedio abordado tiene por objeto imponer la supremacía de la Constitución 'local', respecto de la leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos provinciales que puedan considerarse en pugna con aquel plexo máximo, y se abre exclusivamente si se ha controvertido y decidido el caso constitucional..."

(6) HITTERS, Juan Carlos, ob. cit., pág. 669. "... por medio del recurso de inaplicabilidad de ley se ataca el uso que de la norma ha hecho el juez, mientras que por esta senda de la inconstitucionalidad se impugna -en principio- la ley misma, pero sin dejar fuera de la mira, el pronunciamiento que la aplica..."

(7) HITTERS, Juan Carlos, ob. cit., pág. 669.

(8) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., pág. 670.

(9) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., pág. 670. Además de inspeccionar la comisión de un vicio que consiste en una violación a la Constitución local, también debe llevarse a cabo, paralelamente con el ataque al fallo, una impugnación hacia la ley, a la que se la tiene que tildar de no encajar en la pirámide jurídica.

(10) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., pág. 671.

Los dos buscan la supremacía de la Constitución vigente en sus respectivas jurisdicciones, y se ejercitan a través de un recurso jurisdiccional, ante el más Alto Tribunal de su ámbito territorial, y también en ambos se controvierte la norma utilizada y el fallo que la aplica.

El sistema pergeñado por la ley federal es de mayor amplitud que el provincial, sobre todo si se tiene en consideración que a través del estiramiento jurisprudencial que sufre el primero -arbitrariedad y gravedad institucional- se resuelven cuestiones de derecho común que no son típicamente constitucionales.

Además la senda de la ley 48 no sólo se ocupa de la supremacía de la Carta Fundamental, sino también de las leyes federales y de los Tratados, cuestiones estas dos últimas, no incluidas en el andamiaje bonaerense (11).

También se observan diferencias entre el recurso de inconstitucionalidad, y el de nulidad.

Lo cierto es que este último procede cuando se violan los arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia, controlándose -en la mayoría de los casos- vicios in procedendo, aunque también funciona excepcionalmente para ciertos defectos in iudicando. En cambio el de inconstitucionalidad sólo opera si se configura este último tipo de errores.

El recurso de nulidad se resuelve con reenvío, en tanto que el de inconstitucionalidad se decide sin remisión, pues si la Corte le da cabida ejerce su competencia positiva.

Asimismo el recurso extraordinario de inconstitucionalidad funciona a través de motivos de enunciación sistemática, en cambio el de nulidad se basa en causales fijadas taxativamente por la Carta Magna.

Finalmente, el de nulidad se utiliza exclusivamente en caso de infracción a los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial, y no cuando se viola una norma de origen legal. En consecuencia los demás vicios que alteren los derechos previstos en el Supremo ordenamiento, se atacan por el casillero de la inconstitucionalidad (12).

En lo que hace a las diferencias entre el remedio aquí estudiado y el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, éste se ocupa de las infracciones, de las reglas de derecho, o de la doctrina legal; mientras que aquél solamente abarca violaciones a la Constitución de la Provincia, en el caso de que una ley, ordenanza, decreto o reglamento, no le haya dado a ésta la debida supremacía.

A su vez por el recurso de inconstitucionalidad se impugna además del fallo, la ley, decreto, ordenanza o reglamento, que se considere violatorio de la Carta Fundamental. En el ámbito del recurso de inaplicabilidad de ley se juzga la infracción de ley y de la doctrina legal, mientras que en el de inconstitucionalidad lo que se inspecciona es la supremacía de la Carta Magna (13).

C. Diferencias con la acción de inconstitucionalidad

El art. 161 inc. 1º de la Constitución provincial establece dos instrumentos para proteger la supremacía de ésta: la acción de inconstitucionalidad y el recurso de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad está comprendido en la expresión “jurisdicción por apelación”, y está regulado por el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (arts. 489/490) para aquellos casos en que la materia constitucional se controvierte en una causa penal.

La acción o demanda de inconstitucionalidad se encuentra aludida en la expresión “jurisdicción originaria” y está legislada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, pudiéndose destacar como una de las diferencias características entre ambos medios de impugnación, la aptitud

(11) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., pág. 673.

(12) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., págs. 673/674.

(13) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., pág. 674.

preventiva de ésta, y el carácter represivo de aquél, es decir, que la primera es procedente si el daño concreto no se produce aún, lo que no acontece con el recurso, que tiene sólo función reparadora.

La acción de inconstitucionalidad, pues, puede deducirse antes que la ley en sentido material (decretos, ordenanzas, reglamentos) sea efectivamente aplicada y para impedir que lo sea, de modo que no es necesario que se produzca lesión, funcionando de modo análogo a la acción de amparo, que sólo exige la inminencia o amenaza de una lesión a un derecho o garantía reconocido por la Constitución (14).

III. El Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires (en materia penal)

A. Motivo de casación

El único motivo que da cabida a este recurso opera cuando el juez de grado aplica una norma violatoria de la Carta Magna. Por ello para tener éxito en la impugnación, el quejoso debe acreditar que el dispositivo legal utilizado por el juzgador en la fundamentación del fallo, es inconstitucional.

Esto significa que dicha senda tiene que apoyarse en el vicio -in iudicando- que comete el *iudex* cuando pone en juego un precepto inconstitucional (ley, ordenanza o reglamento, y en general cualquier norma provincial que tenga alcance general).

Se trata entonces de un motivo de casación de los llamados de enunciación sintética ya que el legislador describe la causal sin efectuar una enumeración taxativa.

Cuando este recurso tiene andamio, lo que en definitiva se logra es que el *ad quem* reconozca que la ley aplicada en el dispositivo sentencial, no encaja con la Carta Magna local; por lo tanto debe disponer que la misma no se utilice para ese litigio.

El efecto producido consiste en que el Máximo Tribunal declara que la ley esgrimida por el sentenciante no es aplicable a dicho proceso.

Claro está que en esta impugnación hay un plus, pues, además del error judicial, hay un defecto legislativo previo al concebirse una regla de derecho que no se acomoda a la Constitución.

En síntesis el motivo en que se tiene que fundar esta vía muestra dos caras: por un lado el defecto del juez, al manipular en su proveimiento un precepto violatorio del art. 57 de la Carta Fundamental; y por el otro, el aludido déficit del órgano legisferante.

Este medio de ataque debe fundarse (tiene que estar motivado) en la existencia de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, tildada de inconstitucional, que haya sido aplicada por el juzgador y que causa un agravio al quejoso (15).

Por ende, no le incumbe a su órbita -no sólo- el “caso federal” que pueda coexistir con el “caso constitucional”, aunque se plantee con claridad e inteligencia, sino tampoco el “caso federal” que se concrete en una impugnación a la ley nacional reputada como violatoria de la Constitución nacional, que es de aplicación al proceso. Y muchos menos cabe aún alegar que el texto de una ley “de fondo” es contrario al texto de la Carta Magna provincial, si aquélla es suprema con respecto a ésta (16).

(14) IRIZARRI, Carlos Alberto. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Astrea, Buenos Aires, 2005. págs. 440/441.

(15) HITTERS, Juan Carlos, *ob.cit.*, págs. 710/711.

(16) IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, *ob. cit.*, pág. 420. Véase -también- HITTERS, Juan Carlos, *ob.cit.*, págs. 720/723, quien enuncia como materias excluidas del ámbito del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, a las violaciones a la Constitución nacional, la reparación de los vicios de procedimiento, la vulneración de preceptos legales de orden constitucional, la invocación del derecho de defensa en juicio y la interpretación dada por los jueces a las normas constitucionales.

B. Procedimiento

1. Sentencias recurribles

Si bien el recurso extraordinario de inconstitucionalidad se encuentra establecido en el art. 161 inc. 1º de la Constitución local y regulado en los arts. 489 y 490 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, ninguna de las mencionadas normas hace alusión a las decisiones susceptibles de ser impugnadas por este medio.

Teniendo en cuenta lo resuelto por el Supremo Tribunal de Justicia bonaerense en Ac. 93.531 y Ac. 97.500 (res. del 6-VII-2005 y 28-VI-2006 -respectivamente-) (17) debe concluirse que el remedio sub examine procede contra las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia (18).

2. Oportuno planteamiento del caso constitucional

Por conducto del recurso de inconstitucionalidad la Suprema Corte controla los fallos de otros jueces -de jerarquía inferior- que deciden sobre la cuestión constitucional.

Esto significa que para que el más Alto Tribunal de la Provincia intervenga a través de este recurso, es preciso: 1) que exista una controversia -oportunamente planteada- sobre la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, y, 2) que la misma sea resuelta por el órgano jurisdiccional a quo por fallo definitivo, y en forma adversa para el peticionario.

Vale decir que las partes tienen la carga de someter esta temática -en tiempo idóneo- a los jueces, para que la decidan en las instancias ordinarias. Por ello no es posible llevar estas cuestiones a la casación si no son articuladas y resueltas ante el magistrado de la causa. Sólo pueden ser propuestos en la instancia extraordinaria, cuando el impugnante no tenga ocasión de hacerlo en las de grado inferior (inconstitucionalidad sorpresiva).

3. Plazos y formalidades. Trámite. Remisión

Esta impugnación debe interponerse directamente ante la Suprema Corte, dentro del plazo de los veinte días contados a partir de la notificación de la sentencia que se pretende impugnar. Debe hacerse por escrito -expresándose los motivos de agravios- y fundarse necesariamente en la inconstitucionalidad de la norma cuya aplicación se discute, siempre y cuando haya recaído decisión sobre el tema (19).

(17) Con el voto de los doctores Negri, Hitters, Genoud, Pettigiani y de Lázzari se expide el Alto Tribunal de Justicia diciendo que "... en cuanto al recurso extraordinario de inconstitucionalidad, en nuestro país impera el sistema de control difuso que impone a cada uno de los jueces con independencia de su jerarquía el poder-deber de controlar la constitucionalidad de las leyes, en el ámbito de su competencia (art. 57 de la Constitución provincial). En consecuencia no sería posible saltar la competencia del Tribunal de Casación, para llevar a cabo dicha inspección de supralegalidad. La ausencia de normativa expresa, a diferencia del art. 494 para el recurso de inaplicabilidad de ley y el silencio del art. 161.1 de la Carta Suprema bonaerense, no modifica este criterio pues no se le puede privar al vencido, ni restar al órgano casacional penal su competencia para que se ocupe de la supralegalidad provincial y enmiende el eventual error del fallo, antes que el expediente llegue a los estrados de esta Corte..."

(18) En Ac. 98.005 (res. del 27-XII-2006) y Ac. 98.004 (res. del 7-II-2007) la Suprema Corte de la Provincia decide que los medios de impugnación previstos en el art. 479 del C.P.P. sólo proceden contra las decisiones dictadas por el Tribunal de Casación (arts. 161 incs. 1º y 3º, de la Const. Prov.; 489, 491 y 494, Cód. cit.) . Además, IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, ob. cit., págs. 417/418 afirma que "... Por sentencia definitiva debe entenderse aquella que dirime el pleito en su fondo; o la que decidiendo artículo, cause gravamen que resulte después irreparable, o que termine el pleito y haga imposible su continuación..."

(19) Véase arts. 483 y 484 del C.P.P. Además por tratarse de un recurso extraordinario debe autoabastecerse, poseyendo autonomía, de modo que del propio recurso y de la documentación que se adjunte deben surgir, en principio, todos los elementos que le permitan a la Suprema Corte decidir el caso.

El trámite que debe seguir es el contemplado en los arts. 486 a 488 del Código Procesal Penal. Interpuesto el recurso, el Máximo Tribunal de la Provincia examina si es admisible (20), dictando una resolución que así lo diga o lo deniegue. Una vez admitido, dictamina el Procurador General -siempre que en el caso haya sido parte el Ministerio Público Fiscal- y dentro del término de tres días contados desde la notificación de la providencia de autos, cada parte puede presentar una memoria referida a tal dictamen. Luego procede a dictar sentencia (21).

A esta senda lo que esencialmente le interesa es la inconstitucionalidad del precepto atacado; aunque indirectamente lo que pretende el quejoso es que no se aplique aquella regla que no se alinea bajo la Carta Fundamental.

Si bien es cierto que el fin de este andarivel es la primacía de la Constitución, no debe olvidarse que no se trata de un remedio en el mero interés de la ley, pues para que tenga cabida es necesario invocar el perjuicio jurídico concreto, es decir, hay que demostrar el agravio sufrido a raíz de la aplicación del dispositivo legal inconstitucional (22).

4. Técnica recursiva. Materia

En lo que atañe a la suficiencia (23) del recurso, el mismo debe cumplir los siguientes requisitos: 1) Hacer referencia -siempre- a la inconstitucionalidad de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, es decir, a cualquier norma de alcance general o abstracto, que estatuya sobre materias regidas por la Constitución local; 2) Invocar un interés jurídico concreto, es decir, el perjuicio, o agravio; 3) No hacer directa alusión a la inconstitucionalidad del pronunciamiento, sino que tal achaque debe apuntar a la norma aplicada en el fallo; 4) Indicar cuál es la cláusula constitucional violada. De ahí que además de la que corresponda en cada caso, conviene hacer referencia al art. 57 de la Carta Magna provincial que le prohíbe a los jueces aplicar reglas inconstitucionales; 5) Hacer hincapié en la inconstitucionalidad de la regla aplicada, pero sin olvidar que hace falta también demostrar la infracción en que incurre el fallador -error in iudicando- al poner en juego una norma inconstitucional, desoyendo el citado art. 57. Es preciso recordar que por este conducto hay que atacar dos déficit, uno del legislador, por dictar un precepto inconstitucional, y otro del juez, por utilizarlo como basamento de su decisorio.

El caso constitucional no cabe introducirlo directamente al interponer el recurso de inconstitucionalidad, pues es requisito que la cuestión se formule previamente ante el Tribunal de grado a fin de que éste emita al respecto decisión expresa que pueda, en su caso, ser llevada por esa vía a conocimiento de esta Corte (24).

C. Contenido de la sentencia

1. Desestimación del recurso

Cuando la Suprema Corte estima que no existe infracción, ni inteligencia errónea o contraria a la Constitución, lo declara así, desechando el recurso con condenación al apelante en las costas causadas.

El recurso puede ser desestimado aunque el “caso constitucional” haya sido acogido en primera o en segunda instancia, o en ambas; porque es siempre la Suprema Corte la que en definitiva decide si la ley, decreto, reglamento u ordenanza local es o no contraria a la constitución local.

(20) La admisibilidad hace referencia a los requisitos formales que deben cumplir el pronunciamiento, el recurso y el recurrente para que la Corte pueda revisar su fundabilidad (así, condiciones del pronunciamiento; aptitud del recurrente; tiempo, lugar y modo de interponer el recurso, etc.).

(21) IRIZARRI, Carlos Alberto, ob. cit., págs. 432/438.

(22) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., págs. 716/717.

(23) La suficiencia se refiere a ciertos requisitos técnicos que, atento la limitada competencia de la Corte derivada de lo extraordinario de la vía recursiva, hacen a la idoneidad o aptitud del recurso, y su ausencia implica el rechazo del mismo sin resolverse la pretensión del recurrente.

(24) HITTERS, Juan Carlos, ob.cit., págs. 719/720.

Con esta declaración de que la ley, decreto, ordenanza o reglamento local impugnado en el caso no es inconstitucional, termina toda discusión sobre el punto dentro del pleito.

En consecuencia, la ley cuya validez se declara así, mantiene toda su eficacia dentro del proceso, con los efectos que le son propios.

Mas la validez no se declara “erga omnes” sino con efecto inter partes, con lo que nada impide que en otro proceso pueda ser impugnada la misma por idénticos u otros motivos (25).

2.- Acogimiento del recurso

Si la Suprema Corte encuentra fundado el recurso, confirma o revoca la sentencia dictada en la instancia anterior que hubiere decidido el “caso constitucional”, pronunciándose a favor o en contra de la validez de la ley; y declara la ineficacia de dicha norma, en el caso.

Con esta declaración de que la ley, etc., es inconstitucional, termina toda discusión sobre el punto dentro del caso.

En consecuencia, la ley impugnada no tiene aplicación en el proceso, pero sólo con efecto inter partes.

Tal declaración no tiene efectos generales y futuros “erga omnes”: la ley subsiste y puede ser aplicada en otro proceso si se la invoca y no se la resiste.

Es claro que un efecto indirecto de tal declaración, en tanto se persista en ella a través del tiempo y de casos, significa prácticamente la anulación de la ley. Entonces el legislador deroga o modifica la misma cuyos graves defectos se señalan y reiteran. Pero mientras esto no suceda, la ley subsiste como acto del Estado, sin que otro órgano que no sea el Poder Legislativo pueda arrogarse la facultad de anularla definitivamente en el tiempo.

Lo mismo cabe decir respecto de los decretos dictados por el poder administrador y de las ordenanzas o reglamentos emanados de entes autárquicos o relativamente autónomos (26).

D. Declaración de inconstitucionalidad de oficio

Siguiendo a Manuel Ibáñez Frocham (27), se sostiene que como el primer deber del juez es observar y aplicar la Constitución, tiene no sólo la facultad, sino la obligación de rehusarse a aplicar una ley que él considere inconstitucional.

Señala este autor que en ningún caso le está permitido a los jueces invalidar motu proprio una ley; ni aún cuando ellos mismos declaren ya su inconstitucionalidad en algún proceso anterior; ni siquiera tampoco cuando la misma declaración es, en otro proceso, la más alta autoridad judicial del país.

Admite que la tesis aludida puede tener algún asidero, no sólo frente al texto del art. 31 de la Constitución Nacional, sino, sobre todo, a la redacción del art. 57 de la Constitución provincial que dice “*Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellas, otras restricciones que las que los mismos permiten o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces...*”

Pero la verdadera regla para el caso -dice- la da más adelante la misma Carta Magna local: “... para resolver acerca de la constitucionalidad e inconstitucionalidad de leyes ... que estatuya sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada.” (art. 161 inc. 1°).

Entiende que sin esta controversia (impugnación) el juez carece de competencia para fulminar por sí la nulidad de un acto propio del Estado, invistiendo al poder judicial de una autoridad sin control sobre el Gobierno del Estado, en cuya virtud le quedarían supeditados los otros poderes.

(25) IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, ob. cit., pág. 427.

(26) IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, ob. cit., págs. 427/428.

(27) IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, ob. cit., págs. 430/434.

Afirma que los jueces no pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley. Ni aún en la hipótesis de que esa inconstitucionalidad se declare ya por los mismos jueces, o por otros, en procesos anteriores. Tal es el verdadero principio que rige la materia a la luz de nuestra organización judicial. Pues se argumenta que la acción supone la existencia de una voluntad legal que garantice un bien al recurrente, lo que obliga a examinar en cada caso y de oficio si la ley que se invoca tiene existencia, si es constitucional; razonamiento que se desvanece frente a esta otra presunción: también se supone que la ley es constitucional. Y debe ser reputada válida mientras la parte interesada no la impugne y el juez declare, en el proceso y caso concreto que decide, su inconstitucionalidad.

Concluye en que el principio “*iura curia novit*” no tiene aquí función, pues si bien el juez aplica el derecho, no le está permitido juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la ley, por lo que insiste en que si los jueces pudieran anular de oficio los actos de los otros poderes, se habría creado una dictadura judicial incompatible con nuestra organización estatal.

Niega pues, en síntesis, que el juez pueda decidir el litigio con la invocación sorpresiva de un hecho no alegado por las partes en el proceso. Si por el contrario lo alegan, el juez tiene la facultad y el deber de pronunciarse, sin que existan dudas sobre sus atribuciones para invalidar un acto del propio Estado.

Si bien Juan Carlos Hitters se ampara en la corriente permisiva (28), sostiene que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene resuelto -por mayoría- que los jueces no pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (29) señalando en consecuencia que el Supremo Tribunal local se ha plegado a la postura prohibitiva que -en un principio- sustentaba la Corte Nacional.

Pero en este punto resulta de fundamental importancia recordar algunos de los precedentes de ésta última y observar su evolución, a fin de conocer el criterio que en la actualidad sostiene sobre el tema.

1. El caso “Los Lagos c. Gobierno Nacional”

En junio de 1941, en la causa “Ganadera Los Lagos S.A. c/ Gobierno Nacional”, iniciada en 1934, por la que el actor pide la nulidad de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional del año 1917, se sienta la siguiente doctrina “*Que, si, pues, el acto administrativo es un acto de autoridad o de poder que lleva consigo como expresión de tal poder la presunción de su validez, será necesaria una investigación de hecho usando los términos del art. 1045 C.C., para determinar la incompetencia o la prohibición del objeto del acto, es decir, una demanda en la cual el que ha recibido el agravio proveniente de la trasgresión pruebe la verdad de sus asertos encaminados a destruir la referida presunción de validez*”. “*Que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de poder la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio, los actos legislativos o los decretos de la administración*.”

(28) HITTERS, Juan Carlos. “Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique sus doctrina)”. Revista El Derecho, Buenos Aires, T. 116, págs. 896/908. En el punto III. B) referido a los argumentos doctrinarios a favor de la tesis permisiva, expresa que “... los autores argentinos, salvo escasas excepciones, están por la corriente permisiva, sobre la base de una serie de fundados basamentos... se ha expresado que la temática constitucional es una cuestión de derecho (*iuris novit curia*) por lo que puede ser resuelta por el juez aun ante el silencio de las partes. Se agregó... que en virtud de la supremacía que impone el art. 31 de la Carta Magna, los judicantes están obligados a aplicarla, con independencia de la voluntad de los interesados. Se añadió... que muchas veces el planteo de inconstitucionalidad surge tácitamente cuando se infiere de la pretensión o de una excepción puestas en juego por los intervinientes en el juicio...”

(29) Véase P. 39.149 (sent. del 29-IX-1992) donde la Suprema Corte bonaerense -en su integración anterior y por la mayoría de sus miembros- conformada por los señores Jueces doctores Laborde, Mercader, San Martín, Salas y Pisano- resuelve que los jueces no pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes ya que la impugnación debe ser alegada y probada en juicio pues es condición esencial de la organización del Poder Judicial que no le sea posible controlar por propia iniciativa la validez de los actos legislativos.

Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista un pleito, una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional. “Como ha dicho Cooley, es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentran realmente afectados.” “Solo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima.” “Sin este freno el equilibrio de los tres poderes, condición esencial del gobierno organizado por la Constitución se habría roto por la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos”(30).

A partir de este fallo en forma uniforme queda plasmada la postura prohibitiva, reiterándose dichos principios hasta el año 1984.

2.- Un fallo con disidencias: el caso “Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar de Rosario”

Con posterioridad, en el año 1984 y a los fines de resolver la competencia entre el Juzgado de Instrucción de la 10ª Nominación de Rosario (Provincia de Santa Fe) y el Juzgado de Instrucción Militar N° 50 (31), dependiente del Comando del Segundo Cuerpo de Ejército con sede en la misma ciudad, en el marco de la causa presentada para su conocimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -por simple mayoría (de tres a dos)-, ratifica su opinión prohibitiva en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Dicho cuerpo legal cambia nuevamente su integración, y con el voto de los doctores Carrió, Caballero y Petracchi, que hacen mayoría, mantienen el criterio reinante; mientras que los doctores Fayt y Belluscio, apuntalan la corriente permisiva (32).

El sector que lleva la tesitura vencedora opera sobre la base argumental expuesta en el precedente “Ganadera Los Lagos”.

En cambio la minoría pretende cambiar el rostro de la problemática y sostiene “*Que esta Corte -en su actual composición- no comparte el criterio sentado a partir de la causa registrada en Fallos 190:98 o 142 -según la edición- y muchas posteriores ... según el cual está vedado a los jueces declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes*”(33). Asimismo considera que si bien los tribunales judiciales no pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de la causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, de ello no se desprende la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho -la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente: *iura novit curia*-. Incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior. En el mismo sentido agrega que de dicha disposición constitucional deriva la facultad de los jueces de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, nacionales o provinciales, de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, comparándolas con el texto y la significación de la Constitución para ver si guardan conformidad a ella, absteniéndose de aplicarlas si las encuentran en oposición; facultad que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes. Finalmente, también indica “... *Que no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes a favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no*

(30) OTEIZA, Eduardo, ob. cit.

(31) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1984, T. 306, V. 1, págs. 303/322.

(32) HITTERS, Juan Carlos, “Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique sus doctrina)”, ob cit.

(33) Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario. Considerando 4º).

se produce cuando medie petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos, o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso”(34).

3. El caso “Mill de Pereyra”

Aquella minoría que se conforma en el precedente “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario” se transforma en la postura mayoritaria al momento de decidir el Máximo Tribunal nacional el caso “Mill de Pereyra Rita Aurora, Otero Raúl y Pissrello Angel c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa”(35), el 27 de septiembre de 2001. Con el voto de los Ministros Carlos S. Fayt, Augusto C. Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert y Adolfo R. Vázquez, la Corte expresa que “... *no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes a favor del judicial y en mengua de los otros dos... Tampoco que se opona a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos... Ni puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes...*”(36). Argumenta que el ejercicio de tal facultad en orden a mantener el imperio de la Constitución sólo puede considerarse autorizado en situaciones precisas, y en tanto que su existencia no importa desconocer que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, señala que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; que se trata de un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, en cuyo caso sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa. También afirma que tal ejercicio no supone la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional; y que sólo produce efectos dentro de la causa, sin tener efecto derogatorio genérico (37).

4. El caso “Banco Comercial Finanzas S.A.”

En esta causa -fallada el 19 de agosto de 2004- la Corte Suprema de la Nación rota el eje de sustentación de su jurisprudencia anterior y, adscribiéndose a la tesis permisiva, permite a partir de entonces la posibilidad de decretar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes. El cambio de decisión se debe a su nueva integración, habida cuenta del plegamiento a esta tesis de los doctores Zaffaroni y Highton; por lo que juntamente con los doctores Belluscio, Fayt, Boggiano y Vázquez -que siempre juzgaron en tal dirección- conforman una mayoría de seis, que apuntala la nueva corriente.

En dicha sentencia se ventila el enfoque supralegal del decreto 2075/1993 con respecto a su validez y aptitud para reglamentar a la ley 21.526 cuya falta de acomodamiento a la Carta Magna del país, se decreta con anterioridad por la Corte federal en cuanto se encuadra como gastos del concurso a las erogaciones y adelantos de cualquier naturaleza efectuados por el Banco Central.

Se puntualiza allí que “... *es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o*

(34) Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario. Considerando 5°).

(35) El Caso Mill de Pereyra y la declaración de inconstitucionalidad de oficio, Revista La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 30-11-2001, págs. 16/36.

(36) Mill de Pereyra Rita Aurora y otros c/ Estado de la Provincia de Corrientes. Considerando 9°).

(37) Mill de Pereyra Rita Aurora y otros c/ Estado de la Provincia de Corrientes. Considerando 10°).

no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ellas..." Asimismo se pone énfasis en señalar que si bien los jueces no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad en abstracto -pauta esta invariable-, *"... no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iuria novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en el caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir constitucional, desechando la de rango inferior..."*. Se añade también que con la posibilidad de marras no hay *"... un desequilibrio de poderes a favor del judicial en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay..."* Por último, se deja sentada la idea de que la presunción de validez de los actos administrativos o de los estatales en general, no impide la actuación de oficio, ya que la misma cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que sucede cuando los preceptos se oponen a la Carta Magna; y a la vez que tampoco se afecta el debido proceso legal *"... porque si así fuese, debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas [las partes] so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso..."* (38).

5. Obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Teniendo en cuenta el criterio sustentado por el Máximo Tribunal nacional en relación a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, cabe señalar que el mismo es coincidente con la postura minoritaria de la Suprema Corte provincial en su anterior integración (39).

Pero esta posición sostenida por el Superior Tribunal de Justicia de la Nación ¿resulta vinculante para resolver los casos que se le presentan a su par en el ámbito local?

Sobre el tema se ha expedido la Corte de la Provincia de Buenos Aires -en su anterior composición y por mayoría de sus miembros- al decir que le niega *"... la calidad de vinculante..."* a la *"... jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación..."* (40). Se señaló, entre otras cosas que *"La obligatoriedad general de [dichas] doctrinas... implicaría introducir un componente externo dentro del sistema del art. 31 de la Constitución Nacional. Además el art. 100 limita la competencia de la Corte Suprema a las particulares 'causas' en que intervenga, restricción que se repite cuando el art. 101 se refiere a los 'casos' en que ejercerá jurisdicción. En cambio la doctrina de la obligatoriedad no encuentra apoyo expreso ni implícito en nuestro ordenamiento jurídico. La decisión final a que se refiere el art. 100 de la Constitución lo es, por cierto, dentro de los límites de las causas en que aquélla se produce"*.

Cabe destacar que la Corte bonaerense en causa L. 83.781 caratulada "Zaniratto, Mabel Beatriz contra Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires" (41), con el voto de los

(38) B.1160. XXXVI. Banco Comercial Finanzas S.A (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra. Considerando 4º).

(39) Véase en P. 33.842 (sent. del 1-XI-1988) el voto del doctor Ghione que señala que la declaración de inconstitucionalidad de una norma sin invocación de parte no constituye un desborde del Poder Judicial sino, por el contrario, hace a su razón de ser en cuanto una de sus misiones específicas es la de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas en su aplicación al caso concreto; ni se omite aplicar derecho vigente pues su circunscripto desplazamiento en un litigio concreto obedece a que es repugnante a la Constitución y ésta también es derecho vigente; ni se decide "extrapetita", ya que se atiene a las acciones deducidas y a los hechos invocados, condicionando el derecho aplicable a que resulte legitimado por la Constitución; ni se transgrede el derecho de defensa, puesto que tratándose de las acciones y los hechos captados en la litis, tal declaración no es imprevisible y, por consiguiente, no requiere debate previo. Asimismo, véase P. 42.543 (sent. del 5-VII-1996).

(40) Véase P. 39.149 (sent. del 29-IX-1992), el voto de los doctores Laborde, Mercader, San Martín, Ghione, Vivanco, Salas, Negri y Pisano. En disidencia, véase el sufragio del señor Juez doctor Rodríguez Villar.

(41) Si bien la presente se trata de una causa decidida en el ámbito laboral de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, resulta pertinente citarla en esta instancia en virtud de que los Magistrados votantes se expiden particularmente sobre el tema en cuestión: la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

señores Jueces doctores Kogan, Negri, Genoud, Roncoroni e Hitters, resuelve hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte actora y revocar -en consecuencia- la sentencia impugnada, declarando la inconstitucionalidad, en su aplicación al caso, de la Resolución 7/1989 del Consejo Nacional del Salario Mínimo Vital y Móvil. Entre los fundamentos brindados por los Ministros, la doctora Kogan sostiene que “... *El ejercicio de la atribución constitucional que emana del art. 31 de la Constitución nacional, [la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes] constituye una cuestión de derecho y no de hecho, de ahí que la resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de la defensa en juicio, la que no puede ser argumentada frente al derecho aplicable para resolver la contienda...*”, agregando -asimismo- que “... *La declaración de inconstitucionalidad sin invocación de parte no sólo no constituye un desborde del Poder Judicial sino que, por el contrario, hace a su razón de ser, en cuanto una de sus misiones específicas es la de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas en su aplicación al caso concreto y no más allá de eso (y si ello constituyera un avance sobre los otros poderes por cierto que el mismo no resultaría legitimado por la mera petición de las partes)...*” Mientras el doctor Negri señala que “... *la declaración oficiosa de inconstitucionalidad puede y debe hacerse cuando las circunstancias así lo exijan...*” y que “... *El tema de la congruencia constitucional de las normas a aplicar se le plantea al juez antes y más allá de cualquier propuesta de inconstitucionalidad formulada por las partes...*”, el doctor Genoud reitera los conceptos vertidos por el Juez de Lázzari en la causa L. 78.329 (sent. del 24-IV-2003), en tanto el doctor Roncoroni remite a lo expresado por la Corte Federal en el caso Mill de Pereyra (42). Por último el señor Juez doctor Hitters, es quien -previo a arribar a la misma conclusión a la que llegaron por sus colegas- analiza los antecedentes de la institución bajo examen y los cambios jurisprudenciales habidos en el señor del Alto Tribunal nacional, para luego expedirse en relación al sub judice.

Por último corresponde mencionar que en su actual composición y en el marco de una sentencia dictada el 15 de marzo de 2006 (P. 73.200), la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, abocándose a resolver un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y haciendo referencia al oportuno planteamiento del agravio (en este caso, la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal), decide con el voto de los doctores de Lázzari, Hitters, Soria, Kogan y Genoud que el arduo embate en torno al control constitucional de oficio concluye a partir de la decisión de la CSJN recaída por mayoría en la causa “Mill de Pereyra” del 27-IX-2001. Indica que en definitiva termina prevaleciendo el criterio según el cual: a) La declaración oficiosa de inconstitucionalidad no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás poderes, pues dicha tarea es de la esencia de aquél, siendo una de sus funciones específicas la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por el Ejecutivo y el Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución; b) La presunción de validez de los actos estatales en general no se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio toda vez que, en tanto mera presunción que es, cede cuando los actos estatales contrarían una norma de jerarquía superior; c) Finalmente, no cabe aducir quebrantamiento de la garantía de la defensa de la contraparte. Por último señalan que el control de constitucionalidad constituye una cuestión de derecho que, en cuanto tal, puede ser resuelta por el juez mediante la facultad de suplir el derecho no invocado por las partes (*iura novit curia*) y que la aplicación de este principio incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución.

IV. Conclusión

El art. 161 inc. 1º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone que es atribución de la Suprema Corte bonaerense ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos

(42) Véase el voto del doctor Roncoroni que expresa que la declaración de inconstitucionalidad de oficio “... ‘es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable... la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa’ (‘Mill de Pereyra... considerando 10’).”

que estatuyan sobre materia regida por dicho Estatuto fundamental y se controvierta por parte interesada.

A su vez el Código de Procedimiento Penal de la Provincia regula en los arts. 489 y 490 el supuesto de jurisdicción por apelación referido a la materia penal, estableciendo el art. 482 de ese cuerpo legal un requisito que no dispone el art. 161 inc. 1º: que se trate de “sentencia definitiva”.

Ambos ordenamientos hacen referencia al recurso extraordinario de inconstitucionalidad, entendido como la vía procesal para acceder derivadamente a la competencia revisora de la Suprema Corte, que ejerce “casación constitucional” cuando se somete a decisión de los jueces de grado un “caso constitucional” en que se cuestione por parte interesada -mediante acción, defensa o excepción- la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, como repugnante a determinado precepto de la Constitución local, y el pronunciamiento es contrario a las pretensiones del recurrente. La declaración, sea a favor de la validez o de la inconstitucionalidad, produce el sólo efecto “inter partes” (43).

Su objeto es imponer la supremacía de la constitución provincial respecto de otras normas locales. En cuanto a su naturaleza, puede afirmarse que se trata -como ya se dijo- de una casación de tipo constitucional, ya que impugna no sólo la validez constitucional de la ley que funda el fallo, sino también el fallo mismo. La procedencia del planteo supone un error del legislador -dictar una norma inconstitucional- y un error del juzgador -aplicar una norma inconstitucional-.

Por vía de este remedio se impugna un tipo especial de errores in iudicando: el que puede cometerse al apreciar que determinada norma local es contraria a la Constitución provincial. Quedan excluidas de su tratamiento las violaciones de la Constitución Nacional, los vicios de procedimiento, las leyes nacionales y la interpretación de los tribunales de cláusulas constitucionales (en tanto no se alegue inconstitucionalidad de norma alguna).

En cuanto a su admisibilidad, son requisitos indispensables: 1) Caso constitucional: debe discutirse la constitucionalidad de una norma local aplicada en la sentencia, excluyéndose de este supuesto los planteos referidos a la inconstitucionalidad en relación a la Constitución Nacional; 2) Planteo oportuno o temporáneo: el planteo constitucional debe ser introducido temporáneamente: en la primera oportunidad en que la parte queda sometida a la norma que cree inconstitucional. Si la parte no plantea la cuestión en la instancia ordinaria, entonces la acepta tácitamente, y no puede plantearla por esta vía. Sin embargo, si la norma inconstitucional recién se aplica en la alzada, entonces se considera oportuno el planteo introducido; y 3) Pronunciamiento contrario a las pretensiones del recurrente: la cuestión debe ser resuelta por el a quo en contra de la pretensión del recurrente, caso contrario no hay interés en recurrir.

En cuanto a los plazos y formalidades para su presentación, se interpone directamente ante la Suprema Corte, dentro del plazo de los veinte días contados a partir de la notificación de la sentencia que se pretende impugnar. Debe hacerse por escrito -expresándose los motivos de agravios- y fundarse necesariamente en la inconstitucionalidad de la norma cuya aplicación se discute, siempre y cuando haya recaído decisión sobre el tema. Admitido por el Máximo Tribunal de la Provincia, efectuado el dictamen por parte del Procurador General -siempre que en el caso haya intervenido el Ministerio Público Fiscal-, la Corte, sin más trámite, procede a dictar sentencia. Esta decisión puede o bien desestimar el recurso (cuando entiende que no existe infracción, ni inteligencia errónea o contraria a la Constitución, manteniendo en consecuencia la validez y eficacia de la ley dentro del proceso) o bien acogerlo (cuando encuentra fundado el recurso, y confirma o revoca la sentencia dictada en la instancia anterior que decide el “caso constitucional” pronunciándose a favor o en contra de la validez de la ley; declarando en definitiva la ineficacia de dicha ley, en el caso).

En relación al vínculo que existe entre este remedio impugnativo y la declaración de inconstitucionalidad de oficio, se dijo asimismo que, el problema surge a partir de la frase final que consagra el art. 161 inc. 1º de la Constitución de la Provincia “se controvierta por parte interesada”, el art. 57

(43) BERIZONCE, Roberto, ob. cit.

también de la Carta Magna local que impide a los jueces aplicar leyes, decretos u órdenes inconstitucionales y la postura adoptada en los últimos años por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los precedentes “Mill de Pereyra” y “Banco Comercial Finanzas S.A.”

Como se sabe, la doctrina fijada -en un primer momento- por el Máximo Tribunal del país prohíbe la declaración de inconstitucionalidad de los dispositivos normativos nacionales sin pedimento del interesado, pues consideran que se trata de una cuestión de derecho, en la cual tiene vigencia el proverbio latino *iura novit curia*.

Hoy, a partir del dictado de aquellos precedentes (Mill de Pereyra, primero y Banco de Finanzas, después), puede afirmarse que la Corte da un paso en su jurisprudencia, dejando establecido que todo juez a la hora de fallar una causa, está obligado en virtud del indicado principio “*iura novit curia*” a dar prelación a la Constitución, y a descartar toda norma infraconstitucional que le sea contraria, lo que equivale a sostener que ha de declarar su inconstitucionalidad aunque esté ausente el petitorio de la parte interesada. Con este caso deja sentado que no se hiere el principio de congruencia; no se figura la división de poderes; no se falla “extra petita” y no se conculca la defensa en juicio. Sostiene que se está ante una cuestión de derecho y, como tal, le incumbe a los jueces resolverla, respetando el plano jerárquico de los planos normativos. Ninguna apelación a la presunción de validez de los actos estatales puede servir para negar el control de oficio, porque la medida de esa validez está dada por la adecuación del acto a la Constitución (44).

Por último, y a título informativo, cabe destacar que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no es vinculante para las decisiones que deban tomar los Superiores Tribunales de provincia, la Corte bonaerense -en su actual integración- no ha resuelto -en el marco del recurso extraordinario de inconstitucionalidad en la esfera propia del derecho penal- ningún caso en el que los Magistrados locales declaren de oficio la inconstitucionalidad de alguna norma.

Si bien han tachado con ese vicio diversos artículos de leyes nacionales (por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley) (45), en el caso puntual del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, nunca han realizado tal declaración de oficio, exigiendo -por el contrario- la presencia rigurosa de los presupuestos propios de aquél (que exista un debate -oportunamente planteado- sobre la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento; que el mismo sea resuelto por el órgano jurisdiccional a quo por fallo definitivo, y en forma adversa para el peticionario; y que finalmente se controvierta por parte interesada) a fin de que el mismo pueda ser admitido, y así proceder a su correspondiente tratamiento.

V. Bibliografía

- BERIZONCE, Roberto O. “El control de constitucionalidad local en la Provincia de Buenos Aires”. Revista Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 1985-IV, págs. 780/789.

- BIDART CAMPOS, Germán J. “El triunfo del control constitucional de oficio”. Artículo publicado en La Ley Online.

- Constitución de la Nación Argentina.

- Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

- El Caso Mill de Pereyra y la declaración de inconstitucionalidad de oficio, Revista La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 30-11-2001. págs. 16/36.

- Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1984, T. 306, V. 1. págs. 303/322.

(44) BIDART CAMPOS, Germán J. “El triunfo del control constitucional de oficio”. Artículo publicado en la Ley on line.

(45) Véase P. 68.706 (sent. del 4-10-2006) y P. 99.241 (sent. del 3-09-2008).

- HITTERS, Juan Carlos. "Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique sus doctrina)". Revista El Derecho, Buenos Aires, T. 116, págs. 896/908.

- HITTERS, Juan Carlos. Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación. Librería Editora Platense, La Plata, 1998, págs. 667/723.

- IBAÑEZ FROCHAM, Manuel. Tratado de los recursos en el proceso civil. La Ley, Buenos Aires, 1966, págs. 403/434.

- IRIZARRI, Carlos Alberto. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Astrea, Buenos Aires, 2005, págs. 432/441.

- OTEIZA, Eduardo. "El control de constitucionalidad de oficio". Revista Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 1986-I, págs. 731/740. ♦

Las retenciones a las exportaciones ante el ordenamiento jurídico del MERCOSUR. La CSJN va al Tribunal Permanente de Revisión. Análisis desde el Derecho Constitucional, de la Integración y del Internacional Económico

POR VICENTE S. ATELA (*) - RITA M. GAJATE (**) - LAUTARO M. RAMÍREZ (***)

Sumario: I. Introducción. II. Procedimiento para acceder al Tribunal Permanente de Revisión. III. Análisis de la Sentencia 346. Sancor C.U.L. (TF 18476/A) c. D.G.A. IV. Visión desde el derecho constitucional. V. Visión desde el orden jurídico del MERCOSUR. VI. Visión desde el Derecho Internacional Económico. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo se propone analizar el primer pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina respecto a la petición de Opiniones Consultivas, al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, sobre la aplicación de derechos de aduana. La metodología elegida para llevar adelante el presente es el estudio de la doctrina jurisprudencial como también la exégesis de los textos jurídicos que dan marco a la decisión de la Corte. Asimismo, el tema objeto de estudio se aborda desde tres perspectivas diferentes y complementarias, el Derecho Constitucional, el Derecho de Integración y el Derecho Económico Internacional.

Palabras clave: Opinión Consultiva -Suprema Corte de la Nación Argentina- MERCOSUR.

The exports taxes in front of the juridical system of MERCOSUR.

The CSJN goes to the Permanent Review Tribunal.

Analysis from the Constitutional Law, the Integration Law and International Economic Law.

Abstract: This paper intends to analyze the first pronouncement of the Supreme Court's Office requested the Permanent Review Tribunal of the MERCOSUR, on the application of customs duties.

(*) Vicente Santos Atela: Abogado. Vicedecano de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata. Profesor adjunto ordinario de "Derecho Público" Provincial y Municipal" en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesor Adjunto Ordinario de "Derecho Constitucional II" en el departamento de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional del Noroeste de la provincia de Buenos Aires.

(**) Rita Marcela Gajate: Abogada. Especialista en Integración Latinoamericana. Docente e Investigadora de la facultad de ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Profesora de Derecho de la Integración en la Maestría en Integración Latinoamericana del Instituto de Integración Latinoamericana de la misma Casa de Estudios. Actualmente secretaria Académica de la FCJ y Soc. Autora de publicaciones nacionales e internacionales de su especialidad.

(***) Lautaro Martín Ramírez: Abogado UNLP. Mediador. Jefe de trabajos prácticos ordinario de Economía Política. FCJyS. Ex director ejecutivo de la secretaría de Asuntos Académicos de la misma Facultad. Consejero Académico. FCJyS. Investigador UNLP. Becario Curso de derecho Internacional de la OEA. 2010.

The methodology that we choose to do the present is the proper legal doctrine and exegesis of legal texts that give context to the decision of the Court. Also the subject under studied is approached from three different and complementary views, Constitutional Law, Law of Integration and International Economic Law.

Key words: Advisory Opinion – Argentine's Supreme Court – MERCOSUR.

I. Introducción

Sabido es que el MERCOSUR ha tenido su origen en el Tratado de Asunción de 1991 y desde entonces, el mismo, con frenos y contrapesos, ha ido avanzado. Sin embargo, su constitución no sólo prevé la ampliación de mercados sino que también el mismo Acuerdo establece un sistema de desgravaciones automáticas con el objeto de llevar a la constitución progresiva de un Mercado Común entre los países Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En ese sentido, corresponde recordar que el mercado común se constituyen con la conformación de un *“Área económica conformada por dos o más países en la que se ha establecido una unión aduanera y se permite además la libre movilidad de todos los factores de producción”* (Bela Balassa, 1968:126).

El Mercado Común, asimismo, reconoce la libre movilidad del los trabajadores, de mercancías y capitales; de igual modo dentro de este esquema se eliminan las restricciones a los movimientos de capital y de mano obra, lo que implica que no existen controles aduaneros internos ni barreras no arancelarias. Bajo un mercado común, las mercancías, capitales y trabajadores circulan libremente; además de establecer un arancel externo común entre los países asociados.

En ese sentido el esquema de integración propuesto para el cono sur responde a la lógica propia de los años noventa, en pleno auge del neoliberalismo post Consenso de Washington, inserto en el continente tras los postulados de la CEPAL del “Regionalismo Abierto” y en Estados con poca experiencia en lo que a los sistemas democráticos se refiere.

Este proceso, asimismo si bien trata de integrar economías poco complementarias, prevé un régimen jurídico-institucional del tipo intergubernamental, lo cual implica que su avance este subordinado a las políticas impartidas por los Poderes Ejecutivos, perdiendo continuidad con cada cambio de mandato presidencial. Empero, se han previsto últimamente, frente aquella falencia, un procedimiento para que las Cortes Supremas de los Estados Miembros puedan recurrir a las Instituciones *“Jurisdiccionales”* con el objeto de realizar consultas, cuando el contenido de sus decisiones se refieren al derecho propio de la integración Mercosureña; con ello, se pretende dar continuidad y profundidad al proceso integrador del MERCOSUR toda vez que los miembros de las CSJN tienden a permanecer en sus cargos a lo largo del tiempo y se caracterizan por ser de tipo conservador.

De este modo, la propia CSJN a través de la Acordada 13/08 del 18 de junio de 2008 ha previsto el procedimiento para realizar solicitudes de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión, el cual fue creado por medio del Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias en el MERCOSUR en febrero de 2002.

En el siguiente acápite nos dedicaremos al análisis del procedimiento para acceder a esta instancia ante los órganos del proceso integrador del MERCOSUR y su legitimación.

II. Procedimiento para acceder al Tribunal Permanente de Revisión

Para que los Tribunales Superiores de los Estados Partes del Tratado de Asunción puedan acceder al Tribunal Permanente de Revisión en consulta, las instituciones propias del proceso de integración sudamericano han elaborado en primer término *“El Reglamento del Protocolo de Olivos para la so-*

lución de Controversias en el MERCOSUR” -aprobado por la Decisión N° 37/03 del Consejo Mercado Común- previendo que las Opiniones Consultivas emitidas por el aquel “no serán vinculantes ni obligatorias.” (1)

En ese sentido, el fallo a comentarse en el presente trabajo, se debe, en parte a la reglamentación que ha elaborado la propia CSJN en el año 2008 para acceder a la jurisdicción del TPR del MERCOSUR en consulta, cuando se requiera *“exclusivamente la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR [...] siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte Solicitante”* (2) extremos estos últimos que se dan en el fallo bajo análisis.

Que igualmente ha sido el propio Consejo Mercado Común a través de la Decisión N° 02/07, y el Grupo Mercado Común a través de las Resoluciones 40/04 y 41/04 quien ha previsto que *“cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR. [...]”* establezcan *“las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas de referencia.”*

De este modo la CSJN, a través de la Acordada N° 13/08 -Expediente 2337/08- ha reglamentado su procedimiento interno a fin de establecer un orden en el modo de acceder al Tribunal Permanente de Revisión en consulta. En ese sentido el Acuerdo que aprueba *“Las reglas para el trámite interno a la remisión de solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”* establece que: *“Todos los jueces de la República, tanto de jurisdicción nacional como provincial, podrán formular en el marco de una causa en trámite ante sus respectivos estrados, a instancia de parte o de oficio, la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR -de carácter no vinculante ni obligatorio-, sobre la interpretación jurídica de las normas del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco de dicho Tratado, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio”* (Art. 1°).

En ese sentido cuando un Juez de primera Instancia o Tribunal Inferior considere necesario acceder al Tribunal Permanente de Revisión, deberá elaborar su solicitud y elevarla a la CSJN por intermedio del Superior Tribunal de la causa, según la jurisdicción ante la cual tramite el expediente en el que sean formuladas (art. 4°).

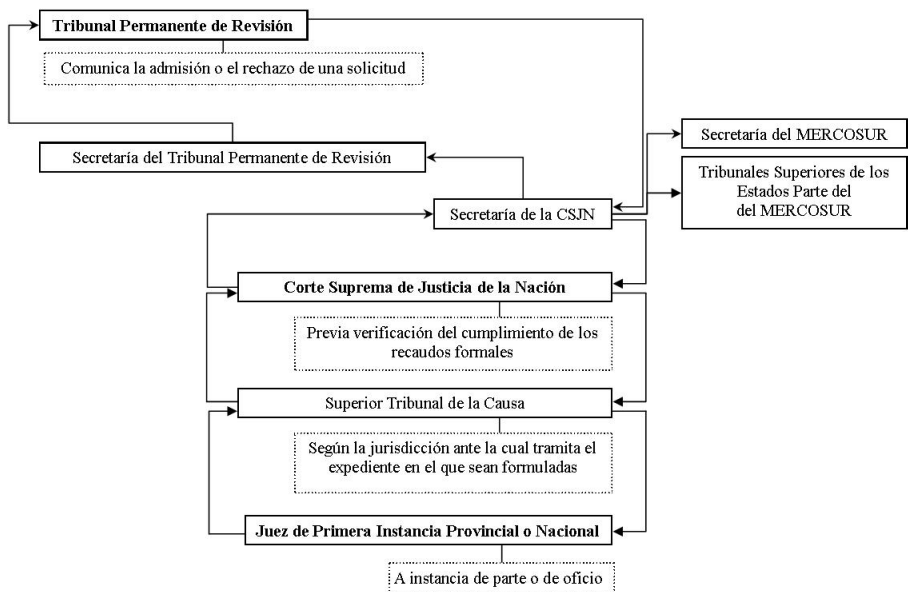
Tras lo anterior, la propia CSJN -previa verificación del cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 2° de la Acordada (3)- remitirá las solicitudes de opiniones consultivas al TPR, a través de su Secretaría, enviando además copias a la Secretaría del MERCOSUR y a los demás Tribunales Superiores de los Estados Partes (art. 5°). Posteriormente y recibida la comunicación de la admisión o del rechazo de una solicitud encaminada al TPR y de las Opiniones Consultivas emitidas ante éste órgano, la CSJN hará saber lo dispuesto al juzgado o tribunal de origen por intermedio del superior tribunal de la causa que corresponda (art. 6°).

(1) Véase el Art. 11 del Anexo de la Decisión del Consejo Mercado Común del MERCOSUR N° 37/03.

(2) Idem.

(3) El art. 2° de la Acordada 13/08 expresamente prevé que: *“La solicitud de opiniones consultivas se efectuará por escrito y deberá contener: a) la enunciación precisa de la carátula del expediente en el que se la formula; b) la mención del juzgado o tribunal ante quien tramita; c) la exposición del objeto de la solicitud; d) el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con la solicitud; e) la exposición de las razones que motivan la solicitud; f) la indicación precisa de la normativa del MERCOSUR que constituye el objeto de la solicitud.”*

De este modo el procedimiento previsto en la Acordada 13/08 de la CSJN puede graficarse de la siguiente manera:



Fuente: Elaboración propia a raíz de la Acordada 13/08 (Expte N° 2337/08) de CSJN.

Conforme puede observarse en el gráfico anterior, el procedimiento que debe entablarse para acceder a la Consultas al TPR, se ofrece de manera medianamente compleja. Sostenemos ello, toda vez que deben intervenir todos lo Tribunales inferiores a la SCJN, pudiendo haberse evitado la gran cantidad de pases del Expediente remitiéndose directamente a la Secretaría de la SCJN y a través de ella informarse a las instancias inferiores, en aras de optimizar el procedimiento en razón del principio de la economía procesal y celeridad en las tramitaciones judiciales. Sin perjuicio de ello, la Acordada de la CSJN que reglamenta el trámite interno para la solicitud de opiniones consultivas, es plausible toda vez que este procedimiento carecía de reglamentación, cuya omisión no hacía más no incumplirse con las normas propias del Proceso Integrador. De esta manera, la reglamentación bajo análisis, como un primer intento para dar fin al estado de omisión, es sumamente importante; sin perjuicio que el mismo pueda ser perfeccionado en un futuro no muy lejano.

III. Análisis de la Sentencia 346. XLIII. Sancor C.U.L. (TF 18476/A) c. D.G.A. (4)

De manera preliminar corresponde afirmar que en el Fallo dictado por la CSJN in re “Sancor CUL c. DGA” de fecha 6/10/2009, han intervenido los Ministros de la Corte Suprema actuando en pleno.

(4) El Fallo resulta de interés toda vez que es el primer caso en que la CSJN hace uso de la Acordada por ella misma dictada, recurriendo al Tribunal Permanente de Revisión ante la aplicabilidad de normas originarias del proceso integrador del MERCOSUR. Empero, debido al desistimiento del Recurso Interpuesto por Sancor C.U.L. en noviembre de 2009, la cuestión de fondo no será resuelta.

Sin embargo el mismo se resolvió por mayoría de votos de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Eugenio Raúl Zaffaroni y las Dras. Carmen Argibay, siendo la única disidencia la esgrimida por la Dra. Elena Highton de Nolasco.

Llega a conocimiento de la CSJN la causa supra referenciada ante la revocación de la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la sentencia dictada por el Tribunal Fiscal de la Nación, quien hacía lugar a las acciones entabladas por Sancor Cooperativas Unidas Limitada. Para ello dejó sin efectos seis resoluciones dictadas por la Aduana de Santa Fe, a través de las cuales se imponía el pago por derechos aduaneros. En igual sentido rechazó las impugnaciones presentadas contra las intimaciones cursadas contra la accionante para que abonase los derechos de exportación correspondientes a permisos de embarque vinculados con ciertas operaciones de exportación de leche en polvo a Brasil y Paraguay. Conviene recordar que ambos Estados forman parte del proceso integrador del Cono Sur, bajo análisis.

Disconforme con lo resuelto, tanto en primera instancia como con lo sostenido por la Cámara de Apelaciones, la Administración Federal de Ingresos Públicos -Dirección General de Aduanas (AFIP-DGA)- presenta Recurso Extraordinario Federal ante la CSJN, quien previo a tratar la cuestión de fondo, requiere del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, que este se expida utilizando el procedimiento para solicitar Opiniones Consultivas.

Conforme a lo anterior, si bien el caso resulta novedoso -por cuanto es la primera vez que nuestra Corte Federal utiliza el mecanismo para requerir una opinión consultiva-, adquiere mayor relevancia por cuanto deberá adoptarse una postura que compatibilice los acuerdos suscriptos en el marco del MERCOSUR -Tratado de Asunción de 1991 y sus Protocolos posteriores-, los aranceles y derechos de exportación que fije la autoridad Argentina, y su armonía dentro del derecho interno.

A mayor abundamiento hasta aquí el fallo sólo se ocupó de interpretar la normativa vigente a los efectos de acceder al requerimiento de una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión, ante instancia de la parte actora -Sancor C.U.L.-.

A pesar que el fallo se limita sólo al requerimiento de la Opinión Consultiva al TPR, en el mismo subyacen otras cuestiones constitucionales que debieran haber sido resueltas por la SCJN, como ser: 1. La validez de la delegación realizada en el Poder Ejecutivo para fijar los porcentajes de los aranceles aduaneros, quien a su vez delegó dicha facultad en el Ministerio de Economía; y 2. La compatibilización de la citada atribución a la luz del art. 76 de la Constitución Nacional (5).

Ahora bien y tras lo anteriormente expuesto, resta sostener que la cuestión discutida suscita no sólo conflictos jurídicos sino también implicancias de política económica y tributaria, las cuales merecen una detenida observación, ya sea desde el derecho interno como también respecto a la armonización en el marco del derecho internacional público, particularmente el vinculado al derecho comunitario o de integración como lo es el que nace del MERCOSUR conforme la doctrina argentina. De esta manera la CSJN entiende que el Tratado basal que fundó el MERCOSUR se encuentra por encima de las leyes comunes, las que resultan de rango inferior, por lo que en el caso, tratándose de exportaciones a países integrantes del MERCOSUR regidas por normas que nacen de su seno, no cabría la existencia de derechos diferenciales que castiguen a las exportaciones o interfieran en la libre circulación, tal como se pretende con la constitución del bloque integrador, y en particular con lo expresamente establecido en el Tratado de Asunción de 1991, en concreto en su art. 1º que sostiene: *“Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deber estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará ‘Mercado Común del Sur’ (MERCOSUR). Este Mercado Común implica: La libre*

(5) El Art. 75 de la CN expresamente sostiene que: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; [...]"

Como corolario del presente acápite, resta preguntarse que objeto tienen las Opiniones Consultivas. Puede afirmarse que el requerimiento de éstas tiene por finalidad evitar un posible conflicto a nivel de la interpretación y ejecución del Tratado de integración del que se trate -en nuestro caso el de Asunción-, en relación a una decisión o a una medida que pueda tomar o tome alguno de los países signatarios del Convenio, por lo que resulta trascendente conocer ¿qué entiende?, ¿qué opina? o ¿cuál es el alcance que le otorga a la normativa del MERCOSUR su órgano jurisdiccional?, requiriéndose para ello de una interpretación auténtica del derecho de la integración.

Entendemos que si el Estado Argentino adoptó la decisión política de constituir y formar un bloque regional -MERCOSUR- deber honrar sus compromiso de cumplir con los principios de reciprocidad, igualdad de trato y lealtad comunitaria, en razón que sus reglas tributarias internas ya no puedan resultar unilaterales, sino que por el contrario, deben resultar armónicas con los acuerdos regionales celebrados con los países lindantes.

En síntesis, la Argentina no podría adoptar medidas económicas que afecten a la exportación o importación de bienes, servicios o productos, al margen de los acuerdos suscriptos en el marco del MERCOSUR. En caso de superposición o colisión deberá reconsiderarse el acuerdo o adecuar las disposiciones internas.

1. Intervención y solución de la CSJN.

El voto mayoritario de los Ministros de la CSJN refleja que es aplicable al caso el Tratado de Asunción y el Protocolo de Olivos (6) para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, ello conforme a que:

"[...] surge con nitidez la concurrencia de tales recaudos, en tanto resulta necesario para la decisión de la presente causa interpretar el Tratado de Asunción. En tales condiciones, esta Corte estima pertinente solicitar opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR". En ese sentido, concordamos con lo sostenido por Roberto Oscar Punte quien entiende que "lo resuelto es de indudable importancia institucional. Se inscribe en la línea de jurisprudencia de la Corte, tendiente a la integración, y al espíritu general de la reforma de 1994, en cuanto avanza hacia una progresiva integración regional" (Puente, 2009).

De lo anteriormente expuesto y de la trascipción del voto de la mayoría, se extrae, sin lugar a dudas, la firme convicción de la SCJN de consultar al Órgano Jurisdiccional del MERCOSUR a fin que el mismo se expida sobre la cuestión que se le presenta. Empero, se dispone a solicitar Opinión Consultiva al mencionado Tribunal sobre el siguiente punto: *"¿El Tratado de Asunción impone a los Estados Miembros del MERCOSUR la obligación de abstenerse de establecer derechos a la exportación de mercaderías originarias de uno de ellos y destinadas a otros Estados miembros?"*

El caso exige resolver el contrapunto existente entre los Tratados Internacionales de Integración y el derecho público interno de un país -integrante del bloque regional-, ya que en orden a la jerarquía de las normas ha sido la propia Constitución Nacional quien ha fijado la jerarquización de cada una de ellas, no sólo por lo establecido en el Artículo 31 (7) de la misma sino también por lo normado en los nuevos Artículos 75 inc. 22 y 24. Pese a ello, se debería receptar sin condicionamiento la regla que

(6) Protocolo de Olivos, ratificado por ley del Congreso N° 24.578. Adla, LV-E, 5899.

(7) El Artículo 31 de la CN reza: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859".

surja de la resuelto a través de la Opinión Consultiva. Más aún, cuando el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados del año 1969, prohíbe invocar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de tratados internacionales.

Empero, y desde nuestra perspectiva, consideramos que resulta positivo para el MERCOSUR la formulación de consultas en materia de interpretación normativa propia del proceso de integración, y compartimos esta nueva mirada que realiza la CSJN, reafirmando el compromiso político e institucional con el objeto de concretar el proceso, a partir de la interpretación integral del plexo normativo no sólo constitucional e interno, sino una visión compleja y totalizadora a partir de la posición que adopta el Máximo Tribunal Nacional en relación al monismo o al dualismo, el derecho internacional y sus fuentes generadoras de derecho de la integración.

2. Disidencia de la Dra. Elena Highton de Nolasco.

Sin embargo y pese al voto mayoritario de sus colegas en la causa Sancor CUL, en la misma se registró un voto en disidencia. Sobre el particular fue la Jueza Helena Highton de Nolasco quien votó negativamente la cuestión supra planteada, por entender que en el caso se trata del planteo de un particular -y no de un Estado en sentido propio de los sujetos obligados a cumplir y a respetar las normas del MERCOSUR-; como tampoco que ese particular estuviere alegando la aplicación de normativa emanada de otro Estado de los cuatro que integran el Mercado Común del Sur en su actual composición, lo cual no abriría la posibilidad de la competencia jurisdiccional del Tribunal Permanente de Revisión.

Desde esa perspectiva y a mayor abundamiento, entiende el voto minoritario que no corresponde solicitar Opinión Consultiva al Tribunal Permanente, toda vez que éste mecanismo está previsto para situaciones en que están en juego derechos de los Estados partes del bloque integrador y no de intereses de los particulares.

Asimismo y a fin de dar fundamento a su posición, la Ministro Highton de Nolasco sostiene, previo a enunciar el articulado en juego del ordenamiento del MERCOSUR, que “[...] *no obstante la invocación de las disposiciones contenidas en los arts. 1º y 5º del Tratado de Asunción, en los arts. 1º y 2º de su Anexo I y en el art. 1º de la decisión del Consejo del Mercado Común N° 22 punto sobre el cuál no se adelanta opinión, la cuestión del art. 3.1. del Reglamento citado y del art. 4.1. del mismo Reglamento, planteada, en la causa, no aparece, como principio, directamente vinculada al ámbito propio de esa normativa en términos tales que habilite la intervención del Tribunal Permanente de Revisión por la vía intentada. En efecto, tratándose del reclamo de un particular -persona jurídica nacional del Estado- contra el cual aquél se dirige, relativo a los “derechos de exportación” de bienes de ese mismo origen, no media en el caso elemento alguno que autorice al primero a requerir una opinión consultiva pues no se encuentran en juego, de modo directo, eventuales derechos de algún otro u otros Estados partes del MERCOSUR, ni tampoco de algún nacional de aquellos...*” (8).

Conforme lo anterior, puede decirse que el voto de la minoría encuentra un límite esencial a los planteos que puedan dirimirse en la competencia del Tribunal Permanente de Revisión, siendo que sólo los Estados son los habilitados a plantear diferendos acerca de la interpretación, ejecución y aplicación emergente del Tratado de Asunción y sus derivaciones de derecho público comunitario. En este sentido, adopta una interpretación restrictiva de la competencia del órgano judicial del MERCOSUR, ya que entiende la magistrado que se excedería la competencia otorgadas por los países miembros a las instituciones intergubernamentales del proceso integrador.

Entendemos que esa postura reduce el alcance y el sentido del proceso de integración, ya que si bien los que manifiestan una voluntad de unidad e integración política, jurídica, económica y cultural son los Estados en sentido estricto, los compromisos que ellos asumen es el de internalizar el derecho emergente de esos instrumentos a fin de lograr una igualdad de derechos y trato -además de los

(8) Véase el Voto de la Dra. Helena Highton de Nolasco, considerando 36 en disidencia.

Estados- de los individuos. Criterio, este último, de igualdad que conlleva como correlato el principio de reciprocidad de trato y lealtad comunitaria, para que cada Estado disponga de medidas y acciones concretas que materialicen la voluntad integracionista declarada.

De que valdría un proceso de integración si no existe la voluntad para que los individuos de cada uno de ellos goce los beneficios de sus acuerdos, y en su caso, si no se cumplieran, ante quienes debería reclamar y cuál es el órgano que debe velar por la vigencia y cumplimiento de los acuerdos de integración.

IV. Visión desde el derecho constitucional

Habiendo visto someramente el fallo en cuestión, resta adentrarnos en el análisis de las mandas constitucionales que prevén expresamente la posibilidad de la incorporación a procesos de integración. Al respecto debe destacarse que la última reforma constitucional de 1994 ha avanzado en el sentido de receptar como entidad autónoma y diferenciada de los tratados comunes, a aquellos que gozan de jerarquía constitucional (9) y de los acuerdos de integración regional previstos en el art. 74 inc. 24 dentro de las atribuciones del Congreso al cual nos referiremos más adelante.

Con ello, nuestra Constitución Nacional se encuentra equiparada a otras Cartas constitucionales en lo que a materia integracionista se refiere, verbigracia ya se habían pronunciado a favor de una comunidad latinoamericana de naciones a lo largo de sus articulados, las Constituciones de Brasil (10), Costa Rica (11), Colombia (12), Cuba (13), República Dominicana (14), Ecuador (15), El Salvador (16), Nicaragua (17), Perú (18), y Uruguay (19).

(9) Sobre el particular véase el art. art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que textualmente establece: "Corresponde al Congreso: [...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

(10) El Art. 4º de la Constitución Brasileña, en su parte pertinente, expresa: "[...] La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones".

(11) El Art. 121 de la Constitución de Costa Rica, al referirse a las atribuciones de la Asamblea legislativa sostiene en su inciso 4º lo siguiente: "Aprobar o improbar los convenios Internacionales, tratados públicos y concordatos. Los tratados públicos y convenios internacionales que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros".

(12) El Capítulo denominado "De las relaciones Internacionales", expresamente en el art. 226 prevé que "El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional". Asimismo el Art. 227 reza. "El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La

De esta manera la Argentina se sumó a la tendencia integracionista en pleno auge en la década de los años noventa, impulsando el fenómeno de la integración regional en diversos niveles, pero previendo siempre un modelo intergubernamental. Lo cual, a su vez, supone una transformación del concepto de soberanía entendido por tal a la cualidad absoluta del poder de los Estados-Naciones, cuyo origen se remonta a la época histórica en que no existía ninguna otra fuerza política y jurídica por encima del poder “soberano” de las naciones que lo limitasen. De este modo dicho ideario se remonta al nacimiento de los Estados en el Siglo XV.

ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano”.

(13) El Art. 12 de la Constitución Cubana sostiene en su inciso c) que: “La República de Cuba hace suyos los principios antiimperialistas e internacionalistas, y [...] reafirma su voluntad de integración y colaboración con los países de América Latina y del Caribe, cuya identidad común y necesidad histórica de avanzar juntos hacia la integración económica y política para lograr la verdadera independencia, nos permitiría alcanzar el lugar que nos corresponde en el mundo”.

(14) El art. 3º de la Constitución de República Dominicana manifiesta que: “La Soberanía de la Nación dominicana, como Estado libre e independiente es inviolable. La República es y será siempre libre e independiente de todo poder extranjero. Por consiguiente, ninguno de los poderes públicos organizados por la presente Constitución podrá realizar o permitir la realización de actos que constituyan una intervención directa o indirecta en los asuntos internos o externos de la República Dominicana o una injerencia que atente contra la personalidad e integridad del Estado y de los atributos que se le reconocen y consagran en esta Constitución. El principio de la no intervención constituye una norma invariable de la política internacional dominicana. La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, y se pronuncia en favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas”.

(15) El Art. 276 dentro del Capítulo denominado “Régimen del Desarrollo” establece que: “El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: [...] 5. Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial”.

(16) El Art. 89 de la Constitución del Salvador manifiesta: “El Salvador alentará y promoverá la integración humana, económica, social y cultural con las repúblicas americanas y especialmente con las del istmo centroamericano. La integración podrá efectuarse mediante tratados o convenios con las repúblicas interesadas, los cuales podrán contemplar la creación de organismo con funciones supranacionales. También propiciará la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América, en forma unitaria, federal o confederada, con plena garantía de respeto a los principios democráticos y republicanos y de los derechos individuales y sociales de sus habitantes. El proyecto y bases de la unión se someterán a consulta popular”.

(17) El Art. 9º de la Constitución de Nicaragua sostiene que: “Nicaragua defiende firmemente la unidad centroamericana, apoya y promueve todos los esfuerzos para lograr la integración política y económica y la cooperación en América Central, así como los esfuerzos por establecer y preservar la paz en la región. Nicaragua aspira a la unidad de los pueblos de América Latina y el Caribe, inspirada en los ideales de Bolívar y Sandino. En consecuencia, participará con los demás países centroamericanos y latinoamericanos en la creación o elección de los organismos necesarios para tales fines. Este principio se regulará por la legislación y los tratados respectivos”.

(18) El Art. 44 de la Constitución Peruana propugna que: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”.

(19) El Art. 6º de la Constitución del Uruguay manifiesta que: “En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”.

Sentado lo anterior, y tal como lo sostuviéramos en párrafos anteriores, los Tratados de Integración -en ciertos casos- suponen la creación de órdenes supranacionales, en la que los Estados bajo los principios de igualdad de trato y reciprocidad -en el MERCOSUR según Tratado de Asunción: flexibilidad, gradualidad y equilibrio- (20) delegan competencias y jurisdicción en organizaciones con aquellas características, además de tener capacidad de recomendación, decisión o imposición, según lo establezcan los acuerdos que les dan origen. Sin embargo, debe recordarse que a pesar que el Tratado de Asunción de 1991 reconoce ciertos principios rectores del proceso integrador, a fin de equilibrarlo conforme a los diferentes ritmos de crecimiento de los Estados que lo conforman, en el mismo se ha previsto una estructura organizacional de tipo intergubernamental.

Consideramos que el intergubernamentalismo es una forma de relaciones entre Estados que se basa en acuerdos sobre cuestiones de “baja política”. Este diseño permite que cada Estado mantenga bajo su ámbito todas las decisiones y les de un status de igualdad. Como bien señala Paikin *“En este tipo de estructuras la sesión de soberanía es posterior a la conformación del bloque y surge del derecho derivado, es decir de aquel que brota de los órganos conformados a nivel regional, donde son los propios representantes de los Estados los que aceptan [...]”* (Paikin, 2006).

De este modo, y conforme al tipo de estructura institucional establecida para el MERCOSUR, las competencias que las mismas presentan podrían haber sido más amplias, toda vez que la Constitución Nacional Argentina -similar a la de su par Uruguay- prevé la delegación de las mismas en organismos supranacionales, lo cierto es que -a nuestro modo de ver- las mismas no se han efectivizado. Consideramos que ello se debió en parte a las políticas imperantes en que tuvo lugar el proceso integrador, como también a cuestiones de oportunidad política sustentadas por los Estados que conforman el Bloque. Sin perjuicio de ello y a mayor abundamiento, la Constitución Nacional anteriormente referenciada, y ya en materia de tratados de integración sostiene:

“Art. 75: Corresponde al Congreso: [...] 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

En ese sentido, puede decirse que el Congreso está autorizado -siempre respetando lo establecido en la norma supra transcrita-, a la delegación de competencias. Desde esta perspectiva sólo delegará en el sentido de transferencia o cesión de facultades a un órgano supranacional, en fin de una unidad (integración) como destino de intereses comunes.

Asimismo, sólo se delega una porción de la soberanía, por lo que tampoco resigna el Estado su independencia. Se resigna parcialmente en aras de un objeto que hace a la decisión de una nación -fundada en razones históricas, políticas, económicas, culturales, de estrategia, de conveniencia y/o unidad regional, entre otros-, en encarar un proyecto común.

No resulta demás reiterar que la carta magna se refiere a “*Tratados de integración*”, siendo que un proceso que tenga tal objetivo, impone esfuerzos de los Estados que expresaron su voluntad al ratificar un instrumento internacional, en la que se comprometen su firme vocación para integrarse a un

(20) Véanse los Considerandos del Tratado de Asunción, entre los cuales expresamente se sostiene que: “Entendiendo que ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”.

destino común. En ese sentido, los procesos de integración tienden a generar una unidad frente a la diversidad, una unidad en condiciones de igualdad y reciprocidad, una unidad a partir de un bloque de principios comunes (finalidad y objeto del tratado marco), una unidad con libertad y reserva de soberanía en lo no delegado al orden supranacional.

Reafirma lo anteriormente expuesto, lo sostenido por Maria Angélica GELLI quien afirma que *“los procesos de integración se concretan efectivamente cuando los Estados parte delegan competencias en organismos establecidos por el acuerdo y obedecen las normas y decisiones tomados por ellos, adecuando, a tal fin, su derecho interno. Si ello no se produce y sólo opera por negociaciones bilaterales cuando se presentan los problemas, la integración es muy débil, por no decir inexistentes”* (Gelli, 2008:154).

Ahora bien y retomando lo anterior, resta sostenerse que el texto constitucional otorga diferente tratamiento de ratificación y aprobación por parte del Congreso Nacional, según sea un acuerdo suscripto con un País latinoamericano o países de otra región del hemisferio. Ello se debe a que responde al ideario histórico que tiende a la unidad de las naciones latinoamericanas que supieron concebir en el siglo XIX San Martín y Simón Bolívar; que en nuestros días se traduce en una identidad histórica, cultural, idiomática, y que se tiende a proyectarse a lo económico, comercial, aduanero, entre otros aspectos integracionistas.

Por último y como conclusión del presente, puede decirse que la integración con los Estados de Latinoamérica es un mandato que nos viene desde el pasado. Si ello ha sido posible en Europa, no obstante las diferencias de razas, lenguas y religiones existentes, cómo no podrá serlo en nuestra América Latina. Refuerza lo hasta aquí sostenido el hecho que nuestro Congreso Nacional ha ratificado las diversas normas originarias en materia de integración, referidas al MERCOSUR (21).

1. Las implicancias del derecho emergente de los Tratados.

En nuestros días y reforma constitucional mediante, nadie puede discutir la voluntad del constituyente de reconocer la existencia de fuentes del derecho nacidas de órganos propios del proceso integrador.

Frente al posible problema de cuál debe ser la jerarquía y valor que debe otorgarse a las normas del derecho de la integración originario (Tratados) y a las disposiciones que nazcan de los órganos que aquellos originen, ante el ordenamiento jurídico interno debemos acudir al art. 31 de la CN (22) que

(21) Verbigracia, el Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, La República Federativa del Brasil, La República del Paraguay y La República Oriental de Uruguay del 26 de marzo de 1991; Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias; Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativo del 27 de junio de 1992; Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del 5 de agosto de 1994; Protocolo de Integración Educativa y reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios de Nivel Primario y Medio no técnico; Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR del 17 de diciembre de 1994; Protocolo de Medidas Cautelares del 16 de diciembre de 1994; Protocolo de Integración Educativa y Revalida de Diplomas, Certificados, Títulos y Reconocimiento de Nivel Medio técnico; Protocolo de San Luís en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR del 25 de junio de 1996. Protocolo de Integración Cultural del MERCOSUR del 16 de diciembre de 1996; Protocolo de integración Educativa para el Proseguimiento de Estudios de Postgrado en las Universidades de los Estados Parte del MERCOSUR; Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile del 24 de julio de 1998; Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR del 18 de febrero de 2002; entre otros. Para un análisis de la normativa ratificada por los Estados Miembros del MERCOSUR véase, RAMÍREZ, Lautaro M. (2009) “El ordenamiento jurídico del MERCOSUR a provisto de las fuentes y la jerarquía normativa.” En Boletín Informe Integrar N° 57, Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Octubre. Pág. 1 y ss.

(22) El texto del Art. 31 de la Constitución Nacional textualmente sostiene: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación [...]”

luego de la reforma constitucional del año 1994, debe ser interpretado armónicamente con los nuevos artículos 75 incisos 22 y 24, otorgando en la escala de jerarquía normativa una entidad superior a los tratados comunes por sobre la ley, y más aún por encima de los tratados comunes aquellos que responde a Tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 CN) y Tratados de Integración Regional (art. 75 inc. 24 CN).

La Constitución Nacional reconoce al menos seis tipos diferentes de acuerdos internacionales: 1) Los tratados internacionales suscritos con otros Estados o con organizaciones internacionales y los concordatos comunes (art. 75 inc. 22 1er. Párraf.), 2) Los tratados, convenciones y declaraciones sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22 2do. Párraf.), 3) Los tratados y convenciones sobre derechos humanos que el Congreso apruebe en el futuro (art. 75 inc. 22 3er. Párraf.), 4) Los tratados de integración con países Latinoamericanos que deleguen competencias y jurisdicción (art. 75 inc. 24 1er. Párraf.), 5) Los tratados de integración con países no Latinoamericanos que deleguen competencias y jurisdicción, y 6) Los convenios internacionales que suscriban las Provincias (art. 124) (Ziulu, 1996:104).

Y así las posibles colisiones de los acuerdos internacionales con el derecho interno, deberá hacerse prevalecer al primero siempre bajo condiciones de reciprocidad, en orden a la jerarquía superior que le ha otorgado el constituyente.

En el caso judicial bajo análisis -causa Sancor CUL- se ha sometido a la Corte Federal a tener que interpretar y aplicar el alcance de un Tratado de Integración Regional y su armonización dentro del derecho interno, todo ello a través de una hermenéutica integral e integradora.

Ahora bien y sentado lo anterior, creemos que en el caso sub examine cabe el interrogante *¿Resulta pertinente acudir a la opinión consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR?*

Sobre el particular consideramos que aun cuando la actora sea una empresa argentina que intenta impugnar una resolución del organismo aduanero del Estado Argentino que impone aranceles a la exportación a países del MERCOSUR de sus productos lácteos -circunstancia que pareciera que la cuestión debe ser zanjada solamente a través la interpretación constitucional del derecho interno-, nada objeta que ese mismo control de constitucionalidad se realice bajo el prisma de los tratados internacionales de integración (Tratado de Asunción), ya que esa medida aduanera afecta al tráfico comercial en su vinculación empresaria de exportación a un país integrante del MERCOSUR. Empero, el hecho de la vinculación comercial con esos mercados hace que pueda reclamar la empresa que se le aplique el derecho de la integración en su carácter de sujeto titular indirecto de los derechos y obligaciones emergentes de los Tratados.

A mayor abundamiento, sostenemos que la ratificación del Tratado de Asunción ha incorporado al derecho interno ciertas disposiciones o reglas que no sólo obligan a los Estados entre sí, sino que también a los ciudadanos de cada uno de los mismos en su interacción comercial de mercado comunitario. De nada valdría el proceso de integración regional si un Estado dispone a sus particulares de medidas que tiendan a restringir el tráfico de mercaderías o la comercialización de sus productos en los otros mercados asociados.

La pertinencia en el caso de la Opinión Consultiva radica en la interpretación constitucional que deberá realizar la CSJN de diferentes disposiciones constitucionales que son: art. 4º (recursos del Tesoro Nacional), los derechos de importación y exportación, art. 75 inc. 1 (Corresponde al Congreso: [...] 1) Establecer los derechos de importación y exportación), art. 75 inc. 24 (Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supranacionales), art. 31 (jerarquía de las normas jurídicas), art. 75 inc.22 (Corresponde al Congreso: [...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones [...] Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes), art. 75 inc. 24 (Corresponde al Congreso: [...] Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad), junto con la emergente del Tratado de Asunción y sus derivaciones que han sido generadora de derecho de la integración.

De igual modo, el otro gran interrogante que el caso plantea, se resume de la siguiente manera: ¿Cuál es el efecto de lo recomendando en la opinión consultiva por el Tribunal Permanente de Revisión, y su fuerza para el Estado Argentino? Entendemos en relación a los efectos de la opinión consultiva que la misma no será ni vinculante ni obligatoria, ello conforme a lo establecido art. 11 de la decisión del CMC n° 37/03, como tampoco podrá afectar en absoluto el derecho interno ni las potestades del Poder Judicial.

Sin perjuicio de ello, la voluntad Estatal debiera ajustarse a lo allí resuelto, que será de donde surja el modo de evitar accionares incompatibles entre el derecho de la integración y los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros del Tratado de Asunción. Así, resulta de la práctica internacional, a pesar de carecer de efectos vinculantes ciertas decisiones de organismos internacionales, el respeto por lo resuelto por ellos. No debe olvidarse que la costumbre es una las principales fuentes del derecho Internacional.

Por otra parte, y en el plano estrictamente político, la situación vuelve a describir y poner en análisis cuál es la verdadera vocación del Gobierno de la Argentina frente al MERCOSUR. De su sinceridad y visión estratégica, dependerá una planificación seria, gradual y permanente, que asegure que la voluntad plasmada al momento de la firma del Tratado de Asunción no fue sólo una declaración política, sino la declaración inicial para una permanente profundización entre cuatro países, en aras de intensificar, ampliar y mejorar las acciones emergentes para la constitución del Mercado Común del Sur.

Lamentablemente, a poco tiempo de cumplirse los veinte años del inicio del proceso integracionista, se observa que la Argentina avanza y retrocede al compás de sus periódicas crisis económicas.

V. Visión desde el orden jurídico del MERCOSUR

Sostenido lo anterior, resta adentrarnos en el análisis particularizado de la importancia que presenta la solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por parte de las CSJN. De esa perspectiva, puede sostenerse que el proceso de integración nacido del Tratado de Asunción de 1991, es un proceso joven, con lo cual le resta mucho camino por recorrer en pos del afianzamiento y la consolidación como bloque.

A raíz de lo anterior, las consultas que realizan las Cortes Supremas de los Estados Miembros del MERCOSUR presentan efectos positivos, desde diversos aspectos:

- * Ponen en movimiento y funcionamiento las instituciones intergubernamentales a con el objeto de responder la Consulta, con lo cual, a su vez se logra una mayor dinámica en el engranaje institucional.

- * Las resultas de las Opiniones Consultivas profundizan la interpretación y consolidación del derecho -tanto originario como derivado- del proceso de integración.

- * Logran incrementar la interacción entre las Instituciones nacionales con las propias del proceso de integración.

- * El hecho que los Estados deban notificar a los restantes Estados miembros cuando remiten consultas al TPR, generan un efecto cascada logrando, no sólo un mayor conocimiento por parte de los Tribunales Superiores en cuestión de las consultas, sino también un mayor incentivo en recurrir al TPR, en pos de la interpretación del derecho de la integración y su conjugación con los ordenes internos de los Estados miembros.

- * Sin perjuicio que las respuestas de las Opiniones Consultivas no sean “vinculantes ni obligatorias” pocas veces los peticionante se alejan de lo allí determinado; lográndose con ello una adecuación entre los ordenes jurídicos del proceso de integración con los órdenes internos.

Sin embargo, y como efectos negativos puede resaltarse los siguientes:

- * La petición de recurrir al TPR por parte de los particulares, puede extender el tiempo de duración del proceso como también el engrosamiento de las costas.

* La reglamentación que ha elaborado la CSJN en cuanto al procedimiento para acceder al TPR ofrece limitaciones en cuanto solicita la intervención de todas las instancias previas a su arribo, lo cual asimismo extiende los plazos, genera intervención de diversos funcionarios y Secretarías del Poder Judicial pudiéndose haber evitado el paso por ello, y acceder directamente a esto en pos de la economía procesal.

Conforme a lo anterior, resta considerarse como se constituye en ordenamiento jurídico del MERCOSUR y los efectos que el mismo tiene en los órdenes de los Estados Partes del Tratado de Asunción.

Desde esta perspectiva, y como ya lo sostuviéramos en otra oportunidad existen tres tipos de gradas normativas en el MERCOSUR, las originarias, las derivadas y las complementarias. Corresponden a las primeras

“El Tratado de Asunción, sus Protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios” (art. 41 inc. 1 del POP); se encuentran en el segundo “Las Decisiones del Consejo, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción” (art. 41 inc. 3 del POP) y dentro de las complementarias se encuentran “Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus Protocolos” (art. 41 inc. 2 del POP) (Ramírez, 2009).

Estos diferentes órdenes, deben ser interpretados en pos del proceso integrador y de la armonización de los órdenes jurídicos de los Estados miembros con el del MERCOSUR, y para ello es necesario la constante hermenéutica jurídica de los funcionarios que intervienen en la función “jurisdiccional” del proceso integrador, quienes son los encargados de dar vida a las normas con sus diferentes jerarquías dentro del mismo.

Desde esa perspectiva, ya se sostuvo en la Primer Opinión consultiva realizada al Tribunal Permanente de Revisión, en el voto de los Dres. Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli, acompañado por el Dr. Joao Rodas que: *“El MERCOSUR constituye aun hoy un proceso de integración marcado por el accionar intergubernamental. No obstante ello, el derecho del MERCOSUR ‘necesita’ no quedar sujeto al albur de lo que establezcan las normas nacionales de los Estados Partes” (Opinión Consultiva 1/2007).*

Como corolario, resta sostenerse que es plausible que nuestro máximo Tribunal Nacional haya comenzando a relacionarse con el TPR en cuestiones que dan lugar a la intervención de aquel en consultas que atañen a situaciones locales como las tratadas en el fallo bajo estudio; y con ello comenzar a profundizar los lazos entre los órganos con competencia jurisdiccional -aunque la del MERCOSUR sea voluntaria- en pos de la armonización y absorción de aquel dentro de nuestro país.

VI. Visión desde el Derecho Internacional Económico

Tras lo anteriormente expuesto, resta considerarse un aspecto fundamental que la CSJN no ha tenido en cuenta al momento de recurrir en Opinión Consultiva al TPR, esto es el impacto que puede tener el incremento de la alícuota a las retenciones a las exportaciones, mas allá del MERCOSUR y dentro del plano que conforma al Derecho Económico Internacional.

En ese sentido, si bien ya nos hemos referido a ésta cuestión en otra oportunidad (23), el hecho que la CSJN recurra al TPR -a raíz de la solicitud de la parte Demandada en el fallo bajo estudio- demuestra a las claras, que la cuestión de marras excede por lo pronto el ordenamiento jurídico interno de nuestro país. Es que éste a lo largo de estas dos últimas décadas ha contraído diversas obligaciones en el ámbito internacional, tanto con otros Estados como con Organismos Internacionales. De este modo, si bien las retenciones estarían en clara pugna con las normas que dan origen al MERCOSUR,

(23) Véase RAMÍREZ, Lautaro M. (2008) “Las retenciones a las exportaciones. Visión desde el derecho internacional económico”. En Boletín Informe Integrar N° 50, Instituto de Integración Latinoamérica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Pág. 17 y ss.

también lo están a nuestro modo de ver con aquella propia de la Organización Mundial de Comercio, hecho que la CSJN no menciona y que es de trascendencia ya que si en el caso sub examine se llega a la conclusión de que nuestro país ha incumplido con las normas del proceso integrador, también se está resolviendo que ha incumplido con las normas de la OMC del cual los Estados del MERCOSUR también son miembros.

De este modo, debe recordarse que nuestro país al incorporarse a la OMC el 1º de enero de 1995, ha debido denunciar sus aranceles con el objeto de brindar previsibilidad a los operadores comerciales y congelarlas, salvo claro está, las excepciones previstas por la misma organización multilateral de comercio.

Respecto a la Decisión de la CSJN bajo estudio, la misma en el dictamen del Procurador General de la Nación, establece que: *“Convinieron que los países signatarios extenderían automáticamente a los demás Estados Partes ‘cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario o destinado a terceros países no miembros de la Asociación Latinoamericana’ [de Integración]”*. En ese sentido no hace más que replicar el principio rector de la OMC denominado la Cláusula de la Nación más Favorecida, la cual está prevista en el Acuerdo General sobre Aranceles y Tarifas (GATT -en inglés- de 1947) y que el texto del Acuerdo estipula que, respecto a los derecho aduanales, otros cargos relacionados con importación o exportación y en consideración de todas las reglas y formalidades conectadas con el comercio internacional, *“cualquier ventaja, favor privilegio o inmunidad acordada por alguna Parte Contratante a cualquier producto originario en o destinado a otro país, debe ser concedido inmediata e incondicionalmente (24), al mismo producto originario en o destinado a los territorios de todas las demás partes contratantes”* (Curzon, 1965:67)

Asimismo, el Procurador General de la Nación al sostener que: *“[...] Considero oportuno adelantar, que, a mi modo de ver, tal y como fue dicho por el Tribunal Fiscal en su sentencia de fs. 96/99 vta., no hay en el Tratado constitutivo del mencionado mercado común ninguna norma que, de manera directa e indubitable, imponga a los Estados miembros la obligación de abstenerse de establecer tributos a la exportación de sus mercancías hacia los países miembros”* le asiste razón para así dictaminar, esta desconociendo que las normas propias de la OMC expresamente si lo establecen.

Con igual criterio dispone que: *“No se me escapa que este tipo de medidas tributarias, tomadas sea con finalidad recaudatoria o bien extrafiscal, por hipótesis, podrían llegar a modificar o desalentar en cierto grado las corrientes naturales de comercio entre los países de que se trate, al hacer menos atractiva la opción por exportar el producto. Pero tampoco dejo de destacar que ello constituirá siempre una decisión tomada por el Estado exportador, que no compromete -en principio- el comercio con los otros Estados socios, en tanto que las mercancías originarias o provenientes de éstos no están alcanzadas por estos derechos, precisamente, ya que no se trata de gravámenes sobre la importación. Por otra parte, como tal tipo de decisión involucra una cuestión de oportunidad, mérito o conveniencia sobre la cual no corresponde que los tribunales entren a juzgar [...]”*

De este modo el art. III, primera parte del Acuerdo del GATT expresamente determina otro de los principios rectores de la citada organización este es el comúnmente denominado el “principio del Trato Nacional”, el cual se desprende del artículo precitado y que textualmente sostiene: *“Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores 1. Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional [...]”*. De este modo nuestro gobierno al dictar la Resolución 11/02 ha infringido lo en este artículo estipulado.

(24) El texto completo puede consultarse en el Art. 1º del Acuerdo.

Es que puede sostenerse que la trampa de los Tratados Internacionales y más en materia de Integración, de Comercio o de ambos y de Organismos Internacionales viene dada en que luego de la adhesión por los Estados, los mismos a través de lo estipulado en sus Constituciones Nacionales les asignan carácter supra legal a éstos -dependiendo desde donde se sitúa el Estado con relación a las posturas monistas o dualistas del Derecho Internacional- haciendo con ello que todo el ordenamiento jurídico interno deban sujetarse a dichos Acuerdos.

El error Argentino, a nuestro modo de ver, deviene toda vez que al momento de consolidar sus aranceles en la OMC como paso posterior a su incorporación, los estableció en niveles mínimos, ello conforme a las políticas comerciales imperantes en la década de los noventa, esto es, en pleno auge del neoliberalismo. Con ello el propio gobierno quien se ha auto impuesto límites mínimos, lo cual implica la imposibilidad de poder incrementarlos frente a las diversas circunstancias por las que atraviesan los Estados.

En ese sentido debe recordarse que el procedimiento previsto para poder aumentar sus alícuotas sin incurrir en infracción ante el Organismo referenciado, es consolidar aranceles relativamente elevados e ir desgravando progresivamente, sin perder el tope máximo para la fijación arancelaria, y es lo que ha hecho la Republica Federativa del Brasil tras su ingreso a la OMC.

El juego entre los mínimos y máximos arancelarios en el Organismo Internacional, en Derecho Internacional Económico se conoce como “agua”; que es el margen de maniobra que tiene un Estado para aumentar o reducir sus aranceles, frente a un tope arancelario consolidado.

Como corolario, resta decirse que si bien la CSJN está siguiendo las políticas imperantes de este momento, esto es el interés nacional de profundizar al proceso integrador del MERCOSUR, el mismo olvida que la Argentina no es miembro sólo de este bloque, sino que el mismo se encuentra inserto y regido también por la normas que emanan y que voluntariamente han aceptado los Estados partes del Tratado de Asunción, y que en la normativa propia del MERCOSUR se ve reflejada no solo por la citas permanentes que se hace aquellas normas sino también por la transcripción que se hace de ellas e incluso remisiones a los Acuerdos que dan origen y rigen a la OMC.

VII. Conclusiones

Del desarrollo del presente trabajo extraemos las siguientes conclusiones:

* Es la primera vez que la Corte Federal Argentina, hace uso de la Acordada que prevé el procedimiento para acceder a la institución máxima jurisdiccional del MERCOSUR, resolviendo solicitar una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión.

* La CSJN en la causa “Sancor CUL” ha avanzado en el sentido de reconocer operatividad a los acuerdos del MERCOSUR, particularmente en la funcionalidad del Tribunal Permanente de Revisión.

* Los particulares pueden -en principio- solicitar a su Estado la aplicación y respeto de las normas comunitarias que suscribieron.

* La puesta en práctica de las solicitudes de Opiniones Consultivas por parte de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros del Tratado de Asunción, ponen en movimiento las instituciones del MERCOSUR, con lo cual, se logra una mayor dinámica en el engranaje institucional.

* El caso resulta una oportunidad para nuestro Máximo Tribunal Federal para interpretar la jerarquía, alcances y aplicabilidad de los Tratados de Integración, la normativa que de los mismos se derive, y de aquellas fuentes generadoras de reglas jurídicas comunitarias. Oportunidad que, lamentablemente, no será posible frente al desistimiento del recurso extraordinario que ha realizado Sancor.

* El caso invita a reflexionar al Estado Argentino, en el sentido que su política económica relacionada a derechos de importación y exportación dentro de los países del bloque regional, ya no pueden ser entendidas de manera unilateral. Por el contrario, deben responder en armonía con los acuerdos suscritos, y en su caso internalizados.

* Desde el punto de vista del Derecho Internacional Económico, es necesario que la CSJN no olvide que el MERCOSUR se encuentra inmerso dentro de otros esquemas mayores como es la Organización Mundial de Comercio, a la cual los cuatro Estados parte del Tratado de Asunción se han incorporado. A esos efectos en muchos casos la actuación dentro y por el MERCOSUR debe ajustarse a las normas y a los compromisos asumidos en aquel organismo multilateral.

* Aun cuando en el caso no vaya a existir pronunciamiento concreto, seguramente existirán nuevos planteos en casos similares de derechos de exportación, obligando nuevamente a nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación a requerir nuevamente opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión. ?

VIII. Bibliografía

- * BELA BALASSA, J. D., "Teoría de la Integración", Ed. UTEHA. 1964.
- * CURZON Gerard. La diplomacia del comercio multilateral. Ed. Fondo de la Cultura Económica. México. 1965.
- * ESTOUP, Luis Alejandro – FERNANDEZ REYES, Jorge. Derecho vigente del MERCOSUR. Ed. La Ley. Buenos Aires, Argentina. Junio 2001.
- * FERNANDEZ ARROYO, Diego. El Mercado Común del Sur desde Asunción a Ouro Preto. Ed. FCU, Montevideo, Uruguay, Junio 1995.
- * GAJATE, Rita. "El Rol del Derecho en los Procesos de integración". En Revista Aportes para la integración Regional N° 2. Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. 1995.
- * GATT, Basic instruments and Selected Documents, Vol. I., Parte III, Artículo XXIV, Secc. 8 (a). (Ginebra 1952).
- * GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina, anotada y comentada. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2008.
- * GONZALEZ, Joaquín V. Manual de la Constitución Argentina. Ed. La Ley, Actualizado por QUIROGA LAVIE, Humberto, Buenos Aires. 2001.
- * KAUNE, Walter. "La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario" Trabajo publicado en el libro editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 2004.
- * LAREDO, Iris Mabel – BLACONA, María Teresa, "Modelos y estrategias de integración", En Folletos del Instituto de Integración Latinoamericana, editado por el IIL de la Universidad Nacional de La Plata. 1990.
- * LIZANO, Eduardo. "Integración regional e integración internacional". En Revista Integración & Comercio. INTAL -BID N° 13. 2001
- * MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio. "En torno a las normas del MERCOSUR: clasificación y jerarquía, incorporación, vigencia (simultánea) y dificultades constitucionales". En Zlata Drnas de Clement (coordinadora). MERCOSUR y Unión Europea. Ed. Lerner. SRL, Córdoba, Argentina. 2008.
- * PUNTE, Roberto Oscar. "Requerimiento de opinión Consultiva", en Diario Electrónico El Dial. 2009.
- * QUIROGA LAVIE, Humberto. Constitución de la Nación Argentina Comentada. Ed. Zavallía, Buenos Aires. 1996.
- * QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel; CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino". Ed. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2001.
- * PAIKIN, Damián. Actores, identidad y hegemonía en el movimiento antiglobalización. El Foro Social Mundial desde la mirada del Nuevo Regionalismo. Ponencia presentada a las III Jornadas de

Jóvenes Investigadores, Instituto Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires. 2006.

* RAMÍREZ, Lautaro M. "Las retenciones a las exportaciones. Visión desde el derecho internacional económico". En Boletín Informe Integrar N° 50, Instituto de Integración Latinoamérica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Buenos Aires. 2008.

"El ordenamiento jurídico del MERCOSUR a propósito de las fuentes y la jerarquía normativa". En Boletín Informe Integrar N° 57, Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, La Plata, Buenos Aires. 2009.

* VACCHINO, Juan Mario, "Integración Económica Regional", Ed. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, Sección Integración, Caracas. 1981.

* ZIULU, Adolfo. Derecho Constitucional. Ed. Depalma, t. I, Buenos Aires. 1996. ♦

Potestades provinciales en materia pesquera

POR **EDUARDO ADRAGNA** (*)

Resumen

El poder jurisdiccional de las provincias sobre el mar territorial adyacente a sus costas sigue poseyendo el límite de las 3 millas establecido por la ley 18.502 (Adla, XXX-A, 65), salvo en materia de pesquerías y en los términos del art. 3º y concordantes de la ley 24.922 (Adla, LVIII-A, 10). Esta parece ser la posición sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los recursos situados en diferentes regiones del Estado Nacional que plantean cuestiones de asimetrías importantes entre las mismas (provincias petroleras, con litoral marítimo, mediterráneas, etc.), requieren regulaciones de carácter central para evitar la explotación ruinosa o predatoria.

PALABRAS CLAVE: DERECHO DEL MAR - PESQUERIAS - DERECHO Y ECONOMIA - FEDERALISMO

Abstract

Jurisdictional power of Local States over the territorial sea bordering their coasts continues being limited by the 3 miles established by the 18.502 Law, unless fisheries law as regulated in the 3rd and subsequent articles of 24.922 Law. That seems to be the position of the Supreme Court of Argentina.

Resources asymmetrically allocated in different regions of a country (petroleum local states, maritime or mediterranean ones, etc.) require some central regulations to avoid ruinous or predatorial exploitation.

KEYWORDS LAW OF THE SEA - FISHERIES - LAW AND ECONOMY - FEDERALISM

I.

Introducción. En este trabajo me propongo presentar una visión genérica del problema de las potestades provinciales en materia de pesquerías.

No analizaré la cuestión desde el prisma histórico, desde la época de la colonia hasta la actualidad, quizás porque ese también es un punto controvertido que los historiadores del Derecho no han podido aun dilucidar. Baste leer el fallo de la CSJN que más adelante se analiza o la opinión de Mario F. Vals, también citada, para darnos cuenta que no hay unanimidad en el tema.

Para este cometido, utilizaré como herramientas la normativa y jurisprudencia vigentes.

Finalmente, ensayo una reconsideración de los argumentos desde la perspectiva del Law and Economics como un humilde aporte al análisis crítico de ciertos aspectos de la realidad jurídica que es conveniente investigar con motivo del Bicentenario de la Patria.

II.

La tarea comienza por el análisis de la legislación nacional vigente para el tema, es decir, las normas que contiene la Constitución Nacional y las que conforman el régimen que instituye la ley 24.922 por un lado, y la normativa provincial por el otro (para ello he tenido especialmente en cuenta la ley de pesca de la Provincia de Buenos Aires).

(*) Docente de Derecho de la Navegación; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP.

III.

Según la Constitución Nacional, art. 124 último párrafo: *Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.*

Asimismo sabemos que, conforme a los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico, las normas constitucionales son reglamentadas por leyes del Congreso Nacional, particularmente en materia de límites interprovinciales.

La Ley 24.922, que establece el Régimen Federal de Pesca, tal cual ha quedado redactada después de la reforma que le imprimiera la ley 25.470 (Adla, LXI-E, 5450) (del año 2001) contiene una serie de normas que despejan aparentemente las dudas acerca de las competencias de los diferentes estamentos de poder involucrados.

En primer lugar el art. 3º establece que: *Son del dominio de las provincias con litoral marítimo y ejercerán esta jurisdicción para los fines de su exploración, explotación, conservación y administración, a través del marco federal que se establece en la presente ley, los recursos vivos que poblaren las aguas interiores y el mar territorial argentino adyacente a sus costas, hasta las doce millas marinas medidas desde las líneas de base que sean reconocidas por la legislación nacional pertinente.* Es decir, que en ámbito acotado las provincias deberán respetar el marco normativo que la misma establece.

El artículo 49 después de la reforma de 2001 establece: *Las infracciones a las leyes, decretos o resoluciones que regulen las actividades vinculadas con los recursos vivos del mar bajo jurisdicción de la Nación, serán sancionadas por la autoridad de aplicación de la presente ley. Las infracciones cometidas por buques de bandera extranjera en aguas de jurisdicción argentina serán sancionadas por la autoridad de aplicación de la presente ley. Las infracciones en aguas de jurisdicción provincial serán sancionadas por las autoridades de aplicación de cada una de las respectivas jurisdicciones provinciales de conformidad con lo establecido por los artículos 3º y 4º de la presente ley. Esta reforma vino a aclarar el reparto de competencias en materia de infracciones y sanciones a los regímenes de pesca.*

No tan clara resulta la disposición del art. 72 de la misma ley que establece: *“Deróganse el artículo 4º de la ley 17.094, el inciso 1) del artículo 6º y el artículo 8º de la ley 21.673, el artículo 2º de la ley 22.260 y las leyes 17.500, 18.502, 19.001, 20.136, 20.489, 21.514, 22.018, 22.107, y toda otra norma legal, en todo aquello que se oponga a lo establecido en la presente ley”.*

Aquí la cuestión se torna algo más delicada, porque las leyes 17.500 y 18.502 regulan lo referente a la jurisdicción provincial estableciéndola hasta un límite de 3 millas marinas.

Podría interpretarse que el artículo 72 deroga completamente esos cuerpos legales por lo que sólo quedaría subsistente la norma constitucional del art. 124 de la Constitución Nacional que establece que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Entonces, cobrarían constitucionalidad normas de carácter provincial que de otra manera no la hubieran tenido ya que la Constitución de 1853/60 nada establecía al respecto. Esta parece ser la Tesis de Vals en su trabajo publicado en JA-VI-523. Entiendo que su defensa de las potestades provinciales se funda además en sólidos argumentos históricos.

Otra posibilidad es interpretar en forma estricta el artículo 72 y aceptar que puede ser dividido en dos partes, la primera que abarca la derogación plena de los artículos 4º de la ley 17.094, el inciso 1) del artículo 6º y el artículo 8º de la ley 21.673, el artículo 2º de la ley 22.260, ya que al inicio el texto expresa “deróganse” y una segunda parte, que continúa el texto con “y las leyes 17.500, 18.502, 19.001, 20.136, 20.489, 21.514, 22.018, 22.107, y toda otra norma legal, en todo aquello que se oponga a lo establecido en la presente ley”. Es decir que, las normas citadas en esta segunda parte quedan derogadas en la medida que se opongan a lo regulado por la ley federal de pesca. Esta segunda posibilidad interpretativa permite sostener que el poder jurisdiccional de las provincias sobre el mar territorial adyacente a sus costas sigue poseyendo el límite de las 3 millas establecido por la ley 18.502, salvo en lo que respecta la materia de las pesquerías y en los términos del art. 3º y concordantes de la ley 24.922. Esta parece ser la posición sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV.

En efecto, el más Alto tribunal se ha referido al tema en el fallo del caso “Total Austral S.A. c. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur” del 8 de setiembre de 2003 (Fallos 326:3368).

La decisión se refiere a una cuestión tributaria, donde se discute la potestad fiscal de la Provincia de Tierra del Fuego, en particular al ejercicio del poder tributario respecto de explotaciones costa afuera más allá de las tres millas marítimas, resolviéndose en forma negativa para el ese Estado.

Si bien los miembros de la Corte y el Procurador General de la Nación no han hecho la interpretación que se plantea supra, no puede ser otro el argumento para sostener que “en lo que se refiere a la ley 24.922, que declaró del dominio y jurisdicción de las provincias con litoral marítimo los recursos vivos que pueblan las aguas interiores y el mar territorial argentino adyacente a sus costas hasta las 12 millas marinas, tiene por su propia especificidad un alcance acotado a la actividad pesquera, por lo que no cabe extraer una conclusión que extienda sus efectos a otros ámbitos dentro de esos límites sobre los cuales la Nación Argentina conserva plena jurisdicción”.

Tal es así, que la corte declara la inconstitucionalidad del art. 81 de la Constitución Provincial de Tierra del Fuego ya que “extiende la jurisdicción provincial en materia de explotación económica hasta donde la República Argentina ejerce su jurisdicción, [con] evidente exceso en que incurre al pretender avanzar de manera indebida sobre atribuciones que le son adjudicadas exclusivamente al gobierno federal y, a la vez, prohibidas a las provincias (art. 75 inc. 15 y 126 de la Ley Fundamental)”. Es claro que el Congreso Federal es el único habilitado constitucionalmente para determinar los límites interprovinciales y por ende el límite del frente marítimo y que las provincias no deben ejercer el poder delegado en la Nación (Art. 75 inc. 15 Const. Nac.).

V.

Luego de haber pasado revista de la normativa y jurisprudencia involucradas, resulta interesante analizar cómo han actuado las provincias y el Consejo Federal Pesquero, a los efectos cumplir o desplegar facultades.

Con respecto a la Provincia de Buenos Aires, al igual que el resto, ha dictado su ley de pesca, en el caso la ley 11.477 (del año 1993), cuyo artículo 1° establece que dicho Estado “ejercerá jurisdicción y dominio en sus aguas interiores y en el mar territorial adyacente a sus costas y hasta la máxima distancia que la legislación nacional atribuya como soberanía argentina, sin perjuicio de la competencia atribuida a la Nación para materias específicamente delegadas e insertadas en la Constitución Nacional. Por el art. 2° se extiende dicho dominio más allá para el caso de tratarse de especies migratorias o que intervienen en la cadena trófica de las especies sujetas a su dominio y finalmente, por el art. 3° se deja abierta la puerta para que la Provincia entre en convenio con el Estado Federal y las demás provincias con litoral marítimo.

Esta norma se dictó vigente el anterior texto de la Constitución Nacional de 1853/60 y la ley 15.802. Resulta a primera impresión desde todo punto de vista inconstitucional. Años más tarde la Provincia adhiere al régimen marco de la ley 24.922 y pasa a integrar el CFP.

Es conveniente recordar aquí que nuestro país se encuentra adherido al sistema de Derecho del Mar de la Convención de Montego Bay (mediante Ley 24.543) que establece el régimen de los distintos espacios acuáticos y se encuentra vigente la Ley 23.968 de Espacios Marítimos, cuyo art. 5° último párrafo dice que: “Las normas nacionales sobre conservación de los recursos se aplicarán más allá de las DOSCIENTAS (200) millas marinas, sobre las especies de carácter migratorio o sobre aquellas que intervienen en la cadena trófica de las especies de la zona económica exclusiva argentina”.

Es probable que lo que ha confundido al legislador, y en algún caso al constituyente provincial, es la diferencia entre dominio originario y jurisdicción sobre el mismo, tema del Derecho Administrativo que ha sido zanjado por la doctrina moderna (entre otros ver: Moyano, Amilcar, 2008, 828).

VI.

En el seno del Consejo Federal de Pesca han surgido resoluciones cuyos considerandos expresan:

“que coexisten en la actualidad buques pesqueros artesanales marítimos que disponen de permisos de pesca nacional y provincial conjuntamente, siéndoles aplicable la normativa federal en lo atinente a la regulación del permiso de pesca nacional. Que constituyen características del sector pesquero artesanal la reducida escala de explotación, la temporalidad de sus zafras y una economía de subsistencia, que tornan volátil la rentabilidad de los permisionarios del sector. Que las limitaciones operativas de las embarcaciones del sector restringen el acceso a los recursos tradicionales en los períodos en que éstos no se encuentran cercanos a su zona de operación. Que si bien una importante cantidad de las embarcaciones del sector opera la mayor parte del año en las jurisdicciones provinciales, la inherente movilidad de los recursos requiere de una habilitación nacional para explotar los recursos zafreiros tradicionales fuera de las jurisdicciones provinciales. Que tales razones operativas de la flota pesquera artesanal ameritan una justificación de la inactividad comercial en los términos del artículo 28 de la Ley N° 24.922 respecto de sus permisos de pesca nacionales” (Considerandos de la Resolución 3/2002). Esta disposición se refiere al ejercicio de la pesca artesanal en aguas interiores o en jurisdicción provincial.

No se puede soslayar que las decisiones que adopte y las resoluciones que dicte así como las medidas que disponga la autoridad de aplicación de la ley 24.922, a requerimiento del Consejo, serán obligatorias para la Nación y para las provincias con litoral marítimo.

VII.

El argumento re-considerado. A esta altura, sin embargo, es posible realizar un enfoque consecuen-
cialista de la interpretación que se propone. Este método es básicamente el que se utiliza desde hace ya largo tiempo entre los cultores del Law and Economics, es decir, de la interpretación económica del Derecho (Ver Sola, Juan Vicente, 2004, 21).

Partiendo de la idea de eficiencia, la cual, si bien resulta de ardua construcción, no resulta difícil de intuir, el tema planteado sobre potestades provinciales se enmarca en el más general del tamaño óptimo del sector público para cumplir con sus objetivos. De la respuesta que se pueda obtener para este interrogante resultará la asignación de potestades entre los diferentes niveles de gobierno que corresponden a un Estado jurídicamente declarado como federal.

En tal sentido la bibliografía sobre el tema muestra que los autores han seguido dos líneas de pensamiento bien diferenciadas en torno al denominado “federalismo regulatorio” (Ver Piffano, Horacio L. P., 2003, 10). Dejando de lado el problema de asignación de potestades fiscales y distributivas, como capítulo del federalismo fiscal, comúnmente se plantea el análisis de la asignación de facultades regulatorias entre los diferentes organismos que integran el sector público (en orden vertical u horizontal).

Por un lado el enfoque normativo, es decir, la economía enfocada desde lo que debe ser, cuyo representante más destacado es Richard Musgrave, sostiene que corresponde a los Estados locales determinar las condiciones o standards en materia de recursos naturales cuando los efectos en materia ambiental o de aprovechamiento del recurso se encuentran localizados en su territorio.

En cambio, la visión positiva, conocida como Public Choice, cuyo representante es James Buchanan, tiene carácter explicativo-predictivo y en lo que aquí interesa, sostiene que el burócrata local maximizador del gasto tiende a establecer estándares débiles en materia regulatoria como una manera de fomentar la explotación de los recursos y de tal forma ampliar la base imponible propia, entonces, la intervención del gobierno central resulta indispensable a fin de evitar mayores daños.

Los recursos situados en diferentes regiones del Estado Nacional que plantean cuestiones de asimetrías importantes entre las mismas (provincias petroleras, con litoral marítimo, mediterráneas, etc.), requieren regulaciones de carácter central para evitar la explotación ruinosa o predatoria (siguiendo los desarrollos al respecto de Buchanan & Musgrave, 1999, 205).

VIII.

Finalmente, quiero destacar que los temas tratados en este trabajo son o están siendo revisados constantemente en el seno de los diferentes organismos oficiales de los diferentes estamentos tanto federales como provinciales.

Es de esperar, que los funcionarios que se encuentran a cargo de la tarea de regular aspectos públicos y privados tan delicados como los que incluyen las pesquerías (ver trabajo del Dr. Carrillo, cit. en bibliografía) tengan en cuenta la eficiencia en la gestión de un recurso que ya no se puede catalogar de absolutamente renovable y se comprenda que una explotación pesquera donde diferentes componentes del sector público pujan por objetivos meramente recaudatorios no es de manera alguna la forma de proteger el ambiente y menos fomentar una actividad.

Asimismo, es importante crear conciencia ciudadana informando acerca de la forma en que se toman las decisiones en un Estado pretendidamente Federal en un aspecto crucial como es el de los recursos naturales.

Bibliografía:

* BUCHANAN, James M., and MUSGRAVE, Richard A. *Public Finance and Public Choice: Two Contrasting Visions of the State*, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1999.

* CARRILLO, Santiago, *Una visión iuspublicista de los permisos de pesca*, La Ley Patagonia, Buenos Aires, 2005.

* MOYANO, Amílcar, *Dominio de Tierras y Aguas en la Federación Argentina*, La Ley Gran Cuyo, La Ley, Mendoza, 2008-828 y ss.

* PIFFANO, Horacio L. P., *Notas sobre Federalismo Fiscal: Enfoques positivos y normativos*, Nota 1: Federalismo fiscal: una revisión sobre la asignación de potestades fiscales, PREBI/SEDICI Facultad de Ciencias Económicas de la UNLP, La Plata, 2003.

* SOLA, Juan Vicente, *Constitución y Economía*, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

* VALS, Mario F., *Un fallo de la Corte niega a Tierra del Fuego derechos sobre el mar adyacente a los archipiélagos que la conforman*, Jurisprudencia Argentina, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004-IV: 523 y ss. ♦

Renta petrolera

POR HÉCTOR L. IACOMINI (*)

Sumario: I. Introducción. II. Renta Petrolera. III. Distribución de la renta petrolera. IV. Reflexiones. V. Bibliografía.

Resumen

La renta petrolera excede las elaboraciones doctrinarias de la economía clásica sobre renta económica, al estar conformada por ingredientes geopolíticos, tecnológicos, inventario de reservas petroleras, fenómenos climatológicos, costos impositivos y de la incidencia de las bolsas o mercados internacionales que diariamente establecen el precio del barril de crudo (Nymex e IPE).

Los países productores, además de preocuparse más por el “upstream” que por sus elevados costos, no atraen la iniciativa privada, intentan capturar la renta a través de regalías, impuestos, retenciones o por intermedio de una empresa estatal propia y los estados consumidores procuran similar objetivo en la etapa de “downstream” por intermedio de impuestos varios, en desmedro del consumidor condenado a pagar precios altos por los derivados petroleros.

La renta petrolera es apropiada por gobiernos o grupos económicos concentrados y lejos está de derramarse en beneficio de los habitantes del planeta.

Palabras claves: Renta petrolera – Componentes – Captación – Distribución

Oil Income

Abstract

The oil income exceeds the doctrinaire elaborations of the classical economy about economic income, because in formed by geopolitical and technological ingredients, inventory of oil reserves, climatological phenomenons, tax costs and the influence of Stock Exchange or internacional markets (Nymex and IPE) that establish the daily price of Barrel of crude.

The producer countries, besides worrying more about “upstream” because its high costs, they do not attract private inversions, and they try to capture the income with royalties, retentions or by intermediate of one state enterprise and the consumer countries try similar objectives by means of different taxes in the “downstream” step, in damage of the consumer condemned to pay high prices for the derivates of oil.

The petroleum income is controlled by governments or concentrated economic groups and it is far from to spill itself to the benefit of the inhabitants of the planet.

Key Words: The oil income – Components – Collect - Distribution

I. Introducción

La energía puede ser considerada como la capacidad para producir trabajo y donde a las nociones básicas newtonianas de conservación de la materia y la conservación de la energía, Einstein con su teoría de la relatividad demostró que masa y energía eran equivalentes: $E = mc^2$, o sea, la energía es igual a la velocidad de la luz al cuadrado. Es decir, la energía es todo esto y mucho más. Es calor, luz, electricidad, transporte y capacidad para producir trabajo.

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho de Minería y Energía; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP

Los combustibles fósiles (carbón, petróleo y gas natural) conforman el sustento de la sociedad industrial moderna y de allí, que cuando se cuestiona el suministro de energía, también se cuestiona lo que de ello depende, no sólo la forma de vida, sino la vida misma. La sociedad moderna ha crecido sin comprender completamente la naturaleza de su dependencia de la energía.

Sin energía, la sociedad contemporánea no es nada. De allí la gravitación, incluso geopolítica, que detenta el acceso a las fuentes energéticas y los flujos económicos que ello produce. En la actualidad el petróleo supone el 43% del consumo energético mundial y el 90% de la utilizada en transportes, lo que supone los variados intereses en juego en torno al petróleo para controlar y asegurar los suministros energéticos.

Es que el petróleo como recurso no renovable, es un bien escaso y finito donde de acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), para el año 2045 estaremos asistiendo a los estertores de la existencia de petróleo comercial y económicamente utilizable, por lo que recomiendan preservar la energía, no usarla hasta el agotamiento, con control de las cuotas de utilización acorde a las necesidades reales, lo que lo convierte en un protagonista central en la economía mundial. Para los países centrales, petróleo y política exterior han estado inseparablemente ligados.

Desde finales del siglo XIX se han producido variados intentos de control del petróleo, desde formaciones empresariales cartelizadas a nivel planetario -Convenio de Achnacarry, por ejemplo- políticas, magnicidios, guerras e innumerables miserias humanas, todo en intentos de control del petróleo. Prueba de ello son las intervenciones militares y movimientos estratégicos en Afganistán, Irak, Sudán, Liberia, Golfo de Guinea, Nigeria, y otras zonas de África y Medio Oriente.

Petróleo y energía son poder y en torno a ellos se ejerce sin recato el poder.

A esta trascendencia político económica del petróleo han contribuido una aceleración de los consumos en los países desarrollados -alrededor del dos por ciento anual-, unida a la extensión de hiperconsumos y derroches energéticos en los países más ricos y a la incorporación de importantes países -con fuerte incidencia demográfica-, en calidad de consumidores de energía, destacándose en este vértice países como China o la India, que han pasado en pocos años de ser países exportadores a ser importadores netos.

Naturalmente, en el incremento del consumo, se evidencian desequilibrios energéticos.

Estados Unidos concentra el 24,4% del consumo energético mundial, pese a poseer apenas el 5% de la población del mundo, y si se suman los países de más desarrollo europeo, Japón y Canadá, se obtendrá que algo más del 12% de la población concentra la mitad de todos los consumos energéticos.

La energía consumida es un ineluctable indicador de desigualdad mundial y del progreso o no de los países; el consumo energético medio en los países de la OCDE -Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico- es de 8.503 Kw per cápita, mientras en los países de escaso desarrollo es de 218 Kw per cápita, es decir treinta y nueve veces menos. Y he aquí, que el petróleo como bien limitado, tiende a hacerse escaso a medida que aumenta la demanda y no se puede mantener constante la oferta, ocasionando temblores monetarios y financieros con la obvia variable de mercado que es el precio.

Por consiguiente, es menester considerar que el petróleo -incluso otros recursos energéticos-, hacen al bien común general, lo que implica que los precios de aquél -bajísimo en boca de pozo- y exponencialmente elevado en las transacciones comerciales exige una mirada fina sobre lo que genéricamente se denomina renta petrolera, lo cual no sólo es de suma importancia para los países productores, sino también visualizar su composición y distribución para los consumidores.

II. Renta Petrolera

a) Aproximación terminológica

La depuración del concepto renta petrolera persigue comprender, de un modo aproximado, su incidencia en la fijación del precio del petróleo, los componentes fluctuantes, distorsivos, especulativos y en definitiva, como se distribuye esa renta.

Si bien la renta es un concepto teórico de la Economía Política Clásica, cuya definición, variabilidad y vigencia es aún debatida, es lo cierto que, al menos, aquí solo se lo debe expurgar desde el horizonte petrolífero.

La importancia del tema reside en que, si no se tiene en cuenta la teoría de la renta, se igualan a los medios de producción producidos con los no producidos.

No es ocioso advertir que tanto las teorías económicas construidas en derredor del tema como las elucubraciones teóricas e ideológicas respecto al tema renta fueron elaboradas sobre producciones derivadas del uso de las energías originarias e indestructibles del suelo, en su contexto histórico, lo que descarta el examen sobre las rentas de un recurso no renovable, que produce “una sola cosecha”, pues una vez extraído no se recompone.

Pretendemos aproximarnos al concepto dinámico de renta petrolera a la luz del desenvolvimiento que ésta ha evidenciado a lo largo del siglo XX y comienzos del XXI.

El petróleo tiene un valor a raíz de sus propiedades intrínsecas y sus usos múltiples, motivo por el cual su ínsito valor en el subsuelo es significativo, habida cuenta que el precio del petróleo crudo es, en general, superior a la suma de costos y de allí que en el subsuelo aquél represente un capital para el propietario de la tierra.

La industria petrolera posee un extraordinario potencial de rentabilidad al utilizar un *recurso escaso* y finito, cuyas innumerables aplicaciones y contenido energético le confieren un innegable valor intrínseco, aún antes de ser extraído. De allí, que la suma de costos de extracción y el precio de mercado determinan “prima facie” la renta del petróleo.

Es decir, la elemental referencia a la brecha entre costos –aun referidos a pozos menos productivos o en operaciones en aguas profundas, que los exigen en mayor magnitud- y el precio internacional del hidrocarburo que dimana del NYMEX con sede en Nueva York y el IPE con funcionamiento en Londres, en este último caso para la variedad Brent del Mar del Norte y en el primero para el “West Texas Intermediate” (W.T.I.), estaría brindando una, por ahora, gruesa visión de la denominada renta petrolera.

Precisamente, la renta económica es sólo un concepto, más no una medida, que en materia petrolífera es difícil de definir y cuantificar. Cabe señalar que uno de los *secretos mejor guardados* de la industria petrolera es la estructura de costos reales y su vertebración entre los diferentes segmentos de la actividad y a ello se añade que el mercado mundial de petróleo es sumamente sensible a variables geopolíticas, monetarias, financieras, climatológicas, que lo tornan extremadamente volátil y siendo, por ende, el precio internacional *inestable* por improntas ajenas a la matriz petrolífera específica, también lo será la denominada “renta petrolera” y aún más trascendente, es cómo se reparte esa renta petrolera entre los diversos actores económicos (empresas petroleras, Estado y consumidores) y cómo varía esta situación a lo largo del tiempo.

Alegar que el concepto renta económica vinculada al petróleo implica un ingreso que excede el pago mínimo necesario para atraer igual producto desde una fuente alternativa o desde un uso alternativo, podría ser aplicado a los ingresos para los productores más costosos, que corren el riesgo de ser superados por los precios más bajos de los que experimentan menores costos.

No obstante, lo que prima en el precio es la subjetividad -base de la especulación- de conservar algo del valor intrínseco del petróleo y allí opera el grado de competencia del mercado, que en materia hidrocarbúfera se caracteriza por sus imperfecciones. Estas son complejas, siendo en general, ocasionales o temporarias, yendo desde conflictos geopolíticos hasta variaciones en el cálculo de reservas petrolíferas o distorsiones climatológicas (recuérdese los efectos del huracán Katrina en el Golfo de México, entre otros muchos).

En función de este discurrir, es factible señalar que la conceptualización de renta económica relacionado con el petróleo sería la del exceso crematístico de todos los pagos por petróleo crudo y sus

derivados, en la cadena que va desde el pozo hasta los consumidores, retrayendo el normal retorno sobre el capital ajustado por el riesgo. Este último es sumamente más elevado en el “upstream” (exploración, desarrollo y producción), que en el “midstream” (transporte, procesos y almacenamiento) o en el “downstream” (refinado, venta y distribución).

Por eso, renta económica es más un concepto que una medida derivada de la práctica y la observación.

En efecto, el costo total de inversiones realizados en exploración, perforaciones para desarrollar el campo descubierto, equipos e interconexiones para la extracción del petróleo representa el 85% del capital total, mientras la extracción propiamente dicha sólo insume el 15% restante. Por ende, es indiscutible que la industria del petróleo obliga a realizar inversiones muy superiores a las de cualquier otra actividad, pero el capital de estas inversiones se obtiene del mismo negocio sumamente lucrativo.

b) Imperfecciones del mercado

En esta tarea intelectual de delinear una conceptualización real, práctica, y omnicomprensiva de las variadas aristas de renta petrolera, donde la especificidad torna en principio inaplicables las consideraciones teóricas que de renta económica se elaboraron por prestigiosas escuelas de política económica, es menester comprobar que en su ámbito incluye beneficios ocasionales derivados de imperfecciones de mercado originadas por el control planetario que una empresa dominante o un pequeño grupo de éstos, un oligopolio, ejercen para delinear políticas y precios en el mercado internacional del petróleo.

A finales del siglo XIX y comienzos del XX una única empresa dominante detentó, al menos, el 50% del mercado o el doble de participación en éste que la segunda -Standard Oil of New Jersey (hoy Exxon)-, con la singularidad que su legendario dominio se vertebró en el control de la refinanciación y transporte de petróleo en los Estados Unidos desde aproximadamente 1880, más que su propia producción, toda vez que los productores del Nordestes de Estados Unidos no tenían otra compañía a quien venderle, ni los consumidores otra a quien comprarle.

Operaciones en escala le aseguraron costos más bajos que cualquier competidor, lo que le permitió fijar selectivamente precios a fin de aniquilar la competencia.

La Standard Oil fue dividida por una decisión de la Corte Federal en 1911 por colisionar con las normativas antimonopolio. Es decir que aquí la renta se plasmaba en el “downstream”, no en la faz explotación.

Ante el surgimiento, primero de modo independiente, para luego fusionarse entre la “Royal Dutch Company” -con sede en Amsterdam, Holanda- y “Shell” Compañía de Comercio y Transporte -con sede central en Londres, Inglaterra-, dando lugar a la “Royal Dutch Shell”, como primera compañía petrolera del mundo integrada verticalmente: controlaban la oferta (producción), el transporte, la refinación y los mercados (comercialización), lo que facilitaba la coordinación, mejor utilización de bienes de capital y, por ende, mayores beneficios.

Se convertiría en el primer modelo empresarial para la industria petrolera internacional. Si bien, eran antagonistas con la Standard Oil, pronto se vislumbró -nacionalización del petróleo ruso mediante a raíz de la revolución comunista de 1917-, que la guerra de precios estaba lesionando fuertemente y ello gestó el pacto de Achnacarry de 1928, que abarcaba todo el mundo, salvo los Estados Unidos y la Unión Soviética, con manifiesta finalidad de congelar la participación en el mercado -soslayar la competencia-, cooperar en el uso de refinerías y abastecer a los consumidores desde la fuente más cercana de abastecimiento a un precio mundial basado en el elevado costo de producción de la zona del Golfo de Texas, garantizando superganancias a los grandes productores internacionales en manos de, en esencia, siete compañías petroleras internacionales (British Petroleum, Chevron, Exxon, Gulf, Mobil, Shell y Texaco), a la que se unió la francesa Elf-Total y un número de empresas norteamericanas con abultadas operaciones internacionales.

Hasta comienzos de la década de 1960 la renta petrolera estaba en manos de las grandes empresas petroleras internacionales, que incluso, fijaban “per se” el precio del petróleo, lo que significa que el término renta fue caprichosa y unilateralmente gestado y determinado por las empresas, quedando un “diferencial” indeterminado -beneficios-, a favor de aquéllas.

Pero a partir de setiembre de 1960, con la creación de la OPEP (Organización de Países Exportadores de Petróleo), se hizo frente a las compañías petroleras internacionales, dejando en claro su intención de defender el precio del petróleo, incluyendo un sistema de regulación de la producción. En esta comunidad integrada por representantes de Venezuela, Irán, Irak, Arabia Saudita y Kuwait y con posterior ingreso de Qatar, Libia e Indonesia, estaba representado el 80% del petróleo que se movía en el mercado internacional. La OPEP ha sido un arma de doble filo para el prealudido cartel petrolero, habida cuenta que al perseguir sostener los precios de exportación, se beneficia al cartel, pero por otro lado los dirigentes de los países productores plantearon a las compañías una mayor participación en los beneficios del negocio petrolero.

No obstante, este acuerdo entre los países exportadores se fue debilitando ante maniobras de las compañías para abastecer ingentes demandas de crudo, unido a intereses contrapuestos entre algunos países que integran esta Organización.

Hasta comienzos de la década de 1970 las compañías petroleras nacionales poseían escasa gravitación internacional. Ello se ha trastocado de modo paulatino y se desemboca en el siglo XXI con que las tres cuartas partes del petróleo que se comercializa mundialmente es suministrado por petroleras nacionales lo que les asegura ganancias reales y por ende acceden a una cuota razonable de la renta económica relacionada con el petróleo, con control efectivo sobre la extracción, refino y/o exportación del recurso natural.

Participan de esta política económica eficiente para acceder en plenitud, a la renta petrolera, los principales países de la OPEP (Aramco de Arabia Saudita; KPC de Kuwait; NIOC de Irán, PdVSA de Venezuela), conjuntamente con las existentes en los países productores de petróleo con similar envergadura (caso de Statoil de Noruega; Pemex de México o recientemente Petrobrás en Brasil).

Sin embargo, al resultar un mercado de crudo más competitivo se ha comenzado a poner el acento en la *especialización* a fin de reducir costos; en cuanto esto implica competencia menor y mayores posibilidades de capturar una mayor participación de la renta económica, como quiera que el comercio integrado (“upstream” y “downstream”), representa una parte mucho menor del comercio mundial, en cuanto se constata que en la faz exploración y explotación se han posicionado fuertemente compañías mayoritariamente estatales, mientras en el refino y comercialización la competencia es férrea entre empresas de disímiles capitales. A su vez, ante la gestación de precios según mercados spot o futuros, donde sus participantes son las compañías petroleras, los comerciantes y los corredores, lo que implicaría “prima facie”, una mejora en la transparencia del mercado petrolero y ayudó a los países exportadores a capturar una mayor parte de la renta económica al ser el mercado spot un puesto de venta de envíos adicionales y una fuente de oferta.

Mientras que una transacción “forward” (presumida, en adelante) significa congelar los precios y los márgenes al momento del acuerdo, transfiriendo el riesgo desde el comprador al vendedor, donde se toma en cuenta el tiempo requerido para que el cargamento llegue a destino. Las transacciones “forward” ligan, por lo general, a dos partes y pueden adoptar muchas formas.

Los contratos futuros están estandarizados y especifican calidad y volumen, consignándose la ubicación y obligación contraídas. Las dos grandes centrales en estos últimos son NYMEX en Nueva York y el Internacional Petroleum Exchange en Londres. El comercio futuro se convirtió en la década de 1990, en mecanismo de trascendencia para fijar precios del petróleo y tener delineada la renta petrolera con anticipación, soslayando acontecimientos imprevistos.

Las expectativas sobre la oferta del petróleo constituyen la fuerza motriz de las presunciones sobre el precio y el comportamiento de los *inventarios*, los cuales están nutridos de una información imper-

fecta, sobremanera acerca de volúmenes y riesgos de la oferta. Y aquí, también el comportamiento de los inventarios está en parte motivado por la psicología del mercado, donde las apariencias, humores y temores pueden resultar decisivos como los hechos.

A título de ejemplo, cabe mencionar el comportamiento aprehensivo durante las crisis del petróleo de 1973/74 y 1979/80 o durante la turbulencia del mercado del petróleo de 1997/2000 o desde finales de 2007 hasta buena parte del año 2008 inclusive, donde la información sobre reservas y las expectativas sobre el comportamiento de la OPEP fueron decisivas para la suba del precio del petróleo. Los principales protagonistas en el tema inventario son Arabia Saudita que mantiene grandes volúmenes de petróleo en buques en el mar, difiriendo muchas veces de la producción en cabeza de pozo, dentro de las cuotas que de modo dinámico se va acordando por la OPEP y los Estados Unidos que aumentando o reduciendo la Reserva Estratégica de Petróleo (SPR), puede moderar los precios internacionales del petróleo.

c) Incidencia de modificaciones en la industria petrolera.

En el mundo entero la industria del petróleo es objeto de continua reestructuración como resultado de cambios en la tecnología, la organización y la financiación. La estructura histórica puede describirse como de estabilidad a través del oligopolio y el cartel, con predominio de las principales compañías petroleras multinacionales, que detentaban el dominio de la tecnología, controlando estrictamente los mercados del petróleo y las operaciones.

Las enormes ganancias financiaban en gran parte la inversión en la exploración y extracción del hidrocarburo. Los países exportadores recibieron una porción escasa de esa *renta petrolera*.

A partir de 1970 diferentes conmociones externas modificaron la estructura de la industria del petróleo. La OPEP, el incremento de los precios del petróleo y la nacionalización socavaron la privilegiada posición de las grandes compañías petroleras. Cayeron las barreras de entrada a causa de los costos más bajos, permitiendo el desarrollo de compañías petroleras más chicas.

El aumento del precio del petróleo redujo la importancia de las economías de escala “upstream” -producción-, pero no el “downstream” -refino y comercialización- y la tecnología se volvió accesible en el mercado.

Vinieron las olas de fusiones y absorciones hostiles que redujeron el número de compañías petroleras.

Esto tuvo lugar en la industria petrolera fuera de la OPEP, ante la necesidad de un retorno mayor sobre el capital empleado y crecimiento insuficiente. Se percibe cierta resistencia a asumir los riesgos en el “upstream” mediante nuevas exploraciones ante el “argumento” de incertidumbre del precio del petróleo y la factibilidad de acceder a nuevos mercados. Resultado de ello, fueron la fusión de British Petroleum y Amoco Arco; de Exxon y Mobil; de Total y Petrofino; Chevron-Texaco, e.o.

Para mantener la eficiencia las compañías se vuelven más selectivas en los emprendimientos de “upstream”, al buscar poder de mercado en el “downstream”, por lo que hay más espacio en el “upstream” para compañías pequeñas y medianas, las cuales tienen ventajas de costos sobre las grandes.

Sin embargo, las regulaciones ambientales más estrictas incidirán aún más las operaciones “downstream”, donde las restricciones sobre las emisiones de las refinerías y de los combustibles exigen una mayor inversión que grandes compañías podrán financiar con mayor facilidad; contexto que perfila una consolidación del oligopolio del “downstream”, pero no así del “upstream”, que se desarrolla de manera distinta y se percibe como el interrogante más gravitante para los países productores o con potencial al respecto -caso Argentina-, donde sin empresa estatal vigorosa los capitales privados exigen suculentos incentivos económicos para explorar.

La ola de fusiones vuelve más oligopólica la industria internacional del petróleo, con la particularidad que al incrementar el potencial tanto en la cooperación como en el conflicto de esas grandes

compañías acaece una transferencia de la renta económica de las operaciones de “upstream” a las de “downstream”, es decir, de la extracción a la refinación y distribución y comercialización elevando el retorno en este segmento de la industria.

Las compañías petroleras internacionales gozan de mayor libertad estratégica que las compañías nacionales de extracción de petróleo, lo que representa un desafío para las segundas en adquirir posiciones en “downstream”, mejorando la eficiencia y la ganancia en el “upstream”.

La ventaja comparativa de las grandes compañías petroleras reside más bien en la concentración regional del “downstream”, donde la incidencia impositiva global, incluso, llega a ser menor.

La estabilidad del mercado petrolero es precaria si se toma en cuenta la interdependencia de los países importadores de petróleo y la gran industria del petróleo internacional. La cooperación con los países importadores es difícil debido a los intentos por capturar renta económica a través de impuestos al consumidor y medidas protectoras.

Debido a los altos costos y riesgos implícitos la *perforación exploratoria* se financia normalmente con fondos generados internamente, aptitud que sólo las empresas multinacionales poseen, y si se acude al financiamiento externo, la tasa de riesgo se incrementa. El desarrollo es mucho menos riesgoso, pues sólo se produce ante la existencia de cantidades comerciales de petróleo asegurado.

Existe un riesgo de reserva permanente, ligado a las características del subsuelo y que se incrementa en escalada en condiciones “offshore” o en áreas remotas. Es aquí, donde los bancos relacionados con el financiamiento del petróleo cobran una tasa superior al financiar yacimientos específicos. La tasa depende del yacimiento en particular y de la solvencia de la compañía. No es novedad que las principales empresas petroleras multinacionales se encuentran interconectadas con una banca que las asiste y goza de las transferencias monetarias de sus gruesos ingresos.

En la fase de extracción el riesgo es mucho menor, estando asociado a un comportamiento inesperado de las reservas, problemas técnicos impredecibles y el horizonte de precios durante el proceso de agotamiento del yacimiento. No puede omitirse el condimento monetario en la ponderación del tema, pues las transacciones internacionales del petróleo se realizan en dólares estadounidenses, siendo el estándar para los contratos y la medida de cambio.

Los precios del petróleo se forman en transacciones spot, a término y a futuro, pero todas son en dólares estadounidenses. Así la devaluación del dólar frente a las monedas europeas en 1972 dio a la OPEP razones para renegociar los precios del petróleo en sentido ascendente, pues la mayoría de los países miembros comerciaba con Europa. Así, en los diferentes ciclos de incrementos de precios, cuya máxima expresión se percibiera desde finales de 2007 hasta buena parte de 2008, implica que Estados Unidos a través del conocido principio económico del señorío (derecho a emitir moneda de cambio), transfiere los déficits e incluso, sus fenómenos inflacionarios producto de la devaluación del dólar ante sus importantísimos déficits comerciales y de pago, al extranjero y ello lleva de la mano a un interrogante actual frente a la fenomenal crisis económica que se hizo pública en el último trimestre del 2008 en Estados Unidos, en el sentido si la divisa norteamericana debería pervivir como moneda universal en la determinación internacional de los precios de los hidrocarburos y su concomitante incidencia en la expresión numeral de la renta petrolera.

d) Shocks en renta petrolera y correlación con deuda externa.

En el plano económico al comenzar el primer shock petrolero en 1973 a raíz de la denominada guerra de “Yon Kippur” en Medio Oriente, donde Arabia Saudita declaró embargo total sobre las exportaciones de petróleo con destino a Estados Unidos -extendida a Holanda por la OPEP-, con reducción de producción a razón de un 5% mensual a partir de octubre de 1973 por los países miembros de la OPEP, ocasionó un indisimulable aumento del precio del petróleo, que llegó a fines de 1973 a un incremento próximo al 280%, con los correlativos efectos monetarios de transferencias a la cuenta corriente de los países de la OPEP.

El segundo shock en el precio del petróleo estuvo generado por dos motivos: en 1979, a raíz de la caída del Sha de Irán y su reemplazo por el Ayatolá Khomeini; y en 1980 a raíz de la guerra entre Irán e Irak, que duraría ocho años. Desde finales de 1978 a lo largo de un año el petróleo aumentó 178%, pero en esta segunda ocasión de subas de precios, los países consumidores -menos sorprendidos o con la experiencia de 1973-, acordaron limitar las importaciones durante los entonces próximos cinco años.

A raíz de estos súbitos acrecentamientos de ingresos en los productores en especial Arabia Saudita, Kuwait y los Emiratos Árabes, confiaron los excedentes de fondos a los grandes bancos comerciales occidentales, lo que se denominó “reciclaje de petrodólares”. Dichos bancos comerciales internacionales debían recolocar los fondos en mercados financieros, apuntándose a países en vías de desarrollo, con el explícito aval de las instituciones financieras internacionales (FMI, Banco Mundial, etc.) y a través de su canalización a diversas naciones, donde la garantía, incluso, lo serían sus propias empresas superavitarias o con solidez financiera por su actividad específica (caso YPF, Agua y Energía Eléctrica, Gas del Estado en Argentina), aunque con fines diversos y encorsetadas en eufemismos técnicos: “programas de estabilización”, “enjuagar el déficit de la balanza de pagos”, “ayuda financiera para la promoción industrial”.

Al compás de la colocación de los denominados excedentes de “petrodólares”, la tasa para los préstamos interbancarios aplicada a los países deudores -tasa Libor-, que comienza a subir en 1977 llegando al 6% anual y así continúa, hasta 1981 en que promedia el 16.50%, lo que conlleva a advertir que el endeudamiento de divisas generadas por un mercado petrolero sensible a acontecimientos geopolíticos -que elevan el precio del hidrocarburo- y donde los bancos comerciales internacionales, hacen de intermediarios con notables “spreads”, sumado a una fortísima escalada de las tasas de interés por esos préstamos asumidos con connivencias varias, es que la deuda externa en países exportadores de bienes primarios, se incrementa velozmente y a ello debe sumarse nuevos préstamos bancarios que exceden en mucho los pagos de intereses en países como los latinoamericanos. Por ello, la década de 1980 será recordada por un endeudamiento generalizado, que instaló la calificada crisis de la deuda, ante la preocupación de los bancos sobre la posibilidad que los deudores no honraran sus compromisos. Es en marzo de 1989 cuando el Secretario del Tesoro de Estados Unidos Nicholas Brady reconoció que la crisis de la deuda era estructural y no simplemente un problema de liquidez.

La expresada colocación de los denominados “petrodólares”, constituyó la génesis -unida a otras variables macroeconómicas- del abultado endeudamiento a nivel planetario de diversos países, que desembocaron en crisis financieras de connotaciones internacionales como la mexicana de fines de 1994 (“efecto tequila”); la crisis asiática con comienzos en julio de 1997 en Tailandia, con contagios a Indonesia y Corea del Sur; la acaecida en Rusia y la con connotaciones en nuestro país, sucedida el 13 de enero de 1999 en Brasil y el desplome del sistema financiero argentino a fin de 2001 y comienzos de 2002.

En pocas palabras, los denominados shock petroleros -incrementos de precios abruptos- generó abundancia de fondos y una crisis de la deuda después, con la particularidad que a partir de mediados de 1990 las crisis de algunos países en vías de desarrollo “contagiarón” a otras economías. Ello, por ende, con perspectiva histórica posibilita comprobar la correlación de las subas en la renta petrolera y su pésima distribución, al ser captada por grupos gobernantes de países productores para agigantar sus riquezas a través de la usura, con desdén por el control productivo que debería implicar los excedentes monetarios.

e) Captación de la renta a través de reformulación transaccional e impuestos.

Desde los orígenes de la expansión de la industria petrolera se le ha reconocido al dueño de la tierra en que subyace el petróleo una compensación ante el derecho exclusivo a extraer un recurso natural no renovable, el que se fue afianzando a través del siglo XX. Así, desde las viejas concesiones que van hasta la década de 1930 donde los países o gobiernos concedentes -pues tenían una soberanía e independencia muy relativa en el orden internacional y su autoridad ni siquiera se extendía a la

totalidad de su territorio-, otorgaban grandes extensiones por alongados plazos a través de una contraprestación dineraria fija -bajísima- y regalías risibles, se pasa a las nuevas que se propagan luego de la Segunda Guerra Mundial, con reducción de la extensión territorial y de los plazos de duración, incremento en las regalías y un reparto más equitativo de los beneficios, que luego de deducir la regalía, se impuso en Venezuela y se extendió al Medio Oriente con la conocida fórmula “fifty-fifty” (50% por ciento para cada parte), por lo que en la práctica el Estado percibía aproximadamente, el 70%.

A su vez, a través de nuevas medidas fiscales los gobiernos propietarios de la tierra dentro y fuera de la OPEP se encaminaron a recapturar una mayor parte de la renta económica generada por el petróleo.

Las regalías, como impuesto bruto limitado, abarca una mínima parte de la renta y el impuesto a las ganancias corporativas -impuesto a las ganancias en Argentina- ante los incrementos del precio del petróleo se revelaron deficientes, por lo que en teoría se imponían variantes en la filosofía impositiva, en pos de capturar toda la renta, dejando al inversor privado sólo un retorno acompasado al riesgo inversor, por lo que los impuestos deberían ser progresivos, incrementándose con la renta, aunque también ofreciendo incentivos a la eficiencia inversora.

En la realidad en el siglo XXI, sucede que cercano a dos tercios del precio al consumidor final en productos derivados del petróleo en países que conforman la Unión Europea son impuestos con el argumento de desalentar el consumo y la importación, aunque el objetivo sea recaudar para las tesorías. Esto también acaece en Japón, Estados Unidos y muchos otros países, con la particularidad que ante bajas en los precios del petróleo -como sucedió a comienzos de la década de 1980, de 1990 y en 1998-, no se bajan los impuestos para beneficiar a los consumidores, en pos de un beneficio social y ello revela que por este mecanismo impositivo se transfiere una parte cada vez mayor de la renta económica total de los productores de petróleo a los *gobiernos* consumidores.

Y he aquí, que los países productores -como propietarios del recurso agotable-, compiten con los consumidores, al posicionarse en un efectivo incremento en la captación de la renta petrolera, sea con elevación significativa de las regalías, de retenciones fiscales o simplemente propiciando exceder, al menos a un porcentaje lindante con el 80% de aquella renta, a través de diversas variables contractuales o legislativas -Bolivia, recientemente, ha acordado ello con el correlativo compromiso de las compañías de mantener el nivel de inversiones- lo que avizora un futuro cargado de tensiones entre las empresas, Estados productores y/o importadores y los consumidores, en aras de acceder a las difusas y escurridizas aristas de la denominada renta petrolera.

III. Distribución de la renta petrolera

Este medular acápite hace referencia a un aspecto visceral en la renta petrolera, habida cuenta que como ya se desgranara a través de algunas líneas, un repaso de la manera en que se reparte la renta que queda en poder de los países productores, incorpora signos de interrogación en cuanto a que si esos cuantiosos ingresos -en los países netamente productores-, se trasladan al bienestar de sus habitantes, sea por intermedio de programas productivos y/o de infraestructura y no se vuelquen, como ya se analizó en la década de 1980, en la especulación financiera o para beneficios de sectores privilegiados. Incluso, en algunos países productores sus poblaciones se ven sometidas a tensiones y guerras civiles por la apropiación de esa renta entre sectores nativos en colusión con capitales y/o países extranjeros, con una significativa depredación de los territorios afectados, pérdidas de vidas y conmociones sociales lacerantes.

En lo que concierne a nuestro país, es innegable el efecto negativo que derivó de la privatización de la empresa nacional YPF, como partícipe activo en la generación y captación de la renta petrolera, prohibiendo la faz de más renuente atracción por el capital privado como lo es las operaciones de “upstream”, es decir, búsqueda y exploración hidrocarburífera.

Sin olvidar la atipicidad de nuestro país en la retribución que YPF ha pagado en diversos períodos históricos por el petróleo que las compañías privadas extraían y entregaban a la prealudida empresa

estatal, que fueron desde su valor internacional, incluyendo los gastos que el país tendría que abonar para importar ese petróleo -es decir sumarle el flete marítimo para el transporte-, más la prima que hubiese debido pagar en concepto de seguro, con la singularidad que el Estado -a través de YPF- asumía saldar todos los impuestos a cargo de los contratistas, con aditamento del privilegio para la compañía de tener asegurado, durante la vigencia del contrato, que YPF habría de comprar todo el petróleo a producir, a precio internacional, sin restricción en la producción.

Obviamente, durante la vigencia de estos contratos la renta petrolera de una manera exorbitante se residenció en las empresas privadas, con márgenes de utilidad cercanos al 200%.

Frente a la ineficacia en la implementación del decreto nultivo 744/63 de esa injustificada apropiación de la renta por el capital extranjero que incluso, operaba en áreas exploradas por YPF, al irrumpir el gobierno del General Onganía, se reformularon algunos de los contratos con origen temporal en 1958, donde las empresas privadas accedían a un seguro negocio a través de retribuciones que implicaban retener para sí un altísimo porcentaje de la renta petrolera al tomarse como parámetro el precio internacional del hidrocarburo, que adquiriría YPF y asegurándose la libre disponibilidad de divisas.

Durante el último gobierno militar se firmaron contratos especiales, donde YPF pasó a comprar su propio petróleo -en las diez áreas adjudicadas a empresas privadas, existían 2.170 pozos perforados por YPF-, con la particularidad de los contratos denominados de “riesgo” donde el Estado se hace cargo de los impuestos nacionales y provinciales y los costos de las servidumbres de ocupación y tránsito, incluidos los daños que pudiese incurrir el contratista, incluidas las regalías y un precio a oblar por YPF por el petróleo extraído con un tope del 60% del precio internacional del petróleo, a lo que suma veinte dólares por metro cúbico, estimada por los trabajos de exploración para reponer las reservas ubicadas, todo esto último en consonancia con el marco legislativo de la ley 21.778.

Primero el decreto 1443/85 y luego el decreto 623/87 intentaron asegurar iniciativas exploratorias, pero el ariete legal de preferencia asociativa por YPF en la etapa de explotación (art. 8º inc. f), retaceó el interés de los capitales privados derivando en la concreción de setenta y siete contrataciones efectivas en el período 1985/90 sobre ciento sesenta y cuatro licitaciones convocadas. Luego vienen los decretos de desregulación petrolífera y su funesta derivación de la privatización del sector hidrocarburiífero, de manera integral, que sepulta noventa años de esfuerzos con desembolsos del erario público y coloca a la República Argentina en la curiosa referencia histórica de ser el único país que se desprende plenamente de sus empresas energéticas.

Así, el decreto 1055/89 determina la creación de un mercado libre de petróleo crudo, básicamente en las etapas de exploración y explotación (upstream); en tanto el decreto 1212/89 determina las reglas de juego para el sector refinación y comercialización (“downstream”), desregulándose la instalación de refinerías y bocas de expendio, permitiendo libre importación; y por su lado el decreto 1589/89 reafirma la apertura económica del sector. A su vez, a través del decreto 2778/90 y de la ley 24.145 se transformó, con modificación de estatutos y finalmente se privatizó YPF, diluyéndose una compañía estatal señera con setenta años de vida empresarial vigorosa y eficaz.

Con sentido de actualidad podría afirmarse que la renta petrolera a que acceden las empresas es el diferencial que obtienen entre los costos medios de producción -incluidas regalías, inversiones básicas, sueldos, e.o- y el precio de venta del producto extraído. No obstante, las empresas experimentan un sistema de retenciones variables por el Estado Nacional sobre el petróleo que es exportado -alcuota de alrededor del 45% conforme Resolución 394/2007 del Ministerio de Economía y Producción- y una alícuota del 35% del Impuesto a las ganancias.

A su vez, las petroleras venden a las refinerías locales al precio internacional, descontadas las retenciones, razón por la cual la renta petrolera excedente se transfiere a las naftas y otros subproductos, pudiendo entenderse que esta parte de renta beneficiaría “in totum” a los consumidores, lo que tampoco es así, toda vez que los productos refinados no son vendidos al costo de producción, donde amén de la rentabilidad de la empresa refinadora -casi en su totalidad son a su vez, las explotadoras

del hidrocarburo-, experimentan un conjunto de impuestos, siendo tal vez el más importante el ITC (impuesto sobre los combustibles líquidos y gas natural: ley 23.966, t.o., título III con la exención geográfica prevista en el art. 7° del capítulo I y de insumos petroquímicos; e.o.), que naturalmente trasladan a los consumidores y les queda a las refinerías la factibilidad de exportar a precios internacionales un “plus” de naftas obtenidas y no vertidas en el mercado local. En pocas palabras con referencia a costos, la renta empresarial dista de ser desdeñable como ligeramente se argumenta.

IV. Reflexiones

En el trascendente tema de la renta petrolera se advierte que devienen inaplicables las clásicas elaboraciones doctrinarias sobre renta económica, toda vez que aquéllas no incluyeron la tecnología y la energía, amén de las singularidades de la operatoria de los mercados mundiales electrónicos que establecen la cotización del petróleo crudo.

Resulta curioso que durante la denominada revolución industrial se pasara por alto la energía y la tecnología, habida cuenta que el carbón y la máquina de vapor potenciaron la eficiencia y el valor del capital, el trabajo y la tierra. (21)

Por consiguiente, en mérito a las particularidades de la industria petrolífera, con una innegable evolución tecnológica, a la diversidad de variables (geopolíticas, inventario de reservas, fenómenos climatológicos, mercados de futuro, especulación, e.o.), que hacen al funcionamiento de un mercado cuyos precios se dirimen en el Nymex neoyorquino o el IPE londinense, es que un concepto efectivo, real de renta petrolera se torna por demás complejo.

De tal modo, creemos que es necesario avizorar estas innumerables vertientes para no caer en abstracciones intelectuales, resultando más práctico y sencillo detraer los costos -aproximados- de exploración, explotación, gastos operativos, impuestos, retenciones para las empresas que extraen el petróleo -“upstream”-, del precio internacional del petróleo, valor de referencia de una volatilidad que reconoce variadísimos motivos -como ya se señalara- para apreciar la parcela de renta, beneficio, ganancia, que les queda a las compañías dedicadas a la refinación del hidrocarburo, en pos de obtener los subproductos que hacen a la matriz energética primaria más voluminosa y gravitante a nivel mundial y en Argentina, para su posterior venta y distribución (“downstream”), y donde como se advirtiera, al ser el sector con menores riesgos y costos -operativos, impuestos, salarios, tecnología- que el “upstream”, hay mayor competencia y concentración empresarial.

Cuando una misma compañía abarca el “upstream” y el “downstream”, la ecuación se perfila más sencilla pues la renta sería los costos, sumado a una retribución por el capital invertido y el resto debiera ser aprehendido por el dueño del *recurso no renovable*, en la generalidad de los casos, el Estado; mientras cuando las dos etapas estructurales de la industria del petróleo -“upstream” y “downstream”- pertenecen a compañías disímiles, la contabilidad se torna más engorrosa, pero en definitiva, sería la sumatoria de los costos, más impuestos y retenciones y una ganancia normal de ambas y el remanente -que se estima para nuestro país en alrededor de un 28% de la *renta petrolera* global-, debería corresponder al Estado por ser el dueño del recurso, y por ende a los argentinos, porcentaje que oscila de acuerdo a los precios internacionales del petróleo y a la matriz de extracción -declinante en la Argentina año a año aunque estimable a título ejemplificativo en alrededor de doscientos cincuenta millones de barriles/año- y al efectivo refino y/o comercialización.

Magüer lo expuesto, determinar la renta petrolera para los países productores deviene dificultosa por el cono de sombra que involucra el conocer los costos efectivos y su afectación a la estructura de la actividad productiva, donde a través de regalías porcentualmente importantes, impuestos, retenciones se intenta capturarla y como contrapartida los países importadores de hidrocarburos acrecientan su gravitación impositiva en la comercialización, lo que produce un notorio desbalance en quienes se apropian de la mentada renta, originando en el sector empresario una preocupación por sus beneficios a través de una activa participación en la fijación del precio internacional del petróleo, donde el sector financiero y sus múltiples instrumentos ha convertido al valor o precio de aquél en componente macroeconómico elaborado diariamente, de modo comercial, en los dos centros o bol-

sas petroleras mundiales (Nymex e IPE), con incidencia en la economía global y donde el tema costos -"strictu sensu"-, paulatinamente queda más reducido.

Por ende, no puede omitirse las connotaciones en los préstamos y correlativas deudas de múltiples países, motivados por los *excedentes* monetarios en los valores del petróleo produce colocado a través de organismos multilaterales de préstamos.

Resulta evidente, que la faz de exploración petrolera ha quedado tan relegada en lo que concierne a la iniciativa privada y a su vez la explotación es altamente superada, por su atractivo crematístico, por la refinación, distribución y comercialización.

No menos preocupante es la distribución de esa renta petrolera, que en los países productores ofrece múltiples ejemplos de no beneficiar al común de su población, quedando encorsetada en grupos económicamente concentrados -oligarquías-, con fluidos vasos comunicantes con sectores financieros internacionales.

Así, el suministro de energía y la seguridad de precios constituye un asunto de Estado, demasiado trascendente como para dejarlo sometido a las fuerzas del mercado y a la voluntad -exclusiva- de empresas privadas, siendo prioritario -en los países productores, especialmente-, contar con una empresa estatal que incentive, regule la exploración, explotación y refino del petróleo potenciando el poder de negociación en referencia a la industria internacional.

Por cierto, es menester poner el acento en la efectiva distribución de los beneficios generados por un bien agotable, escaso y por cierto estratégico, extremo inexcusable al depender -casi exclusivamente-, del poder gubernamental de turno en cada país y su insoslayable planificación energética como política de Estado.

V. Bibliografía

- AHUMADA, Guillermo. Las finanzas del siglo XX. EUDEBA: Buenos Aires, 1974.
- AL-NAIMI, Ali. "La OPEP culpa al Downstream por los altos precios del crudo". Revista Petroquímica, Petróleo, Gas & Química. Latinoamericana. Buenos Aires, octubre 2005: 12-16.
- BALBOA, Carlos. "La producción local de hidrocarburos volvió a bajar en 2008". Inversor-Energético & Minero. Buenos Aires, febrero 2009: 4-24.
- BERCAITZ, Miguel. "Los contratos de petróleo". Revista Jurídica Argentina La Ley. La Ley Buenos Aires, 1963-111: 1050-53.
- BOURNE, Joel. "Alaska en venta. Los intereses de las grandes petroleras". National Geographic. Buenos Aires, mayo 2006: 20-47.
- CARDOSO, Ciro y PÉREZ BAIGNOLI, Héctor. Historia Económica de América Latina. Folio: Barcelona, España, 1979.
- CORTÉS CONDE, Roberto. Historia Económica Mundial. Ariel: Buenos Aires, 2003.
- DAGUSTA, Patrick y HEAL, Gregory. Teoría Económica y recursos agotables. Universidad de Cambridge. Reino Unido. 1979.
- DE PABLO, Juan Carlos. La Economía Argentina en la segunda mitad del siglo XX. La Ley Buenos Aires, 2005.
- DOUGLAS, Evans. Política Energética de Occidente. Troquel: Buenos Aires, 1979.
- FOLEY, Gerald. La Cuestión energética. Serbal: Barcelona, España, 1981.
- GADANO, Nicolás. Historia del Petróleo en Argentina: 1907-1955. Edhasa: Buenos Aires, 2006.
- GARCÍA MOLINA, Francisco. La diplomacia del petróleo. Centro Editor de América Latina: Buenos Aires, 1976.

- GONZÁLEZ, Carlos Emérito. *Política Económica Argentina*. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1974.
- HAYDEN, Thomas. "El pulso de la tierra". *National Geographic*. Buenos Aires, Edición Especial, 2008: 65-71.
- JONES, Alan. *Cómo funciona el mundo. Segunda Independencia*: Buenos Aires, 1999.
- KUNZIG, Robert. "El auge del petróleo en Canadá". *National Geographic*. Buenos Aires, marzo 2009: 52-75.
- "Las grandes petroleras hacen base en Irak". *Revista Petroquímica, Petróleo, Gas & Química. Latinoamericana*. Buenos Aires, noviembre 2006: 142-146.
- LOCUTURA, Enrique. "Yacimientos maduros y demanda creciente, los dilemas de la industria". *Revista Petroquímica, Petróleo, Gas & Química. Latinoamericana*. Buenos Aires, noviembre 2005: 50-56.
- LONGHURST, Henry. *La aventura del petróleo*. Argos: Barcelona, España, 1959.
- MC. KENZIE, Funk. "El Ártico en conflicto: los países se disputan el petróleo". *National Geographic*. Buenos Aires, mayo 2009: 28-43.
- MC. KIBBEN, Bill. "Confrontando al carbono". *National Geographic*. Buenos Aires, octubre 2007: 44-49.
- MONTAMAT, Daniel. "El espejismo de la renta petrolera". *La Nación*. Buenos Aires, agosto 18, 2009: 21.
- MOSCONI, Enrique. *El petróleo argentino*. SUPE: Buenos Aires, 1957.
- NORENG, Oystein. *El poder del petróleo*. El Ateneo, 2003.
- O'CONNER, Harvey. *La crisis del petróleo*. Platina: Buenos Aires, 1963.
- PALACIOS, Alfredo. *Petróleo, Monopolios y Latifundios*. Kraft: Buenos Aires, 1957.
- PIETRA, Adriano. *Liberalismo. Principios y Fenomenología*. Gráfica Sur: Buenos Aires, 2004.
- PIETRA, Adriano. *La Economía y el Cristianismo. Todo Derecho*. Morón, Buenos Aires, 2006.
- RAZAVI, Hossain. *Elementos en el comercio del petróleo*. Praeger: Barcelona, España, 1991.
- RIFKIN, Jeremy. *Cuando el petróleo se agota. La Economía del Hidrógeno*. Paidós: Buenos Aires, 2002.
- ROBERTS, Paul. "Mundo de petróleo". *National Geographic*. Buenos Aires, junio 2008: 51-55.
- SENADO DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Actas Secretas del Cartel Petrolero. Problemas nacionales*: Buenos Aires, 1961.
- SHIHATA, Ibraim F. *El embargo petrolero árabe. Tres Continentes*: Buenos Aires, 1980.
- SILENZI DE STAGNI, Adolfo. "Los contratos petroleros". *Revista jurídica Argentina La Ley. La Ley* Buenos Aires, 1963-109: 1142-1172.
- SILENZI DE STAGNI, Adolfo. *Claves para una política petrolera nacional. El vaciamiento de YPF. Teoría*: Buenos Aires, 1983.
- SILENZI DE STAGNI, Adolfo. *Las Malvinas y el petróleo. Teoría*: Buenos Aires, 1983.
- STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización*. Taurus: Buenos Aires, 2002.
- TUGENDHAT, Cristopher. *Petróleo, el mayor negocio del mundo*. Alianza: Buenos Aires, 1969.
- SOLOKAK, Paul. "Sudan fragmentado en busca de petróleo". *National Geographic*. Buenos Aires, febrero 2003: 30-67.
- STOBAUGH, Robert y YERGIN, Daniel. "La crisis de la energía". *Facetas*. Washington. DC. 1979 12(3): 3-18.
- YERGIN, Daniel. *La historia del petróleo*. Vergara: Buenos Aires, 1992. ♦

Régimen legal en inversiones mineras

POR JULIA CATALINA D'ANNA (*)

Resumen:

El presente Trabajo aborda los alcances de la Ley nº 24.196. Política Económica adoptada. Beneficios otorgados a los productores Mineros. Regalías Mineras. La Participación de las Provincias.- Grandes Proyectos Mineros.

Palabras Clave. Derecho Minero. Ley de Inversiones Mineras. Inversiones Mineras. Estabilidad fiscal. Regalías.

LEGAL REGIME IN MINING INVESTMENTS

Abstract

This article raises to reach of law 24.196. Economics politics adopted. Benefits grants to miner producer. Mining royalty. The states participation. Big mining plan.

Keywords: Mining law. Mining inversion law. Scope and Benefits Fiscal stability -Royalties

Ley Nº 24.196.

Esta ley fue sancionada el 28 de abril de 1993, promulgada de hecho el 19 de mayo, y publicada el 24 de mayo de 1993, dictada en seguimientos de las pautas e ideología pre-establecidas por la ley 23.696.

a) Alcances:

La misma cubre las siguientes actividades: la prospección, exploración, desarrollo explotación, extracción y demás actividades comprendidas en el Código de Minería, debiendo excluirse expresamente, los que son establecimientos públicos de fundición y beneficio que se sujetarán a las normas que rigen a las empresas industriales comunes. Actual artículo 170 del C.M. -ex artículo 67- y la nota correspondiente del Dr. Enrique Rodríguez.

Los establecimientos públicos de beneficio y fundición de minerales son los que se instalan en el radio de influencia de una región minera. A éstos no los ampara el privilegio de la utilidad pública y por lo tanto no pueden exigir la constitución de servidumbre mineras, ni la expropiación del suelo, la ley los considera en este caso simples establecimientos industriales que no afronta el riesgo de la actividad minera y por consiguiente no deben gozar de sus privilegios. Criterio que considero muy acertado, caso contrario les asistirían los benéficos del derecho minero así como los privilegios de la ley de promoción minera.

No obstante el inciso b) del artículo 5º, incluye una serie de actividades que nada tienen que ver con lo estrictamente regulado por el código, ejemplo molienda, briqueteo, destilación, aserrado y otras más siempre que sean realizados en una misma unidad económica e integrados regionalmente con las actividades mineras propiamente dichas.

b) Beneficios:

1- Estabilidad Fiscal

Es un compromiso asumido expresamente por la nación las provincias y las municipalidades adheridas de mantener el monto de las cargas tributarias, a los nuevos proyectos, o a los ya existentes

(*) Profesora Titular de Derecho Minero y de la Energía. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP

que efectúen ampliaciones o innovaciones y se encuentren inscriptos en el Registro de Inversores Mineros que lleva la Autoridad Minera Nacional -artículo 8º de la ley 24.196-.

El Plazo de dicha estabilidad fue fijado por 30 años a partir de la presentación del estudio de factibilidad. Artículo 8º de la ley en estudio. No incluye al Impuesto al Valor Agregado. En Perú el tiempo por el que se concede la estabilidad fiscal es de quince años y en Honduras de diez años.

En cuanto a las provincias al firmar el Pacto Federal Minero, que convalidó y transformó su contenido en obligatorio mediante el dictado de la ley Nº 24.224, se encontraron adheridas en forma automática, y se comprometieron a invitar a las Municipalidades a prestar también ellas su adhesión. Muchas lo hicieron, y mayor cantidad no adhirieron -por ejemplo los Municipios de la provincia de Buenos Aires-.

Los beneficiarios tienen la facultad de reclamar ante la Nación, para el caso que la provincia donde realizan sus actividades no cumplan con el otorgamiento de estos beneficios, se retengan a las mismas de los fondos coparticipables el monto que les corresponde de acuerdo a ley.

Mediante la resolución de la ex secretaria de Industria, Comercio y Minería Nº 996/97, se permitió la transferencia del beneficio de la estabilidad fiscal a favor de otro titular de la misma explotación minera, e inscripto en el registro de productores mineros.

La Estabilidad Fiscal: será solicitada en formulario con requisitos específicos y en cumplimiento del instructivo establecido por respectivas resoluciones emanadas de la Secretaría de Minería de la Nación.

2- Estabilidad arancelaria:

Concepto que alcanza a la exención de derechos de importación, tasa de estadística, impuestos especiales, o gravámenes correlativos que pudieren corresponder por la introducción al país de bienes de capital, equipos, repuestos e insumo.

Con la Ley 24.093 se produjo la desregulación portuaria, y con ella la creación de 15 puertos privados. Algunas de las grandes explotaciones mineras enumeradas tienen su propio puerto, obtenido por concesión de acuerdo a los requisitos y plazos establecidos legalmente.

Además existen sistemas de reembolso por exportación por puertos patagónicos incrementándose el porcentaje del mismo cuando más australes fueren los puertos.

De acuerdo a lo publicado en la página Web Oficial del Gobierno de la Provincia de Chubut, es necesario establecer una continuidad al régimen de estímulo a las exportaciones, que consiste en la devolución del 2% sobre el valor FOB de los productos que salen para el exterior por puertos chubutenses, además de la lana y las algas ya tradicionales, la medida se extiende, al petróleo crudo, aluminio, pórfidos y no se enumera expresamente otro tipo de mineral. Consideran que la medida no sólo favorece a los exportadores, sino a la provincia por el movimiento de sus terminales portuarias y aeropuertos.

3- Estabilidad Cambiaria:

Se excluye la paridad cambiaria

4- Tratamiento Especial en el Impuesto a las Ganancias.

El artículo 12 a 14 de la ley 24.196 establece doble deducción para los montos invertidos en gastos producidos hasta completar el estudio de factibilidad Técnica-Económica del proyecto. Es decir, podrán deducir el 100% de los montos invertidos en gastos de prospección, exploración, estudios mineralógicos, metalúrgicos, planta piloto, e investigación aplicada.

5- Otro Impacto Impositivo positivo.

La amortización acelerada del impuesto a las ganancias en las inversiones destinadas a equipamiento, obras civiles y construcciones para proveer la infraestructura necesaria. a) El primer año un

porcentaje superior al 50%, segundo y tercer año la mitad de lo que resta en cada uno de ellos. b) En maquinarias, equipos, vehículos, e instalaciones no previstas Ut-Supra de 1/3 por año. En varios países de América Latina se aplica el sistema de amortización acelerada de las inversiones. En Argentina, 3 años, en Chile y Honduras el período es de cinco años.

También es destacable que a partir de la vigencia del Decreto N° 2284/91 del Poder Ejecutivo Nacional, la Administración General de Aduana tuvo como objeto preservar la renta fiscal, tratando de no restringir la fluidez del comercio exterior, este objetivo reglado en el artículo 31 del citado Decreto permitió que sus verificaciones fueren de carácter selectivo y no sistemático, con la finalidad de acelerar los tramites y disminuir los costos. A fin de lograr la finalidad establecida, se confió en la declaración Jurada formulada por las empresas.

Por ley n° 24.093 se autorizó la construcción de 15 puertos privados.

Tamaño laxitud se reproduce en los tiempos que corren, en algunas provincias productoras de hidrocarburos, que también cobran las regalías de acuerdo a la declaración jurada de producción que efectúan las empresas.

6- Deducciones.

Hasta el 5% de los costos de extracción y beneficio, a los fines de formar un fondo para la preservación del Medio Ambiente -artículo 23 de la ley en tratamiento-.

Otros Ítems Beneficiosos pero ya fuera de la ley es el reembolso por el uso de Puertos Patagónicos y la exención al pago del impuesto al cheque.

Correspondería destacar que no existe en la República Argentina una actividad subsidiada a extremos abusivos, como la industria minera, que violan el principio de igualdad establecido en la Constitución Nacional. Se trata de un recurso Natural, Valioso, No Renovable y por el que se paga el 3% de lo que se extrae, el 97% queda para el titular de la concesión

7- Impuesto al Valor Agregado.

Se establecen dos regímenes de financiamiento para el pago del IVA de acuerdo a lo prescripto por la ley 24.402, publicada en el Boletín. Oficial el 9 de diciembre de 1994 y Decreto 779/95 publicado en el Boletín Oficial del 5 de junio de 1995.

a) Financiamiento,

b) Recupero anticipado.

Para el primer caso, los beneficiarios son:

a) Los adquirentes o importadores de bienes destinados al proceso productivo orientado a la exportación. Inversiones en obras civiles y construcciones para la infraestructura necesaria

b) Son beneficiarios los sujetos acogidos al régimen de la ley N° 24.196 (de Inversiones Mineras).

c) Plazos Máximos: para compras o importaciones de bienes de capital para la actividad minera:

Proyecto nuevo 4 años

Proyecto en marcha

Compras o importaciones de bienes de capital para otras actividades sin diferenciación de proyecto: 2 años

Inversiones en obras de infraestructura para la actividad minera: 6 años

Se ha descrito el beneficio de la Financiación del pago del Impuesto al Valor agregado. (IVA), en este punto se verá los beneficiarios del RECUPERO ANTICIPADO DEL IVA que son:

- a) los titulares de nuevos proyectos mineros incluidos en el régimen de la ley N° 24.196.
- b) Los compradores de bienes de capital nuevos y
- c) para infraestructura.

Mecanismo de Devolución Anticipada a saber:

El minero le compra al proveedor, éste le otorga la factura, discriminando muy bien el ítem IVA, el beneficiario se presenta ante el Ente Recaudador con la factura y peticionando devolución y éste debe realizar el reintegro.

8- Regalías. Ley 24.196. Naturaleza Jurídica. Canon. Régimen del Código de Minería

Según lo que prescribe el artículo 22 de la Ley de Inversiones Mineras el monto de las mismas será del 3%, vuelvo a repetir es un negocio realmente increíble, ese tres por ciento se cobrará sobre el valor del mineral extraído, en boca mina, adviértase que las regalías mineras sólo se aplican aquellos minerales denunciados ante la Autoridad Minera, y tipificados por el mismo Código en la materia, haciendo abstracción de los subproductos, y/o sus derivados de la producción, existen en nuestro territorio yacimientos en plena explotación de oro y plata, pero no sólo se extraen estos metálicos, también se extraen por ejemplo, hierro, iridio, mercurio, cobre, etc.

Pasaron años de discusiones entre empresas, Estado Nacional y Estados Provinciales, para definir algo tan obvio como: "Qué se entendía por valor en boca mina", que fijaba la ley 24.196, hasta que muchos años después se dicta una norma, la que lleva el n° 25.161, que incorpora a la primera el artículo 22 bis, todo a -"los efectos de mantener la confianza en el país"- en la cual se plasma una definición con un amplísimo alcance, para que el propósito de que el porcentaje del tres puntos, no fuera tan "gravoso" para el concesionario, el mecanismo establecido en dicho artículo es muy complejo y lo deja librado al arbitrio de las empresas, quienes por medio de declaraciones juradas son las encargadas de detallar el mineral extraído y la determinación de los costos que se deducirán, de acuerdo a los incisos a) y e) de la ley interpretativa.

Puede ser éste un mecanismo que produzca grandes ventajas para las empresas, pero opuestamente una gran desventaja para el receptor de la regalía o sea el Estado.

En palabras de Nicolás Gutman (2007):

"El control de las industrias de tipo extractivas, es muy difícil de llevar a cabo. A modo de ejemplo la Aduana no tuvo durante casi una década, desde la entrada en vigencia de las mencionadas leyes 24.196 y 24.224, un laboratorio para determinar la cantidad de minerales que eran efectivamente sacados del país, remitiéndose a tal efecto a las declaraciones presentadas por las empresas hechas en laboratorios extranjeros. Al tener en consideración que el valor de los recursos en muchos de los emprendimientos pueden alcanzar fácilmente cifras de miles de millones de dólares y debido a que el ejercicio del Poder de Policía y las Autoridades de Aplicación, son hoy institucionalmente débiles, compromete seriamente un proceso de regulación y control".

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de las regalías. Las provincias tuvieron que adherirse sin condicionamiento a este sistema de promoción minera. Es una Ley convenio.

Al decir de García Vizcaíno (1996:159), refiriéndose a Las leyes Convenios después de la reforma Constitucional del año 1994, ésta solucionó la carencia o falta de previsión constitucional del instituto de las leyes convenios en la Carta Magna de 1853.

El artículo 75 inciso 2 de la Constitución vigente regula sobre contribuciones directas o indirectas estas últimas como facultad concurrente con las provincias. Las directas por tiempo determinado, en forma proporcionalmente iguales en todo el territorio nacional... Las contribuciones previstas, con excepción de las que tengan una asignación específica serán coparticipadas, agrega en el apartado siguiente que una ley convenio entre nación y provincia determinara los regímenes de coparticipación

de estas contribuciones, garantizando la automaticidad de la remisión de fondos. La cláusula cuarta establece el procedimiento para la sanción de la ley y aclara que no podrá modificarse unilateralmente, ni tampoco reglamentada y deberá ser aprobadas por los Estados Provinciales.

Este régimen legal de las inversiones mineras igualmente la ley de Federalización de Hidrocarburos y Privatización de Y.P.F. - 24.145- antes de la vigencia de la nueva constitución cumplieron con los requisitos por ella impuestos, con posterioridad.

La legislación producida sobre regalías por la provincia de Catamarca -Ley N° 4757 de 1993- con anterioridad a la ley nacional difería en cuanto a la modalidad para el cálculo de las mismas. Sin duda habiéndose el estado Catamarqueño adherido a la ley convenio N° 24.196, queda sin efecto su propia ley Provincial.

REGALIAS

Hasta ahora se han producido una serie de consideraciones, tomando a la regalía como si fuera un tributo, considero que no es así, las Regalías no son impuestos, si así fuere considerada la Nación y los Estados provinciales estarían fijando como base imponible para cobrar el impuesto un bien que no le es ajeno, por el contrario, según el artículo 124 de la Constitución Nacional, así como el artículo 7° del Código de Minería establecen el dominio originario y privado de los minerales a favor de la Nación o de las Provincias según el lugar en donde se encuentren y la caducidad de toda concesión hace que el dominio de la Mina vuelva al patrimonio privado del Estado.

Según Rafael Reyes, citado por Palavecino e Isola (2000:173-174) “la regalía es una compensación que se paga a las provincias, por la explotación del mineral y el consecuente empobrecimiento que sufre el territorio y la comunidad”.

Por otra parte, Cornejo Costas y Bosch (h.) (1998) sostienen “que es una contribución del empresario minero como contraprestación a su original propietario, por el efectivo traspaso de la propiedad del mineral”, y citan en su apoyo la opinión del Dr. Eduardo Pigretti (1997), quien resalta que la regalía implica siempre para quien paga el reconocimiento de un título de dominio a favor del acreedor.

Palavecino e Isola (2006) por su parte, sostienen que la mina es propiedad del inversor, por lo cual cualquier monto que se exija por la extracción de minerales de su propiedad, debe calificarse como impuestos ya que el inversor no recibe nada a cambio del pago por consiguiente cualquier regalía que se cobre en estas condiciones, se encontrarían protegidas por la estabilidad fiscal. En opinión personal considero que toda doctrina que reconozca un derecho absoluto y perpetuo del concesionario sobre las minas, como una abusiva interpretación del derecho, y fundamento la afirmación en los propios contenidos del Código de Minería: artículo 7° dominio de las Minas del Estado Nacional o Provincial según el lugar donde encuentren. Artículo 8° se le concede a posparticulares la facultad de buscar minas, de aprovecharlas y disponer de ellas como dueños, “pero sujeto a las prescripciones del Código”, caso contrario estaríamos frente a una propiedad inmueble regida por el derecho común y no se explicaría el motivo para dictar un código de fondo como lo establece la propia Constitución. Así es que los artículos 10-11 hablan de otorgamiento de Concesión Legal para poder disponer de las minas como una propiedad distinta a la del terreno.

El Derecho Minero tiene una serie de privilegios incorporados que no los tienen otras ramas del derecho, por ejemplo el principio de Utilidad Pública. La propiedad minera nace con una serie de condiciones que si no se cumplen las mismas caducan, caso pago de canon, monto inversiones, explotación racional y continua, dentro de las limitaciones probadas de problemas de mercado, imprevistos climáticos y otras.

A su vez podríamos decir que en lugar de perpetua es por tiempo ilimitado. El Estado ejerce sobre la misma, control en forma constante, como impone el propio código “como mínimo una vez por año la Autoridad Minera debe inspeccionar todos los yacimientos”.

Conclusión: por lo expuesto, las regalías no pueden tener el carácter de impuesto, porque el Estado tendría como base imponible un bien propio, que es de su dominio originario.

De acuerdo al artículo 22 de la ley 24.19, se está pagando una regalía del 3%. Posteriormente en el año 1999 por ley 25.161 se incorporó el artículo 22 bis que define qué debe entenderse por valor boca mina. El mismo será establecido luego de descontar costos de producción, transporte, seguros, costos de trituración, molienda, comercialización y costos por fundición y refinación, en síntesis el valor sobre el que se calcula el 3% no recae sobre el valor de venta o de facturación, por el contrario primero hay que descontarle todos esos costos operativos y recién se calcula el porcentaje. Es para reflexionar, que por el contrario, en el tiempo de la Colonia, el Rey de España recibía como tributo y reconocimiento de su titularidad sobre los yacimientos, las 2/3 partes de lo obtenido, por lo tanto concluyo que en el tema minero y específicamente en regalías en ocasión del Bicentenario no tenemos nada que festejar.

Las regalías no se encuentran reguladas en el Código de Minería, las mismas han sido impuestas en las licitaciones de grandes áreas mineras surgidas del plan minero argentino lanzado en Denver. Colorado-Estados Unidos en la década del noventa y son como una participación ínfima de los titulares de la concesión hacia los estados provinciales o el nacional, que conforman la República, que para este caso es histórica la aplicación de los principios del “precio vil o figurativo”, casi idéntica situación se repite con los hidrocarburos.

El canon sí se encuentra regulado en el Código de Minería, el monto es de 80 pesos por pertenencia, cada pertenencia tiene una extensión de 6 ha., tratándose de minerales de primera categoría -ejemplo no abarcativo de todos los elementos minerales- hierro, plomo, cinc, oro, plata, piedras preciosas, manganeso, azufre. El tratamiento del canon se encuentra en el título décimo segundo del Código de Minería que versa sobre las condiciones de la Concesión y Amparo de las minas artículos 213-225.

El monto a abonar para minerales de segunda categoría es de 40 pesos por pertenencia y por año, en ambos casos de dos cuotas semestrales.

El canon es uno más de los sistemas de Amparo establecido por el Código, es condición para mantener la titularidad de la concesión legal, no es contribución, ni tasa, ni impuesto. La falta de pago de una anualidad produce la caducidad ipso facto de la concesión, pasado dos meses desde la fecha de vencimiento del plazo para concretar el pago -artículo 216-, y la mina volverá al dominio originario del Estado Nacional o Provincial según el lugar en donde se encuentre ubicada -Artículo 219 del C.M.-.

El artículo 214 establece medidas promocionales para la actividad minera Durante cinco años a partir del Registro no se impondrá sobre la propiedad de las minas, ni sobre sus productos, establecimientos de beneficio, maquinaria, talleres y vehículos destinados al laboreo o explotación otra carga dineraria que el pago del canon.

Según el propio codificador se trata de exenciones fiscales que alcanza a todo gravamen o impuesto cualquiera fuere su denominación, ya sea Nacional, Provincial, presente o futuro, aplicable a la explotación y a la comercialización de la producción minera.

Quedan excluidos:

a) Las tasas por retribución de servicios b) el sellado de actuación. Sin duda estas exenciones establecidas por el Código se superponen a las aplicables por la vigencia de la ley nº 24.196 de Inversiones Mineras.

Con la finalidad de esclarecer ciertos mitos en la materia sobre quiénes se benefician con los megaproyectos mineros en plena producción dentro del territorio de nuestro país a cargo de empresas de capitales totalmente extranjeras, realidad que nos afecta a todos, desarrollaré algunos ejemplos:

Veladero San Juan.

Este Proyecto está ubicado en la provincia de San Juan -explotación oro y plata con destino a la exportación. Empresa Canadiense. Producción anual de oro 530.000 onzas por 17 años en la explotación. La Provincia recibirá en concepto de regalías al 3%-.

La Empresa percibirá el 97% restantes de Ganancias. En San Juan se encuentran una cantidad importante de yacimientos con igual o mayor producción. Ejemplo: Casposo, El Pachón, Lama – Pascua. Este último que tiene carácter binacional en la frontera Chilena-Argentina a la altura de la provincia de San Juan, tiene reservas de oro probadas de 17.8 millones de onzas, aproximadamente 75% del yacimiento se ubica en Chile y el 25% en el lado Argentino. La empresa Barrick Gold -propietaria del proyecto- asegura que el trabajo “no impactará” en glaciares vecinos: el Toro I, Toro II y la **Esperanza en Chile**.

Lama-Pascua tendrá controles comunitarios y provinciales, nacionales e internacionales, de manera concreta, de este lado de la cordillera estará la Policía Minera de San Juan y Secretaría de Minería de la Nación y Secretaría de Medio Ambiente.

Mina Gualcamayo

Propiedad de Yamana Gold. Produce oro. Está ubicada en Jachal. Provincia de San Juan. El Presidente de Minas Argentinas subsidiaria de Yamana Gold realizó un cálculo aproximado, de producción estableciendo que la mina produciría unas 12 millones de onzas de oro recuperables.

Cerro Vanguardia

Ubicado en la provincia de Santa Cruz. Producción de oro y plata. Empresa: La Sudafricana Anglo Gold Ashanti, la tercera minera productora de oro en el orden mundial, la concesionaria tiene una participación del 92.75%, Formicruz S.E. (sigla con la que se conoce a la Empresa Provincial de Fomento Minero) recibe 7,25 %.

Produce bullón de oro y plata que se exporta a Sudáfrica y Suiza para su refinación final. También se coloca en el mercado interno. La producción anual es de 317.460,31 onzas de oro. Tiene un plazo de 16 años, multiplicando para cada explotación la cantidad de onzas por el valor de la misma en el mercado internacional, y por la cantidad de años, se podría aproximar al monto adquirido por la empresa, ya sea en este proyecto como en los demás con producción de oro. Lo mismo sucede con la plata, cuya producción anual es de 2.998.236,3 de onzas. También son 16 años de explotación lo que multiplicado por la cifra anterior da un total de producción: 47.971.781, 28 onzas de plata. Deberíamos realizar el cálculo de cantidad de dólares obtenidos de acuerdo a la cotización, por ejemplo por la Bolsa Mercantil de Nueva York por tomar un mercado de referencia.

Apliquemos el 3% de regalía para la provincia y el 97% para la empresa.

La cantidad de obreros ocupados es de 350, quienes viajan 152 Km. desde San Julián hasta Cerro Vanguardia según los datos obtenidos de la página del Mecon

Además del yacimiento comentado existen otros de destacada importancia dentro de la provincia: ejemplo. Huevos verdes, Martha (que produce plata), San José: (oro y plata); Manantial Espejo (oro y plata) y se esperan buenos resultados de la prospección que se está realizando en el Macizo del De-seado, entre los que se pueden mencionar, Oro Negro, La Paloma, y Cerro Negro.

Según datos publicados en la Web del periódico “Crítica de la Argentina” Santa Cruz tiene el 40% del total nacional de explotaciones mineras.

Provincia del Chubut.

Gran difusión adquirió la negativa de la población a la explotación de la Mina “El Desquite” ubicada en las inmediaciones de Esquel. También existen diversos pedimentos para exploración y explotación de Uranio. Este dato fue cotejado con información obtenida del Boletín Oficial de la provincia de Chubut-Dirección de Minería. Las reflexiones dadas a conocer por Monseñor Virginio Bresanelli, Obispo de Comodoro Rivadavia en conjunto con las Comisiones Diocesanas de Pastoral Social y de Pastoral Aborigen demuestran un conocimiento efectivo de la situación imperante en la provincia y desde su desarrollo ético y social comparto.

Provincia de Catamarca:

Además de la explotación del Yacimiento “Bajo la Alumbraera” uno de los yacimientos mineros con explotación a cielo abierto más grande del mundo, existen otras áreas de alta calidad de mineralización metálica, entre ellos: Farallón Negro, Bajo La Blenda, Alto Durazno, y la explotación de oro y plata que será la estrella del firmamento minero argentino “Agua Rica”, ubicada en plena Cordillera de los Andes en una zona, que posee un especial microclima.

Solamente se han enunciado los minerales metálicos más valiosos. De acuerdo al comunicado de prensa publicada por la empresa en Catamarca, el 17 de noviembre de 2008 en su página web, Minera Alumbraera distribuyó nuevas utilidades a Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio (YMAD) por US\$ 31,8 millones, equivalente a \$ 105,7 millones, correspondientes al segundo trimestre de 2008.

El emprendimiento minero Bajo de la Alumbraera, ubicado en la provincia de Catamarca, es explotado por una Unión Transitoria de Empresas (UTE) entre YMAD y Minera Alumbraera, según el contrato celebrado por ambas empresas en 1994.

Conforme a su participación en los beneficios del contrato de UTE, YMAD percibe el 20% de las utilidades generadas por dicho proyecto. YMAD está conformada por la provincia de Catamarca y la Universidad Nacional de Tucumán. Por dicho concepto, YMAD ha percibido \$1.033,8 millones en los últimos tres años.

En el año 2007, Minera Alumbraera ha aportado ingresos a la economía argentina por un total de \$ 3.109.6 millones en concepto de pago de impuestos, regalías, salarios, aportes a la seguridad social, compra de insumos y servicios nacionales. En este marco, en los últimos tres años Minera Alumbraera ha ingresado \$2.630 millones al fisco nacional en concepto de impuesto a las ganancias.

Minera Alumbraera es, por sobre todo, generadora de empleo directo e indirecto y desarrolladora de proveedores e industrias locales. Minera Alumbraera es operada por el grupo minero diversificado Xstrata, el cual posee el 50% de la inversión, mientras que las empresas canadienses Goldcorp y Yamana Gold cuentan con el 37,5 % y el 12,5 % respectivamente. La inversión en infraestructura del emprendimiento desde su puesta en marcha hasta la fecha ha sido de US\$ 1.663 millones.

Las instalaciones de Minera Alumbraera están compuestas por el yacimiento a cielo abierto y la planta de procesamiento situada en la mina (Catamarca), un mineraloducto de 317 Km. que atraviesa las provincias de Catamarca y Tucumán, un electroducto de 202 Km. para el transporte de energía en 220 kv. desde la subestación El Bracho en Tucumán, la planta de filtros y las instalaciones de carga ferroviaria situadas en Cruz del Norte (provincia de Tucumán) y el puerto y las instalaciones de transferencia de carga ubicadas en Puerto General San Martín, en las inmediaciones de Rosario (provincia de Santa Fe).

Yacimientos Mineros Aguas de Dionisio.

Nace por imperio de la ley N° 14.771, publicada en el Boletín oficial el 9 de enero de 1959, con la finalidad de realizar tareas de cateo, exploración y explotación de minerales de cualquier categoría existentes en la zona minera de Aguas de Dionisio también conocida como Campo del Arenal.

Es una empresa Minera Interestatal, sus integrantes son el Estado Nacional, la Provincia de Catamarca y la Universidad Nacional de Tucumán. Sus antecedentes se remontan al año 1920, cuando Abel Peyrano, farmacéutico, establecido en la localidad de Santa María realizó expediciones mineras en Catamarca, Salta y Tucumán e internándose en la zona montañosa del Huallfin en la provincia de Catamarca, encontró evidencias de minerales metalíferos. Interesó con los datos a la Universidad de Tucumán y obtuvo la colaboración del Instituto de Geología.

Peyrano confirmó que en el área de Farallón Negro, existían afloraciones vetiformes de oro y plata. Registró el descubrimiento del Distrito Minero a nombre de la Universidad Nacional de Tucumán y expresó su deseo de “Que fuera explotado para el beneficio total del pueblo argentino”.

El artículo 18 de la ley citada establece: que las utilidades líquidas y realizadas que arrojen los balances se distribuirán en la siguiente forma:

a) El sesenta por ciento (60%) para la provincia de Catamarca. Hasta el 7 de junio de 1968, o antes si se concluyera en menos tiempo la ciudad universitaria, el porcentaje establecido se reducirá al 50% del total general, destinándose el 10% restante a la referida construcción emprendida por la Universidad Nacional de Tucumán;

b) El cuarenta por ciento restante (40%) será destinado para la terminación de la ciudad universitaria, conforme a los planos ya aprobados;

c) Una vez cumplidos los propósitos señalados en el punto anterior de ese porcentaje del cuarenta por ciento (40%), se destinará el cincuenta por ciento (50%) a la Universidad Nacional de Tucumán y el cincuenta por ciento (50%) restante a la formación de un fondo nacional que será distribuido entre las demás universidades del Estado. Después denominado Consejo Ínter Universitario Nacional. (C.I.N.)

En el presente y para la explotación del Yacimiento de Bajo La Alumbra, se ha constituido una Unión transitoria de empresas, con Minera La Alumbra, por parte de Y.M.A.D. según norma la ley 14.771. El Directorio se encuentra integrado por la Universidad Nacional de Tucumán, la Provincia de Catamarca y un representante del Gobierno Nacional situación que no estaba prevista en la voluntad expresa de Peyraño.

Y.M.A.D. se encuentra explotando Farallón Negro, yacimiento ubicado también en la provincia de Catamarca.

Según datos obtenido de la página Web, de FUNDAMIN (Fundación Para el Desarrollo de la Minería Argentina)

“El record es histórico en el desarrollo de la minería en el país, alcanzando un pico de \$7.350 millones, más de \$12 mil millones en exportaciones en 2008 representando un 3,4% del PBI, según estadísticas de la Secretaría de Minería de la Nación y del Ministerio de Economía respectivamente. Esto marca un 31% de crecimiento respecto al año anterior y un 1000% respecto de 2003. Estas cifras hablan del crecimiento sostenido de la actividad minera en Argentina y la ubican como uno de los países con mayor proyección de crecimiento a nivel regional”.

El crecimiento de la minería argentina expresa el desarrollo económico y también social, ya que es una de las industrias que generó más empleos y mejor remunerados en los últimos años Jujuy, Santa Cruz y Chubut. El concepto vertido en este tema de bonanzas proporcionadas por alcanzando un crecimiento de 300% con 256.000 puestos de trabajo directos con un salario promedio de \$5.500 mensuales. Además da impulso y progreso a las provincias donde se ubican las principales operaciones mineras del país: San Juan, Catamarca, La Rioja, Salta, las empresas mineras en el país, no lo comparto y por casi iguales argumentos manifestados por el Obispo de C. Rivadavia que al final del trabajo aparece como anexo.

Siguiendo con los datos proporcionados por FUNDAMIN.

El cuadro que figura como anexo 1, marca el crecimiento comparativo 1993-2007 de diversas economías provinciales en su PBI geográfico. Se toma como punto de partida el año '93 ya que es en ese momento cuando se dispara el crecimiento de la minería argentina gracias al marco legislativo propicio otorgado para las inversiones de alto riesgo y una creciente demanda de minerales a nivel mundial por parte de las economías emergentes. Visiblemente, Catamarca es la provincia que mayor crecimiento tuvo en términos absolutos con una ampliación del 22,3%. Le sigue San Juan con un incremento del 6,6%, Jujuy con 3% y luego Santa Cruz con 2,9%. El crecimiento de la economía nacional de los últimos dos años también es ostensible, va del 1% en 2007 a 3,4% en la actualidad.

No coincido en nada en cuanto los porcentajes dados, y menos en la cantidad de puestos de trabajo estables, si en algo se caracteriza la industria minera extractiva es en la escasa cantidad de empleos

en el período de explotación. Números que difieren en la etapa llamada en forma genérica por el C. de Minería de exploración o cateo. Sin entrar en el problema que crea el cierre de mina, aunque esta etapa debería estar prevista en el Informe de Impacto Ambiental que regula el Código de Minería en el Título XIII, incorporado por Ley 24.585.

Hoy, la Argentina tiene 403 proyectos mineros, es decir 363 más que en 2003. La proyección es muy optimista ya que en 2015 la industria minera argentina estaría ubicada en el puesto 10 mundial de las potencias mineras y alcanzaría un impacto socio-económico a más de 400 mil personas, entre empleos directos e indirectos, e inversiones estimadas en \$38 mil millones.

Se detalla algunas de las inversiones más relevantes de la Argentina los datos aportados por las empresas, de cuya veracidad no tengo dudas, no se encuentran reflejados en la mejoría de los niveles de bienestar de los ciudadanos, reconociendo que la distribución de la riqueza no es una tarea propia del empresario, quien entrega a los poderes públicos pertinentes los montos que por ley se han fijado.

El aprovechamiento “aguas arriba”, del Río Atuel, trajo a la provincia de La Pampa muy graves perjuicios económicos y sociales. Lo mismo la explotación de cloruro de potasio en el sur de Mendoza, sin un adecuado plan previo de trabajo y un estricto control por parte de las autoridades de las provincias afectadas, pertenecientes a la Cuenca del Río Colorado. El impacto sobre el río será grave y se verán muy perjudicadas, Neuquén, Río Negro, La Pampa y también Mendoza. La explotación de Litio que se lleva a cabo al sur de la provincia de Mendoza, proyecto llamado Río Tinto, que fue transferido a la empresa minera con participación estatal brasilera Vale Do Río, se encuentra cuestionado por varias ONG, entre ellas Alihuen.

Reflexiones: No enfrentemos producción con cuidado del ambiente, ambas pueden coexistir y las dos son esenciales a la vida y a la salud del Hombre. Contamos con casos testigos, Minerales y Elementos nucleares su uso controlado nos aprovisiona de energía eléctrica, de sistemas para detención y cura de graves enfermedades, el hierro para el acero, los minerales de tercera categoría, para la construcción, en fin, sin los productos de la minería el hombre de hoy no podría adaptarse a un sistema de vida sin las condiciones de confort y bienestar que la producción minera le aporta.

Ahora bien al finalizar el presente trabajo que quiso mostrar determinados aspectos de la Ley N° 24.196 surge una inquietud que es obvia: por qué hablando de tantas riquezas que se cuentan en toneladas de onzas de oro y plata, y según los números dados por la Secretaría de Minería de la Nación en empleos efectivos, permanece Argentina sumida en una pobreza indigna. Será cierta la premonición de los Jesuitas que ya en tiempos de la colonia decían ¡Pobres de los Pueblos que tienen Minería! o será que el Bicentenario nos encuentra con un Código de Minería que conserva instituciones impuestas por las Ordenanzas de Nueva España?

Bibliografía

ARGENTINA. Constitución Nacional La Ley, Buenos Aires, 2004.

ARGENTINA. Código de Minería Zavalía. Buenos Aires 2009.

BUENOS AIRES. Constitución de la provincia La Ley, Buenos Aires, 2005.

CORNEJO COSTAS, Carlos y Fernando A. BOSCH (h.). “Régimen actual de las regalías en el Derecho Minero Argentino: Cuestión de Federalismo o de conveniencia nacional?” En: El Derecho. Buenos Aires, 175:873-881.

GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina. Derecho tributario. Depalma, Buenos Aires, 1996-2000. 3 Tomos.

GUTMAN, Nicolás, “Desafíos de la Minería en la Argentina” En: Revista Jurídica Argentina La Ley-Suplemento Ambiental. Buenos Aires, 22-6- 2007:4.

PALAVECINO, Federico e ISOLA, Ana G. “Régimen de Regalías Mineras y Estabilidad Fiscal” En: Jurisprudencia Argentina. 2006-I-968.

PALAVECINO, Federico y ISOLA, Ana G. Temas actuales de Derecho Minero Universidad, Buenos Aires, 2000.

PIGRETTI, Eduardo A. “Análisis doctrinarios y jurisprudencial del concepto regalías mineras, En: Actas del I Encuentro Nacional de Derecho Minero-CABA Buenos Aires, 1997.

SARAVIA, Luis Adolfo “La cláusula de la prosperidad y la ley de inversiones mineras. En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Diario. 1998-B, 1130-1142.

Páginas web consultadas

www.infoleg.gov.ar Consulta 27 de octubre de 2009.

www.alumbrera.com.ar/art-014-a.asp Consulta 3 de noviembre de 2009.

www.chubut.gov.ar Consulta 30 de octubre de 2009.

www.criticadigital.com Consulta 30 de octubre de 2009.

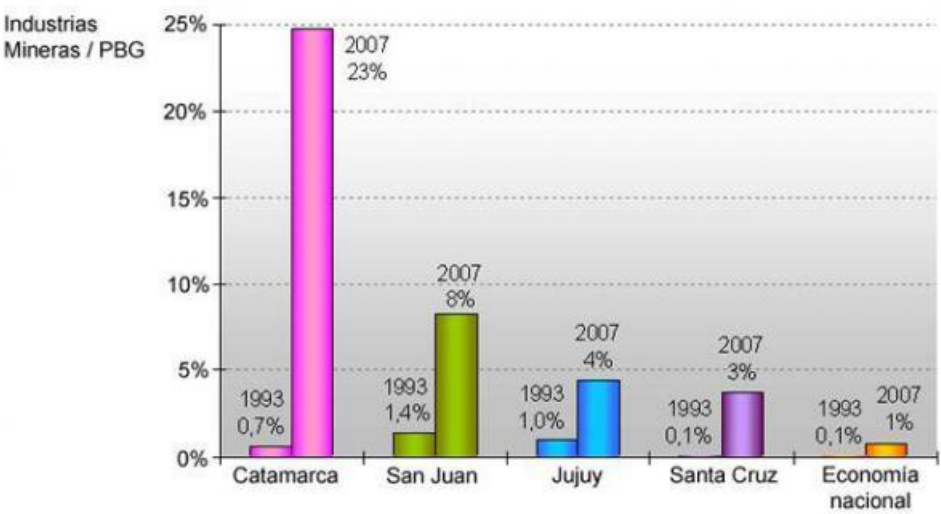
www.gob.gba.gov.ar Consulta 25 de octubre de 2009.

www.infoleg.gov.ar/ Consulta 25 de noviembre de 2009.

www.instrumentos.mecon.gov.ar Consulta en 17 de noviembre de 2009.

www.Fundamin.com.ar/info/38- Consulta 10 de noviembre de 2009.

Anexo 1 Cuadro de crecimiento comparativo 1993-2007 de economías regionales



Fuente: [/www.fundamin.com.ar/es/desarrollo-sustentable/9-desarrollo-socio-economico/185-argentina-marca-record-historico-en-inversiones-mineras.html](http://www.fundamin.com.ar/es/desarrollo-sustentable/9-desarrollo-socio-economico/185-argentina-marca-record-historico-en-inversiones-mineras.html)

De niños y penas: Notas sobre el proceso de reforma en materia de infancia y adolescencia en la provincia de Buenos Aires

POR ERNESTO DOMENECH (*) - MARÍA JOSÉ LESCANO(**) - INÉS JUAREGUIBERRY (***)

Sumario: I. Los niños en Buenos Aires. II. Una revolución inconclusa. III. Las virtudes. IV. Los reparos.

Resumen

El presente trabajo es una breve reseña acerca de las transformaciones legales habidas en la provincia de Buenos Aires con relación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. A través del mismo se intenta exhibir, con una mirada más amplia a lo estrictamente legal, las dificultades y aciertos de una política legislativa que aspira a homologar en esta provincia, el esquema axiológico que emana de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Palabras Clave

NIÑEZ - DERECHOS DEL NIÑO - PATRONATO

OF CHILDREN AND PUNISHMENT

Abstract

This paper is a brief overview of legal changes taken place in the province of Buenos Aires in relation to the rights of children and adolescents. Through it attempts to display, with a broader look at what is legal, difficulties and successes of a legislative policy which aims at bringing in this province, the axiological scheme emanating from the International Convention on the Rights of the Child.

KEY WORDS

CHILDREN - CHILDREN'S RIGHTS - BOARD

Primeros apuntes

1. Los niños en Buenos Aires

2. Una revolución inconclusa

2.1. El Poder de juzgar niños en el Patronato

El paradigma del Patronato cumplió en la Provincia de Buenos Aires (Domenech y Guido: 2003) el mayor de sus deseos: la institución del Juez de Menores como un *"buen padre de familia"* a través

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Penal. Director del Instituto de Derechos del Niño de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Director del Proyecto de Investigación sobre la Ley 13.634 iniciado por Unicef y continuado por el Programa de Incentivos.

(**) Secretaria del Instituto de Derechos del Niño de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Integrante del Proyecto de Investigación sobre la Ley 13.634 iniciado para Unicef y continuado en el Programa de Incentivos.

(***) Integrante del Proyecto de Investigación sobre la Ley 13.634 iniciado para Unicef y continuado en el Programa de Incentivos. Actualmente becada en la Universidad de Yale.

de la sanción de la ley provincial 4664 de creación de Tribunales de Menores (1). Una verdadera curiosidad: un Juez único, pero denominado Tribunal. Uno y trino como misterio divino. Único era sí el cargo, trinos que eran, en cambio, los saberes pensados al modelar y diseñar los procedimientos: el jurídico, el médico, el social. De este modo ciertas opiniones eran indispensables para tomar decisiones sobre los niños infractores de la ley penal: la del médico, la del psicólogo, la del asistente social.

La desmesura no sólo atravesaba el nombre de la institución, sino también el Poder de juzgar de los Jueces de Menores, porque las facultades de los Jueces de Menores estaban reguladas concentrando un poder de decisión que en los adultos se fragmenta para fanatizar sus derechos.

¿En qué se manifestaba? De maneras diversas.

- n primer lugar por las posibilidades penales que la legislación nacional le otorgaba, muchas veces asociadas a expresiones de singular vaguedad como *"peligro moral y material"*, pero también por otros factores.

- Luego en la competencia múltiple que caracterizaba al Juez de Menores que era Juez de Familia y Juez Penal, Juez de niños, pero también de adultos (en las materias civil y contravencional).

- Además en los juicios de infancia no había partes claras: el Asesor de Menores se comportaba a la vez como Fiscal (defendiendo los intereses sociales) y como defensor del Niño, aunque los padres del Menor podían, sujetos a la decisión del juez, proponerle un abogado particular.

- El mismo Juez que investigaba el delito era quien debía fallar el caso en definitivo, de modo que el Juez del Juicio tenía, de alguna manera, comprometida ya su opinión antes de decidir. Era Juez de pesquisa y sentencia.

- Los hechos se probaban mediante un sistema de convicciones libres, que en realidad se emplea, cuando son más de una persona las personas que deben decidir. Pero los Tribunales de Menores eran, en realidad, unipersonales.

- Las decisiones que el Juez tomaba eran recurribles, pero en forma limitada. Sólo las cuestiones *"de derecho"* eran sometidas a las Cámaras de Apelación, no las *"cuestiones de hecho."*

- Por último, el mismo Juez que dictaba la sentencia controlaba su ejecución. Era por tanto este magistrado *"buen padre de familia,"* Juez de ejecución.

Semejante concentración de poder exigía, en este diseño institucional, un saber especializado que se requería para ocupar el cargo.

Desde el inicio mismo de este Fuero estas características sufrieron serias críticas constitucionales, aún sin la existencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, básicamente por agravar el derecho de defensa en juicio y el de la igualdad constitucional. Y leyes similares fueron declaradas inconstitucionales por la Corte de los Estados Unidos, un país cuya Constitución ha servido de modelo inspirador a la nuestra.

(1) DOMENECH, Ernesto, Profesor Ordinario Titular de Derecho Penal. Director del Instituto de Derechos del Niño de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. Director del Proyecto de Investigación sobre la ley 13.634 iniciado por UNICEF y continuado por el Programa de Incentivos. LESCANO, María José, Secretaria del Instituto de Derechos del Niño de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. Integrante del Proyecto de Investigación sobre la ley 13.634 iniciado para UNICEF y continuado en el Programa de Incentivos. JUAREGUIBERRY, Inés, Integrante del Proyecto de Investigación sobre la ley 13.634 iniciado para UNICEF y continuado en el Programa de Incentivos. Actualmente becada en la Universidad de Yale

2.2. Los cambios en la actualidad

En la jurisdicción provincial, después de numerosos y frustrados intentos de modificación legislativa, (Domenech, 2008:211) se ha llegado a la situación legal actual (2) con la impronta que supuso la aprobación de la ley 13.298, y sus complementarias (3). Cambio profundo que alcanzó a la distribución de competencia entre los poderes del Estado, y concretamente en los fueros, de Familia y Penal, que habrán de entender en los problemas de la infancia.

¿Cómo caracterizarlos?

En este nuevo esquema la figura del Juez de Menores ha desaparecido. Sus diversos poderes han sido fragmentados. Las cuestiones “*asistenciales*” no son ya de su competencia, sino que se abordan por la Administración Pública (Provincial y Municipal) a través del llamado Sistema de Promoción y Protección de Derechos (4).

Las situaciones conflictivas que se susciten, cuando medien vulneraciones de derechos, serán atendidas por los Jueces de Familia, quienes habrán de decidir en torno a ellas con un proceso de partes, bilateralizado, con mecanismos de mediación, y generosidad recursiva.

En el Fuero Penal aparecieron nuevos actores, nuevos órganos de decisión y nuevos procedimientos.

A partir de la ley 13.634 -que introdujo ciertas reformas a la anterior-, se construyó el sistema de Responsabilidad Penal Juvenil Así se fue diseñando un proceso penal para el niño (Folino, Gutiérrez, Domenech y Lescano: 2008) similar al proceso penal de los adultos, que se aplica en forma subsidia-ria (5).

Un proceso acusatorio, de partes y de terceros imparciales, en el cual el desempeño de los Fiscales y Defensores especializados y la presencia del Juez de Garantías, generan el grato auspicio de pensar que la Justicia de los Jóvenes ya no será entendida como una jurisdicción de “*interés menor*”.

La pesquisa se inicia con la denominada investigación penal preparatoria que se encuentra a cargo del Fiscal. Lescano, 2006:41) Los plazos para su realización son breves y precisos (6) y si bien la recolección de pruebas se orienta a acreditar el hecho y la autoría o participación del joven presunto infractor, en ocasiones, el Fiscal del Joven requerirá también jurisdiccionalmente por aquellos adultos que pudieron haber intervenido del evento dañoso (7).

(2) Detrás de esta concepción anidaba el ideal benefactor que consideraba que, en el siglo de los niños, no existían intereses contrapuestos entre el Estado y la Infancia. Una conclusión que justificó que no se imaginasen partes enfrentadas, que un Juez imparcial debía dirimir. Por el contrario se pensaba que el Asesor de Menores (sin fiscales ni defensores) podía representar simultáneamente los intereses del niño y de la sociedad.

(3) Una vez sancionada la ley N° 13.298, el Ministerio Público accionó judicialmente solicitando su paralización, a lo que accedió la SCJBA mediante el dictado de una medida cautelar. En diciembre de 2006 se aprobó por el Poder Legislativo provincial la ley 13.634: “Del fuero de familia y del fuero penal del niño”, aspirando a complementar la ley anterior y de esta manera superar los reclamos que fundaron la acción promovida por la Procuración. Poco tiempo después (28/2/07), la SCJBA declaró abstracta la cuestión a resolver. Nuevamente, la Procuradora General interpuso un recurso de revocatoria “*in extremis*” contra ese resolutorio, que fue rechazado por la Corte Provincial, luego de la sanción de la ley 13.645 (14/3/07).

(4) Leyes N° 13.634, 13.645, 13.797, 13.772 y 13.821.

(5) Entre los pilares de este nuevo sistema se halla la descentralización institucional que responde a la concepción de que las diferentes problemáticas de los niños deberían encontrar respuesta en el ámbito comunitario. En este sentido, fueron modificadas las jurisdicciones administrativas provinciales, que ahora se corresponden con la división territorial del Ministerio de Educación.

(6) Recuérdese que el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires fue reformado por la ley 11.922 y comenzó a regir a fines de 1998.

(7) Si en el proceso hay detenidos, la investigación penal preparatoria iniciada por el Fiscal no podrá exceder de 120 días, plazo prorrogable por 60 días por causa fundada.

El juzgamiento se realiza por órganos diferentes de los que han participado en la investigación penal preparatoria y que varían desde Jueces unipersonales para delitos menos graves, hasta Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil, que se conforman con tres de esos Jueces (8).

El derecho constitucional a la doble instancia judicial se efectiviza con la intervención de las Cámaras de Garantías ante las cuales se recurre, en el reconocimiento de una amplia legitimación activa. En esa instancia se revisan, tanto decisiones de la investigación preliminar del hecho, como la decisión final del juicio propiamente dicho. También las vinculadas a las medidas cautelares y las inherentes a la ejecución de las consecuencias jurídicas.

El recurso es siempre el mismo aunque con diferentes denominaciones. La apelación se interpone en forma oral o escrita según la etapa del proceso de que se trate.

A diferencia del proceso de adultos en la provincia, se ha eliminado el recurso de casación, y no se han previsto jueces especiales para la ejecución, sino que la misma es controlada por el propio órgano que impusiere la medida a cumplir.

Vale observar, que estas dos instituciones (Tribunal de Casación y Juzgados de Ejecución), en el sistema procesal que rige para los adultos, han “colapsado” por la cantidad de casos a resolver, sea por diseños jurisdiccionales inadecuados o por imprevisión o ineficiencia en la gestión que acompañó a la innovación legal. Bien podría pensarse entonces que, frente a esta realidad, el legislador provincial estimó prudente no incorporar tales instituciones al sistema de infancia que se creaba.

Es importante destacar que la ley exige la especialización de los operadores como condición para ocupar el cargo, y asimismo menciona la necesidad de contemplar procesos de capacitación. La curiosidad radica sin embargo, en que dicha capacitación se requiera en los operadores jurídicos de primera instancia, pero no así para los Magistrados que deban resolver las apelaciones.

Como nota relevante, queda claro en el nuevo diseño procesal, que los niños gozan de las mismas garantías que tienen los adultos que son sometidos a la justicia penal. Y en determinadas situaciones, el legislador ha establecido un mayor resguardo, precisamente en consideración a la situación evolutiva del joven, que es una persona en transición, en desarrollo. A modo de ejemplo puede citarse la garantía expresamente introducida por el art. 67 de la ley 13.634 que establece que si la sentencia condenatoria dictada al adulto es más leve que la que se aplique al niño en un caso concreto, deberá procederse a una revisión oficiosa.

La ley ha contemplado la posibilidad de aplicar medidas cautelares sobre el joven imputable y aplicarle hasta prisión preventiva. Pero no ha agotado allí sus regulaciones: ha previsto la posibilidad de aplicar consecuencias jurídicas a los niños no punibles y hasta ha regulado su incidencia al momento de computar las penas.

Vale la pena detenerse en estas reglas, pues como puede verse, reiteran una singular tensión normativa que posee diversas aristas.

Por un lado muestra una extraña tendencia por parte del legislador provincial en invadir facultades que han sido delegadas a la Nación. Basta una rápida mirada para advertir que la ley ha regulado instituciones típicas de los sistemas de responsabilidad penal como son: la previsión de consecuencias jurídicas para los jóvenes infractores a la ley penal, el cómputo de la prisión preventiva y la ejecución, que están regladas por la ley 22.278, el Código Penal y la ley 24.660, respectivamente.

Particular tensión se exhibe entre el régimen procesal local con el régimen de responsabilidad penal juvenil, en especial en lo atinente a las consecuencias que deben adoptarse cuando un niño no punible ha entrado en colisión con la ley penal (9).

(8) Cfr. art. 66 de la Ley 13634.

(9) El sistema de integración de los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil ha sido cuestionado por la complejidad que supone su operativización. Las dificultades se advierten por ejemplo en aquellos Departamen-

Estas tensiones en sí mismas exhiben la ausencia de consensos para instituir un nuevo régimen penal juvenil (10). De manera constante se ha reconocido que la ley 22.278 implica desajustes con las prescripciones de la CIDN. Sin embargo, los cuestionamientos no son enunciados con detalle, ni claridad, y mucho menos se ha podido vislumbrar un debate profundo sobre el tema (Domenech, 2008). Lo cierto es que las aludidas tensiones han motivado pronunciamientos dispares, y la decisión de la Corte Suprema de no declarar en forma genérica la inconstitucionalidad de la ley 22.278 (11), no hace más que abrir interrogantes.

Estas tensiones de orden nacional se han replicado en la jurisdicción provincial con relación a la posibilidad de aplicar ciertas medidas a los niños no punibles, una regla que ha merecido reparos de constitucionalidad (12).

2.3. Las dificultades para cambiar

Diversos tipos de dificultades caracterizan los cambios legales en la Provincia de Buenos Aires que involucran a todos los poderes, y que incluye a la comunidad.

2.3 a. La anomia

Una suerte de anomia aparece los diversos poderes involucrados.

2.3. a 1. La anomia legislativa

Existe una verdadera anomia legislativa que tiene distintos indicadores.

Por un lado los procesos de construcción de las leyes se realizan de modo apurado y sin suficiente debate.

Por otro, la innovación legal es incesante lo que provoca no pocas dificultades tanto para conocer adecuadamente las reglas como para aplicarlas e ir construyendo modos acordados de usarlas e interpretarlas.

No son sin duda indicadores desvinculados unos de los otros. Cuando no existen acuerdos y consensos es frecuente que las diferencias y las imprevisiones se manifiesten al momento de aplicar las leyes, lo que motiva que deban ser una y otra vez modificadas (13).

Ambos procesos han caracterizado a los cambios legales en la Provincia de Buenos Aires desde la sanción de leyes que intentaron ajustar la normativa provincial a las prescripciones de la CIDN.

tos Judiciales en donde la cantidad de jueces de Responsabilidad Juvenil y Jueces de Garantías del Joven resulta insuficiente y ello se torna más complejo si se atiende al traslado de los magistrados que deba realizarse atento las amplias extensiones territoriales de nuestra provincia (art. 27 de la ley 13.634).

(10) Art. 64 de la ley 13.634

(11) Aunque debemos señalar que por estos días afortunadamente han comenzado a tratarse por el Poder Legislativo nacional, los numerosos proyectos presentados para consagrar una ley que modifique la n° 22.278, de conformidad con los postulados emanados de la CIDN

(12) Cfr. Resolución del 2 de diciembre de 2008 de la CSJN en causa N° 7537, "GARCIA MENDEZ, E./ MUSA, L S/ rec. de hecho"

(13) Cabe citar que el hábeas corpus interpuesto por el defensor oficial Dr. Berenguer del Departamento Judicial de La Plata en el que es declarada por el Dr. Cacivio, Juez de Garantías del Joven, la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 13.634 como así inaplicables los artículos 1, tercer y cuarto párrafo de la ley 22.278/80. Así el Sr. Juez entendió que se transgredía la norma constitucional en cuanto se permite por la norma provincial la privación de la libertad de un niño no punible cuando en realidad el Estado ha renunciado a ejercer el ius puniendi (causa 06-00-041750-08 caratulada R, S. A. / Hábeas Corpus) Frente a esta resolución la Fiscal del Joven, Dra. Catani, dedujo apelación y posteriormente la Sala Primera de la Cámara de garantías en lo Penal de ese Departamento Judicial, revocó la decisión impugnada (Resolución del 11 de marzo de 2000. Reg. n° 80)

Los efectos de esta anomia son serios: una fe desmesurada en los cambios legislativos es de inmediato seguida por un descreimiento en ellos. Las reglas a poco que se sancionan son objeto de peticiones o declaraciones de inconstitucionalidad que obedecen a diversos propósitos.

Posponer su vigencia, no aplicar ciertos aspectos de la ley o, como ha ocurrido de manera reciente, sancionar un conjunto de leyes -de manera poco armoniosa- para instaurar en la provincia el nuevo paradigma (14), tendría que llevar a reflexionar acerca de cómo debe utilizarse el instrumento legal para ser idóneo en la transformación de las “prácticas”.

2. 3. a.2. La anomia judicial

Pero la mencionada anomia legislativa se ha visto acompañada por otra que podríamos denominar judicial, y que se caracteriza por el crecimiento geométrico de declaraciones de inconstitucionalidad, muchas veces de modo genérico y con apartamiento curioso de las circunstancias del caso al que deben aplicarse.

La inconstitucionalidad de las leyes ha sido un recurso frecuente. Muy justificada en algunos casos (ya hemos visto que las leyes han sido poco respetuosas de las normas constitucionales), en otros se exhibe sin una justificación debida, o dotada de enorme vaguedad y mera apelación a principios poco caracterizados. Esta proliferación excesiva altera la división de los poderes y de la representación política constitucionalmente consagrada.

También son comportamientos anómicos aquellos exhibidos por los operadores judiciales que -según su función-, bajo el formato de la nueva legislación, mantienen en sus prácticas el espíritu de la norma propia del Patronato.

2. 3. a.3. La anomia ejecutiva

Y la anomia ejecutiva es quizás la más perceptible, en razón de que la matriz de la reforma legal apunta a volcar en el Poder Ejecutivo la responsabilidad de programar y desempeñar políticas activas (15) que sean capaces no sólo de satisfacer derechos, sino también de prevenir otras conflictividades en la infancia.

La creación de los servicios locales y zonales de protección de derechos y la capacitación del personal en este nuevo abordaje es una clara muestra de la dificultad añadida que tiene la reforma desde la perspectiva del Poder Administrador.

Si bien ha habido avances considerables en este ámbito, todavía se advierten resistencias de toda índole que obstaculizan el cambio.

No puede soslayarse lo arduo que resulta coordinar la intervención a nivel municipal con la provincia, desde múltiples aspectos a saber: la escuela, el hospital, las instituciones de seguridad, etc.

Y de las observaciones empíricas hasta ahora realizadas se percibe que el impacto de los Servicios Locales y Zonales de protección sobre la problemática de la infancia ha sido dispar en toda la provincia. En parte, porque son diversas las complejidades de los asuntos que deben atender en los respectivos distritos, pero también porque previamente a la conformación del sistema eran distintos

(14) Aún hoy se siguen dictando reglamentaciones y normas aclaratorias para definir aspectos operativos que no fueron debidamente atendidos al momento de diseñar las leyes originales. Resultó particularmente engorroso llevar a cabo la implementación de ciertos institutos durante la transición, distribución de competencia entre los nuevos órganos, o el modo en que las medidas y planes debías de ser gestionados.

(15) Así conviven en el nuevo bloque de leyes provinciales relativas a la infancia y adolescencia, una sobreabundancia de normas sobre derechos y garantías ya declarados en otras leyes -por ejemplo el derecho del niño a ser oído- con una llamativa ausencia de normas operativas.

los niveles de organización institucional que poseían. Además ha sido fundamentalmente diverso, el grado de voluntad política advertido al implementar el cambio (16).

2. 3.b.Los disensos

Las tensiones descriptas en la legislación nacional evidencia la existencia de disensos y diversos criterios de lectura e interpretación de las reglas de la CIDN. Un fenómeno que no debe extrañar en absoluto, pues es común a cualquier regla, por los problemas del lenguaje con que las formulamos, y previsible cuando reglas de igual jerarquía colisionan entre sí. Y que es mucho mayor, cuanto más vagas son las expresiones que se ponen en juego. Algo que ocurre sin duda con la formulación de principios genéricos, como el denominado *“interés superior del niño”* (17) que se emplea en la CIDN.

Estos disensos típicos de regímenes democráticos en los que no impere un pensamiento único, deben ser no sólo tolerados sino bienvenidos. Una bienvenida que debería caracterizarse por el mejoramiento de la calidad del debate, el respeto por el opositor y la claridad del lenguaje que se utiliza para debatir y razonar. Cualidades que no son precisamente, las que sustentan muchas de las expresiones penales que nos circundan.

El modo en que ha nacido la nueva legislación de infancia no ha permitido un debate claro ni cuidadoso. No ha habido espacio de juego para el disenso. Porque en realidad se ha debatido contra una suerte de enemigo común: *“el Patronato”* sistema *“viejo y autoritario”* que irremediamente debía ser destruido.

Esta falsa antinomia que extrañamente se construyó respecto de la legislación de infancia, sólo es una reproducción de lo que ya ha ocurrido con otras cuestiones sociales, en donde el afán de lucha reunió pensamientos disímiles, convocando sus fuerzas para derrotarlo, pero que, ya en el poder, destilan sus diferencias. Ahora bien, desarticulado el Patronato ¿cómo se debía instaurar el nuevo sistema?

Lo expuesto lleva a concluir que la falta de sutileza de los análisis de base, la ausencia de un claro diagnóstico de la realidad sobre la que debe actuar la ley (18), la simplificación de sus registros, son elementos que de no ser erradicados en el momento oportuno, pueden empañar, oscurecer y poner en grave riesgo el valioso intento de transformación del sistema de infancia que desde antaño se proclama.

(16) Como hemos señalado en el informe final de la investigación realizada entre el IDN y Unicef Oficina Argentina durante los años 2007/09 (DOMENECH, E./JAUREGUIBERRY, I./ LESCANO, M.J./ GAVAGNIN, M./ HERNANDEZ, C.: “Análisis sobre la puesta en vigencia de una ley de Infancia en la provincia de Buenos Aires. Especial referencia a la ley 13.298, su modificatoria y antecedentes normativos”), las carencias y/o ineficiencias de las políticas públicas destinadas a la infancia y adolescencia, en buena medida se relacionan con la inexistencia de un diagnóstico adecuado sobre su composición y necesidades. En el año 2002, algunas organizaciones no gubernamentales presentaron un informe alternativo ante el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, destacando la deficiente información que proporcionaba el Estado Argentino. Asimismo se denunció que resultaba preocupante que en los últimos años el Estado no había cumplido con su obligación de recolectar, producir, sistematizar y analizar información sobre el estado de la infancia y adolescencia para evaluar la efectiva vigencia de los derechos consagrados en la CIDN. El Comité de Derechos del Niño, en sus Observaciones Finales, recomendó al Estado Argentino que mejorara su “sistema de recolección de datos con vista a incorporar todas las áreas protegidas por la Convención de manera discriminada. Tal sistema debería abarcar a todos los niños por debajo de los 18 años, con énfasis especial en aquellos niños que son particularmente vulnerables, incluyendo chicos con discapacidades; y utilice efectivamente estos datos e indicadores para la formulación y evaluación de políticas y programas para la implementación y monitoreo de la Convención”. Recomendación que aún hoy todavía no ha sido debidamente receptada por el Estado Argentino.

(17) En 2004, con la sanción de la Ley 13.163 y el dictado del Decreto 609/04 se inició en la provincia la desconcentración de fondos para el armado del Sistema de Promoción y Protección de Derechos a nivel local (Servicios y Consejos Locales y Programas Sociales), decisión política que buscaba dotar a los gobiernos Municipales de herramientas para convertirse en verdaderos actores del cambio normativo propuesto. Sin embargo esta excelente iniciativa no fue acompañada con una actividad de contralor suficiente.

(18) Art. 3.1. de la CIDN y art. 4 de la ley 13.298.

2. 3.c.Ejes problemáticos del cambio

Más allá de las dificultades señaladas la nueva legislación no obstante, enfrenta otros problemas y desafíos:

- El modelo inspirador del régimen procesal de los adultos se encuentra en una crisis severa que se evidencia en sus numerosos y -poco consistentes- intentos de cambio. Un ejemplo a citar es la propuesta que alguna vez surgió de un sector político provincial de eliminación del Tribunal de Casación (19). Con dicho antecedente, el desafío que debe afrontar el nuevo sistema de infancia, será evitar que “*colapse*” el funcionamiento de las nuevas instituciones a crear, dada las propias dificultades que exhibe el sistema penal de adultos que rige en la actualidad.

- Complejo es que el nuevo régimen de la Provincia de Buenos Aires, no encuentre su correlato u homologación en una ley Nacional que exhiba los principios que emanan de la CIDN. Esta disfuncionalidad hace que el marco procesal provincial en ocasiones a modo de cubrir lagunas se exceda, involucrando disposiciones que le corresponden regular exclusivamente a la jurisdicción nacional. Es lo que ocurre por ejemplo, cuando la legislación provincial “*avanza*” sobre cuestiones típicamente punitivas, como es la previsión de las consecuencias jurídicas para el supuesto de que un niño infrinja la ley penal.

- La implementación del nuevo sistema depende de una gestión cuidada y de la disponibilidad de recursos suficientes. Este aspecto no ha sido lo suficientemente previsto para la implementación de la nueva ley. La transformación exigida es extraordinaria, alcanza a los tres poderes del Estado y a cada uno de los sujetos que operan en el sistema de infancia.

- En lo que hace al Poder Judicial, ilustrativo resulta observar cómo la nueva normativa introduce cambios profundos en el modo en que se deberá ejercer la magistratura. La función del Fiscal, Defensor y del Asesor, naturalmente también se encuentran alcanzadas por la reforma. Y ello debe ser acompañado por políticas integrales, a largo plazo, que permitan ir tallando nuevas mentalidades, nuevas respuestas con una mirada realista respecto del desafío asumido.

- Por otra parte algunas dificultades normativas no provienen exclusivamente de la nueva legislación de infancia, sino de las modificaciones e impugnaciones que están sufriendo disposiciones del Código Penal, que reiteradamente se han considerado no constitucionales. Entre ellas, figuran cuestionamientos que han sufrido las distintas clases de penas, la reincidencia, la peligrosidad, etc.

De este modo la legislación punitiva transformada en un proceso veloz y muy poco consistente, se ha visto controvertida en muchas de sus instituciones. Controversias que tienen lugar en medio de una significativa conflictividad social, cuyo impacto político no es menor, y que pone en tela de juicio la inseguridad y sus sensaciones ciudadanas.

2. 3. c. Los problemas de técnica legislativa

Como ha ocurrido con el C.P. la técnica legislativa no ha sido adecuada, ni cuidadosa.

La sola observación de las diversas leyes, reglamentaciones y acordadas que componen el actual conjunto normativo de la infancia en la provincia de Buenos Aires, es elocuente.

La Provincia en este aspecto ha dictado leyes proféticas: leyes que anuncian las llegadas de otras que resolverán las cuestiones, y las nuevas han reiterado una y otra vez regulaciones ya previstas en el CIDN, la Constitución Nacional, y el CPP.

(19) Ya hemos puesto de manifiesto que resulta preocupante promover en la provincia un cambio tan radical sin contar con un diagnóstico claro de la realidad de la infancia y adolescencia. La provincia carece de estadísticas ciertas sobre este universo de personas, de modo que las políticas públicas que debe implementarse se encuentran seriamente comprometidas desde el mismo momento de su diseño.

Si se analiza la estructura legal se podrá constatar que un mismo tópico (el recurso de apelación es casi paradigmático) se reglamenta en diversos sitios de la ley, lo que dificulta un acceso claro y sistemático.

A ello se le suma la existencia de lagunas (20), y la existencia de remisiones inadecuadas.

No menos inconvenientes ha provocado –y sin dudas seguirá provocando– la aplicación subsidiaria de las reglas procesales de adultos. La aclaración de que ellos serán aplicables ante cualquier cuestión no regulada “con la especificidad de serlo respecto de niños” no resulta exenta de vaguedad y por lo tanto se requerirá de una seria elaboración jurisprudencial que permita superar las incertidumbres actuales.

Y muchos pueden ser los ejemplos a citar en igual sentido.

2. 3. d. Los problemas de gestionar los cambios

La implementación del nuevo sistema depende, como se ha dicho, de una gestión cuidada, consensuada, y con disponibilidad de recursos suficientes. Y vale la insistencia, pues abordar las conflictividades que exhibe la Infancia en la provincia de Buenos Aires (21) no es sólo una variación, cual jugada de ajedrez, del esquema institucional y de sus actores. Es importante destacar que las conflictividades surgidas con relación a los derechos de los niños pueden presentarse en los aspectos más diversos, lo que exige mayor agudeza en la planificación de una política pública. En tal sentido desde el IDN por ejemplo hemos estado trabajando en el reconocimiento de los derechos de los niños que se hallan en las Unidades Penitenciarias junto a sus madres

El cambio al que se apunta es profundo. No basta con reconocer derechos. Es necesario pensar vías para brindar su satisfacción efectiva, a través del Estado pero en gran medida, con un fuerte compromiso comunitario.

La provincia de Buenos Aires con esta nueva ley se ha comprometido a afrontar, entre otras muchas cuestiones, los graves problemas que aquejan los barrios más pobres y desvalidos, en donde las necesidades más elementales de los niños y jóvenes, aún hoy no han sido plenamente satisfechas.

Muchos otros son los derechos reconocidos a los chicos en la provincia y en la CIDN, pero actuar con franqueza y racionalidad conduce ineludiblemente a establecer prioridades. O al menos, prede-terminar acciones de intervención en atención al corto y al mediano plazo.

Por tanto la nueva ley sólo es el cauce a través del cual debe fluir una política de Estado que sea capaz de absorber -con la intervención coordinada de los tres poderes-, esta demanda social, en lo inmediato y asimismo en los años venideros.

2. 3.e. Las prácticas

- Finalmente la proliferación de reglas destinadas a sustituir el Paradigma del Patronato, no se ha visto acompañada de la renovación amplia de las prácticas administrativas y judiciales. Los cursos de capacitación habidos han sido escasos.

Configurar y evaluar las prácticas que resulten acordes a los parámetros valorativos brindados por la Convención sobre los Derechos del niño, es asimismo, una asignatura pendiente.

(20) Sin embargo, es dable señalar que la nueva legislación de infancia no prevé la existencia de un recurso de casación, y por tanto, tampoco la intervención de la Cámara de Casación Penal.

(21) En este sentido, la ausencia originaria de un procedimiento penal aplicable a la transición resulta paradigmática, como también la distribución de competencia entre los Juzgados de Paz Letrados, los Tribunales de Familia y la competencia residual de los jueces de Menores para intervenir sobre: guarda con/sin fines de adopción, etc.; como también la inexistencia de un órgano que resuelva los conflictos de competencia entre órganos penales de distinta jurisdicción.

2.3.f. La cultura del patronato

Desde otra mirada, fuera de lo discursivo, las prácticas del patronato pese a lo que creen algunos vencedores, aún no han sido erradicadas.

En las escuelas, los hospitales, en los barrios aún queda vigente la figura del *"Juez de Menores,"* ello hace pensar que aún no ha habido una campaña integral y sistemática para informar a los ciudadanos acerca de sus derechos y de cómo funciona el nuevo sistema de infancia (22). Esta ausencia de campañas de información generan el interrogante acerca de cómo se podrá internalizar el nuevo sistema de infancia por la ciudadanía en general. Es dable recordar que el derecho a la información se vincula íntimamente con el principio de publicidad de los actos de gobierno, elemento constitutivo de la República como forma de organización política, y la imposibilidad de ejercer dicho derecho pone en juego la calidad institucional de la República.

3. Las virtudes

La primera y principal virtud es que la nueva legislación reconoce que los niños deben ser tratados en igualdad, en dignidad. Ningún ámbito de la vida social puede quedar ajeno al respeto de estos valores. El niño es sujeto de derecho y tiene los medios para exigir su reconocimiento.

Qué duda cabe que el Estado debe asumir un rol activo, expresar estrategias de intervención respecto de los Derechos de la infancia, en un contexto democrático y social. Y qué duda cabe que la sociedad civil, no puede mirar más para otro lado, esperando que las cosas se solucionen o por un Juez omnipresente, como en las mejores épocas del Patronato, o por el regalo de alguna divinidad, como en tiempos de la Grecia más antigua.

Tampoco la Academia ha quedado al margen de esta transformación. El Derecho de la Infancia parece haberse despertado de un extenso letargo, intentando acompañar un proceso que requiere de conocimiento, de debate y por sobre todo de profunda reflexión y respeto.

4. Los reparos

La reforma legal impuso necesariamente replantear posiciones y responsabilidades. Pero en esta instancia, hay que meditar sobre los cambios propuestos y los resultados alcanzados. Esto supone confrontar la teoría y su práctica, la enunciación por ley de un derecho y su real ejercicio.

Mucho se ha avanzado en la provincia con la ley 13298 y la 13634 en la estructuración del sistema de promoción y protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo como en el Judicial. Y existen indicadores ciertos relativos al acompañamiento legal que el Poder Legislativo, brindó para proveer a su profundización.

Esta labor iniciada entre los tres poderes del Estado es auspiciosa si se compara con la experiencia provincial que supuso la anterior ley N° 12.607, pero no por ello cabe adoptar una posición conformista.

El proceso de transformación legal y cultural en la provincia de Buenos Aires no debe detenerse. Si bien la justicia penal juvenil ha sido puesta en marcha -lo que supone un avance en el reconocimiento de las garantías individuales de los jóvenes en el proceso-, aún resta trabajar arduamente para que funcione a pleno. Igual ocurre con el nuevo Fuero de Familia, en donde se deberá articular más sutilmente su vinculación con los distintos servicios de promoción y protección de derechos.

(22) Para más información puede consultarse: JAUREGUIBERRY, I, J. TOMELO, y L. MALACALZA, "Nacidos en el encierro," en Libro de Resúmenes de Pluralidades. 5° Jornadas Nacionales de investigación social de infancia y adolescencia. La Convención sobre los derechos del niño y las prácticas sociales, organizadas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, octubre de 2006:37.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian; “El acceso a la información como derecho”, En *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Siglo XXI – (Catálogos), Buenos Aires, 2000.

DOMENECH, Ernesto y GUIDO, Liliana; *El paradigma del patronato. De la salvación a la victimización del niño*. Edulp, La Plata, 2003.

DOMENECH, Ernesto; “Infancias y Buenos Aires”, en *La protección a la infancia como Derecho Público Provincial* (Coord. Mary Beloff), Ad Hoc. Buenos Aires, 2008.

DOMENECH, Ernesto; *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, organizada por la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia. Universidad Del Museo Social Argentino. Buenos Aires, 26 de abril 2008.

FERNANDEZ VALLE, Mariano; “Acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social”, **En**: *Acceso a la justicia como garantía de seguridad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Biblos, Buenos Aires, 2006.

FOLINO, Jorge; GUTIERREZ, María Alejandra; DOMENECH, Ernesto y LESCANO, María José “Delincuencia juvenil y el sistema judicial en la provincia de Buenos Aires, Argentina,” **En**: *Revista Vertex*, (Buenos Aires) 20(83):26-34.

JAUREGUIBERRY, Inés; TOMELO, Julia y MALACALZA, Laurana; “Nacidos en el encierro,” en *Libro de Resúmenes de Pluralidades*. 5º Jornadas Nacionales de Investigación Social de infancia y adolescencia. “La Convención sobre los derechos del niño y las Prácticas sociales”, organizadas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, 2006.

LESCANO, María José; “Justicia Penal Juvenil. Función del agente Fiscal ante los principios de legalidad y oportunidad,” **En**: *Libro de Resúmenes de Pluralidades*. 5º Jornadas Nacionales de investigación social de infancia y adolescencia. La Convención sobre los derechos del niño y las prácticas sociales, organizadas en la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, octubre de 2006. ♦

Vindicación de la participación política de las mujeres. Participación política femenina a dos siglos de la Revolución de Mayo: de la exclusión absoluta a las acciones afirmativas

POR **MARÍA VERÓNICA PICCONE** (*)

Sumario: I. Introducción. II. Un poco de historia con mujeres. II. A. Breve recapitulación de la situación de las mujeres antes del Centenario de la Revolución de Mayo. II. B. Del Centenario a la conquista del derecho al sufragio. II. C. La aniquilación absoluta de los derechos y el protagonismo de las mujeres. II. D. Democracia, cupo femenino y Constitución. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

Resumen:

El artículo realiza un breve recorrido en torno a la participación política de las mujeres partiendo de las épocas previas a la Revolución de Mayo hasta llegar a los tiempos actuales. Procura desde el punto de vista histórico visibilizar el rol político de las mujeres a través de la figura de algunas precursoras; analiza los fundamentos y prejuicios que a lo largo de 200 años de historia nacional han justificado su inclusión/exclusión, y da cuenta de los debates, dispositivos y leyes que cristalizaron estas concepciones.

Finalmente, a través del examen del principio de igualdad, analiza la centralidad del mismo y reafirma a las acciones positivas -cuya ley instituyente es la más importante en el tema desde la sanción de la Ley de Voto Femenino- como instrumento destinado a consolidar la igualdad de hecho consagrada en la Constitución reformada en 1994 frente a la exigua igualdad formal de 1853.

Palabras Clave: historia, mujeres, igualdad, acciones positivas

Summary:

The article presents a brief tour around women's political participation from the times previous to the Revolución de Mayo to the present days. From the historical point of view, it seeks to visualize women's political rol throw the figure of some precursors; it analyzes the basis and prejudices that over 200 years of national history have justified their inclusion/exclusion; and accounts the discussions, arrangements and laws that crystallized these concepts.

Finally, through the examination of the principle of equality, this work analyzes its importance and reaffirms the positive actions -whose instituting law is the most important in the subject, since the sanction of the law for universal suffrage-, as an instrument destined to the consolidation of the facto equality established in the National Constitution reformed in 1994, facing the meager formal equality of 1853.

Key words: history, women, equality, positive actions.

Vindicación de la participación política de las mujeres.

Participación política femenina a dos siglos de la Revolución de Mayo: de la exclusión absoluta a las acciones afirmativas.

(*) Profesora Adjunta de Derecho Político, Cátedra III - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP; y Directora de Derechos Humanos, UNLP.

Autor/a: Figchen

I. Introducción

Deliberar en el marco de los doscientos años transcurridos desde el acto fundante de nuestro Estado no es una tarea fácil puesto que cada día somos más concientes de los condicionamientos que parten del contexto histórico en el que nos encontramos, de la subjetividad propia de cada individuo y de que nuestra opinión es sólo una entre tantas a las que el pluralismo de los últimos veinticinco años nos ha habituado.

En el marco de las múltiples reflexiones que pueden surgir a partir de este hito, lo que nos interesa en esta ocasión es recorrer brevemente algunas de las líneas que nos ubican en las vísperas del Bicentenario de la Revolución de Mayo como un país cuya ciudadanía vive en la permanente tensión por el reconocimiento y acceso a los derechos.

Particularmente, pretendemos extraer algunos hechos centrales que desde el punto de vista legal han permitido que las mujeres -excluidas del ámbito público y jurídico antes, durante y después de la Revolución de Mayo- pasaran a convertirse a finales del siglo XX en ciudadanas cuasi plenas a partir del desarrollo de la sanción e implementación de un mecanismo de acción positiva que las contempla.

A esta falta de plenitud en el ejercicio de los derechos ciudadanos nos referiremos al final de este trabajo al igual que señalaremos algunos deberes pendientes y la necesidad de que estos derechos sean afianzados.

II. Un poco de historia con mujeres

II. A. Breve recapitulación de la situación de las mujeres antes del Centenario de la Revolución de Mayo.

El proceso de lucha por el reconocimiento explícito de los derechos de las mujeres y su emancipación respecto del hombre tanto en el campo civil como en el político tiene origen en el caso argentino a principios del siglo XX a partir del ideario socialista.

Sin embargo, ello no significa que las mujeres no hayan desempeñado un rol relevante en las etapas previas de nuestra historia local y latinoamericana.

Felizmente, en la actualidad existe un conjunto amplio de estudios destinados a quitar el polvo a las experiencias de participación femenina en los hitos de nuestra historia y a echar luz sobre los motivos de esta ausencia en la historiografía oficial.

Entre ellos se destaca el trabajo de Dora Barrancos *Mujeres en la sociedad argentina: una historia de cinco siglos* (2007). Barrancos destaca el diferente papel desempeñado por las mujeres en los pueblos originarios, determinado fuertemente por las diferencias entre estas comunidades, señalando asimismo la dificultad de este tipo de estudios y la preeminencia de los versados sobre las grandes civilizaciones. La autora desmitifica los estudios antropológicos que hablaban de la correspondencia armónica entre los sexos en los pueblos originarios.

"Ni los antepasados incas ni las poblaciones actuales se privaron de limitar las prerrogativas de las mujeres, y aunque las celebraciones a las diosas madres (...) contienen modos muy específicos de veneración al otro sexo, no pueden asimilarse a las modalidades de trato corriente, cotidiano, con las mujeres. Las manifestaciones sacrosantas destinadas a mostrar subordinación a las diosas que rigen los destinos de un grupo, la vida y la muerte de sus integrantes, no se constituyen por lo general en la regla de tratamiento de las mujeres de carne y hueso" (2007:16).

Sí parece claro que tanto el pueblo mapuche como la mayoría de los pueblos aborígenes no comulgaban con el principio occidental de la moral basado en la virginidad femenina. Sin embargo, en la división de tareas y en la consideración social el poder era fundamentalmente masculino: *"... las mujeres podían influir pero no determinaban las orientaciones fundamentales del poder..."* (Barrancos, 2007:20).

La conquista española interrumpió el desarrollo de los pueblos originarios al imponer sus propios cánones en cuanto a la organización social y su concepción del mundo a partir de lo cual las sociedades originarias resultaron subordinadas a los conquistadores.

La conquista será un hecho notablemente masculino, puesto que se tienen muy pocos datos de mujeres que hayan llegado con los españoles en los primeros períodos. Para las mujeres de los pueblos originarios existió, a partir de ese momento, una doble subordinación dada tanto por su condición de aborígen como de mujer.

De todas maneras, las mujeres de los hidalgos ni remotamente poseían los mismos derechos que estos y, aunque la legislación española era restrictiva de los derechos individuales de todas las personas, a los hombres les era más fácil burlarla así como era menos factible que fueran castigados por ello. Así se ha señalado

“... la rígida moral cristiana, que pretendía reducir el problema del bien y el mal mediante la condenación del sexo como tal y, consecuentemente, mediante la negación de la corporeidad, había circunscrito la desnudez al único espacio en el que le era permitido escapar momentáneamente a esta condenación: el lenocinio. Así, desnudez y prostitución se hicieron indisociables; en tanto que pudor y castidad definían a las mujeres virtuosas. Un discurso paralelo no existía para el hombre, pues se daba por supuesto que el mal residía desde siempre en las mujeres” (Bohórquez, <http://www.cricyt.edu.ar/estudios/fautores.htm>, noviembre de 2009).

Iniciado el proceso de independencia debe destacarse el papel desempeñado por Juana Azurduy, nacida el 8 de marzo de 1780 en Chuquisaca. Juana mostró su valor en diversas batallas venciendo a los españoles en El Villar; se reunió con Bolívar en Sucre; y ya viuda del revolucionario Padilla, se trasladó a Salta para ponerse al servicio de Martín Miguel de Güemes. Este le otorgó en 1816, con permiso del Director Pueyrredón, el grado de teniente coronel con derecho al uso del uniforme y con todos los privilegios del rango.

Pero si bien muchas mujeres participaron activamente en el proceso revolucionario e independentista latinoamericano, no por ello su condición fue mejor luego de la Revolución de Mayo.

Después de la Revolución el matrimonio continuó siendo el centro de la vida de las mujeres, un paso inexcusable a partir del cual se consideraba deplorable el estado de soltería. Tanto hombres como mujeres menores de 25 años requerían venia paterna para casarse y hasta veinte años después de la Revolución el grado de discriminación era tal que los juicios de disenso se fundaban aun en cuestiones de “limpieza de sangre” o “limpieza de raza”. Los juicios de disenso eran un recurso jurídico disponible para aquellos jóvenes que no obtenían la venia paterna para desposar a la persona elegida. Este es el primer punto en el cual se destaca Mariquita Sánchez (llamada realmente María de todos los Santos Sánchez de Velazco y Trillo) que estuvo en juicio con su padre porque le impedía contraer matrimonio con Martín Jacobo de Thompson. El matrimonio resultó autorizado judicialmente al aceptarse las dispensas.

Viuda y vuelta a casar, Mariquita fue protagonista y anfitriona de numerosas reuniones políticas y culturales e inspiradora de muchos jóvenes enfrentados a Rosas, como Juan Bautista Alberdi (Barrancos, 2007:66). En otra vertiente ideológica también se destacaron figuras femeninas que apoyaban a Juan Manuel de Rosas, como María Josefa y Encarnación Ezcurra.

Sirva esto entonces de sucinto ejemplo del protagonismo femenino tanto en el proceso y las guerras independentistas como civiles previas a la Constitución Nacional de 1953.

Esta Constitución de impronta liberal no contempló en forma expresa los derechos políticos, si bien consagró un sistema representativo y el derecho a la igualdad en el artículo 16: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...”*

La vida “privada” de las mujeres excluidas del ámbito público fue regulada por el Código Civil, obra de Dalmacio Vélez Sársfield que data de 1869 durante la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento. El Código Civil consagró la incapacidad relativa de la mujer casada, colocándola bajo la tutela del marido. Así, el artículo 55 sostenía la incapacidad relativa de la mujer y el 57 disponía que a todos los efectos su representante era el marido: la mujer casada no tenía derecho a educarse ni a realizar actividades laborales o comerciales, ni podía iniciar juicios, ni brindar testimonios en ellos sin su consentimiento; tampoco tenía la administración de sus bienes sin esta venia. En concordancia con estas normas civiles, el Código Penal tipificó en forma diferente el adulterio masculino (que requería amancebamiento) del femenino dado por un único acto sexual.

Los derechos de las mujeres fueron considerablemente ampliados recién en 1926 a partir del impulso del diputado socialista Bravo, uno de los promotores de los contenidos que se plasmarían en la ley 11.357.

II. B. Del Centenario a la conquista del derecho al sufragio

A principios del siglo pasado el Centenario de la Revolución de Mayo mostrará, a nuestra consideración, dos hechos significativos en la historia argentina.

En primer lugar, la sanción de la Ley N° 8871 -conocida como Ley Sáenz Peña por el presidente que la impulsó- que instituyó el sufragio universal, igual, secreto, obligatorio y, por supuesto, masculino. La reforma al sufragio y al sistema electoral estuvo orientada a ampliar la base de legitimidad política de la oligarquía dominante, pero tuvo un efecto contrario al permitir la irrupción de una fuerza popular, como fue el radicalismo de principios del siglo pasado. De esta manera, la ley que “creaba al sufragante” (Ansaldi, 1999) reafirmaba la exclusión de la mujer de la arena política.

En segundo lugar, la participación activa de mujeres en los partidos políticos (fundamentalmente en el socialismo y también en el radicalismo) y el nacimiento del movimiento sufragista.

En el año del Centenario, se realizó a instancias de la Asociación de Mujeres Universitarias en Buenos Aires el Primer Congreso Feminista Internacional. Al mismo tiempo se desarrollaba el Primer Congreso Patriótico de Señoras, de tendencias más conservadoras. Los derechos políticos femeninos aparecen fuertemente en escena, aunque con restricciones.

En mayo de 1909 se fundó la Liga Feminista Nacional con la dirección de María Abella de Ramírez, que entre los puntos de su programa de acción establecía: 1. Que el matrimonio no haga perder a la esposa ninguno de sus derechos; 2. Protección del estado de las mujeres en sus funciones de madre; 3. Divorcio absoluto; 4. Protección de la niñez (citado en Barrancos, 2002).

Aquí descolla la figura de Julieta Lanteri, una de las más osadas en la vindicación de los derechos femeninos. Esta médica de origen italiano da muestras de “... una voluntad singularmente determinada, la exhibición de un deseo potente de libertad y la afirmación de una subjetividad soberana que la condujeron a emprendimientos nada convencionales” (Barrancos, 2002:48).

Fundó en 1909 la Liga Nacional de Mujeres Librepensadoras con un programa de acción de seis puntos: 1. Derechos políticos para la mujer argentina o ciudadanizada; 2. Igualdad de derechos civiles y legales para ambos sexos; 3. Divorcio absoluto; 4. Educación mixta laica, igual para ambos sexos; 5. Derechos del niño y del menor; 6. Dignificación del trabajo, supresión de la servidumbre (citado en Barrancos, 2002: 50).

Julieta inició, con la venia de su marido -recordemos que las mujeres eran incapaces, una disputa legal con el gobierno y consiguió un fallo sin precedentes por el cual obtuvo la ciudadanía y el reconocimiento del derecho al voto por aplicación de la Constitución. De esta manera, no sólo logro ser inscripta en el padrón sino que llegó a sufragar en las elecciones del 26 de noviembre de 1911 para el Concejo Deliberante de Buenos Aires (Valobra, 2008: 2).

Lanteri, puesto que la Ley Sáenz Peña construía el padrón electoral a partir de la realización de servicio militar, también solicitó ser admitida y así obtener los derechos políticos.

Palermo analiza en *“El sufragio femenino en el Congreso Nacional: ideologías de género y ciudadanía en la Argentina (1916-1955)”* los debates producidos a partir de propuestas en pro de los derechos políticos de las mujeres en el Congreso Nacional. Destaca la autora que en las discusiones se omitió la alusión a los reclamos del feminismo y que, al igual que lo había sido la Ley Sáenz Peña, se esperaba que el otorgamiento de los derechos políticos a la mujer fuese un instrumento para *“... consolidar los principios republicanos y desarrollar la conciencia cívica”*, antes que terminar con una práctica discriminatoria o simplemente fortalecer los derechos individuales de la mujer. Una de las cuestiones más notables que surgen del trabajo de Palermo es que la ideología de la domesticidad, así como tradicionalmente fundó la exclusión de la mujer de los ámbitos públicos, se vuelve para muchos de quienes participan en el debate el propio fundamento de la participación femenina, en su rol maternal (Palermo, 1998: 55). O sea que en esta etapa los supuestos atributos “femeninos” clásicos y estereotipados se vuelven importantes para consolidar el bienestar de la comunidad nacional: *“era importante sumar ‘a la mujer como fuerza moderadora y constructora del sentir nacional frente al conflicto social’”* (Palermo, 1998: 59-60). El voto femenino obligatorio y sin restricciones -frente a postura que sólo lo otorgaban a las alfabetas o las universitarias-ganó la mayoría en diputados en 1932 pero no se trató en el Senado.

La ley de sufragio femenino fue sancionada el 23 de septiembre de 1947 durante el primer gobierno de Perón y su tratamiento en la Cámara de diputados el 7 de septiembre suscitó tanto el apoyo de la mayoría peronista como de la primera minoría radical. El artículo 1º de la ley 13.010 establece *“Las mujeres argentinas tendrán los mismos derechos políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o imponen las leyes a los varones argentinos”*.

Existen múltiples y disímiles interpretaciones del porqué de la sanción en este momento. Por una parte debe considerarse el contexto histórico de la posguerra. En los países que participaron en la contienda durante la Segunda Guerra Mundial el trabajo de las mujeres había crecido en alta escala a partir de la concurrencia de los hombres al frente de batalla. También, como preludio de lo que sería la conformación de la Organización de las Naciones Unidas en 1948, se habían comenzado a suscribir compromisos externos en materias vinculadas a la concreción de derechos fundamentales. Es así que la Argentina suscribe las Actas de Chapultepec, donde asume el compromiso de garantizar los derechos cívicos de la mujer.

Por otra parte, si bien con puntos altos y bajos, el sufragismo sigue desarrollándose en la Argentina y en el Mundo.

En octubre de 1944, había sido Juan Domingo Perón quien creara la División de Trabajo y Asistencia de la Mujer dependiente de la Dirección General de Trabajo y Acción Social Directa, siendo la primera vez que el Estado Argentino asumía los derechos femeninos como una reivindicación propia (Valobra, 2008: 7).

Lo cierto es que la conquista del sufragio se dio en esta etapa de la mano de un gobierno de fuerte arraigo popular. Esta característica llevó, junto con las estrategias desplegadas para consolidar el poder por parte del peronismo, a una invisibilización de las luchas feministas anteriores. Para Palermo *“... la especificidad del discurso peronista sobre los derechos políticos de la mujer radica en el modo en que recuperó y redefinió elementos propios del feminismo materialista al incorporarlos a la retórica feminista”* (71).

Sostiene Mallimaci (2007) que

“El peronismo disloca en parte el modelo nacionalista y católico en lo referido a los derechos de las mujeres... La ley de participación política de la mujer posee diversas vertientes. Para el peronismo es parte de la igualdad de las personas como lo proclama la doctrina social de la Iglesia, forma parte de su rol maternal y responsabilidad familiar al interior de la comunidad nacional y expresa como -Eva Perón- la ciudadana leal al Pueblo y a Perón. Pero también insiste -y en esto toma distancia del discurso católico- en la explotación que sufren las mujeres en su doble condición de trabajadoras dentro y fuera del hogar. Por tal motivo propondrá una avanzada legislación para mujeres y madres trabajadoras”.

Podría decirse entonces que la crítica más fuerte que puede hacerse al peronismo en esta cuestión es el mantenimiento de roles sociales establecidos para el hombre y la mujer en función de diferencias biológicas: el estereotipo de la madre abnegada y desinteresada se lleva al ámbito público y la inserción más fuerte de la mujer en la política se da a través de la acción social. La otra cara del peronismo es la crítica a los propios fundamentos de la exclusión y la subordinación de la mujer: fue el peronismo el que destacó el rol de la mujer como trabajadora: no sólo en la industria sino también en el hogar. Una lógica contradictoria en la que por un lado la mujer extiende su rol maternal al ámbito público y por otro lado se reconoce que el ámbito privado está plagado de injusticias.

No puede omitirse el papel desempeñado por María Eva Duarte de Perón, esposa del líder, que representa el modelo de la mujer que se construye a partir de su trabajo. Hija bastarda, sin instrucción, joven, carismática, vehemente, desempeña un rol que en el imaginario popular llega en ocasiones a eclipsar la figura del líder político. En sus encendidos discursos también visibilizó esta doble victimización de la mujer, en el hogar y en el trabajo.

La ley 13.010 significó la incorporación de 4.225.467 mujeres al padrón electoral, que representaban el 48% del total del mismo. La primera oportunidad en que las mujeres participan activamente de los comicios a nivel nacional se da el 11 de noviembre de 1951 (no participan de la constituyente de 1949), cuya presencia supera en cuatro puntos a la de los hombres (Mansilla, 2003).

La figura de Eva Perón es clave para la integración de la mujer al Partido Justicialista, donde la rama femenina estaba bajo su conducción y participaba con el 33% de los cargos electivos. En las elecciones de los dos períodos del éxito electoral del peronismo es determinante en el incremento del número de legisladoras. Las mujeres diputadas lograron el 15.5% de la bancas, en tanto en 1955 representaron el 22% del cuerpo (Mansilla, 2003).

La proscripción del peronismo entre 1955 y 1973 determinará una declinación importante de la participación femenina hasta la sanción de la Ley de Cupo Femenino en 1991 (1).

II. C. La aniquilación absoluta de los derechos y el protagonismo de las mujeres

El ciclo de golpes militares que asoló a la Argentina durante el siglo pasado tuvo su última y más trágica manifestación en el iniciado el 24 de marzo de 1976. Fue frente a las inconmensurables atrocidades de esta dictadura que las mujeres hicieron escuchar su voz.

En la lucha contra la dictadura y en pos de la recuperación de la democracia, no puede dejar de resaltarse el papel central de las mujeres, fundamentalmente a través de las Asociaciones Madres y Abuelas de Plaza de Mayo.

La irrupción de las mujeres en el ámbito público transformó ese espacio a partir de una lucha ciudadana que atravesaba todas las clases sociales porque el punto de reunión tenía que ver con la búsqueda de los hijos, de los nietos, de la justicia.

Las madres y abuelas ocuparon el espacio de la política, la plaza de Mayo y tomaron de ahí su nombre. Dijeron “acá estamos” levantando una reivindicación ética, el respeto de la vida: *vamos a pedir por la vida de nuestros hijos, vamos a recuperar el espacio de la manifestación para decir que hay ciertas cosas que se tienen que terminar, vamos a reclamar justicia siempre*. Esos imperativos de las que fueron catalogadas como “locas de la Plaza” son los que hoy se hallan presentes en la democracia, son los imperativos globales reconocidos en los tratados de Derechos Humanos.

(1) Debemos hacer un apartado para señalar que la capacidad jurídica plena de la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado civil, fue consagrada el 22 de abril de 1968 por el Decreto Ley 17.711, suscripto por el entonces presidente de facto Juan Carlos Onganía. La ciudadanía tuvo conocimiento de las reformas introducidas al día siguiente por el discurso del Dr. Guillermo Borda, Ministro de Interior del régimen, emitido en cadena nacional. Sobre el punto y los proyectos de modificación anteriores al código respecto de los derechos de las mujeres véase Giordano, 2008.

Pero a pesar del relevante rol que cumplieron las mujeres en la oposición a la dictadura y en la transición a la democracia, y de que su participación fue masiva en la política una vez instalado el gobierno democrático el 10 de diciembre de 1983, este hecho no se tradujo en la participación en puestos de decisión.

II. D. Democracia, cupo femenino y Constitución

A partir del retorno democrático se produjo un cambio en las mujeres políticas. Si los hombres habían ignorado en los debates concernientes el derecho al sufragio de las mujeres, la lucha llevada adelante por los movimientos feministas y sufragistas, las mujeres políticas adquirieron en la reciente democracia una conciencia de género que hicieron pública.

Las mujeres políticas se visualizaron a sí mismas como grupo, feminizándose, tomando conciencia de la pertenencia al género femenino a pesar de las diferentes ideologías, lo que se tradujo en una visibilización más profunda de la discriminación que permitió profundizar el análisis de sus causas y de las posibilidades de su remoción.

La discriminación de la mujer en la política era muy profunda: en 1988 constituían el 48 por ciento de las afiliadas a los partidos políticos y en 1991 eran el 51 por ciento del electorado pero sólo ocupaban el 3 por ciento de las bancas del Congreso.

Debemos destacar que en términos de representación política femenina el sufragio femenino fue el último antecedente hasta la sanción de ley 24.012, llamada ley de cupos.

El primer proyecto de la ley de cupos fue presentado en 1989 por la radical Margarita Malharro de Torres. Luego, ese mismo año, un conjunto de legisladoras de distintos bloques presentó un proyecto según el cual las listas no podían contener más de un 70 por ciento de personas del mismo sexo, debiendo ubicarse cada 2 candidatos de un mismo sexo uno del otro, alternando desde el primer lugar de la lista.

La sanción de esta ley (el 6 de noviembre de 1991) modificó el Código Nacional Electoral en su artículo 60, estableciendo la obligación de incluir un 30% de mujeres como mínimo en las listas de candidatos a cargos electivos y en proporciones con posibilidades de resultar electas. La ley establece que de no cumplirse con este requisito no se oficializará la lista.

Esta ley instituye lo que se denomina una acción positiva, término que engloba al conjunto de medidas diseñadas y aplicadas para corregir una situación de discriminación de un colectivo social por su condición sexual, de etnia, raza o religión.

Las medidas de acción positiva constituyen una excepción al principio general de trato igual, por lo que deben justificarse con criterios de objetividad y proporcionalidad y ser aplicadas estrictamente en el caso concreto (presupuestos de hecho y de derecho que las justifican). Por ello se trata de medidas de carácter temporal que se implementan en ámbitos y periodos específicos. Al respecto la Convención Contra la Discriminación de la Mujer establece en su artículo 4º: *“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención...”*

Sus objetivos se encaminan al logro de la igualdad real o de oportunidades en los distintos ámbitos de la sociedad, igualando puntos de partida, y requieren una conducta de dar o hacer por parte del Estado. Procuran actuar sobre las causas que impiden el acceso a los derechos fundamentales de los sectores desaventajados, tratando de modificar las mismas a través de la eliminación de los tratos discriminatorios.

La constitucionalidad de este tipo de medidas positivas “de resultado”, que debe interpretarse a la luz del artículo 4º de la CEDAW (Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women), fue cuestionada sobre la base del principio de igualdad formal ante la ley y defendido desde la base de la igualdad real.

Su reconocimiento en la Constitución de 1994 eliminó la posibilidad de que la ley de cupo no fuera considerada de orden público, como la habían interpretado algunos jueces electorales durante los primeros años de su vigencia.

En 1994 la discriminación política de la mujer era aún muy fuerte. En la Convención Nacional Constituyente se señaló que para las elecciones de 1991 el 70 por ciento de la población argentina (distritos de la Capital Federal y las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y Entre Ríos) eligió sólo a dos diputadas nacionales, mientras que el total en todo el país alcanzó apenas a cinco.

La convencional Lipszyc señala en el debate que:

“... en la Cámara de Diputados de la Nación actualmente hay sólo 34 señoras diputadas sobre un total de 257 miembros. Estamos en el mismo nivel que en 1955, con la diferencia de que en aquella época el cuerpo estaba integrado por 154 miembros. Esto implica que la proporción actual es de un 13 por ciento en tanto que en 1955 era de un 25 por ciento”

El texto de la Constitución a partir de 1994 cambia sustancialmente la concepción del derecho a la igualdad de su formulación originaria.

Ya señalamos que la Constitución de 1853, como exponente de su época, estableció la igualdad jurídica al consagrar que “... todos los habitantes son iguales ante la ley...”, pero la concepción de ciudadanía que surge del artículo 16 es formal y abstracta. Esta “imparcialidad de trato” por parte del Estado hacia los particulares no da cuenta de concepciones culturales excluyentes que afectan a distintos grupos y se reflejan en el acceso a los derechos.

La Constitución reformada consagra la idea de igualdad sustancial o real de oportunidades, a la vez que eleva a la jerarquía constitucional a determinados instrumentos de protección de los derechos humanos que contemplan estas medidas (art. 75 inc. 22).

La actual Constitución establece el principio de igualdad real entre varones y mujeres en el acceso a los cargos electivos y partidarios (Art. 37 “... *La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral*”); el principio de igualdad real de oportunidades y trato en general en el artículo 75 inc. 23; y establece en ambos a las acciones positivas como medio para su garantía. Por otra parte, como cláusula transitoria segunda, se dispuso que las acciones positivas a adoptar en el futuro no pudieran ser inferiores a las vigentes, imponiendo una barrera constitucional a la disminución de las cuotas mínimas de la ley 24.012.

La noción de igualdad real de oportunidades apunta a morigerar las diferencias en el punto de partida rechazando diferencias fundadas en cuestiones de riqueza, etnia, sexo, género y poder, que son gravitantes para que unos individuos adquieran posiciones favorables sobre otros dentro de la sociedad.

Esta igualdad plebeya, la igualdad de los realmente iguales no desconoce el concepto de igualdad formal sino que lo califica de insuficiente y por tanto lo matiza, obligándose el Estado a actuar con medidas concretas para remover los obstáculos fácticos que impiden la igualdad de posibilidades de todas las personas de desarrollarse íntegramente.

Para esta concepción de la igualdad las acciones positivas se vuelven indispensables para transformar la retórica del derecho internacional de los derechos humanos en normas efectivas que garanticen su cumplimiento.

Resuelta por los propios constituyentes la constitucionalidad y el carácter de orden público de estas acciones, la legislación ha avanzado en la incorporación de estas medidas en otros ámbitos, como el sindical (2) aunque no han tenido éxito proyectos tendientes a la ampliación de las acciones positivas al ámbito judicial o de la administración pública.

(2) En 2002 se sancionó la ley de cupo sindical femenino 25.674 modificatoria de la ley 23.551, que establece la participación paritaria de los trabajadores y trabajadoras en la vida interna sindical, la obligatoriedad de incorporar un treinta por ciento de mujeres como mínimo en las listas para los procesos electorales internos, en todos los

Por su parte, la actual reglamentación de la ley de cuotas (Decreto 1246/00 derogatorio del Decreto 379/93) es más adecuada y resuelve blancos interpretativos de esta. El art. 2º dispone: *“El treinta por ciento de los cargos a integrarse por mujeres, según lo prescripto por la ley 24.012, es una cantidad mínima. En los casos en que la aplicación matemática de este porcentaje determinare fracciones menores a la unidad, el concepto de cantidad mínima será la unidad superior...”* El decreto también establece expresamente que el cupo se aplica a la totalidad de los cargos electivos nacionales (diputados, senadores y constituyentes); que el porcentaje se aplica a la totalidad de candidatos de las listas, pero también al número de cargos que cada partido o alianza renueva; que si un partido o alianza se presenta a elección por primera vez el primer candidato puede ser varón o mujer, pero el segundo no puede ser del mismo sexo; que nunca puede haber tres personas seguidas del mismo sexo en las listas; que cualquier ciudadano de cualquier distrito tiene legitimidad activa para reclamar el cumplimiento de la ley 24.012.

En el plano judicial estas medidas se han aplicado al ámbito privado, como en “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo SA s/amparo” (3), donde se sostuvo que es obligación adoptar medidas judiciales para garantizar el pleno goce igualitario de los derechos humanos, las cuales no necesitan un desarrollo legislativo previo.

En vísperas del Bicentenario de la Revolución de Mayo la presidencia de la Nación Argentina es ocupada por primera vez por una mujer que fue electa para ocupar ese cargo, pero pese a la importante significación que ello tiene desde lo cultural y, a pesar de la ley de cupos, la discriminación hacia la mujer sigue presente y se manifiesta a través de incumplimientos tanto de la ley de cupos nacional así como en las restantes provincias que la contemplan en su legislación (la mayoría). Es aquí cuando se vuelve más relevante desde el estado el rol del Poder Judicial así como la comunión de las mujeres, y de las mujeres políticas, frente a estos incumplimientos.

III. Conclusiones

La participación de las mujeres en el ámbito público y en la política tiene una significación trascendente para el desarrollo de la ciudadanía y la democracia.

Las consagraciones normativas, producto de largas luchas, que reconocieron primero el derecho al sufragio y luego las acciones afirmativas son justas pero insuficientes para acelerar los cambios culturales.

La mayoría de las mujeres no son políticas, no tienen poder y muchas de ellas son sus víctimas (Lapalma, 2009), sobre todo cuando a su condición de mujer se le suma la pertenencia a otro grupo discriminado y excluido, como las mujeres migrantes, las trabajadoras sexuales, las pobres, las madres del paco, las víctimas de la violencia familiar, las víctimas de la violencia sexual, etc.

Su participación política se vuelve una necesidad para mejorar la vida y el ejercicio de los derechos de las mujeres y de la sociedad toda. Las medidas afirmativas implementadas les otorgan también la posibilidad de ser la voz y de viabilizar en favor de otros grupos desfavorecidos o discriminados, la sanción de este tipo de medidas. En este sentido, el Bicentenario, haciéndonos mirar hacia atrás, nos lleva también a ver la colonización de América y las violaciones a los derechos de los pueblos originarios. Nos impulsa a revisar las ideas de “pueblo homogéneo nacional” que las elites y el Estado a través del sistema educativo construyeron sobre la falsedad y la negación de la verdad histórica.

La reforma constitucional de 1994 modificó la ideología de nuestra Constitución en lo que respecta a la igualdad, pasando de una igualdad formal a una igualdad sustancial, a una igualdad plebeya.

niveles de organización sindical y tanto para los órganos de conducción y representación como para la conformación de las unidades de negociación colectiva.

(3) Algunos fallos han contemplado este tipo de medidas para otros grupos desaventajados pero el tema excede el objeto de esta ponencia.

La redefinición del espacio de lo público y lo privado ampliará los márgenes de la democracia, pero la responsabilidad involucra no sólo al Estado, sino que exige a la sociedad civil reclamar activamente la vigencia plena de sus derechos.

Por eso proponemos reivindicar la igualdad de trato frente a la igualdad formal, reivindicar e impulsar la existencia de medidas de acción afirmativa destinadas a procurar la participación de las mujeres en la política y a reconocer que lo que sucede en el ámbito privado también es una manifestación de estado de la democracia. Finalmente, estudiar los mecanismos que permitirían impulsar estas acciones en favor de otros grupos desaventajados y discriminados.

IV. Bibliografía

- ANSALDI, Waldo. "Crear al sufragante: la universalización masculina de la ciudadanía política. La reforma electoral de 1912", en *Anales, Nueva Época*, 2, Suecia, 1999, págs. 1/35.
- BARRANCOS, Dora. *Inclusión / Exclusión. Historia con mujeres*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.
- BARRANCOS, Dora. *Mujeres en la sociedad argentina: una historia de cinco siglos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2007.
- BOHÓRQUEZ, Carmen, "La mujer indígena y la colonización de la erótica en América Latina", Año 2, N° 2. En <http://www.cricyt.edu.ar/estudios/fautores.htm>
- GIORDANO, Verónica. "La legislación sobre la mujer en Argentina y Brasil 1960s-1990s. Continuidades y permanencias de las dictaduras a las democracias", en Waldo Ansaldi (director), *La democracia en América Latina, un barco a la deriva*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, págs. 469/490.
- LAPALMA, María Monserrat. "Derecho a ser elegidas o el cupo femenino". Ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Derecho Político "Crisis Global e Instituciones Políticas", Asociación Argentina de Derecho Político, Catamarca 23, 24 y 25 de septiembre de 2009, Facultad de Derecho, UNC, 2009.
- MALLIMACI, Fortunato. "Los derechos humanos y la ciudadanía como matriz de análisis social" en *Una historia social del Siglo XX*, EDHASA, Buenos Aires, 2007.
- PALERMO, Silvina. "El sufragio femenino en el Congreso Nacional: ideologías de género y ciudadanía en la Argentina (1916-1955)", en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana*, Tercera Serie, N° 16 y 17, 1997/8, págs. 151/178.
- VALOBRA, Adriana. "Sufragismo, feminismo y mujeres en los partidos políticos en la Argentina de la primera mitad del siglo XX", en Ammis, Bretagne, France, 2009. ♦

La sobredeterminación del discurso jurídico en materia de derechos sociales y derechos humanos

POR **FEDERICO SAGGESE** (*)

Sumario: I. Introducción. II. Discurso hegemónico y discurso ausente (o lo que se dice y lo que se calla). III. Razonamiento jurídico ¿pensamiento circular? IV. La sobredeterminación del discurso jurídico en materia de Derechos Sociales y Derechos Humanos. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

Resumen:

En el presente artículo se aborda, resumidamente, la temática de la conformación del discurso jurídico, particularmente en materia de Derechos Sociales (entendidos como parte integrante de los Derechos Humanos), con el objetivo de indagar en las verdaderas fuentes de los conceptos normativos, su legitimidad y su pretendida racionalidad organizadora. Al respecto se plantean cuestionamientos desde un pensamiento crítico y dialéctico, que retomando ideas del realismo jurídico y de las escuelas críticas de derecho, pretenden deconstruir los conceptos más difundidos (y poco discutidos) del modelo discursivo dominante.

Palabras Claves: Discurso jurídico. Derechos Sociales. Derechos Humanos.

The overdetermination of legal speech in matter of social and human rights

Abstract

This article deals briefly the subject that satisfies the legal speech, particularly in social rights (understands as human rights), with the objective of investigate in the sources of rules, their legitimacy and their organized rationalist. In this regard is set out questioning from a dialect and critical, taking up again ideas of legal realism and critics schools of law, pretends construct the concepts more disseminate (and less discuss) of dominant discursive model.

Keywords: Jurist speech. Social rights. Human Rights

“No lográndose que lo que es justo sea fuerte, se ha logrado que lo que es fuerte sea justo.”

Blaise Pascal

I. Introducción

Cuando uno camina por el centro de la ciudad descubre cosas que a menudo pasan desapercibidas. Obviamente, si pretendemos hacerlo concientemente, deberemos abrir nuestra mente y, principalmente, despojarnos de algunos prejuicios, principalmente ideológicos. (Luego retomaremos este aspecto).

Pues bien, ¿qué es lo que observamos al caminar por las calles más pobladas de una ciudad como La Plata o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?

Dejando de lado, por el momento los arreglos florales y las ocurrentes invenciones publicitarias, estaremos en presencia de un paisaje desolador: niños y ancianos pidiendo limosna en cada esquina, jóvenes ofreciendo forzosamente lavar y cuidar los coches, mujeres pidiendo ayuda para los niños nacidos con HIV, manifestaciones sociales de desocupados solicitando trabajo genuino, trabajadores despedidos movilizados, etcétera.

(*) Docente de la Cátedra I de Derecho Constitucional; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP.

Sin duda, a la mayoría de nosotros nos conmoverán todas o al menos algunas de estas fotografías urbanas. Y cada uno ensayará su respuesta justificatoria: “pobre gente”, “que desgracia”, “este país no cambia más”, “se nota que somos del tercer mundo” y aún algunos soltarán una clasista “no trabajan porque no quieren”.

Lo que quiero destacar de estas situaciones retratadas tiene que ver entonces con el discurso. No sólo con las frases que recién copiamos, sino con el discurso dominante, particularmente con la sobredeterminación del discurso jurídico.

La pobreza extrema reflejada sin ambages en las instantáneas mencionadas no pareciera tener un sentido jurídico. Claro, me dirán ustedes, es una “realidad social o económica”, no una realidad jurídica.

Yo diría, más bien, es una realidad social y económica, claro está. Pero también es una realidad jurídica, política y hasta filosófica.

Veamos: la situación que graficamos no extrañaría en lo más mínimo en un Estado que no fuera de Derecho, por resumir, una dictadura o un Estado Totalitario, desvinculado totalmente del ejercicio de la soberanía popular.

Sí resulta chocante y aún inexplicable en un Estado Social de Derecho como pretende ser nuestro país.

Y entonces, ¿qué es lo que sucede?

Por lo pronto, digamos que una de las explicaciones viene de la mano, precisamente, de la cuestión discursiva.

El derecho es uno de los discursos con mayor impacto en la realidad social (discurso normativo), luego de la política, claro está (*discurso máximo*). Al menos esto será así para quienes crean que la política y el derecho no son la misma cosa, o al menos, parte de lo mismo. Aclaro que yo, en esta materia, tengo mis dudas.

Yendo ahora al punto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, se estará de acuerdo con que resulta casi ofensivo para quienes esto leen insistir con que los Derechos a la Salud, a la Educación, a la Vivienda Digna, las libertades políticas, a la Vida y a la igualdad real de oportunidades se encuentran específicamente regulados en nuestras Constituciones Nacional y provinciales, con toda claridad y contundencia.

Entonces ¿Qué es lo que obsta su cumplimiento?

De seguro, esta pregunta ya nos la habremos formulado varias veces, de hecho se ha escrito mucho acerca del tema.

Dejando entonces de lado estas cuestiones, que podrán buscarse en sus respectivas publicaciones (1) en lo que nos centraremos hoy es en el conflicto discursivo que provocan tales normas.

II. Discurso hegemónico y discurso ausente (o lo que se dice y lo que se calla)

Que en el campo cultural, y dentro de él, en el campo jurídico particularmente, las relaciones de poder son funciones omnipresentes, incluso para quienes no quieran saber que lo sufren o, aún, que lo ejercen, es algo de lo que ya hemos sido advertidos (2).

(1) Ver, entre muchos: ABRAMOVICH-COURTIS, 2004; WALDRON, Jeremy, 2000; DWORKIN, Ronald, 1984; SEN, Amartya, 2002; FERRAJOLI, Luigi, 2001; y nosotros mismos en SAGGESE, Federico, 2009.

(2) Con particular dedicación se ha ocupado de esta temática BOURDIEU, si bien es algo que atraviesa toda su obra, puede consultarse al efecto BOURDIEU, Pierre, 1981 y del mismo autor, 2001, cap. II “Sobre el Poder Simbólico”. Desde otra concepción, puede verse, asimismo, FOUCAULT, Michel, 1991.

Por lo tanto, que el *derecho es un discurso* (3) –y como tal, parte del juego del poder– es algo que no debiéramos desconocer, aunque sea notable que no se lo enseña desde este ángulo en las Facultades de Derecho, lo cual es cierto. Y esto tiene su propia explicación, muy vinculada –por cierto– al mantenimiento de las “reglas de juego”.

En efecto: el derecho no es, como sabemos, sólo norma, conjunto de reglas. Esto es únicamente una parte del discurso (v.g.: los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, las constituciones, las leyes). De hecho, podríamos asegurar que la mayor parte del discurso jurídico yace fuera de los enunciados normativos, está vivo y fluctuante en su interpretación, en su aplicación y en su enseñanza en los distintos ámbitos.

La teoría y el análisis de los discursos han tenido grandes maestros, que han dedicado gran parte de su obra al tema (4). Tomaremos por ello, algunos de los conceptos que consideramos centrales de aquellos grandes pensadores, para proveernos de un marco teórico compatible con el análisis crítico que proponemos en estas líneas.

Creemos que el *discurso jurídico formalista* que considera al Derecho como un mero sistema de normas autónomas –con mayor o menor sistematicidad– y sin lagunas, del cual siempre es posible deducir cuál es la ley aplicable al caso concreto, ha sido superado hace muchos años, con la entrada en escena de la doctrina del realismo jurídico de Jerome Frank, Benjamín Cardozo, etcétera (Cueto Rúa, 1997). No nos detendremos en su examen, puesto que lo consideramos innecesario.

A partir de allí, resulta claro que tanto la tarea de los jueces como la de los profesores de derecho (y del intérprete del Derecho en general) no es mecánica, neutral ni objetiva (5). El discurso jurídico se ve por primera vez como “retórica jurídica” (Aristóteles, I y II) (6), carente de validez en el plano de la fundamentación.

Ahora bien, si parecía estar surgiendo un nuevo paradigma científico en materia de teoría jurídica y razonamiento práctico, ¿qué pasó luego?

Pasó lo que era previsible, el discurso liberal de los derechos, ante la sentida ofensiva de un “contra-discurso”, en sus distintas vertientes, inició un proceso de “reconstrucción” teórica, agregando fundamentos filosóficos, morales y aún políticos a la ya desacreditada “racionalidad jurídica”. Quizás sean en este punto John Rawls y Ronald Dworkin los más significativos –y auténticos– de los autores.

Para entender cómo opera en concreto este discurrir, podemos distinguir con Bourdieu, al menos dos fuerzas de interpretación de la ley (o de manipulación significativa), que se reparten el trabajo en la lucha por la “dominación simbólica”. Por un lado la ejercida desde el ámbito académico (“juristas” o profesores de derecho) y, por el otro, el de los magistrados (7). Los combates por la hegemonía de la

(3) Son varias y variadas las conceptualizaciones que se han esbozado del término “discurso” y sus implicancias. Bástenos aquí aclarar que utilizamos un concepto amplio, que incluye no sólo el lenguaje sino también, estructuras culturales, ideologías, hechos y prácticas sociales. Véase, por ejemplo, FOUCAULT, Michel (1996, 7), donde el autor expresa: “El discurso es ese conjunto regular de hechos lingüísticos en determinado nivel, y polémicos y estratégicos en otro”.

(4) Por sólo nombrar algunos de los fundamentales, citaremos a FOUCAULT, Michel; BOURDIEU, Pierre; HABERMAS, Jürgen; CHOMSKY, Noam; BARTHES, Roland; ALTHUSSER, Louis; POPPER, KARL.

(5) Resulta interesante en este punto, lo dicho por COHEN respecto del razonamiento circular que implica generalmente el razonamiento jurídico, demostrado en el siguiente ejemplo: “La proposición de que una ley es inconstitucional porque priva a las personas de la propiedad sin debido proceso legal sería científicamente útil si ‘propiedad’ y ‘debido proceso’ fuesen definidos en términos no jurídicos; de otro modo tal enunciado obstruye simplemente el estudio de los hechos relevantes” (COHEN, 1962, 46/47).

(6) Entendida, desde antiguo, como la facultad de considerar para cada caso lo que puede ser convincente (ARISTOTELES, capítulos 1 y 2).

(7) BOURDIEU, 2001, cap. V.

significación real del derecho, entonces, pueden producirse entre un grupo y otro, o dentro de distintas facciones que trascienden al grupo.

Nosotros agregaríamos, sin ánimo de desarrollar aquí el punto, el ejercicio discursivo que se efectúa directamente en el campo político, a través de funcionarios públicos, periodistas, legisladores y arco opositor, quienes desde un lenguaje desprendido de ciertas asepsias del vocabulario técnico, suelen influir (o al menos pretenden hacerlo) en la asimilación simbólica de los significados jurídicos en la población. Circunstancia que se verifica principalmente a partir de la intervención de sus agentes en programas televisivos y periódicos, cuando no través del peso editorial de distintos medios (y multimedios) de comunicación masiva (8).

Este último fenómeno posee, en principio, aspectos positivos y negativos. En el primer caso, está claro que verifica en los hechos una suerte de democratización del debate, en cuanto amplía el número de personas que intervienen en la discusión (más allá de los jueces y los “juristas”). Pero también esta misma razón es la que nos distrae del discurso subyacente, puesto que –en definitiva– las voces que se escuchan o se hacen escuchar continúan siendo objeto de una selección excluyente, que quita de escena al discurso ausente.

Perfilándose entonces la cuestión como una temática compleja, y por tanto, no pasible de estudio bajo las exclusivas premisas de las formulaciones jurídicas, es que utilizamos aquí el concepto de “sobredeterminación”, que ha sido incorporado fundamentalmente por Althusser, en un sentido que refleja la existencia de una determinación múltiple de las prácticas sociales, o una “autonomía relativa” (Althusser, 1993, 93) de la realidad social. En tal sentido, extrapolando este concepto propio de las ciencias sociales al campo jurídico, tenemos una herramienta nueva para pensar al Derecho, como una deriva de mutuas determinaciones y representaciones entre lo económico, lo político y lo ideológico.

En dicho contexto, estas mismas palabras constituyen una referencia del discurso ausente.

Enfoquemos entonces nuestra atención, primeramente, en algunas cuestiones vinculadas con las características generales del discurso jurídico, para pasar luego a un resumido análisis de su particularidad en el plano de los derechos sociales.

III. Razonamiento jurídico ¿pensamiento circular?

Como descubrió Marx, las ideas de las clases dominantes tienden a ser las ideas dominantes en cualquier sociedad (circunstancia que se evidencia, entre otras cosas, en la composición del lenguaje y su funcionalidad) (9). Cuando dominan el campo de batalla los gerentes de empresa (cualquiera sea el rubro), fácil es imaginarse hacia dónde se dirigen los discursos que invaden cada porción de la realidad y, claramente, de la ciencia.

Ahora bien, esta relación principal de poder –con su inmanente carácter dinámico-atomizante– precisa de ciertas estructuras intelectuales y discursivas que permitan que determinadas ideas (y prácticas) se presenten como legítimas.

De allí que el dogma básico del liberalismo siempre haya sido la creencia en el poder de la razón individual y en la racionalidad del hombre. La discusión y la argumentación racional, el intercambio de opiniones individuales, ha sido visto históricamente por esta posición como el *medio seguro* de hallar la respuesta a cualquier problema; y, dado que los hombres son seres racionales, las dificultades se podían resolver mediante la discusión, no con luchas (CARR, 1983, 19). El hombre colectivo actual,

(8) Ello ha podido verse últimamente en los resonantes casos de la “ley de medios audiovisuales”; la “disminución de la edad para la imputabilidad penal de los menores”; los conflictos jurídicos derivados de los “cortes de ruta”; la tenencia de estupefacientes para consumo personal y, al día de la fecha, en el proyecto de “reforma de los partidos políticos” de actual trámite parlamentario. Acerca de la estrategia agonal de este tipo de mecanismos discursivos por sobre el discurso jurídico formal, puede verse HOLMES, Stephen, en ELSTER, Jon/SLAGSTAD, Rune, 1999.

(9) Ver particularmente, entre toda su obra, La cuestión judía.

no comparte ninguna de esas creencias. Los problemas de las sociedades modernas, tan complejas y tan organizadas, parecieran ya no ser susceptibles de solucionarse por medio de la discusión y argumentación de individuos racionales: entonces, su gestión se confía a expertos en el tema concreto que se está discutiendo.

Tampoco parece que los conflictos políticos importantes puedan resolverse habitualmente por medio de discusiones: en la resolución de esos conflictos, con frecuencia la fuerza juega un papel tan importante como la razón, y aún más. Desde aquí que presenciemos luchas por el poder en todos los ámbitos en los cuales se toman decisiones. En la mayoría de ellos, por ende, de poco servirá contar con la *razón* (10).

Como sabemos, el discurso y la práctica del derecho no son ajenos a este tipo de enfrentamientos. Y, mal que nos pese, debemos saber que ningún posicionamiento técnico es inocente, ni banal. No es éste el lugar para acometer a un detenido examen del punto, simplemente digamos aquí que no todos coincidimos con el apotegma neokantiano de la *razón universal*, o de la fuerza de la razón en un sentido iluminista, que de manera innata predisponga a los seres humanos a buscar un consenso, y menos aún, a obtenerlo. En todo caso, será la concepción política la que determine las condiciones y contornos de la “naturaleza humana” de la cual hacen derivar, en definitiva, los *iusnaturalistas* (en todas sus variedades) el sustrato de los derechos humanos.

Por lo tanto, en nuestro modesto entender, los derechos tienen más que ver con “intereses” reales que con verdades universales de la razón.

De allí que no existan “teorías puras”, ni “datos técnicos”. Nada de esto parece cierto, tampoco real.

Con su agudeza habitual, Duncan Kennedy nos ha ilustrado en esta cuestión: “A veces el juez favorece más o menos arbitrariamente a una parte sobre la otra; a veces tira la toalla y balancea. La lección práctica para quien duda es que el tema en cuestión no puede ser resuelto sin recurrir a argumentos de política pública, lo que a la vez hace que la solución esté abierta a influencias ideológicas” (Kennedy, 2006, 66).

Los derechos subjetivos se asemejan más bien a un *discurso organizador* del Estado moderno. Observemos para ello que cualquier reivindicación social, para ser incuestionable ante el poder, debe ser “legal” (no necesariamente “legítima”). Se trata de una técnica muy peculiar, por medio de la cual, el control queda en manos del controlado (Kelsen, 1982, 148).

El que mejor argumenta o el que mejores razones esgrima, lamentablemente, no es quien se lleva el rédito en un conflicto de intereses. Esto lo sabemos, y si no, deberíamos empezar a notarlo ya mismo, sucede a nuestro alrededor cotidianamente. Si esto no fuera así, teniendo razón o siendo justa nuestra causa, mediante el uso de una argumentación correcta, estaría garantizado nuestro triunfo en cualquier ágora.

Como lo han expresado varios de los autores aquí citados, en la mayoría de los casos, pareciera ser el discurso el que determina la subjetividad, y no a la inversa.

La labor de racionalización del derecho –que lleva siglos de desarrollo, valga decirlo– le confiere una suerte de “eficacia simbólica” a toda acción jurídica (discurso, acto o norma), en tanto y en cuanto es desconocida (o negada) su arbitrariedad y, en consecuencia, es presentada como legítima (Bourdieu, 2001, 185).

En esta empresa, posee especial relevancia el recurso discursivo que reposa en la “jurisprudencia” o la “autoridad del precedente”. Si bien como es sabido, en nuestro sistema la fuerza vinculante del

(10) El debate sobre qué entendemos por “razón” en general, y en el ámbito jurídico en particular, es un tema apasionante, denso y largo. Por lo que dejaremos su análisis para otra oportunidad. Algunos autores, se refieren a ella como “pretensión de verdad” (HABERMAS, 1992) otros la consideran como “verdad”, por definición, de carácter unilateral (ZIZEK, 2004). Finalmente, un tratamiento global de la cuestión, y de los siete sentidos interpretativos que pueden encontrarse en tal concepto, puede verse en CORREAS, 2003.

precedente no es tan rígido como en el *stare decisis*, del sistema anglosajón, lo cierto es que no por ello deja de ser uno de los principales fundamentos racionales de que consta el discurso jurídico, particularmente el que tiene lugar a través de las sentencias judiciales.

La “*jurisprudencia*” es presentada por los autores, en general, como una verdadera *fuentes* del Derecho, en cuanto especie de regla que obliga –con mayor o menor atingencia– a atenerse a las decisiones judiciales anteriores, para decidir *jurídicamente* cada nuevo caso.

¿Puede pensarse un recurso más claro para reafirmar la autonomía y la especificidad del razonamiento y enjuiciamiento jurídico?

La técnica estratégica de recurrir entonces a la jurisprudencia como fundamento, sin dudas tiene la ventaja de construir algún tipo de previsibilidad (dentro de un límite, claro está), característica inmanente del pretendido *Derecho racional*, tan deseada en general por los abogados. A tal punto que el famoso juez Holmes se animó a proferir: “yo entiendo por ‘Derecho’ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos” (Holmes, 1975, 21). Como asimismo, a contribuir con los esquemas de la acción racional fundamental generalmente aceptados a partir de las categorías desarrolladas por Max Weber.

Sin embargo, no a fuerza de previsibilidad se deja de caer en la arbitrariedad. Es decir, si alguien persiste cotidianamente en cometer la misma falta, claramente se volverá un sujeto previsible –aunque cambien los contextos de comisión–, pero no por ello dejará de tener un accionar equivocado.

Por ello, este recurso tiene un problema grande. Recurre a argumentos jurídicos cuyo único sustento es haber sido pronunciados por un tribunal con anterioridad. Es así que, introduce como razón-fuerza un fundamento que tiene origen en sí mismo.

Por lo demás, todos los que hayamos pasado por los tribunales alguna vez, sabemos que un mismo precedente puede ser utilizado para decir cosas diametralmente opuestas. Aclaremos sin embargo, que esto no afecta en mayor medida la previsibilidad de los fallos, puesto que existe, como venimos diciendo un camino común por el cual circulan los decisorios: el sendero del discurso jurídico hegemónico. He ahí la principal garantía de “previsibilidad” del sistema.

▷ Deberíamos volver entonces al eje principal del discurso, esto es, la razón jurídica.

Dentro del discurso jurídico, suele estar ausente –más por argucias y estrategias que por inocencia o ignorancia– el develamiento del sustrato político que poseen las posiciones que se defienden desde uno y otro sector. Se trate del tema del que se trate.

Y esto constituye en nuestro entender, una de los principales motivos por los cuales el derecho se ve desplazado –en los hechos– por la política. Si el derecho niega su naturaleza política, se autoproclama, en un punto, “leve”, “liviano” o carente del suficiente peso como para dirimir una cuestión.

Pocos dudarán –probablemente– de que los debates atinentes al momento en que se inicia la vida (“desde la concepción” o desde el embarazo avanzado), a la extensión del derecho a la privacidad (v.g.: tenencia de estupefacientes para consumo personal), al carácter operativo o programático de ciertos derechos (puntualmente la mayoría de los derechos prestacionales), implican, en rigor, una toma de posición respecto a superación de antagonismos dialécticos, que sólo pueden ser sintetizados a partir de una “decisión política” (Saggese, 2004).

Pues bien, en nuestra consideración, la evasión del contenido político intrínseco a estos debates, implica que desde el inicio, la discusión esté “sucía”, sea tramposa y esconda a la mayoría de los intervinientes la verdadera sustancia de lo que se discute detrás de los términos pomposamente “jurídicos”.

Así, cuando vayamos ante un juez a exigir la protección de nuestros derechos humanos más básicos, por poner un caso, nuestro derecho a alimentar a nuestros hijos si no tenemos trabajo, veremos cómo comienza a funcionar todo el andamiaje de la racionalidad jurídica que da sustento al sistema.

Probablemente el magistrado aborde la solución como una simple operación lógica: dado una circunstancia (A) corresponde la aplicación de una norma (B) que, por caso, puede implicar una obligación para el Estado (O).

Si sucede A entonces B, ergo O.

Hasta aquí no veremos –en principio– ninguna problemática, puesto que la lógica es una importante herramienta tanto del discurso jurídico como de las sentencias judiciales, no hay nada de malo en ello.

Pero la cuestión comienza a ser discutible cuando el juez debe *describir* el hecho para ponerlo en circunstancia (A) para considerar la aplicación de la norma (B). En este caso, veremos que el juez recurre inevitablemente a un discurso para efectuar su descripción (11), es necesario un previo *acto de habla* para calificar lo sucedido con la figura descriptiva (A) (12). A partir de allí, la “subsunción” de A en B, y la eventual aplicación de O dependerá (también) de la argumentación utilizada por el magistrado para encuadrar la cuestión.

Vemos así, como en definitiva, “los hechos jurídicos son el producto de la construcción jurídica” (BOURDIEU, 2001, 191) -y no a la inversa-.

El defecto fundamental de esta suerte de silogismo (o pseudosilogismo) es, como expresa CORREAS, que tal argumentación no tiene nada de racional, sino que por el contrario, resultará siempre arbitraria (13).

La arbitrariedad del razonamiento jurídico permanece, sin embargo, oculta. No es difícil imaginarse porqué. Primero, por cuanto no constituye precisamente un “logro científico” del campo académico ni del campo cultural, sino más bien, su contrario. Y luego, y quizás sea éste el aspecto fundamental, porque la *eficacia simbólica* del discurso jurídico radica justamente en su reconocimiento por los mismos juristas –en primer término–, y –luego– por el común de los ciudadanos (Bourdieu, 2001, 210) (14). Es decir, que el hecho de que permanezca desconocida una porción más o menos amplia de tal arbitrariedad se constituye en una verdadera condición de legitimidad del discurso.

Aquí podríamos volver a citar a Holmes, para quien la noción de que la única fuerza operante *en el Derecho es la lógica, es una falacia*. Puesto que no existen medios aptos para realizar determinaciones con pretensión de validez universal. Lo cual lo lleva a afirmar: “es indignante que no pueda fundarse una regla de derecho en nada mejor que en el hecho de haber sido así establecida en tiempos de Enrique IV” (HOLMES, 1975, 28, 31 y 35).

En un estado de cosas como el descripto, la situación –si bien desesperante– no culmina en un punto ciego.

(11) En el caso del ejemplo anotado aquí, será el juez el que defina primero si el solicitante tiene o no una “necesidad”, luego, si tiene recursos para alimentarse a él o su familia, o bien si ha sido negligente en procurárselos, o bien, como ha acontecido en el conocido caso “Ramos” (Fallos: 325:396) de nuestra Corte Federal, si no existe una obligación civil de corte familiar que deba cubrir la situación de necesidad; o por qué no, hasta considerar que lo que en realidad sucede es que el personaje de nuestro ejemplo simplemente “no quiere trabajar”. Claro que aún podrá, en la etapa final del análisis, decir también que el Estado no está obligado a conceder ninguna prestación social.

(12) El sentido de las consideraciones lógicas utilizadas coincide con el utilizado por el Dr. OSCAR CORREAS, en su conferencia sobre “Razón, Retórica y Derecho. La relegitimación del Estado contemporáneo”, dada el 10 de noviembre de 2008, en el Colegio de Abogados de La Plata.

(13) No por ello –valga la aclaración– necesariamente injusta. El sentido utilizado aquí, propone la noción de “arbitrario” como “no racional”.

(14) El otro elemento fundamental de esta “eficacia simbólica” es, sin dudas, el ya referido “sello de universalidad” del razonamiento jurídico.

Si bien desde un costado rigurosamente crítico y filosóficamente adecuado, la CLS ha catalogado al Derecho y a la Educación Legal como instituciones que legitiman las injusticias sociales, denunciando que el razonamiento jurídico presenta a las normas del sistema como naturales, necesarias y justas, cuando frecuentemente no lo son (15). Podemos ir incluso más allá. Es decir, ser concientes de este primer aspecto, pero intentar enfrentar qué hacer con ello. Sin duda, ello constituye un tema espinoso y nada fácil de abordar.

En este punto las corrientes críticas se bifurcan. La mayoría de ellas no constituyen, sin embargo, una teoría, sino más bien una “denuncia”, basada en la experiencia de que la “retórica de los Derechos” no ha sido capaz de justificar objetivamente sus posiciones ni, por lo tanto, de proporcionar un criterio racional para decidir entre reclamos valorativos en conflicto (MILJIKER, 2006, 92).

Existen pues corrientes ideológicas que proponen una “deconstrucción” (16) del discurso jurídico, sin proponer una “reconstrucción” del mismo, bajo otras premisas.

Si entendemos, como venimos discuriendo, que también el “formalismo resurgente” del discurso jurídico constituye centralmente una *retórica, que consta de dos elementos (juicios de valor –subjetivos– y juicios fácticos –pretendidamente objetivos–)*, sabremos rápidamente que las cuestiones puramente valorativas no pueden ser resueltas de modo racional, ya que constituyen elecciones *arbitrarias* entre distintas “preferencias” (Kennedy, 2006).

Se me dirá seguramente, “pero cómo, ¿no existe acaso una moral universal, una razón universal, un derecho universal?”. Bueno, ahí está el problema precisamente. Bastantes y buenos autores, se han ocupado del tema, con mejores condiciones que las mías (17). Y al menos a mí me han convenido de que no existe tal cosa.

¿Y qué pasa entonces con los juicios fácticos?

La “*factoidicidad*” de los derechos ha sido advertida tempranamente por Kennedy, expresando que a partir de dicha característica, los derechos no serían enunciaciones tan vagas o discutibles como las puramente valorativas, por lo tanto –al remitir a una aparente mera “descripción” de los hechos en un contexto normativo– tendrían un nivel objetivo de concretización. Circunstancia ésta, a partir de la cual podría tenerse algún grado de “razón” respecto de los juicios de valor, en vez de tener simplemente “preferencias”, tales como “prefiero el chocolate al helado de crema”.

Está claro de todas formas, que como dijimos, ése acto de habla que constituye la descripción de los hechos, lejos está de ser una cuestión objetiva. Con lo cual todo el razonamiento posterior resultará afectado

Si bien algo ya hemos dicho, no necesitamos aquí explicitar que la proximidad de los intereses, la lógica inmanente de los textos jurídicos y la pertenencia a un mismo “sistema de disposiciones inconcientes producido por la interiorización de estructuras objetivas” (*habitus*) de los operadores del discurso jurídico favorecen la similitud de las visiones del mundo y, con ello, la repercusión concreta en las elecciones categoremáticas que se realizan en cada ámbito de aplicación del discurso dominante (18).

(15) Ver, entre otros estudios, Notas sobre la Historia de los Critical Legal Studies en los Estados Unidos, 25 *Themis* 103, Lima, 1993 (formato digital en <http://duncankennedy.net/topics/cls.html>). Asimismo, Doha, 11 (1993), pp. 283 y ss.

(16) Más allá de la polisemia de este concepto, según los diversos autores que lo utilizan, aquí preferimos simplificar su sentido para referirnos al acto de hacer caer el mito de la racionalidad de los argumentos basados en derechos.

(17) Claramente este es el punto neurálgico de la cuestión. Ver al respecto, entre muchos: KENNEDY, 2006; HOLMES, 1975; HABERMAS, 1998. Asimismo, en el plano del Derecho Administrativo, véase, GORDILLO, 2009, I).

(18) Sin perjuicio de volver más adelante sobre esta cuestión, remitimos al respecto al análisis efectuado por BOURDIEU, 2001, V.

IV. La sobredeterminación del discurso jurídico en materia de Derechos Sociales y Derechos Humanos

Los razonamientos por los que hemos transitado hasta aquí tienen, lógicamente, contornos específicos en la temática en cuestión.

Si bien existe una comunidad de aspectos en el discurso jurídico en general, cada rama del derecho –a modo de disciplina específica, con métodos, reglas, principios y construcciones propias– tendrá seguramente sus particulares elementos estructurantes.

Es así que la propia evolución del Derecho Social, desde su marginación histórica hasta su constitucionalización relativamente reciente (a partir de las por todos conocidas Constituciones de Querétaro de 1917 y Weimar en 1919) nos muestra, antes que nada, un discurso que aparece en una escena que ya era ocupada por otros discursos, típicamente el discurso jurídico liberal burgués arrastrado desde la Revolución Francesa.

A partir de este momento, entonces, sucede que el discurso jurídico se ha modificado sustancialmente en dos rumbos bien distintos.

El primero es la oposición clara entre *dogmas*, que podríamos llamar –resumiendo groseramente– *conservadurismo* y *progresismo*, en la cual podemos observar una bifurcación discursiva que a veces suele ser bastante clara a los ojos de un lector atento. Las teorías utilizadas y las decisiones jurisdiccionales aplicadas desde cada sector, si bien desiguales en volumen y peso social, se entrecruzan más o menos abiertamente en lo que constituye el “campo jurídico”.

Esta oposición de modelos de discurso se ha internacionalizado a partir del dictado de los denominados “pactos gemelos” de 1966 (19) y ha alimentado la dificultad de soluciones interpretativas para casos de colisión de derechos en nuestro sistema constitucional a partir de su inclusión entre los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

Desde otro lado, y precisamente como una consecuencia de esta última incorporación del discurso jurídico, advertimos –y con particular notoriedad en nuestro país en estos últimos años– la aparición en escena de un nuevo tipo de discurso en materia de derechos humanos en general. Tal el que se ha apropiado desde las propias posiciones de poder, de reivindicaciones sociales históricas, demandas de cambio que desde hace décadas son exigencia de los sectores sociales más postergados, los “condenados de la tierra” como los llamó Franz Fanon (1972), o bien los “grupos desaventajados” como gusta llamarlos y RAWLS y entre nosotros, Gargarella. Ellos son los trabajadores, los desocupados, los enfermos, los pobres estructurales, los pueblos originarios, las minorías “discretas e insulares”.

Y no sólo se lo ha apropiado, que no sería ninguna desventaja en cuanto fuera una apropiación legítima, por el contrario, sería lo “políticamente correcto”: que el Estado plasme en sus instrumentos normativos e instituciones sociales las demandas igualitarias en miras de una sociedad más justa. ¿quién podría discutir esto razonablemente?

Bueno, aquí está precisamente el problema, según lo vemos. Si compartimos la observación precedente, sabremos que la cuestión central consiste en para qué el sistema se lo ha apropiado:

Si bien el fenómeno es complejo, puesto que en la conformación de tal discurso intervienen numerosos agentes y mecanismos sobredeterminados, no todos con la misma finalidad, intuimos que el sentido que viene dado, al menos desde el poder político institucionalizado apunta a vaciarlo de contenido y volverlo fútil. O, al menos, demorar su ascenso hasta tanto opere una redistribución de competencias e influencias en el campo político-económico.

(19) Nos referimos claramente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Desgraciadamente el tiempo con el que contamos nos impide detenernos más en este aspecto, por lo que lo dejamos planteado para desarrollarlo en otra oportunidad.

Continuaremos entonces con esta breve caracterización del discurso jurídico en los derechos sociales.

En los caminos de la crítica del discurso (en general), se han denunciado varios “errores” o “manipulaciones” del campo científico –nosotros, claro está, sólo nos referiremos, y parcialmente, al jurídico, y dentro de él, específicamente a nuestro tema de hoy– por parte de los agentes dominantes en el terreno académico y judicial (20).

Uno de los ejemplos claros de “manejo” o “selectividad” del discurso técnico (o académico) se observa en las “definiciones operativas”, que son aquellas conceptualizaciones que, acotadas unilateralmente desde el inicio del abordaje, destruyen casi completamente (parcializando conciente o inconcientemente) el objeto mismo que intentan aprehender.

Conceptos tales como el de “obligación”, “contrato”, “derecho”, “prestación”, “recursos disponibles”, “responsabilidad internacional”, “autonomía personal” y tantos otros, pasan así a consistir en “recortes sobre el papel de lo que no está recortado en la realidad” (Bourdieu, 2001, 69), conformando uno de los mayores errores teóricos y empíricos de los que se tenga noticia dentro del campo intelectual.

Lo mismo sucede con las instituciones jurídicas que se refieren sólo a la protección de determinados bienes jurídicos. Tal es el “recorte” que se produce v.g. en el plano procedimental ¿Cuáles son los procesos judiciales en los que se dirimen los derechos sociales? Todos estamos al tanto de la inexistencia de normas procesales e instrumentos operativos adecuados para la defensa de este tipo de derechos, incluso por fuera de la vía judicial (21).

Otro condicionante de la legitimidad de los discursos jurídicos (que ya vimos en su aspecto general) está dado por la permanente recurrencia a posturas filosóficas que conciben el mundo social como un simple agregado de acciones realizadas por sujetos “de derecho”, racionales, iguales, libres, concientes de sus intereses y, por supuesto, capaces de arribar a consensos en prácticamente todas las situaciones de la vida. Esta es la conocida “*teoría de la acción racional*” derivada del pensamiento *kantiano* y *weberiano* y recogida entre otros por Rawls y Habermas, y a partir de allí –directa o indirectamente–, recogida por la mayoría de los autores y magistrados de nuestro ámbito.

Creemos que esto constituye sin embargo, quizás la manipulación más grave del discurso jurídico. Circunstancia que ha sido puesta en evidencia con lo que en el campo de la sociología se ha denominado “*habitus*” y que consiste, sintéticamente, en el sistema de disposiciones inconcientes –adquiridas por medio del aprendizaje implícito o explícito– producido por la interiorización de estructuras objetivas (Bourdieu, 2002, 118) (22). Resulta entonces muy importante tener en consideración este punto, puesto que constituye un aspecto central en materia de discurso jurídico, sin el cual no puede analizarse de modo legítimo ningún mecanismo de poder.

(20) Según BOURDIEU, esto constituye el “campo intelectual”: “... a la manera de un campo magnético, constituye un sistema de líneas de fuerza: los agentes o sistemas de agentes que forman parte de él pueden describirse como fuerzas que, al surgir, se oponen y agregan, confiriéndole su estructura específica en un momento dado del tiempo” (BOURDIEU, 2002, 10).

(21) Es claro que la referencia a un recurso legal implica, en muchos casos, el reconocimiento de una definición de las formas de reivindicación de intereses marginados que privilegia las luchas individuales en perjuicio de otras formas de lucha por los derechos. Por razones de tiempo y para evitar reiteraciones, remitimos al estudio de la cuestión que hicieramos en el ya citado, SAGGESE, 2009, secciones 3ra. y 4ta.

(22) El autor allí postula el “*habitus*” como principio unificador y generador de todas las prácticas sociales –incluidas, claro está, las académicas–. Expresa que “... como lugar geométrico de los determinismos objetivos y de las esperanzas subjetivas, el *habitus* tiende a producir prácticas (y en consecuencia carreras) objetivamente adherentes a las estructuras objetivas”.

De lo contrario, lo que sucede en la práctica es la continua reproducción sistémica de determinados enfoques intelectuales que, a manera de pensamiento hegemónico (y estratégico), absorben la mayoría –cuando no todos– los ámbitos propicios para el debate, anulando la posibilidad de toda crítica.

En tal sentido, algunos autores han advertido sobre la necesidad de detenerse a examinar el contenido de todos los discursos, incluso de aquellos que parecieran encaminarse a la protección ecuménica de los desprotegidos. Conforme a ello, es posible que con el “pretexto de la defensa de los derechos humanos”, lo que verdaderamente se esté haciendo es la apología de la sociedad que mantiene a la mitad de la población en situación de miseria absoluta, mientras algunos pocos gozan de los beneficios de una sociedad que reparte desigual y unilateralmente las riquezas sociales (Correas, 1993; Zizek, 2005).

Nadie podría desconfiar de un discurso que se presenta como abiertamente clasista y represivo. En el campo del discurso jurídico ello se muestra a las claras con las reformas penales y procesales que hacen hincapié v.g.: en el aumento de las penas o el avance de la imputabilidad respecto de los menores; persecución judicial de quienes recurren a la protesta social como último mecanismo para hacerse oír.

Este discurso puede ser arbitrario, injusto y aún (para algunos de nosotros al menos) incorrecto. Pero tiene –quizás como único aspecto positivo– la claridad del interlocutor detrás del discurso. Es casi evidente *quién* nos habla, y *desde dónde* nos habla.

No sucede lo mismo, en otros campos de la operación jurídica, donde la sobredeterminación del discurso hace más complejo el análisis. Y aún, impide obtener respuestas ciertas acerca de la verdadera orientación de las normas y el sentido interpretativo que debe darles cada “aplicador” del derecho.

¿Qué sucede entonces con el nuevo discurso que promueve la protección efectiva de los derechos sociales, en tanto derechos humanos?

Los “derechos humanos” (y dentro de ellos entendemos comprendidos a los DESC) pueden ser tanto lo que el Estado –y las facciones dominantes que marcan su agenda política– quieren que sean, o bien, lo contrario. Esto dependerá de distintos procesos, políticos, jurídicos, confrontativos y superadores, pero en lo que aquí nos interesa, fundamentalmente, de la posibilidad de que los “condenados del mundo” (o del país, en este caso) puedan efectivamente participar, en forma abierta y robusta, en el debate democrático, del cual el discurso jurídico es un importante capítulo (23).

Más allá de ello, y como una mera aproximación al tema, digamos que los derechos (y el discurso de los derechos) pueden ser utilizados, sin embargo, como un camino válido a transitar para el logro de reivindicaciones sociales y políticas de los grupos oprimidos. En este caso, según Correas (1993), podemos hablar de “derechos humanos subversivos”, subversivos del orden instituido, del carácter conservador y discriminatorio del régimen: derechos que *ahora sí* se constituyen en reclamo de las necesidades insatisfechas de una parte mayoritaria de la población.

Seguramente, aquí se cuestionará que estaremos, en todo caso, haciendo y fomentando nuevamente una “retórica” de los derechos, e incluso contribuyendo a determinar (o sobredeterminar) la adaptación del derecho y del propio discurso jurídico al nuevo estado de las relaciones sociales, permitiendo así una nueva legitimación de la forma establecida de esas relaciones. El propio Kennedy ya citado, o bien Bourdieu lo harían sin duda, al menos dentro de sus esquemas conceptuales.

(23) Resulta claro que el debate jurídico profundizado ha sido casi siempre reservado a una pretendida élite intelectual, de “juristas”, operadores jurídicos del campo intelectual y cultural, que –en términos de BOURDIEU– son verdaderos instrumentos de la reproducción social del sistema. Esta circunstancia, ciertamente impide escuchar todas las voces y confrontar todos los intereses.

Sin embargo, la cuestión no es tan simple, ni tan clara como para introducirla siquiera en este corto espacio. Bástenos por el momento, con intuir que aún tratándose de “otra retórica de los derechos”, tendremos al menos dos consuelos:

- la *crítica* de las categorías del discurso jurídico son en sí mismas un valor liberador, y libertario; en cuanto nos ayudan a “desnaturalizar” ciertas prácticas y construcciones discursivas que solemos ver como “inmanentes”, cuando sólo son históricas y contingentes;

- en todo caso, precisamente por tratarse de un “discurso ausente”, estaremos hablando de una retórica *más justa, reivindicativa, y sin lugar a dudas, más democrática y amplia que la hegemonía actualmente existente.*

V. Conclusión

De todo lo dicho, y para cerrar estas líneas, surge en primer lugar, que el discurso jurídico (en tanto factor estructurante de subjetividades) determina prácticas sociales y jurídicas puntuales en el contexto de un orden social dado.

Ése mismo discurso, en su propia conformación, se halla sobredeterminado por distintos factores (aparatos ideológicos del estado, capital intelectual, capital cultural, condiciones socioeconómicas de producción, etcétera) que lo llevan a constituirse en un *epifenómeno*.

En razón de ello, también analizamos que existen mecanismos claros de control y condicionamiento del discurso jurídico. Ellos son los que (conciente o inconcientemente) “sobredeterminan” el contenido de “lo que se dice” y el “cómo se lo dice”.

Uno de tales mecanismos es, sin duda, la pretendida racionalidad del discurso, que apunta a autolegitimarse, principalmente desde las tribunas académicas, pero también, desde los tribunales, desde los despachos de la administración pública, desde los propios hacedores de la ley y aún desde la selectividad comunicativa de masas.

Esta práctica, como vimos, se realiza principalmente a través del ejercicio de la *violencia simbólica* (imposición del discurso dominante como legítimo), la cual reposa –entonces y fundamentalmente– en dos elementos: la razón formal (con el consiguiente ocultamiento de la arbitrariedad) y la pretensión de universalización del discurso jurídico.

Pero no podríamos dar cuenta plenamente de la eficacia de este sistema, si no tenemos presente que en todos los ámbitos nombrados se recurre una verdadera “negociación de las significaciones” (Habermas, 1992), que esconden en realidad luchas de poder, a partir de lo cual el statu quo consigue el monopolio del saber institucionalizado, la hegemonía del discurso jurídico y, en definitiva, la reproducción de determinadas prácticas sociales y sistemas formales que anulan los procedimientos (pero también los contenidos) democráticos y deliberativos.

Concretamente, en el campo de los derechos sociales (o Derechos Económicos, Sociales y Culturales) estas generales características hegemónicas y direccionadas del discurso, adquieren un cariz especulativo y particularizado, en tanto los requerimientos sociales comienzan a empujar el continente de las pretensiones jurídicas hacia ámbitos de mayor inclusión.

Ante tales presiones, los operadores jurídicos reaccionan de diversas maneras. Ya sea respondiendo en términos del discurso clásico (conservador); modificando las premisas de aquél conforme nuevos balances y aportando nuevos “argumentos” para dispersar la fuerza de la ofensiva; o bien lisa y llanamente apropiándose del nuevo discurso reivindicativo para controlar su paso.

En tanto el problema de fondo no radica, según lo vemos, en qué juez o qué legislador es el que actúa, por cuanto –como intentamos explicar– el verdadero *aplicador* del derecho no es tal o cual magistrado, ni el *creador* de la ley es tal o cual legislador, sino un conjunto de agentes determinados por intereses sectoriales y sujeciones estructurales, hemos preferido hablar de “*sobredeterminación*”

del discurso jurídico”, como un segundo enfoque desde el cual lograr una aproximación al entendimiento de la postergación concreta de la vigencia de los derechos sociales en nuestro país.

Seamos concientes, entonces, de la sobredeterminación de los discursos. Tengamos en claro, quién es quién en este juego, qué intereses se esconden detrás de las palabras.

El nuevo discurso de los derechos, sólo será eficaz y autónomo, en tanto responda auténticamente a su propia conformación y desarrollo, y no cuando sea el producto de negociaciones forzosas de sus significaciones.

VI. Bibliografía

ABRAMOVICH-COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. 2a ed. Trotta, Madrid, 2004.

ALTHUSSER, Louis, “Contradicción y sobredeterminación”. En: La revolución teórica de Marx. 20a ed. Siglo XXI, México, 1983; p. 93.

ARISTOTELES. Retórica. Libro I, cap. 1 y 2.

BOURDIEU, Pierre. La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza. Laia, Barcelona, 1981.

BOURDIEU, Pierre. Campo de Poder, Campo Intelectual. Montessor, Buenos Aires, 2002.

BOURDIEU, Pierre. “Sobre el Poder Simbólico” En: Poder, Derecho y Clases Sociales. Desclée de Brower, Bilbao, 2001, cap. 2.

BOURDIEU, Pierre. “La fuerza del Derecho”. En: Poder, Derecho y Clases Sociales. Desclée de Brower, Bilbao, 2001, cap. 5.

CARR, Edward Hallett. De Napoleón a Stalin. Crítica, Barcelona, 1983.

COHEN, Félix. El método funcional en el Derecho. Traducción de Genaro Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962; p. 46-47.

CORREAS, Oscar. “Los Derechos Humanos Subversivos”. Revista de Directo Alternativo. Académica, Sao Pablo, 1993 -2-.

CORREAS, Oscar. “Por los caminos de la razón”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2003 -6- 47-59.

CUETO RUA, Julio César. El Common Law. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Ariel, Barcelona, 1984.

FANON, Franz. Los condenados de la tierra. FCE, México, 1972.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías, la ley del más débil. Trotta, Madrid, 2001.

FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Gedisa, Barcelona, 1996.

FOUCAULT, Michel. Microfísica del poder. 3a ed. La Piqueta, España, 1991.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 10a ed. FDA, Buenos Aires, 2009; t. 1, cap.1

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa. Taurus, Madrid, 1992.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Trotta, Madrid, 1998.

HOLMES, Stephen. “Las reglas mordaza o las políticas de omisión”. En: ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune (comps.). Constitucionalismo y Democracia. FCE, Buenos Aires, 1999.

- HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. UNAM, México, 1982; p. 148.
- KENNEDY, Duncan. "La Crítica de los Derechos en los Critical legal studies". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. 2006 7-1- 66.
- MARX, Karl. *La cuestión judía*. Prometeo, Buenos Aires, 2004.
- MILJIKER, María Eva. "Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. 2006 -47- 92.
- SAGGESE, Federico. "Técnica Jurídica y Poder Político". *Revista RAP Provincia de Buenos Aires*. noviembre 2004 2 -20.
- SAGGESE, Federico. *El derecho a un nivel de vida adecuado*. Platense, La Plata, 2009.
- SEN, Amartya. *El derecho a no tener hambre*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- WALDRON, Jeremy. "El rol de los derechos en el razonamiento práctico: 'Derechos' contra 'Necesidades'". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 2000 2 -1.
- ZIZEK, Slavoj. *A propósito de Lenin*. Atuel, Buenos Aires, 2004.
- ZIZEK, Slavoj. "Contra los derechos humanos". *New Left Review*. 2005 -34-: 85-100. ♦

Cobro de alimentos en el extranjero: Prolegómenos y estado actual del Convenio de La Haya sobre cobro de alimentos para los niños y otros miembros de la familia y de su Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias

POR LILIANA ETEL RAPALLINI (*)

Abstract

El Convenio de La Haya elaborado en 2007 constituye una herramienta jurídica de cooperación internacional creada para la obtención de alimentos para niños y otros miembros de la familia. Por la trascendencia de su contenido su perfeccionamiento continúa con aspiración de reunir la máxima cantidad de Estados que lo ratifiquen. En la presente entrega se detallan las motivaciones de su creación a través de los principales puntos de discusión con la intención de aclarar las cuestiones de resultado final de su texto.

Collection of food abroad: prolegomena and current state of the Hague Convention on collection of food for children and other members of the family and its Protocol on the law applicable to food obligations

Abstract

The Hague developed in 2007 Convention constitutes a legal tool of international cooperation created for the recovery of maintenance for children and other family members. By the importance of its content its development continues with aspiration to collect the maximum amount of ratifying States. This delivery details the motivations of their creation from the main points of discussion with the intention of clarifying issues final outcome of your text.

Palabras clave: alimentos – cooperación – niño// alimenty- cooperation- children

I. El Cobro de Alimentos en el Extranjero. II El nuevo Convenio de La Haya. III. Reseña de las Sesiones Preparatorias. IV. Estado actual de su evolución y vigencia. V. Sugerencias para su ratificación.

I. El cobro de alimentos en el extranjero

La obligación alimenticia ha adquirido en los últimos tiempos un especial relieve en el Derecho Internacional Privado.

Además de la internacionalización de las relaciones parentales y del crecimiento de la cooperación jurídica internacional, en Argentina el éxodo de población en búsqueda de opciones laborales y económicas más favorables ha incrementado los casos en donde es necesario el reclamo judicial transnacional.

(*) Profesora Titular Ordinaria de Derecho Internacional Privado, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de La Plata.

De por sí, la prestación alimentaria es de difícil ubicación acorde a su naturaleza, a su origen y a sus fines; compromete diversas áreas del Derecho Internacional Privado como las atinentes a familia, minoridad y cooperación jurídica.

Conocer cuál es el Juez o Tribunal con jurisdicción internacionalmente competente en el tema será el punto de partida para incoar la pretensión del acreedor.

Consecuentemente, determinar la ley aplicable a la obligación alimentaria que no sólo interesa a fin de conocer la viabilidad y extensión jurídica de la prerrogativa sino también, de tener asidero, para fijar el monto de la cuota que pudiera corresponder.

Pero aquí no concluyen las expansiones, pues el cobro u obtención de alimentos en el extranjero dada su cuestión de resultado concreto, es una acción que se hace efectiva en virtud de la cooperación o auxilio jurídico internacional.

La prestación alimentaria se internacionaliza sustancialmente, en la medida en que el obligado a prestarla exhibe domicilio o residencia habitual en un Estado diferente de aquel o aquella que denota el reclamante y se extiende a los supuestos en que la fuente de ingresos económicos del deudor provenga del extranjero aun cuando la radicación de los sujetos comprendidos sea coincidente en un mismo país.

En suma, la existencia de un deudor alimentario o del patrimonio de éste en un Estado diferente de aquel en donde debe cumplir con su obligación y que, por ende, es el de pertenencia del acreedor nos enfrenta a un caso frecuente de la vida cotidiana de suma importancia desde el punto de vista humano como jurídico y que no sólo comprende a los menores.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado se presentan dificultades para acceder al cobro fehaciente de esta obligación, sólo subsanables a través de la firma de Acuerdos Internacionales. De este modo se asiste al reconocimiento del derecho de quienes requieren alimentos; se trata de un régimen extraterritorial, donde se convalida jurisdicción internacional con normas aplicables y ejecutoriedad en otros Estados del fallo que hubiere emanado en el Estado de origen de la acción.

Ahora bien, sabido es que toda persona imposibilitada por sí de obtener su sustento tiene derecho a peticionar alimentos bien sea por la función tutelar del Estado o por derivación de un vínculo amparado por el ordenamiento jurídico siendo disímil la distribución; se encuentran aquellos regímenes que reconocen o no a la prestación alimentaria entre cónyuges, los que la extienden a la filiación biológica tanto como a la jurídica o que la limitan a la primer especie.

Pero la entidad dada actualmente a la obligación alimentaria hace necesario admitir que la misma está contenida en la categoría de los derechos humanos como pertenencia primaria.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos emanada de la Organización de Naciones Unidas, en sus arts. 16 inc. 3 y 25 dan el marco de merecido y necesario relieve a la institución de la familia, a los derechos y deberes recíprocos existentes entre sus miembros, de igual modo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros más (1).

Pero será la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la que en su art. 27 inc. 4 plantea explícita y específicamente el tópico alimentario al expresar que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera del niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquél en que

(1) Sobre la raíz constitucional de la obligación alimentaria y en particular en la Constitución Nacional Argentina me he dedicado en “Cobro de Alimentos en el extranjero”, publicación de la Imprenta de la Universidad Católica de La Plata. La Plata, 2000.

resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.

La Constitución de la Nación Argentina, en nada ajena a la realidad de nuestros días, ha incorporado a su texto a través del art. 75 inc. 22 los precitados documentos y varios más, demostrando con ello no sólo la captación de los derechos humanos sino también la dimensión del Derecho Internacional contemporáneo.

Los pactos internacionales sobre la materia elevan el reconocimiento y respeto a la dignidad de la persona sea mayor o menor de edad. Además, por su objeto y al ser parte del texto constitucional, gozan de plena e inmediata operatividad (2).

Como puede inferirse luego de ésta breve reseña se conduce por sí a la inserción del derecho alimentario dentro de la Constitución Nacional a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; a su vez, el Derecho Internacional Privado es una rama de contacto con elementos pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos, por cierto de origen extranjero, y que se consolida borrando las fronteras a través de la solidaridad y cooperación universal puesta de manifiesto por la creciente comunicación entre los Estados.

Palabras más, o empleo de otros términos, jurídicamente comprende todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra en virtud de una disposición legal, de una declaración judicial o administrativa o de un convenio entre partes persiguiendo en su finalidad asistirle en su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción no queriendo significar con ello que se trate de un enunciado taxativo de rubros que formen a éste derecho- obligación. También se expresa como una asistencia financiera que responda a las necesidades que presente determinado acreedor alimentario, siendo ésta una visión personalizada y a su vez amplia que permite su apreciación conforme a las peculiaridades del caso que se presente a análisis.

Pero conviene resaltar que cuando se hace referencia a la obligación alimenticia, no sólo se trata de relaciones patrimoniales o pecuniarias, sino también de relaciones personales que requieren una especial atención dirigida a ambas partes de la obligación, alimentante y alimentista, para de esa forma asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

Los mecanismos jurídicos protectores de la obtención de alimentos nacen en los ordenamientos nacionales, empero la cooperación jurídica internacional es una vez más para el Derecho Internacional Privado, el andamiaje imprescindible a fin de obtener su debida percepción.

II. El nuevo Convenio de La Haya

Observando la dimensión adquirida por las acciones judiciales y administrativas destinadas a obtener el pago de cuota alimentaria desde el extranjero, la Conferencia Permanente Especializada en Derecho Internacional Privado de La Haya, decide emprender la elaboración de un instrumento que responda a las vicisitudes contemporáneas.

Realizando investigación presencial en la Biblioteca de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del Reino de España, tuve oportunidad de asirme de las sesiones preparatorias de éste Convenio y de su Protocolo.

A modo de introducción recordemos que constituye un documento novedoso con notoria pretensión de uniformidad y de universalidad. El objetivo de su creación es superar al Convenio de Nueva York sobre cobro de Alimentos en el Extranjero que aún hoy constituye una valiosa fuente. También evidencia el acercamiento del “common law” al “civil law” sobre todo en la gravitación de las autoridades administrativas dentro de su mecanismo.

(2) Es de hacer notar que la naturaleza de Tratados Dogmáticos conforman un referente o marco, contenedor de declaraciones, derechos y garantías y a los que deben responder tanto la fuente normativa interna como la convencional internacional.

Por ello me pareció sugerente aportar como conocimiento de su espíritu, consideraciones que ayudan a la inteligencia y divulgación del documento que factiblemente en un futuro forme parte de nuestro acervo normativo.

Consideremos que el Convenio admite la posibilidad de formular reservas tanto como declaraciones y se observa en él cierto margen de flexibilidad, pero que sus recomendaciones fueron muy bien recibidas y concluyeron con su aceptación por consenso.

Por otra parte, su incorporación exige al país que así lo decida la adecuación de la legislación local y de las prácticas procesales nacionales por lo que me parece atinado iniciar el camino previo.

III. Reseña de las sesiones preparatorias

El Convenio de La Haya, también entendida como Convención pues los términos operan como sinónimos, nace en la Sesión del año 2003 y adquiere cuerpo el 23 de noviembre de 2007 si bien aún hoy día se sigue trabajando en él (3).

Junto al Convenio se trabaja el Protocolo que finalmente se decide constituya un Tratado independiente de su principal a los fines de permitir a los países interesados en su ratificación que se adhieran a ambos o a uno de ellos.

Al Convenio en sí mismo se lo ubica dentro de los denominados de CIA o sea de cooperación internacional entre autoridades respondiendo al espíritu de la cooperación civil internacional aplicada sustancialmente, al estatuto personal y a la dignificación de la prestación alimenticia como derecho humano de valía universal.

En cuanto al Protocolo, el mismo se identifica como portador de ley aplicable por lo que su especie es la de tratado pragmático (4) demostrando su tenor de complemento e integración del cuerpo principal del cual emana.

Es interesante observar la modalidad de trabajo de la Conferencia Permanente de La Haya en los últimos diez años, no sólo en cuanto a los temas tratados sino también a la apertura ideológica.

A mi entender, lo más notable fue el progresivo acercamiento de Estados Unidos de Norteamérica así como la incorporación del español dentro de los idiomas oficiales. Cuestiones éstas que se reflejarán en el Convenio ahora bajo estudio.

En suma, en materia de Derecho Internacional Privado se ha pasado a una activa participación en la vida internacional con la ratificación de convenios que tratan de facilitar al ciudadano la vida en un mundo cada vez más intercomunicado y a cuya rica problemática no puede responderse con actitudes unilaterales de cada Estado.

La Conferencia de La Haya constituye un ámbito de especial colaboración tendiente a generar espacios jurídicos unificados con marcada tendencia a favorecer la cooperación en áreas necesitadas de ella como las notificaciones, la obtención de pruebas, las legalizaciones, las cuestiones testamentarias, la prestación de alimentos, la sustracción de menores y la adopción internacional (5).

El primigenio objetivo de la Conferencia se va cumpliendo progresivamente y es así como se ambiciona lograr la codificación internacional que fuera al mismo tiempo completa, en acción a las materias reguladas y de carácter universal en cuanto a los Estados partícipes.

(3) El texto del Convenio como del Protocolo pueden consultarse en la página web de la Conferencia Permanente de La Haya (<http://www.hcch.net>).

(4) Como Tratado Pragmático se identifica a aquel que tiene por objeto dar respuesta a los dos interrogantes propios del Derecho Internacional Privado, como lo es la búsqueda de la jurisdicción internacionalmente competente y la del derecho aplicable.

(5) Otro ejemplo de practicidad y acercamiento lo da la concreción de la “apostilla” electrónica creada a los fines de incrementar la circulación internacional de documentos incluso, para ser presentados en juicio.

Conforme entonces a la propuesta que formulara, he de reseñar en lo sucesivo los puntos sustanciales que permitieron arribar al texto hoy conocido y a la espera de entrada en vigor.

En verdad, este Convenio de La Haya nace como inquietud en la XIX reunión y en 2002 se gira un cuestionario sobre los problemas habidos en la aplicación de Convenios existentes. Consideremos que la eficacia y las deficiencias del Convenio de Nueva York de 1956 al que Argentina ratificara por ley 17.156, había sido historiada con anterioridad por una Comisión Especial llevada a cabo en 1999.

Es de comprender que la materia no es novedosa para el legislador nacional ni para el internacional; el compromiso no es sólo aportar soluciones sino que éstas, respetando identidades nacionales satisfagan a los Estados y se desplace a otros instrumentos.

En el encuentro del año 2003 se examinaron puntos sustanciales y el desafío de crear el Acuerdo en un intento de superación y de modernización de los procedimientos destinados al cobro extrafronterizo de alimentos (6). En la oportunidad se reconoce que La Haya registra dos grandes logros como son la sistematización normativa de la sustracción de niños y de la adopción, ambos tópicos en su faz internacional, a través de los mecanismos de la cooperación; en consecuencia, requiere y puede lograr lo pertinente al cobro internacional de alimentos.

Se examinan aspectos como la cooperación administrativa, el ámbito de aplicación, el reconocimiento y ejecución de las sentencias y la competencia judicial internacional tanto directa vale decir la destinada a dirimir jurisdicción internacionalmente competente, como la indirecta, derivada o atribuida como lo es la aplicada a la asistencia y a la cooperación jurídica internacional.

De la compulsa surge expuesto el “talón de Aquiles” para arribar al acuerdo compuesto por el sector de reconocimiento y ejecución de sentencia y por la competencia judicial internacional directa como indirecta. Es en este extremo en donde Estados Unidos expresa su imposibilidad de aceptar como conexión determinante al foro de la residencia habitual del acreedor alimentario, dado su adhesión a la cláusula del “due process” por la que se requiere de contactos mínimos para que la justicia estadounidense se interese en tomar intervención; empero, el foro del acreedor alimentario es defendido por el resto de representantes entendiendo que la parte gravitante de la relación jurídica y en particular de la tendiente a procurar la obtención de prestación de alimentos, es la parte más débil y en su entorno debe girar la protección.

El énfasis de la oposición hizo pensar que el tema carecería de tratamiento; sin embargo, la discusión se transfiere hacia la eventual ejecución de una sentencia.

En su consecuencia, se propone eximir del procedimiento de conocimiento especial del “exequatur” lo que motiva a reiterarse la oposición estadounidense cuyos representantes para limar asperezas, ofrecen el “fact based approach” o “factual approach” que consiste en reconocer decisiones extranjeras si en virtud de los elementos fácticos del caso el Estado requerido hubiera sido competente para dictar la sentencia; de esta forma se prescinde el análisis del foro en función del que intervino el juez de origen de la decisión, para centrar la atención en vínculos de proximidad fácticos; en razón de ello, son muy pocas las decisiones extranjeras que no sean susceptibles de reconocimiento.

Fue así como la Comisión destinada a estudiar y recopilar los resultados de la reunión, entendieron que los deudores estadounidenses son muchos y que desean que Estados Unidos ratifique el Convenio circunstancia que también hace recrudecer la idea de elaborar un Convenio mundial sobre exequatur.

La depuración del encuentro llevo a la reflexión que el único ámbito exento de objeciones es el de la cooperación entre autoridades; a tal punto, que se pensó en revisar el Convenio de Nueva York acorde a los nuevos criterios pero éste resultado no concretaría la verdadera intención de la Confe-

(6) Es de hacer notar que un dato muy en cuenta tenido por la Conferencia de La Haya, fue el fenómeno de la mutación poblacional; la presencia estable de población extranjera emigrante (y emigrada) exige a las autoridades otorgar respuestas acordes a sus necesidades.

rencia Permanente de La Haya por lo que se dejó como una última opción en caso de no conseguirse unificar criterios.

La convocatoria de 2004 se aboca sustancialmente a la cooperación administrativa y a las funciones de las Autoridades Centrales (AC); consideremos que si el intento es superar y modernizar la fuente normativa existente, la estructura cooperativa ha de responder a los mecanismos actuales perfilados a través de las Autoridades Centrales que cada país ha de designar al tiempo de ratificar el instrumento (7).

Se concluye que la función de las mismas es de colaboración y no de realización de todas las funciones asignadas a la misión. También se entendió que la asistencia prestada por organismos administrativos debía ser limitada o acotada a puntos medulares y entendida sobre toda otra cuestión, como un intercambio de información en una fase previa. A título de ejemplo, además de recibir y transmitir solicitudes deberán colaborar en la localización del deudor, recabar informes sobre capacidad económica de acreedor y deudor alimentario, instar a soluciones conciliatorias, facilitar la transferencia de fondos destinados a percepción de cuotas.

Esta reunión de 2004 es muy jugosa por el aporte no sólo de ideas que bosquejen su contenido, sino de resoluciones jurídicas y cooperativas arduamente discutidas y concluidas.

En un breve enunciado puedo aportar como datos reflejados que resultan de sumo interés a:

- consenso en incluir modelos de solicitudes;

- que se emplee como gratuita sólo la vía administrativa siendo la gratuidad judicial supeditada a la demostración de falta de recursos y obtención del beneficio correspondiente; este ítem se resuelve pre-tendiendo que de esta manera el justiciable no se tiene con el uso de una conducta de “forum shopping” vale decir, escogiendo la jurisdicción en razón de sus bajos costos o de gratuidad absoluta;

- relacionado a la reducción de costes se discute la posibilidad de exigir sólo la traducción al idioma del requerido por parte del requirente, de aquellas partes entendidas como sustanciales para cumplir con la rogatoria e incluso la facultad de los Estados de manifestarse si quedan comprendidos o no dentro de la nómina de idiomas oficiales, lo cual haría innecesaria la traducción;

- admite la inclusión de acciones de filiación junto al pedido de alimentos, que deberá tramitarse por la vía de los incidentes siendo su resultado sólo efectivo para la petición alimentaria; en este extremo el convenio expone un claro ejemplo de generación de cuestión previa, preliminar o incidental que de exhibirse como internacional, podrá tener independencia del derecho aplicable a la filiación y a los alimentos;

- se exigen más definiciones entre ellas la de niño, la de persona acreedora de alimentos bien se trate de un niño o de un adulto así como la inclusión o no de parejas estables.

Ya en 2005, la impronta es reafirmar el objetivo de sustituir todos los Tratados preexistentes de idéntico objeto.

Pero la riqueza de la reunión radicó en lo sociológico y en lo ideológico; es de resaltar que en el mismo texto de reseña se destaca la mayor presencia de representantes de países latinoamericanos, pese a la distancia y al costo elevado del euro.

Se respira un mayor alivio que impulsa a la continuidad de la tarea emprendida, dado el acuerdo relativo a la cooperación administrativa y a la utilidad del “factual approach” anglosajón así como en el empleo del término “cobro eficaz” para aclarar el verdadero espíritu del Convenio.

Se inicia una discusión arduamente interesante que cobrará luz en la reunión de 2006 y que radica en la necesidad de diferenciar “residencia” de “residencia habitual”, de “domicilio” y de “mera presencia”.

(7) Las Autoridades Centrales son órganos administrativos que además de otras funciones se encargan de la transmisión directa de rogatorias internacionales.

Pese a la notoria concertación de criterios, se presentan en paralelo objeciones o por lo menos inquietudes suficientes para ser consideradas; cito a título de ejemplo:

- Malasia planteó un problema de orden público en cuanto al reconocimiento de sentencias dado que la ley islámica permite sólo a los hombres ser deudores de dinero;

- relativo al eventual rechazo de ejecución y reconocimiento de resoluciones, se planteó el caso de la Federación Rusa cuyas normas prevén la competencia exclusiva de los tribunales rusos para las cuestiones de alimentos, discutiéndose en razón de ello el término “exclusiva” y sobre todo, su verdadero alcance;

- Egipto y nuevamente Malasia, sostuvieron suprimir expresiones tales como “sin tener en cuenta el estado matrimonial de los padres”; el motivo de la advertencia radica en la imposibilidad de adecuarla a su legislación interna. Es de comprender que el factor intercultural es preponderante para el entendimiento que requiere la armonía normativa y aún más en temas de derecho de familia y de niñez;

La sesión de 2006 recibió al Secretario General de la Conferencia de La Haya, Sr. J.H.A. van Lood quien presenta el documento preliminar.

El texto tiene buena acogida pese a discutirse el ámbito de aplicación por lo nutrido de sujetos comprendidos, optando por un ámbito de aplicación amplio pero con posibilidad de formular reservas y de ésta forma limitar o moderar la extensión; la edad de los acreedores se extiende a 21 años con facultad de elevarse, pero prohibición de reconocerla en menos de 18 años de edad en conformidad con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de los niños.

Un punto de relevancia, incluso como para considerarse fuente dogmática en la resolución de casos, lo conformó el dilucidar la acepción jurídica de un concepto fáctico y sociológico como es la de “residencia habitual”.

Se remarca que la tradición de La Haya expone como bastión a la conexión “residencia habitual” que sólo se quebró en el Convenio sobre elección de foro por no tratar éste cuestiones de familia, inclinándose en la ocasión por “residencia” en sentido acotado.

Se decide entonces someter a consideración la calificación del mencionado elemento concluyendo en que una residencia inviste habitualidad cuando el solicitante lleva a cabo su vida en determinado lugar y que dicha permanencia debe superar los tres meses de estancia. De ésta manera la distinción entre “residencia habitual” y “mera residencia” debe redundar en su aplicación a la pretensión alimentaria, por lo que la primera será determinante para definir el derecho aplicable así como el reconocimiento y ejecución de sentencias; mientras que la segunda o sea la “mera residencia”, será suficiente para instar el mecanismo cooperativo.

Por otra parte, se consolida el espíritu de acceso efectivo a la justicia que tiñe al nuevo Convenio y se remarca que las Autoridades Centrales “tomarán todas las medidas efectivas” y no necesariamente las que sean en defensa exclusiva del acreedor alimentario.

Finalmente, se clarifica otro extremo de sumo interés como lo es la distinción entre reconocimiento de una sentencia de la de ejecución de la misma; por reconocimiento ha de entenderse la traslación ficta de la jurisdicción del requirente que es acatada por el requerido y por ejecución los supuestos de sentencias condenatorias incumplidas que necesita del actuar coactivo del requerido.

Al acatarse el criterio del “factual approach” se hace presente que una sentencia extranjera de no ser posible reconocerse o ejecutarse, el requerido adoptará todas las medidas necesarias de adecuación para que la prosperidad, por lo menos aproximada, que permita que se adopte la decisión en cuestión.

Del entorno procesal expuesto se deduce la intención de evadir el fraude en la elección de foro.

La reunión de 2007 se aboca sustancialmente al estudio del Protocolo que tiene como destino la determinación del derecho aplicable y el tratamiento de cuestiones propias del Derecho Internacional Privado y del juego entre la técnica conflictual y la material.

La primera cuestión gira en torno a “opting-in” versus “opting-out”, prosperando elaborar un cuerpo opcional persiguiendo el interés de elevada adhesión por parte de los países de manera que puedan ratificar el Convenio y su Protocolo o bien uno u otro. Esta cualidad es un punto de interés para nuestro país, pues convengamos en que carecemos de una regulación autónoma de derecho internacional privado y, al igual, de una ley nacional de cooperación civil internacional por ende se deduce la conveniencia de adherirse a ambos instrumentos.

Se decide el empleo de normas alternativas y de normas de acumulación como la moderna codificación lo exige. La primera especie se estructura en un sistema de cascada sumado al principio del “favor creditoris”, en pos de la determinación del derecho alimentario y del monto de la cuota. Mientras que la acumulación admite la oposición a prestar alimentos si la obligación no existe acumulativamente contemplada ni en la ley de la residencia habitual del deudor ni en la ley de la nacionalidad común de las partes, cuestión que flexibiliza la ratificación del Convenio por parte de los Estados, sin necesidad de formular reservas que pueden llegar a desvirtuar el sentido y la prosperidad del instrumento.

El Protocolo se inclina, como lo advirtiera anteriormente, por la aplicación de la residencia habitual del acreedor recogiendo la regla ya vertida en el Convenio de La Haya de 1973.

Da cabida a la autonomía de la voluntad, empero su empleo no es indiscriminado pues la ley elegida por las partes no se tendrá en consideración si conduce a consecuencias injustas o no razonables.

Una acertada incorporación la presenta el erradicar el reenvío admitiendo en consecuencia, el envío al derecho material del ordenamiento receptor.

El corolario del encuentro fortalece el espíritu del Convenio estipulando que se realizará un control permanente sobre su debida aplicación dado que la materia alimentaria afecta a un gran número de niños y durante un período prolongado de sus vidas.

A su vez, se tratará de preparar un documento común para realizar el “perfil de país” cuya importancia es grande para facilitar el cobro efectivo de los alimentos.

Se decide la implementación del uso del español como idioma de trabajo en forma conjunta con las lenguas oficiales.

En esta oportunidad, Argentina toma intervención y pide que no se nombre una autoridad en las Islas Malvinas a lo que el Reino Unido responde que la petición es innecesaria por lo que ambas partes retiran la solicitud, limitándose a formular una declaración.

IV. Estado actual de su evolución y vigencia

A octubre de 2009 el Convenio de La Haya fue ratificado por Estados Unidos de Norteamérica y por Burkina Faso careciendo el Protocolo de ratificaciones. De lo dicho se desprende que ambos instrumentos internacionales no han entrado aún en vigor por no contar con el número necesario de ratificaciones. Lo acotado no debe considerarse como una advertencia desmoralizante pues la creación es reciente aún y además por continuarse las etapas de análisis en pos de su crecimiento.

Es así como durante el mes de noviembre pasado, puntualmente del 10 al 17, se volvió a reunir en La Haya una Comisión Especial a los fines de continuar en el perfeccionamiento del documento creado. En verdad, la Comisión apunta también a proyectar la implementación de los documentos.

Sustancialmente se revisan y depuran los formularios a emplear en el procedimiento cooperativo. Para ello se designó previamente un Grupo de Trabajo que ha tenido a su cargo proyectar los “formularios recomendados”; estos formularios tienden sobre todo a facilitar la solicitud de reconocimiento o bien de reconocimiento y ejecución, de decisiones.

A su vez se enuncian ideas puntuales con proyección de futuro y sobre todo sugerencias, a tener en cuenta por los países interesados en vincularse.

Lo preponderante es procurar el “perfil de país” de manera de asistir a los Estados en la modalidad que han de adoptar para adecuar el Convenio y el Protocolo, en el caso de ser uno ambos ratificados, al ordenamiento nacional y sobre todo a las normas procesales para reconocimiento y ejecución de sentencias.

Como iniciativa nacional y transnacional se insta a fortalecer las redes de jueces de enlace. Pero el sistema generado apunta a agilizar tecnológicamente el mecanismo de la cooperación abocado a la efectividad del derecho alimentario, por lo tanto se extreman recaudos que tiendan al fin. Es así como se sugiere crear bases de datos únicas sobre el contenido de los ordenamientos nacionales lo cual facilita el conocimiento del derecho foráneo.

En una instancia avanzada la Conferencia se propone elaborar un texto neutro en materia de tecnología de la información tendiendo a suplir la firma digital por un requisito de identificación de datos que factiblemente cada Estado parte designará el órgano receptor de los mismos.

El sistema electrónico en general conocido como “iSupport”, consiste en comunicación y gestión electrónica de casos proveyendo a los Estados una plataforma o programa electrónico, de manera que se permita procesar datos, fiscalizar transferencias electrónicas de cuotas alimentarias y sobre todo la fluida y directa comunicación.

El cierre lo dará la generación de un sistema electrónico de gestión de casos multilateral y común, destinado a todos los países que sean parte del Convenio.

El empleo de las nuevas tecnologías constituye una herramienta que permite ante todo la agilización de los trámites y esta nueva Convención de La Haya como instrumento de última generación en la cooperación, recepta la utilización de esas nuevas tecnologías tendiendo a la contundente coordinación entre Autoridades tanto para la tramitación como para el seguimiento de los pedidos.

Dada la inmediatez de este aporte con la reunión referida desconozco si se llegaron a presentar dos documentos complementarios que serán de suma utilidad, tratándose de un Informe explicativo del Convenio y otro sobre el Protocolo (8).

Cabe hacer notar que la frondosa obra complementaria y posterior a la creación de los instrumentos considerados base del sistema extrafronterizo de reclamación de alimentos, tiene como finalidad no sólo el perfeccionamiento sino también su mejor comprensión; todo lo cual se supone, redundará en el interés de los Estados en ratificarlos.

El objetivo específico de la negociación fue la elaboración de un acuerdo internacional que ampare a niños y a otros miembros de la familia que se encuentren comprendidos en el concepto de “vulnerabilidad” entendiéndose por tal a aquellas personas imposibilitadas de abastecerse a sí mismas, siendo por ello deseable alcanzar el mayor número de Estados parte. Ello justifica la frondosidad, flexibilidad y esquemático de su contenido.

V. Sugerencias para su ratificación: necesidad de reglamentación a través de normas nacionales

Al momento de Argentina decidirse por ratificar el Convenio analizado deberá tener en consideración generar el “perfil de país”. Dicho perfil es un documento que se remite a la Conferencia de La Haya y que su contenido ha de reflejar la legislación nacional en materia de obligación de prestar alimentos tanto de fondo como de forma, las medidas que el Estado adoptará para implementar el Convenio, las garantías que ofrecerá para acceder al procedimiento cooperativo, entre otros extremos, y que a su vez deberán mantenerse actualizados. Como se deduce, la Conferencia Permanente de La Haya procura dar al presente documento suficiente fuerza propia y control de eficacia.

(8) Es frecuente que frente a la gestación de un Convenio, la Conferencia de La Haya elabore una suerte de Guía Práctica para el mejor acceso de operadores jurídicos y de los ciudadanos en general como futuros justiciables.

Pero he aquí un dato interesante para considerar. Actualmente se observa una tendencia por parte de los Estados de reglamentar a través de leyes nacionales, la fuente convencional internacional. Recientemente, la misma Conferencia de La Haya instó a los Estados Parte del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores a responder satisfactoriamente a dicha inquietud.

La Unión Europea (9) hizo lo propio como bloque integrado y de manera anticipada, dictando el Reglamento 4/2009 sobre Competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. En el inciso 8 del artículo 2º se indica que “Estado parte del convenio de La Haya de 2007 a cualquier Estado que sea parte del convenio de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos para Niños y otros Miembros de la Familia, de 23 de noviembre de 2007 (en lo sucesivo denominado ‘el Convenio de La Haya de 2007’), en la medida en que dicho Convenio sea aplicable entre la Comunidad y ese Estado” (10).

Si consideramos respuestas individuales, en diciembre de 2007 adquiere vigor en España la ley 54 sobre Adopción Internacional por la que se reglamenta precisamente la Convención de La Haya referente al tema acotado.

Sobre el particular me he expresado con anterioridad empero, es menester considerar que el interés nacional se encuentra en juego toda vez que un Estado propende a la mayor eficacia en la comunicación con sus pares fijando las pautas propias con las que se manejará. La actitud otorga seriedad y transparencia, cuestiones valiosas que lamentablemente han sido un tanto olvidadas.

Bajo otra arista, es un factor a considerar el éxodo de población sufrido en Argentina en los últimos años. Esta circunstancia incrementa el flujo de casos con elementos foráneos de manera que toda fuente que facilite la efectividad de los derechos más allá de las fronteras nacionales, es bienvenida. El estatuto personal es sin duda alguna, el que evidencia mayor avidez sobre todo si los destinatarios son los niños y los adultos incapaces.

Concluyendo, mi voto es a favor de la ratificación del Convenio de La Haya en materia alimenticia y también de su Protocolo, pero la mayor esperanza la deposito en el bosquejo de “perfil de país” que presente Argentina pues constituye la pieza fundamental para responder fehacientemente a los objetivos del instrumento. También es de reconocer que ésta búsqueda obligará al tedioso camino de adecuar sobre todo normas procesales, a los fines de respetar el principio de correlación entre el ordenamiento nacional y el nuevo Convenio.

Autor: “Lucero”

Referencias de Investigación

-ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”. En: La Ley. Madrid, 31 de julio de 2009. Nº 7230, página 1 a 7.

-BOE 312/2007, página 155.

-Boletín de los Jueces. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Lexis Nexis. Tº XIV/Invierno 2008-09.

-CERDEIRA, Juan José: Relato sobre “Jurisdicción, ley aplicable y cooperación internacional en materia de obligaciones alimentarias” presentado ante el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional de la AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional). Córdoba Argentina, octubre de 2009.

(9) Es interesante observar que Europa se enfrenta normativa que por ser de diferente etiología, conduce a la comunitarización del Derecho Internacional Privado; una cara, exhibe a la situación como enriquecedora y totalizadora en cuanto a cobertura jurídica; la otra no es tan feliz, pues la yuxtaposición trae aparejada complejidad sobre todo frente a la elección de una fuente para resolver el caso.

(10) El citado Reglamento es considerado uno de los instrumentos más ambiciosos elaborados por la Comunidad Europea en materia de cooperación civil transfronteriza.

-ESTEBAN DE LA ROSA, G.- SAGHIR, T.- OUALD ALI, K.: "Inmigración y Derecho Internacional Privado". En: Actualidad Jurídica Aranzadi. Madrid, noviembre 23 de 2006. Nº 176, páginas 1 y 2.

-DOUEL 7/2009 de 10 de Enero.

Guía Práctica de los Convenios de La Haya. Ministerio de Justicia. España. Ediciones 1996 y sucesivas.

-PÉREZ VERA, Elisa: Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Ed. Tecnos. Madrid, 1990, pág. 209.

-RAPALLINI, Liliana Etel: "La reglamentación de los procedimientos de cooperación jurídica internacional a través de leyes nacionales". En La Ley Actualidad, diario del 30 de julio de 2009.

-Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007). Con compilación e introducción de Alegría Borrás. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2008. Páginas 17 a 19.

-REDI (Revista Española de Derecho Internacional). Volumen 2003/1. Página 582.

-REDI, Volumen 2004/1. Página 572 y siguientes.

-REDI, Volumen 2005/01, página 520.

-REDI (Revista Española de Derecho Internacional). Volumen 2006/01. Página 601.

-REDI (Revista Española de Derecho Internacional). Volúmenes 2007/01 y 2007/02, páginas 435 y 855 respectivamente. ♦

Ventajas de la Publicidad Registral. Comunicación de subasta

POR **NATALIA LORENA BARRIVIERA - LORENA MUÑOZ** (*)

Sumario: 1. Introducción. Ventajas de la publicidad registral. Inseguridad Jurídica derivada de la falta de adecuada publicidad registral en la subasta judicial. 2. Breves nociones conceptuales. Aproximación al concepto y regulación de la subasta pública. 3. Diferencias entre los términos subasta y remate. Consecuencias de la distinción. 4. Transmisión de dominio en el marco de la subasta judicial. . Aplicación del art. 2505 del Código Civil al supuesto de la subasta. Alcances. 6. Publicidad de la Subasta. 7. Propuesta: “Comunicación de la Subasta. 8. Necesidad de una reforma legislativa. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo propone la implementación en la legislación registral nacional -ley 17.801-, del instituto que denominamos “comunicación de subasta”, por el cual se garantice la adecuada publicidad del auto que ordena la subasta, y los efectos del desapoderamiento consecuentes, en virtud del extenso período de tiempo que habitualmente suele transcurrir entre el auto que ordena una subasta, la posterior adquisición del derecho real ocurrido en sede judicial; y finalmente la inscripción registral de dicha adquisición en subasta, generando una situación de ostensible inseguridad jurídica y posibles perjuicios hacia terceros interesados que tenían en miras el inmueble subastado como garantía para sus derechos. A fin de evitar tales inconvenientes proponemos la inscripción del auto que ordena la subasta, mediante la “comunicación de subasta”, que implica un anoticiamiento que deberá efectuar el juzgado interviniente en la subasta, a instancia de parte interesada, mediante oficio respectivo dirigido al Registro de la Propiedad Inmueble, que no estará sujeto a plazo de caducidad alguno. La vigencia de la anotación quedará supeditada a la necesaria inscripción posterior de la adquisición en subasta pública, recaudo imprescindible para la continuidad del tracto sucesivo (art. 15 Ley N° 17.801).

Palabras claves: Subasta, Inscripción Registral, Publicidad Registral, Comunicación de Subasta

Registry Public Benefits -

Communication From Auction

Abstract

This article is intended to achieve the implementation in our own registration regulation -Law 17.801-, of the institute we call “auction communication”, in order to guarantee the proper notice of the auction order and its consequent restrictions to the property, due to the long period of time that usually elapses between the auction order, the subsequent acquisition of the real estate occurred in court, and finally its registration.

Those circumstances raise a situation of apparent legal insecurity and possible damages to third parties who had the property that was sold at auction, as a guarantee of their rights. In order to avoid any inconvenience this situation could lead, we propose the registration of the auction order using what we call an “auction communication”. This implies that the correspondent judge must notify that order through a proper document, at the request of an interested party, and addressed it to the Real Estate Registry.

(*) Docentes de la Cátedra II de Derecho Notarial y Registral; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

The “auction communication” shall not be subjected to any expiration period. Its validity shall be subjected to the necessary subsequent registration of that purchase in public auction, which is an essential requisite for the continuity of the successive tract (art. 15 law No. 17.801).

Keywords Auction, Registration, Registration Advertising, Reporting Auction

1. Introducción. Ventajas de la publicidad registral. Inseguridad Jurídica derivada de la falta de adecuada publicidad registral en la subasta judicial

La inexistencia de normativa que regule la correcta publicidad registral de la suerte del inmueble objeto de un proceso judicial de subasta, provoca una ostensible y notoria inseguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

Previamente al adentrarnos en la problemática que pretendemos abordar, queremos poner de relieve los beneficios que trae aparejada la publicidad registral en términos de seguridad jurídica en materia de inmuebles.

Recordemos que “publicidad” significa posibilitar que determinado acontecimiento (hecho o acto) llegue a conocimiento de todos los integrantes de una comunidad, y decimos que cuando ese hecho o acto llevado a conocimiento, genera efectos jurídicos, nos encontramos frente a la denominada “publicidad jurídica”.

Revistiendo los derechos reales el carácter de absolutos, es decir, debiendo respetarse por todos, es menester que ellos sean conocidos, y ese conocimiento se cumple a través de la “publicidad registral”, entendida como la cognoscibilidad general y permanente de hechos jurídicos producida por la declaración de un órgano competente, puesta a disposición de los interesados por los medios previstos por la ley.

En relación al tema que nos atañe, Moisset de Espanés (MOISSET DE ESPANES, Luis. “Publicidad Registral. Sus Fines” en Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba N° 39/40, año 1980, págs. 15 y 16), manifiesta que el derecho debe defender la relación existente entre un sujeto y una cosa, frente a las turbaciones o ataques de terceros que se inmiscuyen en esa relación, a lo que denomina “seguridad estática”; y por otra parte brindar protección a los terceros que se ven involucrados en la circulación de la riqueza, a lo cual refiere como “seguridad dinámica”.

Continúa afirmando que la seguridad estática suele encontrar defensa suficiente en la exteriorización posesoria del derecho, pero esta exteriorización posesoria resulta insuficiente para proteger la seguridad dinámica, y entonces suele aparecer la publicidad registral, como medio idóneo para contribuir a la seguridad del tráfico, poniendo al alcance de cualquier interesado la posibilidad de tomar conocimiento de la situación jurídica del bien, su libre disponibilidad o los gravámenes y cargas que sobre él pesan.

Aparece entonces, la publicidad registral como una consecuencia para proteger el tráfico jurídico y facilitar la circulación de la riqueza, mediante la información que brinda a los interesados de los derechos que existen sobre el bien que se registra, en especial cuando se trata de derechos que no tienen manifestación posesoria.

En efecto, se observa que las comunidades tienen y han tenido la necesidad o el interés de que ciertas situaciones jurídicas tengan una adecuada publicidad, siendo receptada esta situación fáctica en nuestro país con el dictado de las Leyes N° 17.711 y 17.801. Mediante la primera se produjo la “constitucionalización” de los Registros de la Propiedad Inmueble al agregar en el artículo 2505 del Código Civil la inscripción registral del derecho real para que sea oponible frente a terceros. Mientras que la segunda ley mencionada, crea el régimen al cual deberán sujetarse los Registros de la Propiedad Inmueble existentes en cada provincia.

No obstante la concreción legislativa de la exigencia de la inscripción registral de las mutaciones reales sobre inmuebles, a fin de garantizar la oponibilidad a terceros interesados y de buena fe, advertimos que los efectos jurídicos que se producen en relación al inmueble objeto de un proceso de

subasta judicial han escapado a una adecuada regulación normativa en el marco de la Ley N° 17.801, olvidándose de las ventajas y seguridad jurídica que una adecuada publicidad registral de tal situación podría garantizar en dichos supuestos.

Ello, nos conduce a reflexionar que el hecho de continuar hoy en día favoreciendo la publicidad extrarregistral, frente a determinadas situaciones relevantes del tráfico inmobiliario habitual, provoca inseguridad jurídica en nuestra sociedad, a diferencia de lo que sucede cuando se prioriza la publicidad registral en materia inmobiliaria, ya que todo sistema registral tiende a proteger y dar seguridad a aquellos que realicen actos que se basen en las constancias emanadas de los registros.

Así, con el fin de evitar los perjuicios que, la mentada carencia de publicidad registral de la situación del inmueble subastado, pueda ocasionar, es que nos abocamos en el presente trabajo, a aportar una solución a través de la incorporación normativa del instituto que denominados “comunicación de subasta”.

2. Breves nociones conceptuales. Aproximación al concepto y regulación de la subasta pública

Cabe tener presente que la subasta judicial es el acto a través del cual se produce la realización forzada de los bienes del deudor. Instituto que se encuentra legislado en el Código Civil como un supuesto de venta forzosa en el art. 1324, inc. 4 (1).

La denominación “subasta”, conforme explica Lino Palacio (PALACIO, Lino Enrique. “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, t. VII, p. 526), proviene de la expresión latina “sub hasta”: venta bajo la lanza. Ello por cuanto en Roma los bienes integrantes del botín de guerra tomado a los enemigos se vendían públicamente clavándose en el lugar en que se realizaría el acto un asta como símbolo del Estado y a efectos de garantizar las operaciones realizadas.

Hoy en día, mediante este acto se produce la transformación de los bienes pertenecientes al deudor (ejecutado) en una suma de dinero, destinada a solventar el crédito del acreedor (ejecutante).

El régimen jurídico procesal de la subasta está reglado en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación y en los códigos provinciales que han seguido su estructura, en la parte correspondiente al “cumplimiento de la sentencia de remate”, dentro del libro destinado a los procesos de ejecución.

Así se ha dicho que la subasta pública es el acto procesal mediante el cual se enajena, por un auxiliar del juez que actúa en su representación, el bien o los bienes embargados para satisfacer con su producido el importe del crédito que dio origen a la ejecución (2).

3. Diferencias entre los términos subasta y remate. Consecuencias de la distinción

Consideramos necesario aquí, formular ciertas precisiones terminológicas, con el fin de delimitar el objeto de estudio del presente trabajo. Ello por cuanto si bien el Código Civil utiliza, en ciertas disposiciones, en forma indistinta los términos subasta y remate, gran parte de la doctrina (3) ha diferenciado ambos conceptos, criterio que compartimos, como así también las consecuencias que derivan de dicha distinción.

(1) El artículo 1324 Código Civil expresa “Nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, la cual tiene lugar en los casos siguientes:... inc. 4° Cuando los bienes del propietario de la cosa hubieren de ser rematados en virtud de ejecución judicial”.

(2) Así la ha definido la jurisprudencia, ver LA LEY, 1991-A, 431, LA LEY, 1989-D, 87, LA LEY, 1997-2696 N° 4 y 5; ídem ST de Chubut, LA LEY, 1997 N° 7; LA LEY, 1997-A, 146, entre otras. Fallos citados por CORNEJO, Américo Atilio. “Registración de las subastas”, Revista Notarial N° 949, año 2004, pág. 632.

(3) PODETTI, J. Ramiro. “Tratado de las Ejecuciones”, 3ª ed., Buenos Aires, EDIAR, 1997; CORNEJO, Américo Atilio. “Distinción entre la subasta y el remate público”. Ponencias del XIII Congreso Nacional de Derecho Registral, pág. 253 y sigs.; MORELLO, Augusto Mario, “Subasta y compraventa”, Revista del Notariado N° 758, año 1987; entre otros.

En tal sentido, se ha destacado que la expresión remate se refiere a la venta realizada en un procedimiento voluntario, mientras que el término subasta o subasta pública -y asimismo, en sentido equivalente, las expresiones remate público o judicial-, se emplean en el marco de un proceso de ejecución (4).

Así, cuando la venta se realiza como una etapa o un medio de ejecución procesal forzada, estamos frente a una subasta -en el sentido que analizaremos en el presente trabajo-, mientras que, cuando la venta, aunque autorizada u ordenada en un proceso por el juez de la causa, no tiende a la ejecución forzada, sino al cumplimiento de la voluntad de los sujetos, no estamos en presencia de una subasta judicial en los términos a los que nos referiremos, sino que ello es un simple remate, conforme la caracterización esbozada en el párrafo precedente.

Al respecto, se ha enfatizado que el remate judicial -o subasta-, es un acto de la etapa de ejecución coactiva de las sentencias, un medio o instrumento para realizar la voluntad de la ley, y como tal, se efectúa en nombre y representación del juez, debiendo ajustarse a las instrucciones que éste, a tal fin, imparta. No es un acto comercial, como la venta bajo martillo que norma el Código de Comercio; ni un acto civil, como el contrato de compraventa por interpósita persona, sino un acto judicial, que tiene por fin la transferencia coactiva de bienes de un deudor (ejecutado), para satisfacer a un acreedor (ejecutante), conforme a una sentencia que ha reconocido una obligación (PODETTI, J. Ramiro, "Tratado de las Ejecuciones", 3ª ed., Buenos Aires, EDIAR, 1997, pág. 443).

Ponemos énfasis en esta diferenciación, por cuanto se derivan importantes consecuencias de la misma, tales como la necesidad de embargar la cosa sujeta a ejecución, en el caso de la subasta pública, a fin de sustraer al ejecutado de la facultad de disponer del bien, lo cual no es necesario en el remate; en relación a las medidas cautelares e hipotecas sobre el inmueble, su existencia en la subasta no es obstáculo para llevar adelante el procedimiento, desde que los gravámenes se trasladan al precio obtenido una vez ordenada la subasta, adquiriendo el comprador sin restricciones (conf. art. 584 del C.P.C.C. Pcia. de Bs. As. y 588 C.P.C.C.Nac.), mientras que en los remates se requiere previamente la cancelación de las medidas cautelares e hipotecas, caso contrario, deben ser asumidas por el titular de dominio (CASTRO HERNÁNDEZ, Manuel H.- URBANEJA, Marcelo Eduardo. "Subasta Judicial. Implicancias jurídicas, notariales y registrales", 1ª ed., Buenos Aires, El Derecho. Universidad Católica Argentina. Colección Académica, 2005, pág. 23).

A su vez, la salvedad que establece el art. 1184 del Código Civil, en cuanto a la innecesariedad de escritura pública -que a continuación analizaremos-, está referida solo a la subasta. Consecuentemente, la transmisión del dominio en los remates no opera hasta tanto se otorgue tal documento -escritura pública- y se haga tradición de la cosa.

También se ha señalado que en la subasta pública se dan dos requisitos imprescindibles: el "desapoderamiento" y la "oferta pública", mientras que en el remate, la venta es realizada voluntariamente por el o los propietarios y puede ser particular o judicial; "hay oferta pública" pero no "desapoderamiento". Es por ello que, en esos casos, debe otorgarse la correspondiente escritura traslativa de dominio (5).

(4) En el XIII Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en Mendoza, del 14 al 16 de octubre de 2004, en el tema II b), coordinado por los Dres. Américo Atilio Cornejo y Ricardo Papaño, se aprobó por unanimidad el siguiente despacho: "... corresponde distinguir entre subasta y remate. La subasta es la ordenada judicialmente para hacer efectivo el cumplimiento forzado de una sentencia. En cambio, la palabra remate se aplica a la venta realizada voluntariamente, aunque sea dentro de un proceso judicial en el que interviene un martillero y el adquirente resulta ser el mejor postor. Cuando el remate es de inmuebles se requiere del título (escritura pública), del modo (tradición) y para su oponibilidad a terceros interesados, de la inscripción (art. 2505 del Código Civil). La subasta es un acto procesal que forma parte de un procedimiento de ejecución, por lo que la instrumentación y publicidad de la adquisición tienen reglas distintas a las del remate".

(5) NUTA, Ana Raquel; ROTONDARO, Domingo Nicolás; y ACHA, Hugo Ricardo. "Remate y subasta pública, judicial y extrajudicial. Venta directa y adjudicación por licitación", Revista Notarial N° 930, año 1998, pág. 521.

Las diferencias señaladas tienen por finalidad delimitar el objeto del presente trabajo, ya que -como se ha dicho-, las conclusiones a las que arribaremos son aplicables solamente al supuesto de subasta judicial, y no así al remate público.

4. Transmisión de dominio en el marco de la subasta judicial

Resulta asimismo de suma importancia, puntualizar el momento en el cual se configura la transmisión de dominio en el marco de una subasta judicial, supuesto que difiere del caso del remate, tal como lo advertimos precedentemente.

En efecto, el perfeccionamiento de la adquisición del derecho real de dominio sobre el inmueble subastado se produce con prescindencia de la escritura pública, lo cual se infiere de los términos en que se encuentra redactado el artículo 1184 del Código Civil (6), en tanto la transmisión del derecho real de dominio en la subasta se formaliza en el expediente judicial que la ha ordenado, y una vez cumplidos ciertos pasos procesales.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 586 (7) establece que “la venta judicial” quedará perfeccionada una vez que se haya aprobado la subasta, mediante la pertinente resolución judicial, pagado el precio o la parte que correspondiere si se hubieren otorgado facilidades, y realizada finalmente la tradición del bien a favor del comprador.

Acreditados dichos recaudos el comprador podrá optar por testimoniar las actuaciones judiciales, o bien protocoliza (8) por medio de la intervención de un notario, las partes relevantes del expediente judicial. Esta escritura -desde el punto de vista técnico se trata de un acta por su contenido-, no cumple la función de requisito formal de transmisión de dominio, ya que el título emana del expediente y no del instrumento notarial (9).

El contenido de esta escritura acta se encuentra determinada, en el caso de nuestra provincia, por la Disposición Técnico Registral N° 12/2004, la cual establece las resoluciones judiciales que deben constar en la escritura de protocolización, a saber: el que decreta la subasta, el que aprueba la misma, el que otorga la posesión del bien, y el que ordena la inscripción.

5. Aplicación del art. 2505 del Código Civil al supuesto de la subasta. Alcances

De lo expuesto hasta aquí, y previo a inmiscuirnos en el objeto específico de este trabajo, consideramos necesario puntualizar que la transmisión de dominio operada en el marco de una subasta pública, para ser oponible a terceros, requiere la registración dispuesta por los arts. 2505 del Código Civil y arts. 2° y 20 de la Ley N° 17.801.

MAGRI, Carmen Silvia Elena. “Subasta pública y remate. Procedimiento licitatorio en la quiebra. Régimen especial de ejecución hipotecaria”, Revista Notarial N° 950, año 2005, pág. 221.

(6) El art. 1184 del Código Civil, en su parte pertinente prescribe: “Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública...” y enumera en once incisos todos aquellos supuestos en los cuales se requiere como forma solemne relativa del acto o contrato la escritura pública.

(7) Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, art. 586: “Perfeccionamiento de la venta. Después de aprobado el remate, la venta judicial sólo quedará perfeccionada una vez pagado el precio o la parte que correspondiere si se hubieren otorgado facilidades, y luego de realizada la tradición del bien a favor del comprador”. Igual texto se observa en el art. 586 del Código Procesal Civil y Comercial nacional.

(8) El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 583 -en similar sentido el art. 587 del código ritual nacional-, menciona la escritura de protocolización de las actuaciones judiciales.

(9) Su ventaja reside en la posibilidad de agrupar en un solo documento aquellas constancias del proceso judicial que tengan mayor relevancia desde el punto de vista registral, y asimismo la seguridad que brinda la matricidad del documento notarial y su posibilidad de reproducción en caso de extravío de la escritura de protocolización, lo cual representa una ventaja innegable, frente a la dificultad o imposibilidad de reproducción del testimonio judicial, en caso de extravío, deterioro o pérdida de las actuaciones judiciales. Asimismo, la intervención de un notario, hace que ese inmueble adquirido mediante subasta, quede debidamente ordenado respecto de las cargas que lo gravaban, es decir que tanto los embargos que recaían en su matrícula como las cargas impositivas, serán levantadas y liberadas por el funcionario fedatario.

En tal sentido, coincidimos con aquellos que, con acierto, han señalado que la vocación registral de la subasta surge de los incisos a) de los arts. 2º y 3º de la Ley N° 17.801 (CASTRO HERNANDEZ, Manuel H.- URBANEJA, Marcelo Eduardo, ob. cit. pág. 71).

Ello sin olvidar que parte de la doctrina (10) y cierta jurisprudencia (11) sostienen que la inscripción registral no cumple función publicitaria y de oponibilidad a terceros, porque la subasta tiene para esos efectos su régimen específico conformado por la publicidad edictal y posesoria.

Sin embargo, coincidimos con quienes diferencian ambos tipos de publicidades, en tanto la inscripción de la subasta publicita frente a terceros la transmisión ya operada; mientras que los edictos anuncian una futura transmisión, de la que se desconoce si efectivamente se realizará y, en caso afirmativo, su resultado (12).

Por ello, enfatizamos la necesidad de efectuar la publicidad registral a los efectos de oponerse a terceros la mutación real operada en el marco de una subasta judicial, una vez subastado y adquirido el bien por el comprador, postura avalada por cierta jurisprudencia (13) a la cual adherimos (14), sin

(10) El despacho A, de lege lata, aprobado en las Segundas Jornadas de Derecho Civil realizadas en la Ciudad de Mendoza, en 1991, afirma: "En el sistema vigente la adquisición del dominio sobre inmuebles en subasta judicial se perfecciona en sede extra-registral. No se exige la inscripción registral para su oponibilidad a terceros. Sólo es necesaria a los efectos del tracto". Mientras que el despacho B, contrariamente sostuvo: "También a la subasta judicial le es aplicable el art. 2505 del Código Civil". Con el primer criterio coincide ANDORNO, Luis. "Inscripción registral del inmueble adquirido en subasta judicial". Nota a fallo "Petrocelli", publicado en La Ley Litoral, 2001-1293; GATTARI, Carlos Nicolás, Practica Notarial, Buenos Aires, Depalma, 1989, t. 8, pág. 37. FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Comentado, anotado y concordado. 7ma. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2003, pág. 587. SOSA, Toribio Enrique, Subasta Judicial, 2da. ed., La Plata, Librería Editora Platense, 2002, págs. 151 y 264, entre otros.

(11) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, sent. del 25/2/93, en autos "Petrocelli, Oscar A. c. Vignatti, Angélica y otros s/ ejecutivo", publicado en La Ley Litoral, 2001-1293, donde el adquirente de un inmueble en subasta judicial, solicita la inscripción registral de la transmisión casi nueve años después de efectuada la subasta, momento en el que se suscita el conflicto con un acreedor que trabó el embargo antes de la inscripción de la transmisión dominial pero luego de realizada y aprobada la subasta. El juez de primera instancia ordenó el levantamiento del embargo. Apelada la sentencia por el embargante, es confirmada por la alzada.

(12) CASTRO HERNANDEZ, Manuel H. - URBANEJA, Marcelo Eduardo, ob. cit. pág. 71; CORNEJO, Atilio A., "Distinción entre subasta y remate público". Ponencia del XIII Congreso nacional de Derecho Registral, pág. 269. A lo cual se agrega, más allá de la publicidad edictal, que la anotación del embargo preventivo, luego transformado en ejecutorio, anuncia a los terceros la existencia de una contienda sobre el inmueble que les impide negar su conocimiento, sin perjuicio de tener en cuenta el plazo de caducidad de toda medida cautelar. Asimismo, en apoyo de tal postura, en la primera de las obras mencionadas -pág. 71-, se ha citado como ejemplo lo dispuesto por el art. 63 de la Ley 24.441 -en relación al proceso especial de ejecución hipotecaria-, cuando expresa que "La venta quedará perfeccionada... una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y hecha la tradición a favor del comprador, y será oponible a terceros realizada que fuere la inscripción registral correspondiente".

(13) El caso planteaba una vez más el conflicto entre el adquirente por subasta que no inscribió la misma en el Registro o la inscribió con posterioridad a un embargo trabado por un acreedor del ejecutado, y los pretendidos derechos de este último. Ante la denegatoria del levantamiento del embargo por parte del Registro de la Propiedad, el adquirente por subasta promueve tercería excluyente contra el titular registral y el embargante, resultando vencedor. Para así resolver, el magistrado sentenciante, si bien reconoció lo afirmado por cierta doctrina en el sentido de que "sería disvalioso tutelar al acreedor embargante por encima del poseedor", consideró que "tal afirmación resulta inatendible", ello por cuanto afirmó que "En orden a la seguridad jurídica parece mucho más razonable proteger a quien se somete a la realidad registral que a la siempre voluble realidad posesoria...". Fallo del Juzgado de 1ª Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación de Rosario, sent. del 22/07/1996, en autos "Ledo, Eduardo M. y otro c. Cacciatore, Hugo O. y otro s/Tercería excluyente" publicado en La Ley Litoral 1/1/1900, 1418, sentencia confirmada por la Cámara Civil y Comercial de Rosario, sala I donde se sienta un criterio diferente al expuesto en la causa "Petrocelli", señalada en la nota 16.

(14) Aclaramos que, no avalamos ni compartimos que, de la solución arribada en dicha causa, pueda pretenderse que la inscripción registral configure un requisito más -sumado al título y el modo-, exigible para la constitución del derecho real. Ello por cuanto, tal afirmación vulneraría el carácter que nuestra legislación (arts. 2505 del

que ello se confunda con la publicidad registral que proponemos en el presente trabajo a través del instituto “comunicación de subasta”, que nos sitúa en una etapa anterior a la transmisión de dominio concretada.

6. Publicidad de la Subasta

Efectuadas las disquisiciones precedentes, pasamos a analizar que tipo de publicidad requiere la subasta pública, durante su sustanciación, a los fines de evitar perjuicios a terceros.

La cuestión tiene particular importancia por cuanto, frecuentemente se suscitan problemas en torno a la seguridad de la subasta frente a terceros acreedores del ejecutado facultados a agredir los bienes de éste, como así también frente al adquirente en subasta.

Es sabido que, una vez ordenada la venta en subasta publica, el titular del bien ya se encuentra privado de la disponibilidad de dicho inmueble, el cual queda a disposición del juez hasta que se concreta la venta en subasta, período durante el cual, el bien inmueble en cuestión continúa registralmente en cabeza del demandado ejecutado, y a su respecto, es posible continuar inscribiéndose medidas cautelares; despacharse proveimientos de subasta, en otros procesos, y hasta incluso darse el supuesto de realizarse doble ventas.

Dichas situaciones suelen acontecer debido a la falta de anoticiamiento inmediato del auto que ordena la subasta, ya que no existe disposición normativa alguna, que exija a los interesados dar publicidad registral de dicho acto procesal de manera tal, que los terceros puedan acceder a su conocimiento, y tomar en su caso, las medidas que estimen pertinentes para resguardo de sus derechos.

En tal sentido, advertimos que al momento de procederse a la inscripción de la subasta realizada -cuando se lleva a inscribir el respectivo oficio y testimonio judicial o escritura acta de protocolización-, la Disposición Técnico Registral N° 12/04 resuelve la suerte de las medidas cautelares anotadas con posterioridad a la fecha del auto que ordenó la subasta, determinando que las mismas quedan desplazadas por la inscripción posterior del testimonio o escritura-acta de protocolización, obligándose el propio Registro a comunicar tal circunstancia a cada uno de los juzgados ofiantes de las medidas cautelares desplazadas, no obstante lo cual los inconvenientes y perjuicios no desaparecen para aquellos que se vieron menoscabados en sus derechos.

Se observa así, que el Registro actualmente toma como punto determinante, para establecer la prioridad de los documentos inscriptos sobre el inmueble en cuestión, el auto que ordena la subasta, otorgando preferencia a la adquisición en dicho proceso, por sobre los terceros registrales -que obrando de buena fe al desconocer el desapoderamiento del titular del bien, y la consecuente y posterior transmisión del inmueble operada extra registralmente en el proceso judicial de subasta-, habían obtenido una posición registral al inscribirse su medida cautelar; solución que -discutible en cuanto a su razonabilidad o justicia, y el carácter de la normativa que la sustenta-, no impide al tercero registral que se vio desplazado y perjudicado entablar las acciones que estime pertinentes por haberse visto conculcado en sus derechos, y frente a quien no puede decirse que obró con falta de diligencia y contrariando la buena fe.

Código Civil y 2º y 20 de la Ley N° 17.801) le ha otorgado a la inscripción registral en materia inmobiliaria, la cual no hace a la constitución del derecho real de dominio, sino que tiene carácter meramente declarativo y su efecto es de oponibilidad frente a terceros interesados. Por lo demás, así lo ha reconocido respetada doctrina al expresar “... he criticado la postura de aquellos que ven en la inscripción registral un tercer requisito para la adquisición de un derecho real, que se sumaría al título y al modo. He sostenido, y sigo sosteniendo enfáticamente, que el derecho real se adquiere ‘extraregistralmente’, con solo título y modo, y la inscripción sólo tiene por fin la ‘seguridad del tráfico’, protegiendo a terceros ‘interesados’, que en razón de su vinculación jurídica con alguna de las partes en la transmisión, podrán actuar apoyándose en el Registro, ‘como si no hubiese transmisión’, si no tuvo publicidad registral...”. MOISSET DE ESPANES Luis, en “Estudios de Derecho Civil-Cartas y Polémicas”, Talleres gráficos de la Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba; Córdoba, 1982, págs. 29/30; citado por FUSTER, Gabriel Aníbal, en “La “pretendida” caducidad de la comunicación de subasta”. La Ley Córdoba 15/2/2008.

Debido a la situación descrita es que propiciamos una reforma legislativa que incorpore algún mecanismo que implemente la publicidad del auto que ordena la subasta, de modo que los terceros conozcan el efecto de desapoderamiento que lo impregna, con el fin de evitar supuestos de subastas sucesivas sobre un mismo bien y la registración de medidas cautelares durante el lapso -habitualmente muy extenso-, que transcurre entre dicho acto procesal y la inscripción definitiva de la transmisión del bien inmueble mediante la registración del respectivo oficio y testimonio judicial o escritura acta de protocolización.

Estos perjuicios son los que pretendemos evitar con el instituto que proponemos, y que denominamos “comunicación de subasta”.

7. Propuesta: “Comunicación de la Subasta”

Tal como lo hemos señalado, si bien actualmente el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia toma conocimiento de la transmisión del derecho real operada en el marco de la subasta judicial, al momento de la inscripción del testimonio o escritura acta, aplicando allí la mentada DTR N° 12/04, que toma la fecha del auto que ordena la subasta como punto para desplazar las medidas cautelares anotadas con posterioridad a dicho acto; ello no garantiza una adecuada publicidad registral de los efectos jurídicos de la subasta -especialmente del desapoderamiento operado en virtud de dicho proceso-, ni evita los perjuicios ocasionados a terceros.

Por ello señalamos, que sería conveniente efectuar una reforma legislativa que asegure una correcta publicidad registral de la subasta y sus efectos. Máxime conociendo el extenso período de tiempo que habitualmente suele transcurrir entre el auto que ordena la subasta -y con él los efectos de desapoderamiento del titular del bien-; la posterior adquisición del derecho real ocurrido en sede judicial; y finalmente la inscripción registral -sea mediante el respectivo oficio y testimonio judicial, o bien mediante la escritura-acta notarial de protocolización-; con la inseguridad jurídica y trastornos que ello acarrea.

A tal fin, proponemos la implementación de un instituto al cual denominaremos “comunicación de subasta” (15), que implica un anoticiamiento que deberá efectuar el juzgado interviniente en la subasta, -a instancia e impulso de parte interesada- mediante oficio respectivo -firmado por secretario o juez-, dirigido al Registro de la Propiedad Inmueble, comunicando el auto que ordena la subasta.

Tal comunicación, deberá ser inscripta en el folio real (16) correspondiente al inmueble subastado, en la columna b) correspondiente al rubro “Gravámenes, restricciones e interdicciones”, y tendrá el

(15) La denominación escogida, proviene de la terminología implementada en la Ley Registral Inmobiliaria de la Provincia de Córdoba (Ley 5771. B.O. 12/11/74), la cual en sus arts. 34, 3° párrafo y 35, prevé un instituto similar al que proponemos en el presente trabajo. Al respecto, el art. 34 refiere a la expedición de informes registrales para las transmisiones forzadas de derechos reales, determinando que “se expedirán practicando anotaciones preventivas en el folio respectivo del acto jurídico dispuesto por la autoridad competente”, y en el párrafo que aquí interesa establece que “En caso de subasta la anotación preventiva caducará de pleno derecho a los NOVENTA (90) días, salvo que antes de ese plazo el Tribunal comunique al Registro la celebración del remate. Si el acto de subasta fuera observado, el tribunal deberá comunicar al Registro en el plazo indicado tal circunstancia, prorrogándose la inscripción preventiva hasta la notificación al Registro de la resolución definitiva que recaiga en la incidencia. en su parte pertinente refiere a la dispone”. Por su parte el art. 35 determina que “Los Tribunales, funcionarios públicos y notarios que obtengan certificaciones, informes y copias expedidas por el Registro General, en las que consten las existencias de certificaciones anteriores, gravámenes u otras disposiciones cautelares, no podrán utilizarlas sin previamente determinar si se ha hecho uso de esas certificaciones o si ha mediado subasta judicial. En los supuestos del Art. 14 de esta Ley, se hará constar el estado del proceso a no ser que el interesado expresamente releve de ello”. Sobre las características de este instituto puede verse el artículo de FUSTER, Gabriel Aníbal, citado en la nota 19.

(16) Dicho asiento registral deberá contener la carátula respectiva de la causa, el juzgado interviniente, la fecha del auto de aprobación de subasta.

carácter de una anotación preventiva (17) en los términos del artículo 33 (18) de la Ley N° 17.801, es decir que implicará un asiento temporal que quedará vigente hasta tanto se inscriba el respectivo testimonio judicial o escritura-acta de protocolización de la subasta.

Preferimos acordarle tal carácter de anotación preventiva, conforme lo prescripto por el citado artículo 33 de la Ley 17.801, que expresamente reconoce la facultad de los magistrados judiciales para efectuar este tipo de comunicaciones con un contenido sumamente amplio, atento los términos en que se encuentra redactada la citada norma.

A diferencia de otras propuestas similares (DIORIO, Atilio A. “La posible publicidad registral de las subastas sobre inmuebles y muebles registrables”, Zeus Tomo 75 D, pág. 143), nos apartamos de quienes le dan el carácter de una anotación de litis a este tipo de comunicación, ello por cuanto de adoptar tal carácter estaríamos encuadrándola como una medida cautelar, cuya inscripción tiene un plazo de caducidad de cinco años, conforme lo previsto por el art. 37 inc. b y art. 2° inc. b de la Ley 17.801, lo cual resulta inadecuado para la finalidad perseguida, a nuestro entender, ya que no es posible determinar el lapso temporal ni los inconvenientes que pueden suscitarse previo a inscribir definitivamente el testimonio judicial o escritura-acta de protocolización de la subasta.

De tal modo, no sugerimos un plazo de caducidad determinado para el mencionado asiento de “comunicación de subasta”, no obstante lo cual la vigencia del mismo estará supeditada a la necesaria e insoslayable inscripción de la adquisición en subasta pública -mediante testimonio o escritura acta-, recaudo imprescindible para la continuidad del tracto sucesivo, conforme lo estipula el art. 15 de la Ley N° 17.801.

Así, el mecanismo que proponemos, facilita o favorece la inmediata toma de conocimiento del auto que ordena la subasta y los efectos del desapoderamiento operados en dicho proceso judicial, por parte de los terceros interesados -generalmente acreedores embargantes del ejecutado-, permitiéndoles de tal modo, la posibilidad de adoptar rápidamente las medidas que estimen necesarias para lograr el resguardo de sus derechos, frente a la inminencia de la venta del bien inmueble que les procuraba garantía.

Por último, cuadra destacar que, si bien la transmisión del bien operada en el marco de subasta requiere la inscripción registral como medio de oponibilidad a terceros exigido por el artículo 2505 del Código Civil, y artículos 2° y 20 de la Ley N° 17.801 -lo cual no se cumple hasta tanto no se inscriba el testimonio o protocolización-; el tercero que intente la inscripción de alguna medida cautelar o derecho sobre el mentado inmueble, no podrá ser considerado tercero registral de buena fe, atento la publicidad efectuada mediante la inscripción de la “comunicación de la subasta”.

8. Necesidad de una reforma legislativa

Debe advertirse que, actualmente la Ley Nacional Registral N° 17.801 no contiene previsión normativa alguna que regule el supuesto planteado, habiendo ello dado lugar a que las distintas jurisdicciones locales -ante este vacío legislativo-, dicten sus propias disposiciones normativas al respecto (19).

(17) Se ha caracterizado a la anotación preventiva como “el asiento extendido en los libros de inscripciones del Registro de la Propiedad, de carácter generalmente principal y caducable, cuyo objeto es la publicidad registral de situaciones inmobiliarias de contención judicial, de secuestro o de prohibición, judicial o administrativa, de disponer, y de títulos... que por diversas circunstancias no pueden ser objeto de asiento de inscripción al que tienden...” ROCA SASTRE, Ramón M. “Derecho Hipotecario”, Bosch, Barcelona, 1968, t. II, pág. 83.

(18) En efecto el citado art. 33 establece “De acuerdo con la forma que determine la reglamentación local, el Registro practicará inscripciones y anotaciones provisionales en los casos de los artículos 9° y 18 inciso a) y las anotaciones preventivas que dispongan los jueces de conformidad con las leyes”.

(19) Cabe citar como ejemplo, la Ley Registral Inmobiliaria de la Provincia de Córdoba N° 5771. B.O. 12/11/74 arts. 34, 3° párrafo y 35. Textos transcritos en la nota 20.

Esta situación ha generado un tratamiento dispar en las distintas provincias, e incluso contradictorio, lo cual ha generado una gran confusión en el tema. Por ello es que nuestra propuesta de reforma legislativa pretende una modificación, y la inclusión del instituto “comunicación de subasta” en el texto de la Ley Nacional N° 17.801 (20).

En tal sentido proponemos que se incorpore en la misma como artículo 33 bis, el siguiente texto: “Todo magistrado judicial que decreta una subasta deberá rogar la inscripción de dicho proveído judicial, mediante oficio pertinente, elaborado a instancia de parte interesada, el cual se inscribirá como una anotación preventiva bajo la denominación “comunicación de subasta”, cuyo asiento contendrá la fecha de la resolución judicial, los autos en que fue dictada, y el juzgado interviniente”.

Proponemos asimismo, se incorpore al texto del artículo 37 el siguiente párrafo: “La anotación de la comunicación de subasta establecida en el artículo 33 bis no tendrá plazo de caducidad. Su vigencia quedará supeditada a la inscripción de la respectiva transmisión de dominio mediante oficio judicial o escritura de protolización”.

No escapa a la presente exposición que también sería conveniente regular la “comunicación de subasta” en los respectivos códigos de procedimiento locales, determinando la carga de confeccionar dicho oficio en cabeza de la parte interesada, adecuando así las normativas locales a la reforma de la ley nacional, lo cual entendemos se producirá natural y espontáneamente.

Sin perjuicio de lo cual, y en consecuencia de lo expuesto precedentemente, consideramos que nuestro Código Procesal Civil y Comercial, debería incluir la carga de la parte interesada en impulsar el libramiento del oficio respectivo para llevar a cabo la mentada “comunicación de la subasta”.

Para ello proponemos la incorporación de un párrafo al artículo 569 el cual podría quedar redactado de la siguiente manera “Acreedores hipotecarios y Publicidad Registral de la Subasta. ... Asimismo deberá oficiarse al Registro de la Propiedad Inmobiliaria, a solicitud de parte interesada, para que inscriba en el folio respectivo del inmueble subastado el auto que ordena la subasta, en los términos del artículo 33 bis de la Ley N° 17.801, para su publicidad y oponibilidad a terceros”.

9. Conclusiones

Hemos advertido que, en virtud del extenso período de tiempo que habitualmente suele transcurrir entre el auto que ordena una subasta -y con él los efectos de desapoderamiento del titular del bien-; la posterior adquisición del derecho real ocurrido en sede judicial; y finalmente la inscripción registral de dicha adquisición en subasta -sea mediante el respectivo oficio y testimonio judicial, o bien mediante la escritura-acta notarial de protocolización-; se genera una situación de ostensible inseguridad jurídica y posibles perjuicios hacia terceros interesados que tenían en miras el inmueble subastado como garantía para sus derechos.

De tal modo, teniendo en cuenta las ventajas que presenta la publicidad registral, en pos de la seguridad jurídica en materia de tráfico inmobiliario, es que bregamos por la anotación del instituto que denominamos “comunicación de subasta”.

(20) En similar sentido se ha pronunciado por el profesor Alberto F. Ruiz Erenchum en su ponencia presentada en el 2º Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas -Comisión N° 1, Subcomisión b) Derecho Registral-, realizado en la Ciudad de La Plata, los días 17 y 18 de septiembre de 2009, donde propuso la incorporación de agregados en los arts. 20 y 27 de la ley registral nacional, y en tal sentido expresó que “Con motivo de las dificultades que se originan tanto en la publicidad registral previa al acto de subasta, como asimismo la situación posterior a la subasta y su aprobación, hasta el momento que se hace efectiva la ‘inscripción registral’ de la transmisión, se propone, visto la anomia tanto procesal como sustancial en la materia, una solución incorporando dos agregados en los artículos 20 y 27 de la ley 17.801. Se apunta a dicha ley para ‘unificar’ el tratamiento en todas las Provincias del país, porque existe no sólo falta de regulación precisa, sino además una verdadera anarquía interpretativa en una materia que al momento de perfeccionarse la transmisión ocupa el espacio que al derecho de propiedad le brinda el derecho de fondo”.

La publicidad generada a consecuencia de esta comunicación facilitaría o favorecería la inmediata toma de conocimiento del auto que ordena la subasta y los efectos del desapoderamiento operados en dicho proceso judicial por parte de los terceros interesados -generalmente acreedores embargantes del ejecutado-, permitiéndoles de tal modo, la posibilidad de adoptar rápidamente las medidas que estimen necesarias y conducentes para un adecuado resguardo de sus derechos, frente a la inminencia de la venta del bien inmueble que los garantizaba.

En pos de ello, creemos necesaria una reforma legislativa a nivel nacional en primer orden, que recepte la mentada “comunicación de subasta”, la cual estaría destinada a publicitar el auto que ordena la subasta, anoticiando así a los terceros dicha situación; logrando de tal modo uniformidad legislativa a nivel nacional.

A su vez bregamos, en segundo término, por una recepción en los códigos rituales locales del instituto propuesto, respetando las idiosincrasias regionales, sobre la base de los lineamientos establecidos por la legislación nacional.

Resumiendo, la “comunicación de la subasta” en los términos propuestos se caracteriza por ser un anoticiamiento que deberá efectuar el juzgado interviniente en la subasta, a instancia e impulso de parte interesada, mediante oficio respectivo dirigido al Registro de la Propiedad Inmueble, comunicando el auto que ordena la subasta. El mismo debería ser inscripto en el folio real correspondiente al inmueble subastado, en la columna b) correspondiente al rubro “Gravámenes, restricciones e interdicciones”. Tendría el carácter de una anotación preventiva en los términos del artículo 33 de la Ley N° 17.801, con lo cual revestiría un asiento temporal que quedaría vigente hasta tanto se inscriba el respectivo testimonio judicial o escritura-acta de protocolización. No estará sujeto a plazo de caducidad alguno, no obstante lo cual la vigencia del mismo estaría supeditada a la necesaria e insoslayable inscripción de la adquisición en subasta pública, recaudo imprescindible para la continuidad del tracto sucesivo, conforme lo estipula el art. 15 de la Ley N° 17.801.

10. Bibliografía

* ANDORNO Luis O. y MARCOLIN de ANDORNO Marta. “Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Comentada. Anotada”, 2ª edición corregida, actualizada y ampliada. Ed. Hammurabi José Luis Depalma, Buenos Aires. Año 1999.

* ANDORNO, Luis. “Inscripción registral del inmueble adquirido en subasta judicial”. Nota a fallo “Petrocelli”, La Ley Litoral, 2001-1293.

* CASTRO HERNANDEZ, Manuel H. - URBANEJA, Marcelo Eduardo. “Subasta Judicial. Implicancias jurídicas, notariales y registrales”, 1ª Ed. Buenos Aires. El Derecho. Universidad Católica Argentina. Colección Académica, 2005.

* CORNEJO, Américo Atilio. “Derecho Registral”, Ed. Astrea. 1ª reimpresión. Ciudad de Buenos Aires. Año 2001.

* CORNEJO, Américo Atilio. “Distinción entre la subasta y el remate público”. Ponencias del XIII Congreso Nacional de Derecho Registral, pág. 253 y sigs.

* CORNEJO, Américo Atilio. “Registración de las subastas”, Revista Notarial N° 949, año 2004, pág. 632.

* DIORIO, Atilio A. “La posible publicidad registral de las subastas sobre inmuebles y muebles registrables”, Zeus Tomo 75 D, pág. 143.

* FENOCHIETTO, Carlos Eduardo. “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Comentado, anotado y concordado”. 7ma. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2003.

* FUSTER, Gabriel Aníbal. “La ‘pretendida’ caducidad de la comunicación de subasta”. La Ley Córdoba 15/2/2008.

- * GATTARI, Carlos Nicolás. "Practica Notarial", Buenos Aires, Depalma, 1989, t. 8.
- * LOPEZ de ZAVALIA Fernando J. "Curso Introductorio al Derecho Registral", Colegio de Escribanos de Tucumán, Víctor P. de Zavalia Editor. Buenos Aires, 1983.
- * MAGRI, Carmen Silvia Elena. "Subasta pública y remate. Procedimiento licitatorio en la quiebra. Régimen especial de ejecución hipotecaria", Revista Notarial N° 950, año 2005, pág. 221.
- * MORELLO, Augusto Mario. "Subasta y compraventa", Revista del Notariado N° 758, año 1987.
- * MOSSET DE ESPANES Luis. "Publicidad Registral. Sus Fines", Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba N° 39/40, año 1980.
- * NUTA, Ana Raquel; ROTONDARO, Domingo Nicolás; y ACHA, Hugo Ricardo. "Remate y subasta pública, judicial y extrajudicial. Venta directa y adjudicación por licitación", Revista Notarial N° 930, año 1998, pág. 521.
- * PALACIO, Lino Enrique. "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.
- * PODETTI, J. Ramiro. "Tratado de las Ejecuciones", 3ª ed., Buenos Aires, EDIAR, 1997.
- * ROCA SASTRE, Ramón M. "Derecho Hipotecario", Bosch, Barcelona, 1968.
- * SOSA, Toribio Enrique. "Subasta Judicial", 2da. ed., La Plata, Librería Editora Platense, 2002. ♦

Notas sobre teoría del Estado

POR MARIO H. RESNIK (*)

Resumen:

El autor considera que la comprensión cabal de cualquier formulación de una teoría del Estado exige conocer las condiciones sociales, culturales y políticas que constituyeron el clima vivido por cada uno de los autores. Así como que cada formulación concreta de una teoría del Estado debe ser corroborable a la luz de las experiencias históricas del autor y de la sociedad dentro de la que fue engendrada. En este sentido, postula una revisión de la teoría del Estado conocida en la Argentina con el fin de que de cuenta de la experiencia estatal de nuestros días y aliente a la formulación de conceptos prospectivos constructivos.

Palabras Claves: Estado – Política – Ciencia política

Notes About State Theory

Abstract:

The author believes that the understanding of any formulation of a theory of state demands to know the social, cultural and political developments constituted the mood for each of the authors. Just as each specific formulation of a theory of the state must be corroborated in the light of historical experiences of the author and the society within which it was generated. In this sense, presupposes a review of the theory of the state known in Argentina to that state of the experience of today and encourage the development of concepts prospective constructive.

Key Words: State - Political science - Politics

I. Significa un grato reconocimiento personal haber sido invitado a colaborar en esta publicación de la Universidad Nacional de La Plata, merced a la generosa disposición del profesor doctor Juan Carlos Corbetta, que tanto agradezco.

La Universidad Nacional de La Plata representa un hito de renovación y vivificación de los procesos educativos que se desarrollan en los claustros universitarios. Cada una de las Universidades Nacionales tuvo y tiene una impronta que la singulariza respecto de las demás. Creo que el centro conceptual de la empresa educativa que asociamos con el pensamiento y la acción de Joaquín V. González se ubica en la renovación de los métodos pedagógicos, en el cambio de actitud de los docentes, en el cultivo de las ciencias experimentales, sin descuidar a las humanidades y a las artes. En la Universidad de La Plata se conocieron los laboratorios de fisiología asociados con el estudio de las condiciones laborales de los trabajadores argentinos. En esos claustros se organizaron escuelas precursoras del periodismo y allí se cultivaron y cultivan las artes y su enseñanza. En nuestros días, en algunas universidades privadas se difunde como novedad aquello que en los claustros de La Plata se cultivó desde las primeras décadas del siglo XX

También fue precursora la Universidad de La Plata en la organización universitaria de los estudios de las actividades políticas, al crear la licenciatura en ciencia política, dentro del ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

II. Este trabajo debería leerse —y considerarse— como una serie de notas o reflexiones de un antiguo docente de Derecho Político y Teoría del Estado. En otras palabras, no se trata de un aporte

(*) Profesor regular de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido investigador del Instituto de Investigaciones Sociales y Jurídicas Doctor Ambrosio Gioja, UBA y publicado diversos trabajos sobre su especialidad, ciencia política y pedagogía. Desde 2008, Director del Departamento de Derecho Público I de esta casa de estudios.

científico riguroso sino de una suerte de ensayo acerca de cuestiones que pueden preocupar a los cultores de las disciplinas que examinan la práctica política desde un observatorio no práctico, con la ambición de sentar bases las de un cuerpo de conocimiento científico.

III. Partiré para esta exposición de un esquema descriptivo de la forma en que los docentes de Teoría del Estado desempeñan sus funciones específicas.

Esa descripción simplificada vale para Teoría del Estado y para Derecho Político.

Téngase en cuenta que en la Facultad de Derecho, en la que cumplo mis funciones docentes, la actual Teoría del Estado ha sucedido temporalmente al Derecho Político. En algún escrito anterior me referí con detenimiento a esta cuestión, con ánimo polémico. Pasados algunos años, el ánimo polémico ha decaído y hoy prevalece la intención de encontrar puntos comunes entre ambas asignaturas (1)

Creo que se puede aceptar que ambas disciplinas tienen como objeto el conocimiento de los aspectos políticos de la experiencia humana. Aunque debe reconocerse que en los cultores del Derecho Político se advertían con mayor nitidez ciertas filtraciones de orden doctrinario o ideológico. Circunstancias que también es observable en la Teoría del Estado, pero ocultas por algunos velos discursivos.

Las dos expresiones acreditan ascendientes de culturas no hispánicas. De “derecho político” hablaba Jean-Jacques Rousseau y también lo hizo la literatura de habla alemana, a partir, por lo menos, del siglo XIX. Derecho político enseñaron las facultades de derecho de las universidades argentinas, en las primeras décadas del siglo pasado. Y lo continúan haciendo en la mayor parte de los casos. Los profesores que enseñan las cuestiones que vinculan lo político con lo jurídico continúan fieles a la denominación tradicional en las cátedras respectivas, pero subrayan esa decisión cuando se agrupan en la Asociación Argentina de Derecho Político.

De teoría del Estado hablaron con preferencia doctrinarios de habla alemana. Nuestro conocimiento —el conocimiento en la Argentina— en la materia proviene, de manera inequívoca, de las obras de Jellinek (2), Kelsen (3), Schmitt (4) y Heller (5). Con menor asiduidad se recuerda a Carre de Malberg (6) y casi nunca a Arturo Sampay (7), autor argentino de una Teoría del Estado importante.

A todo ello, se le agrega una disciplina que ha ganado en difusión entre nosotros y se denomina “ciencia política”.

(1) Mario Héctor Resnik y María Alejandra Perícola: “La enseñanza de ‘Teoría del Estado’ en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires”, en *Academia*, Buenos Aires, año 4, núm. 7, 2006; p. 348 y s., especialmente p. 364 y s. Sobre relaciones entre la enseñanza de estos contenidos y la vida política general es ilustrativa la lectura de Horacio Sanguinetti: “Estudios jurídicos y política en la Universidad de Buenos Aires”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1986, II-III; Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

(2) Georg Jellinek: *Teoría general del Estado*; publicada en Heidelberg. 1900. Varias traducciones castellanas, el autor se valió de la edición de Buenos Aires, Albatros, 1954.

(3) Hans Kelsen: *Teoría general del Derecho y del Estado*, edición mimeografiada que reprodujo las partes referidas al “derecho”; Buenos Aires, 1967. Pero la obra básica del pensamiento del autor en nuestra materia es *Teoría general del Estado*; traducción directa del alemán de Luis Legaz Lacambra; México, 1959. También: *Teoría pura del derecho*, traducción del original en alemán de Roberto J. Vernengo de la obra de 1960; México, Universidad Nacional de México, 1979. En esta edición es importante la nota del traductor, p. 357.

(4) Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, de 1933.

(5) Hermann Heller, *Teoría del Estado*, de 1936; traducción al español publicada en México, por Fondo de Cultura Económica, 1942, con numerosos reediciones.

(6) R. Carré de Malberg: *Teoría general del Estado*; versión española de José Lión Depetre; México, Fondo de Cultura Económica, 1948.

(7) Arturo Sampay: *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Politeia, 1951. Hay una edición más reciente, Buenos Aires. Theoria, 1996.

Este prólogo quiere significar que el conocimiento político no es el monopolio de una disciplina única: que hay más de una de ellas que se centran en ese conocimiento y que, a juicio del autor, todas ellas contribuyen a explorar con profundidad variable el conocimiento de las experiencias políticas del género humano.

También quiero dejar en claro que el reemplazo en el ámbito académico que me es propio, de una asignatura denominada “derecho político” por otra llamada “Teoría del Estado” no ha significado un cambio sustancial en los contenidos narrados en ellas.

Si un observador externo de las clases de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires nos relatara su visión nos diría que en los cursos respectivos se mezclan datos de filosofía política. De historia de las ideas políticas, de teorías de la sociedad, de la política, del Estado, de la constitución y algunos datos de derecho positivo relacionadas con la vida política.

Es cierto que la Universidad de Buenos Aires, ha fijado los contenidos mínimos a que debería ajustarse esa enseñanza. Pero también es cierto que la libertad de cátedra obsta a que esos contenidos se cumplan de manera efectiva.

IV. Intentaré, en esta ocasión, referirme a ciertos elementos que deberían hallarse presentes en el proceso de investigación y consecuente enseñanza de una Teoría del Estado.

La narración de los contenidos de una Teoría de Estado debería atender a los siguientes elementos básicos, mínimos.

1) Congruencia en el lenguaje, tratando de mantener uniformes los significados de las palabras de clases que integren la narración. La congruencia en el significado de las palabras y sus sentidos (8) es una valla contra la tentación de caer en trampas de la argumentación. No se debería olvidar que las creaciones intelectuales nunca son producto exclusivo de la razón. No es posible construir un armazón doctrinario sin que se encuentren presentes, aunque fueran ocultas, las razones de lo afectivo. Por ello, mi referencia a las palabras, al lenguaje verbal, incluyen tanto su significado cognoscitivo como sus resonancias persuasivas, operativas (9), afectivas o directivas.

2) Atenerse a las reglas lógicas del razonamiento, sin alzarse contra las reglas de la argumentación racional encuadrado de manera central en la lógica proposicional. En el caso de utilizarse otros esquemas lógicos, se debería explicitar de manera precisa el alcance de esas lógicas no tradicionales.

Me resulta difícil concebir avances en el conocimiento y en la enseñanza, sin adoptar de manera explícita y consecuente, una metodología. Esta metodología, de acuerdo con los cánones de la comunidad científica debería ser una metodología científica (10).

Creo que los relojes de la metodología, en materia de ciencia política, derecho político o Teoría del Estado no están lo suficientemente actualizados en la Argentina. Deseo no aparecer ni ser un dogmático irracional. Pero tampoco deseo ignorar el aporte que nuevos conocimientos y paradigmas más comprensivos de los que conocimos en nuestra juventud, están haciendo por ocupar un lugar de re-

(8) Sobre mis ideas acerca del lenguaje, puede verse Paradigmas en ciencia política; Buenos Aires, Depalma, 1998; p. 173. En la versión 2010 del libro, p. 133. Cuando digo “significado” me refiero a la función descriptiva del lenguaje humano. Cuando digo “sentido” pienso en las resonancias afectivas del lenguaje común. Para estas cuestiones abordadas desde una visión sistémica, Paul Watzlawick, Janet Helmick-Beavin y Don Jackson: Teoría de la comunicación humana, Buenos Aires, Herder, 1981.

(9) Es ineludible recordar a J. L. Austin: Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con palabras, Buenos Aires, Paidós, 1997 (hay ediciones anteriores)

(10) Mis autores de referencia en la materia son Arnold Brecht y Giovanni Sartori. Del primero, Teoría política: los fundamentos del pensamiento político del siglo XX; Buenos Aires, Depalma y Ariel, 1963; del segundo, La política: lógica y método en las ciencias sociales, México, Fondo de Cultura Económica, 1984. Otras referencias pueden obtenerse en Gregorio Klimovsky y Cecilia Hidalgo: La inexplicable sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales, Buenos Aires, A-Z Editores, 1998.

levancia en el cuadro de la ciencia de nuestro tiempo. En este sentido, no resulta factible desconocer que crece el número de disciplinas que pugnan por explicar los fenómenos de la experiencia humana, incluyendo las experiencias sociales. Por eso es cada vez más frecuente hablar de concepciones multidisciplinarias o interdisciplinarias, sin que pueda encontrarse un concepto común o generalmente aceptado. Por eso, he propuesto recurrir a la idea de multidimensionalidad, para dar cuenta de la complejidad de todos los fenómenos cognoscibles por los individuos y de la conveniencia de reconocer la utilidad de recurrir a esas visiones diferentes para perseguir y a veces obtener mejores comprensiones de esos fenómenos (11).

En lo que respecta a la Teoría del Estado sostengo que la Teoría General de Sistemas proporciona herramientas metodológicas aptas para mejorar la comprensión de los elementos que contribuyen a edificar esa Teoría.

Con una concepción de Teoría General de Sistemas se puede edificar una Teoría del Estado que pueda considerarse como inclusiva de todos los elementos que hoy se esfuerzan por ofrecer una explicación única del fenómeno estatal.

En estos tiempos se hable con frecuencia, pero no siempre con cabal comprensión del concepto de “multidisciplina” o “interdisciplina”. Sin embargo, subsisten las viejas divisiones y la incomprensión generalizada de los diferentes enfoques.

Sucede que las dicotomías reales vencen a las pretensiones de la interdisciplina. Es por ello, que proponemos el reemplazo del concepto de “multidisciplina” o de “interdisciplina” por el de multidimensionalidad, consecuencia de la pluralidad de dimensiones que surgen a partir de la pluralidad de visiones, producto, a su vez, de la pluralidad de atalayas desde las que se puede otear el panorama de los mundos de la política y del Estado.

Y también proponemos la adopción de la Teoría General de Sistemas por tratarse de una concepción dinámica de las experiencias percibidas, que las admite a todas en la visión de la metodología y no reclama para ninguna de ellas una sedicente supremacía, que convierta en feudo inexpugnable a cada una de las dimensiones expresadas por cada una de las disciplinas —dicotomías— en juego.

V. Trataré de ejemplificar con algunos conceptos que se originan en la Teoría de Sistemas y ofrecen manifestaciones en la Teoría del Estado.

La Teoría de Sistemas se origina en las mentes de biólogos del siglo XX; primero, Ludwig von Bertalanffy, a fines de la década de 1920 y, más adelante, a fines de los años de 1940.

Reconozco que los pensadores políticos y sociales ven con cierta desconfianza a los conceptos originados en las ciencias biológicas. Es verdad que ya en la Roma republicana las metáforas pseudo biológicas fueron utilizadas a favor de las ideas conservadoras de la organización social.

Pero también debería recordarse que las ciencias sociales se refieren a sus objetos de conocimiento recurriendo de manera habitual a las metáforas, por lo menos desde la figura de la caverna de Platón en más.

No debería atemorizarnos la utilización de metáforas si somos capaces de traducirlas a lenguajes cercanos a lo neutro o resignificarlas en términos también cercanos a lo neutro. Con la prevención de que la neutralidad absoluta no es propia de la compleja naturaleza humana ni de sus productos.

En Teoría General de Sistemas se habla de ontogenia, tal como se lo hace en la biología. En ciencias sociales, incluidas la Teoría Sistémica del Estado, corresponde hablar de la historia del sistema (sin perjuicio de tener en cuenta, también, la ontogenia que dio origen a la teoría de que se trate).

(11) Para los conceptos de “multidisciplina”, “interdisciplina” y similares, remito a la lectura de Rolando García: *Sistemas complejos. Conceptos, métodos y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*, Barcelona, Gedisa, 2006. Para la “multidimensionalidad”, el citado *Paradigmas en ciencia política*, ps. 18 y 19.

En Teoría General de Sistemas se habla de epigénesis. En Teoría del Estado (también en derecho político) se ensayan tipificaciones y clasificaciones de los conceptos de Estado.

Creo que estoy a tiempo de afirmar que una Teoría del Estado no es una descripción de organizaciones estatales determinada. Una Teoría del Estado es un ensayo por construir una armazón conceptual, consistente y congruente, que posibilite describir y comprender la operatoria de cualquier sistema social que en el uso común del lenguaje se llame “Estado”. Estos estadios históricamente determinados llamados “Estados” constituyen la epigénesis del concepto general de “Estado”.

Un sistema es un cuadro conceptual explicativo de la complejidad del mundo o si se quiere explicación de un fragmento complejo de un mundo también complejo.

A esa explicación de la complejidad concurre la propuesta de considerar a un sistema como un flujo, reflujo e interreflujo de comunicaciones dentro de un ámbito previamente definido.

Ese flujo permanente de comunicaciones, de apoyos y demandas, de respuesta y otra vez de demandas y apoyos son una muestra de las intercomunicaciones que configuran ese sistema.

En esa trama conceptual de las comunicaciones se puede comprender cualquier instancia de las acciones políticas que se desarrollen dentro del sistema estatal que se considere (12).

VI. Creo importante sostener que no cabe la posibilidad de enunciar teorías con pretensión de científicas en el vacío. Y esta afirmación vale para todo tipo de ciencias e incluyen a los pensamientos que se enhebran dentro de las humanidades (13).

Si la teoría no es un ejercicio delirante, es sencillo aceptar que los autores, aun los que desarrollan pensamientos del alto nivel de abstracción, en respuesta a interrogantes de su ambiente y de su tiempo (14).

Dado cualquier autor clásico, es posible conocer las cuestiones que pretendía afrontar con sus planteamientos teóricos.

Habré de referir de modo somero a algunos de los autores más conocidos de Teoría del Estado.

1) Johann Caspar Bluntschli, autor de habla alemana y de nacionalidad suiza; fue cultor de una teoría del Estado con ciertas repercusiones en la cultura inglesa. Repárese en que la edición que me sirve de referencia contiene la traducción al inglés de la obra y fue editada por la Oxford University Press, a finales del siglo xix. La edición que me sirve de referencia es la segunda en inglés y data de 1892 (15). Es aproximadamente el momento en que Walter Bagehot escribe *La constitución inglesa*, con el objetivo de captar el funcionamiento real del sistema estatal inglés, más allá de las palabras, en una empresa de sociología política. Es del caso recordar a otro autor empeñado en la tarea de escudriñar el funcionamiento y las relaciones del sistema político, estatal y constitucional de Prusia, Ferdinand Lassalle con su clásico *¿Qué es una constitución?*, obra de 1862. Ese parece uno de los objetivos de los cultores de la Teoría del Estado de esos años en Europa: describir las estructuras ju-

(12) Más detalles sobre estas ideas pueden verse en *Paradigmas... y Estado y política*, ya citadas.

(13) En este aspecto, mis desarrollos adhieren a los formulados por Stephen Jay Gould, en especial en *Erase una vez el zorro y el erizo*. Las humanidades y las ciencias en el tercer milenio; obra de 2003; Barcelona, Crítica, 2010. También sigo el cauce de Gould cuando me refiero a las dicotomías, tanto entre las ciencias y las humanidades como dentro de cada disciplina particular. Consideraciones análogas podrían encontrarse en la Teoría del hombre del pensador argentino Francisco Romero.

(14) No se trata de una afirmación original. En otras palabras, el concepto expuesto en el texto se emparenta con la idea de superestructura de Marx y Engels y con ideas de Karl R. Popper, en *El desarrollo del conocimiento científico*. Conjeturas y refutaciones. También podría recordarse a Karl Mannheim, en *Ideología y utopía*.

(15) La Teoría general del Estado de Johann Caspar Bluntschli comprende dos grandes partes. La primera podría traducirse como “Teoría General del Estado”. La segunda parte del tratado se refiere a la ciencia política. La obra se publicó originariamente en 1852 y su quinta edición es de 1875.

rídicas y develar las relaciones disimuladas entre el ropaje de la letra jurídica, en los ámbitos sociales que les eran propios.

Con solo repasar el índice de la obra, se advierten las venerables raíces que tienen los contenidos que aún hoy consideramos propios del contenido de las disciplinas del Estado y el conocimiento de la política. Aparecen elementos de teoría social, de antropología y específicos de una disciplina que atañía al concepto de “Estado”.

2) Georg Jellinek. Para este autor el interrogante acuciante consiste en responder a los interrogantes que suscita transformar un Estado de corte autoritario en un Estado Liberal de derecho, tal como se planteaba la cuestión a fines del siglo XIX y comienzos del XX.

En la obra de Jellinek se aprecian elementos que hablan de la supervivencia de una Teoría del Estado tradicional, al estilo del autor citado sub 1). Pero también aparecen elementos vinculados con las cuestiones del ejercicio del poder del Estado en relación con los individuos cuyas acciones quedan comprendidas en las normas que los órganos especializados del Estado crean y limitan la libertad de los individuos.

Si fuera necesario allegar más argumentos para destacar la importancia que reviste la sociedad o ambiente en la que desarrolla su tarea el teórico, habría que recordar la trabazón de la obra de Jellinek con el pensamiento de Max Weber, uno de los progenitores de las versiones del siglo XX de la Teoría del Estado. Todavía hoy es habitual que la enseñanza de la Teoría del Estado se desarrolle dentro de moldes weberianos.

3) Hans Kelsen. La Teoría Pura del Derecho no nace de una exigencia puramente metodológica ni de una postura antiideológica exclusivamente. Según afirma Kelsen en su Autobiografía, su inquietud práctica se relacionaba con la necesidad de que Austria contara con un orden jurídico que superase la multiplicidad de grupos humanos y de sub órdenes jurídicos que convivían después de la posguerra de 1918 en esos territorios.

Es notorio que en el pensamiento de Kelsen todas aquellas oposiciones que aún subsisten en grandes partes del discurso jurídico dan paso a unidades conceptuales. De tal modo, convergen los derechos con los deberes; el derecho privado con el público; el Estado y el Derecho.

En punto a la unificación de los conceptos de Estado y derecho, no estará de más recordar que esa unificación es el resultado de ajustar los conceptos al punto de partida que Kelsen adopta. Su visión teórica es la propia de la dogmática jurídica y el mundo que examina, la dogmática como el teórico que Kelsen es, está limitado en principio a lo normativo jurídico. Si mi herramienta metodológica es el concepto de “norma jurídica” es natural que mi visión se limite a las normas jurídicas. Pero ese acotamiento metodológico no le impide a Kelsen comprender que el mundo no está integrado en exclusividad por datos normativos jurídicos; hay normas de otras clases e incluso hay normas que resultan de actos de órganos facultados para crear normas coercitivas. También se registra la existencia de normas morales, religiosas y consuetudinarias.

Pero sí debe advertirse que cuando Kelsen sostiene que todo Estado es Estado de derecho juega con sentidos varios de la palabra “Estado”.

En una concepción solo normativa podría aceptarse que fuera veraz que todo Estado es Estado de derecho. Pero hay que formular varias salvedades. Cuando se hace referencia a un Estado de derecho se está haciendo hincapié en que en ese tipo de Estado los órganos del poder, sean estatales o no estatales, se encuentran limitados por las normas constitucionales. Así lo pensaba, con menor pulcritud lingüística, Georg Jellinek cuando escribía acerca de la autolimitación del Estado.

Por lo demás, desde el punto de vista metodológico que adopto, el de la Teoría General de Sistemas, una cabal comprensión del concepto de “Estado” debe hacerse cargo de la complejidad de esas palabras, que abarca tanto relaciones jurídicas cuanto tramas de orden psicológico y sociales, así como históricas.

En este sentido, le asistía razón parcial a Hermann Heller cuando sostenía que la Teoría del Estado de Kelsen era una Teoría del Estado sin Estado, en el sentido de que los elementos empíricos no jurídicos tenían papeles limitados en la explicación. Pero eso era así en la medida en que el pensamiento de Hermann Heller, pese a su origen de jurista, pretendía explicar el concepto de “Estado” más allá de consideraciones exclusivamente jurídicas.

Debe recordarse que Kelsen comenzó su carrera académica en el área de la Teoría del Estado, creyendo —creencia que comparto— que una Teoría del Estado no está completa sino incluye una Teoría del Derecho.

Kelsen mantuvo esa creencia a lo largo de su extensa producción. Siempre sus teorías jurídicas incluyeron una parte importante acerca del Estado, y eso a partir de 1919, con su primer libro célebre (16).

Tampoco desdeñó los elementos sociales que subyacen en toda experiencia normativa. Una muestra de esa preocupación puede apreciarse en *Sociedad y naturaleza*, traducida y publicada en Buenos Aires, en 1943.

4) Carl Schmitt responde a la ideología del pensamiento único, exclusivista, belicista y antihumano que haría de caracterizar al nacionalsocialismo. Contra lo que suele decirse —que Carl Schmitt (17) solo era integrante de grupos políticos católicos y conservadores— el autor de *Teoría de la constitución* fue militante del nacionalsocialismo y ejecutor de sus políticas persecutorias incluso en los ámbitos universitarios. Es el teórico del estado excepcional; del Estado de guerra como situación habitual; del disidente como enemigo. Cualquier consideración sobre el valor intelectual del pensamiento teórico del autor cede, retrocede, ante la magnitud de su inhumanidad. A propósito de esta consideración, será bueno leer Vasili Grossman, *Vida y destino*, especialmente en los pasajes en los que resalta las semejanzas y aproximaciones de las doctrinas bolcheviques y nacionalsocialista (18).

5) Hermann Heller, por su parte, trata de responderse a cómo pudiera ser posible organizar un Estado alemán, que no sea débil como fue el régimen de Weimar y que se encuentre en condiciones de responder a las demandas sociales de su tiempo, alejado a la vez del nacionalsocialismo y del comunismo soviético.

6) En este somero recordatorio debe reservarse a quien mucho pensamiento dedicó al Estado europeo y norteamericano del siglo XIX me refiero a Karl Marx. Y asocio con Marx a su camarada Friedrich Engels, estudioso de las organizaciones e instituciones sociales, tales como la familia, la propiedad y el Estado.

En este punto corresponde realizar un excursus, que nos conduzca a pensar en cómo se elaboran paradigmas en las ciencias sociales.

En mis años de formación en estas cuestiones era un lugar común sostener que los contenidos de “derecho político” —no se insistía en aquellos años en teoría del Estado— eran anacrónicos y por ende debían ser reemplazados por los rótulos que lo recubrían en los Estados Unidos, esto es, “gobierno y administración”. Se difundía la impresión de que los estudios acerca del Estado carecían, por entonces, de virtualidad. Todo ello, a partir de una concepción política que intentaba reducir a su menor gravitación al influjo del Estado sobre la vida social, de los particulares e incluso de grupos importantes de actores públicos.

(16) V. Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979. Roberto J. Vernengo fue el traductor, desde la edición en alemán, publicada en Viena, en 1960.

(17) A título de referencia, v. Bernd Rüthers: *Carl Schmitt en el Tercer Reich. ¿La ciencia como fortalecimiento del espíritu de la época?*; trad. de Luís Villar Borda: Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

(18) Vasili Grossman: *Vida y destino*; trad. de Marta Rebón: México, Lumen, 2008. Especialmente p. 678/707. Se narran allí las últimas horas de condenados a las cámaras de exterminio; imposible no enlazar la trágica narración con el pensamiento teórico de Carl Schmitt.

Esas afirmaciones desconocían, fuera por ignorancia culposa, fuera por ideología, que en los Estados Unidos se enseñaban estos temas desde perspectivas alejadas de las visiones más ortodoxas del modelo. En efecto, en universidades de los Estados Unidos y de Inglaterra se comunicaban contenidos irradiados desde el pensamiento de Karl Marx. Para comprobarlo, v. el libro de Aronowitz que se cita en la nota (19).

Otras referencias al pensamiento de Karl Marx acerca del Estado pueden leerse en obras de Rodolfo Mondolfo (20); Maximilien Rubel (21) y Norberto Bobbio (22). Por cierto que Marx no pretendió generar una teoría positiva del Estado. Pero es probable que el nivel crítico de Marx acerca del Estado del período del auge burgués no tenga parangón. Lo que se silencia por lo general es que la visión de Marx concluía en el final del Estado, no en su exaltación definitiva; en su abolición y en la instauración de una sociedad que no fuera gobernada por voluntades coactivas; esto es, el paso de la sociedad de la necesidad a la sociedad de la libertad.

Como si esto fuera poco debe repararse en que dentro de la cultura universitaria anglosajona se siguió cultivando la teoría del Estado, en sentidos muy similares a los tradicionales conocidos entre nosotros desde hace muchas décadas.

A título de ejemplo vuelvo a remitir a la obra de Aronowitz, ya citada.

Pero puedo remitir a obras más modernas, tales como *Theory of State*, que nos informa acerca del estado de la cuestión en otros sectores de la cultura anglosajona. Como se ha dicho, en la cultura anglosajona se registran exámenes y estudios referidos a la Teoría del Estado (23).

Ese texto actualiza los contenidos de la Teoría del Estado en relación con cuestiones actuales que convocan a nuevas reflexiones. Algunas de los temas tratados son: teoría marxista del Estado; la doctrina de la elección pública; el institucionalismo (del viejo al nuevo); el feminismo; la teoría verde; el posestructuralismo (24); la globalización y el Estado; la transformación del Estado; la gobernanza, el gobierno y el Estado; lo público/privado y los límites del Estado.

Es del caso incluir referencias a concepciones provenientes del mundo de habla portuguesa, tal como la obra de Luiz Alberto G. S. Rocha: *Estado, Democracia e Globalizacao*, Río de Janeiro, Editora Forense, 2008.

(19) Stanley Aronowitz and Peter Bratsis, Editors: *Paradigm Lost. State Theory Reconsidered*; Minneapolis; University of Minnesota Press, 2002.

(20) Una obra importante de Rodolfo Mondolfo en procura de claridad de pensamiento marxiano frente a la experiencia bolchevique fue *Sulle orme di Marx*, de 1919. Obras posteriores son *Marx y marxismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1960, y *El humanismo de Marx*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964. En esta obra se reproduce un ciclo de lecciones que Mondolfo dictó en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Al mismo tiempo se conoció entre nosotros un libro de Erich Fromm, que consideraba al pensamiento de Marx como la expresión de un humanismo, expresado de manera sobresaliente en los *Manuscritos de 1843/44*. Para Mondolfo la filosofía de Karl Marx debía considerarse como un “humanismo realista” y no como un materialista.

(21) Maximilien Rubel: *Karl Marx. Ensayo de autobiografía intelectual*; Buenos Aires, Paidós, 1970.

(22) Bobbio se refirió muchas veces al pensamiento marxiano en relación con el concepto de “Estado”. Quede bien aclarado, como lo hizo el propio Bobbio, que éste no estaba formado dentro del modelo de pensamiento propio de Karl Marx y que su adhesión al socialismo lo era al socialismo liberal del que había sido heraldo y mártir Carlo Rosselli. Como ilustración, puede verse N. Bobbio y M. Bovero: *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*; México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

(23) Colin Hay, Michael Lister and David Marsh: *The State. Theories and Issues*; Hampshire, Palgrave Macmillan, 2006.

(24) Con referencias a autores que circulan entre nosotros e incluso reciben cierto grado de aprobación oficial, tales como Ernesto Laclau y Chantal Mouffe (en referencia a “la imposibilidad del Estado”); v. p. 161.

En esa área habría que recordar también los aportes de Boaventura de Sousa Santos, con *Pensar el Estado y la sociedad* (25).

No deseo omitir a Arturo Sampay, autor sumergido en un práctico olvido, quien elaboró una conceptuosa teoría del Estado, afín en alguna forma con el pensamiento que en el campo de la Teoría del Derecho emprendía Carlos Cossio, a fines de la década de 1940 y principios de la del 50 (26).

VII. La Teoría del Estado, hoy

Dentro del ámbito de las facultades de derecho que cumplen sus tareas en la Argentina se han editados varios textos referidos a Teoría del Estado. Entre ellos, recuerdo a Tulio Ortiz (27), Arturo Pellet Lastra (28) y Carlos Strasser (29). En todos ellos, se formulan resúmenes conceptuosos de la teoría clásica del Estado formulada a filo del comienzo del siglo XX por Georg Jellinek. Algunos autores, como Carlos S. Fayt, incluyen versiones de la teoría del Estado de Hermann Heller.

Aseguro que las referencias metodológicas que utilizan los autores citados resultan, por lo menos, desactualizadas. Bastaría con comparar las consideraciones metodológicas que expresan con las formuladas por un experto argentino, Gregorio Klimovsky, con respecto a la metodología de las ciencias sociales. Esta obra, con resultar más actualizada, tampoco se encuentra a la altura de las propuestas metodológicas de nuestro tiempo.

En ese terreno se ubica el libro verde que me pertenece, nacido con la esperanza de proponer una metodología más adecuada a los tiempos que corren en materia de aproximaciones al conocimiento científico del concepto "Estado".

En ese sentido recomiendo la lectura de las obras de Stepehn Jay Gould. A las citadas con anterioridad agregó: *Ontogenia y epigénesis, Ciencia versus religión, La falsa medida del hombre*, entre otras.

VIII. Una metodología a la altura de nuestro tiempo.

Desde hace muchos años vengo proponiendo la utilización de una metodología que parta de una visión holística del mundo y adopte una aproximación sistémica al mundo.

Las visiones holísticas no representan novedad dentro de las consideraciones de orden metodológico. Es posible remontarlas hasta las concepciones filosóficas de los presocráticos, en especial Heráclito. Y sus huellas se podrían encontrar desarrolladas en las filosofías dialécticas de Hegel, de Marx y pensadores afines. Así lo explicaron desde el ámbito de la historia de la filosofía Zeller (para los presocráticos) y Mondolfo (para los presocráticos, Hegel y Marx).

Lo que sí representa una actualización de las concepciones holísticas es la adopción de metodologías sistémicas, en las cuales la complejidad es aceptada como un rasgo siempre presente en la experiencia del conocimiento.

Siempre representó motivo de curiosidad el hecho de que las concepciones sistémicas del conocimiento del mundo me fueran presentadas por el profesor Mario Justo López (30). El doctor López

(25) Buenos Aires, Waldhuter Editores, 2009. Otra versión, en *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, Buenos Aires, CLACSO, 2005.

(26) De Arturo Sampay: *Introducción a la teoría del Estado*, o.c. en nota 7.

(27) Tulio Ortiz: *Política y Estado*; Buenos Aires, Estudio, 1991.

(28) Arturo Pellet Lastra: *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

(29) Carlos Strasser: *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

(30) Hay referencias a las explicaciones sistémicas y remisiones expresas a la obra de David Easton en *Introducción al conocimiento político*, vol. I., Buenos Aires, Kapelusz, 1968, y en *Manual de derecho político*, Buenos Aires, Kapelusz, 1973. También hay referencias ligeras a la teoría sistémica en Carlos S. Fayt, *Derecho político*, Buenos Aires, La Ley, 12ª edición, 2009, p. 126. Señalo que el texto cae en un equívoco habitual, confundir la aproximación sistémica con el enfoque funcionalista. Cuando se pretende igualar los dos enfoques, el sistémico con el

se encontraba en una encrucijada del conocimiento, puesto que su formación en la especialidad del conocimiento político se remontaba a tiempos de corte institucionalista. Pero, al mismo tiempo, era consciente, y conocía los desarrollos de la ciencia política de su tiempo. De otra manera, no resultaría explicable que en *Introducción al conocimiento político*, primero, y en *Manual de derecho político*, después, hiciera referencias concretas al pensamiento de David Easton, el precursor en la postulación de aproximaciones sistémicas en el área del conocimiento político y que tratara de tender puentes entre el conocimiento más tradicional en la materia y conceptos de la teoría sistémica. Sin embargo, no utilizó de manera decidida esa metodología.

A modo de síntesis diré que una aproximación sistémica a una disciplina cualquiera, es una aproximación que pretende tomar conciencia de la complejidad del mundo y de su área de conocimiento específico; brindar elementos que permitan pasar del caos de la complejidad a la organización de un cosmos del conocimiento. Que la pretensión de la teoría es tomar conciencia del dinamismo de los procesos que estudia; de la permanente interrelación de los rasgos relevantes de la explicación y de la adopción de criterios de causalidad que divergen de las visiones tradicionales en materia de causalidad lineal. Para la teoría de sistemas el concepto de causalidad lejos de referirse a una secuencia causal, nos conduce a considerar procesos de alimentación mutua, permanente, recíproca e interdependiente. Mayores detalles pueden verse en los trabajos del autor que ya fueron citados.

IX. Me he referido antes a la idea de la adopción de modelos de conocimiento que hagan justicia a los conocimientos epistemológicos propios de nuestro tiempo. Cada tiempo exige una renovación del compromiso con las herramientas del conocimiento de ese tiempo.

Es más, me parece que no resulta posible testimoniar el estado del conocimiento de cierto tiempo si no se lo coordina con lo que la humanidad está en condiciones de conocer en cada uno de esos momentos.

Más allá de la consistencia lógica y de la congruencia lingüística y la posición ante los valores de cada investigador, debería aceptarse que la adopción de metodologías afinadas con los logros del tiempo, permite el diálogo entre las distintas atalayas del conocimiento y, de esa manera, tender puentes entre los diversos saberes. Saberes que no deberían considerarse en competencia deportiva, sino en cooperación constructiva. Una visión del conocimiento divergente de la propia no la anula, sino que la enriquece.

Desde ese punto de vista, reitero, los debates sobre interdisciplina, multidisciplina o conceptos similares adquieren nuevas dimensiones de enriquecimiento del conocimiento. Considero que las palabras que contengan la partícula “disciplina” favorecen, en verdad, la fortificación de las dicotomías y de las propias disciplinas particulares en detrimento de la comunicación positiva entre especialidades del conocimiento. Por ello, a mi juicio, sería más conducente referirnos y pensar en términos de multidimensionalidad.

X. Exigencias metodológicas adicionales para una Teoría del Estado.

(a) Que se haga visible la impronta del ambiente en el que esa Teoría se explicita, se haga pública. De manera ineludible, cualquier Teoría del Estado habrá de tener ese sello, aunque no siempre se lo haga de manera visible o explícita.

(b) Que sobrelleve la prueba de su aplicación práctica. Hemos sostenido que una Teoría del Estado no se refiere de manera directa a objetos empíricos de conocimiento, A mi modo de ver, una Teoría del Estado es una colección de enunciados o conceptos centrados en el concepto de “Estado”. Pero en mi concepción, esos conceptos de orden teórico deberían ser útiles para explicar y comprender las experiencias históricas, sociales, culturales y jurídicas que se suelen llamar “Estados”. Significa que propongo para evaluar una Teoría del Estado recurrir a dos tipos de conceptos: unos, del orden

funcionalista, la intención consiste en desvalorizar el enfoque funcionalista por considerárselo como proclive al conservadurismo social.

teórico (consistencia y congruencia); otros, del orden del conocimiento de experiencias de carnadura histórica. En este acápite, reclamo de una Teoría del Estado que contribuya a explicar de manera significativa experiencias históricas. En el caso de la Argentina, que cumpla esas funciones, respecto de las prácticas e instituciones del pasado así como del presente y que permita encauzar una perspectiva razonable de la Argentina. En lo personal, a esa razón se debe que la segunda parte de Estado y política se encuentre dedicada a un repaso de la historia política argentina, examinada desde la dimensión sistémica.

(c) En otras palabras, que la teoría pueda ser sometida a la prueba argumental del pasado histórico de la Nación. A este propósito recuérdese que Giovanni Sartori sostuvo que las proposiciones de la ciencia política debían ser sometible a verificaciones comparadas, estadísticas, de laboratorio o históricas.

(d) Que tenga vocación de prospectiva. Quiero decir que no se agote en una ayuda para comprender el pasado ni sea solo una explicación del presente. Que pretenda tener credenciales para entender las acciones políticas de mediano o incluso largo plazo, de modo que sea contribuyente a ordenar acciones que pretenda realizarse a lo largo de secuencias prolongadas del tiempo.

(e) Que sea consciente de que existen áreas de la sociedad que no han recibido una atención concordante con su importancia para condicionar los procesos políticos y jurídicos de nuestra experiencia. Menciono el aporte de Felipe Villaro y los que realiza en la actualidad Boaventura do Santos.

(f) Que sea consciente de que debemos renovar el mapa social y con esa renovación adecuar la visión de los procesos sociales que tienen su continente en el Estado.

(g) Que refleje esas nuevas realidades: que comience por darles un lugar en la teoría, de tal manera que puedan diseñarse políticas que acompañen esos procesos de cambio.

(h) Debe ser superadora de las dicotomías, al menos en el orden del conocimiento. Debe repararse en la fuerza incoercible del lenguaje en la conformación de formas de buena o mala convivencia. No pocas veces lo que nace como una dicotomía del lenguaje concluye en episodios bélicos en la experiencia. La Guerra Civil Española de 1936/1939 fue precedida por una guerra de palabras y discursos. El Holocausto fue precedido por construcciones teóricas que reducían la experiencia política a la vivencia que se traducían en la dicotomía amigo/enemigo. Léase a Furtwangler para recordar que las campañas de exterminio fueron precedidas, de manera casi matemática por expresiones de odio intergrupal e irracional.

(i) Que abrace a todas las ramas del conocimiento, se llamen disciplinas o dimensiones, que son ellas las que expresan de manera irrecusable la complejidad del conocimiento de lo estatal.

(j) Que permita abrir el conocimiento y la comprensión de la sociedad global y sus conformaciones jurídicas.

(k) Que se encuentre a la altura de las exigencias metodológicas de nuestro tiempo, para permitir un fecundo diálogo con otras visiones de la experiencia social.

XI. Hacia una metateoría del Estado.

En el fondo de las notas que se han leído yace la propuesta de pensar en que la Teoría del Estado, como cualquier otra teoría requiere tomar conciencia de que más de ella, se encuentra una metateoría, ese conjunto de razones que explican y sustentan los desarrollos de una teoría.

Concibo una teoría del Estado que se plantee como objetivo la integración de las diferentes visiones que coinciden en su intención de describir y explicar el concepto de "Estado", incluyendo las concepciones del "anti Estado" que pudieran sostener visiones "ácratas" de la organización social (31).

(31) Aníbal D'Auria (director): El anarquismo frente al derecho. Lecturas sobre propiedad, familia, Estado y justicia; Buenos Aires, Buenos Aires/La Plata, Terramar Ediciones, 2007.

Esa integración nos conduce a pensar que el concepto “Estado” tiene la finalidad de explicar una complejidad, que se plantea, en primer lugar, en el plano del lenguaje. Pero de una complejidad que se origina en el nivel de las experiencias y de las interacciones comunicacionales, constitutivas de las tramas sociales, íntimamente conectadas con las experiencias estatales, al menos en el mundo de la cultura generalizada en el siglo XXI.

En una palabra, postulo no utilizar las dicotomías habituales en la construcción del pensamiento como herramientas del poder ni como obstáculos para configurar conocimientos integrados, sino como instrumentos para la comprensión y el conocimiento de nuestro objeto de estudio.

Bibliografía

Aronowitz, Stanley y Bratsis, Peter: *Paradigm Lost. State Theory Reconsidered*; Minneapolis, University of Minnesota Press, 2002.

Austin, J. L.: *Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con palabras*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

Bluntschli, Johann Caspar: *Teoría general del Estado*, 1852, London, Oxford University Press, 1892.

Bobbio, N. y Bovero M.: *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*; México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

Brecht, Arnold: *Teoría política: los fundamentos del pensamiento político del siglo XX*; Buenos Aires, Depalma y Ariel, 1963.

Carré de Malberg, R. *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948.

D'Auria, Aníbal A (dir.): *El anarquismo frente al derecho. Lecturas sobre propiedad, familia, Estado y justicia*; Buenos Aires/La Plata, Terramar Ediciones, 2007.

De Sousa Santos: *Pensar el Estado y la sociedad*; Buenos Aires, Waldhuter Editores, 2009.

Fayt, Carlos S.: *Derecho político*; Buenos Aires, La Ley, 2009.

García, Rolando: *Sistemas complejos. Conceptos, métodos y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*; Barcelona, Gedisa, 2006.

Grossman, Vasili: *Vida y destino*, México, Lumen, 2008.

Hay, Colin; Lister, Michael and Marsh, David: *The State. Theories and Issues*; Hampshire, Palgrave Macmillan, 2006.

Hay Gould, Stephen: *Erase una vez el zorro y el erizo. Las humanidades y las ciencias en el tercer milenio*, Barcelona, Crítica, 2010

Heller, Hermann: *Teoría del estado*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, con numerosas reediciones.

Jellinek, Georg: *Teoría general del Estado*; Buenos Aires, Albatros, 1954.

Kelsen, Hans: *Teoría general del Derecho y el Estado*; Buenos Aires, mimeo, 1967.

Kelsen, Hans *Teoría general del Estado*, México, UNAM; 1959.

Kelsen, Hans *Teoría pura del derecho*, México, UNAM; 1979.

Klimovsky, Gregorio e Hidalgo, Cecilia: *La inexplicable sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales*, Buenos Aires, A-Z Editores, 1998.

López, Mario Justo: *Introducción al conocimiento político*; Buenos Aires, Kapelusz, 1968.

López, Mario Justo *Manual de derecho político*; Buenos Aires, Kapelusz, 1973.

Mannheim, Carl; *Ideología y utopía*, Buenos Aires, Aguilar, 1968.

- Mondolfo, Rodolfo: Marx y marxismo, México, Fondo de Cultura Económica, 1960.
- Mondolfo, Rodolfo El humanismo de Marx, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- Ortiz, Tulio: Política y Estado; Buenos Aires, Estudio, 1991.
- Pellet Lastra, Arturo: Teoría del Estado; Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1999.
- Perícola, María Alejandra y Resnik, Mario Héctor: "La enseñanza de 'Teoría del Estado' en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires", en: Academia, Buenos Aires, año 4, número 7, 2006; p. 348 y sigtes.
- Popper, Karl R.: El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones, Buenos Aires, Paidós, 1967.
- Resnik, Mario Héctor: Paradigmas en ciencia política, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Rocha, Luis Alberto G. S.: Estado, Democracia e Globalizacão; Río de Janeiro, Editora Forense, 2008.
- Rubel, Maximilien: Karl Marx, Ensayo de biografía intelectual; Buenos Aires, Paidós, 1970.
- Rüthers, Bern: Carl Schmitt en el Tercer Reich. ¿La ciencia como fortalecimiento del espíritu de la época? Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Sampay, Arturo: Introducción a la teoría del Estado, Buenos Aires, Politeia, 1951.
- Sanguinetti, Horacio: "Estudios jurídicos y política en la Universidad de Buenos Aires", en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1986, II-III; Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Sartori, Giovanni: La política: lógica y método en las ciencias sociales, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- Schmitt, Carl: El concepto de lo político; Buenos Aires, Struhart, 2002.
- Strasser, Carlos: Teoría del Estado; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- Watzlawick, Paul, Janet Helmick-Beavin y Don Jackson: Teoría de la comunicación humana, Buenos Aires, Herder, 1981. ♦

Derecho a ser elegidas o el cupo femenino

POR **MARÍA MONSERRAT LAPALMA** (*)

RESUMEN

En el marco de la temática sobre la Representación, cabe reflexionar sobre los diversos modos en que ha ido degradando el derecho de elegir en los comicios realizados. El último vivido en junio pasado lo ha llevado muy lejos hacia atrás.

Pero en este artículo me ocuparé de otro aspecto: el de ser elegido. Un derecho conquistado en la norma implicó por supuesto, hacerlo realidad y evitar que se lo tergiversara con prácticas anulatorias. En 1983 las mujeres empezamos a descubrir que se cercenaba esa parte del derecho político. Se inició así una nueva etapa. Empezó, entonces, el emprendimiento por conseguir una cuota obligatoria en la cobertura de los cargos electivos.

Al discutir esa ley -24.012/ 1991-, hacia años que las mujeres ocupábamos lugares en los mundos públicos de lo laboral, de los derechos humanos, de lo académico, de lo artístico, de lo profesional, para que se nos siguiera considerando ineptas para la política. La cultura “patriarcal”, dominante, nos incluía a nosotras también. Nadie, ni individual ni colectivamente puede alcanzar un derecho si el impulso no nace de adentro.

La elegibilidad de las Mujeres, institucionalizada por las leyes de Cupos, ha sido devuelta por el poder político al campo de la sociedad civil -donde nació- por los diversos modos de incumplirla, y los otros poderes dominantes han silenciado el fenómeno.

Palabras Claves: Representación- Elegibilidad- Patriarcalismo- Participación.

THE RIGHT TO BE ELECTED OR WOMEN'S QUOTA

ABSTRACT

In the frame of Representation as a subject matter, it is worth to reflect on the different ways the right to elect has degraded along the elections. The last one, that took place this past June has carried it far behind.

But in this paper I will analyze another aspect: the right to be elected. A right achieved in the norm that demanded to come true and to avoid distortions by means of annulling practices. In 1983 women started to feel that that part of the political right was being retrenched. This gave place to a new stage. Women's work was, therefore, directed to get a compulsory quota for the elective posts.

By the time that law was discussed -24.012/ 1991- women had for years held sufficient relevant posts in public areas -labor, human rights, academy, arts, professions- to be considered inept when it came to politics. The dominant 'patriarchal' culture even included us. No one, neither individually nor collectively can achieve a right if there is no internal impulse.

Political power has returned women's eligibility, institutionalized in Quota laws, to civil society -where it was born- by the various ways to breach it, and the other powers silenced the fact.

KEYWORDS: Representation- Eligibility- Patriarchal Culture- Participation

DERECHO A SER ELEGIDAS O EL CUPO FEMENINO

Un día uno se despierta y se da cuenta de que las libertades políticas básicas han sido abolidas de hecho, no necesariamente de derecho. Empiezan a pasar cosas que son casi moleculares: el sistema legal

(*) Profesora Ordinaria Titular de Derecho Político Cátedra III. Profesora de Posgrado; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP.

funciona sesgadamente, los jueces miran para un solo lado, se condona la violencia sobre gente que no merece consideración, ya sea Rosa Luxemburgo o algún villerito. Lo actores políticos y los liderazgos sociales miran para otro lado como si fuera algo que no les atañe. Algunas asociaciones son perseguidas o reprimidas, la libertad de prensa padece un sistema de censura de hecho, se piensa que la próximas elecciones vana ser fraudulentas y ese pequeño pero importante espacio de libertades que define a la democracia política en lugar de haber sido suprimido por un alzamiento miliar se fue perdiendo en un proceso más o menos largo Pero las consecuencias no son menos perversas."

O'DONNELL, Guillermo Entrevista realizada por Horacio VERBITSKY, Página 12, 15/octubre/2000

Inicio este artículo, como ha sido costumbre propia en trabajos académicos con un acápito, escrito hace algunos años, aunque podría no tener más de cuatro meses de producido.

Esto resulta así porque la temática de la Crisis global y las Instituciones políticas, si las referimos al proceso electoral de fines de junio del año que corre, mostró una de sus fases más despiadadas. Me ha conmovido con intensidad, aunque muchos de quienes estudiamos estos fenómenos.

Es cierto que hubo muchos alertas, sobre los que haré algunos señalamientos de

Ejemplos porque agotarlos llevaría más texto que el previsto. Al principio fue el copamiento de la Corte Suprema –revertido en forma parcial a partir del 2003– y de los órganos de Control, desde antes y hasta la actualidad (1) incluso el propio Consejo de la Magistratura, tanto el federal como los estatales. Todo para la construcción de un poder político que permitiera a un sector de la población, los que disputaron y obtuvieron la “representación” política, confundieran la gestión pública con sus negocios privados que la primera facilita, convirtiéndola en una forma profesional de vida. Cada informe anual de “Transparency Internacional” nos acerca al fondo de las estadísticas sobre corrupción. Y hay numerosos estudios, de afuera y del interior del país, que analizaron con vastedad esta cuestión.

Luego fue un lento proceso de torcer las voluntades que el pueblo expresaba en los actos comiciales, a través de los sistemas elegidos, a medida de los ocupantes del poder formal (2). Hemos visto todo, hasta el retroceso hacia formas de fraude del siglo XIX.

Aunque abunden las explicaciones sociológicas que remitan a la genética de nuestra aparición en la historia sobre el comportamiento de los agentes gubernamentales, desde los clásicos como Joaquín V. González –su tesis doctoral sobre “La Revolución– o Juan Agustín Álvarez –” La Ciudad Indiana– para quienes adherimos a la comprensión del derecho y por tanto al derecho político empezando por comprender la sociedad y la cultura donde aquel se produce y practica y no a los epifenómenos que lo rodean. Esto es, con autonomía relativa pero también variable en vinculación con esos otros factores socioculturales. Tomaré, en esta ponencia, la ruta que utiliza el Doctor Felipe FUCITO (3) a partir del modo en que fuera aplicado el derecho español en nuestra etapa colonial o simulada su aplicación cuando controvertía los intereses de quienes gobernaban.

La falta de respeto por la ley, en sentido amplio, como característica atada a la minuciosidad de su escritura y la mengua de su práctica, ligada a un espíritu aventurero de la época. Como ello persistió en el período de la independencia donde el derecho y la ley eran obra de la fuerza. Y siguió ese rumbo después de la organización que la heredó y no pudo someter los intereses que prevalecieron a la legalidad ni que ésta resultara un marco de igualdad para el conjunto.

Fuimos (¿Somos?) una sociedad violenta, con una cultura autoritaria por la fuerza que no termina de evolucionar, como han concretado otras sociedades de origen similar que lograron extirparla.

(1) VERBITSKY, Horacio: “HACER LA CORTE”, editorial Planeta Argentina S. A. I. C., Buenos Aires, octubre de 1993, Capítulo 1, páginas 15 a 30.

(2) LANATA, Jorge: “ADN. Mapa Genético de los defectos argentinos”, editorial Planeta S. A. I. C., Buenos Aires, 1ª edición, octubre 2004, Capítulos Una Cuestión de Plumas Y Somos Como Somos, págs 281 a 300.

(3) FUCITO, Felipe: ¿PODRÁ CAMBIAR LA JUSTICIA EN LA ARGENTINA”, Editorial Fondo de Cultura Económica –Colección Popular- Serie Breves—Buenos Aires, 1ª edición, julio de 2002, págs. 7 a 28.

Nuestra creencia nos lleva a idealizar y volver fetiche la norma jurídica como si obtenerla en su formulación fuera suficiente para hacerla valer.

Esta circunstancia general que, por supuesto, es mucho más amplia, será la base para entrar en la exposición que abarca en forma específica, el derecho de las mujeres a ser elegidas para representar la voluntad popular en los momentos en que sufragamos por representantes.

No solo me guía la idea de investigación sino la prueba empírica de haber participado en la gestación y en la gestión por el cumplimiento de lo que pasó a denominarse el “cupó” femenino. Evito “ab initio” la discusión sobre la llamada discriminación positiva porque está fijada en la Constitución, en la cúspide de la pirámide y se trata de ejecutarla. Además dejo de lado aquí el debate referido a la sociedad y cultura patriarcales. Nuestra vida colonial se inició con una violación masiva de las mujeres de los pueblos originarios. Los tomo como supuestos fácticos aceptados.

Recuerdo entre muchas otras mujeres y como pasaba en otras partes del mundo, a la platense *Julietta Lanteri*, la londinense *Alicia Moreau* que lucharon durante cincuenta años lo menos, para que pudiéramos obtener el derecho político de votar y ser electas, sin lograrlo. Se concretó esa utopía en 1947 con la sanción de la ley 13.010. Fue *Evita Duarte*, esa alma fuerte que, en poco tiempo de vida, subvirtió, desde lo social el lugar de otra/os en Argentina a mediados del siglo XX.

Un derecho conquistado en la norma implicó, por supuesto, hacerlo realidad y evitar que se lo tergiversara con prácticas anulatorias. Las diversas usurpaciones del poder sufridas en nuestro país nos privaron a todas y todos del derecho a elegir hasta recuperarlo en 1983. Allí las mujeres empezamos a descubrir que se cercenaba una parte del derecho político: el de ser elegidas. Se inicia así una nueva etapa. Empezó, entonces, el emprendimiento por conseguir una cuota obligatoria para la cobertura de lo cargos electivos.

Al darse la discusión sobre esa ley -24.012/ 1991-, hacía muchos años que las mujeres ocupábamos lugares en los mundos públicos de lo laboral, de los derechos humanos, de lo académico, de lo artístico, de lo profesional, para que se nos siguiera considerando ineptas para la política. No fue fácil. Porque la cultura “patriarcal”, dominante, nos incluía a nosotras también. Nadie, ni individual ni colectivamente puede alcanzar un derecho -respuesta a una necesidad- si el impulso no nace desde adentro de cada persona o de su colectivo.

Tuvimos que ir a nuestros orígenes, que nos mostraban luchando por la independencia. Desde la comandancia de Juana Azurduy a los salones de Mariquita Thompson por citar dos de las menos anónimas. La propia historia que la dictadura, como paradoja, puso en blanco sobre negro que, desde lo roles tradicionales de la familia, madres, abuelas, amas de casa tuvieron que enfrentarla. Las feministas, con sus variadas visiones, enseñaron a “poner y valorizar el cuerpo”, aunque llevó tiempo conciliar todas las diversidades. Los modos de organización que fueron horizontales para encarar la cuestión de lo heterogéneo, resultaron aportes fundamentales. El recurso a saberes y lenguajes femeninos permitió no ver como natural la discriminación y las mujeres nos acercamos a las otras exclusiones. Como la sufrida por los pueblos originarios que fueron los más victimizados en la historia nacional. Por eso el cupo resultó un caso de “*discriminación positiva*” para alcanzar la igualdad en el punto de partida.

Aunque omita citas que no resulten imprescindibles como las jurídicas, por creer que la mecánica de la escritura por una parte y, por la otra, la cultura significa la impronta de permanencia de ideas que a veces una haya olvidado de donde vienen y de que maestra o maestro las aprendió, quiero hacer una reflexión. La escuché de una científica social italiana que estaba trabajando en la Universidad Nacional de Rosario. La expuso en el Foro Internacional de la Mujer contra la Corrupción - Centro Cultural San Martín entre el 31 de octubre y el 2 de noviembre del 2002-. Sentado que a Administración corrupta afecta al conjunto de los derechos humanos y ciudadanos porque, en ese camino, se pierden los económicos, sociales y culturales de mayorías y minorías por sustraerles recursos de financiamiento.- Por la relación con ese espacio que ya es el del poder estatal, la investigadora clasificó a las mujeres en tres categorías en su relación con el poder institucional. La primera fue la de aquellas

“con poder” –entendido éste como manejo de recursos económicos, ideológicos, etc. y más allá del “techo de cristal”, que pueden obtener obediencia o impunidad de los demás, incluido gobiernos. Propongo a quien esto lea, que piense los nombres de cinco que exhiban, entre nosotras y nosotros esas características. La segunda hablaba de las mujeres “del poder”, aquellas que gozan fundamentalmente desde el campo político, de los beneficios que su “amo patriarcal” le otorga. Así lo difunde. Son las familiares de derecho o hecho, que figuran en nuestras revistas del corazón, deportivas, de cualquier repercusión pública en los “más media” que construyen y reconstruyen esas personajes (¿por qué marca error en la máquina si la palabra carece de género, más allá de lo que mande la Academia?) para el consumo del conjunto de la población. Son más que las anteriores, son las que figuran en las listas de candidata/os para renunciar después (lo que han hecho de antemano), a cumplir conforme sus amos –pese a que alguna escape del corral y sea estigmatizada por la corporación- pero son pocas en el esquema planteado.

Y queda la última de las categorías, las “víctimas del poder” que incluye a la mayoría de las mujeres. Son las migrantes externas o del propio territorio, las “mulas” de la droga, cartoneras, las madres del paco, las relacionadas como esposas o concubinas que denuncian a hija/os violada/os por sus parejas, las que reciben o no un plan social y deben zanjar –sin los mínimos recaudos, fuera de los esquemas legales-, las falencias de la protección social requerida por la indigencia que, sin eufemismo, es hambre. La Teoría de las dos esferas resulta una explicación, una pública como asalariada más barata y una privada, como ama de casa como natural, significó la duplicación del trabajo femenino (4).

Dentro del derecho y en las situaciones paródicas que muestran nuestras normas, llegan las Constituciones. En 1994 se reformaron la Federal y la Provincial de Buenos Aires luego de otras modificadas en la mayoría de las Provincias. De tal modo, en lo formal, se convirtieron en derecho positivo muchas de las Convenciones y Pactos Internacionales en la cúspide de la pirámide jurídica (art. 31 CNA. y 1 de la CPBA.) específicamente sobre el tema de Derechos Humanos –que para la Mujeres fueron reconocidos como tales a partir de 1975, esa mitad de la especie ya sufragaban desde 1948-. Por tratarse de derecho humanitario, con supremacía sobre las leyes del Congreso (art. 75 inc. 22 CNA.). Quedó fijada la igualdad real de oportunidades para varones y mujeres, como asimismo las acciones positivas para posibilitarlas. Pero la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación Femenina fue demorada y la única en su procedimiento, hasta el año 2007. Hubo una gran campaña de esclarecimiento y presión en el Senado para que el Protocolo resultara aprobado.

Al lado de las Constituciones Formales, sociales y democráticas, se edificó un sistema político, la Constitución Material que iba en el sentido opuesto aplicando el concepto de restauración que, fuera definido como *neoliberal* pero en realidad conservador de lo superado por el tiempo histórico. El estado huyó, empequeñecido a favor de lo que se denominara *globalización financiera*. La pérdida de soberanía estatal significó pérdida de ciudadanía. Las relaciones internacionales, regidas por la ley del mercado, golpearon a todos los países pero, en nuestra área – Como en el Poema Conjetural de Borges lo había hecho Narciso Laprida- descubrimos nuestro destino sudamericano. Entre los grupos más vulnerables estuvimos las mujeres con ese fenómeno realizado *femineización* de la pobreza.

Las sucesivas crisis de decadencia producidas en el país en el período 1976 /2003 tanto en la sociedad civil como en la política no han encontrado respuestas adecuadas ni tampoco los agentes que, en el ámbito de lo institucional, ayuden a superarlas.

En este marco vuelvo a hacer pivote en la tensión entre las Sociedades Civil y Política. Así será el abordaje *de la crisis de representación* en los dos ámbitos. Las preguntas a formular resultan de la comparación: ¿Las formas estructuradas dentro de la sociedad civil responden a las pautas de la representación concreta? Como limitación de ese punto, ha de considerarse aquellas organizaciones en

(4) CAVIGLIA, María Jorgelina: “MUJERES TRABAJADORAS, CAPITALISMO E IDEOLOGÍA VICTORIANA”, en Historia y Género: seis estudios sobre la Condición Femenina, editorial Biblos, Biblioteca de la Mujer, Departamento de Humanidades, universidad Nacional del Sur, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de La Pampa, Buenos Aires, setiembre de 1999. Págs. 127 a 137

cuyo accionar interno predominen lo social propiamente dicho, lo cultural y lo económico; nacionales o internacionales, y vuelquen el mismo hacia el poder realmente existente -facultades de decisión en la afectación general-. Esto, de enorme fragmentación, ha sido invisibilizado por la acentuación recaída en el área política.- Ése es el campo donde han tenido expresión los movimientos sociales que, en forma provisoria, se denominarán de “nuevo cuño”.- Conviene advertir que ello tiene vínculo con la problemática que plantean como con los modos nuevos que presentan con otros que proveían desde más atrás en el tiempo.- Ahí ubicamos la interrelación con los aparatos del Estado, sus instituciones incluido el derecho y sus mediaciones como partidos y asociaciones políticas.

Apuntar a estos fenómenos implica también una doble visión.- La genérica que los visualiza como universales que, en etapa de globalización no puede obviarse, pero incluyendo lo particular determinado por las coordenadas de tiempo y espacio- Los efectos no resultan de idénticas causas ni sus resultados provocan reacciones semejantes, según el escenario de su aplicación.

Se mantiene siempre la postura asumida: todos los elementos estarán integrados en la teoría democrática, significando ello la reflexión teórica sobre la misma pero, además e inevitablemente, ahondar en las prácticas de la democracia, desde una posición crítica, sin exclusiones.

Conviene precisar que la crisis -las crisis- tienen referencia específica a una de las formas estaduales, la del Asistencial, en denominación acorde a nuestra realidad propia, más adecuada que la del Bienestar, pensada para los estados centrales.

Del mismo modo, al categorizar, tomo en cuenta que la crisis de representación, objetiva y profunda y de los representantes, subjetiva y menos honda que a veces aparecen mezcladas en el análisis. En este caso me preocupa en forma principal por el segundo aspecto.

En el estado actual de la cuestión corresponde anotar otro problema metodológico que apareja el anterior: tratar las mencionadas crisis como elementos separados (por responder a un criterio analítico conceptual y no a la realidad de cómo se presentan) de la formación política, a la sociedad civil y a la específica propiamente dicha. O, practicada la des-construcción, habrá que investigar las articulaciones que entre ambas se produzcan.

Ese vínculo entre las fuerzas de los agentes sociales y la de los políticos en su debilidad producen por un lado “anomia” y por el otro “omnipotencia” que lleva a la pérdida de representación y, en términos “weberianos” conduciría hasta la falta de legitimación. De allí partió el retorno de elites dictatoriales como ha sucedido en otras épocas de nuestra historia que, confío en señalar el problema como por otros caminos de resolución.

Las instituciones del estado, los aparatos de gobierno y los partidos políticos, gozaron de mayor tratamiento.- “Como si” la crisis de los representantes y de la representación fuera la única consecuencia en nuestro país.- La articulación entrambos, encerraría el “quid” de la cuestión (5).

Trato de aportar la posibilidad de equilibrar la participación y la representación para una parte de las soluciones para superar las paradojas entre teoría y práctica del sistema político. Encararlo conforme a los actores -individuales y colectivos- su accionar desde los diferentes escenarios de cruce, a la cultura formada en los tiempos y modalidades de los desafíos que se presentan.

Vaya un ejemplo práctico, en términos de ciudadanía.- Ante la pobreza, he dicho antes que afecta más a las mujeres, que hoy puede medirse en términos estadísticos, el Gobierno de un estado puede atenderla de dos modos diferentes: con una contribución para abolirla o con subsidio a la misma para mantenerla y reproducirla. La fórmula de avanzar (la política, en definitiva es transformación) es la abolición.

Del entramado de relaciones entre el reclamo y la respuesta, los partidos políticos de nuestro momento (con las excepciones, como siempre) han respondido con la primera solución y así aumentado

(5) LAPALMA, María Monserrat: LOS PRINCIPES ESTÁN DESNUDOS. Ponencia presentada al IV Congreso de Profesores de Derecho Político, Córdoba, setiembre de 2007.

la distancia con los electores (la elegibilidad ni puede ser encarada en esta situación).- No se exploró, seriamente, la posibilidad del segundo supuesto. Esto es la participación, en lugar de la representación pura sino se las coloca en contradicción.

Al adquirir permanencia, encarnar intereses e ideologías, produjeron el profesionalismo que los burocratizó y dio lugar a los primeros cuestionamientos. Se aprecia una fuerte tendencia a convertirse en sector especializado con rasgos de corporación. No buscarían el bien de la convivencia para mantener el sistema como tal sino el medio para realizar sus intereses particulares. De ahí la calificación de “casta política”.

Incorporados al derecho constitucional antes y después en las Provincias y al orden federal en 1994, como únicos instrumentos de selección de gobernantes, sus luchas internas y externas; la competencia ha agravado el tema de la corrupción que viola el derecho humano y ciudadano a una buena administración de la cosa pública. Tal fenómeno, como relación de intereses privados y/o políticos y la función pública por la que los funcionarios son influenciados con estímulos económicos o de otro tipo para actuar, a favor de esos intereses fuera de los estándares normativos, éticos o legales. Y con impunidad. El sistema representativo se vincula entonces con sus agentes partidarios y quedó en conflicto con la vieja y con las nuevas ciudadanías.

Hoy día, ante la fragmentación de los partidos y la formación de verdaderas -U.T.E

“Uniones Transitorias Electorales” – como recuerdo que las denominó el colega Ricardo DEL BARCO, los discursos partidarios piden el retorno a las tradiciones bipartidistas, propongo otra reflexión manifestada en otra oportunidad: Los partidos políticos resultan productos históricos surgidos por las necesidades de los grupos sociales que los impulsaron en sus orígenes y transformaciones.- Tal vez habría que pensar en que pueden desaparecer, habría que profundizar en las nuevas formulaciones que pueden surgir, si aplicamos los oídos a la tierra donde transcurren los cambios.

Es la opción por la sociedad civil, el uso de los espacios públicos que se mueven y cambian. “La política institucional es la de los profesionales de la política, de los partidos y los funcionarios, la *meta-política* es estar del lado del ciudadano, del “movimiento ciudadano”, eso que, en definitiva, hace un individuo cuando se rebela ante el poder de la fuerza (porque no es poder, es fuerza, acoto). El poder se genera solo comunicativamente”(6).

En ese marco es donde hago pie para volver al tema del cupo. Recordar en primer término que la pragmática de su aplicación fue conflictiva desde el principio. Norma ALLEGRONE, en el año 2002 propuso y sistematizó alguno de los casos que llegaron a los Jueces (7). No se pudo continuar dichas publicación. Agrego, como anexo 1 la presentación realizada por María Teresa MESCIADRI DE MORINI que por intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos obtuvo lo que su partido, y la Justicia Argentina le habían negado como derecho Pero las presentaciones de los listados –me refiero a las categorías que afectan a los bonaerenses en especial- muestran un fuerte retroceso muy generalizado. Quienes habrán de resolverlos, si los responsables de las presentaciones no lo concretan como debieran hacerlo, están abocados a impugnaciones generales, de Asociaciones Cívicas o de Mujeres, particulares de las afectadas, además de otras cuestiones no relacionadas con la cuota. Es grave por cuanto elegiremos legisladores, nacionales, provinciales y locales que empiezan por desconocer o violar las propias leyes que se han votado. Destaco, para el acto electoral realizado el 28 de junio que, en la Provincia de Buenos Aires regían las leyes 5109 y 11.733 que fijan en un 30% los cupos mínimos que hombres y mujeres deben ocupar como piso en la competencia. Y que, para los nuevos frentes, alianzas, acuerdos o como decidan la denominación, por no poder contabilizarse

(6) CANSINO, Cesar: “LA MUERTE DE LA CIENCIA POLÍTICA”, Premio Ensayo 2008, L Nación, editorial Sudamericana, 1ª edición, Buenos Aires, octubre de 2008; pág. 255.

(7) ALLEGRONE, Norma: “Ley de CUPO FEMENINO- su aplicación e interpretación en la República Argentina”, editado por Fundación para el Desarrollo en Igualdad FUNDAI y Fundación FRIEDRICH EBERT; Bueno Aires, año 2002.

las anteriores para las presuntas, la ubicación tiene que ir intercalada desde la cabeza. Una y Uno; Uno y Una. Hubo incumplimiento generalizado. En junio pasado la diversidad de discusiones sobre adelantamiento de fechas, candidaturas testimoniales, listas colectoras o espejos, fraudes presuntos, robo de boletas, etc. insumieron horas de debates en los medios de ¿comunicación?, juzgados y tribunales electorales, desplazando las propuestas. Excepto lo referido a la cuota...que no tuvo otra calificación que la de “chicana”. Tampoco alcanzó difusión pública la reducción, una vez más, de la proporción de votantes.

Hay que cuidar el “Estado de Derecho”. Pero ¿cuál derecho? ¿El impuesto por quién? ¿El aplicado por quién?

“Democracia” demandan los pueblos, y “democracia” ofrecen las clases dominantes. Pero ¿cuál democracia? ¿Acaso la que consigue impedir los cambios legislativos favorables a los pueblos que integramos las Mujeres?

La elegibilidad de las Mujeres, institucionalizada por las leyes de Cupos, ha sido devuelta por el poder político al campo de la sociedad civil -donde nació- por los diversos modos de incumplirla, y los otros poderes dominantes han silenciado el fenómeno.

La representación como vía a la participación, comenzará a crecer de la crisis cuando los representados crean en su práctica y no en su mero discurso.

La Plata, diciembre de 2009

María Coro

Anexo 1

Casos declarados admisibles

INFORME N° 102/99

CASO 11.307 MARÍA MERCIADRI DE MORINI ARGENTINA 27 de septiembre de 1999

I. RESUMEN

1. El 15 de junio de 1994 la señora María Merciadri de Morini (en adelante “la peticionaria”) presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”, la “Comisión Interamericana” o “CIDH”) en la cual alega la violación de los derechos al debido proceso (artículo 8), a los derechos políticos (artículo 23), a la igualdad ante la ley (artículo 24) y a los recursos efectivos (artículo 25), establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o la “Convención Americana”) por parte de la República Argentina (en adelante el “Estado”, el “Estado argentino”, o “Argentina”) en su propio prejuicio.

2. La peticionaria alegó que en la lista electoral de seis candidatos del partido Unión Cívica Radical para diputados nacionales de la Provincia de Córdoba, se colocó a una mujer en el cuarto y a otra en el sexto puesto. Con ello se violó la ley 24.012 y su decreto reglamentario No. 379/93, por los cuales debió haberse colocado a dos mujeres dentro de los primeros cinco puestos. La peticionaria interpuso los recursos internos disponibles ante las autoridades judiciales, las cuales además de rechazar su petición, rechazaron su legitimación para actuar. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la apelación presentada después que se habían efectuado las elecciones y el mencionado partido político había ganado cuatro puestos de los seis para los que se había presentado. Como fundamento de su rechazo señaló que “en las elecciones del 3 de octubre de 1993, la Unión Cívica Radical había obtenido un caudal de votos que le había consagrado cuatro diputados nacionales y en la causa se disputaba quién debía haber ocupado la quinta candidatura”. El Estado señaló que en el presente caso se habían agotado los recursos de la jurisdicción interna y solicitó a la Comisión que declarara la inadmisibilidad de la petición porque los hechos alegados no configuran violación de ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

3. Al examinar la admisibilidad de la petición, la Comisión concluyó que tiene competencia para conocer este caso y que es admisible, de conformidad con los artículos 46 y 47 de la Convención Americana.

I. TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN

4. La peticionaria presentó su petición ante la Comisión el 15 de junio de 1994, la cual fue remitida al Estado el 16 de junio de 1994. La Comisión recibió respuesta del Estado el 9 de enero de 1995, la cual fue transmitida a la peticionaria el 18 de enero de 1995. La peticionaria envió sus observaciones el 27 de febrero de 1995, las cuales fueron remitidas al Estado el 1 de marzo de 1995. El Estado solicitó prórroga y respondió el 4 de mayo de 1995. La peticionaria presentó sus observaciones el 5 de junio de 1995. El Estado contestó el 10 de agosto de 1995. El 11 de octubre de 1995 la peticionaria remitió una nueva comunicación reiterando posturas anteriores. La peticionaria, envió el 17 de noviembre de 1997 una carta en la que reitera la denuncia y solicita el pronto despacho de la Comisión, acompañando otros fallos en otras causas que sustentarían su decisión. La Comisión acumuló esta información adicional en el presente caso por la analogía de los alegatos planteados. Con fecha 3 de diciembre de 1997 se remitió dicha comunicación al Estado. El 18 de febrero de 1998 se recibió la respuesta del Estado, la cual fue remitida a la peticionaria el 24 de febrero de 1998. El 31 de marzo de 1998 se recibieron las observaciones de la peticionaria, las cuales fueron remitidas al Estado el 26 de mayo de 1998.

III. POSICIONES DE LAS PARTES

A. La peticionaria

5. La peticionaria alegó que el partido político Unión Cívica Radical de la Provincia de Córdoba había conformado de común acuerdo entre sus dirigentes la lista de seis candidatos a diputados nacionales, para la elección del 3 de octubre de 1993, colocando en los puestos tercero y sexto a dos mujeres, sin tener en cuenta que el mencionado partido sólo renovaba a cinco diputados nacionales. Con esto se configuró la violación de la ley 24.012, llamada Ley de Cupo, la cual garantiza que un porcentaje mínimo del treinta por ciento (30%) de los cargos electivos de las listas de los partidos políticos debe ser cubierto por mujeres, “en proporciones con posibilidades de resultar electas”. Por otra parte, el artículo 2 del decreto No. 379/93, que reglamenta la ley, detalla que “el treinta por ciento de los cargos a integrarse por mujeres, según lo prescrito por la ley 24.012, debe interpretarse como una cantidad mínima. En los casos en que la aplicación matemática de este porcentaje determinara fracciones inferiores a la unidad, el concepto de cantidad mínima se regirá por la tabla que como anexo “A” integra el presente decreto”, y el mencionado anexo dice: “cargos a renovar, cinco; cantidad mínima: dos”.

6. Con estas normas, se está creando la obligación para los partidos políticos de confeccionar sus listas de candidatos de acuerdo con esa ley y su incumplimiento acarrea su no oficialización¹. Así mismo, también se crea el derecho correlativo de los ciudadanos, investidos del derecho constitucional de sufragio², de votar por las listas de candidatos que estén integradas por mujeres en la forma que dicha norma establece.

7. La peticionaria adujo que si la lista del partido Unión Cívica Radical no se ajusta a lo que dispone la ley, está restringiendo y vulnerando el derecho del sufragante que nace de ella con el objeto de asegurar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos. El perjuicio consiste en privar al ciudadano de votar por una lista del partido de su preferencia conformada con arreglo a las disposiciones legales, y obligarle a votar por una lista que no se ciñe a dichas normas, violando así el pleno ejercicio de sus derechos políticos. La peticionaria considera que por ello no puede negársele al ciudadano elector la legitimación para requerir que dicho derecho sea respetado.

8. La peticionaria alegó que en su carácter de ciudadana afiliada a dicha agrupación política impugnó la lista ante la Junta Electoral, la cual fue rechazada el 20 de mayo de 1993 considerando “que la lista de candidatos surgió del consenso de todos los Núcleos del Partido, que acordaron una lista

única". Tras apelar dicha decisión, el 22 de junio de 1993 la justicia federal rechazó su solicitud y aceptó la excepción de falta de legitimación para actuar en el presente caso, la cual había sido opuesta por la contraparte. La peticionaria apeló esta última decisión y la Cámara Federal Electoral rechazó la apelación el 13 de agosto de 1993. El 26 de agosto de 1993 presentó el recurso extraordinario, el cual fue rechazado el 7 de octubre de 1993, con fundamento en que la elección había tenido lugar el 3 de octubre de 1993 y la cuestión se había vuelto abstracta. El 18 de octubre de 1993 la peticionaria interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual fue desestimado el 2 de diciembre de 1993 con el argumento de que "en las elecciones del 3 de octubre de 1993, la Unión Cívica Radical había obtenido un caudal de votos que le había consagrado cuatro diputados nacionales y en la causa se disputaba quién debía haber ocupado la quinta candidatura."

9. La peticionaria consideró que las autoridades judiciales argentinas debieron decidir conforme a derecho y que la cuestión "no era abstracta". Al respecto, señala que debe reconocerse el "derecho en expectativa," bien "concreto," para ser diputado nacional en el caso de que se produjera una vacante entre los elegidos. Si se produce la vacante, ascendería un varón -el que está en el quinto lugar- y no una mujer como le correspondería. Por ello, considera que en el presente caso debió haberse colocado a una mujer en el quinto puesto y a un hombre en el sexto lugar. Así mismo, consideró que aún en el caso de cuatro cargos a renovar, deben elegirse dos mujeres, porque una sola mujer representa el 25%, inferior al cupo legal. En consecuencia, no pueden colocarlas en cualquier lugar de la lista, sin tomar en consideración el número de puestos que se renovarán.

10. La peticionaria también alegó que la Cámara Federal Electoral rechazó su legitimación para actuar al exigirle un interés propio que no aclara -puede ser económico, social, político, etc.—sin advertir la trascendencia de la cuestión que interesa a todos por igual. Con ello, se violaron sus derechos y adujo que toda persona tiene derecho a presentar una impugnación sin que sea necesario que se trate de una persona perjudicada con motivo del lugar que ocupe en las listas electorales.

11. Así mismo, considera incomprensible la clásica exigencia del derecho subjetivo violado o del interés concreto desconocido, sobre todo a partir de la decisión del más alto tribunal de Argentina en el caso *Ekmekdjian c/Sofovich*.³ También la peticionaria consideró que hay que tener en cuenta que el artículo 57 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos No. 23.298 reconoce específicamente la personalidad de los afiliados de los partidos políticos reconocidos "cuando les hayan sido desconocidos los derechos otorgados por la Carta Orgánica y se encuentren agotadas las instancias partidarias".

12. La peticionaria alegó que el Estado había violado los artículos 8 y 25 de la Convención Americana porque el tribunal de primera instancia había considerado que no tenía legitimación para actuar. Así mismo, consideró que al rechazar su demanda, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había violado el principio de igualdad protegido en el artículo 24, lo que implica a su vez un cercenamiento de los derechos políticos previstos en el artículo 23 de la Convención Americana.

13. En presentaciones posteriores, la peticionaria anexó otro caso análogo y posterior al presentado en su petición original. Concretamente, a título ilustrativo, in mayo de 1995 acoger sus pretensiones ordenando ascender a la mujer al quinto lugar y desplazando al varón al sexto. La peticionaria alegó que esta decisión quedó firme a su favor cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó los recursos de apelación intentados por la contraparte.

14. Por otra parte, la peticionaria también presentó ante la Comisión la causa iniciada por María Florentina Gómez Miranda, que "tiene como objeto demostrar que siguen vigentes los motivos para peticionar sic. Así mismo, invoca otro caso en donde la Cámara Electoral oficializó la lista con el veinticinco por ciento de mujeres con posibilidad de resultar electas del mismo partido político de la Provincia de Córdoba para las elecciones del 26 de octubre de 1997. En este último caso, la peticionaria afirmó que no había agotado los recursos internos.

B. El Estado

15. El Estado alegó que en este caso se habían agotado los recursos internos pero que la petición era inadmisibles por no caracterizar hechos violatorios de la Convención. En cuanto al fondo, el Estado

señaló, en primer lugar, que las listas de candidatos que se presentan a los actos eleccionarios, además de ser convalidados por la autoridad judicial electoral antes de los comicios, son convalidadas en su conformación por el voto popular. Por ello, no podía ofrecer alternativa alguna sin conculcar de alguna manera la expresión de la voluntad popular en las urnas.

16. A los fines de demostrar que sí se respetaban los derechos de la mujer en las listas electorales, el Estado anexó otras decisiones sobre causas iniciadas por la peticionaria, donde la Cámara decidía que el partido político Unión Cívica Radical debía modificar las listas con el objeto de incluir dos mujeres entre los cinco primeros lugares, antes de presentarlas a la justicia nacional electoral. Concretamente, anexó la sentencia de la Cámara Nacional Electoral de fecha 30 de marzo de 1995 revocando la sentencia de fecha 21 de diciembre de 1994 del Juez Federal con competencia electoral de la ciudad de Córdoba en el caso “Merciadri de Morini, María Teresa s/representación”. La decisión del tribunal en ese caso consideró que “el cupo del 30% debe ser en proporciones con posibilidades de resultar electas, lo que debe entenderse con posibilidades reales o efectivas”. Así mismo, se reconoció la legitimación a la peticionaria e hizo saber a la Justicia Nacional Electoral que a los efectos del artículo 60, primer párrafo, del Código Electoral Nacional que deberán figurar dos mujeres entre los cinco primeros lugares.

17. En segundo lugar, el Estado alegó que no corresponde a la Comisión examinar la integración de las listas de candidatos electorales. Asimismo señala que dicha integración no puede entenderse como violación de alguno de los derechos establecidos en la Convención. El Estado también alegó la doctrina de la cuarta instancia, por la cual la Comisión no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar los supuestos errores de hecho o de derecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

18. En presentaciones posteriores, el Estado anexó casos donde se evidenciaba el respeto de los derechos de las mujeres ante la justicia electoral. Así mismo, el Estado señaló que en el transcurso del trámite ante la Comisión la peticionaria había introducido cuestiones ajenas a su petición original, tales como la causa de María Florentina Gómez Miranda; el incidente similar en las elecciones de 1997, en el cual consideró que no se habían agotado los recursos internos; y en la tercera causa presentada, señaló que las autoridades judiciales habían decidido de manera favorable a la peticionaria, quedando satisfecha su pretensión ante las instancias internas.

19. El Estado alegó que desde el 24 de agosto de 1994 rigen las reformas introducidas a la Constitución Nacional que, en el nuevo artículo 37 *in fine*, dispone la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, la cual se garantizará por acciones positivas en la regulación de partidos políticos y en el régimen electoral.

IV. ANÁLISIS SOBRE ADMISIBILIDAD

A. Competencia *ratione temporis*, *ratione materiae*, *ratione personae* de la Comisión

20. La Comisión tiene competencia *ratione temporis* [en razón del tiempo] para conocer el presente caso, por cuanto, en primer lugar, el peticionario sostiene que el Estado argentino es responsable internacionalmente con motivo de la decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 2 de diciembre de 1993, la cual tuvo lugar una vez que el Estado había consignado el instrumento de ratificación de la Convención Americana el 5 de septiembre de 1984 ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.

21. En segundo lugar, con relación a la competencia *ratione materiae* [en razón de la materia] la petición inicial denuncia presuntas violaciones de los derechos consagrados en los artículos 8, 23, 24 y 25 de la Convención Americana.

22. En cuanto a la competencia pasiva *ratione personae* [en razón de la persona], el peticionario atribuye violaciones a un Estado parte, en este caso Argentina. Con relación a la competencia activa *ratione personae* [en razón de la persona], el peticionario alega que dichas violaciones se cometieron en su propio perjuicio y se presentó como víctima directa de dichas violaciones.

B. Otros requisitos de admisibilidad de la petición

a. Agotamiento de los recursos internos

23. La regla de la previa interposición y agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, establecida en el artículo 46 (1) (a) de la Convención, dispone que toda petición formulada ante la Comisión debe haber sido conocida previamente, en sustancia, ante las instancias internas. Esta regla permite a los Estados solucionar previamente las cuestiones planteadas dentro de su propio marco jurídico antes de verse enfrentado a un proceso internacional.

24. En el presente caso, la Comisión nota que la peticionaria interpuso los recursos internos con la presentación de la demanda con motivo de la omisión de un puesto para las mujeres en la lista del partido político Unión Cívica Radical presentando los candidatos para las elecciones del 3 de octubre de 1993. Una vez que la peticionaria presentó los recursos de apelación ordinarios y extraordinarios ante las autoridades judiciales nacionales, la demanda fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Estado consideró que en el presente caso se habían interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna de acuerdo a lo establecido en el artículo 46 (1) (a) de la Convención Americana. Por las razones antes mencionadas, la Comisión concluye que se ha cumplido con este requisito.

b. Plazo para presentar una petición ante la Comisión

25. El artículo 46 (1) (b) de la Convención establece como requisito para la admisibilidad de una petición que haya sido presentada dentro del plazo de los seis meses a partir del momento en que el peticionario haya sido notificado de la decisión definitiva. La Comisión observa que la sentencia definitiva fue dictada el 2 de diciembre de 1993 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La petición fue presentada ante la Comisión el 15 de junio de 1994, dentro del plazo de los seis meses. La Comisión concluye que se ha cumplido con este requisito.

c. Duplicación de procedimientos y cosa juzgada

26. Con relación al requisito de que la petición no se halle pendiente de decisión por otro organismo internacional, establecido en el artículo 46 (1) (c) de la Convención, la Comisión no ha recibido información que indique que esta circunstancia esté presente. Por lo tanto, la Comisión considera que se ha cumplido con él. Por otra parte, la Comisión también concluyó que se ha cumplido con el requisito establecido en el artículo 47 (d), por cuanto esta petición no es la reproducción de una petición ya examinada por la Comisión ni ha sido decidida por otro organismo internacional.

d. Caracterización de violaciones

27. El artículo 47(b) de la Convención establece que la Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación cuando “no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención”. La peticionaria ha alegado que con motivo de las decisiones de las autoridades judiciales argentinas, el Estado ha violado el derecho al debido proceso (artículo 8), a los derechos políticos (artículo 23), el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24) y a los recursos efectivos (artículo 25) de la Convención. La Comisión considera que los hechos expuestos por la peticionaria, de ser ciertos, podrían configurar violaciones de los derechos consagrados en la Convención Americana. Por lo tanto, la Comisión concluye que se ha cumplido con este requisito.

V. CONCLUSIONES

28. La Comisión concluye que tiene competencia para conocer de este caso y que la petición es admisible, de conformidad con los artículos 46 y 47 de la Convención Americana.

29. Con fundamento en los argumentos de hecho y de derecho antes expuestos, y sin prejuzgar sobre el fondo de la cuestión, LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DECIDE:

1. Declarar admisible el presente caso en cuanto se refiere a las presuntas violaciones a los artículos 8, 23, 24 y 25 de la Convención Americana;

2. Notificar esta decisión a las partes;
3. Continuar con el análisis de fondo de la cuestión;
4. Ponerse a disposición de las partes con el fin de alcanzar una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos consagrados en la Convención Americana e invitar a las partes a pronunciarse sobre tal posibilidad, y
5. Publicar esta decisión e incluirla en su Informe Anual para la Asamblea General de la OEA.

Dado y firmado en la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la ciudad de Washington. D.C. a los 21 días, del mes de septiembre de 1999. (Firmado): Robert K. Goldman, Presidente; Hélio Bicudo, Primer Vicepresidente; Claudio Grossman, Segundo Vicepresidente; y los Comisionados Carlos Ayala Corao, Alvaro Tirado Mejía y Jean Joseph Exumé.

1 La peticionaria invoca el artículo 60, segundo párrafo “in fine” de la ley 24.012.

2 La peticionaria invoca el artículo 37 de la Constitución de la Nación el cual garantiza “el pleno ejercicio de los derechos políticos”.³ Esta decisión dictaminó, entre otros particulares, sobre el rango que tienen los tratados internacionales de derechos humanos en la Argentina.

4 Expediente No. 1836/95.

5 Expediente No. 2779/96.

6 Comunicación recibida el 2 de abril de 1998.

BIBLIOGRAFIA

ALLEGRONE, Norma: *“Ley de cupo femenino: su aplicación e interpretación en la República Argentina”* Editado por FUNDAI –Fundación para el Desarrollo en Igualdad y FRIEDRICH EBERT STIFTUNG; Buenos Aires, 2002.

CANSINO, César: *“La muerte de la ciencia política”* Premio Ensayo 2008, La Nación., Sudamericana; Buenos Aires, 2008.

FUCITO, Felipe: *¿Podrá cambiar la justicia en la argentina?*: Fondo de Cultura Económica; Buenos Aires, 2002. [Popular; 608, Breves

LANATA, Jorge: *“ADN- Mapa Genético de lo Defectos Argentinos”*, Planeta; Buenos Aires, 2004.

VERBITSKY, Horacio: *“Hacer la Corte- La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control”*, Planeta, Buenos Aires, 1993. [Espejo de la Argentina]

VILLAR Daniel, DI LISCIA, María Herminia, CAVIGLIA, María Jorgelina (Editores): *“Historia y género – Seis Estudios sobre la condición Femenina”* Departamento de Humanidades, Universidad Nacional del Sur e Instituto de Estudios Interdisciplinarios de la Mujer, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de La Pampa. Biblos; Buenos Aires, 1999. [Biblioteca de las Mujeres] ♦

De Mayo a Mayo (1969-1973). Surgimiento y proyección de las guerrillas en la Argentina

POR MARTÍN LEONARDO CABRERA (*)

Sumario: I. El origen: el Córdobazo. II. Consecuencias: Radicalización de la protesta y "peronización de la izquierda". III. Corrientes marxistas. Surgimiento de organizaciones armadas. IV. Montoneros: el peronismo revolucionario que apuesta a la lucha armada. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen:

El propósito del presente trabajo es exponer el origen de las organizaciones armadas o guerrilleras en la Argentina, limitándose al período comprendido entre mayo de 1969 (Córdobazo) y mayo de 1973 (asunción de Héctor Cámpora) pero también señalando algunos antecedentes y la proyección de la misma.

En el marco del programa de la asignatura donde el firmante da clases, el objetivo es resaltar los hechos más importantes del fenómeno denominado "Los contestatarios", y las tendencias ideológicas más significativas de ese movimiento que algunos llaman Nueva Izquierda, y del cual formaron parte las organizaciones armadas, centrándose el análisis en el caso particular de la Argentina.

Al final, en el capítulo "Conclusiones", se señalan las ambigüedades e insuficiencias programáticas, que junto a otros factores llevaron a la derrota militar de estas organizaciones.

Palabras claves: Guerrilla, Lucha armada, Montoneros, ERP.

The purpose of this paper is to explain the origin of the guerrilla organizations in Argentina, limited to the period from May 1969 (Córdobazo) to May 1973 (rise Campora) but also pointing out some background and the projection of the same.

As part of the course which the signer teaches, the aim is to highlight the most important facts of the phenomenon called "Los contestatarios" and the most significant ideological tendencies of the movement, that some call New Left, and which the armed organizations formed part of, focusing the analysis in the particular case of Argentina.

Finally, in the chapter "Conclusions", the programmatic inadequacies and ambiguities are pointed out, which along with other factors led to the military defeat of these organizations

Keywords: Warfare, Insurgency, Montoneros, ERP.

I. El origen: el Córdobazo

Por razones de espacio, es imposible dar cuenta acabadamente de ese fenómeno tan complejo como fue la rebelión acaecida en la ciudad de Córdoba a finales de mayo de 1969 y conocida popularmente como el "Córdobazo". Pero podemos decir que está insurrección obrera y estudiantil tuvo dos efectos, a saber: por un lado, fue una de las principales causas para el relevo de Onganía por parte de los mandos militares. Por el otro implicó para los sectores de la izquierda combativa y/o revolucionaria argentina la creación de un mito histórico similar a la Comuna de París o el Mayo del '68 en Francia. Así es que:

(*) Profesor Regular Adjunto a cargo de la Comisión en Teoría del Estado y en Derecho de la Integración, Facultad de Derecho (UBA). Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Político Cátedra I y Profesor Interino Adjunto de Introducción a la Sociología, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP.

“Para la izquierda maoísta del Partido Comunista Revolucionario y Vanguardia Comunista, fue la prueba del poder latente de las masas y de la eficacia de la huelga general revolucionaria y la insurrección popular como el camino más seguro hacia el socialismo. Para los marxistas-leninistas, por su lado, confirmó la necesidad de construir un partido revolucionario que diera a la clase obrera la disciplina institucional y organizativa requerida para impedir la disipación de sus esfuerzos. Para los neotrotskistas y guevaristas del Partido Revolucionario de los Trabajadores y las Fuerzas Armadas de Liberación (FAL), apuntó a la necesidad de diseñar una estrategia militar paralela, un ejército revolucionario, para enfrentarse a los poderes represivos del Estado en futuras confrontaciones. Para la izquierda peronista, se trató de una reivindicación de la esencia revolucionaria del peronismo y del temple innato de la clase obrera peronista, que sólo necesitaba el retorno de su líder histórico para luchar por el alejamiento de los elementos corruptos y traidores del movimiento y restaurar su promesa revolucionaria original” (Brennan, James. 1994, p. 208).

Estos análisis políticos van a influir directamente en el movimiento obrero cordobés produciendo realineamientos en virtud de posiciones ideológico-partidarias:

“Luego del Córdobazo, la ideología se convirtió en una gran fuerza dentro de la política obrera local(...) muchos trabajadores demostraron interés en las nociones de revolución, lucha de clases y socialismo, exhibiendo una nueva sofisticación política que había estado ausente unos pocos meses antes”(Brennan, James. 1994, ps. 212 y 213).

Este clima de radicalidad ideológica facilitó la aparición de un sindicalismo “clasista” que proveniente de sindicatos de empresas automotrices como SITRAC y SITRAM va a desarrollar una plataforma de lucha no comprometida con las opciones reformistas o electoralistas. A tal efecto su principal consigna sería: *“ni golpe ni elección: revolución”*.

Se producirían diversas confluencias políticas: por ejemplo dirigentes peronistas como Atilio López, perteneciente al gremio del transporte UTA, desde su posicionamiento de izquierda peronista va a coordinar esfuerzos con un sindicalista de izquierda independiente como Agustín Tosco.

E independientemente de los posicionamientos ideológicos, todos los actores estuvieron de acuerdo en que el episodio revelaba que la clase obrera tenía la capacidad de actuar como un protagonista político independiente.

El establishment percibió a los hechos de Córdoba como un nuevo desafío o amenaza.

Otro efecto totalmente inesperado fue el cambio de enemigo por parte de las Fuerzas Armadas. Si hasta mediados de la década del '60 la gran pregunta de la corporación militar era que hacer con Perón y su movimiento, ahora la preocupación era el auge creciente de la izquierda revolucionaria. Y el líder exiliado en Madrid se transformará en la última esperanza para contener –por la vía de una salida electoral concertada- a esta insurgencia anti-sistema. (Conforme Amaral Samuel y Plotkin Mariano. 1993. Pág. 296).

II. Consecuencias: Radicalización de la protesta y “peronización de la izquierda”

Como ya se dijo, el *Córdobazo* fue una de las principales causas para que, un año después, Onganía fuese destituido por la Junta Militar.

A partir de ese momento los mandos militares empiezan a aceptar la inevitable salida electoral. Luego del breve interregno de Levingston, asumirá Lanusse quien estaba dispuesto a ir a elecciones pero a cambio de un acuerdo con las fuerzas civiles para condicionar la salida militar. Este acuerdo tomaría el nombre de “GAN” (*Gran Acuerdo Nacional*).

Este período previo al lanzamiento del GAN, suele ser presentado como una “*crisis orgánica*” (Portantiero, Juan Carlos. 1996, p. 341).

Los sectores que participaron de la protesta social viraron de la mera reivindicación reformista a propuestas de carácter revolucionario:

La peronización de los sectores medios venía de la mano de la crisis de representatividad de los partidos y de la izquierda tradicional. Partiendo de la base que la edificación del socialismo requería del sujeto histórico protagonista – el proletariado- y que en la Argentina los trabajadores eran peronistas, para ciertos sectores era inevitable concluir que el peronismo debía ser considerado como una fuerza con potencialidad revolucionaria. Pues:

“el proletariado contenía esa virtud ejemplar que garantizaba de paso la transparencia absoluta entre el deseo y su satisfacción” (Terán, Oscar. 1991, p. 142).

O en palabras de Gillespie:

“Para muchos el peronismo era meramente una alternativa popular; sin embargo, decenas de millares de ciudadanos tomaron la retórica radical al pie de la letra y se unieron al peronismo por considerarlo una alternativa auténticamente revolucionaria. Su ingenuidad, su buena disposición a aceptar los mitos del movimiento, no eran solamente una cuestión de romanticismo juvenil, sino la necesidad de muchas personas de antecedentes liberales o reaccionarios de probarse a sí mismas como peronistas” (Gillespie, Richard. 1988, p. 98).

También la tendencia latinoamericana de seguir a liderazgos personales más que a propuestas programáticas, puede haber influido en este apoyo masivo a un líder carismático.

Aquellos sectores que veían al peronismo como una fuerza revolucionaria pero que no querían adoptar la lucha armada como vía de acceso al poder, canalizaron sus esfuerzos a través del llamado “Peronismo de Base” (PB), entre otros bajo la dirección de Raymundo Ongaro.

El año 1972 marca la creación de la *Juventud Peronista (Regionales)* bajo la conducción de Rodolfo Galimberti y con el apoyo de Cámpora y Perón. La *JP Regionales* va a estar dominada por Montoneros y se constituirá en el núcleo de referencia de la izquierda peronista.

La importancia de las organizaciones estudiantiles universitarias revela un sesgo generacional: la mayoritaria presencia de jóvenes en los movimientos de “nueva izquierda”. Al decir de Beatriz Sarlo los años setenta son “juvenilistas” esto se ve reflejado en hechos tales como el estudiante Fidel Castro en el cuartel de Moncada, y en el Mayo Francés. (Conforme Sarlo, Beatriz. 1997. Pág. 17)

Había elementos comunes, de una cultura de la rebelión que flotaba en el aire:

“En mayo de 1968, también creí que los estudiantes franceses ensayaban un acto insurreccional que sólo se cumpliría definitivamente en América. Ellos habían tomado la delantera, pero de este lado del Atlántico se preparaba la verdadera, definitiva, lucha revolucionaria” (Sarlo, Beatriz. 15 de abril 1998. Suplemento Cultura. La Nación. Sin número de página).

III. Corrientes marxistas. Surgimiento de organizaciones armadas

La aparición de las organizaciones armadas será a finales de los años '60. Bajo este rótulo podemos sucintamente enumerar: del socialismo surgieron el Partido Socialista de Vanguardia y Vanguardia Comunista. Del primero se produciría una escisión llamada ELN (Ejército de Liberación nacional) destinado a sumarse a los esfuerzos del Che en Bolivia. Las FAR (en su orígenes, marxista) estuvieron bajo la dirección de Roberto Quieto antes de confluir en Montoneros (1973). Del Partido Comunista se desprendería el Partido Comunista Revolucionario, guevarista primero y luego maoísta.

Del PC y del PCR se separaron grupos que formarían la “Fuerzas Armadas de Liberación” (FAL).

El PRT (Partido Revolucionario de los Trabajadores) va a aparecer antes que Montoneros, y puede decirse que es la primera gran organización guerrillera. De esta organización surgirá como brazo armado el ERP (Ejército Revolucionario del Pueblo).

Su origen se remonta a principios de la década del '60 cuando dentro de la organización trotskista “Palabra Obrera” surge una tendencia a favor de la lucha armada. Esta facción no pudo concretar sus planes en forma inmediata a raíz de la explosión accidental de su arsenal. Posteriormente se produce

la fusión con otro grupo político proveniente de Santiago del Estero llamado FRIP (*Frente Revolucionario Indoamericano Popular*) que estaba conducido por Mario Roberto Santucho. La nueva organización resultante llamada PRT (Partido Revolucionario de los Trabajadores) también va a sufrir una división en el año 1968, una rama pasará a ser PRT “*La Verdad*” bajo la dirección de Nahuel Moreno, y la otra se llamará PRT “*El combatiente*” bajo la dirección de Mario Santucho. Organización ésta última que tenderá a ir abandonando el trotskismo para inclinarse a favor del guevarismo y la lucha armada. Las primeras operaciones armadas fueron en el año 1969, y un año después se forma el ERP (Ejército Revolucionario del Pueblo) como brazo armado del partido.

El 20 de septiembre de 1970 el ERP da su primer comunicado oficial y ofrece su análisis de la situación política nacional. Habla de un naciente proceso de guerra revolucionaria en lucha contra la opresión ejercida por una dictadura al servicio del imperialismo yanqui y del capital argentino. Luego de reivindicar las luchas populares por la independencia del siglo XIX, señala que las mismas están vigentes. El objetivo de sus acciones es “*el despertar la conciencia popular, mostrar a todos los patriotas el camino revolucionario*”. Luego hacen algunas precisiones programáticas: en lo político; “*establecimiento de un sistema de gobierno de Democracia Social, Gobierno Revolucionario del Pueblo, dirigido por la clase obrera*” con “*Plena participación en el poder de todo el pueblo, a través de sus organismos de masas*” En el plano económico las propuestas no se diferencian mucho de lo que las organizaciones del nacionalismo popular revolucionario sostuvieran, a saber: reforma agraria, nacionalizaciones de la banca y sectores claves de la economía, ruptura con el FMI, etc.

Entre los hechos más importantes a ser protagonizados por el ERP se encuentran el secuestro del cónsul honorario británico y director de la planta frigorífica Swift (lo cual llevó al pago de un rescate de 50.000 dólares que fue distribuido como ropa y alimentos en los barrios pobres) y el secuestro del director general de la planta automotriz Fiat- Concord quien fue muerto por la guerrilla al intentar huir cuando arribaba una patrulla policial.

La aparición de organizaciones armadas estaba relacionada con el pensamiento político a nivel global de ciertos sectores de la izquierda. El libro de Regis Debray *La guerra de guerrillas* va a ser una poderosa influencia en estas corrientes. En él mismo se sostenía que las fuerzas populares podían ganar una guerra contra el ejército; no era necesario que estuvieran dadas todas las condiciones para la toma del poder, pues el foco guerrillero podía crearlas, y en el caso de América Latina el mundo rural debía ser el escenario de la lucha.

En el caso particular de la Argentina esta lucha armada revolucionaria podía tomar diferentes formas:

“La nueva izquierda podía imaginar su participación en este fabuloso movimiento ya fuere mediante la ampliación de algunos aún reducidos fenómenos locales provenientes de la resistencia peronista – como la aparición del grupo Uturunco en diciembre de 1958-, o bien de una mezcla de ésta y el legado cubano (y es el modelo que tratará de plasmar John William Cooke a su retorno de Cuba en diciembre de 1963, pretendiendo oficiar de puente entre el peronismo radicalizado y el nuevo modelo caribeño) o por fin adoptando directamente la influencia castrista” (Terán, Oscar. 1991, p. 135).

Quedaba un escollo para aquellos grupos provenientes de la tradición marxista: la ideas de etapas o modos de producción que debían sucederse históricamente para llegar a la sociedad sin clases. Desde este punto de vista los países subdesarrollados del Tercer Mundo primero debían superar la etapa feudal o semi feudal en la que se encontraban inmersos para ir a una etapa capitalista (con la consiguiente clase burguesa dominante y su democracia) y luego, una vez desarrollada al máximo esta etapa y con las contradicciones sobrevenientes, sí se estaría en condiciones de hablar de socialismo. Ahora bien: para evitar esa espera y para poner manos a la obra en la lucha revolucionaria por el socialismo no sólo ayudaban las tesis de Lenin respecto a saltar la etapa capitalista – y su democracia burguesa- y pasar directamente del feudalismo (o precapitalismo) al socialismo; sino también las tesis guevaristas acerca de la lucha armada como productora de las condiciones revolucionarias, y las Teorías de la Dependencia donde se señalara como contradicción principal la lucha centro-periferia

o imperialismo vs. antiimperialismo. Todo esto favoreció un enfoque *inmediatista* en la búsqueda del poder. De allí que:

“El antietaipismo formó de tal modo sistema con el dependentismo, y ambos se hermanaron teóricamente con el voluntarismo que Ernesto Guevara había defendido en su célebre polémica con Bettelheim” (Terán, Oscar. 1991, p. 141).

A través de esta operación intelectual quedaba clausurada toda salida reformista o esquema gradualista. O dicho de otra manera: *“el esqueleto de la Argentina ha quedado al descubierto: definitivamente no quedan salidas burguesas para la situación nacional”* (Viñas, Ismael. 1963, p. 22).

Esta marca generacional determina ese sentimiento de *“inminencia”* es decir: se aproximan cambios drásticos y radicales y quienes mejor están en condiciones de llevarlos a cabo son esos jóvenes, sin pasado, sin ataduras, sin compromisos, en ningún contubernio. Esto tiene como trasfondo un paradigma radical de cambio político y social. Así es que:

“En el curso de muy pocos años, esta gente pasa de la facultad o del barrio a dirigir milicias, un diario o una oficina de prensa. Entrenado en el reparto de cadenas en Filosofía y Letras, Galimberti se convierte en tapa de revista como el elegido de Perón. Poquísimos años después de dejar las aulas del Nacional de Buenos Aires, Firmenich lo juzga a Aramburu en un aguantadero rural, de par a par. El Mayo francés, frente a este despliegue de materialidad política, queda reducido a una rebelión simbólica” (Sarlo, Beatriz. 1997, p. 17).

IV. Montoneros: el peronismo revolucionario que apuesta a la lucha armada

Para hablar de Montoneros, antes habría que remontarse a las primeras experiencias del llamado peronismo revolucionario en los primeros años de la década del '60.

Entre los primeros antecedentes del llamado peronismo revolucionario, se destaca la creación de la organización *Movimiento Revolucionario Peronista* encabezado por Gustavo Rearte (1964). En su programa se define al peronismo como: *“movimiento revolucionario que entronca con todas las grandes revoluciones de la humanidad”* y se expresa que *“El gobierno popular peronista, dirigido por el General Perón, inició el proceso revolucionario de liberación nacional”* (Programa del Movimiento Revolucionario Peronista. 5 de agosto de 1964. Reproducido por Altamirano, Carlos. 2001, p. 427). En este documento se precisaban tópicos que luego iban a ser reproducidos por todas las agrupaciones del llamado peronismo revolucionario o izquierda peronista, a saber: la traición de la burocracia sindical (*“burocracia conciliadora”*), y la clase trabajadora como base esencial del peronismo y único sujeto capaz de liderar el proceso revolucionario. Se debía barrer al liderazgo burgués y reformista que frenaba al movimiento, haciéndolo proclive a falsas salidas electoralistas. Otra de sus propuestas era la expulsión del imperialismo, y la supresión de la oligarquía y de todas las *“clases sociales parasitarias que sirven a los intereses del gran capital financiero internacional”* (Programa del Movimiento Revolucionario Peronista. Reproducido por Altamirano, Carlos. 2001, p.s. 428 y 429).

En la misma línea de condena a la *“burocracia peronista”* podemos encontrar a John William Cook quien en 1967 va a manifestar que la misma consiste en *“una capa dirigente que actúa con los mismos valores del enemigo”* (Cooke, John William. *Peronismo y lucha de clases*. Buenos Aires 1967. Reproducido por Altamirano, Carlos. 2001, p. 432).

Richard Gillespie expresa su perplejidad al comprobar que los antecedentes ideológicos de los principales protagonistas de Montoneros indicaban que habían iniciado su militancia en la tradicional y conservadora Acción Católica, e incluso algunos pertenecieron a la organización Tacuara (está última con cierta semejanza con la Falange española). En función de estos antecedentes su origen se debería más a la evolución del nacionalismo y catolicismo argentino, que al pensamiento guevarista que después se incorporaría. (Gillespie, Richard. 1988, p. 75)

De este nacionalismo católico Montoneros heredaría valores tales como valentía, sacrificio, violencia y lucha. Todo esto desde una óptica redentora en favor de un pueblo explotado por una oligarquía apátrida.

Si vamos a la historia se verá que a principios de la década del '60 Tacuara sufriría una escisión, apareciendo el "*Movimiento Nacionalista Revolucionario Tacuara*" (MNRT) el cual pretendía abrirse al peronismo, reconociéndole a esa fuerza política un carácter "nacional". El objetivo de esta nueva organización era lograr una base popular para la concreción de sus proyectos de tipo nacional- sindicalista- falangista. Así es que

"el Estado nacional Sindicalista, que reemplazará el régimen liberal y los partidos políticos, y que será un auténtico Estado vertebrado en los sindicatos" (Tacuara juega a la milicia revolucionaria. Revista Che, nº 15. 2 de junio de 1961, p. 10. Reproducido por Gilliespe, Richard. 1988, p. 76)

La diferencia central con la Tacuara original es que esta nueva organización era secular e identificaba al nacionalismo con una postura pro-obrera (y por ende pro-peronista). Pero aún en este MNRT que carecía del carácter reaccionario y ultraconfesional del original, existía una polémica entre lo que se podría llamar derecha e izquierda. En efecto una facción dirigida brevemente por Alberto Ezcurra era contraria al marxismo, mientras que la otra dirigida por José Luis Nell aceptaba al mismo como método de análisis, abriendo así la puerta para la confluencia del socialismo revolucionario con el nacionalismo popular. A partir de allí estos sectores iban a entender que no era posible la liberación nacional sin revolución social. Y para esto era necesario el apoyo de la clase obrera, como sujeto principal en la construcción y toma del poder revolucionario.

Esta organización iba a protagonizar lo que los historiadores consideran la primera acción guerrillera de importancia: el asalto al Policlínico Bancario (año 1963).

Del MNRT surgirían los cuadros políticos que luego intervendrían en otras organizaciones tales como las FAP (Fuerzas Armadas Peronistas -continuada principal del MNRT), Montoneros e incluso el caso del ERP en la figura de Joe Baxter.

Acción directa y nacionalismo fueron las variables constantes en la evolución política de los Montoneros provenientes de organizaciones de derecha.

Como se ha señalado anteriormente el catolicismo jugó un papel importante en el proceso de radicalización ideológica de la juventud, y esto se dio con particular fuerza en la organización Montoneros. De un catolicismo conservador se pasó, de la mano de propagadores como el padre Carlos Mújica y el ideólogo Juan García Elorrio, de la publicación *Cristianismo y revolución*, a la adhesión a la Teología de la Liberación y la reivindicación de Camilo Torres como el hombre de fe que se compromete en la lucha revolucionaria. En el caso de García Elorrio sus palabras eran claras y categóricas:

"la revolución no sólo está permitida, sino que es obligatoria para todos los cristianos que vean en ella la manera más eficaz de hacer posible un mayor amor para todos los hombres" (García Elorrio, Juan. 1966, p. 23).

En esta unión de política y fe no sólo influiría la Teología de la Liberación y la ya citada Conferencia de Medellín, sino también documentos más cautelosos y moderados como la encíclica *Populorum progressio* la cual además de atacar la desigualdad, la codicia y el racismo, admitía como último recurso la violencia contra una tiranía duradera que perjudicase los derechos fundamentales y el bien común.

Los tres fundadores de la organización Montoneros, Fernando Abal Medina, Carlos Gustavo Ramus y Mario Eduardo Firmenich, eran alumnos del Colegio Nacional de Buenos Aires y pertenecían a la Juventud Estudiantil Católica (JEC) rama de la Acción Católica. Cuando García Elorrio crea el efímero Comando Camilo Torres los tres se unen al mismo. A partir de allí:

"(...) el comando, ligado con el peronismo, el socialismo y la lucha armada, era simplemente un trampolín en el camino para crear la organización montonera, que se llevaría a cabo un año después" (Gillespie, Richard. 1988, p. 84).

La publicación de García Elorrio creó el culto al mártir dedicado a los militantes que habían caído en la lucha y que después utilizaría profusamente la organización Montoneros.

El secuestro y muerte de Aramburu a manos de Montoneros va a ser la carta de presentación de la organización. Exhibido el hecho como una muestra de justicia popular, por la responsabilidad del secuestrado en los fusilamientos del '56 y la desaparición del cadáver de Eva Perón, va a instalar a la organización en el centro de las miradas de la opinión pública. En palabras de la misma:

"(...) primera hazaña militar llevada a cabo por una organización revolucionaria que implicaba por sí misma una definición política" ("Hablan los Montoneros". En Cristianismo y Revolución. Nro. 26. Noviembre-diciembre 1970, ps. 11 y 14).

En el caso particular de Montoneros, Beatriz Sarlo señala que la reivindicación máxima de los mismos (la vuelta de Perón) tenía una dimensión escatológica. En la visión de esta organización esta medida implicaba la fusión de dos etapas históricas: la época de la dignidad social (peronismo histórico) y la etapa de la revolución socialista. Está última a ser protagonizada por los Montoneros. En este marco había un proceso de ruptura revolucionaria y también de transferencia de poder hacia la generación joven. De allí que esta situación:

"Repara las injusticias sin volver hacia atrás, lanzando esa reparación hacia un futuro que es vivido como presente. Ningún montonero quiere restaurar el peronismo, sino convertirlo en otra cosa" (Sarlo, Beatriz. 1997, p. 18).

Ahora bien, la visión de Perón era radicalmente distinta a lo que estos jóvenes esperaban. Pues el líder tenía una historia y cosmovisión propia donde la "comunidad organizada" y la "tercera posición" poco tenían que ver con el socialismo tal como lo entendían los jóvenes radicalizados. En todo caso Perón, ya desde principio de la década del '60, había desarrollado un juego pendular: por un lado designaba a un peronista socialcristiano moderado como Matera para conectarse con las otras fuerzas políticas, y simultáneamente apostaba por la candidatura de Framini o tenía como delegado a John William Cooke. Estos últimos peronistas que, para desesperación del ala derecha, entendían al justicialismo como un movimiento afín a la insurgencia revolucionaria que se irradiaba desde Cuba. Pero el líder era cuidadoso respecto a quedar estancado en alguna de estas posiciones. Por esto es que:

"la invitación de su ex delfín John William Cooke para que se trasladase a Cuba fue desechada. Perón podía jugar con la amenaza de la izquierda, pero algo muy distinto era entregarse a ella. Dijese lo que dijese de Castro, de su revolución y del socialismo, Perón no estaba dispuesto a comprometer su libertad de acción. Cooke quería la revolución; Perón, el poder: por eso aquél prefería Cuba y este España" (Amaral Samuel y Plotkin Mariano. 1993, p. 289).

La primera señal a la izquierda que da Perón es la carta del 24 de octubre de 1967 con motivo de la muerte del Che Guevara. Allí luego de elogiar al guerrillero muerto ("*Su muerte me desagarra el alma porque era uno de los nuestros*") señala que:

"las revoluciones socialistas se tienen que realizar; que cada uno haga la suya, no importa el sello que ella tenga" (Altamirano, Carlos. 2001, p. 434).

Esta táctica del líder de dejar todas las opciones abiertas, a saber: lucha política-sindical por un lado y lucha armada por otra, concepciones ortodoxas de la doctrina justicialista ("*ni yankis, ni marxistas*") y concepciones revolucionarias o heterodoxas ("*patria socialista*") ciertamente generaba confusión. En palabras de De Ritz: "*Cada peronista tenía su propio Perón*" (De Ritz, Liliana. 2000, p. 103).

Ernesto Laclau luego de señalar la importancia que tuvieron las cartas enviadas por Perón desde su exilio en Madrid precisa que en esa constelación ideológica llamada peronismo, que iba desde la ultraderecha a la izquierda revolucionaria, cada interlocutor recibía un mensaje del líder de acuerdo a su inclinación:

"Por ejemplo a un grupo maoísta le envía una carta diciendo que Mao es el jefe de Asia, a otro grupo diciendo que Mussolini es inimitable, y así en general". (Laclau, Ernesto. 2002, p. 82).

Es en ese momento histórico donde la figura de Perón, tanto para sus seguidores de izquierda como de derecha, pasa a ser sinónimo de oposición al régimen y búsqueda de una justicia primordial:

“Entonces, ¿qué es lo que empieza a ocurrir durante ese período? El cuerpo de Perón como significante pasa a ser el significante de toda persona que quisiera lanzar una piedra contra el sistema, y a comienzo de 1970 es, decir “Viva Perón” era decir justicia sin ningún aditamento” (Lacau, Ernesto. 2002, p. 83).

Otro ejemplo respecto a la ambigüedad que implicaba este peronismo de finales de los '60 queda claramente ilustrado en una risueña anécdota protagonizada por Joe Baxter (uno de los fundadores del MNRT y posterior militante del ERP) en su encuentro con Perón en Madrid:

“Como parte de su bienvenida, y para hacer sentir bien a su invitado, Perón le comentó a Baxter que conocía perfectamente la trayectoria del grupo al que representaba. Incluso recordó que le había enviado una carta con su fotografía firmada cuando dos de sus miembros habían caído presos. El 17 de octubre de 1962, José Luis Nell y Rubén Rodríguez habían sido detenidos por el robo de varios autos. Perón se había solidarizado con ellos en su condición de luchadores contra el régimen militar.

En su monólogo de recibimiento, Perón se explayó sobre los escritos de la agrupación Tacuara que había leído. Se extendió también en un largo elogio sobre uno en especial, que alababa al Estado fascista italiano de Benito Mussolini. Le comentó a Baxter que en la época del Duce había visitado Italia y que él también había quedado impresionado por la organización del Estado italiano y por los escritos de Mussolini. Baxter no respondió al comentario y la conversación se desvió hacia la política argentina. Cuentan que fue Campos quien, después de la primera visita de Baxter, le dijo a Perón:

Disculpe, General, pero estos muchachos leen más a Mao que al Duce.

Al otro día, Baxter se encontró en el escritorio de Perón algo diferente. Entre las carpetas y papeles había un nuevo retrato: el del líder chino. Baxter no dijo nada sobre el retrato de Mao. Pero cuando volvió a Buenos Aires se cansó de contar la anécdota y casi siempre la terminaba de la misma manera, con una gran carcajada y repitiendo:

Hay que seguir a este hombre, ¿este hombre sabe!” (Landan, Alejandra y Heguy Silvina. *La saga de Baxter. Adelanto del libro: Joe Baxter del nazismo a la extrema izquierda*. En *Página 12*. Buenos Aires. 8 de octubre del 2006. Sección “Sociedad”).

De todas las tendencias que abarcaban ese inmenso fenómeno del peronismo de fines de los '60 y principio de los '70 puede decirse que:

“Todos ellos, sin embargo, crearon un Perón a su propia imagen y semejanza, y se mostraron más dispuestos a escuchar la retórica que a estudiar historia política.” (Gillespie, Richard. 1988, p. 100).

En efecto había una gran confusión, pero ésta era deliberadamente buscada por Perón como forma de desconcertar al adversario y poder golpear de distintos ángulos.

De esta ambigüedad también supieron sacar provechos los Montoneros:

“(…) su pragmatismo era a menudo su fuerza” (Gillespie, Richard. 1988, p. 99).

Ahora bien: lo que sin lugar a dudas formaba parte del credo de peronismo revolucionario era la idea de que la principal contradicción que enfrentaba la Argentina era la lucha del pueblo contra la oligarquía y el imperialismo. Así *Cristianismo y Revolución* declaraba que ellos eran parte de la síntesis final de un proceso histórico de 160 años en donde había claramente dos bandos políticos: por un lado, la oligarquía liberal claramente antinacional; por el otro, el pueblo identificado con los intereses de la nación contra los ataques imperialistas.

Este esquema dicotómico era muy sencillo y facilitaba la inserción popular de la organización, pero su ambigüedad no tardaría en revelar sus falencias.

Bajo este análisis, dentro del propio movimiento peronista se advertían dos tendencias: una burocrática (y traidora), y otra revolucionaria que se distinguía de la primera por su voluntad de lucha. En este marco, Montoneros aspiraba a convertirse en el brazo armado del pueblo, en la vanguardia político-militar de una base popular lo más amplia posible.

Si bien escapa al marco temporal del presente trabajo, puede citarse como el documento programático más elaborado el titulado *“Construir el Poder Popular”* firmado por Montoneros y FAR en julio de 1973 donde entre otras cosas se hablaba de una alianza de clases para hacer frente al imperialismo y se proponía: *“luchar contra todos los monopolios y formas de dependencia”*, redistribuir la riqueza, y socializar la economía. Aún así eran más objetivos que propuestas concretas, y adolecían de un grave inconveniente para su puesta en práctica: partían del supuesto de la conversión de Perón al “socialismo nacional” y la aceptación de los otros sectores del movimiento de una jefatura radical del mismo.

Hasta el año 1973 no hubo ninguna crítica expresa hacia las operaciones armadas de Montoneros por parte de Perón. Y de hecho la sustitución como enviado personal de Paladino en favor de Cámpora (noviembre 1971) pareció que reafirmaba la vía revolucionaria para la toma del poder, en detrimento de los acuerdos políticos con los militares para una salida electoral concertada.

El aparente poder de la *“Tendencia”* residía en su capacidad de movilización. Según las crónicas de la época para los años 1973-1974 estaba en condiciones de movilizar por sí sola hasta 150.000 personas, y en plazos exiguos como el de 48 horas (un ejemplo fue la marcha del 31 de agosto de 1973 para respaldar la candidatura de Perón). Pero estas multitudes no podían equipararse lisa y llanamente al apoyo irrestricto a un proyecto político revolucionario. Como señalara Gillespie la movilización no se basaba:

“(…) en una alternativa socialista definida con claridad o en una teoría que guiase a los movilizados a lo largo del camino que, surgiendo de la sociedad ya existente debía llevarlos a otra que los Montoneros querían construir en el futuro (...) La adhesión a las organizaciones pro-montoneras expresaba a menudo el genuino deseo de un cambio, pero un cambio que parecía confuso y desarticulado” (Gillespie Richard. 1988, ps. 173 y 174).

La oposición del pueblo a la dictadura, no implicaba que adhiriera a una concepción revolucionaria de la política.

En el mismo sentido Liliana de Riz señala las lagunas programáticas de las organizaciones revolucionarias de la época:

“A grandes trazos puede afirmarse que los fundadores de las “formaciones especiales”, brazo armado de la juventud peronista, tenían muy claro a qué se oponían, pero no lo que defendían. Su objetivo era anular toda manifestación política de colaboración, todo intento de solución política para la crisis militar en pos del retorno de Perón. Su utopía era una visión del pasado, no del futuro. La influencia de la Revolución Cubana como estrategia de conquista del poder se compaginaba con la valoración de proyectos tan disímiles como los de Castro en Cuba, Allende en Chile, Velasco Alvarado en Perú y Torrijos en Panamá. Ninguno de los grupos guerrilleros pudo traducir sus preferencias por el futuro de la Argentina en un programa político, ya sea por la percepción de que Perón era la solución, ya sea porque la lucha armada misma era concebida como el proceso revolucionario y la violencia una parte integral de la solución” (De Riz, Liliana. 2000, p. 77).

Por cierto, esta vaguedad programática no sólo era patrimonio de la izquierda. También los voceros del golpe del '66 hablaban de un impreciso *“cambio de estructuras”* que no podía hacerse por la vía electoral, sino a través de un general como Onganía:

“Los años '60 fueron tiempos de una conciencia generalizada del atraso económico como destino al que sólo podía oponérsele una “revolución”, entendida como ruptura con las formas tradicionales de gestión de la democracia política. Este diagnóstico, compartido por la derecha e izquierda del espectro político, tuvo un amplio eco en una sociedad que había visto frustrarse las expectativas de la nueva Argentina prometida por el doctor Frondizi a fines de los años '50” (De Riz, Liliana. 2000, p. 22).

Desde el campo de la derecha y el golpismo, va a ser un protagonista de primer orden como el general Lanusse quien en sus memorias políticas señalara que en esa época la mezcla de nacionalismo, tradicionalismo feudal, fascismo, industrialismo, convocatorias a las fuerzas armadas para salvar la patria, apología de la violencia política, guerrillerismo y doctrinas de contra insurgencia, *“no parecían*

tan alucinantes como las podemos ver ahora" (Lanusse, Alejandro. Confesiones de un General. Planeta .Buenos Aires. 1994. Pág. 258. Reproducido por De Riz, Liliana. 2000, p. 78).

El otro déficit importante de Montoneros era la falta de una organización democrática interna, tomándose las decisiones de arriba hacia abajo.

En vistas de la ruptura que se daría entre el líder y los montoneros cabe la pregunta de hasta que punto no hubo elementos recíprocos de manipulación y engaño. En todo caso puede decirse que la intención de usar al otro fue recíproca:

"¿Engaño Perón a los Montoneros? ¿Usó Perón a los Montoneros? No más que los Montoneros a Perón. Los católicos Montoneros descendían del entrismo trotskista practicado tras la caída de Perón. Si el sueño de muchos militares era reproducir la alianza original peronista, el sueño de muchos revolucionarios, trotskistas o católicos, era entrar en la masa no ya por la razón como querían los viejos socialistas sino por sus sentimientos como lo logro Perón. Si para el proyecto político de Perón los Montoneros eran usables, pero terminaron siendo una molestia, para el proyecto político de los Montoneros Perón era igualmente usable y también terminó siendo una molestia" (Amaral, Samuel y Plotkin, Mariano. 1994, p. 304).

Cuando Perón vuelve definitivamente al país, 24 hs. después de la "masacre de Ezeiza," claramente da una advertencia a los sectores de izquierda del movimiento acerca de sus errores de enfoque, y sus pretensiones de transferencia generacional del poder:

"Nosotros somos justicialistas. Levantamos una bandera tan distante de uno como de otro de los imperialismos dominantes (...) no hay nuevos rótulos que califiquen a nuestra doctrina. Los que ingenuamente piensan que pueden copar nuestro movimiento o tomar el poder que el pueblo ha reconquistado, se equivocan" (Reproducido por De Riz, Liliana. 2000, pág. 137).

Esa advertencia se tornó en hechos concretos cuando en 1973 Perón destituyó a Galimberti en su cargo de delegado de la Juventud después de haber solicitado éste la formación de una "milicia popular" para defender al justicialismo.

Tal vez podría decirse que en el peronismo revolucionario, más importante que el culto a Perón era el que se desarrollaba hacia Eva Duarte. De allí que algunos autores hablen del "evitismo" de la izquierda peronista. Sin lugar a dudas la imagen que Eva Perón proyectara en su corta vida, era mucho más coherente con la concepción anti-oligárquica de la "Tendencia". Esto y sus advertencias sobre los traidores que anidaban dentro del movimiento la hacían históricamente más reivindicable que el propio Perón. Pero nuevamente algunos hechos históricos revelaban un costado menos favorable desde un punto de vista izquierdista o socialista:

"Y si bien se erigió en revolucionaria, en estandarte del proletariado, no le repugno visitar la España fascista, recibir de Franco la Gran Cruz de Isabel la Católica e intercambiar saludos falangistas en las multitudinarias recepciones que se le dieron durante su Gira Arcos Iris de 1947" (Gillespie, Richard. 1988, p. 102).

Puede decirse que las "formaciones especiales" fueron una de las cartas de Perón para debilitar al régimen militar, pero no la única. Así es que para un autor como Amaral el fin de la dictadura no fue producto de la amenaza marxista o de la lucha de clases, sino de los acuerdos políticos que el líder exiliado elaborara con otras fuerzas tales como la UCR en el marco de "la Hora del Pueblo". (Conforme Amaral, Samuel y Plotkin, Mariano. 1993, ps. 306 a 308).

V. Conclusiones

"Las reglas están para cambiarlas, pero antes hay que encontrar reglas mejores" (Refrán popular)

Uno de los principales temas en los cuales giró el debate histórico en los últimos años, estuvo dado por el tema de la justificación (o no) de la violencia revolucionaria. En especial de la lucha armada. Así desde quienes entienden como única salida (en esa época) a la lucha armada, hasta quienes hacen

una condena absoluta a la misma (el “*no mataras*” de Oscar del Barco) hay una amplia variedad de posturas intermedias.

En este trabajo se prefiere no profundizar sobre este aspecto sobre el cual mucho se ha escrito. En lugar de eso, y si aceptáramos como verdad hipotética o de laboratorio la justificación de la lucha armada dada las condiciones del momento (dictaduras militares, democracia con proscripciones, oleada juvenil mundial a favor de revoluciones al estilo cubano, etc.) sería interesante analizar un costado poco explorado: ¿para qué luchaban? Cuando hablamos del para que, no nos referimos contra que luchaban o qué rechazaban del orden político contra el cual se rebelaban. Sino que lo que se indaga en esta parte es: ¿qué clase de sociedad le esperaba a la Argentina, si hubieran podido plasmar su ideal las organizaciones armadas? ¿Cuál era su programa concreto de gobierno, o más importante aún su modelo político de base? O cómo dirían los clásicos de la ciencia política: no la faz agonal, sino la arquitectónica de su política.

Una respuesta apresurada podría ser: “*el socialismo*”.

Ahora bien; era radicalmente distinta la forma en que este concepto era entendido en esa época por los gobiernos y fuerzas políticas gobernantes en, por ejemplo, Suecia, Chile y Cuba (aunque los dirigentes de estos dos últimos países mantuvieran cordiales relaciones). Si por socialismo se entiende el modelo instaurado a partir del régimen leninista en la Unión Soviética y copiado por muchos países del Tercer Mundo, consistente en partido único o *Frente de Liberación* que actuara como tal (excluyendo incluso a fuerzas partidarias que se declarasen socialistas pero que no quisiesen formar parte del gobierno), liderazgos vitalicios, propiedad por parte del estado de los medios de producción con la consecuente formación de una dirigencia que es unilateralmente designada por el gobierno –*nomenklatura*– (y no la autogestión directa por parte de los trabajadores), desaparición de todo medio de prensa independiente (aún cuando declarara lealtad a los principios socialistas), cierre de fronteras, aparición de policías políticas, etc., pues bien en ese caso cabría preguntarse cual es el grado de “*liberación*” realmente obtenido por el pueblo y la clase trabajadora. En realidad este “*socialismo*” se ajustaría más a un totalitarismo de izquierda o capitalismo de estado.

La historia de la formación de la URSS es ilustrativa respecto a mecanismos de represión dirigidos no sólo contra la reacción y los sectores reformistas, sino también contra otras organizaciones revolucionarias que no aceptaban el unicato político (1).

Al respecto es útil recordar que la Nueva Izquierda claramente señaló los crímenes de esa entidad imperial llamada los Estados Unidos de América (Vietnam, invasiones en Centroamérica, orquestación de golpes de estado, etc.) pero prácticamente no hubo en ese tiempo denuncias de fondo respecto a la falta de libertad en los países detrás de la cortina de hierro, ni tampoco contra el expansionismo soviético. Los *gulags*, el Muro de Berlín, la invasión a Hungría en 1956 (para sofocar una rebelión paradójicamente liderada por grupos de *izquierda autonomistas*), o la ocupación de Checoslovaquia en el ‘68 después de la “*Primavera de Praga*” en la cual dirigentes del PC local pretendieron construir un “*socialismo con rostro humano*” (invasión justificada por el “líder antiimperialista” Fidel Castro, en ese entonces dependiente de la asistencia soviética (2) son ejemplos de situaciones que prácticamente no tuvieron denuncia alguna. Las muchas veces alegadas críticas del Che Guevara a la URSS, en

(1) La rebelión de Kronstadt de 1921 es un buen ejemplo. Ver Volin La Revolución Desconocida. Buenos Aires. Editorial Proyección. 1977.

(2) Del discurso de Fidel Castro a los mandos del partido y el gobierno respecto a la situación checoslovaca: “...sólo el desarrollo de la conciencia política de nuestro pueblo puede permitir la capacidad de analizar cuándo ello [la ocupación] se puede presentar como una necesidad y cuándo ello, incluso, es necesario admitirlo aun cuando viole derechos como son el derecho de la soberanía que en este caso, a nuestro juicio, tiene que ceder ante el interés más importante de los derechos del movimiento revolucionario mundial y de la lucha de los pueblos contra el imperialismo que a nuestro juicio es la cuestión fundamental...” (Revista Bohemia. La Habana. Número 35. Agosto 1968. Sin número de página. Puede verse in vivo a Castro haciendo consideraciones justificatorias similares en el film *Le fond de l'air est rouge* (1977) de Chris Marker. Producción esta con mucha información de archivo respecto a la “Nueva Izquierda” tanto en Europa como en América Latina. Véase <http://www.imdb.com/title/tt0076042/>

parte plasmadas en los “Cuadernos de Praga”, fueron a aspectos secundarios de la política económica y exterior de los soviéticos (su presunta vuelta al capitalismo, su falta de compromiso efectivo con los movimientos revolucionarios, sus negociaciones con EE.UU por Cuba sin consultar a Castro, la política de exportación a los países socialistas bajo los precios fijados por el mercado capitalista mundial, entre otras) pero nunca aludieron a la falta de libertades básicas y pluralismo en la esfera socialista.

En el campo del peronismo revolucionario o “izquierda nacional” tenemos un buen ejemplo con esta cita:

“La lucha de las masas contra sus enemigos internos y externos – decía Hernández Arregui- sólo puede resolverse mediante el establecimiento de regímenes autoritarios; y desde la izquierda se recomendaba no cuestionar sin más todas las dictaduras, porque eso sería permanecer sólo en el terreno de la forma, sin atender a lo realmente definitorio que es el contenido social que sostiene a los diferentes regímenes.” (Citado por Terán, Oscar. 1991, p. 138. Las consideraciones de Hernández Arregui proceden de La formación de la conciencia nacional).

Yendo a los particularismos propios de nuestra historia, la idea de edificar un socialismo “nacional” bajo el paraguas del movimiento peronista es altamente cuestionable. No se pretende aquí caer en el anacronismo de juzgar la situación en base a lo que hoy conocemos de la historia (por ejemplo burlarnos del peronismo revolucionario por el hecho del ascenso al poder de López Rega) pues en esos tiempos era absolutamente imposible prever un derrotero de esa naturaleza. Ahora bien: lo que sí se conocía durante el período 1969-1973 es que Perón estaba exiliado en un país que padecía una dictadura de origen fascista (el régimen de Franco). También eran notorios los vínculos que Perón había tenido con dictadores reaccionarios latinoamericanos tales como Alfredo Stroessner del Paraguay, Marcos Pérez Jiménez de Venezuela, y Rafael Trujillo de la República Dominicana. Lo mismo que las facilidades que criminales de guerra nazi habían tenido para entrar al país (y no nos referimos a los técnicos que trabajaron en la industria o las fuerzas armadas, sino a personajes siniestros vinculados directamente con el aparato de exterminio nacionalsocialista).

Esto era público y notorio, de allí que un examen mínimo de la historia argentina alcanzaba para descubrir que si bien Perón no había sido el dictador fascista que los sectores del antiperonismo de línea dura (“gorilas”) querían hacer creer, tampoco podía dársele tan fácilmente la etiqueta de “socialista” en tanto no hubiera una autocrítica expresa al respecto (que por cierto jamás la hizo).

Adjudicar la condición de “socialista” al peronismo a partir de su indudable carácter pro-obrero y popular es cuanto menos una operación intelectual arriesgada, y sin mucho fundamento si se analiza la historia integralmente.

Así es que:

“Las masas peronistas y no peronistas de los años 60-70 no estaban en condiciones subjetivas de abrazar la revolución firmemente, como lo necesita un proceso revolucionario. No hubo ningún quiebre en la relación entre la teoría revolucionaria y las masas porque esa relación nunca existió en serio. Y esto no se podía remediar rotulándose como peronista y tratando de convencer a los peronistas de toda la vida, desde adentro del movimiento, de que peronismo era sinónimo de revolución social.

Cuando la violencia de ultraderecha proveniente, dicho sea de paso, de sectores del peronismo y tolerada por el mismo Perón, se empezó a hacer sentir, las masas no sólo le dieron la espalda a los grupos guerrilleros. También se la dieron a todos los integrantes de las organizaciones de masas peronistas de izquierda como la JP y la JTP e incluso a grupos peronistas de izquierda no relacionados con montoneros como el peronismo de base” (Ciafardini, Mariano. 2001, p. 10).

En todo caso, y siguiendo con la historia nacional, el enfrentamiento peronismo vs. antiperonismo es una fase más de una constante en la historia argentina; la lucha entre dos cosmovisiones y concepciones de la política y de la historia a saber: la “liberal” contra la “nacional y popular”. Los primeros son acusados por los segundos de pretender imponer por la fuerza esquemas ideológicos foráneos sin reparar en lo más mínimo en las condiciones locales y los deseos de las mayorías, encaramando -bajo el ropaje de sistemas “republicanos” y “liberales”- a oligarquías coaligadas con poderes extran-

jeros. Los segundos son acusados por los primeros del sistemático desprecio hacia ciertas nociones propias de todos los sistemas democráticos-republicanos tales como el respeto a las libertades individuales, los controles republicanos, el entender a los rivales como adversarios y no como enemigos, la tolerancia y la libertad de prensa, etc.

Lamentablemente...ambos han tenido la razón. Basta recordar durante el peronismo histórico (1946-1955), la suerte de los políticos opositores (como Balbín), dirigentes sindicales independientes (como Cipriano Reyes) o periódicos críticos al gobierno para entender que se estaba bajo un gobierno con amplia base popular, elegido en comicios limpios, pero con prácticas extremadamente autoritarias. La respuesta “liberal” (o “*Libertadora*”) a ese régimen, una vez destituido, fue la proscripción total del partido derrocado (mayoritario en la sociedad), y el fusilamiento sin juicio – y a veces clandestino de sus militantes cuando pretendieron restablecer al régimen depuesto por medio de una rebelión cívico-militar.

No corresponde en este trabajo desarrollar el análisis profundo de este conflicto histórico, pero si pudiéramos resumir él mismo podríamos decir que *ha habido en nuestras diversas elites políticas una falta de conciencia nacional entre los “liberales”, y una falta de conciencia liberal entre los “nacionales”*.

Se puede decir que la Argentina es un país politizado, pero sin una cultura de convivencia política.

Saliendo de los particularismos nacionales y yendo a un análisis más global: no se está afirmando aquí que la democracia tal cual esta conformada en Occidente es “*el fin de la historia*” tras la cual nada más allá se puede pedir. Más aún, lo que se conocía como “democracia” en la Argentina de los ’60 y ’70 tenía gravísimos déficits que no constituían un estímulo para la identificación de los jóvenes. Ahora bien: cualquier política de cambio radical debe ir de la mano de una efectiva profundización tanto de los derechos sociales, como de las libertades individuales. La cuestión, hoy como ayer, es “*no cambiar de collar, sino dejar de ser perro*”.

Quien lo expresó con claridad, y en la época en la cual esto sucedía por lo que no cabe la acusación de “anacronismo”, fue Abraham Guillen. Este último tenía formación ácrata y había combatido en la guerra civil española. Luego de la misma consigue fugarse, y llega a la Argentina donde haría amistad con John William Cooke. El sería uno de los primeros teóricos en influir en la guerrilla argentina (en la formación de los Uturuncos), al igual que en los Tupamaros uruguayos. Respecto a estos últimos hace un análisis que le cabe a las organizaciones guerrilleras argentinas:

“Mi punto de vista es que no se hacen dos guerras con la misma estrategia ni dos revoluciones con la misma política. La revolución hay que inventarla y reinventarla, sin limitarse a desalojar del Poder a una minoría dominante, para establecer una dictadura de tipo stalinista. Si un pueblo se ve constreñido entre una dictadura que puede caer y otra que se puede levantar en lugar de ella, cae así en la indiferencia política, pues el pueblo prefiere el socialismo y la libertad y no la dictadura de las burocracias o de las burguesías. Al no descubrir las leyes específicas de la guerra revolucionaria en el Uruguay y ofrecer un programa de socialismo autogestionario, creo que los “tupamaros”, por ser fieles al modelo castrista, fueron derrotados, en términos políticos. El marxismo-leninismo, de tipo castrista o soviético, no creo que arrastre a las masas hacia una Revolución de tipo cubano, ni en América Latina ni en ninguna otra parte.

Fui el inspirador táctico y estratégico de los “tupamaros”, pero mi origen libertario me separaba políticamente de ellos, fervientes castristas, aunque alguno era también libertario. Al no compartir mi propuesta de socialismo autogestionario, apropiada para un país que le sobra espacio y le falta población, se fueron alejando políticamente de mí y acercándose a Fidel Castro. Ellos creyeron que yo era un romántico por no ser partidario del socialismo estatal, (y si(3)) de la democracia directa, de la propiedad social, del federalismo económico y administrativo. Su castrismo y guevarismo condujo a los “tupamaros” a un dogmatismo político de tipo marxista-leninista, lo cual les procuró población estudiantil; pero no población adulta, urbana y rural, en cantidad y calidad para volcar el país en su favor. Y si una

(3) Se agrega el “y si”, partiendo de la base que hubo una omisión en la transcripción de la entrevista, pues del sentido de la nota y de la ideología libertaria de Guillen, se entiende que justamente quiso decir eso para diferenciarse del modelo socialista soviético tradicional.

guerrilla, cualquiera que sea y en cualquier país que actúe, no gana población con sus acciones, tendrá, en el mejor de los casos, victorias tácticas, pero finalmente una derrota estratégica y política (4).

(...) Si Fidel hubiera dicho al comenzar la guerra de guerrillas en Sierra Maestra que era marxista-leninista, en vez de hablar de libertad, de democracia, de lucha contra la corrupción batistiana, hubiera sido aislado y derrotado como tantos otros guerrilleros, sin programa político compartido por la casi totalidad de una nación. (...) La mayor parte de los movimientos guerrilleros de América Latina han sido derrotados por imitar al Fidel marxista-leninista y no al Fidel guerrillero que tuvo como programa la democracia, la lucha contra la dictadura y la corrupción.” (Guillen Abraham. 1978. Copia sin número de página).

La ausencia de un programa integrador que pretendiera una democracia socialista, y no la recreación de los modelos autoritarios que se estaban desarrollando bajo el rótulo *socialismo* tanto en Europa del Este como en el Tercer Mundo, fue una de las principales falencias de las organizaciones de la “Nueva Izquierda”, y en especial de las organizaciones armadas. No se trataba sólo de criticar a “la burocracia soviética” si luego se iba a apoyar a otros estados tan o más implacables en su autoritarismo, pero aparentemente más comprometidos con la idea de la “*revolución mundial*” (tales como la China de Mao o la Corea de Kim Il Sung).

Quien reflejara claramente esta situación es un autor argentino, de inclinación socialista libertaria:

“El drama de los revolucionarios que han conquistado el Poder y que para mantenerse en él no pueden prescindir del aparato burocrático centralizado, ni del militar imponente, ni del policial implacable, consiste en que a medida que el tiempo transcurre se hace más tajante el divorcio entre la Sociedad y el Estado, pues se cristalizan los aparatos provisorios de dominio con destino de perennidad. Lo que equivale a decir que más está en auge el estatismo que el socialismo (...) Todos los movimientos nacionalistas del tercer mundo africano, asiático y sudamericano, son liberticidas; todos, mutatis mutandis, siguen el modelo de la democracias populares donde se han tomado muy en serio aquella irónica frase de Lenin: “la libertad es un prejuicio de pequeños burgueses” (Di Filippo, Luis. 1976, p.s. 15 y 25).

En la misma obra hay un párrafo destinado a aquellas concepciones de “*socialismo nacional*” a implementar desde los cuarteles tan boga en la década del ’70, que es cuando se escribiera ese artículo, pero que hoy fácilmente podría aplicarse a quienes sueñan con un “*socialismo del siglo XXI*” con un líder vitalicio, estatizaciones (en lugar de procesos autogestionarios), y estética y coreografía militar:

“El descrédito de la doctrina socialista, sea ésta autoritaria o libertaria, no puede ser mayor si se piensa que no hay régimen militar sudamericano, más o menos nasserista ideológicamente, que no se cubra con el nombre del socialismo; si faltaba una variante pintoresca del socialismo de Estado, ya lo tenemos: socialismo militar o militarismo socialista” (Di Filippo. 1976, p. 25).

Un detalle interesante respecto a la evolución de aquellos países que fueron “faro” de la revolución mundial en los ’60 y principios de los ’70. Gran parte de ellos se tornarían modelos “exitosos” de regímenes de tipo capitalista en la economía, manteniendo las características políticas del socialismo de estado. China y Vietnam son un buen ejemplo. Sistemas híbridos con lo peor de los dos mundos: falta de libertad individual (tal como se entiende en Occidente) pero también el abandono del ideal igualitario que animaba al proyecto socialista, y la adopción de un capitalismo salvaje sin sindicatos independientes y menos aún derecho a huelga.

En relación a este giro hacia el capitalismo no se acusa a la generación del ’68 y del Córdoba pues ellos no lo pudieron haber previsto. Pero sí es necesario, cuando se analizan los hechos históricos, tener en cuenta los resultados. Una primera lección que nos dejan los mismos es: donde hay autoritarismo, hay explotación. Ya sea bajo la forma de un capitalismo de estado, o de un régimen híbrido.

(4) Compárese estas pasadas posturas, con la reciente declaración del presidente electo José Mujica (quien proviene de esa organización): “En Economía haré una maniobra de entrada lo más a la derecha que pueda, tipo Lula cuando llegó. Se trata de no asustar a los buenos burgueses que están por ahí, esas señales son clave, sino, corrés el riesgo de desestabilizar todo de entrada.” Brecha (publicación uruguaya). Edición 1227. 29 de mayo del 2009. Sin número de página.

Esto que llamamos “democracia” muchas veces es simplemente el régimen del dinero. O lo que Aristóteles llamaría una oligarquía de tipo plutocrático. Pero el “socialismo realmente existente” ha sido pura y simplemente el régimen *del* partido. Creándose así un sistema de tipo estamental donde la oposición no se establece entre clases, sino entre poderosos (los jefes de “*él* partido”) y los no poderosos (el pueblo) (5).

Así como no cabe la demonización de la generación del '68 o del Córdoba, tampoco es útil caer en el otro extremo. En todo caso, para aquellos que buscan cambios radicales en el orden político, se trata de aprender de los errores del pasado.

Para eso debiera servir la historia.

VI. Bibliografía

- ALTAMIRANO, Carlos. Bajo el signo de las masas. (1943-1973) Ariel editores. Buenos Aires. 2001.
- AMARAL Samuel y PLOTKIN Mariano. Perón del exilio al poder. Editorial Cántaro. Buenos Aires. 1993.
- BRENNAN, James. El Cordobazo. Las guerras obreras en Córdoba (1955-1976). Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1994.
- CIAFARDINI, Mariano. Masas y teoría revolucionaria. Publicado en el diario “Página 12”. Buenos Aires. 2001, p. 10.
- DEBRAY, Regis. Alabado sean nuestros señores. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1999.
- DE RIZ, Liliana. La Política en Suspense. Paidós. Buenos Aires. 2000
- DI FILIPPO, Luis. El fetichismo del poder. Editorial Reconstruir. Buenos Aires. 1976.
- GARCIA ELORRIO, Juan. Cristianismo y Revolución. n° 1. Buenos Aires. Septiembre 1966.
- GILLESPIE Richard. Soldados de Perón. Grijalbo. Buenos Aires. 1988.
- GUILLEN, Abraham. Entrevista a Abraham Guillen. Gran Teórico de la guerrilla. Revista Bicicleta. Barcelona. 1978. Año 1 Nro. 1. 9 de octubre de 1978.
- HERNANDEZ ARREGUI. Juan José. Que es el ser nacional. Plus Ultra .Buenos Aires. 1973.
- LACLAU, Ernesto. Hegemonía y antagonismo: El imposible fin de lo político: conferencias de Ernesto Laclau en Chile, 1997. Editorial Cuarto Propio. Santiago. Chile. 2002.
- LANDAN, Alejandra y Heguy Silvina. Joe Baxter del nazismo a la extrema izquierda. Editorial Norma. Buenos Aires. 2006.
- PORTANTIERO, Juan Carlos. “Economía y política en la crisis argentina (1958-1973)” (en: W. Ansal-di y J. L. Moreno (compiladores.), Estado y Sociedad en el pensamiento nacional. Antología conceptual para el análisis comparado, Buenos Aires, Cántaro, 1996, p. 341.
- SARLO, Beatriz. “Cuando la política era joven. Eva Perón, años setenta, democracia, populismo” Revista “Punto de Vista” n° 58. Buenos Aires. Agosto de 1997.
- SARLO, Beatriz. Tríptico revolucionario. Diario “La Nación”. Suplemento Cultura. 12 de abril 1998.
- TERAN, Oscar. Nuestros años sesentas. La formación de la nueva izquierda intelectual en la Argentina. 1956-1966. Buenos Aires. Punto Sur Editores. 1991.
- VIÑAS, Ismael. Política y clases sociales en la Argentina actual. Revista Pasado y presente. Nro1. Buenos Aires. 1963. ♦

(5) Conforme Debray, Regis. Alabado sean nuestros señores. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1999.

Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo

POR **ROBERTO O. BERIZONCE** (*)

Sumario: I. El amparo como tutela urgente y su frustración práctica. II. El fenómeno de la transformación de las medidas cautelares y su proyección como tutelas materiales urgentes, anticipatorias y satisfactivas. III. Las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) en el amparo y la protección diferenciada de los derechos fundamentales. IV. Interludio. La ley brasileña de mandado de segurança nº 12.016 del 7 de agosto de 2009. V. La articulación de las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) con el proceso de amparo. VI. Bibliografía.

Resumen:

A partir de la evolución operada desde las clásicas medidas cautelares hacia las denominadas genéricamente tutelas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en la jurisprudencia y en consonancia con la legislación comparada, se analiza la intensidad del fenómeno que ha conducido a la proliferación de las cautelares materiales y, en ciertos supuestos, al desplazamiento y hasta la sustitución del proceso de amparo. Se propugna, finalmente, una apropiada articulación de tales medidas con el amparo de salvaguardar su esencia y función jurisdiccional.

Palabras Claves: Medidas cautelares. Medidas anticipatorias. Medidas urgentes. Proceso de amparo.

Precautionary, anticipatory and urgency measures in the amparo proceeding

Abstract;

From the traces developments from classic precautionary measures to guardianships generically called anticipatory satisfiable and urgency in consonance with jurisprudence and comparative law, we examine the intensity the phenomenon that has led to the proliferation of protective materials, certain assumptions, the movement and to the replacement of amparo proceeding. It advocates, finally, a proper articulation of such measures with the protection of safeguard its essence and judicial functions.

Keywords: Precautionary measures. Anticipatory actions. Urgent measures. Under Process

"... buscar en las explicaciones en uso de la teoría general de la cautela las razones que ya no puede brindar a un mecanismo operacional que se ha desglosado en su carril ortodoxo, sería pecar de cierto candor, porque no son idóneas para dar cuenta de esta palpitable experiencia que se cuela y escapa de las fronteras –al menos las establecidas– de las clásicas cautelares. Las partes están ceñidas y queman sus naves en este proceso típicamente diferenciado e independiente de todo otro absorbente y principal."

(Morello, 1992:314)

(*) Profesor Extraordinario Emérito y Director del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

I. El amparo como tutela urgente y su frustración práctica

En Argentina ha sido en el ámbito singular y constreñido del proceso amparista donde las medidas urgentes en general han encontrado amplia acogida. Fenómeno que no deja de resultar paradójico ante la naturaleza de “recurso sencillo y rápido”, “efectivo” para la tutela de los derechos de raigambre constitucional que se adjudica al amparo; que ya de por sí constituye un remedio urgente. La realidad de su práctica frecuentemente exhibe, sin embargo, la flagrante contradicción de procedimientos que dilatan de modo exasperante la definición a través de la sentencia y, más aún, su efectivo cumplimiento.

Precisamente reaccionando contra ese estado de morosidad judicial, ha subrayado la CSN argentina que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (doct. de Fallos, 327:2177 y sus citas; 327:2413, 2510); jurisprudencia que resulta particularmente aplicable en el caso en que se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, si el accionante lleva más de cuatro años y medio litigando en la vía de amparo (1).

Ha destacado el Alto Tribunal que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos acogidos en la Constitución, que no deben resultar ilusorios o inefectivos. El amparo procura una protección expedita y rápida que emana directamente de la Constitución y obliga a los jueces a examinar las alegaciones de transgresiones manifiestas de los derechos y, en tal caso, expedir las órdenes conducentes a la cesación del perjuicio denunciado, idea central que subyace en el art. 43 CN (2). Se trata, entonces, de una verdadera y típica *tutela procesal diferenciada*, bien que desdibujada en la práctica como sistema protectorio (3). Ese modo singular de actuar de la jurisdicción, más que declarar el derecho hace fehaciente una realidad utilizando para ello vías procesales rápidas y expeditas. El juez dará amparo a través de una *sentencia mandamental* (4), ejerciendo la *función protectora* donde toda vez que de *manera inicial*, aprecie que en el caso se dan los presupuestos; avizorada la razón jurídica, no se la *concederá*, sino que lisa y llanamente se la *protegerá* (5).

En lo que sigue, después de perfilar la evolución operada desde las clásicas medidas cautelares hacia las denominadas genéricamente tutelas anticipatorias y satisfactivas, nos hemos de detener en un muestrario abarcador de dichas tutelas urgentes, tal como se exhibe en la jurisprudencia, con las consiguientes críticas que se levantan. Por último, hemos de dejar planteadas algunas alternativas útiles para articular tales medidas en el marco del proceso amparista, para la mejor salvaguarda del debido proceso.

(1) CSN, 8-4-08, U. 30.XLII, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Cía. Euromédica de Salud s/Amparo”.

(2) CSN, 30-9-2008, “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Prov. de Salta. Ministerio de Empleo y la Producción”, Fallos 331:2119; La Ley, 2008-F, 93.

(3) ROJAS J.A., Sistemas cautelares atípicos, Rubinzal-Culzoni ed., Buenos Aires, 2009, p. 485, 491 y ss.

(4) La doctrina brasileña se ha ocupado profusamente del concepto de sentencia mandamental: BAPTISTA DA SILVA O., Curso de Processo Civil, Porto Alegre, 1990, pp. 247 y ss. BARBOSA MOREIRA J.C., Mandato de segurança. Uma apresentação em Temas de Direito Processual, Sexta Serie, ed. Saraiva, São Paulo, 1997, pp. 208-209; id., A sentença mandamental em Temas de Direito Processual. Sétima Serie, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 53 y ss. Su importancia práctica creció con la sanción de la ley 8952, de 1994, que dio nueva redacción al art. 461 CPC: PELLEGRINI GRINOVER A., Tutela jurisdiccional nas obrigações de fazer e não fazer, Rev. For., v. 333, p. 11 y ss. ARRUDA ALVIM, Manual de Direito Processual Civil, Rev. Ed. dos Trib., São Paulo, 2008, 12a. ed., v.2, pp. 652-655.

(5) RIVAS A.A., El amparo, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1987, pp. 41-44. En el mandado de segurança brasileño, la sentencia mandamental se reconoce por su particular “fuerza” y eficacia, una orden que impone que su destinatario deba atender, inmediatamente, lo que el juez manda, para asegurar su operatividad en concreto. El juez ordena y no simplemente condena y en ello reside –sostiene O. BAPTISTA DA SILVA– la diferencia con las sentencias propias del proceso de conocimiento (Curso de Processo Civil, ob. cit., p. 247). Asimismo: ARRUDA ALVIM, ob. cit., p. 655.

II. El fenómeno de la transformación de las medidas cautelares y su proyección como tutelas materiales urgentes, anticipatorias y satisfactivas

Las medidas urgentes devienen imprescindibles entonces en el típico proceso de urgencia amparista. No solo por la habitual dilatación del resultado final sino en esencia por la necesidad casi siempre imperiosa, de anticipar, siquiera a título interino y provisional, el bien de la vida tutelado por un derecho fundamental, que se exhibe flagrantemente vulnerado cuando de aquella situación de insatisfacción del derecho se deriva inevitablemente un daño irreparable para su titular, por el peligro inminente de que la providencia de mérito llegue tardíamente, y con ello se torne inútil el resultado de la jurisdicción (6).

El derecho comparado exhibe con nitidez el fenómeno de la expansión de las clásicas medidas cautelares (7) y su transmutación como verdaderas tutelas urgentes, anticipatorias y satisfactivas (8). Se vislumbra la superación y desborde de los límites tradicionales que encorsetan a las cautelares, y la paralela admisión de novedosas, o si se quiere, expandidas tutelas para materializar la temprana satisfacción, en todo o en parte, del derecho sustancial que se invoca y aparece revestido de fuerza convictiva bastante (9). Una línea de tendencia que se espeja en los ordenamientos más recientes (10).

A la luz de la experiencia argentina, puede afirmarse que en verdad, poco importa, porque queda desdibujado, cuál sea el ropaje bajo el cual la medida de urgencia se inserte: cautelar, autónoma, anticipatoria, satisfactiva, urgente. Más allá de las precisiones que dificultosamente ha tratado de aportar la doctrina (11), es lo cierto que las decisiones judiciales a menudo eluden pragmáticamente las categorizaciones cuyas fronteras todavía aparecen difuminadas, cuando no se atrincheran en aquellas típicas medidas cautelares amplificando su operatividad concreta.

Así, la CSN ha preferido considerarlas como medidas cautelares típicas o innominadas, aplicando el art. 232 CPCN., descartando la categorización de "autosatisfactivas". Habitualmente las ha caracterizado como cautelares innovativas, sosteniendo que es de su esencia enfocar sus proyecciones, en tanto dure el litigio, sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir el acto o llevarlo a cabo, porque dichas medidas se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o de imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (12).

(6) RENGEL ROMBERG A., Medidas cautelares innominadas, Rev. Univ. Der. Proc., UNED, Madrid, 1990, pp. 488 y ss. DE LAZZARI E. N., La cautela material, J.A., 1996-IV, p. 651. BERIZONCE R. O., Derecho Procesal Civil actual, Abeledo-Perrot/LEP, Buenos Aires, 1999, pp. 481 y ss.

(7) Una sinopsis comparativa sobre las medidas cautelares o provisionales en el amparo, abarcativa de las legislaciones iberoamericanas, puede verse en El derecho de amparo en el mundo, H. Fix-Zamudio, E. Ferrer Mac-Gregor, coord., Porrúa, México, 2006, pp. 1250-1252, obra de A. HERRERA GARCIA.

(8) BIAVATIP, Tendencias recientes de la justicia civil en Europa, RDP, Rubinzal-Culzoni ed., Buenos Aires, 2008-1, pp. 513-516, con amplia bibliografía. LAFUENTE TORRALBA A.J., La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional...en Rev. de Processo RePro, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2008, n° 156, pp. 77 y ss.

(9) MORELLO, A.M., Expansión de las medidas cautelares y autosatisfactivas en Acceso al Derecho Procesal Civil, A. M. Morello director, Lajonane, Buenos Aires, 2007, v. II, pp. 883 y ss. RIVAS A.A., Medidas cautelares, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 24 y ss.

(10) THEODORO JUNIOR H., Tutela antecepada. Evolução... en Rev. de Processo, RePro, cit., 2008, n° 157, pp. 130 y ss., donde se realiza un profundo análisis comparativo subrayándose la evolución del derecho brasileño. GARCIA MEDINA J.M. y ARRUDA ALVIM WAMBIER T., Processo civil moderno..., ob. cit., v. 1, pp. 186 y ss..

(11) Como señala FALCON, la cuestión de la tutela anticipada está plagada de indefiniciones y confusiones (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación..., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, 2a. ed., v. III, p. 175). Acerca de los criterios utilizados por la CSN para encasillar los diversos supuestos: ROJAS J.A., Sistemas cautelares atípicos, ob. cit., pp. 472 y ss. Sobre la evolución operada a partir de la concepción dogmática de las medidas cautelares y la distinción entre medidas anticipatorias interinales y materiales o definitorias o satisfactivas: BERIZONCE R.O., Tutela anticipada y definitiva en Derecho Procesal Civil actual, Abeledo Perrot-LEP, Buenos Aires, 1999, pp. 481 y ss.

(12) Fallos, 324:2042; 325:2367; 326:970, entre otros.

III. Las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) en el amparo y la protección diferenciada de los derechos fundamentales

Sea como fuere, y aún en un escenario de “confusión” dogmática, bien vale la pena recorrer las tendencias jurisprudenciales que afloran en tan fértil terreno, sus líneas directrices y aún sus matices. Desarrollo que resultará más fructífero a partir de una clasificación en atención a los bienes jurídicos tutelados de modo preferente (13), para al cabo formular algunas conclusiones acerca de las principales líneas de tendencia.

1. Derecho a la salud.

Estando en juego el *derecho a la salud*, ha sostenido el más Alto Tribunal de la Nación que habiéndose solicitado una medida cautelar por los padres de una niña discapacitada, no cabe soslayar aún en esa etapa “larval” la índole y trascendencia de los derechos en juego ni el espíritu mismo de la legislación respectiva, desde que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental, por manera que corresponde el dictado de medidas de urgencia en el curso de la acción amparo para que el Estado Nacional y una provincia provean a un menor discapacitado la medicación necesaria para conjurar un riesgo de vida, bajo apercibimiento de *astreintes* (14).

- o tratándose de un menor minusválido, para afrontar los gastos de su rehabilitación si dicha medida es la única susceptible de cumplir con la protección provisional del derecho invocado (15).

- o en el caso de necesidad de suministro de medicamentos oncológicos, obligación de carácter netamente alimentario, y ante el alto grado de vulnerabilidad del requirente (16); u otro tipo de medicamentos específicos cuya carencia pone en riesgo la vida del paciente (17).

- o el suministro de tratamiento médico y los elementos ortopédicos necesarios a quien carece de ingresos y de cobertura de obra social, bajo apercibimiento de “astreintes” (18).

- o a los fines de la provisión de un marcapasos para un paciente con serios riesgos cardíacos (19).

- o el suministro en forma inmediata de una silla de ruedas peticionado por los padres de un menor de edad que padece problemas de salud y carece de cobertura médica (20).

(13) BERIZONCE R.O., Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas, RDP, 2008-2, pp. 35 y ss; idem, Tutelas procesales diferenciadas, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, pág. 15 y sgtes.

(14) CSN, 24-4-03, Fallos, 326:1400; La Ley, 2003-D, p. 261; DJ, 2003-2, p. 511. En el caso, a título de medida cautelar innovativa; asimismo, Fallos, 325:2367; 326:970; 30-9-08, I., C.F. c. Prov. Bs. As.

(15) CNFed. C y C, Sala III, 23-9-03, La Ley, 2003-E, p. 671, con cita del art. 230 ins. 2º y 3º CPCN. En sentido similar: CN Fed. C y C., Sala I, 10-12-02, DJ, 2003-2, p. 98.

(16) CSN, 24-4-07, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Prov. de Bs. As. y Estado Nacional”. Juzg. Crim. y Correc. de Transición Mar del Plata, 12-6-01, El Der., v. 196, p. 443.

(17) Cam. Fed. La Plata, Sala III, 19-3-02, LLBA, 2002- 1111. Se concedió a título de medida cautelar innovativa. Asimismo a título de medida autosatisfactiva, si el PAMI no hizo entrega de la medicación para tratar la leucemia del afiliado (Juzg. Crim. y Correc. Transición Quilmes, 14-9-01, J.A., 2001-IV-458).

(18) CSN, 12-7-01, Fallos, 324:2042.

(19) CSN, 25-3-03, Fallos, 326:970; La Ley, 2003-E, p. 305; encuadrada como cautelar innovativa. Juzg. Crim. y Correc. de Transición Mar del Plata, 12-4-02, LLBA, 2002, p. 842; El Der., v. 198, p. 112, donde fue considerada como “autosatisfactiva”; véase al respecto SCBA, Ac. 92.711, 26-9-07, cit.

(20) CSN, 18-12-03, “S.,E.G. c. Prov. de Bs. As. y otro”, Fallos, 326:4963.

- o si se trata de prestaciones por discapacidad, si el peticionario padece dolencias y afecciones de orden espiritual que requieren atención urgente y que podrían agravarse (21); o si se peticiona la provisión de un transmisor especial para un menor de nueve años que padece una hipoacusia bilateral profunda congénita (22).

- o si se justifica atento el delicado estado de salud de la accionante cuya dolencia reviste una gravedad tal que resulta discapacitante (23).

- o la cobertura de un tratamiento con la finalidad de inducir la ovulación (24).

- o la promovida a título de medida autosatisfactiva, prevista en el CPC de Corrientes, para que se obligue a la Provincia a internar en un hospital público y brindar tratamiento neuropsiquiátrico adecuado, a quien padece de alcoholismo crónico y otras dolencias, agravado por la situación de indigencia viviendo en la calle, ante la negativa que alega insuficiencia de camas en el nosocomio (25).

- o la medida autosatisfactiva, peticionada por una médica a fin de preservar la vida y la salud de un niño con la urgente comparecencia a cierto nosocomio a fin de que se practique un estudio serológico del virus VIH, y virus Hepatitis B y C, para que en el caso de ser positivo se brinde tratamiento, ante la negativa de sus padres-portadores de VIH y la madre además Hepatitis C positivo (26).

- o teniendo en cuenta la delicada situación de vulnerabilidad en que se encuentra una menor embarazada y su grupo familiar y el riesgo que para su salud psíquica representa la continuidad del embarazo, el alumbramiento y la maternidad, resulta procedente disponer medidas de protección tendientes a garantizar contención y apoyo a la menor, y los recursos necesarios para asumir la responsabilidad de una persona por nacer (27).

Sin que la incompetencia del juez resulte óbice para el dictado de la medida, concurriendo razones de urgencia grave por hallarse comprometido el derecho a la vida del peticionante por su necesidad de alimentos (28). Aún corresponde habilitar la feria judicial cuando de las circunstancias relatadas por la requirente surge que se trata de un caso de urgencia que no admite demoras (29).

(21) CNFed. C y C, sala de feria, 22-1-02, La Ley, 2002-A, p. 857; DJ, 2002-1, p. 304. En supuesto similar: CNC, Sala A, 8-4-03, La Ley, 2003-C, p. 345.

(22) CNCivil, Sala B, 18-7-03, El Der, v. 206, p. 147. En sentido similar cuando se trataba de la cobertura de pilas y cables necesarios para el funcionamiento del implante coclear realizado (CN. Civ. Sala F, 16-7-03, DJ, 2003-3- 680).

(23) CNFed. C y C, Sala I, 1-7-04, DJ, 2005-2, p. 151.

(24) CNCom., Sala D, 13-8-02, J.A., 2003-II, p. 403, con nota de Guillermo F. PEYRANO. O de un tratamiento de fertilización asistida: CNCC Fed., Sala III, 19-5-2009, "B., M.N. y otro c. D.A.S.P. Congreso Nac."

(25) Juzg. Civ. y Com. N° 6, Corrientes, 8-12-08, LL Litoral, 2009, p. 141, con nota de M.S. MIDON.

(26) T. Coleg. Familia Nro. 5, Rosario, 1-8-08, Z., A. y otro). LL Litoral 2008 (octubre), p. 1028, fallo 5907. Igualmente, ante el inminente cese del servicio medio asistencial prestado por una obra social a una menor oxígeno dependiente, con el consiguiente riesgo de vida, resulta procedente ordenar que la obra social continúe prestando el servicio hasta que el Ministerio de Salud provea lo necesario para preservar la salud del paciente (Trib. Flia. N°3, L. de Zamora, 21-5-99, J.A., 2002-II-393).

(27) JFamilia N°1, Mendoza, 16-9-2008, "B., L. A.," Sup. Const. La Ley, 2008 (octubre), p. 69, fallo 112.984.

(28) CSN, 7-3-06, Fallos, 329:548, con sus citas. J. Garantías La Plata N° 2, 15-1-02, LLBA, 2002-209.

(29) JN Fed. Seg. Social N° 9, 30-7-04.

Sin que sea obstáculo, habiéndose requerido la intervención de la CSN en vía originaria, que estuviere pendiente el pronunciamiento acerca de su propia competencia (30).

Todavía, habiéndose admitido la procedencia del amparo colectivo deducido por médicos de un hospital público –el Hospital Materno Infantil de Salta– y dos asociaciones profesionales contra la Provincia de Salta, a fin de que se brinde una solución a las graves insuficiencias de infraestructura, equiparamiento y recursos humanos que sufría el nosocomio (31); frente a una acción similar promovida por un grupo de médicos dependientes del Ministerio de Salud de la Prov. de Buenos Aires, se ordenó con carácter de medida cautelar y con sustento en el art. 22 inc. 3, C.Cont. Adm., a dicho Ministerio, que en el plazo de veinticuatro horas garantice la efectiva prestación del servicio de terapia intensiva de un hospital de La Plata, con la provisión de ocho médicos especialistas en terapia intensiva pediátrica y veinticuatro enfermeros con suficiente idoneidad; bajo apercibimiento de *astreintes*, haciendo personalmente responsable al funcionario remiso, solidariamente con el Ministerio de Salud provincial, y sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar (32).

2. Derecho a la provisión de alimentos y, en general, al aseguramiento de condiciones dignas de subsistencia

El derecho a la provisión de alimentos y, en general, al aseguramiento de condiciones dignas de subsistencia, ha sido atendido, asimismo, a través de medidas urgentes y anticipatorias. La propia CSN brindó acogida en numerosas oportunidades a cautelares satisfactivas –bien que sin rotularlas de ese modo– para condenar al Estado provincial y a la Municipalidad correspondiente a proveer los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de la salud de los requirentes (33). El Alto Tribunal acogió también a título de medida cautelar urgente la solicitada por el Defensor del Pueblo de la Nación para que el Estado Nacional y la Provincia de Chaco suministren agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios (34).

Igualmente, en el contexto de un amparo colectivo promovido contra la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata por varias asociaciones civiles de tutela de los derechos de los niños, corresponde adoptar una medida cautelar de carácter positivo para brindar urgente protección y resguardo de los niños y adolescentes que se encuentran en situación de calle –“niños de la calle”–, tendiente a fortalecer e impulsar la plena ejecución de distintos programas diseñados por el Ministerio de Desarrollo Social provincial, desde que se encuentra configurado el peligro en la demora en tanto, si no se adopta una medida de resguardo, los menores que actualmente se encuentran fuera

(30) CSN., “Salas D. y ot c. Prov. Salta y Estado Nacional, s. amparo”, 29-12-08, La Ley, 2009-C, 472, con nota de DI PAOLA M.E., y ESAIN J., La Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño.

(31) CSN, 31-10-06, La Ley, 2006-F, 507, con nota de C. PIZZOLO, La salud pública como bien colectivo.

(32) Juzg. Cont. Adm. N° 1, La Plata, 29-5-08, LLBA, febrero 2009-38 y ss., con nota de J.I. y L.G. BARRAZA. Conf.: ROJAS J.A., Sistemas cautelares atípicos, ob. cit., pp. 468 y ss. En cambio, en el marco de un amparo colectivo que perseguía se declare inaplicable e inconstitucional la práctica ministerial de repartir dispositivos intrauterinos para evitar los embarazos, deviene improcedente la medida cautelar que pretendía se ordene la prohibición de venta, comercialización, colocación e indicación terapéutica de los aludidos dispositivos, en tanto lo pretendido excede el limitado marco cognoscitivo de las medidas cautelares (Cam. 2a. Civ. y Com., Córdoba, 22-10-08, LLC, 2009-183).

(33) Fallos, 329:549, 553 y 2759; La Ley, 2006-E, 149.

(34) D. 587. XLIII. Originario, 18-09-07, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nac. y otra (Prov. de Chaco) s/proceso de conocimiento”; bien que se trataba de una acción colectiva a la que se confirió trámite de proceso ordinario.

de los programas y medidas seguirán expuestos a todo tipo de riesgos, sin contención alguna ni recursos viviendo en la vía pública; todo bajo apercibimiento de *astreintes* que se habrán de imponer en la persona del funcionario remiso (35). De hecho, incumplida parcialmente la manda, se hizo efectivo el apercibimiento ordenando la retención de \$800 diarios de toda retribución que perciba el ministro provincial del área y de \$200, en relación al secretario correspondiente de la Municipalidad; previniéndose que, en caso de persistir el incumplimiento por un plazo superior a treinta días, las sanciones pecuniarias se harán extensivas a los titulares del PE y de la comuna (36).

3. *Derecho sociales en general, del trabajo y la seguridad social*

En materia de *derechos sociales en general*, se ha brindado la tutela cautelar en el marco del amparo para ordenar la restitución de fondos provenientes de una indemnización por despido, ante la precariedad de la situación del reclamante que padece desempleo y enfermedad sin cobertura médica, tratándose de un depósito bancario alcanzado por el decreto 1570/01 (37).

O tratándose de derechos previsionales, atento su naturaleza alimentaria y las particulares circunstancias personales del requirente que debió cesar en sus funciones por padecer grave incapacidad de carácter permanente, con la consiguiente situación de desamparo, corresponde acoger la medida cautelar prevista en el art. 22 del Cód. Contenc. Adm. provincial y ordenar al Instituto de Seguridad Social proceda a abonar las mensualidades correspondientes al beneficio pretendido (38).

Igualmente, la avanzada edad del actor y su grave estado de salud permiten tener por acreditado el peligro en la demora a los fines del dictado de una cautelar innovativa en el amparo en que se cuestionaba la constitucionalidad del recorte del haber jubilatorio, y ordenar a la ANSES deje sin efecto la reducción para lo sucesivo (39).

O corresponde suspender con carácter cautelar el descuento realizado por el Instituto de Previsión Social provincial sobre los haberes previsionales de los amparistas en concepto de reducción de los mismos y cargo deudor, cuestionado por violación al principio de legalidad (40).

O también resulta procedente la cautelar innovativa requerida por la madre de un menor para que se ordene su inscripción como integrante del programa de Jefes y jefas de hogar desocupados -dec. 565/02-, aún cuando haya vencido la fecha límite para ingresar el mismo (41).

O debe hacerse lugar a la medida cautelar solicitada y ordenarse a la Municipalidad que garantice ante la existencia de un foco infeccioso, el traslado de la familia actora a un lugar con condiciones higiénicas sanitarias de habitabilidad -en el caso, una menor padece una enfermedad provocada por Hantavirus- (42).

(35) Juzg. Cont. Adm., N° 1, La Plata, 10-11-08, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, fasc. 3, pp. 330 y ss., con nota de I. A., D'ARGENIO, Un deber básico de la función jurisdiccional: asegurar el real acceso a los derechos sociales.

(36) Resolución del 7-5-09 [en línea] [Fecha de consulta 18 mayo 2009] Disponible en: <http://www.eldial.com.ar/eldialexpress/>

(37) Cam. Fed. La Plata, Sala III, 14-2-02, LLBA, 2002 p. 485. En el caso, como medida innovativa.

(38) SCBA, 13-4-99, El Der., v. 182, p. 1115; causas B-57513, 27-12-96; B-58.760, 9-12-97, La Ley, 1988-B, p. 502; Ac. 96.844, 4-10-06.

(39) T. Crim. Necochea N° 1, 3-11-02, LLBA, 2002, p. 847, aún tratándose de un tribunal incompetente para decidir el amparo. En sentido similar: ST Chaco, 11-2-09, La Ley Litoral 2009, p. 517.

(40) J. Contencioso Administrativo, Mercedes N°1, 31-5-04, La Ley 2004-F, 474

(41) JN Fed. Seg. Soc. N°9, 30-7-04.

(42) J. Contencioso Administrativo N° 1 Zárate-Campana, 28-5-04, Supl. Adm. La Ley, agosto, 2004, p. 76.

Una típica medida satisfactiva es la que se plantea en el marco del amparo contra la resolución 96 de la ANSES por la que se produjo el desdoblamiento del cronograma de pagos de haberes previsionales; sin embargo, no es procedente en el caso en que fue deducida cuatro días después de la fecha en que debía percibirse el haber conforme al cronograma original y dado que el monto a percibir por la accionante equivalente a seis veces el sueldo promedio de la economía nacional, no se encuentra acreditado que la prórroga de la fecha de pago –una semana–, genere a la demandante consecuencias de gravedad que no hubieran podido ser conjuradas de haberse adaptado con mínimo esfuerzo a la nueva situación planteada (43).

4. Derecho a la educación

El aseguramiento del *derecho a la educación* fue el fundamento para decretar a título de medida cautelar el ingreso inmediato de una menor al establecimiento educacional en el cual se le había denegado la reinscripción, por encontrarse en estado de gravidez, y hasta que se dicte resolución definitiva en el amparo incoado (44).

Igualmente resulta procedente la medida cautelar solicitada por los padres de una niña discapacitada con el fin de que el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Prov. de Bs. As. asuma, en forma provisional, la cobertura integral de la prestación educativa que aquella recibe en una escuela especial (45).

5. Derecho a la tutela ambiental

A la *tutela ambiental* se le reconoce trato preferente, con la particularidad que en esa materia la procedencia de medidas cautelares y anticipatorias se ha sustentado principalmente en el principio precautorio, que indica que todo daño a la salud o al medio ambiente debe ser evitado o minimizado a través de medidas de carácter preventivo, tendientes a restringir las actividades cuyas consecuencias hacia la personas o el medio ambiente sean inciertos, pero potencialmente graves –art. 4, LGA– (46). Así, tratándose de la medida cautelar solicitada por los vecinos de un barrio a fin de que se ordene el cese de las obras destinadas a la instalación de una antena de comunicaciones móviles que no había sido autorizada y que se encuentra en una zona urbana y en las cercanías de una jardín de infantes (47).

O bien en el caso de la cautelar de prohibición de innovar peticionada por los amparistas afectados por los trabajos de construcción de una línea de alta tensión del electroducto Piedra del Aguila-Abasto, ante la posibilidad de un impacto negativo en el medio ambiente de la región serrana y de que la alteración del medio sea en algunos casos de imposible restauración (48).

O, a título de cautelar en un amparo tendiente a paralizar definitivamente obras emprendidas en una zona de reserva ecológica, se abstenga la Municipalidad demandada de autorizar o realizar trabajos consistentes en la tala y poda de especies arbóreas y alteración sustancial del suelo en el predio afectado, hasta tanto no se produzca el informe circunstanciado (49).

(43) CNSeg. Social, sala III, 8-3-95, ED, 162-72.

(44) ST Formosa, 29-3-00, La Ley, 2000-C, p. 577

(45) CSN, 30-9-08, “I., C.F. c. Prov. de Buenos Aires”. En sentido similar: T. Col. Flia. N°5, Rosario, 7-11-08, La Ley Litoral, 2009, p. 511.

(46) CF La Plata, Sala III, 25-10-07, La Ley, 2008- E, 602, con nota de A. ARANCET. SCBA, 19-5-98, “Almada H. c. Copetro S.A.”, LLBA, 1998, p. 1314.

(47) CF La Plata, Sala III, 25-10-07, cit.

(48) CF B. Blanca, 17-3-99, J.A., 1999-III-247; ED 183-969.

(49) SCBA, 19-3-03, J.A., 2004-II-327.

O en el caso emblemático en que se suspendieron los efectos de las resoluciones administrativas que autorizaban la caza de toninas overas (50). Es que, aunque por excepción, resulta procedente dentro de la acción de amparo el dictado de medidas cautelares de no innovar o la suspensión de los efectos del acto (51).

La propia CSN, pendiente la decisión sobre la procedencia de su intervención en la instancia originaria, en la acción de amparo promovida por un grupo de personas, comunidades indígenas y otras asociaciones contra la Provincia de Salta y el Estado nacional, para que se disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en dicha provincia y la restitución y restablecimiento del ambiente al estado anterior, o la indemnización sustituta correspondiente, decretó a título cautelar urgente y con sustento en el principio precautorio –art. 4, ley 25.675–, el cese de manera provisional de tales prácticas; sin perjuicio de disponer la comparecencia de las partes a audiencia pública fijada al efecto y ordenar informes a cargo del Estado demandado en relación a las autorizaciones administrativas en cuestión (52).

6. Derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos

Los *derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos* han recibido también tutela diferenciada en materia de medidas urgentes. Así, resulta procedente la medida cautelar innovativa pedida en el marco de una acción de amparo por usuarios del servicio de agua potable para que el concesionario restablezca el suministro interrumpido y se abstenga de realizar nuevos cortes respecto de los actores, ya que el agua potable es un elemento indispensable para la vida y la salud de las personas, derechos que tienen raigambre constitucional (53).

O corresponde disponer, en el ámbito del amparo entablado por un usuario de una ruta sujeta a concesión, a fin de prevenir el acaecimiento de nuevos accidentes y a título de medida cautelar genérica innovativa, que la empresa concesionaria coloque semáforos de corte, construya dársenas, ponga en funcionamiento los artefactos de iluminación ya existentes, construya reductores de velocidad y coloque indicadores horizontales aéreos sobre ambas manos de circulación, advirtiéndose claramente a los transeúntes sobre la peligrosidad de los cruces referidos (54).

O es igualmente procedente la cautelar solicitada por el Defensor del Pueblo en una acción de amparo, a fin de que se requiera a diversas compañías de telecomunicaciones móviles, que restablezcan el servicio en la Provincia de Formosa e informen sobre las circunstancias que imposibilitan el acceso a la señal de diversos usuarios, toda vez que del informe realizado por la policía se advierte que el estado de prestación del servicio de telefonía celular reviste en la Provincia el carácter de pésimo o inexistente (55).

O corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por un usuario de energía eléctrica afectado y una asociación civil en el amparo colectivo contra el Estado Nacional y el Entre Provin-

(50) JNF Contenc. Adm. Nº2, 22-3-83, La Ley, 1983-D, p. 568.

(51) CNF Contenc. Adm., Sala I, 23-4-98, La Ley, 1998-E, p. 530.

(52) CSN, “Salas D. y otro c. Prov. de Salta y Estado Nacional s/amparo”, 29-12-08, cit. Sobre la importancia del pronunciamiento en tanto se sustenta en el principio precautorio como base para conceptualizar la verosimilitud del derecho y el nuevo rol que, correlativamente, cabe asignar a las medidas cautelares en materia ambiental: DI PAOLA M.E., y ESAIN J., ob. y lugar cit.

(53) CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 18-9-01. LLBA, 2001-1374.

(54) JFed. Junín, 20-8-98, JA, 2001-II-193, con nota de C.A. Ghersi.

(55) JFed. Formosa Nº1, 25-8-05, La Ley, 2005-E, p. 687, con nota de M.G. Gelcich

cial Regulador de Energía de Tucumán, alegando la arbitrariedad de los incrementos tarifarios; y, en consecuencia, ordenar la suspensión de la ejecutoriedad de la resolución administrativa impugnada, debiendo la empresa prestataria proceder a la refacturación de la totalidad de las boletas emitidas, y asimismo, a compensar los pagos de facturas ya realizados por los usuarios (56). En sentido similar, se acogió a título de cautelar innovativa en el marco de un amparo colectivo contra la Provincia de Corrientes, ordenando al ente de energía local proceda a una nueva liquidación de los períodos en cuestión y absteniéndose de proceder al corte de suministros ante la falta de pago (57).

7. Algunas líneas tendenciales

El muestreo anterior permite avizorar ciertas líneas tendenciales que resulta útil subrayar. En primer lugar, que la proliferación de las cautelares materiales de todo tipo, que se consagran bajo distintos rótulos y no siempre atendiendo a conceptuaciones correctas, constituye un fenómeno notoriamente en expansión que se verifica, en general, en todo tipo de procesos como productos de decisiones pretorianas, y no obstante la ausencia de normas específicas. Se trata de potestades genéricas de los jueces de ejercicio discrecional, aunque no arbitrario, fuera de los supuestos que la ley prevé –p.e., alimentos provisionales (art. 375, C. Civil); interdictos de recobrar (art. 616 CPCN), exclusión del hogar conyugal (art. 231, C. Civil), protección de personas en general (arts. 234, 235 segundo párrafo CPCN; ley 26.061) (58), violencia familiar (ley 24.417, art. 4) (59), etc.-.

En segundo lugar, que tales cautelares materiales –anticipatorias y excepcionalmente satisfactivas- constituyen una técnica procesal particularmente apropiada para la tutela de los derechos fundamentales de protección preferente (60).

Por último, que operan en el proceso de amparo individual o colectivo con fuerza decisiva, al punto que en numerosos supuestos tienden a desplazarlo y hasta sustituirlo.

IV. Interludio. La ley brasileña de mandado de segurança nº 12.016, del 7 de agosto de 2009

En Brasil, la ley 12.016 estatuye sobre el *mandado de segurança* individual y colectivo, sustituyendo la normativa anterior (ley 1533/51 y modif.) (61). De entre las principales innovaciones que ha introducido (62), y en lo que aquí interesa, establece ciertas restricciones a las tradicionales medidas *liminares*, que no serán concedidas cuando tengan por objeto la compensación de créditos tributarios, la entrega de mercaderías o bienes provenientes del exterior, así como para pago de cualquier naturaleza (art. 7, III, §2); prohibición que se extiende a los casos de anticipación de tutela (§5). Igualmente destacable resulta la reglamentación del mandato de seguridad colectivo (arts. 21 y 22).

(56) Juzg. Fed. Nº2, Tucumán, 18-2-09, La Ley, 2009-B, p. 390, con nota de LAFUENTE J.A., Una sentencia sobre aumentos de tarifas.

(57) Juzg. Civ. y Com. Nº8, Corrientes, 17-3-09, con nota de M.S. MIDON, El amparo colectivo para la defensa de los derechos individuales homogéneos... en Rev. de Doct. y Jurisp. Santa Fe, ed. Jurid. Panamericana, 2009.

(58) FALCON E.M., ob. cit., v. III, pp. 220 y ss.

(59) Ob. cit., p. 230.

(60) BERIZONCE R.O., Tutelas procesales diferenciadas, ob. cit., pp. 15, 49 y ss.

(61) Resulta tarea imposible referir la muy extensa bibliografía sobre el *mandado de segurança*. Destacamos, sin embargo, por todos: BUZAID A., Do mandado de segurança, Saraiva, São Paulo, 1989. BARBI C.A., Do mandado de segurança, Forense, 7ª. ed., R. de Janeiro, 1993. ARRUDA ALVIM, Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2002.

La medida *liminar* se dispone siempre inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22, §2º). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado (63), lo que autoriza el art. 7º, III es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.

La *liminar* implica, casi siempre, una anticipación de tutela de carácter provisorio y temporario, pues sus efectos no van más allá de la sentencia (art. 7, § 3). Sin embargo, está sujeta a extinción por decaimiento decretable de oficio o a requerimiento del ministerio público, siempre que después de concedida el propio solicitante creara obstáculo a la marcha normal del proceso, o dejara de instar, por más de tres días útiles, los actos y diligencias que le correspondieren (art. 8º). Además, la *liminar* puede ser suspendida en sus efectos, “para evitar grave lesión al orden, a la salud, a la seguridad y a la economía pública”, cuando fuere requerido por la persona jurídica de derecho público interesada (art. 15).

En el *mandado de segurança* colectivo, la *liminar* solo puede decretarse previa audiencia de la persona de derecho público interesada, a cuyo efecto se despacha, en la primera providencia, intimación para que se manifieste al respecto en plazo perentorio (art. 22, §2). Bien que la jurisprudencia ha flexibilizado tal exigencia, ya antes de la ley 12.016, posibilitando en supuestos de excepción, su expedición *in audita parte* cuando fuere necesario para salvaguardar la efectividad de la tutela jurisdiccional (64).

En la evaluación crítica de la ley 12.016 se ha sostenido que en algunos aspectos –p.e. anticipación de la tutela, fuerza ejecutiva de la sentencia- trajo reformas más tímidas que las recientes del CPC. De todos modos, la garantía del proceso justo y la naturaleza constitucional del *mandado de segurança*, imponen una interpretación integradora para el enriquecimiento del *mandamus* renovado, mediante la aplicación subsidiaria de las reglas del proceso común (65). Como aspectos positivos, se destacan entre otros, las previsiones tendientes a acelerar los desarrollos litigiosos, estableciendo plazos perentorios para los actos a cargo de los representantes de las personas jurídicas estatales, y también para las comunicaciones internas de la administración.

V. La articulación de las medidas de urgencia (tutelas anticipatorias interinales y materiales) con el proceso de amparo

a. Las técnicas de simplificación y sumariedad de la cognición que sustentan la denominada genéricamente tutela anticipatoria y los procesos urgentes en general, persiguen asegurar la eficacia en concreto de la prestación jurisdiccional; y al mismo objetivo tienden, entre otras, las estructuras monitorias, la decisión temprana de la litis y la ejecución provisional de la sentencia (66). Son todos

(62) THEODORO JUNIOR H., O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, ed. Forense, R. de Janeiro, 2009, pp. 60 y ss.. Ciertas regulaciones de la nueva ley, sin embargo, carecen de la efectividad de las recientes reformas del CPC (pp. 65 y 66).

(63) THEODORO JUNIOR H, ob. cit., pp. 24-25.

(64) THEODORO JUNIOR H, ob. cit., pp. 56-57.

(65) THEODORO JUNIOR H, ob. cit., pp. 65-66.

(66) Acerca de los beneficios sociales que aporta la ejecución provisional de la sentencia en España, véase el magnífico estudio de RAMOS ROMEU F., ¿Es deseable favorecer la ejecución provisional en Realismo jurídico y experiencia procesal? M. Serra Domínguez (Liber Amicorum), Atelier Barcelona, 2009, pp. 989 y ss.

mecanismos simplificadores tendientes a superar las dilaciones del proceso común. Se trata, como se ha señalado con referencia al derecho brasileño (67), de un significativo núcleo de técnicas procesales que tiene la finalidad preponderante de sumarizar el *iter* procedimental y posibilitar que la tutela jurisdiccional sea prestada en caso de urgencia.

El amparo, a su vez, aún admitiendo que constituye un remedio urgente, principal y no subsidiario, está articulado como un proceso de cognición abreviado (68), de modo que los tiempos que normalmente consume terminan por desvirtuarlo, alejándolo de las soluciones que se requieren en situaciones de extrema urgencia. Precisamente por ello, las cautelares anticipatorias han absorbido, en cierto modo, al amparo, en el sentido que en aquellas situaciones, la suerte de la pretensión cuya tutela se persigue se juega en esa instancia inmediata de la cautelar anticipatoria, que se abastece de una cognición más o menos superficial, epidérmica, de hecho subsumida en la urgencia. El pronunciamiento aunque provisorio, es directamente operativo y ejecutable (69). Y en ese escenario, el trámite del amparo opera como una especie de proceso de cognición posterior, para la salvaguarda de la garantía del contradictorio.

b. Aunque los resultados concretos de semejante ensamblaje suelen ser fructíferos, ha de convenirse que se está desvirtuando por devaluación el marco del amparo (70) y, por otro lado, asoma la sobreactuación de las medidas de urgencia –interinales y aún satisfativas–, con desmedro a menudo de la garantía de la defensa de la demandada.

c. Se hace menester entonces buscar una más adecuada articulación, que respetando las particularidades conceptuales de cada una permita, sin mella de la celeridad exigida por las situaciones de urgencia, tornar operativa la garantía de la defensa.

En el amplio menú de las técnicas de simplificación y sumariedad de la cognición ya aludidas se destacan los procesos de estructura monitoria y los procesos urgentes en sus diversas variables. De la combinación articulada de algunos o varios de ellos han de surgir fórmulas para abastecer “un recurso sencillo y rápido”, “efectivo”, expedito, ágil y simple, para la tutela de los derechos fundamentales.

En verdad, la búsqueda de mecanismos articulados para el logro del objetivo de amparar los derechos fundamentales en tiempo razonable, se erige en exigencia a menudo poco menos que insu-

(67) GUMERATO RAMOS G., Proceso jurisdiccional civil, tutela jurisdiccional y el sistema del CPC..., en VI Congreso Panameño de Derecho Procesal, Inst. Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2009, pp. 583 y ss.

(68) MONROY PALACIOS J.J. sostiene que en los procesos de tutela jurisdiccional de urgencia confluyen la sumarización cognitiva y la sumarización procedimental. La primera alude a la posibilidad de que se dicten resoluciones de actuación inmediata, sin necesidad de llegar a un conocimiento pleno del conflicto; la segunda está referida a la abreviación de los plazos, limitación de los medios probatorios, concentración de los actos procesales y otras técnicas (La tutela procesal de los derechos, Palestra, Lima, 2004, pp. 194-195). 69 La misma virtualidad tienen de hecho las liminares en el mandado de segurança brasileño. Como se ha destacado, las medidas de urgencia, sean cautelares o anticipatorias, integran la tutela jurisdiccional como condición de su efectividad y se dictan en carácter provisorio y temporario (THEODORO JUNIOR H., ob. cit., pp. 25, 28).

(69) La misma virtualidad tienen de hecho las liminares en el mandado de segurança brasileño. Como se ha destacado, las medidas de urgencia, sean cautelares o anticipatorias, integran la tutela jurisdiccional como condición de su efectividad y se dictan en carácter provisorio y temporario (THEODORO JUNIOR H., ob. cit., pp. 25, 28).

(70) El propio mandado de segurança, se ha afirmado, puede ser considerado superado por el núcleo de técnicas procesales formado por los arts. 273, 461 y 461-A del CPC brasileño. En todo caso, el mandamus coexiste con dicho núcleo (GUMERATO RAMOS G., ob. cit., pp. 584-587).

perable, cualquiera fueren los sistemas. El caso español es paradigmático, bien que su articulación responde a bases constitucionales propias, distintas de las nuestras. Cómo es sabido, corresponde al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos de amparo (art. 53.2, 161, b., Constitución Española), luego de haberse planteado la cuestión ante los tribunales ordinarios y cuando la decisión haya sido desestimatoria, con lo que se estableció un sistema mixto presidido por el principio de subsidiariedad (71). Sin embargo, el sistema condujo al colapso del Tribunal Constitucional, por el exponencial incremento de recursos de amparo, lo que motivó que la LOTC nº 6/2007, reformara el art. 241 de la LOPJ restringiendo el trámite de admisión de tales recursos, ampliando las causas de inadmisión por razones de fondo. De su lado, las vías ordinarias previas de restablecimiento de los derechos fundamentales, articulables mediante el incidente de nulidad de actuaciones del mentado art. 241, han quedado alteradas, pues se ampliaron los motivos que habilitan la vía incidental. Además de los defectos de forma que hayan causado indefensión y la incongruencia del fallo, el incidente debe promoverse como instancia ordinaria previa necesaria toda vez se denuncie la “vulneración de cualquier derecho fundamental”. De ese modo, y más allá de las dubitaciones que surgen en la doctrina (72), parece claro que la LOCT nº 6 se ha propuesto acordar una nueva configuración al amparo, articulando de un modo novedoso las previsiones constitucionales y legales con la finalidad declarada de tornar útil en concreto el remedio ágil y simple que por definición constituye el amparo.

d. La esencia del amparo, como se ha sostenido (73), es la de ser una modalidad específica de actuación de la jurisdicción protectora, que más que declarar hace fehaciente una realidad, utilizando vías procesales rápidas y expeditas. Por eso, si se busca en sus fuentes se advertirá que no se pretendió constituirlo como un proceso dirimente declarativo de los derechos en disputa, sino como una instancia protectora para la efectivización de los derechos y garantías (74), a través de un proceso urgente y ante la evidencia de los hechos.

En ese entendimiento, una de las posibilidades sería articularlo como una estructura semejante al proceso monitorio (75), de modo que acreditados los presupuestos de certeza por la evidencia de los hechos y la liquidez de los derechos conculcados, se habilite sin más el despacho inmediato del mandato protectorio y su ejecución; sin perjuicio de la ulterior procedencia del contradictorio restringido, toda vez que medie oposición del demandado. Según el tipo de defensa que se oponga, corresponderá al juez determinar el trámite de conocimiento ulterior. Se alteraría, de ese modo, la secuencia conocimiento-ejecución del régimen vigente por una inversa que implique protección-conocimiento, de modo tal de concebir un verdadero proceso contradictorio que no quede desvirtuado por la concesión del anticipo jurisdiccional (76).

(71) LOTC nº2/1979, art. 43, 44 y conc.; CASCAJO CASTRO J.I y GIMENO SENDRA V., El recurso de amparo, Tecnos, Madrid, 1985 pp. 81 y ss., 146-147.

(72) BACHEMAIER WINTER L., La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones, *Rev. Der. Proc.*, Madrid, 2007, pp. 49 y ss. YELAMOS BAYARRI E., El incidente del actual art. 241 LOPJ., en *Realismo jurídico y experiencia procesal*, M. Serra Domínguez (*Liber amicorum*), ob. cit., pp. 1079 y ss.

(73) RIVAS A.A., El amparo, ob. cit., pp. 41-44.

(74) ROJAS J.A., Un nuevo “molde” para el amparo, RDP, Nº5, 2000, pp. 72-73.

(75) ROJAS J.A., ob. cit., pp. 74 y ss.; id., *Sistemas cautelares atípicos*, ob. cit., pp. 519-525, donde se desarrolla de lege ferenda, la ley por hacer, proponiendo los diversos estadios de una estructura especial.

(76) ROJAS J.A., ob. cit., pp. 80-81. Planteada la oposición, el proceso a sustanciarse debe restringirse al máximo posible, evitando todo tipo de discusión sobre la causa que ha generado los hechos en que se sustenta el mandato protectorio, despachándose dentro de plazos breves y perentorios. El pronunciamiento revestirá únicamente cosa juzgada formal, de modo que podrá ser revisado a requerimiento de cualquiera de las partes en juicio de cognición plena (pp. 84-85).

e. Si el amparo, con más razón a partir de su encubramiento constitucional, tiene una autonomía técnico-funcional plena y principal (77), resulta claro que las medidas cautelares urgentes no pueden sustituirlo ni agotarlo. Por principio, la salvaguarda plena del derecho fundamental solo se logra mediante el amparo, por lo que su ejercicio no puede reemplazarse por una medida cautelar (78).

Ello no puede ser óbice, sin embargo, al ensamble entre ambos, imprescindible para asegurar el mejor rendimiento de la tutela protectoria. Y, en ese sentido, otra opción sería la regulación de las medidas anticipatorias y satisfactivas dentro del propio régimen del amparo, como lo hace la reciente ley brasileña de *mandado de segurança*, de 2009, bien que con los necesarios condicionantes y contrapesos (79).

En ese terreno, sería útil incorporar tanto las anticipatorias como las satisfactivas, diseñando el ámbito específico de cada una. Con la aclaración que las últimas –“autosatisfactivas”–, en tanto requieren la demostración de la evidencia (80) de los hechos, vendrían a superponerse con el propio amparo (81). Es que por su propia naturaleza no son accesorias de otros procesos sino que se agotan en sí mismas, a condición que, salvo supuestos excepcionales, su pedido será sustanciado con la contraria.

Sea cual fuere el camino que en definitiva se adopte –articulación como una particular estructura monitoria o bien con la inserción preceptiva de las medidas anticipatorias y satisfactivas–, se habrá avanzado para despejar las innumerables dudas que complican el entendimiento en la doctrina y en la jurisprudencia, de cuestiones asaz complejas que comprometen la operatividad de la “garantía de las garantías”.

VI. Bibliografía

ARRUDA ALVIM. Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

- Manual de Direito Processual Civil. 12a. ed. Vol. 2. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

BACHEMAIER WINTER, L. “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”. Revista de derecho procesal. Madrid, 2007 - I - 49 y ss.

BAPTISTA DA SILVA, O. Curso de Processo Civil. Fabris, Porto Alegre, 1990.

BARBI, C. A. Do mandado de segurança. 7a. ed. Forense, Río de Janeiro, 1993.

(77) De allí que, según reiterada doctrina de la CSN, la acción de amparo no actúa como una simple medida de no innovar, no es una acción que se agota en la traba de una medida precautoria (Fallos 244:68, 245:11, 252:301, entre otros).

(78) MORELLO A. M., y VALLEFIN C. A., El amparo, Régimen procesal., LEP, La Plata, 2004, 5ª. ed., pp. 385-386.

(79) Así, cuando regula los requisitos de procedencia (art. 7º; III) impone la previa sustanciación en los conflictos colectivos (art. 22, §2); faculta al juez para requerir excepcionalmente caución, fianza o depósito del peticionante (art. 7º, § 3 in fine); veda la concesión de la liminar en ciertos supuestos taxativos (art. 7º - parágrafo 2; admite la suspensión de sus efectos en resguardo de los intereses generales (art. 15); impone al solicitante la carga de instar el trámite del principal en términos perentorios, una vez dictada la liminar, en resguardo del principio de buena fe (art. 7º, §3). Conf.: THEODORO JUNIOR H., ob. cit., pp. 23-30.

(80) FALCON, E. M., Código Procesal..., ob. cit., v. III, pp. 185-188. Para una visión comparativa de los diversos ordenamiento provinciales que regulan las medidas “autosatisfactivas”: ROJAS J.A., Sistemas cautelares atípicos, ob. cit., pp. 256 y ss.

(81) De ahí que la medida adoptada a título de “autosatisfactiva”, si en el amparo ha mediado ulterior oposición de la demandada, queda librada a la decisión final que, si desestima el amparo, produce la decadencia de aquella (SCBA, Ac. 92.711, 26-9-07, cit.). Conf.: ROJAS J.A., ob. cit., pp. 405 y ss.

BARBOSA MOREIRA, J. C. “Mandato de segurança. Uma apresentação”. En: Temas de Direito Processual. Sexta Serie. Saraiva, São Paulo, 1997.

- “A sentença mandamental”. En: Temas de Direito Processual. Sétima Serie. Saraiva, São Paulo, 2001.

BERIZONCE, R. O. Derecho procesal civil actual. Abeledo-Perrot, Platense. Buenos Aires, 1999.

- “Tutela anticipada y definitiva”. En Derecho procesal civil actual. Abeledo Perrot – Platense, Buenos Aires, 1999.

- “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”. Revista de Derecho Procesal. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008 -2-, 35-47.

BIAVATI, P. “Tendencias recientes de la justicia civil en Europa”. Revista de Derecho Procesal. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008 -1-, 513-516.

BUZAID A. Do mandado de segurança. Saraiva, São Paulo, 1989.

CASCAJO CASTRO, J. I y GIMENO SENDRA, V. El recurso de amparo. Tecnos, Madrid, 1985.

DE LAZZARI, E. N. “La cautela material”. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 1996 IV-651-665.

FALCON, E. M. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 2a. ed. Vol. III. Lexis Nexis -Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

FIX-ZAMUDIO, H. Y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.) El derecho de amparo en el mundo. Porrúa, México, 2006.

GARCIA MEDINA, J. M. y ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. “Processo civil moderno”. En: ARRUDA ALVIM, Manual de Direito Processual Civil. 12a. ed. Vol. 1. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

GUMERATO RAMOS, G. “Proceso jurisdiccional civil, tutela jurisdiccional y el sistema del CPC”. En VI Congreso Panameño de Derecho Procesal. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2009.

LAFUENTE TORRALBA A. J. “La evolución de la tutela cautelar desde una perspectiva internacional”. Revista de Processo. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008 -156-: 77 y ss.

MONROY PALACIOS, J. J. La tutela procesal de los derechos. Palestra, Lima, 2004.

MORELLO, A. M. “La cautela material”. Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires, 1992-IV-314-318.

- “Expansión de las medidas cautelares y autosatisfactivas”. En Acceso al Derecho Procesal Civil. Vol. II. Lajonane – Platense, Buenos Aires, 2007.

MORELLO, A. M. y VALLEFIN, C. A. El amparo. Régimen procesal. 5a ed. Platense, La Plata, 2004.

PELLEGRINI GRINOVER, A. “Tutela jurisdiccional nas obrigações de fazer e nao fazer”. Revista Forense. Río de Janeiro, 1996 (333), 11 y ss.

RAMOS ROMEU, F. “¿Es deseable favorecer la ejecución provisional?”. En: Serra Domínguez, M. (Liber amicorum) Realismo jurídico y experiencia procesal. Atelier, Barcelona, 2009.

RENGEL ROMBERG, A. “Medidas cautelares innominadas”. Revista universitaria de derecho procesal. UNED, Madrid, 1990 -4-, 488 y ss.

RIVAS, A. A. El amparo. La Rocca, Buenos Aires, 1987.

Medidas cautelares. Lexis Nexos, Buenos Aires, 2007.

ROJAS, J. A. Sistemas cautelares atípicos. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

- “Un “nuevo molde” para el amparo”. Revista de derecho procesal. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000 -5-, 63-85.

THEODORO JUNIOR, H. O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Forense, Río de Janeiro, 2009.

- “Tutela antecepada. Evolução”. Revista de Processo. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008 (157), 130 y ss.

YELAMOS BAYARRI, E. “El incidente del actual art. 241 LOPJ”. En: Serra Domínguez, M. (Liber amicorum) Realismo jurídico y experiencia procesal. Atelier, Barcelona, 2009. ♦

El Juicio Abreviado: Una Herramienta Eficaz

POR **NATALIA ARGENTI** (*)

Sumario: I. Introducción. I. Marco teórico. III. Marco práctico. La norma en acción en el fuero federal. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

Mediante el artículo El juicio Abreviado: “Una Herramienta Eficaz” se ofrece al lector un bagaje de información teórica (FAZ TEÓRICA), para que tome contacto con los datos que hacen a la historia de la concepción del instituto previsto en el art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación y pueda recrearse la polémica que circundó el modelado del mismo -el pasado del juicio abreviado-, a su vez se lo invita a realizar un recorrido entre las distintas críticas actuales que azotan a la norma - presente del juicio abreviado que reedita las quejas del pasado- para luego analizar hasta que punto ellas devienen razonadas o son producto de generalizaciones que terminan demonizando un instituto que cuenta con innumerables bondades -Demostración que se aborda mediante la observación práctica del trabajo de la Fiscalía Federal General nº 1 de La Plata que defiende la utilidad de la norma- FAZ PRACTICA-.

By the article “The trial Abbreviations: an effective tool” provides the reader with a wealth of theoretical information (THEORETICAL FAZ) to make contact with the data related to the history of the concept of the institute referred to in Art. 431 bis of the National Criminal Procedural Code and can recreate the controversy surrounding the modeling -the past of abbreviated trial-, besides invites you on a tour among the current various criticisms that plague the norm - presents of the brief trial reissues of past complaints and then to analyze to what extent they becomes reasoned generalizations or result from ending demonizing an institution that has many benefits-demonstration that is being addressed through practical observation of the work of the Fiscalía Federal General nº 1 de La Plata that defends the usefulness of the institute-FAZ PRACTICE.

I. Introducción

Mediante el presente artículo se ofrece al lector un bagaje de información teórica -Marco Teórico- para que tome contacto con los datos que hacen a la historia de la concepción del instituto previsto en el art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación y pueda recrearse la polémica que circundó el modelado del mismo -el pasado del juicio abreviado-. A su vez se lo invita a realizar un recorrido entre las distintas críticas que pesaron y aún gravitan sobre la norma - el presente del juicio abreviado que reedita las quejas del pasado-, para luego analizar hasta que punto éstas resultan razonadas o son producto de generalizaciones que terminan demonizando un instituto que cuenta con innumerables bondades -etapa que se aborda mediante documentos que describen el uso del instituto por parte de la Fiscalía Federal General nº 1 de La Plata -Marco Práctico-

II. Marco teórico

Texto legal

Ley 24.825 Incorpórase el Capítulo IV Juicio abreviado al título II del Libro III, Sancionada: Mayo 21 de 1997, Promulgada: Junio 11 de 1997, B.O. 18/6/97: ARTICULO 1º- Incorpórase al título II del Libro III del Código Procesal Penal el siguiente capítulo: CAPITULO IV Juicio Abreviado Artículo 431 bis:

“1. Si el ministerio fiscal, en la oportunidad prevista en el artículo 346, estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis -6- años, o de una no privativa de libertad aún procedente en forma conjunta con aquella, podrá solicitar, al formular el requerimiento de elevación a juicio, que se proceda según este capítulo. En tal caso, deberá concretar expreso pedido de pena.

(*) Docente de Derecho Procesal Penal. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP.

En las causas de competencia criminal (artículo 32), el acuerdo a que se refieren los incisos 1 y 2 del artículo 431 bis. podrá también celebrarse durante los actos preliminares del juicio, hasta el dictado del decreto de designación de audiencia para el debate (artículo 359).

2. Para que la solicitud sea admisible deberá estar acompañada de la conformidad del imputado, asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho y la participación de aquel, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal recaída.

A los fines de este artículo y en cualquier etapa del proceso, pero desde la aceptación del cargo del defensor designado, el fiscal podrá recibir en audiencia al imputado y a su defensor, de lo que se dejará simple constancia.

3. El juez elevará la solicitud y la conformidad prestada, sin otra diligencia, al tribunal de juicio el que, tomará conocimiento de visu del imputado, y lo escuchará si este quiere hacer alguna manifestación. Si el tribunal no rechaza la solicitud argumentando la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia fundada con la calificación legal admitida, llamará a autos para sentencia, que deberá dictarse en un plazo máximo de 10 días. Si hubiera querellante, previo a la adopción de cualquiera de estas decisiones, le recabará su opinión, la que no será vinculante.

4. Si el tribunal de juicio rechaza el acuerdo de juicio abreviado, se procederá según las reglas del procedimiento común con arreglo a los artículos 354 ó 405, según corresponda, remitiéndose la causa al que le siga en turno.

En tal caso, la conformidad prestada por el imputado y su defensor no será tomada como un indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado vincula al fiscal que actúe en el debate.

5. La sentencia deberá fundarse en las pruebas recibidas durante la instrucción, y en su caso en la admisión a que se refiere el punto 2, y no podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida por el ministerio fiscal. Regirá el artículo 399.

6. Contra la sentencia será admisible el recurso de casación según las disposiciones comunes.

7. La acción civil no será resuelta en este procedimiento por juicio abreviado, salvo que exista un acuerdo entre las partes en tal sentido aunque se podrá deducir en sede civil. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de casación en la medida que la sentencia pueda influir sobre el resultado de una reclamación civil posterior.

8. No regirá lo dispuesto en este artículo en los supuestos de conexión de causas, si el imputado no admitiere el requerimiento fiscal respecto de todos los delitos allí atribuidos, salvo que se haya dispuesto la separación de oficio (artículo 43).

Cuando hubiera varios imputados en la causa, el juicio abreviado solo podrá aplicarse si todos ellos prestan su conformidad.

ARTICULO 2º-Las disposiciones de la presente ley se aplicarán a todas las causas en trámite.

ARTICULO 3º-Comuníquese al Poder Ejecutivo.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTIUN DIAS DEL MES DE MAYO DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE. -REGISTRADA BAJO EL N° 24.825-ALBERTO R. PIERRI. -EDUARDO MENEM. -Esther H. Pereyra Arandía de Perez Pardo. -Edgardo Piuizzi. Decreto 540/97. Bs. As., 11/6/97. POR TANTO: Téngase por Ley de la Nación N° 24.825, cúmplase, comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. - MENEM. - Jorge A. Rodriguez. - Elías Jassan

Reseña sobre la incorporación del instituto en nuestro ordenamiento jurídico. La palabra de los creadores de la ley. Voces encontradas: Ventajas vs. Desventajas. Constitucionalidad vs. Inconstitucionalidad.

Es mi intención que a través de los pasajes que se transcriben a continuación, que ilustran el momento de nacimiento de la norma, sea visualizado el origen del juicio abreviado en nuestro país y la forma en que fue pensado, para luego poder evaluar si de su puesta en marcha han derivados cambios, y en su caso el grado de trascendencia de los mismos.

Debo señalar que el uso que haré de la letra en negro se debe únicamente al objeto de facilitar la comprensión de los textos.

Desarrollo parlamentario (1)

Cámara de Diputados

Fundamentos del Proyecto de Ley sobre juicio abreviado del Dr. José L. Cafferata Nores - expediente 5.438-D.-95 publicado en el Trámite Parlamentario N° 199 del 13 de diciembre de 1995-

“... Nadie duda hoy de la necesidad de que el “juicio” del artículo 18 de la Constitución Nacional debe ser oral y público, por su insuperada conjunción de garantías y eficacia. Pero la realidad indica que los erarios oficiales no están en condiciones de tramitar todos los asuntos penales por su intermedio; y también que muchos de éstos pueden tener finales alternativos a la de declaración de culpabilidad (verbigracia la ley 24.316) o que para la aplicación de la ley penal, pueda abreviarse el proceso a través de soluciones de consenso. Esta situación ha llevado a que se opine sobre la necesidad de implementar formas abreviadas de proceso o de juicios -para delitos leves o de mediana importancia- que eviten la realización del trámite oral y público, en todo caso reservándolo a éste para los más necesarios, por su gravedad e importancia, o cuando no exista acuerdo sobre su abreviación.

El acuerdo formal al que se refiere el artículo 431 bis del proyecto es la exteriorización de otro acuerdo, el que el agente fiscal y el defensor hacen sobre la pena a imponer (que generalmente será más leve, como contrapartida de la confesión) y que el tribunal no podrá aumentar. La jurisprudencia argentina admite la confesión como atenuante de la pena ya que la misma resulta un indicio favorable de la personalidad del imputado al ser demostrativa de arrepentimiento... Esta institución tiene precedentes en el mundo y ha sido ampliamente receptada en los tribunales de Córdoba. a) Precedentes, En los Estados Unidos el “juicio” propiamente dicho “ha pasado a ocupar un lugar simbólico como método de atribución de responsabilidad penal pues, cerca del 90 % de las condenas son impuestas sin realizar el juicio, a través de un proceso de negociación reconocido como plea-bargainig, y consiste en las concesiones que el fiscal realiza a cambio obtener la confesión del imputado... b) Aceptación en Córdoba. Desde que entró en vigencia el “juicio abreviado” al 30-8-95, las Cámaras en lo Criminal de la Capital de Córdoba dictaron 223 sentencias, de las cuales 137 lo fueron a través del trámite “normal” (juicio oral y público) y 88 por el trámite abreviado, lo que equivale casi al 40 % del total. Cabe señalar además que la totalidad de las cámaras en lo Criminal han utilizado el juicio abreviado, lo que indica la aceptación unánime de esta innovación por parte de los jueces que suelen ser reacios a estas novedades, salvo que les encuentren una razonable utilidad. Las pocas voces críticas que se escuchan provienen de la teoría y, en su mayoría, procuran acordar más garantías para el imputado. En la práctica, la presentación escrita y conjunta de fiscal, imputado y defensor - en la que aquél ratifica la acusación, éstos la aceptan como fundada en hechos verdaderos, y acuerdan el monto de la pena, evita todo el desarrollo del debate oral y público. Los tribunales cordobeses adoptan ésta y otras formas parecidas. También ha permitido una mejor imagen pública sobre la eficiencia de la justicia penal, sin menoscabo alguno de los derechos y garantías del acusado. El proyecto que presentamos resguarda las garantías del imputado y asegura una adecuada atención de los intereses de la víctima del delito.”

(1) Antecedentes Parlamentarios La Ley Tomo 1997-B Ley 24.825 Juicio Abreviado páginas 1541 a 1596 y documental brindada en el marco del “Curso de Nivel Superior” (Módulo III: Juicio Abreviado), organizado por la Fiscalía General de Formación, Capacitación y Estudios Superiores de la Procuración General de la Nación, que fuera remitida por la Oficina de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación a requerimiento de la Biblioteca de la Procuración General de la Nación.

Ampliación de los Fundamentos del Proyecto de Ley sobre juicio abreviado del Dr. José L. Cafferata Nores

“Para ampliar los fundamentos del proyecto de ley de juicio abreviado. Expediente 5.438-D.-95. La idea de lograr sentencias en un lapso razonable, con fuerte ahorro de energía y recursos jurídicos y sin desmedro de la justicia, tradicionalmente aceptada para delitos leves, se ha extendido últimamente también para el tratamiento de ilícitos de mayor entidad. Respecto de éstos ahora se admiten alternativas para evitar el juicio oral y público, cuando él no sea imprescindible para arribar a una sentencia que resuelva el caso, con respeto de los principios de legalidad y verdad: condición sine qua non (aunque no la única) para ello será que la prueba reunida en la investigación preparatoria sea idónea a tal fin, sin que sea necesario reproducirla en un debate, a criterio de los sujetos esenciales del proceso. a) *Procedencia*: Bajo esta premisa y con aquel propósito, aparece la propuesta del juicio abreviado, que procede en caso de flagrancia, o confesión llana y circunstanciada del imputado (que podría sustituirse por una conformidad con la acusación); requiere el acuerdo del Tribunal, el Ministerio Público fiscal y el imputado y su defensor sobre su procedencia; permite omitir la recepción oral y pública de la prueba y fundamentar la sentencia en las pruebas recibidas en la investigación preparatoria (que se consideran idóneas para resolver el caso), no pudiendo imponerse -en tal supuesto- al imputado una sanción más grave que la pedida por el Ministerio Público Fiscal ... b) *El principio de legalidad*. Tal como está estructurado actualmente nuestro sistema penal -que sigue respondiendo al principio de legalidad y al de verdad real, salvo contadas excepciones (Vgr.: suspensión del juicio a prueba)-, no hay un marco jurídico que permita incorporar en el acuerdo criterios de oportunidad o concesiones hacia la verdad consensuada. Este debe circunscribirse a la cantidad o calidad de la pena aplicable al caso concreto, de acuerdo a la calificación jurídica que corresponde al hecho acusado, que además de flagrante, confesado o reconocido por el imputado, debe encontrarse acreditado concordantemente por las pruebas de la investigación preparatoria. No se trata, entonces, de que el acuerdo pueda libremente evitar la pena para algunos delitos, reprimiéndose sólo otros, o que la pena a imponer sea inferior al mínimo de la escala prevista para el delito acusado, o que se acepte una calificación legal que no corresponda, o que se tenga como probado un hecho distinto del que ocurrió, o como existente uno que no está acreditado que exista, o que el acusado participó en él (aun cuando en la realidad algunas de estas cosas pueda ocurrir). Se trata de acordar un punto entre el mínimo y el máximo de la escala penal conminada para el delito de que se trata (o la elección de una pena entre las previstas como alternativas) que a criterio del acusado le resulte favorable, como contrapartida de su consentimiento al procedimiento más rápido y económico (caso de flagrancia) o de su reconocimiento o aceptación de los hechos que se le atribuyen. La confesión ha sido valorada tradicionalmente como una circunstancia atenuante de la pena. ... c) *La verdad*. El proceso penal aspira a lograr una reconstrucción conceptual del hecho que constituye su objeto, lo más ajustado posible a la realidad, procurando una concordancia o adecuación entre lo ocurrido y lo que se conozca al respecto. Es la verdad correspondencia, o verdad real, que se reduce, por las dificultades fácticas y las limitaciones jurídicas reconocidas, a una “verdad jurídica” o “verdad procesal”. El juicio abreviado no piensa en prescindir de ella, o en sustituida por una verdad consensuada (al menos de acuerdo a su regulación legal). Basta reparar en que la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación fiscal preparatoria (que se orienta hacia el logro de la verdad) y no en la confesión que pudiera haber prestado el acusado, en el marco del acuerdo, confesión que -es bueno recordarlo- deberá ser verosímil y concordante con aquellas probanzasEn tal sentido se ha dicho que el juicio abreviado corresponde para casos que no revistan complejidad de prueba y que su evidencia obvie la recepción de toda otra prueba por innecesaria, en los que el material probatorio legalmente colectado en la investigación penal preparatoria, puede dar base a la sentencia, “prescindiendo de una reiteración presumida como estéril, por los sujetos esenciales del proceso”, porque no se trata de un acuerdo entre partes sin asidero probatorio, sino el caso de que todo fue “muy bien probado durante la instrucción”. d) *Control jurisdiccional*. La procedencia del juicio abreviado requiere la conformidad del tribunal (si no la presta, debe adaptarse el trámite ordinario) ... Como el acuerdo significa la renuncia del “juicio como acto” el tribunal deberá controlar que la confesión del acusado sea voluntaria (sin coacción ni engaño), y prestada con pleno conocimiento de las consecuencias que le traerá, y con una eficiente tarea de la defensa técnica al respecto. e) *Garantías constitucionales*. Dadas estas condiciones, no se

advierde que el juicio abreviado ponga en crisis el principio del debido proceso, pues las exigencias de éste se respetan. Hay acusación, defensa (que se ejercita a través de un reconocimiento de participación en el delito libremente formulada, y estimada conveniente a sus intereses por el imputado, debidamente asesorado por el defensor) prueba (la recibida en la investigación preparatoria estimada idónea por el ministerio público fiscal, imputado, defensor y tribunal), sentencia (que se fundará en las pruebas de la investigación preparatoria y en el corroborante reconocimiento de culpabilidad del acusado-, y definirá el caso) y recursos (que procederán por las causales comunes) ... f) *La práctica* El legalmente novedoso juicio abreviado ha tenido una aplicación en la experiencia de tribunales, que parecería asombrosa, si no estuviera revelando que la negociación sobre la pena ya era algo incorporado a la rutina del juicio penal, expresada a través del acuerdo de incorporar al debate todas las pruebas de la investigación preparatoria por su lectura, eufemismo que implica lisa y llanamente fundar en ellas la sentencia. ... “.

La Cámara de Diputados aconsejó la sanción del Proyecto presentado por el Diputado Cafferata Nores mediante el Orden del día 561/96

Cabe reproducir una de las preocupaciones que se volcaron en el recinto “También debe precisarse -ésta ha sido una observación que presentara el diputado Gorini, que de común acuerdo se resolvió levantar- que es fundamental que en el caso de imputados que no tengan defensor particular y que se tengan que valer de una defensa oficial, esta última tenga que ser eficaz, para que esto no se transforme -dicho entre comillas- en una máquina de condenar pobres defendidos por defensores oficiales. El defensor oficial debe ser en estos casos tan eficaz como puede serlo el defensor particular, a la hora de asesorar al acusado sobre qué es lo que más le conviene”.

Cámara de Senadores

La Cámara Revisora de la Cámara de Senadores, en el orden del día 302/97, aconsejó la sanción del Proyecto de Ley, con la única disidencia total del Senador Pedro Guillermo Villaroel.

El nombrado sostuvo que “... la modificación que propone el presente proyecto de ley resulta poco convincente y abre serias dudas sobre las ventajas de su aplicación. Constituye casi un lugar común señalar que en el modelo inquisitivo reformado que inspira el procedimiento establecido por el Código Procesal Penal de la Nación, la etapa de instrucción o investigación adquiere una importancia determinante del resultado del juicio, hecho por el que se habla del “corrimiento del peso del procedimiento hacia la instrucción”. En este contexto, el *juicio aparece como garantía última de control del desequilibrio de poder de la instrucción*, debido a los rasgos inquisitivos que conserva dicha etapa ... En el modelo que rige nuestro procedimiento, la persistencia de rasgos inquisitivos de la instrucción sumada a la simplificación del juicio supone el peligro de trasladar a la instrucción el peso de la decisión sobre el hecho punible, la responsabilidad del imputado y la pena aplicable, debilitando a su vez los rasgos que constituyen la garantía más importante de control de los actos de la instrucción durante el juicio, es decir, el carácter contradictorio, oral y público del debate, el principio de intermediación, la necesidad de producción íntegra de la prueba en esa etapa etcétera. La modificación propuesta importa además otro grave peligro, señalado reiteradamente por autores críticos del plea bargaining estadounidense: la posibilidad de que la no aceptación de la propuesta del fiscal por parte del imputado y su defensor vaya acompañada de la *amenaza de un pedido de condena más grave* (cfr.: Langbein, J., *Torture and Plea Bargainig*, University of Chicago Law Review, v. 46 (1978). De este modo, se pone en cuestión la supuesta “aceptación voluntaria” del imputado. Resulta aun más grave el hecho de que la efectiva realización del juicio común modifique sustancialmente su significado: el rechazo de la aplicación de un juicio abreviado y el reclamo de la realización de un juicio común corren el riesgo de ser “penalizados”, en lugar de constituir una garantía de los derechos del acusado. El rechazo del acuerdo por parte del imputado lo coloca en situación especialmente desventajosa, ya que “impone” al ministerio público y al tribunal la carga de realización de un juicio pleno, mucho más trabajoso y exigente que las simples formalidades del juicio abreviado. No es ocioso señalar los peligros que acarrea una situación en la que el reclamo del ejercicio del derecho de ser juzgado con las debidas garantías supone una posición de partida desventajosa para el imputado ... ”.

La reseña efectuada, nos muestra los rasgos más sobresalientes del diseño del juicio abreviado en sus albores: 1. Instituto limitado a la selección del quantum de la pena a imponer, 2. Privativo de causas de menor entidad y en aquellas instruidas por delitos graves sólo cuando no ofrecían dificultad probatoria (flagrancia y confesión), 3. Concebido como impeditivo de producir mutaciones en el hecho materia de reproche y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, 4. Consecuentemente no admitía la posibilidad de arribar a un cambio de calificación y menos aún a una absolución, 5. Se instalaba una opinión negativa generalizadora de los roles de quienes participan en el acuerdo, poniendo en duda la calidad de la defensa oficial y contemplando la creación de una trampa extorsiva para la firma del acuerdo.

Doctrina. El artículo 431 bis y la polémica circundante

¿Descongestionar únicamente ¿No ir a juicio oral? Celeridad y costos ¿De eso se trata? ¿La finalidad del juicio abreviado es evitar un juicio? ¿Pactar un abreviado implica Confesar? ¿Obligación u Opción? ¿Verdad Descartada, Verdad Construida o Verdad Real?

A pocos meses de la entrada en vigencia de la ley 24.825, se escucharon voces de preocupación y repudio para con la innovación legislativa. El artículo 431 bis resultó flanco de fuertes embates doctrinarios que le imprimían, como común denominador, la nota de ser un instrumento aniquilador del principio constitucional “no hay pena sin juicio”, despidiendo acaloradamente las invaluables conquistas del Estado de Derecho: intermediación, publicidad y contradicción.

Miguel Angel Almeyra en “Requiem para el juicio penal oral- A propósito del procedimiento penal abreviado” La Ley, 1997-B, 1561, lo tildó como un desliz del legislador de dudosa constitucionalidad y en la obra “Juicio Abreviado ¿O la vuelta al inquisitivo?” La Ley Tomo 1997 -F, 353 a 359 remarcó la presencia de una acentuada coacción psíquica sobre el imputado, con apertura a formas consensuadas de verdad opuestas a la verdad real, que relegaban y reservaban el juicio oral para quienes estuviesen dispuestos a afrontar el riesgo de una pena mucho más grave.

En la publicación de “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal” Año IV -Número 8 A- AD HOC srl Bs. As. 1998 paginas 415 a 609 se reunieron 9 estudios doctrinarios (2) que por un lado reclicaron y analizaron normas de derecho comparado sobre formas de simplificación del proceso penal y por el otro evaluaron las posibilidades de eficacia de la nueva adquisición del Código Procesal Penal y los daños que podían filtrarse en el sistema.

Gustavo E. Vivas escribió el estudio de páginas 497/526 titulado “La Confesión Transaccional y el Juicio Abreviado” defendiendo la utilidad de la reforma “9.5 El juicio abreviado es un eficaz agente de economía de recursos temporales, procesales y financieros para el Estado de Derecho que lo instaura y a favor de los administradores organizados jurídicamente. 9.6. El modelo de aplicación exige un alto control informal de los actos de los operadores del sistema, sea dentro de la microcomunidad jurídica, tanto judicial (oficial) como privada (por parte de los abogados del foro); y de la sociedad toda, en lo que los medios masivos de comunicación habrán de efectuar su ingerente aporte, exaltándose así la publicidad de los actos de gobierno. 9.7 Es digno de recomendación que el Ministerio Público Fiscal, en tanto órgano estructurado jerárquicamente fije pautas de acatamiento a los pactos celebrados con el fin de obtener la confesión transaccional ... 9.10. De no verificarse el compromiso ético del párrafo anterior, el juicio abreviado y la transacción, lejos de importar un avance cívico-legislativo, presentará el nuevo rostro del Estado inquisidor maquillado de posmodernismo procesal”.

(2) Estudios. Juicio Abreviado. SUMARIO: I. ¿Crisis del procedimiento penal?, por Bernd Schunemann II. Mecanismos de simplificación del procedimiento penal, por Julio B. J. Maier. III. El proceso penal y los juicios abreviados (ley 24.825), por Francisco J. D'Albora. IV. Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina, por Leopoldo H. Schiffrin. V. La confesión transaccional y el juicio abreviado, por Gustavo E. Vivas. VI. Simplificación del procedimiento y “juicio abreviado”, por Alberto Bovino. VII. En defensa del juicio, por Gabriel Anitua. VIII. Suspensión del procedimiento a prueba y proceso abreviado. Un problema de constitucionalidad, por Luis Alonso Salazar Rodríguez. XI. Acerca de la adecuación constitucional del juicio abreviado, por Gustavo A. Bruzzzone.

En sentido opuesto, en la página 544 a 556 y bajo el rótulo de “En Defensa del Juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el ‘arrepentido’” Gabriel Ignacio Anitua concluyó que “... debemos advertir que un proceso penal con las características de “eficacia” definidas al promover estas figuras, necesariamente tendrá efectos contraproducentes a largo plazo ... Un Derecho Penal disponible y políticamente funcionalizado para las circunstancias ya no puede ocupar el lugar que la constitución Nacional le reservó dentro del sistema de control social en el Estado de Derecho. Si sus principios fundamentales son disponibles según el caso -y en todos los casos cuando el imputado cede a la amenaza estatal-, va a perder su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del Derecho. ... La supresión de la forma constitucional de enjuiciamiento y de las garantías, implica, actualmente, la destrucción de la democracia ...”.

Año tras año, hasta la actualidad, dichas críticas se han seguido reeditando, no se han dejado de oír en el ámbito de algunas cátedras de estudio, en el tránsito por los pasillos judiciales y también en obras doctrinarias. Se sigue diciendo que de la mano del acuerdo camina la posibilidad de extorsión, que transita entre los extremos: aceptación de responsabilidad mediante la firma del pacto con disminución de pena y concurrencia al juicio oral con mayor sanción asegurada. Se asimila la idea de juicio abreviado a la de un premio constituido por la obtención de una condena inferior y se vincula a la efectiva realización de las audiencias (cuando pudo aplicarse el art. 431 bis pero no se lo hizo por voluntad del imputado) con un mayor castigo.

Pero no es menos cierto, que también se deja escuchar el sonido de otra campana, que con la misma intensidad replica los aciertos de la norma (3). Resulta innegable el hecho de que el “pacto” es un insumo procesal de importante peso en los códigos procesales modernos. Angela Ester Ledesma en la publicación “Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y Ejes rectores” Revista de Derecho Procesal Penal II “El Proceso Penal Adversarial” Rubinzal-Culzoni Editores Bs. As. 2009 páginas 45 a 47 pasa revista del uso del acuerdo conforme las nuevas corrientes de reforma en los códigos de Buenos Aires, Mendoza, en aquellos llamados de “última generación”: Chubut, Entre Ríos y Santa Fe y en el proyecto de Código Procesal Penal Nacional presentado por el Instituto de Estudios Comparados en ciencias penales y sociales -INECIP- que posee estado parlamentario.

A mi modo de ver, no se puede pasar por alto que las bondades del instituto se lucen cuando la máquina procesal funciona con todos los engranajes en la misma dirección, que no es otra que proveer de justicia a cada caso en concreto. Estoy convencida de que sólo así podrá afirmarse vehementemente que el camino de simplificación reporta un beneficio para la persona sujeta a proceso y que la voluntad expresada mediante el pacto no resulta viciada coactivamente.

Partiendo entonces de dicho dato infranqueable, el acuerdo nunca será la llave de apertura para situaciones de abuso. El pacto como lo planteo, y en honor a la verdad y como se verá más adelante, como es usado en la Fiscalía Federal N° 1 de La Plata, reúne las notas básicas que deben estar presentes a la hora de resolver un caso y que fueron recalçadas por José Cafferata Nores: *Jurisdicción*: A través de la conformidad que debe prestar el Tribunal en su sentencia luego de tomar contacto con el imputado (audiencia de visu), decisorio que puede ir más allá de los límites del acuerdo, siempre y cuando signifique un beneficio para el procesado, ya que puede imponérsele una pena menor y hasta absolversele, *Acusación*: Representada por la labor llevada a cabo por el Ministerio Público durante la

(3) Tesitura que ha tomado la reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires por ley 13.943 cuyos fundamentos le atribuyen como misión: “...se propone prescindir de la integración colegiada en el tratamiento de las alternativas al juicio oral, como es el caso del juicio abreviado o la suspensión del juicio a prueba y, a la vez, se delimitan temporalmente todas estas formas de terminación del proceso, incluyendo la mediación, con el claro propósito de propender a la utilización temprana de las mismas y de evitar, paralelamente, la sistemática caída de audiencias como lógica consecuencia de los acuerdos tardíos. En suma, esta reorganización judicial permitirá potenciar la eficacia del sistema penal y un mejor aprovechamiento de los recursos humanos de la administración de justicia en esta materia, esto es, un aumento de su capacidad de respuesta, disminuyendo los tiempos de resolución de los casos”. Tónica que circula también en la redacción de los códigos procesales de última generación o “adversariales”, como es el caso de la ley 5478 de la Provincia del Chubut arts. 295 y 355.

instrucción y la actividad de estudio del caso concreto desplegada en la etapa intermedia, que culmina con el posterior acuerdo, *Defensa*: Corporizada por la asistencia letrada que actúa como garantía para que la elección del encartado no se vea viciada por la falta de información técnica que pudiera padecer. De más esta decir que durante el trámite del pacto interviene el defensor del imputado, quien conociendo las reales posibilidades de éste frente a un juicio común, lo asesora en punto a la conveniencia de emplear la norma a modo de estrategia, y una vez expresada esa aceptación no podemos decir que sea producto de algún tipo de presión, sino del convencimiento y seguridad alcanzados a partir del consejo del letrado que lo acompaña, *Prueba*: El piso de la prueba a tener en cuenta lo conforma invariablemente el plexo probatorio reunido en la etapa de investigación. La conformidad prestada por el imputado, por sí misma no resultará entonces suficiente para habilitar la realización del juicio abreviado, sino que deberá ser conteste con cada una de las pruebas incorporadas a la instrucción o investigación. De existir un asentimiento aislado y contradictorio para con el resto de la prueba, y las partes de todos modos se vuelquen por la realización del abreviado, estaremos aplicando el instituto en perjuicio del procesado, consintiendo una verdadera violación al derecho de defensa en juicio, y *Recursos*: Ya que la homologación del acuerdo no elimina las vías recursivas.

A su vez la norma reporta un número muy importante de utilidades, a saber: beneficia al estado permitiendo el ahorro del tiempo y de los costos que insume la realización del juicio oral y público, permite a las partes independizarse de los cronogramas judiciales, elimina la incertidumbre que provoca la espera y despliega el principio de oportunidad siempre al amparo del de legalidad.

Claro es que ningún instituto es perfecto toda vez que las personas que lo implementan no lo son. Por ello, si cada sujeto que interviene en el proceso, actúa con responsabilidad (con todo lo que ello implica) el art. 431 bis, utilizado en su forma más amplia y flexible, reporta una solución invalorable para el sistema procesal penal.

Cierto es que debemos lamentarnos de las prácticas judiciales en las que las decisiones se orientan por cuestiones muy lejanas al interés de la justicia. No se puede negar el hecho de que en algunas dependencias -fiscalías, defensorías y órganos judiciales-, la circunstancia de que no se lleve a cabo el juicio oral por haberse pactado un abreviado, es motivo de algarabía; como tampoco puede ocultarse la práctica del abogado de la matrícula inescrupuloso, que prefiere firmar cómodamente una hoja en el escritorio de un despacho fiscal, a exponer sus sapiencia o la falta de esta en la sala de juicios. Pero esto como dije, es ajeno a la letra del artículo 431 bis y atañe al hombre que lo utiliza.

Si bien es provechoso que las causas sean resueltas con celeridad, no es menos importante que debe prevalecer el espíritu de justicia por sobre decisiones que nada tienen que ver con la buena administración de justicia. Creo que tales “prácticas o costumbres” sí pueden ser consideradas contrarias a las premisas constitucionales.

A mi modo de ver, una concepción jurídica seria de este “acuerdo” o “pacto” debe construirse sobre la base del uso apropiado que merece la norma, circunstancia que en definitiva estriba en el modo en que se ejercen los roles dentro del proceso penal. Es indiscutible que podemos encontrarnos, como en todos los órdenes de la vida, con personas que no actúan del modo adecuado, pero también es cierto que muchas otras se desenvuelven de manera recta; es en cabeza de estas últimas en las que coloco, en el campo jurídico que nos convoca, el éxito y la eficacia de todos los institutos creados por ley.

No es correcto descalificar al pacto, sino que debe reconocerse que el uso del juicio abreviado, tal como lo voy a exponer en el acápite relativo a las faz laboral diaria, no crea perjuicio alguno para quienes intervienen en el proceso, sino que por el contrario aporta beneficios de indiscutible importancia.

El único trago amargo lo representa el rechazo del acuerdo por parte del Tribunal, ya que si bien la letra de la norma en estudio dice expresamente en su cuarto apartado que “la conformidad prestada por el imputado y su defensor no será tomada como indicio en su contra”, el Tribunal que le sigue en turno, en caso de no reeditarse el acuerdo, a la hora de formar convicción debe hacer desaparecer del

escenario de su mente el asentimiento prestado por el procesado. Lo que en modo alguno debería ser una práctica compleja a la luz del maletín de garantías constitucionales de última generación que debe acarrear el juez ... pero en el caso de que ello no ocurra y se vea tentado a hacer primar una prueba que no tiene, es el defensor quien debe emplear todos los mecanismos legales para ponerlo en evidencia (4).

III. Marco práctico. La norma en acción en el fuero federal-

Implementación de directivas sobre el instituto a nivel Procuración General de la Nación (resoluciones por orden cronológico)

Resoluciones PGN 40/97-27/8/1997. Juicio Abreviado en causas con personas detenidas.

“ ... Y VISTO: La incorporación al Código Procesal Penal de la Nación por la ley 24.825, del instituto de juicio abreviado .La situación de las personas detenidas sometidas a proceso sin sentencia firme a su respecto .Y CONSIDERANDO: Que la ley 24.825 adjudica al Ministerio Público un rol preponderante en la realización y aplicación del juicio abreviado, por lo que resulta fundamental propender a la activa intervención de los miembros del Ministerio Público, en cuya cabeza es precisamente donde la ley sitúa la iniciativa de la aplicación del instituto. Que en tal inteligencia, resulta aconsejable recomendar a los señores fiscales con actuación en el fuero penal, que velando por la efectiva aplicación del juicio abreviado, den prioridad al tratamiento y estudio de las causas en trámite con personas detenidas, para lo cual deberán invitar a la brevedad posible, a los señores defensores y a los imputados, a celebrar la audiencia prevista en el art. 431 bis, apartado 2, segundo párrafo del código adjetivo, a fin de analizar la posibilidad de implementar el referido instituto. Asimismo, a fin de lograr su óptima aplicación en todo el espectro procesal en que se encuentra previsto - desde la designación de defensor hasta la citación a debate-, y tener los mayores beneficios que la abreviación del juicio presupone tanto para quienes padecen la incertidumbre de su situación de sometimiento a la justicia, como de las víctimas y damnificados por hechos ilícitos, corresponde encomendar a los señores fiscales extremar, desde el comienzo mismo de la instrucción, los recaudos necesarios para concretar el acuerdo que posibilite el juicio abreviado, sin perjuicio de lograr el juego armónico de esta fórmula procesal con la suspensión del juicio a prueba . Por ello, en uso de las facultades previstas en el artículo 120 de la Constitución Nacional, RESUELVO: 1º) Recomendar a los señores fiscales del fuero penal que den prioridad al tratamiento y estudio de las causas en trámite con personas detenidas, para lo cual deberán invitar a la brevedad posible, a los señores defensores y a los imputados, a celebrar la audiencia prevista en el art. 431 bis , apartado 2, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, a fin de analizar la posibilidad de implementar el referido instituto. 2º) Encomendar a los señores fiscales extremar, desde el comienzo mismo de la instrucción, los recaudos necesarios para concretar el acuerdo que posibilite el juicio abreviado, sin perjuicio de lograr el juego armónico de esta fórmula procesal con la suspensión del juicio a prueba ... ”.

Resolución PGN 90/99-23/12/199- Delitos contra la integridad sexual o de violencia intrafamiliar.

“ ... Art. 1: Disponer que los Fiscales cuando consideren oportuno celebrar un juicio abreviado en los casos de delitos contra la integridad sexual o contra las personas cometidos en el ámbito intrafamiliar, arbitren los medios necesarios para otorgarle a la víctima y/o a su representante legal la oportunidad de ser escuchada previo a concretar el acuerdo con el imputado y su defensor. Art. 2: ... Se deberá poner en conocimiento a la víctima y/o a su representante legal sobre la eventual liberación que podría resultar como consecuencia de la celebración del juicio abreviado, para que adopten los recaudos que estimen corresponder.

(4) El Código Procesal de Chubut ha buscado una salida a este inconveniente estableciendo en el art. 355 “... Cuando la solicitud fuere rechazada, el rechazo no constará en el auto de apertura y nada se dirá sobre ella en el acta de la audiencia. En ese caso, se labrará acta por separado en la que consten los motivos del rechazo y el fiscal reemplazará la acusación anterior, por eliminación de todo vestigio sobre el acuerdo previo ... ”.

Resolución PGN7/01.-20/3/2001- Fiscal del acuerdo-

“ ... Que la divergencia planteada consiste entonces en determinar cuál es el Representante del Ministerio Público Fiscal que debe intervenir (básicamente a efectos de recurrir) cuando el acuerdo fue celebrado por el Agente fiscal que actúa durante la instrucción. Mediante oficio fechado el 7 de octubre de 1999, la Titular de la Fiscalía Federal de General Roca, Provincia de Río Negro, puso en conocimiento del Superior, una serie de inconvenientes generados en esa jurisdicción a partir de la aplicación del art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación, basados especialmente en que el único Tribunal Oral local declaró inconstitucional dicho instituto y anuló por tal motivo los acuerdos celebrados por la fiscalía de primera instancia a su cargo (fs. 39). Que a raíz de estas circunstancias, la Dra. Ferrando hace mención a que las resoluciones del Tribunal Oral le son notificadas al Señor Fiscal General que actúa ante el mismo y no a la Magistrada requirente, quien de este modo se ve impedida de recurrir a una instancia superior para que revise dicho fallo. Que resulta entonces prioritario también frente a este planteo resolver la cuestión más arriba apuntada, para adoptar las medidas que resulten necesarias para el cumplimiento de la Res. MPF 40/97. Que en tal sentido, cabe señalar que las facultades de intervención en el proceso penal tanto de los Agentes fiscales que actúan ante los Juzgados de Instrucción como de los Fiscales Generales que actúan ante los Tribunales Orales están en principio delimitados en la legislación de forma, toda vez que, exceptuando los casos de convocatoria, la actividad de los primeros cesa con la elevación del expediente a la etapa de juicio oral, para pasar a tramitar bajo la órbita de los mencionados en segundo término (cfr. arts. 67, 68 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación). Que no resulta aconsejable alterar tales facultades de intervención en la hipótesis planteada, porque ello además llevaría a recargar tareas sobre algunos Magistrados en desmedro de otros de un modo contrario al principio general de asegurar un eficiente y adecuado desempeño de las funciones que les competen al Ministerio Público Fiscal en su conjuntoEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION RESUELVE: Artículo I: DISPONER que cuando sea el Agente fiscal el que lleve adelante medidas tendientes a la celebración de un acuerdo de juicio abreviado, una vez elevado el expediente al Tribunal Oral, será el Fiscal General al que corresponda actuar ante dicho órgano jurisdiccional el encargado de la continuación de su trámite ... ”.

Resolución PGN31/6-30/3/2006. Delitos Culposos

“ ... La protección de quienes han resultado víctimas de un delito constituye un pilar de la asistencia victimológica y encuentra sustento legal en los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y Abuso de Poder (Naciones Unidas, 1985), así como también en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), lo que ha inspirando, ya en el pasado, el dictado de la Res. PGN 90/99, del 23 de diciembre de 1999. En este contexto también cabe señalar, que si bien el instituto del juicio abreviado ha posibilitado gestionar en forma eficaz un importante número de casos que son elevados a la etapa de juicio oral, la relevancia que posee este tipo de casos, en particular cuando tiene como resultado la muerte de una persona, requieren una consideración especial por parte de los agentes del Ministerio Público Fiscal al momento de analizar la viabilidad de un acuerdo de juicio abreviado, y en este sentido resulta importante contar con la opinión de la víctima o de quienes se encuentren legitimados para querellar, hayan o no optado por esta vía ... RESUELVO: Artículo 2º.-Encomendar a los Sres, Fiscales que cuando consideren oportuno celebrar un acuerdo de juicio abreviado en los casos de hechos de tránsito con resultado de muerte -así como en casos análogos con el mismo resultado- arbitren los medios necesarios para otorgar a quines se encuentran legitimados para querellar la oportunidad de ser escuchados previo a concretar el acuerdo con el imputado y su defensor ... ”.

Faz Práctica Pura. Uso de la norma. Informes Anuales 2008 y 2009 de la Fiscalía Federal General Nº1 de La Plata

Antes de pasar al detalle pormenorizado de los informes anuales confeccionados en la Fiscalía General nº 1 de La Plata (Dependencia en la que me desempeño desde hace 6 años junto al prestigioso Fiscal General Dr. Carlos Alberto Dulau Dumm, excelente profesor en la Casa de Estudios que nos convoca, intachable funcionario judicial y por sobre todo un maravilloso ser humano), debo señalar

como introducción, que hasta el año 2007 el temperamento adoptado por el Fiscal General para la aplicación del art. 431 bis era el respeto inamoviblemente de la calificación legal electa por el fiscal de instrucción, plasmada en el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Lo que como puede imaginarse acotaba muchísimo el número de casos que obtenían su conclusión mediante el uso de dicha norma. Pero la idea del cambio de tesitura fue madurando hasta que su puesta en práctica no dejó dudas sobre sus variados beneficios, rediseñando un nuevo rumbo hacia la solución del caso penal concreto.

Informe anual 2008:

“ ... Párrafo aparte merece la labor en la Fiscalía en lo que hace a los juicios abreviados, ya que el presente año se efectuaron un gran número de acuerdos con cambio de calificación y otros tantos se encuentran en tratativas. Sobre el punto he de detenerme unos instantes, a fin de explicar el motivo de lo antedicho, ya que como podrá leerse de todos los informes anuales que he entregado a lo largo de mi desempeño en esta Dependencia nunca antes en el marco de un juicio abreviado había cambiado la calificación electa por el fiscal de instrucción y aguardaba la sustanciación del debate oral para abordar a ese resultado. El cambio de tesitura tiene como fundamento el gran número de causas con personas detenidas que no tenían fecha de audiencia, sin vislumbrarse siquiera una posibilidad remota de acceder a la misma. Así desde el mes de marzo del corriente la Fiscalía se puso a trabajar enérgicamente con el objetivo de superar la carencia de fechas de juicio, en un primer momento la Fiscalía se acercaba al asiento del Tribunal para tomar lectura de las causas con detenido, luego y es lo que actualmente se hace, se solicitan las actuaciones en préstamo, para poder estudiarlas con mayor comodidad. La lectura detenida y razonada permite la valoración de la prueba colectada, y posibilita efectuar, a la luz de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del caso, de la experiencia, del temperamento adoptado en juicios de igual tenor y de la jurisprudencia, un pronóstico de lo que habría de suceder en el marco del debate. Paso seguido se efectúan las pertinentes tratativas con la defensa oficial o particular de los encartados y se arriba a la celebración del acuerdo de juicio abreviado cambiando la calificación y hasta instando la absolución de algunos de los consortes de causa (ello previo chequear reincidencia, efectuar certificaciones telefónicas de causas pendientes, solicitar causas para certificar el tiempo de detención ante posibles unificaciones de penas). Así las cosas y luego de medio año de trabajar de este modo, he de referir que el saldo es muy positivo ya que de este modo las causas reciben un impulso totalmente independiente del exiguo cronograma del órgano judicial, se abre una puerta hacia la celeridad y en definitiva a la eficacia del sistema, realmente debo apuntar el cambio como una experiencia enriquecedora y altamente productiva. Sólo a modo de ejemplo y sin la idea de transcribir ningún tipo de estadística, refiero que en el plazo antedicho se han efectuado 36 juicios abreviados con personas detenidas (25 de los cuales registraron cambio de calificación) mediante los cuales 45 procesados vieron resuelta, en forma definitiva, su situación procesal ... 3. *BALANCE DE GESTION. NIVEL DE EFICACIA* A modo de síntesis resumo la labor desarrollada durante este período como altamente positiva, ya que se ha trabajado y se seguirá trabajando para otorgar, en la medida de lo posible, una solución alternativa a la falta de calendario judicial, ya que como lo he expuesto el juicio abreviado ha resultado la mejor alternativa en las causas que registran detenidos a la espera de debate.”

Informe anual 2009:

“ ... Al igual que el pasado año, la actividad de la Fiscalía en punto a lo que hace a la celebración de juicios abreviados resultó altamente satisfactoria, ya que durante el año 2008 se le resolvió la situación procesal de 53 detenidos y a una persona en libertad. Es importante señalar que la tarea tuvo una merma en el período comprendido entre los meses de octubre a diciembre ante la celebración del extenso juicio oral de la causa “COITO Machado Henry Alexander y otros s/ Secuestro extorsivo seguido de muerte -Vtma. Miralles Santiago” ...En el curso del corriente año, hasta el día de la fecha se ha resuelto la situación de 33 detenidos y 5 encausados sin prisión preventiva. Sólo resta para fines de octubre realizar un único juicio abreviado ya pactado con la Defensa Oficial y damos por culminada la etapa de trabajo empleando el instituto del art. 431 bis del CPPN. Gracias al enorme esfuerzo laboral

diario de cada uno de los empleados de esta Dependencia, me encuentro en condiciones de expresar que todas las causas con detenidos se encuentran minuciosamente monitoreadas y con un amplio seguimiento. Como consecuencia del tenaz trabajo expuesto, arribamos a un número muy bajo de causas con personas detenidas. ... Del mismo modo que el pasado año, la Fiscalía es la que coordina y efectúa las gestiones para abordar al pacto de juicio abreviado, convocando a las partes y dialogando sobre la conveniencia de los pasos a seguir, dejando aclarado que en modo alguno se emplea el abreviado de manera irracional y con el objetivo de la simple descongestión de causas o de dar respuesta a la ausencia total de cronograma, sino que, por el contrario, la solución alternativa invocada se ajusta a derecho, ya que se correlaciona con el temperamento adoptado por la Fiscalía o el Tribunal en causas anteriores y comulga con el más alto sentido de justicia, ya que de advertirse la presencia de dudas sobre los extremos: hechos o responsabilidad, esta Dependencia también opta por la discusión amplia en el marco de un juicio oral y público. No admitiría nunca el uso de este instituto en menoscabo de la verdad real, véase que de resultar ello pertinente, se insta la absolución de alguno de los causantes, se recalifica en beneficio del procesado, de corresponder se coloca pena en suspenso pese a la detención en cautelar sufrida hasta la fecha del abreviado, se estudia minuciosamente lo atinente al decomiso de bienes, por entender que este forma parte de la pena que se pacta (por ejemplo, no todo caso de transporte de estupefacientes implica la necesidad de decomiso del vehículo empleado, y ello no es una circunstancia menor para el encartado y su defensa. En mi opinión tanto la pena temporal como el decomiso de los bienes son extremos que debe conocer y aceptar el encartado, ya que la imposición sorpresiva de este último, a la hora de la homologación del acuerdo, desvirtúa los valores de libertad y claridad que deben primar a la hora de pactar sobre bienes tan preciados para todos los hombres, como lo son, en primer lugar la libertad y en segundo sitio la propiedad privada) 3. BALANCE DE GESTION. NIVEL DE EFICACIA Como idea conglobante, caracterizo la labor desarrollada durante este período, al igual que la informada el pasado año, como altamente satisfactoria, ya que se sigue trabajando tenazmente para otorgar, en la medida de lo posible, una solución alternativa a la falta de calendario judicial, y en tal dirección el juicio abreviado ha resultado la mejor alternativa en las causas que registran detenidos a la espera de debate. Y en relación a las causas radicadas sin preso, el plan de trabajo apuntado en los párrafos precedentes ha de conducir al logro de una mayor eficacia en la labor judicial y al anhelado descongestionamiento de un gran volumen de actuaciones. Tal como puede verse, el tema de la celeridad, el descongestionamiento en los trámites del proceso y el otorgamiento de certidumbre a la situación procesal del procesado, ha resultado una cuestión recurrente en el grupo de trabajo de la Fiscalía Federal nº 1 de La Plata, marcando un punto crucial hacia la eficacia del sistema de administración de justicia, la modificación de la postura restrictiva (no cambio de calificación, no cambio de grado de responsabilidad, no incursión en la médula de cada hecho) desbloqueo que condujo, sobre la base del amplio y dinámico trabajo efectuado sobre las causas ingresadas al Tribunal Oral, a la aplicación flexible de una herramienta de gran importancia para las distintos intereses que se entrecruzan en el proceso (resolución del conflicto penal, transcurso de plazos razonables en la investigación y el juzgamiento de los delitos)."

Necesidad de un campo más flexible para la elección de la pena. Apuesta a la reforma del tope legal

Representaría un gran aporte en dirección a la tan ansiada celeridad procesal en las causas penales que esperan fecha de juicio oral en el fuero federal, el incremento del monto de la pena que se establece como tope en el art. 431 bis del CPPN para habilitar la procedencia del juicio abreviado. Actualmente la norma estipula un límite inferior a los 6 años, como quantum máximo de la pena a imponer para la celebración del juicio abreviado: "pena privativa de libertad inferior a los 6 años ...".

Pero lo cierto es, que esa barrera de 6 años genera dos desventajas, por un lado la relativa a que no brinda solución al serio problema de la falta de calendario judicial y por el otro se desentiende del derecho que detenta quien registra una causa penal, de contar con una pronta resolución conclusiva.

Respecto de esto último, resuelta ilustrativo mencionar situaciones que se presentan a diario en la etapa de debate y que conjugan factores diversos, tales como: procesado detenido, actuaciones bien instruidas que hacen a una colección de prueba seria, completa y casi incontestable en el debate,

aceptación por parte del procesado de una pena mayor a 6 años entendiéndola como justa bajo el asesoramiento de la defensa técnica, analizados con claridad puntos cruciales como reincidencia, unificación de condena y decomiso de efectos, rechazo de la idea de espera de fecha de juicio oral, interés en celebrar un juicio abreviado y reclamo de condiciones de igualdad con el fuero provincial.

El Código de rito de la Provincia de Buenos Aires admite como tope para abreviar una pena mucho mayor, ya que si bien preveía una penalidad máxima de 8 años (ya superior al actual del fuero federal) fue modificado recientemente permitiendo “ ... la imposición de una pena privativa de libertad no mayor de 15 años ... ” (artículo 395 según ley 13.943 B.O.P.B.A. 10/2/2009).

A mi modo de ver el aumento del tope legal, dotaría al fuero federal de las mismas herramientas que el fuero ordinario, y sería como construir una autopista para agilizar y descongestionar la circulación de las causas, dando cierta satisfacción al reclamo relativo a que las causas finalicen en tiempo y forma.

A su vez resulta de interés ampliar el límite temporal para celebrar el acuerdo de juicio abreviado, ya que la actual redacción del segundo párrafo del art. 431 bis del C.P.P.N. establece que el pacto podrá realizarse durante los actos preliminares del juicio hasta el dictado del decreto de designación de audiencia para el debate. En honor a la verdad, he de expresar que resulta moneda corriente que los acuerdos se firmen el mismo día de la audiencia de debate, en el entendimiento de que ello no genera ningún tipo de consecuencias negativas para las partes, en especial para el procesado que cuenta en todo momento con la asistencia técnica necesaria.

IV. Conclusión

Expuestas las inquietudes y delimitado el escenario, creo que es notorio el beneficio que proporciona el uso razonado del art. 431 bis del C.P.P.N. y que las opiniones que apuntan al empleo perjudicial de la norma, deberían tratar el tema indicando las posibles implicancias negativas de la disposición sin dejar de resaltar sus inmensas bondades.

Del mismo modo que se critica al pacto voluntario para abreviar y por ende a la sentencia que se dicta homologando el acuerdo, también somos testigos de las frecuentes críticas sobre el tan ansiado juicio oral y público.

No es nueva la queja que generaliza diciendo, que las sentencias de condena se confeccionan en un momento anterior al juicio oral y público, con una convicción fundada en gran medida por la prueba escrita colectada en la etapa de investigación (documental, testimonial y pericial) como si esta fuera la estrella en un escenario que no le corresponde, y que de este modo se diluye la inmediación como base de la reconstrucción de la verdad real.

También se dice que los jueces no pueden desprenderse de su subjetividad y de sus vivencias personales a la hora de resolver una cuestión y que ello influye en el modo de fallar. Tampoco es nuevo que se cubra de un manto de misterio, y sean el plato mediático fuerte y hasta doctrinario, las sentencias contrarias a la voluntad de la sociedad lega (absoluciones o condenas por menos hechos o con recalificación en beneficio del sometido a proceso), que pese a haber tenido como basamento innegable a la inmediación, no satisfacen las expectativas del clamor social y se inicia una cadena de elucubraciones de variada índole en punto a la honestidad moral de quien ejerce la función.

Con lo expuesto sólo quiero hacer notar, como ya lo dije, que todos los institutos, del mismo modo que todas las prácticas que hacen a la vida del proceso penal, reciben críticas, algunas fundadas y otras no, muchas de las cuales se originan a modo de espejo reflejando la forma de desenvolvimiento personal de un rol procesal, circunstancia que debería tenerse en cuenta para eliminar irregularidades y errores, pero en modo alguno rotular en forma negativa a los distintos esquemas legales que fueron pensados con fines de mejorar el engranaje de la gran máquina que conforma la administración de justicia.

V. Bibliografía

- ALMEYRA, Miguel Angel “Requiem para el juicio penal oral- A propósito del procedimiento penal abreviado” La Ley, 1997-B, 1561.

- ALMEYRA, Miguel Angel “Juicio Abreviado ¿O la vuelta al inquisitivo?” La Ley, 1997-F, 353 a 359.
- VIVAS, Gustavo E. estudio “La Confesión Transaccional y el Juicio Abreviado” publicación de “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal” Año IV -Número 8 A- AD HOC, Buenos Aires. 1998 ps. 497/526.
- ANITUA, Gabriel Ignacio estudio “En Defensa del Juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el “arrepentido” publicación de “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal” Año IV -Número 8 A- AD HOC Buenos Aires, 1998 ps. 544 a 556.
- LEDESMA, Angela Ester, en la publicación “Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y Ejes rectores” Revista de Derecho Procesal Penal II “El Proceso Penal Adversarial” Rubinzal-Culzoni Editores Buenos Aires, 2009 ps. 45 a 47
- Antecedentes Parlamentarios La Ley, 1997-B Ley 24.825 Juicio Abreviado páginas 1541 a 1596 y documental brindada en el marco del “Curso de Nivel Superior” (Módulo III: Juicio Abreviado), organizado por la Fiscalía General de Formación, Capacitación y Estudios Superiores de la Procuración General de la Nación, que fuera remitida por la Oficina de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación a requerimiento de la Biblioteca de la Procuración General de la Nación. ♦

Reforma al sistema recursivo, la interpretación del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires y la posible litigación recursiva en materia de Hábeas Corpus (por agravamiento de las condiciones de detención) y Medidas de Coerción Personal (plazos irrazonables de la prisión preventiva).

POR **AGUSTÍN MATÍAS LAVALLE** (*)

Sumario: I. Introducción. II. Punto de partida. III. Tránsito por los Tribunales Superiores. IV. La reforma legal a los arts. 417 y 450 del CPP y la situación actual. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

Reforma al sistema recursivo, la interpretación del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires y la posible litigación recursiva en materia de Habeas Corpus (por agravamiento de las condiciones de detención) y Medidas de Coerción Personal (plazos irrazonables de la prisión preventiva).

Seudónimo: June

El Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires y la problemática referida a la tramitación de cuestiones relacionadas con el agravamiento de las condiciones de detención y la irrazonabilidad del plazo de duración de la prisión preventiva. Aplicación de criterios restrictivos en cuanto a su competencia. Tránsito obligatorio hacia los Tribunales Superiores para derribar el ritualismo creado. Reforma legal de los artículos 417 y 450 del Código Procesal Penal y el retroceso hacia el punto de partida. Alternativas para la litigación estratégica: intervención del Máximo Tribunal Provincial y el “control de convencionalidad”.

Palabras claves: Habeas Corpus y Medidas de coerción. Sistema recursivo. Tribunal de Casación Penal.

Recursive system reform, the interpretation of the Court of Appeal of the Province of Buenos Aires and the possible litigation concerning recursive Habeas Corpus (aggravation of conditions of detention) and measures of personal coercion (periods of pretrial detention unreasonable).

The Court of Criminal Appeal of the province of Buenos Aires and the problems relating to the handling of issues related to the worsening conditions of detention and the unreasonableness of the term of preventive detention. Application of restrictive criteria regarding their competence. Transit required to Superior Court to overturn the ritualism created. Legal reform of Articles 417 and 450 of the Criminal Procedure Code and the reversion to the starting point. Alternatives for strategic litigation: Maximum Provincial Court intervention and “control of conventionality”.

Keywords: Habeas Corpus and coercive measures. Recursive system. Court of Criminal Appeal.

I. Introducción

Lo que se propone con el análisis de las reformas legales y criterios del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en la materia, es abordar la problemática sobre la tramitación de

(*) Docente de la Cátedra II de Derecho Procesal Penal; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. (Con la colaboración de la abogada Noelia S. Vaccarini, Funcionaria de la Defensoría de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires).

cuestiones relacionadas con el agravamiento de las condiciones de detención y la irrazonabilidad del plazo de duración de la prisión preventiva, ante ese órgano jurisdiccional.

Luego del estudio de las políticas de sentencias a nivel general elaborada en los once años de funcionamiento (y sin detenernos en casuística particularizada) que puedan servir de guía, es necesario precisar los nuevos desafíos que presenta a los litigantes este órgano revisor, a través de la interpretación limitada que realiza de las normas procesales que regulan la apertura de su competencia (arts. 450 y 417 del C.P.P.); determinando ello la necesidad de que la continuidad de los casos a las instancias superiores se encare de un modo coordinado y estratégico, en busca de la resolución de las cuestiones centrales de estos casos en tiempo útil, de modo que no queden atrapados por mallas rituales de admisibilidad en la competencia revisora.

II. Punto de partida

La puesta en funcionamiento del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires instauró la posibilidad de contar con un órgano jurisdiccional que a través de sus resoluciones individuales o acuerdos plenarios fije algunos lineamientos -especialmente a los tribunales inferiores- respecto de cuestiones sumamente importantes del funcionamiento del sistema penal. Fundamentalmente en una provincia con un elevado porcentaje de procesados y una escasa capacidad de alojamiento digno.

Sin embargo, a la fecha -octubre de 2009-, luego de once años de iniciada la actividad y en función del análisis de los criterios generales que elaboró en su conjunto como órgano provincial, es posible afirmar que en principio no ha sido una instancia útil para la resolución de este tipo de casos (agravamiento de condiciones de detención/plazo razonable de duración de la prisión preventiva y el proceso), fundamentalmente por dos razones:

a. Por la negativa sistemática al ingreso al análisis de las cuestiones observadas anteriormente, mediante una particular interpretación de las normas procesales relativas a su competencia (1) (arts. 417 y 450 del C.P.P.), lo que implicó un tránsito aparente por la etapa casatoria, en la mayoría de los casos presentados y se vio reflejado en resoluciones como la siguiente:

“Los requisitos de admisibilidad del recurso de casación constituyen una cuestión previa que obliga al Tribunal a considerar si, al momento de su interposición, se cumplen adecuadamente las condiciones de la ley. Las reglas que regulan la admisibilidad de la vía casatoria tienen una importante función delimitadora del objeto del recurso que es la consagración legislativa de las razones que procuran conjugar en un adecuado equilibrio dos tendencias opuestas, que pugnan por su prevalencia dentro del proceso: por un lado los principios de legalidad y justicia, según los cuales los recursos son garantías para las partes e instrumentos de perfección procesal en el ejercicio de los derechos constitucionales del debido proceso previo y la defensa en juicio; y, por otra parte, las exigencias de certeza y seguridad jurídica, que se obtienen mediante la estabilidad de las resoluciones y tienden al logro de los propósitos de celeridad y economía propios del proceso penal moderno.

En el régimen general de los recursos previstos en el nuevo ordenamiento procesal, las resoluciones judiciales resultan impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley.

En el caso del recurso extraordinario de casación se prevén resguardos formales de admisibilidad que, en el aspecto objetivo de la impugnabilidad, se refieren en primer lugar al tipo de resoluciones que pueden ser materia del recurso, debiendo tratarse de sentencias definitivas, es decir de aquellas que ponen fin al proceso o impiden su continuación o de alguna de las resoluciones que el art. 450 ha equiparado a sentencia definitiva por sus efectos.

El concepto de sentencia definitiva ha sido establecido por la ley dentro de las disposiciones generales para los recursos extraordinarios en el art. 482 como aquella que, aunque haya recaído sobre un artículo termina la causa o hace imposible su continuación.

(1) Conf. causas n° 36.634/Sala II, 34.628/Sala I, 30.796/Sala II (en el caso, la errónea interpretación de la garantía constitucional de doble instancia), 35.970/Sala II, 30.990/Sala III, entre otras.

Artículo es una expresión que en términos procesales se equipara a incidente, un litigio accesorio que resuelve por sentencia interlocutoria cuestiones relativas al proceso, distintas de la principal.

En el caso de la excarcelación o eximición de prisión, el auto que las deniega o que las revoca, aunque recae sobre un artículo, carece del requisito de carácter final porque no 'termina la causa o hace imposible su continuación'.

Si bien la C.S.J.N. ha asimilado a sentencia definitiva ciertas decisiones como la excarcelatoria, que relacionadas con la libertad durante el proceso provoquen un gravamen de imposible o dificultosa reparación ulterior, lo ha hecho en el marco de la ley 48 y a los fines de la procedencia formal del recurso extraordinario federal cuando se vean afectadas garantías constitucionales, mientras que en el caso del recurso casatorio provincial se ha establecido un sistema de admisibilidad objetiva con limitaciones taxativamente enunciadas que, en principio, no es posible soslayar por provenir de la ley.

Los recursos no se conciben, dado su carácter excepcional, fuera del orden fijado en las leyes. Configuraría un ejercicio autoritario de las propias atribuciones la pretensión de resolver, bajo el argumento de reparar supuestas irregularidades en las resoluciones de los órganos del proceso, cuestiones que excedan las facultades legalmente otorgadas a este Tribunal.

La resolución recurrida adoptada en un incidente de excarcelación es de naturaleza esencialmente provisoria y renovable, por lo que en principio carece de la definitividad requerida para habilitar la vía casatoria, sin que, por otra parte, se adviertan razones de excepcionalidad que autoricen a alterar las aludidas reglas generales sobre la procedencia del recurso.

Por el contrario, la oportuna intervención de los órganos de Garantías predispuestos por la ley en las anteriores instancias del proceso, configura un suficiente resguardo para los derechos de las partes.

Voto en consecuencia, por el rechazo del recurso interpuesto por no reunir los requisitos de admisibilidad previstos en la ley, arts. 450 y 456 del C.P.P." (del voto del Dr. Celesia, con adhesión del Dr. Mancini, causa n° 18.398 de la Sala II del Tribunal de Casación Penal, sentencia del 23 de mayo de 2005).

b. O, por la falta de eficacia de los pocos casos analizados, al resolver la cuestión en forma tardía (2) (al haber variado la situación puesta a su conocimiento, ya sea por la concesión de la libertad al detenido, la modificación del lugar de alojamiento, etc.), al no controlar su ejecución (generalmente, en los casos en donde se dispuso un reenvío para el dictado de un nuevo fallo conforme a pautas dadas en la sentencia del Tribunal de Casación), o al limitarse a fiscalizar el cumplimiento de los recaudos exigidos por la legislación local para el tratamiento de las cuestiones por parte de la instancia departamental y -en consecuencia- disponer el reenvío de las actuaciones para su nuevo estudio y resolución (como ejemplo de ello, puede mencionarse la nulidad de la sentencia del órgano 'a quo' por falta realización de la audiencia prevista en el art. 412 del C.P.P., en el marco de una acción de hábeas corpus) (3).

Esta ausencia mayoritaria de intervención activa en las cuestiones referidas -a la par de desalentar a los litigantes y generar un desgaste de actividad- implicó la inexistencia de pautas concretas orientadas a los jueces de las instancias departamentales, en contra de la finalidad expresamente reconocida de la instauración de este órgano jurisdiccional y permitiendo que situaciones similares sean resueltas con disparidad de criterios en los diferentes departamentos judiciales de la Provincia de Buenos Aires.

Y esta clara decisión de no constituirse como órgano de revisión amplia, se advirtió -como se mencionara anteriormente- en temas centrales como ser las vías recursivas para cuestionar decisiones que negaban la operatividad del hábeas corpus por agravamiento de condiciones de detención, especialmente condiciones edilicias de los lugares de alojamiento, hacinamiento, falta de atención médi-

(2) Conf. causas n° 35.066/Sala III; 36.948/Sala III; 343919/Sala I; 35.037/Sala I; 19.032/Sala II; 19.685/sala II; 18.975/Sala III; entre otras.

(3) Conf. 21.050/Sala III; 25.226/Sala III; 26.434/Sala I; 25.823/Sala I; 26.246/Sala I; 19.874/Sala II; entre otras.

ca, e irrazonabilidad de prisiones preventivas, por sobre todo, aquellos referentes a la determinación del plazo límite de la prisión preventiva, el cese de la medida cautelar o la posibilidad de otorgar medidas alternativas.

Tal circunstancia, puede verificarse tanto del análisis de los casos de Hábeas Corpus por agravamiento de condiciones de detención (individuales y colectivos) como de los distintos Acuerdos Plenarios del propio Tribunal (N° 2924, 5627, 3419 y 13.300) (4), en los que decidió establecer una interpretación restrictiva tanto del arts. 417 -redacción originaria de 1998 a 2009- como de los alcances del art. 450 del Código procesal Penal (anterior y actual), a fin de justificar su incompetencia.

Para una mayor ilustración, lo resuelto en el Acuerdo Plenario 2924, el 13 de abril de 2000:

“Declarar inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra resoluciones que disponen medidas de coerción personal en causa de procedimiento escrito (ley 3589), según lo establecido por el artículo 4° inc. 3° y cons. de la ley 12.059.”

O en el Acuerdo plenario n° 5627, en el que se resolvió:

“... La enumeración contenida en el artículo 450 del Código Procesal Penal tiene carácter taxativo;

La resolución que decide cuestiones vinculadas a la libertad personal, medidas cautelares, o excarcelación, no es equiparable a la sentencia definitiva;

Las resoluciones sobre excarcelación, libertad personal o medida cautelar, por sí mismas, no abastecen la gravedad institucional que permite excepcionar la taxatividad contenida en el artículo 450 del ritual”, y posteriormente se agregó:

“No es posible fijar judicialmente en abstracto un término para el plazo máximo razonable de duración de la prisión preventiva, siendo de incumbencia de los jueces su determinación en cada caso particular.

En tal determinación corresponde tener en cuenta que, cuando no medie complejidad en las causas, la prisión preventiva no puede durar más de dos años hasta la sentencia no firme del juicio oral, sin computarse en dicho término el tiempo insumido por el diligenciamiento de prueba fuera de la jurisdicción, los incidentes, los recursos, o mientras el Tribunal no esté integrado. Que cuando se verifiquen supuestos de suma complejidad del proceso derivados de la pluralidad de imputados, las circunstancias del hecho y el concurso de delitos se deberá estar a las previsiones del “plazo razonable” puntualizado en el artículo 2° del C.P.P., sujeto a la apreciación judicial en cada caso.

Ese plazo razonable será el criterio para establecer la legitimidad del encarcelamiento en su extensión temporal en la etapa recursiva, tomándose en cuenta las recomendaciones de los Organismos Internacionales referidas a: la complejidad del caso; la actividad procesal de las partes; la conducta de las autoridades judiciales en cuanto hayan implicado dilaciones indebidas y la proporcionalidad con la pena.”

Como así también, lo decidido en el marco del Acuerdo plenario n° 3419, sobre salidas transitorias:

“Las resoluciones que deniegan salidas transitorias no resultan equiparables a sentencia definitiva a los efectos del recurso de casación (art. 450, C.P.P.).”

Y lo resuelto por el pleno, tras una dilatada deliberación, en el Acuerdo Plenario n° 13.300 respecto de la operatividad de la revisión en materia de Habeas Corpus:

“Lo normado por el artículo 417 del Código Procesal Penal no excluye el previo recurso de apelación ante la Cámara de Apelación y Garantías cuando no es dicho tribunal el que resuelve en forma originaria.”

(4) Los que pueden ser consultados in extenso en www.defesapublica.org.ar/jurisprudencia/TCP/plenarios_concluidos.

En ese contexto, es que -por ejemplo- la acción de hábeas corpus, utilizada como instrumento para obtener un pronunciamiento ágil -especialmente- en las cuestiones a las que nos referimos anteriormente, era eliminada de la órbita de competencia del Tribunal de Casación, el que, por haberse garantizado la doble instancia -luego del reenvío que el mismo había dispuesto por aplicación del nuevo art. 417 del C.P.P.- resolvía su no intervención.

Si bien hay excepciones que merecen mencionarse, especialmente en relación a la actividad desarrollada por la Sala I (por ejemplo: posibilidad de detenidos de mantener visitas de contacto con familiares -causa n° 9428/I, del 5/12/2002-; resguardo a la integridad física -causas n° 16.823/I, sent. del 21/12/2004 y n° 20.001/I, del 09/06/2005-; imposibilidad de considerar informes médicos por facultativos de la misma unidad donde se denunciaron malos tratos -causa n° 19.286/I, sent. del 6/12/2005, causa n° 24.209/I, del 08/03/2007- y agravamiento de estado de salud y concesión de prisión domiciliaria -causa n° 25.147/I, del 30/11/2006- y otros frente a plazos irrazonables de detención preventiva -causa 27.706/I del 2/08/2007 (5)-), las políticas generales de decisiones jurisdiccionales del órgano provincial en su conjunto, más que responder a estándares, se focalizan en la selección discrecional para la apertura de la jurisdicción, únicamente para casos considerados extremadamente particulares e impidiendo unificar criterios de resolución de los mismos, que genera un desgaste de actividad jurisdiccional y obstaculiza el acceso a la justicia en un tiempo útil, cuanto más tratándose de cuestiones que requieren un tratamiento rápido y sencillo en virtud de los derechos en juego (art. 25 C.A.D.H.).

Al respecto, es necesario destacar la importancia del establecimiento y funcionamiento de mecanismos internos que permitan el acceso de los más vulnerables (6) a las instancias procesales superiores, especialmente, cuando se requiere de un tribunal especializado la tutela inmediata de los derechos en juego. Sin embargo, ello no abatece la obligación asumida internacionalmente (art. 25 de la C.A.D.H.) cuando a través de interpretaciones desnaturalizadoras, los órganos establecidos para dar eficacia a esos mecanismos, se resisten a intervenir, dilatando el tratamiento de la cuestión.

En ese orden, es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-9/87 sostuvo que, para que un recurso sea efectivo se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. Es claro que el recurso no será realmente eficaz si no se resuelve dentro de un plazo que permita amparar la violación de la que se reclama (7).

Así es que la falta de adecuación de la actuación del Tribunal de Casación a los estándares internacionales, consumada a partir de su acotada y tardía intervención en temas centrales, además de provocar una situación de responsabilidad internacional del Estado Argentino por incumplimiento de las obligaciones asumidas, ha determinado la continuidad -por parte de los justiciables- de los casos ante los Tribunales Superiores, a fin de obtener una resolución favorable a sus intereses que de tratamiento a las cuestiones planteadas.

III. Tránsito por los Tribunales Superiores

La cuestión puesta de manifiesto anteriormente tuvo un vuelco esperado, pero no determinante, luego del logro obtenido por vía jurisprudencial al dar la Defensa seguimiento a todos los casos ante los tribunales superiores -en casos de la Provincia de Buenos Aires- a través de la Corte Suprema de

(5) En el que se determinó el plazo de seis meses para el Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial La Plata lleve a cabo el plenario, plazo a cuya expiración (de no realizarse el acto procesal referido), corresponderá otorgar la libertad caucionada al encartado.

(6) Ver al respecto Acordada 05/09 de la C.S.J.N. sobre adhesión a las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de vulnerabilidad”.

(7) Cfr. C.I.D.H., caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004. En ese mismo sentido, “Cantoral Benavides Vs. Perú”, sentencia de 18 de agosto de 2000.

la Nación (8) y en algunos casos de la SCBA (9), especialmente en materia de medidas de coerción y habeas corpus.

En ese orden, se dictaron resoluciones que determinaron que las decisiones *“que niega la excarcelación del imputado en tanto restringe su libertad con anterioridad al fallo final de la causa, más allá de no decidir acerca de la cuestión jurídico-material objeto del proceso, y en ese sentido -estricto- no ser definitiva, resulta equiparable a ella, en la medida en que ocasiona al interesado un gravamen que podría resultar de imposible o tardía reparación ulterior, por afectar un derecho que requiere tutela inmediata...”* (10).

O que resolvieron que es obligación del Tribunal de Casación Penal atender cuestiones constitucionales planteadas por la Defensa técnica del imputado (11) al expresar: *“... considero necesario poner de relieve que frente a la invocación de una cuestión federal emparentada con la denegatoria de la libertad provisoria antes del fallo final de la causa, el Tribunal de Casación deberá tratar esas temáticas con prescindencia de si el marco procesal instaurado por los arts. 448, 449, 450 y conc. del Código Procesal Penal, lo consagra taxativamente”*.

En efecto, si esta Suprema Corte es el tribunal superior de la causa a los fines del art. 14 de la ley 48 (vid. C.S.J.N., Fallos, 308:490, “S.” y 311:2478, “D. M.”), es necesario que el tribunal intermedio previsto en la legislación procesal bonaerense, satisfaga el alto ministerio de reparar los eventuales perjuicios irrogados en las instancias anteriores en cuestiones de naturaleza federal que exigen a este Tribunal el debido conocimiento del asunto a los fines explicitados precedentemente.

Ello es así toda vez que, en caso contrario, el objeto de conocimiento traído a la instancia extraordinaria provincial no sería un producto elaborado, que fue considerado y debatido en los anteriores tramos del proceso, sino el mero resultado de un devenir por distintos órganos jurisdiccionales que sólo trataron la cuestión federal involucrada -al menos en el caso del Tribunal de Casación Penal- de manera formal y apegada a una interpretación excesivamente restrictiva de las mandas constitucionales en juego.

Esta posición, por otra parte, se enrola -mutatis mutandi- en el criterio esbozado por la Corte federal in re “D. N., B. H. s/ excarcelación -causa N° 107.572-” (D. 199. XXXIX, sent. del 3/V/2005), respecto de la necesidad de que la Cámara Nacional de Casación Penal sea el tribunal encargado de conocer previamente todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a la decisión final de la Corte Suprema (cfe., consid. 11, parte final) (12).

Tales decisiones, trajeron como consecuencia, por aquel entonces y sólo por efecto de lo obtenido en las instancias superiores, una especial atención de la Sala I y en parte de la Sala III (13), para el tratamiento de cuestiones de medidas de coerción, aun cuando ya se había garantizado la doble instancia judicial.

No obstante ello, la restringida jurisprudencia de la Sala II siguió manteniéndose, decretando la continuidad de la litigiosidad ante los Tribunales superiores, infructuosa si consideramos que los nuevos casos radicados junto con aquellos primeros supuestos presentados, luego de recorrer el tortuoso camino de todas las instancias, cuando volvieron al Tribunal de Casación Penal fueron en su mayoría declarados “abstractos” (14).

(8) En medidas de coerción, causas: K.143.XLI “Kutko” sent. del 26/09/2006; G.1390.XXXIX “Gómez Cruz”, sent. del 29/11/2005; T.556.XXXIX “Treyer, Rolando”, sent. del 23/05/2006, entre otras; en hábeas corpus: D.744.XL, sent. del 31/10/2006.

(9) En medidas de coerción: causas Ac.92.596, Ac.104.979, Ac.104.632, entre otras; y en materia de Hábeas corpus: P.100.384, sent. del 6/02/2008; P.101.080, del 16/04/2008; entre otras.

(10) Conf. SCBA causa Ac. 89.648, sent. del 31 de agosto de 2007.

(11) Conf. SCBA P.101747, del 18 de marzo de 2009. En el caso, la denegatoria de la libertad asistida.

(12) Conf. Ac. 95.296, sent. del 4 de octubre de 2006.

(13) Conf. 26.575/Sala III, 29.289/Sala I, entre otros.

(14) Conf. SCBA causas Ac.94.366 (registro n° 17.946/Sala II del TCP); Ac.101.595 (registro n° 25.066/Sala II del TCP); Ac.96.064 (causa n° 17.005/Sala III del TCP); entre otras.

IV. La reforma legal a los arts. 417 y 450 del CPP y la situación actual

Ahora, a más de una década de funcionamiento del Tribunal, se vuelve al punto de partida, recurriendo a viejos -pese a la doctrina del Superior Tribunal- y nuevos criterios para impedir el tránsito de cuestiones referidas a la aplicación y duración de medidas de coerción como así también, al tratamiento de planteos sobre agravamiento de las condiciones de detención en el órgano casatorio.

Luego de las modificaciones realizadas en el código procesal penal a través de la ley 13.812 (15) en el art. 417 que reza: *"Impugnabilidad. La resolución que deniegue el hábeas corpus será impugnabile ante las Cámaras de Apelación y Garantías, o ante el Tribunal de Casación cuando la acción se hubiere originado en dichas Cámaras"* y en el art. 450 que establece: *"Resoluciones recurribles. Además de los casos especialmente previstos, podrá deducirse el recurso de casación contra las sentencias definitivas de juicio oral, juicio abreviado y directísimo en lo criminal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 417 del C.P.P. Asimismo, podrá deducirse respecto de los autos dictados por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal revocatorios de los de primera instancia siempre que pongan fin a la acción, a la pena, o a una medida de seguridad o corrección, o imposibiliten que continúen; o denieguen la extinción o suspensión de la pena o el pedido de sobreseimiento en el caso de que se haya sostenido la extinción de la acción penal."*

También podrá deducirse respecto de los autos dictados por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal cuando denieguen la libertad personal, incluso en la etapa de ejecución"; el Tribunal de Casación Penal, vuelve -para los casos de la Sala I y III- y continúa -para el supuesto de la Sala II- con una interpretación restrictiva y desnaturalizadora de los mencionados artículos.

Así, del estudio de los casos, se refleja en líneas generales lo siguiente:

1.- *Que habiendo tomado intervención -en el caso- el Juez de primera instancia y la Cámara departamental, el Tribunal de Casación no es una tercera instancia, por lo que no corresponde la interposición del recurso ante el Tribunal de Casación (16), sino que debe recurrirse ante el Superior Tribunal de Provincia.*

O sea que, la competencia de este Tribunal se limita a la intervención para garantizar la doble instancia -sea cuando la acción se origina directamente ante las Cámaras (supuesto poco probable porque las cámaras sortean los habeas corpus entre los tribunales de primera instancia)- o cuando las cámaras revocan decisiones en materia de libertad por recurso fiscal.

2.- *El TCP carece de competencia para resolver acciones de Hábeas Corpus presentadas originariamente en esa sede, pudiendo sólo intervenir como órgano revisor de su denegatoria (arts. 20 y 417 del C.P.P.). No obstante, reenvía a la instancia departamental para que el caso sea tratado por la Cámara de Apelación y Garantías cuando ese órgano no ha intervenido para garantizar la doble instancia judicial (17).*

De esta forma, recurrida la resolución dictada por la Cámara departamental -en virtud del reenvío dispuesto- y garantizada -en consecuencia- la doble instancia, se vuelve al mismo criterio mencionado en el punto 1.

3.- *Se declara incompetente para tratar cuestiones de medidas de coerción o ejecución en casos correccionales (18).*

4.- *Se declara incompetente para intervenir en materia de H.C. (agravamiento de condiciones de detención) por entender al supuesto comprendido en la materia correccional (19).*

(15) B.O. 21/04/2008.

(16) Conf. 33.718/Sala II y 33.847, entre otras.

(17) Conf. n° 30689.

(18) Conf. causas 36.677, 36.301, 37.309, entre otras.

(19) Conf. causa 37.825, del 10/09/2009.

Es decir, que cualquier presentación de los litigantes -particularmente de los defensores públicos- en estos temas que no sean estrictamente de “doble instancia” y aun existiendo una cuestión federal oportunamente planteada, *están siendo declarados inadmisibles*, por lo que comenzará un nuevo camino tortuoso para intentar remover el obstáculo formal creado, que a la larga concluirá -seguramente- en un nuevo caso “abstracto” (20).

En ese contexto, la estrategia procesal aplicada al caso -determinada fundamentalmente por la urgencia del mismo, especialmente cuando se trata de medidas de coerción y agravamiento de las condiciones de detención-, que pretende una revisión amplia de la situación por parte de un tribunal especializado en la materia penal, se enmarcará en la búsqueda de lograr obtener la apertura formal de la jurisdicción, recurriendo a los criterios excepcionales aplicados por el Tribunal de Casación Penal en los casos en que conocieron el fondo del asunto, sin que ello garantice una resolución favorable en virtud de la discrecionalidad evidenciada a lo largo de estos once años de funcionamiento, lo que determinará un innumerable número de casos sin solución; o mediante una petición concreta en cada expediente ante el Máximo Tribunal Provincial, a fin de que -reafirmando su doctrina- obligue nuevamente al Tribunal de Casación -en parte, pues recordemos la falta de adecuación de la Sala II- a intervenir, pero no ya en tiempo útil.

De esta forma, la búsqueda de una nueva estrategia, que impida una demora injustificada en el tratamiento de las cuestiones que se abordan en el presente trabajo y que logre obtener de un Tribunal Superior la elaboración de estándares generales de actuación, se torna imprescindible desde que, las instancias departamentales, siguen aplicando criterios divergentes para casos similares, incrementando la violación de la normativa internacional de los Derechos Humanos.

V. Conclusión

Ante la multiplicidad de instancias que plantea particularmente la provincia de Buenos Aires y mientras se mantenga la limitada estructura de funcionamiento de un Tribunal de Casación ideado como una instancia de revisión amplia (art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos), no sólo de sentencias condenatorias, sino también de todo auto procesal importante (21), pero inadecuadamente implementado en el tiempo y no fortalecido oportunamente (22), lo que se suma a la división de los tribunales criminales en unipersonales, propuesto por la reforma al C.P.P. (23); inmersos ya en la problemática generada en orden a las cuestiones mencionadas, las que obviamente por su naturaleza requieren de una mayor celeridad en su resolución; e interiorizados sobre el desafío que se nos presenta ante este CONTEXTO del Tribunal de Casación en función de ya haber transitado ese camino en situaciones anteriores, *debemos pensar en nuevas estrategias que impliquen la resolución rápida y efectiva del caso*, procurando el control de constitucionalidad y convencionalidad (24) en estas cuestiones tan importantes de funcionamiento del sistema penal, evitando el paso por el TCP que se entiende incompetente cuando ya intervinieron las dos instancias de garantías.

(20) Conf. cita 11.

(21) En ese orden, caso 11.137, Informe 55/97, CIDH; citado por la C.S.J.N. en “R. 230. XXXIV. Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”.

(22) Ver en este punto “La garantía de revisión del fallo condenatorio y sus nuevos horizontes de proyección”, conclusiones finales de los dichos en suplemento de jurisprudencia de la CSJN, Edit. Lexis Nexis del 29 de marzo de 2006, paginas 51 y ss. Coriolano-Gomara-Lavalle) y publicado en www.defensapublica.org.ar/doctrina. La ley nº 14.065 (B.O. del 11/12/2009) amplió la integración del Tribunal de Casación, el que funcionará con una Presidencia y seis salas de dos (2) miembros cada una (art. 2º de la ley citada). La modificación aún no se ha implementado.

(23) Ley 13.943. Ver al respecto declaración de oficio de inconstitucionalidad del art. 22 del C.P.P. reformado por ley 13.943 en www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/otros_organismos_jurisdiccionales/interpretación_constitucional_o_inconstitucionalidad_art._22CPP_ley_13.943.

(24) Ver en este punto Artículo: “Del control de constitucionalidad hacia el control de convencionalidad”. Por: Juan Gomara, Agustín Lavalle, Raúl Zurita. Publicado en www.defensapublica.org.ar/doctrina. En ese sentido, voto del Dr. Hitters en causa P. 99.241, sentencia del 03/09/08.

Es así que lo que aquí se sostiene es *la petición directa a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires* por vía de los recursos extraordinarios locales (25), para que -en estos supuestos- sea quien como Superior Tribunal de la causa en este aspecto realice como último interprete en el ámbito local, el control de legalidad constitucional de los casos, fijando los estándares constitucionales que puedan ser nítidamente divisados como forma efectiva de garantizar el acceso a la justicia en tiempo oportuno (art. 25 de la CADH), pues como lo ha reconocido ese órgano jurisdiccional es a los tribunales locales a quienes “... *les incumbe evitar que se produzcan las violaciones a los tratados, y en caso de que se hubieran producido, repararlas lo antes posible (conf. en este sentido TEDH ‘Kyprianou vs. Chipre’ del 27 de enero de 2004, esp. 43)’*” (consid. 43 del voto de dicho magistrado) (26).

Es decir, reclamar la intervención del Máximo Tribunal Provincial como presupuesto de aplicación cierta de la jurisdicción en cuestiones que requieren un efectivo control de convencionalidad, realizado -no sólo- conforme las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también y fundamentalmente, en la interpretación que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de aplicación de ese instrumento, realiza.

Y ese es el camino que parece haber iniciado el Máximo Tribunal provincial, al determinar que es “... *el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)* En este juicio, se trata de revertir la transgresión de las Convenciones internacionales que invoqué más arriba en el punto 1 pues, al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que ‘... los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C. No. 162, Párr. 173)’” (27).

Como consecuencia de lo expuesto, la intervención del Máximo Tribunal local se muestra fundamental, no sólo para reparar con mayor celeridad un derecho lesionado en el caso en particular, sino también a fin de evitar la responsabilidad internacional del Estado Argentino, todo ello, mientras se establezca claramente, a través de un reforma legal que no de lugar a interpretaciones desnaturalizadoras sobre la obligatoriedad de la apertura de la competencia del Tribunal de Casación en el tratamiento de cuestiones referidas anteriormente.

La idea de este ensayo, es afirmar esta incipiente idea de la Suprema Corte Provincial sobre el “control de convencionalidad” a través de pedidos concretos en los casos más urgentes y de menos definición hasta ahora como son: condiciones dignas de detención y que plazo puede tener una prisión preventiva “razonable” en la Provincia de Buenos Aires (28), a fin de revertir una situación que im-

(25) Una propuesta, ya ensayada por la Defensoría de Casación y numerosas Defensorías Departamentales -en el trámite de las causas correccionales iniciadas con posterioridad a la reforma de la ley 13.812-, es transitar el camino coordinado y en equipo. Es decir, dotar a la Defensa Oficial de herramientas que impidan la superposición de tareas, utilizando criterios de especialidad -conforme la regla 30 de la Acordada 5/09 de la Corte Suprema de Justicia- articulando con los defensores departamentales la gestión de casos ante las instancias locales y continuarlos directamente a la Suprema Corte Provincial fundando desde la Defensoría de Casación los recursos extraordinarios para procurar obtener en tiempo oportuno respuestas de los Tribunales Superiores (SCBA o CSJN) que puedan ser más ágiles, y con un viso de realidad, aplicados en los casos concretos en las instancias departamentales.

(26) Conf. voto del Dr. Hitters en causa P. 99.241, sent. del 3/09/08.

(27) Conf. voto del Dr. Hitters en causa P. 99.241, sent. del 3/09/08.

(28) Ver caso “Bayarri vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en [HYPERLINK “http://www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/CorteIDH”](http://www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/CorteIDH) www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/CorteIDH e Informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/ComisiónIDH.

plica responsabilidad del Estado Argentino por incumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente.

VI. Bibliografía

- CORIOLANO, Mario; GOMARA, Juan Pablo y LAVALLE, Agustín. “La garantía de revisión del fallo condenatorio y sus nuevos horizontes de proyección”, conclusiones finales de lo dicho en suplemento de jurisprudencia de la CSJN, Lexis Nexis, 29 de marzo de 2006, paginas 51 y ss. Publicado en www.defensapublica.org.ar/doctrina, 15 de octubre de 2009.

- GOMARA, Juan Pablo; LAVALLE, Agustín y ZURITA, Raúl. “Del control de constitucionalidad hacia el control de convencionalidad”, publicado en www.defensapublica.org.ar/doctrina, 15 de octubre de 2009.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Bayarri vs. Argentina”, publicado en www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/CorteIDH, 16 de octubre de 2009.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 35/07, publicado en www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/ComisiónIDH, 16 de octubre de 2009.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004, publicado en www.corteidh.or.cr, 17 de octubre de 2009.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Cantoral Benavides Vs. Perú”, sentencia del 18 de agosto de 2000, publicado en www.corteidh.or.cr, 16 de octubre de 2009. ♦

El anacrónico Régimen Municipal Bonaerense

POR RICARDO PABLO RECA (*)

Sumario: I. Una definitiva identidad. II. Una posmoderna secesión. III. Dos destinos contrapuestos. IV. La energía social. V. Anclados en el tiempo. VI. Otro tópico anacrónico. VII. Palabras finales.

Resumen:

El presente ensayo tiene como finalidad enfatizar la crítica situación del gobierno municipal en la provincia de Buenos Aires. Como sabemos, nuestro régimen local ha omitido fragantemente el claro mandato autonómico de la Carta Nacional y la propia ley declarativa de reforma de nuestra Constitución que señalaba taxativamente la necesidad de su modificación. A esta gravísima irregularidad -que ya hemos descripto en anteriores oportunidades- se suma una apatía institucional sobre la necesidad de su urgente tratamiento que pareciera justificarse en una simple deuda que nuestra provincia comparte con otros Estados miembros.

Este trabajo intenta demostrar la falacia de ese argumento y la singularidad de nuestra situación, que nos ubica con dudoso privilegio como el régimen más anacrónico de nuestro país.

Palabras Claves: Gobierno Municipal - Provincia de Buenos Aires - Constitución - Municipio

Abstract:

This essay aims to highlight the plight of municipal government in the province of Buenos Aires. As we know, our local government has failed regional fragrantly clear mandate of the National Charter and the law itself declarative reform of our Constitution that specifically identifies the need for its modification. At this very serious irregularity, which we have described on previous occasions, "adds institutional apathy on the urgent need for treatment seems justified in a simple debt that our province shares with other Member States.

This paper attempts to demonstrate the fallacy of this argument and the uniqueness of our situation, which places us with dubious privilege as the anachronistic regime in our country.

Keywords: Municipal Government - Province of Buenos Aires - Constitution

Me honra participar de esta especial edición de la revista Anales que se realiza con motivo de la conmemoración del bicentenario de nuestra Independencia. Tal singular circunstancia invita a enfatizar algunos aspectos de nuestro Derecho Público local y en especial de nuestro régimen municipal bonaerense.

No cabe duda que el artículo 123 de nuestra Constitución Nacional consagra explícitamente la identidad de un nuevo sujeto federal. Nos referimos, naturalmente, al gobierno municipal y al alcance autonómico y constituyente que el precepto le atribuye.

Nos encontramos frente a una oportunidad decisiva de ensanchar y enriquecer la efectiva descentralización del poder y de esa manera aportar una nueva dinámica a nuestro sistema federal.

Como sabemos, la mayoría de nuestros estados provinciales han consagrado estas potestades (en muchos casos antecediendo a la propia reforma de la Constitución Nacional) confirmando un panorama que desplaza las añejas antinomias sobre la administración municipal consolidando

(*) Profesor Ordinario Titular de Derecho Político Provincial y Municipal, Cátedra I y Director del Instituto de Política y Gestión Pública de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP.

su naturaleza sociológica y su personalidad política institucional. Tal valiosa definición constituye uno de los aportes más relevantes de nuestra Carta Fundamental, posibilitando una instancia organizativa sujeta a las singularidades e idiosincrasias de cada comunidad.

Nos encontramos ante un fecundo tránsito para anclar un sistema de gobierno cuyos actores (incluyendo también la ciudad autónoma de Buenos Aires) nos posibiliten rediseñar la concepción y distribución del poder territorial.

En este sucinto orden de ideas, resulta un dato inédito el anquilosamiento de nuestro régimen municipal bonaerense, que no ha reformado su capítulo en la convención del año 94 (desoyendo el mandato de la Ley 11.488 y el precepto constitucional), agravando esta injustificada omisión con variados e insólitos argumentos que pretenden desvirtuar las competencias propias e inherentes del municipio. A ello nos referiremos.

I. Una definitiva identidad

Todos sabemos la significación que tradujo para la vida local el artículo 123 de la Constitución Nacional, en tanto establece en forma categórica la naturaleza autonómica del municipio como una atribución inherente a su personalidad jurídico-política.

En una palabra, una voluntad constituyente inequívoca que plasmó la definitiva identidad del gobierno local como garantía federal y centro de imputación del poder.

De esta forma, la dinámica del federalismo se enriqueció desde su efectiva descentralización y sus actores (Nación, Provincia, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipio) expresan los elementos que estructuran a toda persona estatal y la tensión dialéctica que traduce esta “unidad en la diversidad” que distingue nuestra organización.

El precepto no ofrece dudas y su letra constituye un aporte de los más sugerentes que plasmó nuestra Carta Fundamental. Así dice: *“Cada Provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.”*

Naturalmente “reglando su alcance y contenido” es el histórico reconocimiento a una potestad provincial que surge prístina desde la Constitución de 1853 cuando por su artículo 5º exige asegurar el régimen municipal para la administración de los intereses locales.

“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”

Como podemos observar, el salto cualitativo está dado entre “régimen” y “autonomía” y en este último concepto se asienta el nuevo y definitivo perfil del municipio.

Reglar es ajustar, adaptar, desarrollar las singularidades que tendrá la institución de acuerdo al Estado Provincial en que se encuentre, precaución que no sólo repara en la natural distribución de competencias que infiere el federalismo sino también en las disímiles condiciones demo-socio-culturales y económicas que caracterizan el trazo de nuestras veinticuatro provincias.

En definitiva, el art.123 es una pauta constitucional que mandata y a la vez reconoce, una norma sustantiva cuya adjetivación queda librada a la potestad constituyente de cada Estado miembro.

1.1. Un insólito argumento

Por cierto, esta aclaración preliminar resultaría en cualquier caso elemental y/o innecesaria en una cultura institucional con la madurez de lo prospectivo, pero la reforma de la constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 94 no se pronunció sobre el capítulo municipal, desoyendo la propia ley declarativa que así lo disponía y omitiendo flagrantemente el mandato constitucional.

En este orden de ideas, con sorpresa he escuchado en congresos y actividades afines, argumentos donde ligeramente se sostenía que esta precaución de reglar el alcance y contenido suponía la facultad de establecer el modelo y oportunidad que mejor se adecuara a las prioridades políticas de la gestión bonaerense.

Esta posición, que desnaturaliza abiertamente la identidad local, era esgrimida por técnicos y operadores especializados en ofrecer respuestas innovativas; calificando nuestro régimen municipal como una “autonomía semi-plena” y tantos otros forzados eufemismos que pretendían convalidar la existencia de un municipio autárquico despojado de las más elementales prerrogativas conferidas por nuestra Constitución Nacional.

Así se han cumplido quince años de omisión constitucional y la Provincia de Buenos Aires vegeta en su poder local mientras se suceden interminables proyectos para seguir enmendando la ley orgánica del año 1958 o medulosos comentarios henchidos de pletóricas intenciones.

Debemos convenir que el estudio del Derecho Público encuentra su razón en el ámbito vivo de su aplicación, en los múltiples aspectos -aún los más nimios- que nos ofrecen sus temas, en la constante demanda y evolución de sus Instituciones. La ausencia de esta práctica, esteriliza el concepto.

Por lo tanto, la sensación predominante al abordar este tema, es la fatiga que produce haber denunciado y/o alertado sobre esta situación en numerosas ocasiones, levantando la voz sobre lo que debería hacerse y diseñando en el aire alternativas. Ser un bonaerense hablando de nuestro régimen municipal produce tanta impotencia como el exilio de un agricultor en el área metropolitana.

En consecuencia, la primera definición que debemos enfatizar es asumir la sólida pronunciación de nuestra Constitución Nacional y la exigencia que de ella deriva.

1.2. La cuestión es relativizar

Otro argumento que se suele escuchar con recurrencia es el número de constituciones que no adaptaron el gobierno local a las previsiones del artículo 123.

Hasta hace muy poco solía incorporarse a la Provincia de Buenos Aires junto a las de Tucumán, Entre Ríos, Santa Fe y Mendoza, buscando con ello relativizar esta omisión y presentar la cuestión como si se tratara de un conjunto de provincias morosas de una obligación natural.

Pero este dato es inexacto, pues el único punto de coincidencia es la falta de adecuación al mandato constitucional de las últimas dos provincias (Santa Fe y Mendoza), en todos los demás aspectos las diferencias son determinantes.

En el caso de la Provincia de Tucumán, ésta se reformó en el año 2006 en su sección VII, capítulo único, establece:

- “... Esta constitución consagra la autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional de los municipios....

La Provincia no podrá vulnerar la autonomía que por esta Constitución se consagra, ni limitar las potestades que para asegurar la misma se confiere.

En el área de proyección rural y en el resto de la provincia, la ley podrá autorizar al Poder Ejecutivo a erigir comunas en los centros urbanos que no alcancen la categoría de municipios” (Art. 132).

- “Las municipalidades son autónomas en el ejercicio de sus funciones. Sus resoluciones, dentro de la esfera de sus atribuciones, no pueden ser revocadas por otras autoridades administrativas y se comunican a la Legislatura por vía del Poder Ejecutivo...” (art.139)

En el caso de la provincia de Entre Ríos su nueva Constitución se sancionó el 11 de octubre del 2008. Así dice:

- *“El municipio es una comunidad sociopolítica natural y esencial, con vida urbana propia e intereses específicos que unida por lazos de vecindad y arraigo territorial, concurre a la búsqueda del bien común”* (art. 229)

- *“Se asegura autonomía institucional, política, administrativa, económica y financiera a todos los municipios entrerrianos, los que ejercen sus funciones con independencia de todo otro poder. Los municipios con más de diez mil habitantes podrán dictar sus propias cartas orgánicas”* (art.231).

- *“La ley reglamentará el régimen de las comunas y determinará su circunscripción territorial y categorías, asegurando su organización bajo los principios del sistema democrático, con elección directa de sus autoridades, competencias y asignación de recursos. Se incluye la potestad para el dictado de ordenanzas, alcance de sus facultades tributarias, el ejercicio del poder de policía, la realización de obras públicas, la prestación de los servicios básicos, la regulación de la forma de adquisición de bienes y las demás facultades que se estimen pertinentes.”* (art. 253).

Como vemos las provincias citadas tienen un régimen municipal actualizado de una definida formulación; por ende sólo nos queda referirnos a las otras dos.

I.2.1. Que podemos decir de la Provincia de Santa Fe sin pensar en Lisandro De La Torre y la constitución de 1921, en Alcides Greca y la Universidad Nacional del Litoral y tantos estudios, como nos acerca Rosatti sobre el tema local. A título ilustrativo transcribiremos un artículo de esta Carta para connotar su alcance:

- *“Todo núcleo de población que constituya una comunidad con vida propia gobierna por sí mismo sus intereses locales con arreglo a las disposiciones de esta Constitución y de las leyes que se sancionen.*

Las poblaciones que tengan más de diez mil habitantes se organizan como municipios por ley que la Legislatura dicte en cada caso, y las que no reúnan tal condición como comunas.

La ley fija la jurisdicción territorial de municipios y comunas y resuelve los casos de fusión o segregación que se susciten.” (art. 106).

En definitiva, la Provincia de Santa Fe (que sancionó su constitución en el año 1962), consagra la naturaleza sociológica de su gobierno local, establece la diferencia entre municipios y comunas, determina claramente las facultades propias de su gobierno, y atribuye en los aspectos tributarios, entre otros rubros, el 50% del impuesto inmobiliario (artículo 107).

I.2.2. Quizás el único caso en el orden normativo que permita una forzada equiparación con la Provincia de Buenos Aires sea el de la Provincia de Mendoza. Pero no podemos olvidar que su territorio tiene menos de la mitad de la superficie de la Provincia de Buenos Aires (148.827 km²), posee apenas un poco más del 10% de la población total que se asienta en el territorio bonaerense (1.700.000 habitantes) y tiene sólo 18 departamentos que se corresponden con un municipio, subdividiéndose a su vez en distritos (en nuestro caso tenemos 134 partidos). Su régimen municipal ha dado lugar a un estilo político que se caracteriza por el ejercicio de las competencias propias, así establece: “Los poderes que esta Constitución confiere exclusivamente a las municipalidades, no podrán ser limitados por ninguna autoridad de la Provincia” (art.209).

Muy lejos está la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que en su capítulo municipal mantiene esta anacrónica formulación:

- *“La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y cada uno de los partidos que formen la Provincia, estará a cargo de una Municipalidad, compuesta de un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento deliberativo...”* (art.190).

- *“La Legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales...”* (art.191, inc.1).

II. Una posmoderna secesión

Pero el dato fundamental es que las últimas dos provincias aludidas no omitieron el mandato del artículo 123, porque sencillamente no ejercieron su poder constituyente con posterioridad. La diferencia es sustancial, conformar esa voluntad es un dato eminentemente político-social y su resultado la más alta expresión jurídico-institucional. No se trata de una técnica de actuación sino de la manifestación de un proceso único.

Otra cosa muy distinta es convocar esa fuerza, promover el delicado funcionamiento que lo habilita, y luego desatender lo previsto por la propia ley declarativa y la expresa cláusula que señala nuestra estructura jurídica superior.

Eso fue lo que ocurrió en la Provincia de Buenos Aires al desoír tal excepcional instancia. Este es el rasgo distintivo que nos separa de las otras Cartas y pone de relieve una conducta insólita en el tema municipal que nos convoca.

Un proceso de “posmoderna secesión” sin que se presenten las circunstancias irrepetibles que originaron ese tránsito separatista que caracterizó la etapa fundacional de los años 1853-60. No hubo batalla de Caseros, ni unitarios y federales, sino una sórdida disputa del poder (la reelección traccionaba la simultaneidad de ambas reformas) y la conciencia de una cultura pública cuya envergadura descansa en el volumen demo-electoral que refleja la Provincia de Buenos Aires y en especial su conurbano.

Una reforma constitucional es por sí una “política de Estado”, no sólo por su trascendencia (la perdurabilidad de una idea en el tiempo) sino también por su capacidad de alumbramiento de nuevos institutos y derechos que constituirán una fuente insoslayable de interpretación para desarrollar toda nuestra estructura regulatoria.

El poder constituyente es el ejercicio más pleno de una sociedad que diseña su organización y una cita que tiene la responsabilidad de dar cuenta de su crecimiento y vigencia a través de su traducción legislativa.

Por eso una instancia de esta naturaleza no puede perderse en miradas menores, con la mezquindad de quien detenta una posición contingente, saboteando la finalidad ordenadora de la propia vida política.

Pero la cuestión se agrava aún más; si el régimen municipal no fue reformado en el año 94 deberemos remitirnos entonces al antecedente inmediato, es decir, a la reforma constitucional de 1934, cuyas circunstancias históricas y constituyentes estuvieron ajenas al tratamiento del tema local.

Para no distraer al lector sobre temas ya tratados, diremos sencillamente que nuestro régimen local pervive en su misma letra desde hace más de un siglo. Veamos un artículo de nuestra constitución cuyo alcance nos exime de mayores comentarios: - *“Son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes:*

..Tener a su cargo el ornato y salubridad, los establecimientos de beneficencia que no estén a cargo de sociedades particulares, asilos de inmigrantes que sostenga la Provincia, las cárceles locales de detenidos y la vialidad pública...” (art.192, inc.4).

II.1. Una modesta contribución

Aún más la Constitución Provincial redujo su aporte a dos cláusulas de incidencia indirecta sobre la vida local, nos referimos a los institutos de democracia semi-directa y a los requisitos y criterios de selección de la justicia de paz letrada, equiparando a la función judicial una instancia concebida históricamente como de “menor cuantía”. Veamos:

- *“La Ley Orgánica de las Municipalidades deberá contemplar la posibilidad que los municipios accedan a los institutos de democracia semidirecta.”* (art.211).

- “La Legislatura establecerá Juzgados de Paz en todos los partidos de la Provincia que no sean cabecera de departamento judicial, pudiendo incrementar su número conforme al grado de litigiosidad, la extensión territorial y la población respectiva. Serán competentes, además de las materias que les fije la ley, en faltas provinciales, en causas de menor cuantía y vecinales (art. 172).

- “Los jueces a que alude el artículo anterior serán nombrados en la forma y bajo los requisitos establecidos para los de primera instancia. Se les exigirá una residencia inmediata previa de dos años en el lugar en que deban cumplir sus funciones.

Conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta y su responsabilidad se hará efectiva de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo V de la presente sección. (Art. 173)

Pero ninguno de los dos artículos dieron indicios de una pretensión; por un lado, nada se ha reglamentado sobre el primer punto y que sepamos la instrumentación por parte de los municipios ha quedado aislada a modalidades plebiscitarias que se han constituido más en un referéndum sobre determinada iniciativa, que en un ensayo embrionario sobre la institucionalización de la participación pública. En el otro caso, un loable recaudo que no fue acompañado por una efectiva descentralización jurisdiccional que ampliara y agilizará el abarrotado temario que se presenta en la vida local.

III. Dos destinos contrapuestos

Como sabemos, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 presentó un mecanismo inédito (el denominado núcleo de coincidencias básicas) y estuvo rodeado de circunstancias especiales atendiendo a las características y condiciones de ese encuentro. Hasta el día de hoy se escuchan algunas voces que señalan esa etapa como un punto de inflexión en el escenario político, pero el aporte jurídico-institucional es claramente irreprochable: El Consejo de la Magistratura (artículo 114), el dominio originario de los recursos naturales (artículo 124), el defensor del pueblo (artículo 86), los denominados derechos de tercera generación, comenzando por la amplia fórmula ambiental (artículo 41), las cláusulas constitucionales de defensa del orden democrático (artículo 36), las nuevas garantías (artículo 43) y tantos otros preceptos de equivalente jerarquía.

Por cierto, no faltan quienes observan el nuevo modelo electoral y otros reparos que remiten, a veces con nostalgia, a las bondades que ofrecía nuestra constitución liberal. En esos y otros casos se suele soslayar la significación de lo consagrado, como si estas nuevas propuestas hubieran sido una actualización fáustica y previsible.

De lo mucho que la Constitución nos ofrece, nos interesa detenernos en la contracara de dos mandatos originados al mismo tiempo, y con ello marcar la estatura de la omisión que estamos comentando. Nos referimos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 129) con una cláusula que se ejerció y otra, la autonomía municipal (artículo 123) que en la Provincia de Buenos Aires se ignoró. Veamos:

- “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones.” (artículo 129).

La Ciudad de Buenos Aires, a partir de esta previsión constitucional, encontró su definitiva identidad, en tal carácter se dio su Estatuto (que es una verdadera Constitución) en el año 1996, sancionó la ley de comunas (año 2005), afianzó su independiente régimen electoral, determinó su patrimonio y sus definidas facultades de actuación.

Desde ya, se puede decir que restan otras importantes materias (la tan mentada Policía y las facultades jurisdiccionales plenas), también que debería readecuarse la llamada “Ley Cafiero” y

otras reivindicaciones que afectan la delicada cohabitación entre la Ciudad Autónoma y el asiento del Gobierno Nacional; pero no tenemos ninguna duda que los temas pendientes se seguirán edificando desde la consagrada afirmación de la Constitución Nacional por una voluntad política dispuesta a materializarla.

Piense por un minuto el lector en esta evolución institucional y compare con el Municipio bonaerense, seguramente compartirá que aquello que no se realiza extravía el protagonismo de su desarrollo, amputa su personalidad, convierte su expectativa en una diletante frustración que se prolonga por años en cíclicos intentos de justificación.

Sin duda, este cuadro de situación le cabe a los constituyentes bonaerenses con un alcance que empaña su especial labor y también a la dirigencia de la Provincia (incluyendo a los distintos intendentes en estos tres lustros) que ha planteado con intermitencia y fragilidad una enmienda al régimen descripto. Nada se ha hecho y las promesas se traducen en respuestas coyunturales intentando contener nuevas y variadas emergencias.

En este contexto, el acostumbramiento pareciera ser el escenario dominante, situaciones absurdas se suceden con una supuesta normalidad como si nuestro régimen municipal se tratara de un feudo inconcebible.

Se segrega el territorio de un municipio y éste no tiene la más mínima incumbencia; se reduce ilegalmente la composición de los consejos deliberantes y nadie reclama, un intendente asume las funciones de juez de paz y desplaza al secretario del juzgado, se ponen topes horarios avasallando la clara incumbencia del poder de policía local, se tercerizan las deudas de servicios, se privatizan los juicios de apremios, se incumplen las pautas básicas de la ley de ordenamiento territorial de la Provincia; en fin, en cualquiera de los aspectos que se quiera imaginar un páramo se presenta ante nuestra vista.

IV. La energía social

Como no puede ser de otra forma, de este inconcebible retraso institucional surgen conductas y hábitos de inevitable asociación.

Un Municipio autárquico tiene de rehén una comunidad que también lo es; los temas públicos locales le son ajenos y el nivel de participación en cuestiones de inmediata repercusión sobre su calidad de vida, se ve reducido en la mayoría de los casos a experiencias que se tornan aisladas reivindicaciones.

Imagínese el lector el modesto salto que significa que el delegado municipal sea elegido con la participación de los vecinos, es decir, a través de una ordenanza que establece una instancia consultiva para legitimar su designación.

A esta altura, cualquiera podría preguntarse a qué se refiere la figura del delegado (generalmente asociada a la representación complementaria que le confiere el titular), en este caso se trata de la vetusta expresión con que la ley orgánica define al administrador de los centros comunales en todas las distintas localidades que se ubican en el partido municipal; para explicar lo antedicho tendríamos previamente que referirnos a la base territorial, dimensión física que supone que en una misma jurisdicción convivan la cabecera del partido y un sinnúmero de asentamientos diseminados en su territorio.

Para ilustrar lo comentado, digamos que el partido de La Plata tiene diez delegaciones (Los Hornos, Tolosa, Villa Elvira, City Bell, San Carlos, San Lorenzo, Olmos, Villa Elisa, Melchor Romero, Gonnet) localidades de largo arraigo, con una definida idiosincrasia y miles de habitantes que cumplen sus actividades predominantemente en el ámbito de su residencia. En todos los casos alcanzan la naturaleza de ciudad (como exige la constitución de Córdoba para atribuir la autonomía institucional) con rasgos particulares e intransferibles cuyas necesidades las distinguen claramente unas de otras.

Pues allí no hay ni siquiera comunas, sólo un delegado que en el mejor de los casos actúa de nexo entre las demandas y posibilidades sin otra atribución que un minúsculo puñado de facultades. Reproducamos en escala este modelo en el conurbano y veremos los pavorosos inconvenientes de su implementación. Es absurdo que una localidad como LaFerrere (partido de La Matanza) de 200.000 habitantes tenga como toda representación política un delegado.

Claro, se podrá decir que muchas ONGs cumplen destacada labor o que distintas fuerzas sociales intentan suplir esta orfandad, pero debemos convenir que ello no atenúa el diagnóstico de un modelo que pareciera propio de los comuneros de Castilla o de las pretéritas condiciones que llevaron a abolir el régimen municipal en 1821.

Esta obsolescencia afecta la energía colectiva de una sociedad, evade el estudio de temas específicos, su compromiso y profundización e invita a un quietismo que pareciera estar inscripto en los rasgos deterministas de un tiempo.

V. Anclados en el tiempo

Como hemos visto, nada nuevo sobre las cuestiones que nos trae el Derecho Público Estadual es considerado en la Provincia de Buenos Aires. Sabemos que el proceso autonómico (obviando los significativos antecedentes de Santa Fe y Córdoba) se originó en 1957, es decir, han pasado más de cinco décadas desde este movimiento descentralizador, que se enriqueció con el ciclo de las nuevas constituciones a partir del año 1986.

Para no hacer una exhaustiva enunciación, digamos que poder, competencias y recursos resultan los aspectos sustanciales de esta consagración. Un poder que reconoce en su atribución constituyente su máxima expresión, unas competencias como la aptitud de desenvolvimiento sin injerencia de ningún otro poder y unos recursos que ensanchan la aptitud dispositiva y crediticia.

Las Cartas municipales son un ejemplo vivo de esta evolución; más de un centenar se expresan en el país, desde la Provincia de Río Negro con 28 Cartas hasta Tierra del Fuego con 2.

Imaginemos por un instante esta verdadera eclosión estatuyente que refleja la variedad de provincias, ámbitos, territorios y lugares cuya fuerza política es la manifestación de una determinada idiosincrasia y organización; desde Valle Viejo (Catamarca), Resistencia (Chaco), Puerto Madryn (Chubut), Marcos Juárez (Córdoba), Esquina (Corrientes), Palpala (Jujuy), Leandro N. Alem (Misiones), San Martín de Los Andes (Neuquén), Choele Choel (Río Negro), Tartagal (Salta), Rawson (San Juan), Villa Mercedes (San Luis), La Banda (Santiago del Estero), Ushuaia (Tierra del Fuego).

Veamos, a título ilustrativo lo previsto por esta última Carta:

- *El Municipio de Ushuaia es autónomo, independiente de todo otro poder en el ejercicio de sus competencias institucionales, políticas, administrativas, económicas y financieras para el cumplimiento de los fines que esta Carta Orgánica determina y aquellos que le fueran propios, siendo deber indelegable de las autoridades la defensa de la autonomía municipal (art.2).*

- *“Esta Carta Orgánica y las ordenanzas que en su consecuencia se dicten son normas supremas y están sujetas a la Constitución de la Nación y de la Provincia.” (art.3).*

- *“Es deber del Municipio realizar la planificación integral y formular el Plan Estratégico de la ciudad como instrumento dinámico indispensable para establecer políticas de desarrollo y determinar acciones que contemplen los intereses comunes y den respuestas a todas las problemáticas de la sociedad que estén dentro de su incumbencia. Son sus principales objetivos lograr una ciudad con desarrollo y crecimiento sustentables, basados en la equidad social, el mejoramiento de la calidad de vida, el respeto por el ambiente natural y cultural, integrada y articulada con su entorno inmediato y regional. El Ejecutivo es responsable de llevar a cabo esta planificación integral y el organismo legislativo de plasmarla en reglamentaciones. Está a cargo de un Consejo permanente, honorario, con iniciativa legislativa, integrado por las instituciones y organizaciones civiles representativas*

de toda la actividad ciudadana, vecinos en general y riguroso sustento académico y profesional en todos los temas que abarque” (art.47).

De esto y mucho más esta privada la Provincia de Buenos Aires, como si estuviéramos anclados en aquel viejo fallo de 1911 donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *“Ferrocaril del Sud c/ Municipio de La Plata”* dijo que al fin y al cabo, el municipio era nada más que una delegación del Poder Provincial circunscrito a fines y límites administrativos.

IV. Otro tópico anacrónico

En la Provincia de Buenos Aires, la idea de región se circunscribe a los ensayos sobre “corredores productivos” o a la añeja fórmula que consagra nuestra Constitución provincial sobre cooperativas para usinas, encontrando allí una forzada interpretación de lo que la doctrina denomina municipios federados o asociación municipal: - *“Son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes: (...) inciso 8º. Constituir consorcios de municipalidades y cooperativas de vecinos a los fines de la creación de superusinas generadoras de energía eléctrica.”* (art. 192).

Pero fuera de esta voluntad que descansa en las afinidades que un grupo de municipios pudiera compartir y/o en las bondades de su asociación para determinado objetivo, lo cierto es que la Provincia tiene regiones de nítido perfil que no gozan de ninguna disposición.

Siete regiones suelen singularizarse: norte (Baradero), noroeste (Carlos Casares), Cuenca del Salado Sub región Capital (Berisso, Ensenada, La Plata), centro (25 de Mayo), Atlántica (General Pueyrredón), suroeste (Bahía Blanca) y, naturalmente, el conurbano.

Si el regionalismo es el ejercicio de la responsabilidad autonómica, su total ausencia es el reflejo de la absoluta decadencia que presenta nuestro gobierno local.

IV.1. Sobre las competencias comunes

Pero el tema regional también excede los intereses comunes que agrupan e identifican los ámbitos espaciales y se expresa en competencias que por su propia naturaleza son de orden supra jurisdiccional; nos referimos a los temas del medio ambiente, ordenamiento territorial, transporte público, localización de residuos, etc.

El propio artículo 28 de la Constitución provincial, suscita el planteamiento de las conexiones irreversibles entre el medio ambiente y el territorio y de los procedimientos instrumentales –jurídicos y técnicos– para asegurar su coordinación, integración y equilibrio.

La ordenación del territorio y la actividad urbanística son dos funciones públicas de indudable proyección sobre toda clase de suelos. *En el caso de la actividad urbanística, se trata de definir las concretas actividades que sobre el suelo pueden materializarse. En el de ordenación del territorio, se trata de definir el marco general en el que la actividad urbanística deba tener lugar. De otro lado, actividad y ordenación dan a entender que la función de gobierno local enmarca necesariamente la actividad urbanística y establece las opciones básicas a que debe atenerse su gestión.*

Una responsabilidad básica del gobierno local, que se manifiesta en la adopción de decisiones sobre los destinos del suelo para conseguir un equilibrio territorial y una función ordenadora del uso del suelo y de la edificación de la ciudad en sentido estricto.

La irracional reconversión del suelo en la provincia de Buenos Aires, los asentamientos informales y especiales (countries, barrios privados, etc.), la falta de zonificación y tantos otros parámetros, ponen de manifiesto el colapso de la ley de ordenamiento territorial que rige la materia (decreto ley 8912/77).

IV.2. Un fenómeno singular

El otro fenómeno es el Área Metropolitana de Buenos Aires, conformada por una conurbación de Municipios de nuestra provincia en una porción de territorio que no supera el 1% del total del país y concentra cerca de 12.000.000 habitantes.

Como sabemos, no existe una definición globalmente aceptada de lo que deba entenderse por Área Metropolitana. En su conceptualización se manejan criterios de naturaleza diversa: El grado de densidad poblacional; el índice de crecimiento de los Municipios asentados en la zona; su profunda interrelación social o económica o el carácter no agrícola de sus funciones básicas, son algunos de ellos. Ahora bien, no toda concentración poblacional en el espacio debe entenderse incluida en dicho concepto, *desde el punto de vista del Derecho tal denominación queda reservada a aquellos supuestos en los que el ámbito territorial abarca a varios términos municipales cuyos límites, en apariencia, parecen haber desaparecido y entre los que existen fuertes vinculaciones económicas y sociales.*

Este es el caso de nuestra conurbación, que está integrada por 30 partidos que anillan a la Ciudad de Buenos Aires, nos referimos a: Avellaneda, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, Lanús, Lomas de Zamora, Malvinas Argentinas, Morón, Quilmes, San Isidro, San Miguel, Tres de Febrero, Vicente López, Almirante Brown, Berazategui, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, La Matanza, Merlo, Moreno, San Fernando, Tigre, y también parcialmente Escobar, General Rodríguez, Marcos Paz, Pilar, Presidente Perón y San Vicente.

Está demás decir que esta breve descripción tiende a señalar el inconcebible vacío constitucional sobre una de las concentraciones urbanas más relevantes (la tercera de América Latina) donde vive uno de cada tres argentinos; y la imperiosa necesidad de institucionalizar el tema, creando una instancia que comprenda su naturaleza pluri jurisdiccional para abordar los problemas típicamente metropolitanos.

VII. Palabras finales

Cuando en noviembre de 1980 compartí un panel con el amigo Antonio María Hernández, él ya aquilataba la autoría de un proyecto para la ciudad de Córdoba que luego fue germen del capítulo municipal de una de las primeras constituciones que nuestro Derecho Público nos otorgó.

Recuerdo que entre otros eventos de esa época, coincidimos en el “Congreso Juan Bautista Alberdi” que se llevó a cabo en La Plata y más tarde en las “Jornadas sobre Régimen Municipal Bonaerense” en el Honorable Senado de la Provincia, no es una actitud reminiscente, es testimonial.

Córdoba sancionó su Constitución en 1987, luego la reformó en otra oportunidad (2002) y en el ejercicio de sus previsiones constitucionales, consagró 22 cartas orgánicas.

Conmueve el preámbulo de su Capital y el contenido de sus artículos:

“Nosotros, representantes de los vecinos de la Ciudad de Córdoba, en ejercicio de la autonomía reconocida y asegurada constitucionalmente, reunidos en Convención Municipal Constituyente, con el objeto de organizar el Municipio como garante de la libertad, la justicia social y el sistema representativo, republicano, democrático y participativo; exaltar los valores de la persona humana; fomentar el arraigo y la solidaridad; enaltecer la fuerza dignificante del trabajo; promover una mejor calidad de vida y preservar el ambiente; reafirmar la defensa de los derechos humanos; afianzar la convivencia sin discriminaciones, el pluralismo y la participación social; resguardar y enriquecer el patrimonio histórico y cultural; invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia, sancionamos esta Carta Orgánica para la Ciudad de Córdoba”

- *“El Municipio de la Ciudad de Córdoba constituye una unidad territorial, poblacional, cultural, política y jurídica, fundada en la convivencia, con participación de comunidad y gobierno en la definición y satisfacción de las necesidades del conjunto.” (art. 1).*

- *“El pueblo de la Ciudad de Córdoba dicta esta Carta Orgánica en ejercicio de la autonomía en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.” (art. 2).*

- *“La Carta Orgánica es de aplicación en el territorio de la Ciudad de Córdoba, con los límites que por ley le corresponde, donde el Municipio ejerce las funciones, atribuciones y finalidades inherentes a su competencia material.” (art. 3).*

- *“La Carta Orgánica y las Ordenanzas que en su consecuencia se dicten son normas supremas en el Municipio y están sujetas a las Constituciones de la Nación y de la Provincia.” (art. 6).*

Todo este caudal de desarrollo es un hecho de participación, de estudio, de ensayos y propuestas, que permite que las ideas que conjugamos en la vida académica y política acompañe estas evoluciones cuyo testimonio nos retroalimenta.

La sensación opuesta nos produce ver las páginas amarillentas sobre estos temas y algunos otros infructuosos proyectos. Tener que asegurar hoy que el estatuto del empleado municipal es una clara incumbencia local, pareciera que nos aleja de Adolfo Korn Villafañe y Tomás Diego Bernard, quienes marcaron en señeros estudios el destino del municipio contemporáneo, con el que seguimos en una incomprensible e impostergable deuda. ♦

El derecho público provincial y municipal: Algunas reflexiones acerca de la disciplina y su historia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata

POR VICENTE SANTOS ATELA (*)

Sumario: I. Introducción. II. Derecho Público Provincial o Derecho Constitucional Provincial. III. Contenido del derecho público provincial y municipal. IV. Los métodos de estudio. V. Los Cultores del Derecho Público Provincial y Municipal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. VI. Los primeros programas de la materia. VII. Bibliografía.

Resumen: El Derecho Público Provincial y Municipal es una disciplina jurídica vinculada al derecho constitucional en los estados organizados bajo el régimen federal. Su objeto está enmarcado a las relaciones propias de la federación, la descentralización del poder y competencias en las provincias y municipios, así como las vinculaciones entre sí. Para su conocimiento puede utilizarse los métodos exegéticos, comparativos, históricos, histórico-político-económico, federalista, trialista, integrador. Entre los primeros docentes de la materia en la Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales de la U.N.L.P. contamos a Carlos Saavedra Lamas, David Peña y Juan A. González Calderón.

Palabrasclaves: Derecho Público Provincial y Municipal. Concepto. Objeto. Método. Historia.

Abstract: Public Law is related to Constitutional law, which is the law who organized the Federal States. It's object is under the frame of Federal relationship, power of the States and faculties under the Provinces and Municipalities. The method that we used to study this kind of law is the comparative and historical law; politics, economics and history, trying to put together the federal law in an integrative way. Between the first Professors of the Subject Public and Municipal Law in our Faculty of Juridical and Social Sciences, UNLP, we can mention Carlos Saavedra Lamas, David Peña and Juan. A. Gonzalez Calderon.

Keywords: Province and Municipal Public Law – Concept – Object – Method – History.

I. Introducción

El presente artículo tiene por finalidad describir y repasar los alcances de la disciplina denominada “Derecho Público Provincial y Municipal” y reconstruir la historia de la materia en la Universidad Nacional de La Plata, en las personas que a lo largo de más de 100 años la han integrado.

La Universidad de La Plata fue nacionalizada en el año 1905 (1). El año siguiente, el 3 de marzo de 1906 se labró la primer acta, mediante la cual se constituye la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; se designa como decano al Dr. Rodolfo Rivarola y vice decano al Dr. José Nicolás Matienzo y se aprueba el plan de estudios de la carrera de abogado, que en su tercer ciclo incluía la materia “Derecho público provincial”.

(*) Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Público Provincial y Municipal en esta Facultad, Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Constitucional, Departamento de Ciencias Económicas y Jurídicas. UNNOBA.

(1) Ley Nacional 4699 que en su artículo 1 dice “Apruébase el convenio celebrado entre el P.E. de la Nación y el de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 12 de agosto de 1905, sobre establecimiento de una universidad nacional en la ciudad de La Plata”.

Por otra parte, en el plan de estudios aprobado el 30 de abril de 1919 se establece la enseñanza del derecho municipal en el segundo ciclo (año) del doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales (2)(2).

Cabe considerar entonces que en esos comienzos las materias derecho público provincial y derecho municipal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad nacional, existían como disciplinas independientes. Ambas fueron dictadas los primeros años por los Dres. Manuel Montes de Oca (3)(3); Carlos Saavedra Lamas (4)(4) y David Peña (5)(5).

El 18 de agosto de 1921 el Consejo Académico de la Facultad modifica el plan de estudios de la carrera de abogacía. En tal oportunidad se sitúa a la materia en el segundo año y se incorpora al nombre la palabra “municipal”, por lo que pasa a llamarse “Derecho público provincial y municipal”, nombre que se mantiene hasta la actualidad.

Como dato curioso merece señalarse que no hay constancias de debate sobre la modificación del nombre, sino que éste fue dispuesto mediante un interlineado inserto sobre el nombre anterior de la materia. De este modo, la inserción de una palabra incide de manera definitiva en la materia, pues con ella se incorporan todos los contenidos vinculados a la institución municipal.

II. Derecho Público Provincial o Derecho Constitucional Provincial

Tradicionalmente a la disciplina se la denominó “derecho público provincial” y, hacia nuestros días, a partir del desarrollo del derecho municipal, como “derecho público provincial y municipal”, aunque algunos especialistas entienden que debería llamarse derecho constitucional provincial o derecho constitucional comparado de las provincias.

Puede observarse que la primera obra dedicada a la disciplina, escrita por Juan Bautista Alberdi en el año 1854 se llamó *Derecho Público Provincial*(6)(6). Posteriormente, en el año 1913, el profesor Juan A. González Calderón escribe su obra *Introducción al Derecho Público Provincial*, consecuencia de su experiencia como docente a cargo del dictado del curso de la materia en la UNLP.

En el plano de la enseñanza de la disciplina, en las Facultades Nacionales de Derecho del país, mayoritariamente la denominan “Derecho Público Provincial y Municipal”, pudiendo citar entre quienes son o han sido sus cultores en estos años: en la Universidad Nacional de Córdoba a Pedro Frías, César Enrique Romero, Alberto Zarza Menzaque, Antonio María Hernández, Guillermo Barrera Buteler; en la Universidad Nacional de Cuyo a Dardo Pérez Guilhou, María Gabriela Avalos, María Celia Castorina de Tarquini, Alberto Montbrun, Felipe Seisdedos; Universidad Nacional de Mar del Plata a Ricardo Miguel Zuccherino, Josefina Moreno Rithner; en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora a Jorge Villaverde, Daniel Filloy, Luis Genoud; en la Universidad Nacional del Litoral a José Manuel Benvenuti, en la Universidad Nacional del Nordeste a García José Isaac, Monzon Wyngaard Alvaro, Galiana Enrique, Faria de Zuliana Esther, Sotelo Maria Sandra, Universidad Nacional de Buenos Aires a Néstor Losa, Universidad Nacional de La Rioja a Ricardo Mercado Luna, en la Universidad Nacional de La Plata a Tomás Diego Bernard, Ricardo Pablo Reca, Dardo Difalco, Hernán Luna, entre otros.

(2) Con anterioridad se enseñaba el derecho municipal en la materia derecho administrativo. El programa de esta materia presentado en 1906 por el Prof. Manuel Gnecco incluía una bolilla de derecho municipal que constaba de tres puntos: municipios; principales leyes que les han regido y ley orgánica actual.

(3) Designado por decreto del PEN del 7/02/06.

(4) Saavedra Lamas fue político, diplomático y jurista. En 1936 fue galardonado con el Premio Nobel de la Paz, por su labor en defensa de la paz en general, y particularmente, por haber sido inspirador del llamado “Pacto antibélico Saavedra Lamas”, que ha sido suscripto por más de 30 países de América y Europa.

(5) Nombrado en sesión del Consejo Académico del 22/7/07, en reemplazo de Saavedra Lamas que tomó licencia.

(6) El libro, al igual que las Bases y puntos de partida para la organización de la Confederación Argentina, está acompañado de un proyecto de constitución, en este caso, para la provincia de Mendoza.

III. Contenido del derecho público provincial y municipal

Aún cuando a veces tienden a confundirse o superponerse los contenidos y alcances de la materia derecho público provincial -principalmente con el derecho constitucional-, debe establecerse adecuadamente su autonomía como disciplina de las ciencias jurídicas.

Conocer y fijar de un modo práctico lo que es del dominio del derecho provincial y lo que corresponde al derecho de la confederación toda; establecer con claridad material la línea de división que separa lo provincial de lo nacional, es dar el paso más grande hacia la organización del gobierno común y del gobierno de cada provincia (Alberdi, 2007).

En la sesión del Consejo Académico de la facultad realizada el 22 de diciembre de 1909 se discutió entre los consejeros cómo era la formación de los estudiantes de abogacía y cuáles debían ser los contenidos de cada una de las disciplinas, en tal oportunidad, particularmente en lo vinculado al derecho constitucional y al derecho público provincial, el Consejero Joaquín V. González sostenía:

“...que era una preocupación constante que los estudios del ciclo profesional fueran más extensos y más intensos para lo cual creía necesario poner un año preparatorio o, por lo menos, aumentar las asignaturas y dar otro carácter a alguna de las actuales... Que en materia de derecho constitucional debe deslindarse bien lo que corresponde a la Historia Constitucional e Historia del Derecho Argentino y Derecho Público Provincial, la primera es de derecho público y debe referirse a la historia de la organización de nuestro país, la segunda es historia del derecho privado. El derecho público provincial, como su nombre lo indica es materia que se refiere a la organización política de las provincias, a sus modalidades, y no hay razón para que se confunda ni con la historia constitucional ni con la doctrina general que se estudia en el derecho constitucional...”

Allí tenemos reflejada una clara delimitación conceptual y de contenidos entre el derecho constitucional y el derecho público provincial que, como materia propia de los países que adoptan formas federativas, se ocupa del estudio de la organización de los estados locales, su existencia, sus potestades y atribuciones, y su vinculación con el orden de estado superior (estado federal).

El Dr. González Calderón en el prefacio a la obra *Introducción al Derecho Público Provincial* (1913) dice:

“El libro que me decido a publicar, contiene la primera parte del curso de derecho público provincial que dicté en la Universidad Nacional de La Plata el año próximo pasado. Al hacerme cargo de la cátedra, me encontré con todas las dificultades consiguientes a una materia nueva, teniendo que vencer, ante todo, la más grave: la deficiencia en la preparación en el profesor súbitamente llamado a desempeñar un cargo tan serio y lleno de responsabilidad. Comprendí, además, que la enseñanza de la materia debía hacerse con un concepto más amplio, más vasto en sus alcances, del que se había seguido en ésta Universidad y se sigue aún en la de Córdoba; lo cuál por otro lado me imponía una tarea ardua y complicada en extremo. En fin, la insuficiencia, por no decir la carencia de una bibliografía nacional sobre ella, me obligo a buscar programa, haciéndolo, y elementos de estudio para mi, y luego por mis alumnos, poniéndolos a su disposición”.

También con anterioridad Alberdi (1854, 2007) fijó con exactitud parte del concepto de la materia:

“Los elementos del derecho provincial, en un Estado federativo, constan de todo el derecho no delegado expresamente por la constitución al gobierno general del Estado... No sólo es del dominio del derecho público de provincia, el conjunto de poderes no delegados al gobierno federal, expresa o implícitamente; también lo es el de todos aquellos poderes cuyo ejercicio es o puede ser concurrente por aquél y por las provincias, cuando en su interpretación hay una manifiesta conveniencia para estas, por ejemplo, la cuestión de las concesiones ferroviarias interprovinciales e impuestos, consideradas de tan diversos modos. Pertenécele, asimismo, la historia de la formación de esos organismos autonómicos, y de su evolución institucional y política. Y su comparación con otros similares extran-

jeros (estados norteamericanos, australianos, cantones suizos, provincias canadienses y sudafricanas, etc.).”

No puede desconocerse que ésta área del conocimiento es propia del régimen jurídico político que adopta el sistema federativo, en tanto que ésta disciplina es inexistente en un estado unitario.

Tampoco puede dudarse que estamos en presencia del desarrollo de derecho constitucional de segundo orden en el caso de las provincias y tercero para los municipios. Siempre con el derecho constitucional federal como el marco teórico general.

Determinar y enmarcar el objeto de estudio del derecho público provincial y municipal requiere necesariamente anclarnos en los límites que la propia constitución federativa impone al marco de competencias y atribuciones de los estados provinciales. Sin embargo, éste límite debe analizarse desde el caso particular del Estado Argentino, conformado por Provincias preexistentes, tal como lo enuncia el artículo 121 de la Constitución Nacional -principio que denominamos pro Provincias-, y a partir de los antecedentes históricos y políticos que hacen a la formación y organización constitucional de 1853.

Desarrollado ya el contenido de la disciplina Derecho Público Provincial y Municipal y aclarada nuestra posición respecto a su nombre, cabe reseñar algunas de las definiciones de la materia dadas por sus doctrinarios.

Linares Quintana (1985, p. 412) considera que es “la rama del derecho público que estudia las instituciones políticas de las Provincias dentro del Estado Federal”.

Indica Bas (1927, p. 49) que es “la rama de las ciencias jurídicas que trata de la organización del gobierno autonómico de las provincias, dentro del Estado Federal determinando a la vez, los objetos, forma y condiciones en el ejercicio de la autoridad local”.

Para Arturo Iturrez (1985, p. 4) “es la parte del derecho público general que se ocupa de la organización autonómica de la provincia, dentro del Estado Federal, el deslinde de competencias y de las relaciones de poder entre ambas esferas de gobierno”.

Alberto Montbrun (2003) entiende que al Derecho Público Provincial y Municipal se lo considerar “como el área del derecho que abarca el estudio de las instituciones, procesos políticos y formalizaciones normativas de las provincias y los municipios, y las relaciones e interacciones entre los cuatro órdenes jurisdiccionales del federalismo argentino: el régimen federal, el régimen provincial, el régimen municipal y el régimen de la Ciudad de Buenos Aires”.

Para nosotros -y a partir de la reforma de la constitución nacional de 1994- el Derecho Público Provincial y Municipal es la rama del derecho público que, a partir del reconocimiento de un Estado Federal, se ocupa de la organización constitucional de las provincias, el sistema de distribución de competencias y relaciones del poder entre el estado nación y las provincias, así como de la organización de los gobiernos municipales como un verdadero orden de Estado y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cabe señalar que no es ésta una disciplina con compartimentos estancos o fijos, por el contrario, el federalismo es un sistema dinámico en el que las realidades históricas, políticas, económicas, productivas y culturales van adaptando y moldeando el objeto del derecho público provincial. Así, tenemos un derecho constitucional -en lo referido a la distribución de competencias federales- de características rígidas, en cambio un derecho constitucional provincial de base flexible -todo lo que no fue expresamente delegado al Estado Federal se conserva en los Estados Provinciales- y con aspectos dinámicos que lo hacen más adaptable a las nuevas realidades. Por ejemplo hace 20 años atrás nadie se imaginaba a las Provincias vinculándose con el exterior o promoviendo su regionalización; o a los municipios promoviendo vínculos intra o extraprovinciales o con municipios de otros países.

Ya no se trata del estudio de la Constitución Nacional en lo referido a la organización de las Provincias y las competencias que éstas se hubieren reservado. Como tampoco se trata sólo de las constituciones provinciales. El derecho público provincial y municipal va más allá.

En síntesis, si tuviéramos que definir los contenidos que hacen al objeto de la disciplina en nuestros días, podemos fijarlos en los siguientes:

- Las reglas federales emergentes de la Constitución Nacional.
- Los Estados Provinciales según la Constitución Nacional (arts. 1, 5, 121, 123).
- En nuevo régimen constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129).
- Las Constituciones Provinciales.
- Las leyes nacionales que describen el alcance de la autonomía de la C.A.B.A.
- El estatuto organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Los acuerdos que suscriban las Provincias entre sí (relaciones horizontales), y entre ellas y el Estado Federal (relaciones verticales).
- Las Cartas y Leyes Orgánicas Municipales.
- La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- La jurisprudencia de los Superiores Tribunales de Justicia de cada Provincia.
- Los procesos histórico-políticos y económicos previos a 1853 y posteriores (debates de las convenciones constituyentes, debates legislativos en la sanción de leyes, etc.).

IV. Los métodos de estudio

Entendiendo que el método en toda disciplina científica es importante, por cuanto constituye el mecanismo por el que se arriba al conocimiento, podemos observar que en el derecho público provincial y municipal se aplican no sólo los métodos de las ciencias jurídicas sino que también posee particularidades, de las que se da cuenta en el siguiente desarrollo.

a) Método Exegético

La exégesis como método científico importa la comprensión y entendimiento de las reglas jurídicas a partir del significado de las palabras. En el derecho público provincial y municipal sería a partir del significado expresado en los artículos de las constituciones y las leyes que en su consecuencia se deriven.

Este método posee un gran déficit por cuanto impone una interpretación aislada de los factores históricos, políticos, sociales que dan origen o incidieron en la gestación de las normas que se interpretan.

b) Método comparativo

La existencia de distintos órdenes de estado dentro de una organización mayor -Estado Federal- permite la coexistencia de diferentes constituciones provinciales.

Actualmente, el ordenamiento constitucional en la República Argentina permite la existencia de 1 constitución federal; 23 constituciones provinciales; 1 estatuto organizativo de la ciudad autónoma de Buenos Aires y medio centenar de Cartas Orgánicas Municipales.

Alberdi (2002) utiliza éste método a partir del análisis crítico de las constituciones de América de la época y promueve sobre esa base un ante proyecto de constitución para la confederación argentina.

La coexistencia de una diversidad de constituciones provinciales y cartas municipales, aún bajo el paraguas de la uniformidad proyectada por la Constitución Nacional, permite la utilización de este método para abordar el estudio de las normas que integran el objeto de la disciplina.

En un informe dirigido al Decano de la facultad en el que daba cuenta del resultado final de la cursada de 1907, decía refiriéndose al método utilizado para llegar al conocimiento del derecho público provincial: “acepté la división de mi distinguido antecesor -Carlos Saavedra Lamas-, que había hecho de tantas divisiones de estudiantes por provincia, a fin de que investigaran los antecedentes constitucionales de cada una de ella”. Es decir que los primeros docentes de la materia, recurrieron al método comparativo para abordar la enseñanza de la disciplina.

c) Método histórico

La culminación del proceso histórico está dada por la Constitución, fruto de un desarrollo. Savigny como máximo expositor de la Escuela Histórica del Derecho, sostenía que cada pueblo tiene su genio popular, que contiene la vida histórica del pueblo.

Ha dicho Troplong que la “historia es el mejor punto de vista para el estudio del derecho”.

d) Método histórico, político y económico

Su utilización permite la comprensión del derecho público provincial y municipal como la expresión de un fenómeno humano, a partir del análisis de los factores históricos que lo generaron.

Pero para un estudio integrador no basta con conocer de las circunstancias históricas, sino que deben ser comprendidos en el contexto político y económico en que se generaron.

Basta con recordar ciertos conflictos políticos y constitucionales que se generaron en la Argentina con la sanción de la Constitución de 1853 para advertir la importancia de utilizar el método histórico, político y económico. Sucesos como la independencia de la provincia de Buenos Aires (1853-1859); la cuestión de la Capital Federal; el régimen de aduanas y el puerto de Buenos Aires y otros más de nuestros días como el proyecto de traslado de la Capital de Buenos Aires hacia la región de las ciudades de Viedma – Carmen de Patagones; el régimen de coparticipación federal de impuestos; el Pacto de Olivos que desencadenó la reforma constitucional de 1994, entre otros.

e) Método Federalista

Tienes por base al método histórico, político y económico, pero que a partir de la regla federalista impuesta por los artículos 1, 5, 121, 123 y concordantes de la Constitución Nacional, tiene como raíz interpretativa el principio “pro federación-pro autonomía provincial” en el sentido de respeto irrestricto de las autonomías de las provincias y hoy en día con el nuevo art. 123 CN de la autonomía de los municipios.

f) Método Trialista

Germán Bidart Campos –siguiendo a Goldschmith- aplicó al derecho constitucional la concepción trialista, y sostuvo que el mundo jurídico se compone de tres dimensiones: el normativo o normológico; el sociológico de las conductas o comportamientos humanos; y el dikelógico o de los valores.

Así decía Bidart Campos (1995, p. 273) que “cualquiera que desee conocer cómo es el régimen político de un país no se conforma con leer su constitución formal o escrita. Ambiciona saber si esa constitución funciona, se aplica, se cumple, o si por el contrario, está deformada en su práctica o es sistemáticamente violada en todo o en parte”.

g) Método Integral

La disciplina requiere de un método de estudio que comprenda la diversidad de factores que llevan a abordar el conocimiento. Al decir de Castorina de Tarquini (1990) “un método que aúna enfoques históricos-institucionales, geográfico-espaciales, sociológicos, lógico-jurídicos y demás aspectos complementarios, cognoscitivos e interpretativos de la realidad provincial. Un método dúctil al punto de asumir en su propio comportamiento la complejidad de su objeto” Ranchietto, Arias de y Tarquini Castorina “Derecho Público Provincial”, Mendoza 1990, pág. 6.

V. Los Cultores del Derecho Público Provincial y Municipal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata

Como ya fuera dicho, la enseñanza del Derecho público provincial y municipal es parte de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata desde su nacionalización dispuesta en 1905.

En el marco del presente trabajo se ha realizado un relevamiento documental sobre los libros y registros de resoluciones de Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales desde el año 1905 y hasta el año 1993, tomando esa fecha como referencia en razón que mediante resolución n° 350 se creó la Cátedra 2 de la materia “Derecho Público Provincial y Municipal”.

En los citados documentos se registraron todos los profesores que han estado a cargo del dictado de clases y cursos, y también a aquellos que, sin estar a cargo de los mismos, han sido designados para integrar las mesas examinadoras. Cabe aclarar que la materia en sus comienzos se dictaba en forma semestral una vez al año, no como se la conoce en la actualidad, que se enseña por dos cuatrimestres al año -sin perjuicio de la existencia de mesas de exámenes libres-. En un anexo al presente se agrega el listado de todos los docentes que alguna vez fueron parte de la cátedra de Derecho público provincial y municipal.

En su origen la materia se encontraba estrechamente vinculada en su dictado, a materias como “Derecho Constitucional” e “Historia Constitucional de la República”, pues coincidían sus docentes. Manuel Montes de Oca y Nicolás Matienzo (7) dictaban también Derecho constitucional, en tanto Carlos Saavedra Lamas participaba en la cátedra de Historia constitucional.

Del relevamiento se observa que, desde los comienzos de la existencia de la Universidad y hasta nuestros días, han contribuido con la disciplina notables juristas que han dejado una marca excepcional en el derecho constitucional federal y el derecho público provincial y municipal. Sin pretender hacer una cita exhaustiva, podemos mencionar: Juan A. González Calderón; Carlos Sánchez Viamonte; Adolfo Korn Villafañe; Segundo V. Linares Quintana; Italo Argentino Lúder; Salvador Bauzá; Jorge Gnecco; Tomás Diego Bernard; entre otros.

VI. Los primeros programas de la materia

Compulsados los libros de resoluciones del Decano se observa que anualmente los profesores de cada materia debían presentar el programa de la materia para su aprobación por parte del Consejo Académico así, se han encontrado registro en la biblioteca de la Facultad de los primeros programas de la materia: 1911 propuesta del Prof. Interino Manuel Gnecco; 1913, 1915 y 1917 del Prof. Juan A. González Calderón.

En 1907 el Consejo Académico en sesión del 22 de julio, aprobó la propuesta de programa que realizara el Prof. Saavedra Lamas, sin embargo no ha podido ser hallado su texto.

Programa de 1911 (8)

Su definición y sus fuentes.

- Objetos que de comprender.
- Constituciones de Provincia -requisitos que deben observar según la Constitución Nacional-.
- Constitución de la Provincia Buenos Aires.
- Antecedentes de ella a partir de la iniciación del régimen representativo en la Provincia.
- Declaraciones, derechos y garantías que ella enumera.

(7) Se desempeñó como magistrado; fue docente de esta Facultad y de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires; como político, participó de la revolución de 1893 y fue ministro del presidente Yriгойen; y fue un prolífico escritor.

(8) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Sección de Historia, Filosofía y Letras, Edición Dante Oliva.

- Régimen electoral -Poder legislativo, ejecutivo y judicial-.
- Régimen Municipal.
- Educación e instrucción pública.
- Reforma de la Constitución.
- Comparación del régimen electoral, formación de Ministerios, poder judicial y régimen municipal que ella establece con lo que estatuye la Constitución de Córdoba.

Profesor interino: Dr. Manuel F. Gnecco.

Programa de 1913 (9)

- I) Formación histórica de las Provincias Argentinas
- II) Las Provincias en el régimen federal
- III) Organización de los poderes públicos de las Provincias
- IV) Las Constituciones Provinciales
- V) El régimen electoral en las Provincias
- VI) Gobiernos provinciales: La Legislatura
- VII) Gobiernos provinciales: El Gobernador
- VIII) Gobiernos provinciales: La administración de justicia
- IX) Gobierno provinciales: El régimen municipal
- X) Poderes concurrentes de la Nación y de las Provincias: sistema impositivo, ferrocarriles interprovinciales, vialidad general, etc.

NOTA: El estudio del Derecho Público Provincial será hecho con sujeción a un método riguroso de investigación y comparando la organización de nuestras provincias, con las federaciones similares: Estados Unidos, Estados Brasileños, Australianos, Venezolanos, cantones suizos, provincias canadienses y sudafricana.

Profesor: Dr. Juan A. González Calderón.

Programa de 1915 (10)

Idem íntegramente al programa de 1913

Programa de 1917(11)

- I
- I.1 Antecedentes orgánicos del federalismo argentino (Epocas colonial y de la Independencia)
- I.2 Formación de las Provincias
- I.3 El Derecho Público Provincial anterior a la Constitución de 1853
- II
- II.1 El Poder Constituyente de las provincias - Limitaciones

(9) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Edición Talleres de J. Sese y Cía.

(10) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Edición Compañía Sud Americana de Billetes de Banco.

(11) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Edición Talleres Sese, Olivieri y Domínguez.

II.2 Organización, poderes y procedimientos de las convenciones

II.3 El sistema del referéndum en Estados Unidos. -La iniciativa popular.- Crítica

II.4 Las landsgemeíndes de Suiza

III

III.1 Organización del gobierno provincial. -Derecho comparado (Argentina, Estados Unidos, Australia y Canadá)

III.2 El referéndum, la iniciativa popular y el recall en Estados Unidos. - Observaciones críticas

IV

IV.1 Régimen del sufragio. Sistemas electorales vigentes.

IV.2 La ciudadanía nacional y el sufragio

V

V.1 El poder legislativo en las Provincias. -Antecedentes- Sistemas

V.2 Poderes y atribuciones de las legislaturas

V.3 Las legislaturas como colegios electorales de senadores al Congreso

VI

VI.1 El poder ejecutivo provincial. -Antecedentes- Sistemas. Derecho Comparado

VI.2 El Ministerio. -Sistema de la Provincia de Buenos Aires-. Observaciones críticas

VI.3 Atribuciones del Poder Ejecutivo. -Relaciones del mismo con las legislaturas-

VI.4 Los gobernadores como "agentes del gobierno federal" (art. 110 Const. Fed.)

VII

VII.1 Organización y funciones del poder judicial. Composición y atribuciones de los tribunales

VII.2 Papel de la Corte Suprema en la Provincia de Buenos Aires

VIII

VIII.1 El régimen municipal. -Concepto y funciones del mismo-

VIII.2 Sistemas modernos de organización: a) Government by comisión city manager plan. ¿Posibilidad de estos sistemas en el país?

Profesor: Dr. Juan A. González Calderón

VII. Bibliografía

Alberdi, Juan Bautista. "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Edición de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, 2002.

Alberdi, Juan Bautista. Elementos de Derecho Público Provincial. La Ley, Buenos Aires, 1854, reed. 2007.

Bas, Arturo. "El Derecho Federal Argentino: Nación y Provincias", t. 1, p. 94, Valerio Abeledo, 1927, Buenos Aires.

Bidart Campos, Germán. Manual de la Constitución reformada. Ediar, 1985, Buenos Aires.

González Calderón, Juan A. Introducción al Derecho Público Provincial. Ed. J. Lajoune y cía. La Plata. 1913.

Iturrez, Arturo Horacio. "Derecho público provincial", en Frías, Pedro J. Derecho Público Provincial. Depalma, Buenos Aires, 1985.

Linares Quintana, Segundo V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Plus Ultra. Buenos Aires. 1985.

Montbrun, Alberto. "Introducción al derecho público provincial", en Abalos, María Gabriela. Derecho público provincial y municipal. La Ley. Buenos Aires. 2003. ♦

ANEXO

LEIVA José A.

Desde 1905 hasta 1920.

LUNA Justo P.

CARDENAS Jacinto

MATIENZO Agustín Nicolás

CASTILLA Ramón S.

MENDE Julio A.

DEL VALLE IBARLUCIA Enrique

MENDEZ CALZADA Luis

GNECCO Manuel

MOLINARI Diego Luis

GONZALEZ CALDERON Juan A.

PEÑA David

GOTILLA Daniel

PEREYRA MIGUEZ Américo

MATIENZO José Nicolás

RAVIGNANI Emilio

MANTILLA Juan Ramón

RUIZ GUIÑAZU Enrique

PEÑA David

RUIZ MORENO Isidoro

RAVIGNANI Emilio

SANCHEZ VIAMONTE Carlos A.

RIVAROLA Enrique

SARMIENTO LASPIUR Eduardo

RUIZ MORENO Isidoro

VILLEGAS BASAVILVASO Benjamín

SAAVEDRA LAMAS Carlos

Desde 1931 hasta 1940

SANCHEZ SORONDO Miguel G

BIDAU Bonifacio

Desde 1921 hasta 1930

DIAZ DE VIVAR Oscar

BIANCO José

GARBARINI ISLAS Guillermo

BIDAU Bonifacio

GASCON Manuel

CARDENAS Jacinto

LEGON Faustino

CABRAL TESCO Jorge

LONGHI Luis

DEL VALLE IBARLUCIA Enrique

KORN VILLAFANE Adolfo

DIAZ CISNEROS César

PESSAGNO Armando

GAZCON Manuel

PINTO Manuel

GONZALEZ CALDERON Juan A.

RECA Graciano

GUIDO Mario M.

VILLEGAS BASAVILVASO Benjamín

KORN VILLAFANE Adolfo

Desde 1941 hasta 1950

LASCANO David

BIDAU Bonifacio

LEGON Faustino

ENNIS Huberto María

GIUFFA Eduardo F.

GONZALEZ CALDERON Juan A.
 KORN VILLAFANE Adolfo
 LINARES QUINTANA Segundo V.
 LEGON Faustino
 LINARES Juan Francisco Erasmo
 LINARES QUINTANA Segundo V.
 LONGHI Luis
 LUDER Italo
 MUÑOZ DRAKE Juan
 RAVIGNANI Emilio
 RODRIGUEZ Seislam
 ROSA José María (h)
 SAMPAY Arturo E.
 SANCHEZ VIAMONTE Carlos

Desde 1951 hasta 1960

BAUZA Salvador Eduardo
 DUMM Raúl E.
 ENNIS Humberto
 KORN VILLAFANE Adolfo
 LANFRANCO Héctor P.
 LINARES QUINTANA Segundo V.
 LUDER Italo Argentino
 MANTECON Adolfo
 MARTINEZ Alberto Samuel
 OYHANARTE Julio
 PEREZ AZNAR Ataulfo
 PESSAGNO ESPORA Marco A.
 RODRIGUEZ Seislam
 SAMPAY Arturo
 SEMINARIO José Martín

Desde 1961 hasta 1970

DUMM Raúl E.
 GARCIA Carlos Federico
 LAZZARINI José Luis
 LINARES QUINTANA Segundo V.
 PEREZ AZNAR Ataulfo
 GNECCO Jorge

Desde 1971 hasta 1980

ALVAREZ ECHAGUE Raúl A.
 BERNARD Tomás Diego
 BAUZA Salvador
 CASTELLANOS Angel Ignacio
 GNECCO Jorge
 LAZARINI José Luis
 LINARES QUINTANA Segundo V.
 MARTIARENA Carlos A.
 MILLAN Gustavo Manuel
 PEREZ AZNAR Ataulfo
 VITERBORI Juan Carlos

Desde 1981 hasta 1990

ANDREU Mónica
 BERNARD Tomás Diego
 DIFALCO Dardo
 GNECCO Jorge
 LUNA Hernán Daniel
 MILLAN Gustavo Manuel
 RECA Ricardo Pablo
 VITERBORI Juan Carlos
 ZUCCHERINO Ricardo Miguel

Desde 1991 hasta 1993 (fecha en que se creó la Cátedra 2 de la materia Derecho Público Provincial y Municipal) (12)

BERNARD Tomás Diego
 DIFALCO Dardo
 LUNA Hernán Daniel
 MILLAN Gustavo Manuel
 RECA Ricardo Pablo
 SZEINFELD Marcelo
 ZUCCHERINO Ricardo Miguel

(12) La resolución 350/93, crea a partir del 1/3/94 la Cátedra 2 de Derecho Público Provincial y Municipal y designa titular interino al Prof. Ricardo Miguel Zuccherino.

La autonomía municipal

POR **DARDO R. DIFALCO** (*)

Resumen

Ha sido largo el camino que se debió transitar en nuestro país para jerarquizar y modernizar al municipio, evolución que se dio en lo político, en lo institucional, en lo administrativo y en lo financiero, lo cual benefició en el tratamiento de las políticas públicas, las que en definitiva redundan en beneficio del vecino. De igual manera que las constituciones provinciales fueron reformadas desde 1986, para adaptarlas a las nuevas realidades de la democracia, el régimen municipal también fue objeto de importantes cambios en el constitucionalismo provincial que nace a partir del retorno a la legalidad institucional en la década del ochenta. Se logra el reconocimiento al municipio como entidad jurídica, política y como una comunidad natural con vida propia e intereses específicos, consagrándose, además, la independencia del gobierno municipal ante todo otro poder provincial. Al respecto, cabe destacar el caso de la Provincia de Buenos Aires que modifica su constitución con posterioridad a la reforma constitucional nacional -incorpora el artículo 123-, pero mantiene en cuanto al régimen municipal aquello que expresaba su texto de 1934. Sin duda se han conseguido importantes logros a nivel de crecimiento, modernización, jerarquización y reconocimiento de la autonomía municipal a nivel constitucional, pero sin lugar a dudas, está muy lejos de verse agotado el camino por recorrer en este tema.

Palabras clave: municipio- democracia – autonomía municipal.

MUNICIPAL AUTONOMY

Abstract

The way has been long in our country due to hierarchize and streamline the municipality, development which occurred in the political, institutional, administrative and financial aspects, which benefited in the treatment of public policy which ultimately redound to the benefit of the neighbour. Just as the provincial constitutions were reformed since 1986, to adapt them to new realities of democracy, the municipal system was also object of important changes in provincial constitutionalism that born from the return to the institutional legality in the eighties. Recognition is achieved to the municipality as a legal entity, political organization and a natural community with own life and specific interest, devoting itself, in addition, the independence of the municipal government first of all another provincial power. In this regard, it is possible to emphasize the case of the Province of Buenos Aires, that modifies its constitution after the national constitutional reform -introduce article 123- but remains as to the municipal system that expressed his text of 1934. No doubt it has been reached important achievements concerning growth, modernization, hierarchial and recognition of municipal autonomy in the constitution, but without doubt, is far from being finished the way to go in this subject.

Keywords: municipality- democracy- municipal autonomy

La autonomía Municipal, antecedentes históricos y normativos. Evolución y resultado actual

Manifiesto en esta oportunidad la enorme satisfacción que para mi representa el haber sido distinguido nuevamente con la invitación a participar de una nueva edición de la Revista ANALES perteneciente a esta querida Casa de Altos Estudios, es decir la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Ciudad de La Plata.

(*) Profesor Adjunto de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP.

Me enorgullece enormemente poder dirigirme a los distinguidos lectores debido a la confianza depositada en quien se dirige a ustedes para intentar exponer en el presente trabajo cual ha sido el camino que debió transitarse en nuestro país para la jerarquización y modernización de los municipios de nuestra república. Ello así, refiriéndome a la evolución que a nivel político, institucional, administrativo y financiero debió llevarse a cabo con el fin de alcanzar el equilibrio entre la democracia y la eficiencia.

Se consideró necesario y de suma utilidad lograr jerarquizar al municipio instituyéndolo como uno de los pilares de nuestra República al considerarse a la comuna como aquel lugar donde, luego de la familia, tiene lugar el más frecuente e indispensable intercambio de relaciones humanas.

Es en cada municipio donde el trato mutuo de los vecinos, su relación íntima y asidua y el conocimiento más profundo de los problemas de la comunidad, encauzado adecuadamente, llegaría – en la concepción de quienes pensaron nuestra República – a facilitar el cumplimiento de la perspectiva del urbanismo. La misma consiste en hacer posible los cuatro verbos: habitar, trabajar, cultivarse y circular sin desmedro de las tres materias prima del urbanismo: el sol, el verdor, y el espacio ordenado. De ese modo, reitero, democracia y eficiencia se verían alcanzadas.

En cuanto a las ideas que surgían como conducentes al logro de este proyecto, y al no ser el mismo un tema pacífico en la doctrina, su concreción fue considerada como condicionada por una necesaria reforma constitucional tanto a nivel nacional como en las provincias de nuestro país.

Con anterioridad a la reforma constitucional producida en el año 1994, los constitucionalistas argentinos se planteaban como problema a dilucidar si las municipalidades eran **autárquicas** o **autónomas**.

La *autarquía* otorga a un ente u organismo determinado la capacidad para administrarse a sí mismo, de acuerdo a una norma que le es impuesta.

Los aspectos que caracterizan a un ente autárquico son:

- tienen personalidad jurídica propia.
- cuentan con una asignación legal de recursos.
- su patrimonio es estatal.
- tienen capacidad de administrarse a sí mismos.
- están sometidos al control estatal.
- son creados por el Estado.

Es decir que un municipio autárquico sería una mera creación legal del Estado, que sólo ejerce las atribuciones concedidas por éste.

La *Autonomía* es no sólo la capacidad de administrarse por sí mismo, sino también la de dictarse sus propias normas por las que ha de regirse, como también la de gobernarse por autoridades elegidas.

A partir de 1957, las provincias argentinas comenzaron a reconocer en sus Constituciones expresamente a los municipios su autonomía e incluso su facultad constituyente para darse sus propias cartas orgánicas.

La sentencia del 21 de marzo de 1989 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Caso Rivadamar) sostuvo la autonomía municipal, fundando tal criterio en ocho razones:

1. El origen constitucional de los municipios.

2. La existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en entidades autárquicas.

3. La imposibilidad de la supresión de los municipios.

4. El carácter de la legislación local de las ordenanzas municipales, frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de entidades autárquicas.

5. El carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios establecido por el art. 33 del Código Civil, frente al carácter contingente de las entidades autárquicas.

6. El alcance de las resoluciones municipales que comprende a todos los habitantes de su circunscripción.

7. La posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios.

8. La elección popular de sus autoridades.

Este fallo y los reconocimientos de las constituciones provinciales fueron recogidos en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 que consagró la autonomía de los municipios argentinos.

La reforma de la Constitución Nacional Argentina ocurrida en 1994 consagró en su artículo 123 la autonomía de los municipios, los cuales fueron habilitados a establecer sus propias formas de gobierno por medio de la redacción de Cartas Orgánicas Municipales y de acuerdo a los alcances determinados por cada provincia.

Dispone el referido artículo: *“Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.”*

En cumplimiento de ese mandato, en el mes de abril de 2008, 20 provincias habían reconocido en sus constituciones la autonomía municipal, restando las provincias de Mendoza y Santa Fe que no han reformado sus constituciones después de 1994 y la de Buenos Aires que sí lo ha hecho pero ignoró el mandato de la Constitución Nacional.

Los aspectos de la autonomía municipal enumerados en nuestra Constitución Nacional, significan:

-Institucional: se refiere a la posibilidad de dictar su propia Carta Orgánica obteniendo “plena autonomía” o si no puede hacerlo es una “autonomía semiplena”, siendo este último el caso de la provincia de La Pampa. Se dan también casos donde las cartas orgánicas deben ser aprobadas por las Legislaturas provinciales, Chubut requiere que la primera carta orgánica de un municipio sea aprobada por la legislatura provincial, mientras que Neuquén y Salta también todas sus reformas.

-Político: se refiere a la capacidad de elección de sus propias autoridades locales.

-Administrativo: se refiere a la capacidad de gestionar servicios públicos, obras públicas, poder de policía, etc.

-Económico: se refiere a la capacidad de gerenciar el gasto público municipal.

-Financiero: se refiere a la posibilidad de establecer impuestos.

Para proceder al análisis del sistema actual de Derecho Provincial y Municipal Argentino, es necesario hacer una referencia cronológica de las distintas reformas que fueron llevándose a cabo a lo largo de nuestra historia en los textos constitucionales tanto de la nación como de las provincias.

En el constitucionalismo público provincial hasta el año 1986 se observa, en general, una misma línea en torno al ejercicio del poder constituyente de segundo grado, puesto que éste se encadena en buena medida al Poder Constituyente Nacional. Así, las provincias argentinas dictan sus primeras constituciones luego de 1853, a la luz de las exigencias contenidas principalmente en el artículo 5 de la Constitución Nacional. Luego, las principales reformas constitucionales a nivel nacional traen aparejada la misma iniciativa en las provincias.

Fundamentalmente, esto se debe a que nuestra Constitución Nacional delega a las provincias expresamente la facultad de proveer a la concreción de la autonomía municipal. Dicha delegación, traduce la voluntad de propender a la “unidad en la diversidad”, propia del federalismo.

Desde 1986, trece provincias argentinas reforman sus constituciones sin que ello les hubiere sido impuesto por modificaciones constitucionales en el orden nacional. En efecto las provincias de Jujuy, a Rioja, Salta, San Juan y Santiago del Estero, reforman sus textos constitucionales en el año 1986, mientras que Córdoba y San Luis lo hacen en el año 1987, Catamarca y Río Negro en 1988, Tucumán en 1990, Formosa en 1991 y Corrientes en 1993. Además, Tierra del Fuego se da su primera Constitución en 1991.

Luego de la reforma de 1994, cuatro provincias reforman sus constituciones en ese mismo año como La Pampa, Chubut, Chaco y Santa Cruz. Años después actualizan sus textos a la luz del modelo nacional Santiago del Estero en 1997, Salta y Santa Cruz en 1998, La Rioja en el 2000 y en el año 2002, Córdoba en el 2001, Formosa en el 2003, Santiago del Estero a fines del año 2005, Tucumán en el año 2006 y Entre Ríos en el año 2008.

El primer ciclo de reformas mencionado, propio de los años ochenta y de principios de los noventa se caracteriza principalmente por enmarcarse en el contexto de la transición democrática, buscando adaptar las constituciones a las nuevas realidades de la democracia de partidos y a las tendencias más modernas de reconocimiento de nuevos derechos y garantías propios del constitucionalismo postindustrial.

Años después, el ciclo reformista que desencadenó en la reforma nacional de 1994, se centró sobre todo en la recepción de las innovaciones nacionales. Luego, a los 20 años del comienzo de la transición democrática, aparece el tercer ciclo de reformas, centrado mas bien en ,la recepción de los principios económicos que se imponen en el resto del mundo, de las nuevas estructuras estatales nacidas de las autonomías locales, de los avances de la descentralización, de las exigencias de los procesos de integración nacional y, sobre todo, de las demandas de participación y protagonismo de la sociedad civil, encauzadas en los nuevos mecanismos de democracia semidirecta como la iniciativa popular, la consulta popular, la revocatoria de mandatos, etc.

El régimen municipal también ha sido objeto de importantes cambios en el constitucionalismo provincial que nace a partir del retorno a la legalidad institucional en la década del ochenta.

A sí, las constituciones de Salta, Santiago del Estero, San Juan, Jujuy, La Rioja, San Luis, Córdoba, Catamarca, Río Negro, Formosa, Tierra del Fuego, Corrientes, en general, reconocen al municipio como entidad jurídico-política y como una comunidad natural con vida propia e intereses específicos, consagrándose además la independencia del gobierno municipal ante todo otro poder provincial.

Este momento del constitucionalismo provincial se caracteriza por inclinarse, con matices, a consagrar la autónoma municipal, plena o semiplena. Sin perjuicio de ello, se marcan diferencias entre “municipios” de primera o segunda categoría y “comunidades” – los de tercera categoría-, otorgándoles en general, autonomía a estas últimas.

Con la reforma constitucional de 1994 que incorpora la autonomía municipal en el nuevo artículo 123, varias provincias reformaron sus constituciones como La Pampa, Chubut, Chaco y Santa Cruz. Sin embargo, la recepción de los principios entorno al régimen municipal, incorporados a nivel nacional, no ha sido unificada en esas cartas. La mayoría reconoce autonomía política, administrativa, económica y financiera a los municipios (Santa Cruz, Chubut, La Pampa y Chaco) distinguiendo algunas entre los de primera, segunda y tercera categoría correspondiéndole a los de primera categoría el dictado de su propia carta orgánica (Chaco). La constitución de Tucumán (2006) también se incorpora al grupo de las que reconocen la autonomía plena a sus municipios.

Cabe destacar el caso de Buenos Aires, si bien modifica su texto con posterioridad a la reforma constitucional nacional, mantiene en cuanto al régimen municipal aquello que expresaba su constitución de 1934.

Los principales lineamientos receptados mayoritariamente en el constitucionalismo provincial entorno a la autonomía municipal son, entre otros.

a) En lo referido a la autonomía institucional, analizando las veintitrés cartas provinciales, es posible clasificarlas teniendo en cuenta el momento en que han sido sancionadas, y los distintos alcances y significaciones atribuidas al término autonomía en:

-*Autonomía municipal semiplena*: se trata de constituciones que no reconocen la autonomía local en el orden institucional, es decir, los municipios no poseen la capacidad de dictarse su propia carta orgánica, sin perjuicio de ostentar autonomía en los demás ámbitos, aunque con matices. En este grupo encontramos las constituciones de Mendoza y Santa Fe, las cuales confieren al Poder Legislativo Provincial la facultad de dictar la ley orgánica que regirá a los municipios.

-*Autonomía municipal condicionada, limitada o restringida*: en estos casos se reconoce la autonomía municipal pero se exige que la carta orgánica municipal sea aprobada por el Poder Legislativo Provincial. En este grupo encontramos a las constituciones de Neuquén, Chubut y Salta.

-*Autonomía Municipal Plena*: se reconoce la autonomía en todos los ámbitos enumerados en el artículo 123 de nuestra Constitución Nacional. En este grupo podemos incluir las constituciones de Misiones, Santiago del Estero, San Juan, La Rioja, Jujuy, San Luis, Córdoba, Catamarca, Río Negro, Formosa, Tierra del Fuego, Corrientes, La Pampa, Chaco, Santa Cruz y Tucumán, las cuales reconocen a algunos municipios, en general denominados como de “primera categoría” la facultad de dictar su propia carta orgánica sin perjuicio de reglamentar también la autonomía en los demás ordenes (político, administrativo, económico y financiero).

En torno al tratamiento de la autonomía institucional es posible distinguir constituciones que precisan los requisitos o condiciones básicas a las cuales deberá ajustarse la carta orgánica que se sancione: como por ejemplo el sistema republicano, representativo, democrático, participativo, la forma de elección de las autoridades, la existencia de órganos de control, mecanismos de participación democrática semidirecta, etc. Otras, en cambio, expresan que las cartas orgánicas deben ajustarse a lo dispuesto en el texto constitucional provincial.

b) En cuanto al territorio y población: vemos que la provincia de Mendoza mantiene la figura del municipio-departamento o municipio-partido, mientras que la mayor parte de las demás constituciones provinciales se inclinan por el modelo del municipio-ciudad, distinguiendo, a su vez, en categorías de municipios, en lo que se refiere a la determinación del número de habitantes que fija cada una (mas adelante analizaremos cuales son los requisitos de cada una de estas constituciones provinciales).

En estrecha vinculación, la población municipal sirve para poder categorizar a los municipios, reconociéndoles mayores grados de autonomía a los centros mas poblados, distinguiendo así, como ya se dijo, entre los de primera, segunda tercera categoría.. Así, por ejemplo, poseen plena autonomía en todos sus ámbitos, según la Constitución de San Juan las ciudades que tienen más de treinta mil habitantes.

En cambio, se observa la ausencia del aspecto institucional en los municipios denominados de segunda y tercera categoría que son, por ejemplo en la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero las ciudades que cuentan con menos de veinte mil habitantes y mas de nueve mil y las que cuentan con menos que esta última cifra , respectivamente. La Constitución de Córdoba efectúa esta distinción pero utilizando otra terminología como ser las denominaciones de “municipios” o “comunas” de acuerdo al nivel poblacional de cada uno/a. En igual sentido en la Constitución de Formosa aparecen reflejados términos tales como “municipalidades” y Comisiones de Fomento”.

Situación diferente se observa en la Carta Magna de Corrientes, en la que se deja en manos del Poder Legislativo Provincial la determinación de las categorías y la delimitación territorial de las municipalidades, comisiones de fomento, y comunas rurales, según el caso. Por el contrario, en la Constitución de La Rioja no se establecen ningún tipo de categorías, es decir, que todos los municipios

tienen allí autonomía sin distinción, aunque se organizan en base a la cantidad de habitantes de cada centro poblado.

c) Organización de poder: es el principal contenido de la denominada autonomía política del municipio, es decir, la facultad de elegir sus autoridades y de regirse por ellas.

-*Autonomías municipales*: la mayoría de las constituciones provinciales contemplan como estructura del gobierno municipal, un órgano ejecutivo y un órgano deliberativo. Algunas no distinguen en categorías y tienen en cuenta esta división de poderes en todos sus municipios como es el caso de Mendoza, Santa Fe, San Juan, Río Negro, La Pampa, etc. Otras constituciones, en cambio, tienen prevista esta forma de gobierno para los municipios de “primera categoría” (Entre Ríos), para los de segunda inclusive (Neuquén), mientras que Santiago utiliza esta estructura para las tres categorías de municipio

-*Formas de elección y duración en los mandatos, reelección*: en todas las provincias la elección de las autoridades es directa, utilizando la simple pluralidad de sufragios para el órgano ejecutivo y el sistema proporcional para el órgano o cuerpo deliberativo (Mendoza, Misiones, Sn Juan, Córdoba, Formosa, San Luis, La Pampa, Salta, Entre Ríos, Santa Cruz, Jujuy, Río Negro, etc.)

En lo que hace a la duración de los mandatos y la posibilidad de reelección, en general se observa que el período de duración, tanto en el ejecutivo como en el deliberativo, es de cuatro años, en algunos casos con reelección indefinida como en Mendoza, Buenos Aires, Jujuy, Río Negro, Santa Cruz, etc.

La Constitución de Salta, por su parte, fija en cuatro años el mandato de los intendentes y en dos años el de los concejales, ambos reelegibles sin límites. En el caso de la Constitución de La Pampa, se deja librado a la ley la fijación de la duración de los mandatos.

d) Competencias Municipales: en el constitucionalismo provincial argentino, en general, aparece la enunciación expresa de carácter meramente enumerativo de las competencias locales. La novedad aparece en la Constitución de la Provincia de San Luis, donde sí se delimitan específicamente las atribuciones de cada uno de los órganos del gobierno municipal, ejecutivo y deliberativo.

Se observa que las constituciones más antiguas del país contienen una escueta mención a las atribuciones comunes como lo son las político-jurídicas, las económico-financiera, las administrativas careciendo de referencias, por ejemplo, a la justicia de faltas, protección del medio ambiente, tal es el caso de Mendoza, Entre Ríos, Misiones, Santa fe, etc.

En las constituciones sancionadas luego de 1986 y de 1994 se amplían considerablemente las referencias a los nuevos derechos o derechos de tercera generación respecto de los cuales el municipio también debe reglamentar (medio ambiente, deporte, turismo, recreación, derechos del consumidor y de usuarios, etc.), como es el caso de Chubut, Santiago del Estero, Chaco, etc. Además, en algunas de estas “nuevas” constituciones se agrega la competencia constituyente.

e) Recursos económico-financieros: sin los cuales la autonomía municipal no es posible de concretarse.

Analizando el constitucionalismo provincial, observamos que en materia de impuestos, en general, se reconoce a los municipios la facultad de crear impuestos, en algunos casos sin especificar cuales (San Juan, San Luis, Catamarca, Jujuy, Tierra del Fuego, etc.). Otras constituciones, en cambio, avanzan y reconocen como impuesto municipal al inmobiliario (Salta, Neuquén, Misiones, Santa Cruz, Formosa, Chaco, etc.). La constitución de Salta le otorga además al municipio al impuesto automotor.

Le reconocen al municipio la capacidad sólo de percibir tazas o contribuciones la Constitución de Mendoza, Río Negro, Corrientes, La Pampa, San Juan, San Luis, etc.

f) Justicia de Faltas Municipal: la materia contravencional comunal es uno de los componentes típicos y propios del municipio. En algunas de las constituciones la recepción la Justicia de Faltas Mu-

nicipal ha sido tímida y sin mayores detalles (Córdoba, San Juan, La Rioja, Neuquén) que autorizan a los municipios a reglamentar el régimen de faltas – Córdoba - o bien, asegurar la Justicia Federal de Faltas Municipales (Neuquén y San Juan).

g) Órganos de Control:

- En la mayor parte de las constituciones provinciales sancionadas luego de 1986 y de 1994 está prevista la creación del Tribunal de Cuentas Municipal (Córdoba, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Río Negro, etc.). En algunas, su creación es una exigencia (San Juan, Santa Cruz, Río Negro, Córdoba).

- También encontramos la figura del Defensor del Pueblo: en el ámbito local, lo encontramos previsto aunque sin indicarse expresamente sus funciones, principalmente en las cartas orgánicas, como ocurre por ejemplo en la Carta Orgánica de la Ciudad de La Banda – Santiago del Estero.

- El Auditor Municipal está previsto también en la Carta Orgánica de la Ciudad de San Juan- Pcia. De San Juan.

Destacamos también al Fiscal Municipal (La Rioja), como exigencia impuesta en la carta orgánica y también en las de las ciudades de San Juan y de Santiago del Estero.

h) Participación Popular: podemos mencionar distintas formas de participación tales como: la elección popular de sus autoridades, formas de participación semidirecta, los consejos o juntas vecinales, la administración pública, la participación sectorial a través de las familias, los gremios, etc.

- En lo que respecta a la elección de autoridades, se reitera lo antes expuesto sobre el gobierno municipal pero con la nota distintiva de la facultad reconocida en las constituciones provinciales a los extranjeros de acceder al sufragio y participar en la toma de decisiones en el ámbito local, sujeto ello generalmente a distintas variables como la inscripción en el registro respectivo, la residencia en el municipio, la calidad de contribuyente, etc., (Misiones, Mendoza, San Juan, La Rioja, Catamarca, Jujuy, Córdoba, Río Negro, Formosa, Tierra del Fuego, Corrientes, La Pampa, Chaco, Santa Cruz, Santiago del Estero, etc.).

- La iniciativa y consulta popular: a nivel municipal ya existían reconocidas antes de la reforma constitucional de 1994. En algunas cartas orgánicas aparecen para el supuesto de fusión de dos o más municipios (Córdoba) o para los casos de modificación de los límites de un municipio como asimismo, en los supuestos se anexiones o segregaciones (Río Negro).

Las constituciones de Río Negro, Córdoba, Catamarca, Santiago del Estero, Santa Cruz, imponen que en las Cartas Orgánicas asegurar los derechos de consulta, iniciativa, referéndum y plebiscito.

- En cuanto a la presencia de uniones vecinales, las constituciones de Neuquén, Salta, San Juan, Santiago del Estero, Jujuy, Córdoba, San Luis, etc., las contemplan, admitiéndose además, en el caso de la Pcia. de San Luis que estas organizaciones presenten proyectos de ordenanzas ante el Consejo Deliberativo.

Novedosa cláusula posee la constitución de Tierra del Fuego que consagra como competencia municipal reconocida expresamente por la provincia, la de promover en la comunidad la participación activa de la familia, juntas vecinales y demás organizaciones intermedias pero sin especificar formas y procedimientos.

El resultado, en la actualidad de este proceso de jerarquización, modernización y creación de municipios con autonomía, en sus diversos grados, de acuerdo con los diferentes requisitos que la mayoría de las provincias opta por establecer para permitir el dictado de cartas orgánicas, es el siguiente:

Para marzo de 2008 131 municipios han dictado su carta orgánica.

Provincia de Catamarca

Requiere un mínimo de 10.000 habitantes para dictar una carta orgánica.

- Municipios con carta orgánica: (8)

Andalgalá, Belén, Fray Mamerto Esquiú, Recreo, San Fernando del Valle de Catamarca, Santa María, Tinogasta y Valle Viejo.

Provincia del Chaco:

Requiere un mínimo de 20.000 habitantes para dictar una carta orgánica (municipio de primera categoría).

- Municipios con carta orgánica: (1)

Resistencia.

Provincia del Chubut

Requiere un mínimo de 1.000 electores para dictar una carta orgánica.

Municipios con carta orgánica: (5)

Comodoro Rivadavia, Esquel <http://es.wikipedia.org/wiki/Esquel>, Puerto Madryn, Rawson y Trelew.

Provincia de Córdoba

Requiere un mínimo de 10.000 habitantes y la declaración de “ciudad” por parte de la Legislatura provincial para dictar una carta orgánica.

- Municipios con carta orgánica: (22)

Almafuerte, Alta Gracia, Arroyito, Bell Ville, Córdoba, Coronel Moldes, Corral de Bustos, General Cabrera, Hernando, Laboulaye, La Falda, Las Varillas, Marcos Juárez, Morteros, Río Ceballos, Río Cuarto, Río Tercero, Villa Allende, Villa Carlos Paz, Villa Dolores, Villa María y Villa Nueva.[1]

Provincia de Corrientes

Todos los municipios deben dictar una carta orgánica.

- Municipios con carta orgánica: (16)

Alvear, Bella Vista, Corrientes, Curuzú Cuatiá, Esquina, Gobernador Agrónomo Valentín Virasoro, Goya, Ituzaingó, La Cruz, Mercedes, Monte Caseros, Paso de los Libres, Saladas, San Luis del Palmar, Santo Tomé y Villa Olivari.

A fines de marzo de 2008 se encontraban reunidas las convenciones municipales de: Santa Lucía, San Antonio de Apipé, Sauce, Pedro R. Fernández, Lomas de Vallejos y Colonia Libertad.

Provincia de Formosa

Requiere un mínimo de 1.000 habitantes y que el Concejo Deliberante haya aprobado un plan regular para dictar una carta orgánica.

Municipios con carta orgánica: (ninguno)

Provincia de Jujuy

Requiere un mínimo de 20.000 habitantes para dictar una carta orgánica.

- Municipios con carta orgánica: (5)

Libertador General San Martín, Palpalá, Perico, San Pedro de Jujuy y San Salvador de Jujuy.

Provincia de La Rioja

Establece que todos sus municipios deben tener carta orgánica. La última reforma de la Constitución provincial anuló todas las existentes contradiciendo de este modo la autonomía de sus municipios.

- Municipios con carta orgánica: (ninguno)

Provincia de Misiones

Requiere un mínimo de 10.000 habitantes para dictar una carta orgánica (municipio de primera categoría).

- Municipios con carta orgánica: (6)

El dorado, El Soberbio, Leandro N. Alem, Montecarlo, Posadas y Puerto Iguazú.[3]

Provincia del Neuquén

Requiere un mínimo de 5.000 habitantes para dictar una carta orgánica (municipio de primera categoría).

- Municipios con carta orgánica: (11)

Centenario, Chos Malal, Cutral Có, Junín de los Andes, Neuquén, Plaza Huincul, Plottier, Rincón de los Sauces, San Patricio del Chañar, San Martín de los Andes y Zapala.

Provincia de Río Negro

Requiere un mínimo de 2.000 habitantes para crear un municipio, todos los cuales pueden dictar una carta orgánica.

- Municipios con carta orgánica: (28)

Allen, Catriel, Campo Grande, Cervantes, Chichinales, Chimpay, Choele Choel, Cinco Saltos, Cipolletti, Comallo, Contralmirante Cordero, El Bolsón, General Conesa, General Fernández Oro, General Roca, Ingeniero Luis A. Huergo, Ingeniero Jacobacci, Lamarque, Luis Beltrán, Mainqué, Maquinchao, Río Colorado, San Antonio Oeste, San Carlos de Bariloche, Sierra Grande, Valcheta, Viedma y Villa Regina.

Provincia de Salta

Requiere un mínimo de 10.000 habitantes para dictar una carta orgánica.

- Municipios con carta orgánica: (14)

Cerrillos, Colonia Santa Rosa, Embarcación, General Enrique Mosconi, General Güemes, Hipólito Irigoyen, Joaquín V. González, Pichanal, Rosario de la Frontera, Rosario de Lerma, Salta, San José de Metán, San Ramón de la Nueva Orán y Tartagal.

Provincia de San Juan

Requiere un mínimo de 30.000 habitantes para dictar una carta orgánica (municipio de primera categoría).

- Municipios con carta orgánica: (6)

Caucete, Chimbass, Pocito, Rawson, Capital y Santa Lucía.

Provincia de San Luis

Requiere un mínimo de 25.000 habitantes para dictar una carta orgánica.

- Municipios con carta orgánica: (2)

San Luis y Villa Mercedes.

Provincia de Santa Cruz

Requiere un mínimo de 1.000 habitantes para crear un municipio, todos los cuales pueden dictar una carta orgánica.

Municipios con carta orgánica: (ninguno)

Provincia de Santiago del Estero

Requiere un mínimo de 20.000 habitantes para dictar una carta orgánica (municipio de primera categoría)

- Municipios con carta orgánica: (5)

Añatuya, Frías, La Banda, Santiago del Estero y Termas de Río Hondo.

Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur

Requiere un mínimo de 10.000 habitantes estables para dictar una carta orgánica.

- Municipios con carta orgánica: (2)

Río Grande y Ushuaia.

Provincia de Tucumán

Requiere un mínimo de 5.000 habitantes estables en no más de 250 hectáreas y mínimo de 300 propiedades privadas para crear un municipio, todos los cuales pueden dictar una carta orgánica (reforma constitucional de 2006).

- Municipios con carta orgánica: (ninguno)

Son estos los logros que, a nivel de crecimiento, modernización, jerarquización y reconocimiento de la autonomía municipal a nivel constitucional han surgido hasta la fecha.

Vemos así cómo la reforma constitucional de 1994, habilitó la concreción de la existencia de 131 municipios con poder constituyente de tercer grado lo cual, si bien es un logro de una magnitud considerable, es solo el comienzo de un proceso que, sin lugar a dudas, está muy lejos de verse agotado.

Concluyo, reiterando, que la clave fundamental que ha favorecido el desarrollo de la idea del municipio autónomo en nuestra República, es la delegación efectuada a favor de las Provincias a fin de que éstas faciliten el proceso de concreción de tal autonomía. Tal delegación conforma la unidad que el federalismo traduce y necesita.

BIBLIOGRAFÍA

ARGENTINA. *Constitución Nacional*. Honorable Senado del la Provincia de Buenos Aires. Dirección de Información Legislativa y Biblioteca: La Plata, 1994

BERNARD, Tomás Diego. *Régimen Municipal Argentino: Origen institucional y su evolución hasta la época actual*. Depalma: Buenos Aires, 1976

BIELSA, Rafael. *Principios del Régimen Municipal*. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1962

DANA MONTAÑO, Salvador *La Autonomía Municipal*. Universidad Notarial Argentina. Instituto de Derecho Municipal y Urbanismo: La Plata, 1982

GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan. *Introducción al Derecho Público Provincial*. J. Lajouane: Buenos Aires, 1913

MASSOLO, Héctor. *El municipio Argentino: Naturaleza jurídica*. Universidad Notarial Argentina. Instituto de Derecho Municipal y Urbanismo: La Plata, 1983

KORN VILLAFANE, Adolfo. *Derecho Público Político*. Talleres Gráficos Olivieri y Domínguez: La Plata, 1932-1933. ♦

Los principios del derecho del trabajo

POR JUAN IGNACIO ORSINI (*)

Sumario: I. Conceptualización de los principios jurídicos. II. La revalorización de los principios en las corrientes jusfilosóficas contemporáneas. III. Caracterización, importancia y funciones de los principios del Derecho del Trabajo. IV. Individualización y breve descripción de los principios del Derecho del Trabajo. V. Bibliografía.

Resumen:

El presente artículo tiene como objetivo formular algunas aproximaciones teóricas sobre los principios del Derecho de Trabajo.

Con esa finalidad, intenta conceptualizar los principios jurídicos, para luego analizar la relevancia y las funciones que les han sido asignadas a estas particulares fuentes del derecho en diferentes etapas históricas, escuelas jusfilosóficas y ramas jurídicas.

Tras indagar el papel residual asignado a los principios en las corrientes jusfilosóficas clásicas, la idea central del trabajo consiste en detenerse en el redimensionamiento del que han sido objeto por destacadas teorías jurídicas contemporáneas y, fundamentalmente, en el rol determinante que asumieron en el proceso de construcción del Derecho del Trabajo como rama jurídica autónoma.

Finalmente, sin dejar de precisar las distintas funciones que los principios están llamados a cumplir, con especial referencia a la función normativa directa, se efectúa una individualización y muy somera descripción de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, con el objeto de resaltar la imprescindible tarea que cada uno de ellos asume para asegurar los fines protectorios que caracterizan a esta disciplina.

Palabras clave: Principios - Derecho - Trabajo

“The principles of the labor law”

Abstract:

This article aims to make some theoretical approaches on the principles of the Labor Law.

To that end, attempts to conceptualize the legal principles and then discuss the relevance and their functions have been assigned to these particular sources of law in different historical stages, schools jus-philosophical and legal branches.

After investigating the residual role assigned to the principles of jus-philosophical currents classic, the central idea is to stop work on the resizing of which were the subject of eminent contemporary legal theories, notably in the crucial role they assumed in the process of construction of the Labor Law as an independent legal branch.

Finally, while specifying the different roles that the principles are called to fulfill, with particular reference to direct policy role, it makes a very brief identification and description of the fundamental principles of labor law, in order to highlight the essential task that assumes each end to secure Protectoral that characterize the discipline.

Keywords: Principles - Law - Labor

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Social y Secretario del Instituto de Derecho Social; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

I. Conceptualización de los principios jurídicos

Probablemente, una buena forma de aproximarnos a la noción de “principio” consista en recurrir a las definiciones que nos brinda el Diccionario de la Real Academia Española.

De las nueve acepciones que contiene la palabra “principio”, hay por lo menos dos que pueden resultarnos útiles para la empresa que emprendemos. Así, se define principio como “*base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia*”, pero también como “*cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes*” (1).

Ese acercamiento inicial nos permite arribar a una primera conclusión: evidentemente los principios tienen una relevancia mayúscula, habida cuenta que -en tanto “razones fundamentales” o “verdades fundamentales”- *fundamentan* (2) -valga la redundancia- algo (por ejemplo, “cualquier materia” o “las ciencias o las artes”).

Trasladando esas nociones al ámbito de lo jurídico, podríamos señalar que los principios son las bases, proposiciones, razones o verdades que fundamentan el Derecho y a partir de los cuales esta ciencia debe comenzar a ser estudiada. Paralelamente, los principios del Derecho del Trabajo serían las *razones o verdades fundamentales* por donde debe comenzar a estudiarse nuestra disciplina, es decir las *ideas fundantes* sobre la que ésta se estructura.

En la doctrina científica y judicial se han propuesto innumerables fórmulas para definir a los principios jurídicos. Sin embargo, pese a la repetida alusión que se hace a ese concepto, no existe una definición clara ni unánimemente aceptada sobre su significado (Plá Rodríguez, 1990: 8).

En la jurisprudencia, una vieja sentencia de la Cámara Civil fechada el 10/8/1931, que es habitualmente citada por los autores que se han ocupado de estudiar los principios, definió a éstos como “*los ideales determinados por la conciencia colectiva*” (Cornaglia, 2001: 4). En la doctrina brasileña, se los ha definido como “*proposiciones generales inferidas de la cultura y el ordenamiento jurídico que conforman la creación, revelación, interpretación y aplicación del Derecho*” (Godinho Delgado, 2004: 14). Más recientemente, se ha señalado en la doctrina argentina que los principios constituyen *directrices políticas*, que suponen una *preferencia axiológica* y proponen un objetivo (mejoramiento de un rasgo económico, social o político) que debe ser alcanzado, otorgando, con pretensión de universalidad o permanencia, identidad a una disciplina (Ackerman, 2005: 314).

Independientemente de la mayor o menor precisión de la infinidad de definiciones que se proponen, lo relevante es que de todas ellas se desprende no sólo la notoria relevancia que cabe asignar a los principios, sino también, y muy especialmente, su carácter político y axiológico, de modo tal que, aunque indudablemente tienen un valor normativo, los principios desbordan lo jurídico para cuestionar abiertamente la separación tajante entre el Derecho y la Moral que postula el positivismo jurídico excluyente.

Al respecto, bien ha podido señalarse que los principios cobran validez a partir de una axiología metajurídica (Cornaglia, 2001: 3), lo que viene a significar que, sin perjuicio de que puedan llegar a ser positivizados en un regla escrita, los principios fundamentan el derecho no sólo desde adentro, sino también desde afuera del ordenamiento jurídico positivo. En la misma línea, sostiene Capón Filas que los principios generales son *criterios de valor*, que surgen de la dignidad humana, y que, si bien pueden estar descriptos en la norma escrita, están *antes y fuera* de ellas, “así como el plano de

(1) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22ª edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001.

(2) De hecho, la relación entre “principio” y “fundamento” es bidireccional, habida cuenta que, si la definición de principio nos conduce a la idea de lo fundamental, la de fundamento nos dirige, a su vez, a la de principio. Así, la misma edición del Diccionario, define “fundamento” como “Razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo” y como “Raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza algo no material”.

un edificio no se encuentra en sus paredes o en sus cimientos” (Capón Filas, 2010: 280). Es por ello que -como lo afirma Ramos Pascua- los principios jurídicos, aunque puedan haber quedado plasmados en las normas e instituciones jurídico-positivas, tienen su raíz en el ámbito de las valoraciones ético-políticas, es decir, en el ambiente moral de cada sociedad, razón por la cual, cuando el operador jurídico hace uso de ellos, el Derecho se auto-integra y se hétero-integra al mismo tiempo: se auto-integra, porque aplica elementos implícitos en el derecho positivo y se hétero-integra porque la correcta aplicación de esos elementos no sería posible sin indagar en su auténtico sentido, lo que exige reconstruir el conjunto del que forman parte, es decir, el conjunto de valoraciones ético-políticas imperantes en la sociedad de que se trate (Ramos Pascua, 1992: 269). Por tal razón, para identificar a los principios, siempre deben tenerse en cuenta las valoraciones vigentes en el mundo contemporáneo (Díaz Cosuelo, 1971: 122).

En similar sentido, se ha señalado que, en el marco valorativo y finalista que caracteriza al Derecho como producción cultural humana, los principios son los elementos que más se destacan en la incorporación de los valores y los fines de la convivencia social, de modo que tienen una *dimensión valorativa acentuada*, toda vez que en ellos se concentran tanto los valores de mayor permanencia en la historia social, como aquéllos que alcanzan mayor consistencia y legitimidad cultural en un momento histórico determinado (Godinho Delgado, 2004: 13).

Así, los principios actúan como proposiciones ideales que se gestan en la conciencia social a partir de una realidad determinada y que, una vez consolidadas, se dirigen a la comprensión, reproducción o recreación de esa realidad. Son pues, directrices generales inducidas y, al mismo tiempo inductoras del Derecho, toda vez que, si inicialmente pueden inferirse de un sistema jurídico, una vez inferidas, pasan a informar el derecho positivo (Godinho Delgado, 2004: 14), que ya no puede desconocerlos sin apartarse de los valores sociales que aquéllos representan.

II. La revalorización de los principios en las corrientes jusfilosóficas contemporáneas

Como es sabido, la mayoría de los Códigos Civiles decimonónicos inspirados en el Código Napoleón incorporaron, entre las fuentes del derecho, a los denominados “principios generales del derecho” (3).

Ahora bien, una mirada un poco más detenida nos permite advertir que, en realidad, los procesos de codificación incluyeron esos principios generales como fuente normativa supletoria, toda vez que el intérprete recién podía recurrir a ellos ante la imposibilidad de solucionar la “cuestión civil” por la vía legal (4). Los principios aparecían, pues, como un instrumento residual para llenar las “lagunas” del ordenamiento jurídico ante la imperiosa necesidad de solucionar un conflicto cuando se había verificado la imposibilidad de resolverlo por vía de la interpretación exegética o analógica (5).

(3) El art. 16 del Código Civil de la República Argentina -inspirado en el Código Civil de Austria- prescribe “si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. Muy similar redacción tiene el art. 16 del Código Civil del Uruguay, cuya Constitución también remite a los principios generales del derecho en el art. 332. El Código Civil de España, establece en su art. 1.1. que las fuentes del ordenamiento jurídico español son “la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”, añadiendo el art. 1.4. que esos principios “se aplicarán en defecto de ley o de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

(4) De la lectura de la nota anterior se desprende que, en el caso argentino, tienen preferencia, en ese orden, (i) la letra de ley; (ii) el “espíritu” de la ley, y (iii) los principios de leyes análogas, de modo que esos principios generales funcionan como fuentes de cuarto orden. En el caso español, los principios sólo pueden cumplir una función normativa “en defecto de ley o de costumbre”.

(5) De allí que las normas que consagraban a los principios generales como fuentes supletorias solían ir precedidas de normas que advertían que “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (art. 15, Código Civil argentino).

La función meramente supletoria que se asignaba a esos “principios generales” era, por lo demás, perfectamente entendible si se repara en la circunstancia de que -más allá de la vis atractiva que siempre ha existido entre el derecho natural y la doctrina de los principios jurídicos (Barth, 2005:196)- en la concepción iusnaturalista-racionalista (que entendía a la ley como la encarnación de la razón, de la cual el código, en tanto conjunto metódico y sistemático de leyes, constituía la máxima expresión) era, en principio, impensable que la ley tuviera lagunas o no pudiera solucionar un caso, al punto que era juzgada tan perfecta que ni siquiera era susceptible de ser interpretada (Bobbio, 1996: 19, 22, 31) (6), por lo que la incorporación de los “principios generales” como elemento de cierre suponía una especie de claudicación, o sea, un reconocimiento de la posibilidad de que existieran fisuras (es decir el “silencio”, la “oscuridad” (7) o la “insuficiencia” a las que refiere el art. 15 del Código Civil argentino), en las leyes derivadas de la razón.

De allí que, en esa concepción, sólo se pudiera acudir al auxilio de esos “principios generales” ante la imposibilidad de solucionar un caso mediante la aplicación directa o indirecta de la ley, sea recurriendo a su texto mismo (las “palabras” de la ley contempladas en el art. 16 del Código Civil), a algún derivado de ella (el “espíritu” de la ley) o, incluso aun, a una ley distinta de la que en principio resultase aplicable (las “leyes análogas”). En el elenco de las fuentes del derecho, los principios quedaban así limitados a cumplir el papel de un mero actor de reparto frente al rol estelar asignado a la ley en su carácter de instrumento perfecto derivado de la razón.

Si el iusnaturalismo racionalista había reducido el ámbito de los principios a una función supletoria, las versiones más extremas del positivismo jurídico (8), al considerar al Derecho exclusivamente como un sistema de normas puestas, y negar tajantemente cualquier distinción entre Derecho y Moral, lisa y llanamente habrán de ignorar la existencia de aquéllos.

En efecto, en tanto los positivistas identifican la validez de las normas no en razón de su contenido, sino a partir de su origen o procedencia, no resulta extraño que consideren inválidos o extrajurídicos a los principios, negándoles carácter normativo. Es que, al pretender dar a la teoría del derecho un carácter meramente descriptivo, el iuspositivismo excluye la dimensión valorativa de las normas, demostrando su incapacidad de dar cuenta de otros aspectos relevantes del razonamiento jurídico (Atienza y Ruiz Manero, 2007: 7).

(6) En efecto, como magistralmente lo ha explicado Bobbio, los iusnaturalistas racionalistas se caracterizaron por la construcción de una ética racional separada de una vez y para siempre de la teología y capaz de garantizar por sí misma la universalidad de los principios que rigen la conducta humana, y se aferraron a la idea de que era posible una verdadera ciencia de la moral (y por, ende, del Derecho) regida por las más refinadas técnicas de la razón, esto es, por el método matemático. De esta manera la escuela iusnaturalista fracturó el paradigma aristotélico -que había campeado durante largos siglos, siendo respetado a ultranza por el Derecho Romano, la Patrística y la Escolástica- en cuanto había establecido como principio que, en torno a las ciencias morales, en el conocimiento de lo justo y de lo injusto, no era posible alcanzar la misma certeza que logra el conocimiento matemático y había que conformarse con un conocimiento meramente probable. De lo referida aplicación del infalible método matemático se desprende una consecuencia fundamental para la Filosofía del Derecho: por primera vez la tarea del jurista dejará de ser la de la interpretación de las normas vigentes, del derecho positivo, para convertirse en el descubrimiento y la demostración de las reglas universales de conducta válidas para todo tiempo y lugar que se derivan de la naturaleza de las cosas y que habrán de quedar plasmadas en la ley. Es entonces que la lógica, como técnica racionalista de demostración reemplaza a la retórica, la técnica persuasiva propia de la interpretación. El jurista pasa de esa manera a convertirse en un matemático del Derecho cuya tarea consiste en demostrar la existencia de las leyes naturales válidas para todo tiempo y lugar.

(7) Adviértase que la “oscuridad” es, precisamente, la contracara de “las luces” que “alumbraron” la filosofía iluminista.

(8) Nos referimos a lo que se ha dado en llamar positivismo jurídico “duro o excluyente”, que niega toda posibilidad de que el Derecho pueda depender de criterios morales, sin dejar de resaltar que destacados jusfilósofos positivistas no enrolados en esa posición, como Bobbio, han hecho aportes muy destacados a la conceptualización de los principios.

Sin embargo, esas visiones reduccionistas o negacionistas del valor normativo de los principios jurídicos habrán de ser abandonadas por las más avanzadas concepciones jusfilosóficas de la segunda mitad del siglo XX, cuando la superación dialéctica de aquéllas posiciones abrirá la puerta a un redimensionamiento de los principios que resignificará su función en el ámbito jurídico, resaltando el papel central que asumen para asegurar la sistematicidad del ordenamiento jurídico.

En ese contexto, resulta insoslayable referirse brevemente, en primer lugar, al pensamiento del jurista norteamericano Roland Dworkin.

Refutando los postulados positivistas, señala Dworkin que el Derecho no está constituido únicamente por reglas, *sino también, y de manera destacada, por principios*, que no pertenecen al Derecho por razones de “pedigree” (es decir, porque pueda hacerse derivar de ellos una regla de reconocimiento al estilo del positivismo hartiano), sino por razones morales, con lo que no cabe sostener la tesis de que exista una nítida distinción entre el Derecho y la Moral (Atienza y Ruiz Manero, 2007: 13).

Reglas y principios son, en esta posición, dos tipos diferentes de normas, existiendo entre ambas una distinción meramente cualitativa. Así, para Dworkin los principios son normas que se distinguen de las reglas en virtud de que están sujetos a ponderación y tienen la propiedad del peso, de modo que pueden ser desplazados unos por otros. De ese modo, a diferencia de las reglas, los principios orientan la decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aunque no prevalezcan (Dworkin, 1993: 89). De allí que -aplicando el pensamiento de este jurista al ámbito del Derecho del Trabajo- se haya sostenido que los principios siguen orientando el sistema jurídico pese a las reiteradas violaciones constatables, pues su inalterabilidad no depende de que ellos prevalezcan, sino de la inmutabilidad de los valores que consagran (Cornaglia, 2001: 3).

En consecuencia -señala el jusfilósofo norteamericano- no puede sostenerse que el Derecho consista exclusivamente en reglas, sino que es una *práctica interpretativa* en la que juegan un papel determinante los fines y valores que la definen, por lo que la teoría del Derecho no puede tener un carácter meramente descriptivo, sino normativo, no importando tanto la descripción de la realidad ya dada, sino la participación en esa práctica de cara a conformarla de manera que sea posible lograr una realización máxima de los valores y fines que dan sentido a las reglas y *que tienen primacía sobre ellas* (Atienza y Ruíz Manero, 2007: 13/14), valores y fines que se condensan precisamente en los principios (9).

La otra posición jusfilosófica contemporánea que no puede pasarse por alto a la hora de abordar el tema es la de Robert Alexy, quien, tomando como punto de partida la teoría de Dworkin (10), habrá de desarrollar, con algunas variantes significativas, su propia teoría sobre el carácter normativo de los principios.

Parte Alexy de la posición de que existe una conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral, que fundamenta en tres argumentos: el de la corrección, el de la injusticia y el de los principios.

(9) Es interesante observar como esta revalorización contemporánea de los principios -motorizada, en buena medida, a partir de los escritos de Dworkin- ha comenzado a plasmarse también en la jurisprudencia. Así, en una reciente sentencia de la SCBA no sólo se ha esgrimido como fundamento central de la decisión judicial a “los actualmente revalorizados principios generales del derecho”, sino que, además, se ha señalado -con precisión- que, consolidando las ideas de autores como Raimundo Llull o Josef Esser, Ronald Dworkin ha puesto de manifiesto que es posible distinguir dos tipos de disposiciones jurídicas: las reglas jurídicas (por las que algo se ordena, se prohíbe o se autoriza, y a las que se considera obligatorias), y los principios -también llamados directrices o estándares-, que son disposiciones que carecen de condición de aplicación y que contienen una pauta o indicación genérica a seguir, pero no una prescripción definida. Conf. SCBA, causa L. 96.188, “Colombo, Ana María c. Policía Bonaerense”, sent. del 28/5/2010, con un notable voto en primer término del Juez Eduardo de Lázzari al que adhirieron sus colegas Pettigiani, Soria y Kogan.

(10) Para un análisis profundo del pensamiento de ambos autores, destacando semejanzas y diferencias, puede consultarse GARCIA FIGUEROA, Alfonso, “Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

Para el jurista alemán, *los sistemas jurídicos mínimamente desarrollados contienen principios*, algunos de los cuales son morales, de lo que se desprende que, enfrentado a un caso, el juez puede, con base en ellos, decidir -desde el punto de vista del contenido- según razones morales, aunque -desde el punto de vista jurídico- lo haga según razones jurídicas (Atienza y Ruiz Manero, 2007: 14). Existe pues, en la teoría de Alexy, una relación estrecha entre principios y valores, de modo *que el cumplimiento de los principios tiene su equivalente en la realización de los valores* (Sobrevilla, 1996: 105).

De forma tal que -dirá el autor que venimos citando- lo que en el modelo de valores es *prima facie* lo mejor, es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido, y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor, es, en el modelo de los principios, definitivamente debido (Alexy, 1993: 147).

Para Alexy, tanto las reglas como los principios son normas, existiendo entre ellos, como había anticipado Dworkin, una diferencia solo cualitativa. Así -a diferencia de las reglas, que son mandatos definitivos, en tanto identifican de manera exclusiva y excluyente el supuesto de hecho de la norma- los principios son *mandatos de optimización* que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. De ese modo, los principios pueden ser cumplidos en diferente grado, pues el ámbito de sus posibilidades está determinado por las reglas y principios opuestos. En cambio, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.

Tanto es ello así que, en opinión de Alexy, es necesario un modelo diferente de Derecho, que obliga a introducir en las reglas escritas una “cláusula de excepción”, con lo que éstas pueden perder su carácter definitivo para la decisión de un caso, cláusula que puede ser introducida por un principio. De este modo, los principios pueden ser razones para decisiones, es decir, para *juicios concretos de deber ser* (Alexy, 1993: 102).

A la opinión de los dos autores mencionados cabe sumar la de Norberto Bobbio, quien, aun desde una posición teórica más positivista, habrá de señalar que, aunque más generales e indeterminadas, los principios son normas como todas las otras, carácter normativo que se deriva no sólo de la circunstancia de que son extraídas de las demás reglas de derecho a través de un proceso de “generalización sucesiva”, sino también, del hecho de que sirven para el objetivo de regular un caso concreto (Bobbio, 1994: 158/159).

Del análisis de los autores citados -tres de los más destacados teóricos del Derecho de la segunda mitad del siglo XX- se desprende claramente la completa revalorización de la relevancia asignada a los principios en la regulación de las relaciones jurídicas.

A ello cabe añadir el redimensionamiento de la importancia que adquieren los principios en el llamado paradigma “neoconstitucionalista”.

Al respecto, se ha dicho que, en el contexto del Estado Constitucional, el Derecho no puede dejar de estar integrado por reglas y principios, y que si bien las primeras deben ser claras y precisas, deben incorporar “cláusulas de derrotabilidad moral”, pues los principios *tienen cierta preeminencia axiológica sobre las reglas* (Atienza y Ruíz Manero, 2007: 20). Ello confluye con la postura de Alexy quien, tras señalar que las normas de derechos fundamentales tienen carácter de principios, recuerda que éstos son tan importantes que la circunstancia de que se los efectivice *no puede quedar librada a una simple mayoría parlamentaria* (Sobrevilla, 1996: 104 / 110).

De ese modo, el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, al otorgarle un carácter normativo específico a los principios, *convirtiendo a los principios generales del Derecho en principios constitucionales*, robustece así su potencial jurídico instigador (Godinho Delgado, 2004: 24). En ese sentido, se ha señalado que el punto más grande de la transformación en el tratamiento de los principios reside tanto en el carácter como en lugar de su normatividad, pues una vez reconocida definitivamente ésta por la doctrina moderna, los principios saltaron de los Códigos, en donde eran meras fuentes de valor supletorio, a las Constituciones, donde se convirtieron en fundamento de todo el ordenamiento jurídico, en calidad de principios constitucionales (Bonavides, 2000: 260).

De allí que, frente a las funciones residuales tradicionalmente asignadas a los principios por la teorías jurídicas predominantes hasta mediados de esa centuria (función interpretativa y normativa supletoria), cabe reconocerles actualmente una *función normativa concurrente*, es decir, una función normativa propia, derivada de la “dimensión fundamentadora” de todo el ordenamiento jurídico que asumen los principios. Así, los principios dejan de ser entendidos como simples enunciados programáticos no vinculantes, para reconocerse que tienen un contenido normativo similar a las reglas de derecho positivo, al punto tal que es perfectamente posible que, bajo determinadas circunstancias, un principio pueda llegar a restringir o prevalecer sobre una norma jurídica escrita, adquiriendo así una “eficacia derogatoria” que deriva de esa “dimensión fundamentadora” (Godinho Delgado, 2004: 19).

En consecuencia, el redimensionamiento de los principios por la teoría jurídica contemporánea ha sido tal que no sorprende que se los haya llegado a caracterizar como “súper fuentes” (Arce y Flores-Valdez, 1990: 55), “normas de normas” (Cornaglia, 2001: 3) o “vigas maestras del sistema” (Godinho Delgado, 2004: 25).

Como veremos en el apartado siguiente, esta revalorización de los principios por las más destacadas corrientes jusfilosóficas contemporáneas vendrá a reforzar la particular importancia que, desde sus orígenes, el Derecho del Trabajo asignó a sus principios fundantes. Así, destacando la influencia del pensamiento de Dworkin y Alexy sobre la teoría de los principios de esa rama del derecho, ha señalado en la doctrina iuslaboralista española Martín Valverde: “*la literatura de este último cuarto de siglo sobre los elementos que integran el ordenamiento jurídico y sobre la función de los principios en la práctica de la aplicación del derecho ha contado con aportaciones que han afectado de manera significativa a los fundamentos teóricos de nuestro tema de estudio*” (Martín Valverde, 2003: 67).

III. Caracterización, importancia y funciones de los principios del Derecho del Trabajo

Es casi una obviedad aclarar que hay principios comunes a todo el ordenamiento jurídico (los “principios generales del derecho”), mientras que existen otros que rigen exclusivamente en alguna rama del Derecho en particular. De ese modo, si aquéllos cumplen un papel fundamental en la sistematización del Derecho en su conjunto, los principios específicos de cada una de sus ramas contribuyen decisivamente a asegurar la coherencia, identidad y autonomía de ellas.

Si la existencia de principios propios es uno de los elementos imprescindibles para determinar la autonomía de cualquier disciplina jurídica, toda vez que aquellos demarcan las líneas maestras que la individualizan, separándola de las demás que componen el universo del Derecho, el Derecho del Trabajo cumple acabadamente con tal característica, toda vez que, indiscutiblemente, cuenta con diversos principios que afirman su especificidad. Ello no implica, claro está, que los principios generales del Derecho dejen de ser aplicables al Derecho del Trabajo, sino que lo serán en tanto y en cuanto resulten compatibles con las reglas y principios específicos de esta disciplina (Martín Valverde, 2003: 59).

Lo hasta aquí señalado no alcanza para demostrar, sin embargo, la extraordinaria significación que tienen los principios en el Derecho del Trabajo, rama jurídica que, quizás como ninguna otra, se ha construido históricamente -desgajándose del tronco del derecho común- precisamente a partir de la identificación de determinados principios troncales que conforman su estructura. Tanto es ello así que el Derecho del Trabajo pasó a llamarse de ese modo (abandonando así las iniciales denominaciones de “Legislación Industrial” o “Legislación del Trabajo” con las que se solía identificar al conjunto de las primeras normas laborales), adquiriendo carta de ciudadanía como rama jurídica autónoma, a partir del reconocimiento de que estaba conformada no sólo por normas de derecho positivo, sino también, “*por un cuerpo de doctrina con principios comunes que le dan sustantividad y profundidad*” (Plá Rodríguez, 1990: 1).

De esa forma si el “nuevo derecho” surgió frente a la necesidad de encauzar jurídicamente fenómenos sociales novedosos que desbordaban los límites del viejo derecho civil, provocando rupturas definitivas en la estructura milenaria de aquél, no es de extrañar que haya necesitado afrontar esa

titánica labor apoyándose en principios propios que habrían de sistematizarlo como disciplina jurídica. En consecuencia, los principios vinieron a cumplir un rol central en la conformación del Derecho del Trabajo, supliendo la estructura conceptual, asentada en siglos de experiencia, que tenían otras ramas jurídicas (Plá Rodríguez, 1990: 3).

En ese sentido, se ha dicho que, por tratarse de una rama jurídica nueva que constituye la superación dialéctica del derecho del siglo XIX, el Derecho del Trabajo debió fundarse necesariamente en sus propios principios, que cobraron un vigor inusual en comparación con lo que sucede en otras ramas, ante la necesidad de subordinar el derecho común a sus fines especiales, lo que motivó que la función jurígena de los principios, reconocida en todos los ámbitos del Derecho, se viese considerablemente ampliada en nuestra disciplina (Cornaglia, 2001: 6).

A ello cabe añadir que, por configurarse el Derecho del Trabajo como una rama jurídica de protección -en el sentido de que se encuentra orientado a tutelar unidireccionalmente a uno de los sujetos de la relación jurídica que constituye su objeto: el trabajador- sus principios adquirieron una relevancia y una función desconocidas en otras disciplinas, toda vez que la particular dirección finalista que impregna su objetivo último -mejorar la posición de los trabajadores en el orden socioeconómico, compensando las desigualdades que se derivan de éste- hacen que el papel de los principios en el Derecho del Trabajo resulte “simplemente decisivo”, al punto que, en ausencia de los valores que encarnan, esta rama jurídica no se comprendería históricamente ni se justificaría socialmente (Godinho Delgado, 2004: 75). Es que los principios del Derecho del Trabajo *tienen como función esencial la de constituir un patrimonio indisponible de derechos para quienes integran una clase social* -la de los trabajadores asalariados-, orientándose a la protección de un estado sobre el que sólo se puede operar para mejorar la condición de ellos, impidiendo que se ahonde la desprotección existente en la realidad material (Cornaglia, 2001: 8).

Esas particulares circunstancias han llevado a que, en el Derecho del Trabajo, los principios pudieran desempeñar un rol mucho más avanzado que en otras disciplinas jurídicas, habiendo anticipando decididamente esta rama la función normativa directa que solamente mucho tiempo después habría de reconocerse a los principios en el ámbito del derecho común.

En efecto, si -como vimos- la formulación civilista clásica asignaba a los “principios generales del Derecho” una función meramente supletoria o residual, la doctrina y la jurisprudencia laborales activaron desde un primer momento que, bajo determinadas condiciones, los principios podían desactivar normas de derecho positivo cuando éstas resultaban contrarias a los fines protectores que caracterizan a esta disciplina. De hecho, ello sucedió frecuentemente en los inicios del Derecho del Trabajo cuando, ante la insuficiencia de la escasa y fragmentaria normativa laboral para abarcar todos los aspectos de las relaciones de trabajo, se pretendía seguir regulando las parcelas no cubiertas por las leyes del trabajo mediante la aplicación de las normas del derecho común, las cuales, al resultar incompatibles con aquéllos fines, eran desactivadas por los jueces mediante las primeras formulaciones de los principios laborales (11). De allí que se sostuviera que, en ese indispensable tránsito desde el antiguo Derecho Civil hacia el naciente Derecho del Trabajo, no bastaba al jurista del trabajo abordar la realidad “sin los preconceptos idealistas del viejo derecho”, sino que debía elaborarse una teoría general y deducir de su integración “los principios esenciales del derecho laboral que deben presidir todas las soluciones, limpias de vacilaciones y oscuridad” (Vázquez, 1953: 39).

En ese sentido, la doctrina laboral ha destacado desde siempre que, en el Derecho del Trabajo, los principios tienen la particularidad de invalidar o anular determinadas normas de derecho *positivo* (Cornaglia, 2001: 9). En otras palabras: a tenor de la relevancia asignada a los principios, en nuestra

(11) Así, en una vieja sentencia dictada a comienzos de la década del cuarenta del siglo pasado, hubo de señalar la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires: “La tipicidad y autonomía del derecho laboral hace funcionar a los principios de éste aún en contra de cualquier norma de derecho común, comercial o civil, en definitiva, el derecho común es meramente supletorio, y no denominador del derecho del trabajo”. Ver sentencia de la SCBA del 3/4/1940 (citada por Cornaglia, 2001:9).

materia el operador jurídico no puede limitarse a aplicar la norma positiva, sino que, mediante esos principios, ha de *ubicarla en el marco axiológico*, pudiendo, como corolario de esa ponderación, arribar a uno de los siguientes resultados: activación, declaración de inconstitucionalidad o potenciación de la regla positiva; de modo tal que los principios operan como *criterios axiológicos anteriores* a las normas positivas, que deben ser utilizados para aplicar éstas de modo adecuado, sancionar las convenientes y desactivar las que resulten contrarias al sentido y finalidad de la disciplina (Capón Filas, 2010: 281, 283). Es por ello que -contrariamente a lo que sostienen ciertas posiciones reduccionistas, que pretende restringir su ámbito de actuación a una función secundaria o residual- la utilidad y eficacia de los principios del Derecho del Trabajo traspasa la mera función interpretativa, a la que desborda y supera (Plá Rodríguez, 1990: 12).

Las afirmaciones de los destacados autores que venimos citando nos permiten sintetizar cuáles son las funciones que están llamados a cumplir los principios del Derecho del Trabajo.

Así, podemos afirmar que cumplen las siguientes funciones básicas:

(i) *informadora*: en tanto inspiran al Poder Legislativo y demás órganos con capacidad de producción normativa, orientando con su sentido el proceso de creación de las normas laborales (Plá Rodríguez, 1990: 11; Cornaglia, 2001: 12). En este caso, los principios desarrollan su influencia en una fase pre-jurídica, de carácter eminentemente política, en el proceso de construcción de las normas, de forma tal que actúan como “iluminadores” en la elaboración de aquéllas, es decir, como fuentes materiales del Derecho del Trabajo (Godinho Delgado, 2004: 15).

(ii) *interpretativa*: pues operan como criterios orientadores de las decisiones de los jueces u otros intérpretes del Derecho (Plá Rodríguez, 1990: 11; Cornaglia, 2001: 12). Ya dentro de una fase propiamente jurídica, los principios actúan aquí como instrumental de auxilio para la interpretación de las normas, es decir como “iluminadores” para la comprensión de las normas ya elaboradas (Godinho Delgado, 2004: 17).

(iii) *normativa*: ya que los principios no sólo actúan como fuente supletoria ante la ausencia de norma positiva, sino que también constituyen fuentes formales, es decir, normativa de imperativa aplicación, con capacidad de desactivar a otras fuentes (Cornaglia, 2001: 12/15).

En relación a esta última función, se ha dicho que los principios cumplen una *función normativa supletoria*, concurriendo a integrar el Derecho cuando no existe una norma para resolver un caso (12), pero también una *función normativa concurrente*, resultante de la “dimensión fundamentadora” de todo el ordenamiento que tienen los principios, que obliga a reconocerles el mismo carácter normativo que a las reglas escritas, pudiendo incluso prevalecer sobre éstas, llegando al extremo de restringir alguna norma jurídica hasta su propia invalidación (Godinho Delgado, 2004: 18/20). En ese mismo

(12) Es interesante destacar que, aunque la función normativa supletoria es, sin dudas, la menos relevante de todas las que cumplen los principios (toda vez que son muy poco frecuentes los casos en los que se produce una “laguna” ante la inexistencia de una regla positiva que permita arribar a una solución), es la única que ha recibido consagración legislativa en distintos países. Así, en Argentina, el art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que “cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme los principios de la justicia social, los generales del trabajo, la equidad y la buena fe”. Del mismo modo, el art. 8º de la Consolidación de Leyes del Trabajo de Brasil autoriza al juez a la integración jurídica a través de, entre otras fuentes, “principios y normas generales de derecho”, sólo “a falta de disposiciones legales o contractuales”, definición que ha merecido la crítica de la doctrina, que a señalado que no parece ser esa la mejor concepción de los principios, en la medida que afecta su papel conductor del ordenamiento jurídico (cfr. MASCARO NASCIMENTO, 2009: XI). La falta de recepción legal de las otras funciones de los principios no implica, en modo alguno, su destierro del ámbito del Derecho (toda vez que éstos no se encuentran sujetos a lo que establezcan las reglas positivas), mas no deja de sorprender como ese tipo de normas, relativamente recientes en términos históricos, reproducen estrictamente la lógica reduccionista, propia de los Códigos Civiles decimonónicos, que condena los principios a una función residual o supletoria del derecho escrito, es decir, a desempeñar el rol de meros actores de reparto.

sentido, tras reconocer su triple función informativa-interpretativa-normativa, sostiene Mascaro Nascimento que los principios no son sólo técnicas de integración de las lagunas de la ley, ni son leyes (aunque a veces pueden vestirse con su ropaje) o directrices jurisprudenciales, ni pueden ser equiparados a meras afirmaciones doctrinarias, toda vez que son -y ese es su principal papel- *valores que rectifican los desvíos del derecho positivo, en cuyo caso se sobreponen a las leyes* (Mascaro Nascimento, 2009: X).

No resulta difícil advertir que esta función normativa directa o concurrente que el Derecho del Trabajo reconoce a los principios, reviste una importancia central para asegurar los fines protectorios de la disciplina, pues asigna a aquéllos el rol de llevar a cabo una función armonizadora, en clave protectoria, de las distintas fuentes que componen el sistema jurídico laboral.

De este modo, se puede ver con claridad cómo el Derecho del Trabajo vino a anticipar desde sus inicios una conclusión que, como mencionamos más arriba, las posiciones teóricas más avanzadas en el ámbito de la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional admiten hoy sin dificultad: al poseer preeminencia axiológica sobre las normas positivas, los principios pueden, bajo determinadas circunstancias, desactivar aquéllas como medio de hacer efectivos los valores y fines en ellos contenidos.

Resulta a todas luces evidente, pues, el papel determinante que asumen los principios en el Derecho del Trabajo. Origen, fundamento y esencia de esta rama jurídica, los principios *sirven de cimiento a toda la estructura jurídico-laboral* (Plá Rodríguez: 1990: 10).

Por eso es fundamental revalorizar su importancia cuando, como ha ocurrido en las últimas décadas en la mayoría de los países del mundo como consecuencia de las políticas de flexibilización neoliberal, se ha producido -por un lado, en el plano formal- una inflación legislativa esquizofrénica que generó una sucesión interminable de normas y reformas que resintieron la sistematicidad del sistema jurídico de relaciones laborales y -por el otro, en el plano material- se introdujeron mediante esas normas medidas regresivas que contradijeron el sentido histórico del Derecho del Trabajo al marchar a contramano de sus principios fundantes, aumentando, en lugar de atenuar, la desigualdad que de ordinario supone la relación de trabajo. En ese contexto, fueron los principios los que debieron asegurar la cuota de racionalidad imprescindible para evitar *la solución final del Derecho del Trabajo* que propició el neoliberalismo.

Es que, frente al carácter mutable de las leyes, los principios se mantienen invariables (13), asegurando la identidad de la disciplina. Constituyen, así, *“el armazón fundamental de la disciplina, que se mantiene firme y sólida, pese a la variación, fugacidad y profusión de las normas”* (Plá Rodríguez, 1990: 3). Al haberse construido y estructurado la disciplina sobre ellos, los principios cumplen la misma función que los cimientos y la estructura de hormigón en un edificio de varios pisos: ni aquéllos ni ésta se aprecian a simple vista cuando el edificio está terminado, *pero sin ellos nada queda en pie* (Cornaglia, 2001: 7). Son pues, las ideas fundantes, la vigas maestras del sistema del Derecho del Trabajo. De allí que, en definitiva, su ausencia o violación supone la negación de la disciplina misma (Ackerman, 2005: 315).

Por eso si -como lo plantea lúcidamente Baylos Grau- la mayoría de los juristas están habituados a considerar el mundo como viene regulado en el derecho positivo, de modo que los fenómenos sociales son comprendidos sólo en la medida en que existe una regulación positiva de los mismos y en los

(13) Ello no significa desconocer el carácter histórico de esos principios, sino simplemente destacar que ellos han de permanecer invariables mientras no se modifique el contexto histórico que justifica la existencia de la disciplina que estructuran. En otras palabras, si la historicidad fundante del Derecho del Trabajo hace aparecer a éste como un producto de una formación socio-histórica determinada, los principios sobre los cuales se construyó han de acompañar necesariamente su suerte. Ergo, mientras exista el Derecho del Trabajo -y no parece predicable su defunción en el corto plazo- habrán de regir sus principios.

términos en que ésta la efectúa (Baylos Grau, 2009: 119) (14), ese método, de por sí cuestionable para el análisis de cualquier fenómeno jurídico-social, es especialmente inapropiado para poder comprender el sentido de una disciplina como el Derecho del Trabajo, en la cual los principios (que no necesariamente se exteriorizan en normas de derecho positivo) asumen una función determinante que no puede ser soslayada por quien pretenda adentrarse a estudiarla sin desconocer la imprescindible dimensión valorativa del Derecho.

IV. Individualización y breve descripción de los principios del Derecho del Trabajo

Identificar los principios del Derecho del Trabajo puede no resultar una tarea sencilla si es que se pretende compatibilizar la diversidad de opiniones y denominaciones adoptadas por los doctrinarios que se han ocupado del tema.

Así, hay autores que enuncian una larga serie de principios, mientras que otros, por el contrario, postulan la existencia de uno sólo, del que se derivarían diversas técnicas instrumentales de garantía. Asimismo, distintos doctrinarios suelen designar con nombre diferentes el mismo principio o derivar de principios diversos la misma regla instrumental. Por último, no faltan aquellos que incluyen entre los principios del Derecho del Trabajo algunos principios generales que no son exclusivos de esta rama del Derecho.

Con las limitaciones impuestas por el espacio disponible, habremos de enunciar y describir brevemente los que, a nuestro juicio, son los principios del Derecho del Trabajo, entendidos como aquellas ideas fundantes o vigas maestras que contribuyen a delinear la identidad de esta disciplina y cuya ausencia pondría en jaque su autonomía científica, derrumbado el edificio del Derecho del Trabajo.

1) *Principio protectorio*: Admitido de manera unánime por todos aquellos que se dedican a estudiar el Derecho del Trabajo, el *principio protectorio* (también denominado protector o de favor) (15) es el alma de la disciplina, desde que irradia su contenido sobre todas sus parcelas, incluyendo no sólo al Derecho Individual, sino también, al Derecho Procesal y al Derecho Colectivo del Trabajo (16).

Partiendo del reconocimiento de que la relación social que el Derecho del Trabajo pretende regular jurídicamente traduce una marcada desigualdad socio-económica de carácter estructural entre el empleador dueño de los medios de producción y el trabajador aportante de la fuerza de trabajo, el principio protectorio procura atenuarla, introduciendo desigualdades jurídicas compensatorias en favor del trabajador (17). En otras palabras, como con insuperable precisión lo expresa Angel E. Gatti: *“el derecho del trabajo irrumpe intentando compensar la hiposuficiencia del trabajador dependiente- su condición de subordinación a un poder extraño a sí mismo-, y en técnica de normación consagra el*

(14) Generalizamos la impecable reflexión, que el notable iuslaboralista español formula en relación al principio de libertad sindical, a la totalidad de los principios del Derecho del Trabajo.

(15) Se trata del famoso *Günstigkeitprinzip* o “principio de favorabilidad”, que formularon los autores alemanes a partir de la Constitución de Weimar, como bien lo ha recordado recientemente la Corte Suprema en el precedente “Gentini, Jorge Mario y otros c. Estado Nacional Ministerio de Trabajo” (CSJN, sent. del 12/8/2008, cons. 25° del voto de los jueces Lorenzetti, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Maqueda).

(16) Recientemente la CSJN ha señalado que existe “una proyección del principio protectorio del trabajo y del trabajador proclamado expresamente por el artículo 14 bis, hacia el universo de las relaciones colectivas laborales, en el cual, por ende, también impera la regla de que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional” (CJSN, “Rossi c. Estado Nacional”, sent. del 9/12/2009).

(17) Receptando esa idea de la igualdad por compensación, la recientemente sancionada ley 26.592 (B.O. del 21/5/2010) incorporó el art. 17 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, en los siguientes términos: “Las desigualdades que creará esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”, reestableciendo así el originario texto del art. 19 de la ley 20.744, que había sido inconstitucionalmente derogado en abril de 1976 por la norma de facto mal llamada “ley 21.297”.

principio protectorio para que, con el sentido de criterio fundante de toda la disciplina, opere por medio de una preceptiva de resguardo del sujeto trabajador, que compense a éste por la situación de inferioridad inherente a las condiciones del sistema productivo, que es también y, obviamente, un régimen de distribución de la riqueza socialmente creada” (Gatti, 2005: 2).

Por imperio de este principio, el trabajador -indudable destinatario de la protección- se convierte en un sujeto que debe recibir una *preferente tutela jurídica* del ordenamiento jurídico laboral (18). En el Derecho Argentino, el principio protectorio ha quedado plasmado en el derecho positivo a nivel constitucional, desde que el art. 14 bis de la Constitución Nacional prescribe que “*el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes*” (19).

Sería interminable enumerar todas y cada una de las instituciones y normas positivas que se derivan del principio protectorio. Nos limitaremos, por lo tanto, a señalar que del mismo se desprenden tres reglas instrumentales fundamentales: (i) la regla de la norma más favorable; (ii) la regla in dubio pro operario; y (iii) la regla de la condición más beneficiosa (arts. 7º/9º LCT).

2) *Principio de progresividad*: Este principio intenta reducir progresivamente el estado de desposesión en el que se encuentran los trabajadores en el orden socioeconómico, imponiendo en favor de ellos el aumento sostenido y unidireccional de los niveles de tutela jurídica existentes. Asimismo, y como insoslayable contrapartida, veda toda posibilidad de reducción regresiva de las conquistas sociales normativamente alcanzadas, estableciendo un vallado inexpugnable a cualquier pretensión de retrogradar -por vía legislativa y aún interpretativa- los derechos de los trabajadores.

De ese modo, el principio de progresividad procura la *garantía de la conquista de un estado*, transformándose en una válvula que impide el regreso a estadios del pasado, asegurando un mínimo de dignidad existencial a los trabajadores (Cornaglia, 2001: 233), es decir, funciona como una válvula del sistema, que no permita que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias logrados, e impide el retroceso a condiciones propias de períodos históricos que registran un mayor grado de desposesión (Cornaglia, 2007: 35/36).

Consolidado tras las terribles consecuencias que se derivaron de la “cuestión social”, el principio de progresividad tiene como función la de limitar y reducir los niveles de desprotección social, exigiendo -en su faz positiva- la mejora continua de las condiciones de existencia de los sujetos más débiles de la sociedad, a la vez que prohibiendo -en su faz negativa: la prohibición de regresión- el empeoramiento de aquéllas (20).

(18) Expresiones originariamente vertidas por la CSJN en los relevantes precedentes “Vizzoti c. Amsa” (sent. del 14/9/2004, Fallos: 327:3677) y “Aquino c. Cargo” (sent. del 21/9/2004, Fallos: 327:3753) y reiterada en numerosos fallos posteriores.

(19) En ese sentido, ha señalado calificada jurisprudencia: “Los fines de la legislación laboral responden a un principio protectorio en beneficio del trabajador, con el objeto de mantener el equilibrio entre las partes contratantes por la debilidad de aquél frente a su empleador, principio que encuentra fundamento constitucional en el art. 14 bis de la Constitución Nacional”. Conf. SCBA, in re “Garzón c. El Mangrullo Hotelera Conosur S.A.” (sent. del 10/9/1985) y Ac. 69.458, “Ruiz Soriano c. Gerez” (sent. del 17/3/1998). En la causa “Araujo c. El Chatarral S.A.” (sent. del 27/4/1999) sostuvo el mismo Tribunal: “El principio protectorio, de consagración constitucional (art. 14 bis), tiene como fin mantener el equilibrio entre quienes están vinculados por un contrato de trabajo en atención a la diferencia de fuerzas que media entre los empleadores y los obreros”.

(20) Resaltando adecuadamente esa doble dimensión, ha dicho la SCBA: “El principio de progresividad o de desarrollo progresivo de derechos implica no sólo una obligación positiva sino, también, una obligación negativa: el Estado, una vez que ya ha cumplido con la obligación de actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social (principio de “prohibición de retroceso social” o de “prohibición de evolución reaccionaria”). Conf. SCBA, “Sosa, Marta Beatriz y otros s/ Inconstitucionalidad ley 11.761”, sent. del 29/10/2008.

El principio de progresividad ha sido positivizado a nivel internacional en el art. 19 ap. 8 de la Constitución de la O.I.T., así como en los arts. 2º del PIDESC y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el orden nacional, lo contemplan (además de las normas internacionales mencionadas, art. 75 inc. 22, C.N.) el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional (21) y 39 ap. 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Por otra parte, ha sido frecuentemente invocado en los últimos tiempos por la CSJN para desactivar y descalificar constitucionalmente normas positivas regresivas, al punto que ha sido calificado por el Tribunal como un *principio arquitectónico* (22), adjetivación a todas luces acertada, desde que su ausencia haría tambalear la estructura del Derecho del Trabajo.

3) *Principio de indemnidad*: Este principio implica, como su nombre lo indica, que el trabajador debe salir indemne (ileso, incólume, intacto) del contrato de trabajo (Fernández Madrid, 2001: 277), es decir que no debe sufrir daños (ni en su persona ni en sus bienes) por la ejecución del vínculo laboral o en ocasión de éste. Correlativamente, le impone al empleador la obligación de garantizar la seguridad (personal y material) del trabajador y, en su defecto, la de reparar todos los daños sufridos por éste como consecuencia de la puesta a disposición de su fuerza de trabajo (Orsini, 2009: 513).

En definitiva, el principio vino a establecer el primer límite a la libre apropiación del trabajo: el daño. Así, consagrado el principio de indemnidad, la actividad lucrativa basada en el aprovechamiento del trabajo ajeno siguió siendo legitimada por el ordenamiento jurídico, pero a condición de que no dañase al trabajador (23). Como derivación de este principio de indemnidad nace en cabeza del empleador un deber tácito de seguridad y prevención que pasa a integrar el sinalagma laboral, de modo que el riesgo se convierte en un *factor de atribución de responsabilidad* que obliga objetivamente a quien se beneficia por los daños que genera la actividad lucrativa.

En efecto, el principio de indemnidad tiene como insoslayable correlato una regla instrumental de suma importancia, la *regla de ajenidad*: en tanto el trabajador no participa de los frutos ni de las ganancias que con su labor obtiene su empleador, debe permanecer ajeno a los riesgos que acarrea la explotación económica, cuyas consecuencias desfavorables deben ser asumidas por el empleador. Existe, pues, una íntima vinculación entre el principio de indemnidad del trabajador y la regla de

(21) En ese sentido, ha señalado en fecha reciente la SCBA: “Una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta en el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada por el mandato del art. 75 inc. 23, norma que, paralelamente, asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales”, argumento con base en el cual declaró la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 24.557, en cuanto consideraba no resarcibles a determinadas enfermedades laborales que encontraban un nivel de tutela mayor en el régimen jurídico anterior a la sanción de aquella norma. Ver causa “B., C. c. DuPont”, sent. del 17/12/2008.

(22) En el ya citado caso “Aquino c. Cargo”, se señaló que el “retroceso legislativo en el marco de protección” que trajo aparejado el art. 39 de la ley 24.557 -en cuanto, reduciendo el nivel de tutela anterior a su sanción, exime de responsabilidad civil al empleador por los daños derivados de accidentes y enfermedades laborales- ponía a dicho precepto “en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular”, destacando dicho instrumento “está plenamente informado por el principio de progresividad”. Luego, añadió que, en su faz negativa, el principio podía ser enunciado como “principio de prohibición de retroceso social” o de “prohibición de evolución reaccionaria” y destacó que, de las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se desprende que existe una “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas regresivas de los derechos sociales sean compatibles con el PIDESC (considerando 10 del voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni).

(23) Ello demuestra que, en realidad, el de indemnidad es un principio del Derecho del Trabajo que se deriva de un principio general del Derecho: la prohibición de dañar los derechos de un tercero (*alterum non laedere*). De allí que si el principio general que prohíbe dañar los derechos de un tercero impone la reparación de los perjuicios causados con prescindencia de la situación de la víctima y del ámbito en el que el daño se produce, el principio de indemnidad -en tanto aplicación particularizada de aquél a una disciplina que regula relaciones asimétricas- exige una rigurosa tutela del sujeto protegido, cuidando de que no se hagan recaer sobre su persona las consecuencias dañosas de la actividad empresarial.

ajenidad al riesgo empresario: si el primero determina que el trabajador no debe ser dañado como consecuencia del contrato de trabajo, la segunda exige que la totalidad de los daños que puedan derivarse de los riesgos ínsitos en toda actividad económica lucrativa deban ser soportados íntegramente por el empleador, que es el que se beneficia con ella (Fernández Madrid, 2001: 273).

Más allá de su genérica consagración en el art. 19 de la Constitución Nacional, el principio de indemnidad ha sido específicamente positivizado en materia laboral en el art. 39.3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

4) *Principio de estabilidad*: Es el principio del Derecho del Trabajo que impone imperativamente el contrato de trabajo de duración continua e indeterminada como figura tipo de la relación laboral (faceta-continuidad de la estabilidad) y exige que, durante toda su vigencia, se asegure al trabajador una adecuada protección contra el despido injustificado, de modo tal que éste tiene derecho a conservar el empleo mientras no se verifiquen circunstancias imputables a él que justifiquen su exclusión (faceta-seguridad de la estabilidad).

Esta doble dimensión del principio ha sido bien desarrollada por destacados juristas en la doctrina española (Montoya Melgar, 1982: 162; Sastre Ibarreche, 1996: 243; Martín Valverde, 2003:58; Pérez Rey, 2004: 34), en la cual el de estabilidad ha sido calificado, con acierto, como “un principio clave en el derecho individual del trabajo” (Almansa Pastor, 1968: 9). De allí que se haya señalado que el principio de estabilidad en el empleo tiene una *doble proyección central*: a) la preferencia por los contratos de trabajo indefinidos sobre los temporales, y b) la protección de los trabajadores frente a los despidos injustificados (Montoya Melgar, 2001: 62).

La categorización de la estabilidad como principio de la disciplina es insoslayable a poco que se advierta su influencia transversal sobre todos y cada uno de los aspectos relevantes de la relación de trabajo, al punto tal que, sin una cierta estabilización del vínculo, una buena parte de las instituciones laborales carecería de relevancia alguna. De allí que la estabilidad es un principio que tiene un carácter decididamente *instrumental*, en el sentido que sirve para contribuir a la eficacia de la totalidad de los derechos de los trabajadores. Luego, no es pensable un ordenamiento jurídico laboral que prescindiera de algún grado de protección de la estabilidad.

En nuestro país, el principio ha sido constitucionalizado en el art. 14 bis, en cuanto garantiza la *protección contra el despido arbitrario y la estabilidad de los empuelados públicos y los representantes gremiales*. Asimismo, encuentra respaldo en el art. 75 inc. 22 de la C.N., toda vez que varios de los Tratados Internacionales allí incorporados consagran el derecho al trabajo (24) que, como lo ha sostenido la Corte Suprema, “es comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera sea la clase de éste” (25).

5) *Principio de irrenunciabilidad*: Con la evidente excepción de la renuncia al propio empleo -insoslayable conquista del liberalismo en el plano político, que veda los vínculos forzosos que caracterizaban a las formas pre-capitalistas de apropiación del trabajo- este principio impone que el trabajador no puede renunciar o disponer en su propio perjuicio a los derechos y créditos que se derivan del contrato de trabajo.

Tomando nota de la situación de inferioridad y debilidad contractual en la que se encuentra el trabajador, el principio restringe la autonomía de la voluntad y la libertad contractual tan caras al derecho civil clásico para garantizar -estableciendo un verdadero *orden público laboral* imperativo e inderogable- la modesta propiedad alimentaria de los trabajadores. En consecuencia, por imperio del principio de irrenunciabilidad, ni aun con el concurso de su propia voluntad puede éstos aceptar modificaciones in pejus de los derechos que han adquirido.

(24) Art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

(25) CSJN, en el citado “Vizzoti c. Amsa”, considerando 8°, párrafo 3°.

Imposibilitado de ingresar aquí a analizar con la profundidad que merece la ardua cuestión relativa a los alcances del principio de irrenunciabilidad (26), si me interesa destacar que no es válido afirmar la posición restringida si se la sustenta únicamente -como es frecuente- en el (ahora modificado) texto del art. 12 de la LCT. Es que, vale recordarlo, los principios tienen una función normativa propia y hasta pueden, bajo determinadas condiciones, desplazar una regla de derecho positivo que contradiga los valores que dan sentido a aquéllos.

Partiendo de esa premisa, no parece que haya que argumentar demasiado para sostener que -si lo que el principio de irrenunciabilidad pretende es impedir que se impongan renunciaciones a los derechos alimentarios, evitando que se aumente la intensidad de la apropiación a partir del aprovechamiento del desequilibrio negocial que caracteriza a la relación de trabajo- deben invalidarse todas las renunciaciones de derechos, cualquiera fuera la fuente que los hubiera originado. Máxime en ordenamientos que, como el argentino, han establecido legislativamente sistemas de “estabilidad relativa”, en los cuales es evidente que la amenaza del despido (al que se le reconoce, por regla, eficacia extintiva irreversible) suele ser el único motivo que lleva a los trabajadores a renunciar a los derechos contractualmente incorporados a sus patrimonios. En suma, la *plenitud del principio de irrenunciabilidad* impide la sustracción normativa del contrato y determina la nulidad, por invalidez del objeto, de cualquier renuncia, cualquiera que sea la fuente del derecho conculcado gratuitamente (Meik, 1998: 287). Felizmente, la reciente modificación del texto del art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo por la ley 26.574 (B.O. del 29/12/2009) ha puesto fin al debate, de modo que cualquier renuncia de derechos por parte del trabajador resulta nula.

El principio de irrenunciabilidad ha sido constitucionalizado en el art. 39.3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (27).

6) *Principio de libertad sindical*: Aunque raramente ha ocupado algún lugar en los estudios doctrinarios que se ocupan del tema, la libertad sindical es otro de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo.

Es evidente que esta disciplina recién pudo definir su identidad una vez que las circunstancias históricas, sociales y políticas tornaron imprescindible superar la concepción liberal individualista -que había prohibido toda forma de agremiación de los trabajadores para la defensa de sus intereses comunes- para pasar a garantizar la libertad sindical, entendida ésta en sentido amplio, comprensivo no sólo del derecho de los trabajadores de constituir y afiliarse, desafiliarse o no afiliarse a las organizaciones sindicales, sino también, del de negociar colectivamente y recurrir a medidas de acción directa, derechos que, aunando lo individual con lo colectivo, constituyen uno de los pilares del modelo del Estado Social.

Tal es la relevancia de la libertad sindical que, al igual que al de progresividad, la C.S.J.N. la ha calificado recientemente como un *principio arquitectónico* (28). Similar relevancia la ha asignado la O.I.T., que, en la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, ha incluido a los Convenios Internacionales vinculados a la libertad sindical entre aquéllos que resultan obligatorios para todos los Estados miembros de la organización, aun cuando no hubiesen ratificado esos instrumentos.

(26) Hay autores y jueces que sostienen que el principio solo alcanza a los derechos que provienen de las leyes y convenios colectivos (tesis restringida), mientras que, sin soslayar diversas tesis intermedias, la postura opuesta (tesis amplia) plantea que la irrenunciabilidad alcanza a todos los derechos del trabajador, cualesquiera fuesen las fuentes -incluyendo al contrato individual- que los hubieran consagrado.

(27) De allí que el Máximo Tribunal provincial haya señalado que “Uno de los principios básicos que informan el derecho laboral es el de la irrenunciabilidad” (SCBA, Ac. 72.565, “Baiele s/ Incidente”, sent. del 15/12/2004). Antes incluso de la constitucionalización del principio en 1994 había dicho que “Mientras el principio de renunciabilidad es la regla en el ámbito del derecho común, en el del derecho laboral rige precisamente su opuesto: el principio de irrenunciabilidad” (SCBA, L. 50.830, “Ferrari c. Piantoni Hnos. S.A.”, sent. del 10/8/1993).

(28) En el citado precedente “Rossi”, sent. del 9/12/2009.

El principio de libertad sindical también ha sido positivizado en nuestro derecho como un principio constitucional, no sólo porque el art. 14 bis consagra el derecho a una “*organización sindical libre y democrática*”, sino también, porque ha sido receptado en varios de los Tratados incorporados al art. 75.22 de la Constitución Nacional.

7) *Principio de primacía de la realidad*: Este principio determina que, en el Derecho del Trabajo, siempre deben prevalecer los aspectos fáctico-sustanciales por sobre los jurídico-formales, de modo que éstos no pueden frustrar la finalidad protectoria que orienta a las normas laborales.

Calificado como “principio antifraude” (Cornaglia, 2001: 205), la misión fundamental del principio de primacía de la realidad consiste en desactivar los mecanismos por los cuales se pretende evadir la aplicación de las normas laborales imperativas de derecho necesario para evitar las consecuencias y los costos que ellas traen aparejados para el empleador (primacía de los hechos sobre las formas). (29) Del mismo modo, el principio impone que se asigne relevancia exclusivamente a la situación material descripta por una norma, con prescindencia de las figuras jurídicas que la hubiera determinado (primacía de los hechos sobre el derecho) (30).

El principio de primacía de la realidad también ha sido positivizado en el art. 39.3 de la Constitución bonaerense (31).

8) *Principio de justicia social*: Al igual que el de libertad sindical, el principio de justicia social ha sido marginado por buena parte de los estudios que se ocupan de los principios del Derecho del Trabajo.

Sin embargo, su relevancia es mayúscula, desde que, en paralelo con el principio de progresividad (32), constituye un instrumento fundamental tanto para informar e interpretar el contenido de las normas laborales, como para resolver casos concretos en ejercicio de la función normativa de los principios. Tanto es ello así que se ha llegado a sostener, con acierto, que ninguna idea ha tenido tanta influencia en la evolución de las leyes laborales como la de justicia social, al punto tal que todo el Derecho del Trabajo puede considerarse un ordenamiento inspirado en él (Etala, 2004: 164).

Ese olvido es más paradójico en el derecho argentino, desde que el principio de justicia social ha sido expresamente mencionado en el art. 11 de la LCT (en plural: “los principios de la justicia social”),

(29) Por ejemplo, la simulación del contrato de trabajo encubierta bajo la cobertura de figuras contractuales no laborales (arts. 14 y 21, LCT).

(30) Claro ejemplo de ello lo constituyen las normas que regulan hipótesis de responsabilidad solidaria en nuestra legislación positiva, en tanto prescriben que, de verificarse la situación material atrapada por cada una de las normas, la consecuencia prevista en ellas (solidaridad) operará cualquiera fuera el acto jurídico que la hubiera originado (arts. 29, 30, 228, L.C.T.).

(31) La SCBA ha resaltado especialmente este principio: “Por imperio del principio que rige en materia laboral de primacía de la realidad deben prevalecer los hechos verificados en la causa sobre las formalidades o apariencias, más allá de lo que las partes hayan pactado o entendido convenir y aún sin necesidad de examinar el grado de intencionalidad o responsabilidad de cada una de ellas” (“Abbodanza c. Pacha Kin SRL”, sent. del 3/8/1993 y “García Cambón c. Clínica Colón SRL”, sent. del 1/10/2008). También ha dicho que “El principio de primacía de la realidad que preside e ilumina la materia laboral y consagra el art. 39 inc. 3 de la Constitución Provincial, hace que deban prevalecer los hechos verificados en la causa, por sobre las formalidades o apariencias” (“Medic Skontra c. Saneamiento La Plata”, sent. del 14/5/2008) y que el principio de primacía de la realidad está “enraizado en la esencia misma del derecho del trabajo” (“Aló c. Murua”, sent. del 28/5/2008).

(32) La vinculación entre ambos principios es íntima: cualquier norma progresiva constituye una medida de justicia social, mientras que, a la inversa, toda medida regresiva aumenta la injusticia social. De allí que en el magnífico voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni en el ya citado precedente “Aquino”, tras destacar el principio de progresividad (cons. 10º), se haya sostenido que el art. 39 de la ley 24.557 ha marchado en sentido opuesto a la justicia social al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo, formulando una preferencia legal inválida por contraria a la justicia social, a la que calificó como un principio señero que cobra relevante aplicación en el ámbito laboral (cons. 12º).

norma que parece reconocer algún paralelo con la derogada Constitución de 1949, en cuyo art. 40 se había cristalizado idéntica expresión.

El principio ha sido reiteradamente aplicado por la CSJN para desactivar normas contrarias a la justicia social (33) y encuentra respaldo constitucional en los arts. 75 incs. 19 y 22 de la Constitución Nacional y 39.3 de la Constitución bonaerense.

V. Bibliografía

ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALMANSA PASTOR, José M., "El despido nulo", Ed. Tecnos, Madrid, 1968.

ARCE Y FLOREZ-VALDEZ, Joaquín, "Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional", Ed. Civitas, Madrid, 1990.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México D.F., n° 27, octubre de 2007, págs. 7/28.

BARTH, José Francisco, "Principios y normas en la concepción del Derecho de Dworkin (comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís)", en Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica, San José de Costa Rica, n° 108, septiembre-diciembre de 2005, págs. 176/201.

BAYLOS GRAU, Antonio "Principio de libertad sindical", en NAHAS, Thereza Cristina (coord.), "Principios de Direito e Processo de Trabalho: questões atuais", Elsevier Editora, Río de Janeiro, 2009, págs. 119/153.

BOBBIO, Norberto, "El Modelo Iusnaturalista", en BOBBIO, Norberto y BOVERO, Michelangelo, "Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna", Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996.

BOBBIO, Norberto, "Teoría do ordenamiento jurídico", Universidad de Brasília, 4° Ed., Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo, "Curso di Direito Constitucional", Malheiros, Sao Paulo, 2000. CAPON FILAS, Rodolfo, "Sobre los principios del Derecho del Trabajo y su importancia en la actualidad", en Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, Buenos Aires, año LXX, n° 2, febrero de 2010, págs. 279/283.

CORNAGLIA, Ricardo J., "Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una teoría general del Derecho del Trabajo en la crisis", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

CORNAGLIA, Ricardo J., "El llamado 'principio de progresividad' en relación con la cláusula del progreso", en RAMIREZ, Luis E. (coord.), "El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional", Ed. B de f, Buenos Aires, 2007, págs. 4/40.

DIAZ COSUELO, José María, "Los principios generales del Derecho", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Ed. Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1993.

(33) Ya en el precedente "Berçaitz" (sent. del 13/9/1974, Fallos: 289:430) la Corte calificó a la justicia social como la justicia en su más alta expresión, y más recientemente -en un claro reconocimiento de la función normativa directa del principio- ha destacado su carácter imprescindible para el ejercicio del control de constitucionalidad en materia laboral, remarcando que éste "no puede prescindir de la orientación que marca la máxima in dubio pro iustitia socialis dado su carácter de principio inspirador y, por ende, guía de hermenéutica segura de cualquier normativa vinculada con los derechos y garantías laborales y sociales establecidos constitucionalmente" (conf. C.S.J.N. en el ya citado caso "Gentini, c. Estado Nacional Ministerio de Trabajo", sent. del 12/8/2008).

ETALA, Carlos Alberto, "Interpretación y aplicación de las normas laborales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004.

FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

GATTI, Ángel Eduardo, "El principio protectorio en la Ley de Contrato de Trabajo [L. 20.744 (t.o.) y sus reformas]", en *Doctrina Laboral*, Ed. Errepar, Buenos Aires, T° XIX, julio de 2005.

GARCIA FIGUEROA, Alfonso, "Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista de en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

GODINHO DELGADO, Mauricio, "Principios de direito individual e colectivo do trabalho", LTr Editora, 2ª ed., Sao Paulo, 2004.

MARTIN VALVERDE, Antonio, "Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos", en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LOPEZ CUMBRE, Lourdes (directores), "Los principios del Derecho del Trabajo", Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, págs. 39/72.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri, Prefacio, en NAHAS, Thereza Cristina (coord.), "Principios de Direito e Processo de Trabalho: questoes atuais", Elsevier Editora, Río de Janeiro, 2009 págs. X/XI.

MEIK, Moisés, "El sano juicio. El largo debate sobre irrenunciabilidad, indisponibilidad de derechos, imperatividad normativa y orden público laboral", en *Contextos*, Revista Crítica de Derecho Social, Editores del Puerto, Buenos Aires, n° 3, 1999, págs. 267/318.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n° 10, 1982.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, "La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid n° 33, 2001.

ORSINI, Juan Ignacio, "Indemnidad y ajenidad del trabajador frente al riesgo empresario. Análisis crítico del régimen legal de despidos y suspensiones por causas económicas", en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Buenos Aires, año 6, n° 39, 2009, págs. 513/526.

PEREZ REY, Joaquín, "Estabilidad en el empleo", Ed. Trotta, Madrid, 2004.

PLA RODRIGUEZ, Américo, "Los principios del Derecho del Trabajo", Ed. Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 1990.

RAMOS PASCUA, José Antonio, "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, N° IX, 1992, págs. 269/290.

SASTRE IBARRECHE, Rafael, "Derecho al trabajo", Ed. Trotta, Madrid, 1996.

SOBREVILLA, David, "El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy", en *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México D.F. n° 4, abril de 1996, págs. 97/105.

VAZQUEZ, José Antonio, "La materialidad del derecho laboral", Montevideo, 1953. ♦

Estado de la cuestión en la relación entre derecho e informática

POR **NOEMÍ L. OLIVERA** (*)

Sumario: I. Introducción. II. La relación entre derecho e informática. III. El "derecho informático" IV. Los problemas jurídicos mediados por TICS. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen: La problemática jurídica derivada de la generalización del uso de la informática puede ser considerada desde diversas perspectivas y utilizando distintas estrategias. En principio, la relación entre derecho e informática ofrece dos líneas de estudio bien diferenciadas: tratamiento automatizado de la información jurídica (Informática Jurídica) y los aspectos normativos derivados del uso de la informática (Derecho Informático). Cabe aún otra aproximación a la cuestión, cual es la que considera que el impacto de los desarrollos tecnológicos sobre la sociedad y el derecho, pone en crisis el paradigma jurídico de la Modernidad. El presente trabajo considera el estado de la cuestión en los tres lineamientos indicados.

PALABRAS CLAVE: Informática; Informática Jurídica; Derecho Informático

ABSTRACT: The legal problems derived from the spread of information technologies' use can be considered from different perspectives and using different strategies. The relationship between Law and Computing presents, at first sight, two different areas of study: the automatic treatment of legal information and the regulatory issues the use of information technologies demand. There is also a third possible area. Some studies pose that the impact of technologic development on Society and Law are leading the legal paradigm of Modernity to a terminal crisis. This paper analyzes the state of the art in these three different approaches.

KEY WORDS: Computing; Computers and Law; Cyberlaw

I. Introducción

Las tecnologías de la información y las comunicaciones -TICs- abarcan una muy amplia gama que incluye desde la telefonía celular hasta los métodos de interconexión descentralizada de [redes de computadoras](#) -de las que Internet es el ejemplo paradigmático-.

Por otra parte, al amparo de la progresiva convergencia del flujo de información en la Internet, se ha producido en los últimos tiempos una dramática aceleración del proceso de profundización y ampliación de la Sociedad de la Información, con la correlativa ampliación del espectro legal involucrado.

Más aún, la Sociedad de la Información, en tanto concepto que hace referencia al nuevo paradigma derivado de la transformación impulsada por los medios actualmente disponibles para crear y divulgar información mediante tecnologías digitales (Castells, 1998), constituye un nuevo desafío al tiempo de pensar en las características más adecuadas para el sistema jurídico llamado a reglar-

(*) Profesora Interina Titular de Derecho Comercial II. Directora del Grupo de Estudios de la Complejidad en la Sociedad de la Información (GFCSI). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

la. Ello así debido a la complejidad del fenómeno, esto es, la circunstancia de que observando los hechos que se dan en este contexto, se pueden establecer causas y efectos, pero no vincular necesariamente un efecto a una dada causa (Olivera-Proto, 2009).

II. La Relación entre Derecho e Informática

La problemática jurídica derivada de la generalización del uso de la informática, en tanto “conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores” (1), puede ser considerada desde diversas perspectivas y utilizando distintas estrategias.

En principio, la relación entre derecho e informática ofrece, desde los tiempos de sus primeros contactos, dos líneas de estudio bien diferenciadas:

- la aplicación de la informática en el tratamiento de la información jurídica
- y los aspectos normativos derivados del uso de la informática

II.1. La Informática Jurídica

La Informática Jurídica, cuyo origen se ha establecido en Estados Unidos, a fines de los años '50 (Téllez Valdes, 1987: 1118), es “la ciencia y la técnica del tratamiento de la información jurídica” (Bourcier et al, 2003: 31). El objeto de esta disciplina, a la que otros autores denominan Iuscibernética (Losano, 1968; Peñaranda Quintero, 2000), es el “tratamiento automatizado de las fuentes de conocimiento jurídico (sistemas de documentación legislativa, jurisprudencial y doctrinal), de las fuentes de producción jurídica y su organización (funcionamiento de organismos legislativos y judiciales) y de las decisiones judiciales (informática jurídica decisional) (2)” (Pérez Luño, 1996). Para ello “es necesario considerar ciertos elementos de origen, como son la aplicación de la lógica del derecho o raciocinio jurídico; análisis del discurso jurídico; aplicación de la teoría de los sistemas; aplicación de la teoría de la información, entre otros” (Ríos Estavillo, 1997: 45).

Como bien expresa Téllez Valdes, se puede considerar la Informática Jurídica como una “técnica interdisciplinaria que tiene por propósito la aplicación de la informática (entiéndase computadoras) para la recuperación de información jurídica, así como la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de dicha información, necesarios para una toma de decisión con repercusiones jurídicas” (Téllez Valdes, 1987: 1118).

De lo expuesto se sigue que la Informática Jurídica constituye una disciplina auxiliar del quehacer jurídico, en la cual, siendo interdisciplinaria, predomina el elemento tecnológico. En otras palabras, en el campo de la Informática Jurídica la tecnología se pone al servicio del derecho –y del operador jurídico-. Ello así porque quien trabaja para la Informática Jurídica tiene como fin principal la ordenación de la información jurídica –lo que conlleva su tratamiento- con el fin de crear instrumentos que permitan el acceso –recupero- a esa información, todo ello mediante la aplicación de las tecnologías de la información al derecho.

(1) informática. (Del fr. *informatique*). 1. f. Conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores. informático, ca. 1. adj. Perteneciente o relativo a la informática. 2. adj. Que trabaja o investiga en informática. Apl. a pers., u. t. c. s. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPOBUS=3&LEMA=informática>

(2) “Se llama informática jurídica decisional a aquel segmento de la informática jurídica de gestión que busca incorporar la intensa investigación que se desarrolla actualmente en torno a la aplicación de medios computacionales a la resolución automatizada de asuntos, especialmente a aquellos de carácter simple o repetitivo. En otras palabras, explora la viabilidad de aplicar al derecho los avances de esa compleja área de estudio que es la inteligencia artificial” (Hess Araya, 2001)

II.2. Aspectos normativos del uso de la informática

En el caso de la segunda línea, la referida a la regulación de los actos mediados por la informática, se observan notables diferencias derivadas de las tradiciones jurídicas, aún en el marco de lo que podemos llamar ‘occidental’.

En el mundo anglosajón pragmáticamente se ha tenido por reconocido el cyberlaw -son numerosos los trabajos realizados sobre este tema entre los que cabe citar: Edwards y Waelde (1997), Rosenoer (1997) y Johnston, Handa y Morgan (1997), pasando por Lessig (1999 y 2000), Susskind (1996)- y de ahí en más, los esfuerzos se destinan al abordaje de las problemáticas involucradas (Barrio, 2008).

En Iberoamérica -para limitarme al idioma español al tratar la cuestión en relación al derecho continental-, en tanto, continuamos discutiendo y es así como, para aludir a las cuestiones relativas a esta faceta normativa de la relación entre el derecho y las TICs tanto los autores como la academia han utilizado diversas designaciones. Así entre los primeros cabe citar Derecho Telemático (Delpiazzi y Viega, 2004), Derecho de las Nuevas Tecnologías (García Barrera, 2005; Rico Carrillo, 2007), Derecho de la Informática (Ríos Estavillo, 1997), Derecho de la Sociedad de la Información (Delpiazzi, 2004), Derecho del Ciberespacio (Peña, 2001) y entre los últimos Derecho Tecnológico (3) y Derecho de Internet (4).

No es necesario profundizar el análisis para advertir que el significado estricto de los términos utilizados en cada una de esas designaciones alude a conceptos más amplios o más estrictos que el que pretendidamente invocan. Es así como en tanto el Derecho de las Nuevas Tecnologías comprende la biotecnología y el Derecho Tecnológico no podría estar restringido a las ‘nuevas’ tecnologías, el Derecho del Ciberespacio y el Derecho de Internet no deberían, por caso, comprender cuestiones relativas a equipos y programas no destinados a ser conectados a la red, y el último, circunscribiéndose a la Internet, excluye otras redes actuales o futuras.

II.3. Ante un nuevo paradigma

Por amplio que parezca el espectro de las temáticas derivadas de la relación entre derecho e informática hasta aquí reseñadas, cabe aún otra aproximación a la cuestión, cual es la que considera que el impacto de los desarrollos tecnológicos sobre los modos de relacionamiento y, consecuentemente, sobre la respuesta esperable del derecho, pone en crisis el paradigma jurídico de la Modernidad. Es así como se ha postulado la emergencia de una *lex informatica*, régimen altamente dependiente de estándares tecnológicos (Reidenberg, 1998), que sería aplicable a las relaciones establecidas en la red, propuesta que ha sido enfáticamente rechazada desde una perspectiva iusprivatista (Feldstein de Cárdenas, 2005). Se ha llegado a vislumbrar, asimismo, la existencia de un sistema eminentemente jurídico, la *lex retialis* (Olivera, 2008; Iuale 2009), ‘ley de la red’ que alcanzó reconocimiento como fuente del derecho transnacional en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

III. El “Derecho Informático”

Limitando en esta parte el análisis a los aspectos normativos del uso de la informática en el marco del paradigma vigente, hasta el presente ha predominado la visión de quienes se sitúan en el campo de lo que, particularmente en Iberoamérica, se conoce como ‘Derecho Informático’, traducción de *Rechtinformatik*, término acuñado en los [años setenta](#) por el Prof. Dr. Wilhelm Steinmüller. Se impone aquí expresar que distinguidos especialistas niegan al Derecho Informático el carácter de rama autónoma (Olivera, 2008 b).

(3) <http://derechotecnologico.com.ar/presentacion.htm> Sitio construido y mantenido por abogados que cursan la especialización en Derecho de la Alta Tecnología en la UCA, 2006.

(4) Universidad Internacional de La Rioja. Experto universitario en derecho de Internet. http://www.unir.net/postgrado-experto-universitario.php?gclid=CMKJv8eipJ0CFZJM5Qodhlg_3A

Por otra parte, siendo que no hay acuerdo sobre el contenido de esta probable nueva rama del derecho, ni siquiera entre los que le reconocen tal carácter y denominación, al presente se puede considerar que el objeto del Derecho Informático está constituido por: Internet, tema que comprende el Régimen jurídico de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP), el Marco regulatorio de las telecomunicaciones y lo relativo a Nombres de Dominio; el régimen aplicable al Documento electrónico y la Firma digital; la regulación del Correo electrónico; la Protección de datos personales en entornos electrónicos; los Derechos intelectuales y la Propiedad intelectual tanto de los creadores de sistemas y programas como de los desarrolladores de contenidos en la red; el régimen del Comercio electrónico; el Teletrabajo y sus consecuencias, tanto laborales como sociales; la cuestión relativa a la Responsabilidad civil en entornos cuyo carácter digital involucra una multiplicidad de intermediarios; aspectos significativos del Gobierno electrónico; la problemática referida a los Delitos informáticos y, tanto en el plano delictual como en el contractual, las Pericias informáticas. Todo ello sin omitir el nuevo fenómeno constituido por las Redes Sociales ni descartar la posible emergencia de otras alternativas de relacionamiento a partir del desarrollo tecnológico.

Ahora bien, la falta de reconocimiento del Derecho Informático como rama autónoma genera un obstáculo social (Cossio, 1963) que sólo beneficia a aquellos que ocupan una posición de poder en el manejo de las TICs –por caso, los Derechos Intelectuales en entornos digitales (Vercelli, 2009)-. Esto es así porque al negar su autonomía, se obliga al Derecho Informático a regirse por principios propios de otras ramas del derecho que no permiten una comprensión plena de la situación en conflicto. Si, por el contrario, se reconociera que el Derecho Informático es una rama autónoma, los principios de otras ramas pasarían a un segundo plano. La subsunción del Derecho Informático en otras ramas impide también la posibilidad de tratarlo en su conjunto y, por tanto, de lograr un mayor conocimiento y estudio de su objeto (Licada-Olivera, 2009).

Volviendo a la cuestión de la autonomía del Derecho Informático, tanto quienes la reconocen como quienes la niegan, desde una perspectiva profesionalista (Barrio, 2008), focalizan la cuestión en las demandas que el uso de las TICs propone a los derechos nacionales y, a partir de allí, desarrollan respuestas instrumentales, las que generalmente ofrecen sucedáneos digitales del soporte papel para, de ese modo, ante la utilización de medios electrónicos, tener por cumplidas las exigencias formales de la legislación vigente (Olivera, 2008 b). En suma, hasta el presente la reacción del mundo jurídico ante esta problemática ha estado dirigida a la introducción de nuevas normas en el sistema. Sin embargo esta solución no alcanza para satisfacer las demandas que pueden plantearse a partir de las ‘nuevas situaciones/relaciones’ con significación jurídica pasibles de suscitarse en el marco de las denominadas ‘redes sociales’, especie de relaciones *sui generis*, nacidas de las posibilidades que brindan las TICs y que no tienen su correlato fuera de la red.

III.1. Introducción de normas en el sistema: la ‘complejidad’ jurídica

“Cualquier ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, debe expresar una coherencia intrínseca; es decir debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios” (Zagrebelsky, 2005: 30). Sin embargo, con el avance de la Sociedad de la Información se ha ido incorporando en cada sistema jurídico un progresivo entramado de parches compuesto por nuevos institutos o sucedáneos electrónicos de otros originariamente previstos para su formalización en soporte papel. Todo ello realizado, las más de las veces, sin una previa ponderación de su impacto en el juego de las demás normas con las que esas novedades están llamadas a interactuar (Olivera y Proto, 2009).

El sistema jurídico es un sistema complejo (Ross, 2005) compuesto por institutos / instrumentos -I- (las normas -leyes, decretos, resoluciones, etc.- y aún los artículos de esas normas) que interactúan entre ellos. Dada la tendencia de las decisiones legislativas adoptadas, y tal como se ha expresado, en la medida que se desarrollan nuevas tecnologías, y ante la correlativa necesidad de regularlas, aumenta el número de los I que integran el sistema.

De este modo, el sistema resulta progresivamente compuesto por más y más I, generalmente definidos a diferentes estándares tecnológicos -toda vez que el principio de neutralidad tecnológica (ALFA REDI, 2006), sonoramente proclamado (Van der Haar, 2007), es escasamente respetado (ONT, 2008)-. Es así como los nuevos I no siempre actúan de modo sincronizado, tanto entre sí como con los viejos I. Cabe señalar aquí que la interacción entre los I puede realizarse tanto de modo cooperativo (virtuoso) como colisionando e interfiriéndose entre ellos (comportamiento no cooperativo). Esto es lo que probablemente sucederá, y de hecho sucede, cuando los nuevos I, destinados a satisfacer las demandas de los desarrollos tecnológicos, son introducidos en el sistema para 'emparchar' algunas situaciones. Entonces, nuevos I y viejos I interactúan como predador-depredado (Adamic y Huberman, 2000), llevando al sistema jurídico a un comportamiento caótico en el sentido de la dinámica no-lineal (Olivera, Proto y Redelico, 2008) o, en palabras de Zagrebelsky, "a una 'guerra civil', paso previo a la anarquía en la vida social".

Pocos esfuerzos se destinan a analizar cómo los instrumentos que están siendo creados en virtud de las demandas del desarrollo tecnológico y la Sociedad de la Información interfieren en el sistema jurídico vigente (5).

III.2. Las redes sociales

Se denomina 'Redes Sociales' a estructuras basadas en un servicio desarrollado sobre Internet que permite a las personas construir un perfil público o semi-público dentro de un sistema delimitado en el cual los individuos se interconectan e interactúan (Boyd y Ellison, 2007). Ellas constituyen una forma de interacción social, definida como un intercambio dinámico entre personas, grupos, e instituciones, generalmente desconocidas entre sí. La red busca explotar los intereses comunes entre los usuarios y potenciar los vínculos. El sistema actualmente difundido de las redes sociales ofrece la posibilidad de interactuar con otras personas aunque no las conozcamos, es abierto y se va construyendo con cada persona que crea su perfil dentro de la red. Cada suscriptor a la red aporta, como nuevo miembro que ingresa, su estilo de vida, imagen, profesión y hasta creaciones artísticas (Lofeudo y Olivera, 2009).

Las redes sociales se han extendido a los ámbitos profesionales, tanto como buscador de trabajo/trabajadores, como en su función de ampliación de contactos para establecer nuevas vías de negocio. Las redes sociales profesionales son plataformas sirven de punto de reunión donde los usuarios pueden entrar en contacto con empresas y otros profesionales de su ramo para compartir experiencias, dejar su currículum vitae o incluso gestionar vínculos comerciales. Entre estos sitios se destacan Xing -con 6,5 millones de usuarios en todo el mundo- y LinkedIn, que cuenta con más de 25 millones de usuarios (Redes sociales, 2009).

(5) Entre las escasas contribuciones en tal sentido se cuentan nuestros: Olivera N. y Proto A. La Sociedad de la Información sólo será posible después de una Revolución Jurídica. JAIIO, Anales 2005, Simposio sobre la Sociedad de la Información; Olivera N. y Proto A. Sordo, ciego y mudo: El legislador ante la Sociedad de la Información. VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica "Sociedad, Diversidad y Derecho", FCJyS -UNLP- y Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, La Plata, 2006; Lipskier N., Olivera N. y Proto A. Legal policies for ICT in Latin America. VI Computer Law World Conference. Edimburgo, Escocia, 2006; Olivera N. y Proto A. Social Inclusion, E Commerce and Law. The Case of Latin American Small and Medium Enterprises. IADIS International Conference e Society 2006, Dublín, Irlanda, Vol. II, 2006; Olivera N. y de Ortúzar M. G. The Nature of the Internet. Law and Ethics for the Information Society. IADIS International Conference e-Society 2007, Lisbon, Portugal. Proceedings, pp.284-288; de Ortúzar M. G, Olivera N. y Proto A. Justice and Law in/for the Information Society. COLLECTeR Iberoamérica 2007, Córdoba, Argentina, Actas del Congreso, pp.297-304; Olivera N, Proto A. y Redelico F., Legal Policies for the Sustainability of the Information Society, [RC33 2008 - 7th International Conference on Social Science Methodology](#), Napoles, Italia, 2008; Olivera N., En busca de la Lex Retialis. AR: Revista de Derecho Informático, Alfa Redi, Edición: No. 116 - Febrero del 2008; Olivera N., Reflexiones en torno al sistema jurídico de la Sociedad de la Información, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, N° 38 (Nueva Serie) Editorial La Ley, 2008, pp.597/609; Olivera N. y Proto A., On behalf of whom? IADIS International Conference e-Society 2008 Conference, Algarve, Portugal. Proceedings, pp.589/593.

La creciente importancia de la problemática se demuestra al mencionar que un informe de ComScore (6) refleja un crecimiento promedio de un 314% de los usuarios de la red social Facebook en Europa, desde febrero del 2008 a febrero de 2009. En este período, creció un 2721% su uso en Italia, un 999% en España, un 518% en Francia, y un 499% en Suiza.

“Las redes sociales propician la interacción de miles de personas en tiempo real, con base en un sistema global de relaciones entre individuos basados en la estructura social de Georg Simmel. Si tenemos en cuenta que toda actividad humana genera consecuencias jurídicas, podemos afirmar que las redes sociales no son otra cosa que máquinas sociales diseñadas para fabricar situaciones, relaciones y conflictos con multitud de efectos jurídicos. ... Las redes sociales han existido desde el comienzo de los tiempos, desde que el hombre es un *zoon politikon*. En cambio, la digitalización de éstas es muy reciente y en poco tiempo se han convertido en el fenómeno mediático de mayor envergadura.” (Fernández Burgueño, 2009).

Y sólo excepcionalmente tales situaciones, relaciones y conflictos podrán ser tratados, ampliando el concepto de equivalencia funcional (7), ‘como si’ fueran otros ya contemplados en el ordenamiento.

IV. Los problemas jurídicos mediados por TICs

Los problemas jurídicos en entornos digitales o mediados por las tecnologías de la información y las comunicaciones involucran, debido a la internacionalidad connatural de la red, diferentes tradiciones legales y diversas ramas del derecho. Hasta se podría plantear que la Sociedad de la Información está llamada a producir, en el ámbito jurídico, un impacto en la idea misma de internacionalidad (Iuale y Olivera, 2009).

Más aún, estos problemas exponen crudamente las limitaciones del monopolio estatal de la producción jurídica -‘monismo’-. Mientras en el campo del Derecho Privado, para garantizar la defensa de la propiedad, basamento del derecho de la Modernidad, tradicionalmente se reconocen dos alternativas no dependientes de legislaciones nacionales para resolver conflictos que trascienden las fronteras, la *Lex Mercatoria* y los Principios de Unidroit (Galgano, 2005), cuando entramos en el terreno de las potestades soberanas –los marcos regulatorios, por ejemplo-, a poco andar nos encontraremos con normas indisponibles que, en el imaginario decimonónico, se constituirían en vallas insalvables, independientemente del poder relativo de los actores intervinientes. Claro está que la tendencia a celebrar tratados internacionales multilaterales, que obliguen a los estados, viene a cumplir la función de asegurar subsidiariamente, por medio de la forma y la fuerza jurídicas, el funcionamiento de los mercados internacionales de bienes y servicios. Es así como se produce una “relativización del carácter absoluto de la soberanía, dispersión del poder normativo entre organizaciones internacionales, estados y empresas multinacionales, la interpenetración de lo público y lo privado, factores que van minando la capacidad del derecho estatal de organizarse en forma de actos unilaterales que transmiten de modo imperativo las decisiones y mandatos del legislador o del gobierno.” (Medici, 2006).

IV.1. Los principios del derecho

Formados en el paradigma decimonónico, se nos hace casi natural pensar que el derecho es la ley. Nos enseñaron que ser un buen jurista consiste en ocuparse de las normas. Casi olvidamos que en el derecho, además de reglas, hay principios y que sólo ellos desempeñan un papel ‘constitutivo’ del orden jurídico Zagrebelsky, 2005: 109). Tal vez por esta razón, el hombre de la calle desconfía

(6) [http://www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases/2009/4/Facebook_Top_Social_Network_in_Spain/\(language\)/eng-US](http://www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases/2009/4/Facebook_Top_Social_Network_in_Spain/(language)/eng-US). Consulta realizada el 10 de mayo de 2009.

(7) “El principio denominado en doctrina de la equivalencia funcional, se refiere a que el contenido de un documento electrónico surta los mismos efectos que el contenido en un documento en soporte papel, en otras palabras, que la función jurídica que cumple la instrumentación mediante soportes documentales en papel y firma autógrafa respecto de todo acto jurídico, la cumpla igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos”. (Rico Carrillo, 2000).

de un “derecho que es algo diferente a la justicia, algo que se identifica con la ley (quizá se pueda precisar que es diferente a la justicia precisamente porque se identifica con la ley).” (Grossi, 2003: 21). En este marco, “los ciudadanos sólo pueden esperar que los productores de las leyes –que son, además, los titulares del poder político- se adecuen a [la justicia], pero de todos modos también deben prestar obediencia a la ley injusta.” (Grossi, 2003: 22).

Pero, en el tercer cuarto del siglo XX se fue rearticulando lo jurídico con lo ético, lo económico, lo social. Hoy sabemos que sólo desde una teoría jurídica multi y transdisciplinaria puede intentarse dar respuesta a la complejidad de la sociedad globalizada. Entre muchas otras, se impone buscar respuestas a estas preguntas ¿Un solo derecho o pluralidad de derechos? ¿Derecho como conjunto de normas o como práctica social discursiva? (Cárcova, 2007: 56)

Entonces, debemos asumir que otras experiencias históricas han vivido la dimensión jurídica de otra manera y volver la mirada al mundo medieval. En la civilización medieval el derecho reposa en los estratos de la sociedad; no es la voz del poder, no sufre empobrecimientos ni particularismos. Sociedad y derecho tienden a fundirse: la dimensión jurídica no puede ser pensada como un mundo de formas puras o de simples mandatos separados de la realidad social. El derecho, realidad radical, “tiene su propia onticidad, pertenece a un orden objetivo, está dentro de la naturaleza de las cosas donde se puede y se debe descubrir y leer. Y consecuentemente el derecho se concibe aquí sobre todo como interpretación, es decir, consiste sobre todo en el trabajo de una comunidad de juristas que “... lee los signos de los tiempos...” (Grossi, 2003: 27). No se alude aquí, claro está, a la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador, sino a la comprensión de los principios a los que se presta adhesión, por lo que es importante entender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión (Zagrebelsky, 2005: 109).

Entonces, frente a una realidad cuya eminente transnacionalidad la hace incompatible con los dogmas de la estatalidad y la reducción del derecho a la ley –norma abstracta y general emanada de autoridad competente-, debemos abandonar la presuntuosidad nacida del mito de la modernidad que nos ha hecho creer que cabe a los operadores jurídicos –legisladores y juristas- crear el derecho y abocarnos, sin más, a descubrir los principios jurídicos que son válidos para la Sociedad de la Información.

IV.2. *Hacia la Lex Retialis*

Sea en el marco de legalidad estatal del paradigma moderno o en ejercicio de la nueva soberanía que visualiza Galgano, en la que “los Estados ya no son soberanos *uti singuli*; podrán serlo solamente *uti socii*, es decir como miembros de organizaciones internacionales capaces de gobernar los mercados globales” (Galgano, 2008), aún queda por resolver qué derecho y cuáles principios son válidos para regir las relaciones jurídicas comprendidas en la Sociedad de la Información.

Si se adoptara un ordenamiento particularizado, la Sociedad de la Información toda correría el riesgo de convertirse en uno de los ghettos de la posmodernidad que propone Dahrendorf (Cárcova, 2007: 59). Por otra parte, y como ya se expresara, los actores dinámicos de la Sociedad de la Información no podrían aspirar a darse una legalidad alternativa (Wolkmer, 2003), en razón de su necesaria interacción con los demás miembros del sistema social, a un lado y otro de la Brecha Digital.

Entonces, la alternativa sería utilizar, para la aplicación del ‘derecho de la Sociedad de la Información’ un criterio de concurrencia al estilo del adoptado en tiempos del *ius mercatorum*, que “nace como un derecho creado por la clase mercantil, sin intervención de la sociedad política; como derecho impuesto no en nombre de la comunidad, sino en el de una clase. Su relación con los demás derechos es de concurrencia; así, su presupuesto de aplicación se genera por el solo hecho de haber entrado en contacto con un mercante. Entonces, los otros derechos, sean universales o particulares, deben ceder” (8) (Galgano, 2001). La cuestión referida al presupuesto de aplicación del nuevo

(8) La versión en español fue preparada en 2007 por María Paula Ripa, en el marco del Seminario de Investigación, que realizó bajo la modalidad de Pasantía en Proyecto de Investigación, en el Proyecto “Las PYMES entre las TICs y el Derecho”, 11 J 078.

derecho es, claro está, una situación a decidir, pero no podrá estar muy lejos de la mediación de las TICs en la realización de un acto con consecuencias jurídicas.

A este nuevo derecho, que por tratarse de la 'Ley de la Red', es de carácter global, lo hemos denominado *lex retialis*. Con esta expresión, al estilo de la *nueva lex mercatoria* (9), se alude al nacimiento de un derecho universal, cuya función es la de superar la discontinuidad jurídica provocada por los Estados.

Los principios y las reglas de la *lex retialis* están siendo definidos en el proceso de construcción de la Sociedad de la Información que estamos transitando. Sin duda deberán ser tan dúctiles como las tecnologías que determinan los caracteres de la nueva sociedad. Por lo pronto, como se anticipara, en las Conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional Privado de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se lee: "En particular: 1. En la Sociedad de la Información, "la ley de la red" es una de las fuentes del derecho transnacional cuya fortaleza irá en amplio crecimiento y generará espinosos conflictos de fuentes, que deberán ser resueltos con el debido respeto del orden público internacional" (10).

V. Conclusiones

El recorrido efectuado hasta aquí por las distintas formas de vinculación entre el derecho y la informática permite advertir que, tal como resultaría esperable, los primeros contactos tuvieron carácter puramente instrumental. En ese tiempo los tecnólogos ofrecían a los operadores jurídicos herramientas para desarrollar de modo más eficiente la profesión jurídica. Cabe destacar que esta faceta de la relación no sólo perdura, sino que, en su maduración, ha adquirido caracteres que tornan inimaginable el ejercicio profesional sin su intervención. No sólo se trata ya del acceso a bases de datos de doctrina y jurisprudencia, la actividad judicial misma está incorporando institutos inherentes a la Informática Jurídica, cual es el caso de la incorporación de las notificaciones electrónicas en los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires.

En este ámbito queda pendiente, claro está, la cuestión relativa a la informática jurídica decisonal, esto es la inteligencia artificial aplicada al derecho, tema que intencionalmente no se ha abordado en el presente toda vez que, aún no habiendo alcanzado un desarrollo compatible con su aplicación concreta, agita pasiones del lado de los juristas.

La convergencia de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Internet y la masificación de la utilización de computadoras personales fue conduciendo progresivamente a la utilización de estas tecnologías para la realización de actos con consecuencias jurídicas. Entonces, en un contexto que sólo concibe al derecho en tanto ley, la sociedad civil y el mundo empresario fueron demandando la recepción normativa de los actos/institutos que las TICs hacen posibles. Es así como, por ejemplo, en nuestro país fueron sancionadas leyes de Firma Digital y Delitos Informáticos, mientras aún se reclama la regulación del Comercio Electrónico. Párrafo aparte merecería la cuestión referida a la vigencia cierta de las normas sancionadas, cuestión que no se aborda aquí por no constituir problema exclusivo de esta parte del campo jurídico.

En suma, al presente los ordenamientos jurídicos incluyen una multiplicidad de normas que regulan distintos aspectos de una materia que exhibe su unidad conceptual. Pero, al carecer esta

(9) "Hoy, por *lex mercatoria* se entiende un derecho creado por los empresarios, sin la mediación del poder legislativo de los Estados, formado para disciplinar en modo uniforme las relaciones comerciales que se crean dentro de la unidad económica de los mercados. Esta nueva *lex mercatoria* se enmarca en una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados; su función es la de superar la discontinuidad jurídica provocada por ellos." Conf. Galgano F., *Lex Mercatoria*, Il Mulino, Italia, 2001. Versión en español cit.

(10) http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/com08_conclusiones_derecho_internacional_privado.doc. Consultado: Octubre 10, 2009

materia de reconocimiento doctrinario formal, en el caso concreto, el decisor puede ser llevado a utilizar principios de otras ramas, lo que podría alejar a su decisión, si no de la legalidad, al menos, de la equidad.

Por otra parte, la Sociedad de la Información invita a pensar en el desarrollo de un derecho propio, que de respuestas a las demandas de este tiempo/espacio que excede, con mucho, los mercados. Entonces, así como el *ius mercatorum* nacido como derecho creado por la clase mercantil medieval, sin intervención de la sociedad política, realizaba la unidad del derecho en la unidad de mercados al aplicarse en una continuidad territorial, la *lex retialis*, nacida de los principios que respetan en sus prácticas los miembros de una sociedad que trasciende fronteras, cual es la Sociedad de la Información, está llamada a hacer la unidad del derecho allí donde la legalidad estatal encuentra sus límites.

VI. Bibliografía

- Adamic L. A. y Huberman B. A. The Nature of Markets in the World Wide Web. En: Quarterly Journal of Electronic Commerce, 1 (2000), p. 5-12. <http://www.hpl.hp.com/research/idl/papers/webmarkets/>
- ALFA-REDI, 2006, Documento de Trabajo 1/2006: Sobre Neutralidad Tecnológica. <http://www.alfa-redi.org/ar-dnt-documento.shtml?x=6080>
- Barrio, Fernando (2008). Sobre la existencia del Derecho Informático. Revista Electrónica de Derecho Informático, Edición Nº 121, Agosto 2008, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10726>.
- Bourcier Danièle, Casanovas Pompeu, Casanovas Romeu Pompeu, Inteligencia artificial y derecho, Volumen 3 de Manuales / Universitat Oberta de Catalunya, Editorial UOC, 2003.
- Boyd, D. M., & Ellison, N. B. (2007). Social network sites: Definition, history, and scholarship. Journal of Computer-Mediated Communication, 13(1), article 11. <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html>
- Cárcova C. M., Las teorías jurídicas post positivistas, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- Castells M., La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura. Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- Cossio, Carlos "La Teoría Ecológica del Derecho, Su Problema y Sus Problemas" Abeledo-Perrot 1963.
- Delpiazzo, Carlos E. El nuevo derecho de la sociedad de la información, ponencia presentada en el X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Sociedad y Tecnologías, los desafíos de la economía digital, Chile, 2004.
- Delpiazzo, Carlos E. y Maria Jose Viega (2004) Lecciones de Derecho Telemático, Fundación de Cultura Universitaria
- Edwards Lilian and Waelde Charlotte (eds), Law & the Internet - Regulating Cyberspace, Hart Publishing, Oxford, 1997
- Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, La lex informática: la insoportable levedad del no ser, Octubre 2005, <http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200510-42551013910542851.html>
- Fernández Burgueño Pablo, Clasificación de Redes Sociales, Marzo 2, 2009, <http://www.pablo-burgueno.com/2009/03/clasificacion-de-redes-sociales/> Consulta: abril de 2009
- Galgano F. "Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización". En: Estudios sobre Lex Mercatoria. Una Realidad Internacional. Silva Jorge Alberto (Coordinador), Derechos Reservados, (C) 2008, IIJ-UNAM, Edición digital: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2201/7.pdf>

- Galgano F., La globalización en el espejo del derecho. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2005.
- Galgano F., Lex Mercatoria, Il Mulino, Italia, 2001
- García Barrera, Myrna Elia, Derecho de las Nuevas Tecnologías, www.juridicas.unam.mx, 2005.
- Grossi P., Mitología Jurídica de la Modernidad, (traducción de Manuel Martínez Neira) Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Hess Araya, Christian. Inteligencia Artificial y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Informático, Edición N° 039, Octubre 2001, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=821>
- Iuale C. y Olivera N. El Concepto de 'Internacionalidad' en la Sociedad de la Información. Simposio de Informática y Derecho, 38 JAIIO, Mar del Plata, agosto de 2009. Con referato. Publicado en Anales 38 JAIIO, ISSN 1850-2776.
- Iuale, Corina. La lex retialis como fuente del derecho, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009, <http://www.derechocivilcba.com.ar/ponencias.html>
- Johnston, David; Handa, Sunny & Morgan, Charles, Cyberlaw, 1997, Stoddart.
- Lessig Lawrence (1999) The Law of the Horse: What Cyberlaw might Teach, Research Publication No. 1999-05, The Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School.
- Lessig Lawrence (2000) Code and other Laws of Cyberspace, Basic Books;
- Liceda E. y Olivera N. Reflexiones sobre el carácter del Derecho Informático. En: Actas, XIII Jornadas de Investigadores y becarios en ciencias jurídicas y sociales, Mar del Plata, septiembre de 2009. Ed. UNMdP, pp.307-316.
- Lofeudo I. y Olivera N. Redes sociales y derecho. La cuestión vista desde la perspectiva de los principios jurídicos y del derecho argentino. Simposio de Informática y Derecho, 38 JAIIO, Mar del Plata, agosto de 2009. Con referato. Publicado en Anales 38 JAIIO, ISSN 1850-2776.
- Losano, Mario. Giuscibernetica. En: Novi Sviluppi Della sociologia del diritto, Milano, Edizione di Comunità, 1968, pa.307.
- Medici A., Globalización y crisis del estado de derecho. Ponencia al III Congreso Nacional de Derecho Político. Córdoba, septiembre de 2006. <http://www.eco.unlpam.edu.ar/Tteoricos/Derecho%20Politico/globalizaci%C3%B3n%20y%20crisis%20del%20estado%20de%20derecho.pdf>
- Observatorio de Neutralidad Tecnológica (ONT), 2008, Tercer Informe, Autoría legal José María Lancho Rodríguez, Autoría técnica Julián Coccia, Carlos Alvarez Novoa, Agustín Rodríguez Torres, Disponible en: http://www.neutralidad.es/informes/Tercer_Informe.pdf
- Olivera N, Proto A. y Redelico F., Legal Policies for the Sustainability of the Information Society, [RC33 2008 - 7th International Conference on Social Science Methodology](http://www.rc33.org), Nápoles, Italia, 1-5 septiembre de 2008
- Olivera N. En busca de la Lex Retialis. AR: Revista De Derecho Informático, Alfa Redi, ISSN 1681-5726 Edición: No. 116, 2008 a.
- Olivera N. Reflexiones en torno al sistema jurídico de la Sociedad de la Información, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, N° 38 (Nueva Serie) Editorial La Ley, 2008 b, pp.597/609.
- Olivera N.L. and Proto A. N., Information Society: The problem of LAW in terms of the 'Legal Complexity' notion. IADIS Conference on e-Society, 2009, Barcelona, Proceedings, Vol. II, p. 3-7 ISBN: 978-972-8924-78-2.

- Peña, Daniel. El Derecho del Ciberespacio, Fundamentación Tecnológica en el Análisis del Derecho, Alfa-Redi, No. 037 - Agosto del 2001
- Peñaranda Quintero, Héctor Ramón Nociones Generales acerca de la Cibernética y la Iuscibernética., REDI Revista Electrónica de Derecho Informático - Núm. 29, Diciembre 2000
- Pérez Luño, Antonio Enrique. Manual de informática y derecho. Barcelona, Ariel, 1996.
- Redes sociales: haciendo amigos y algo más. Relaciones Empresariales. <http://www.franqui-ciashoy.es/noticias/21474/06/05/2009.html>. Consulta realizada el 3 de abril de 2009.
- Reidenberg, Joel R. Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology, Texas Law Review, Volume 76, Number 3, February 1998.
- Rico Carrillo, Mariliana. Validez y regulación legal del documento y la contratación electrónica, AR: Revista de Derecho Informático, No. 019 - Febrero del 2000. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=422>
- Rico Carrillo, Mariliana (Coord.). Derecho de las nuevas tecnologías, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2007.
- Ríos Estavillo, Juan José, Derecho e Informática en México. Informática Jurídica y Derecho de la Informática, 1997, UNAM, ISBN 968-36-5913-6, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=147>. Consulta: octubre 2008
- Rosenoer, Jonathan. "CyberLaw: The Law of the Internet", 1997, Springer-V.
- Ross D., 2005, Economic Theory and Cognitive Science, The MIT Press. y Ward L. M., 2001, Dynamical Cognitive Science. The MIT Press.
- Steinmüller W. (Hg.), EDV und Recht. Einführung in die Rechtsinformatik, 1970, Berlin, Schweitzer Verlag.
- Susskind, Richard (1996) The Future of the Law, Oxford University Press
- Téllez Valdes, Julio. Derecho Informático, México, UNAM, 1987.
- Van der Haar I M, 2007, Technological Neutrality; What Does it Entail?. TILEC Discussion Paper No. 2007-009. <http://ssrn.com/abstract=985260>
- Vercelli A. Repensando los bienes intelectuales comunes: análisis socio-técnico sobre el proceso de co-construcción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales para su gestión. Publicado en el 'Sitio Web de Ariel Vercelli' el 16 de abril de 2009; ISBN-978-987-05-6304-4. URL: <http://www.arielvecelli.org/rlbic.pdf>
- Wolkmer A. C., Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina, 2003, Red de Bibliotecas Virtuales de Ciencias Sociales de América Latina y el Caribe, de la Red de Centros Miembros de CLACSO <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf>
- XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 23-25 de septiembre de 2009. Conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional Privado, http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/com08_conclusiones_derecho_internacional_privado.doc. Consultado: Octubre 10, 2009
- Zagrebelsky G., El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Editorial Trotta, Madrid, 6ª edición, 2005. ♦

Análisis de la Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet

POR JOSÉ MARÍA LEZCANO (*)

Sumario: I. Introducción. II. Marco Teórico y Documental. III. Planteo de la cuestión. IV. Estado del Arte previo a la sentencia. V. El panorama desde la Comunicación Social. VI. La sentencia de Primera Instancia. VII. La búsqueda de aplicación de Principios Generales. VIII. La responsabilidad de los Buscadores de Internet es Objetiva. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

Resumen: El presente artículo plantea elementos de análisis sobre un nuevo conflicto que se presenta en la Sociedad de la Información. Aquel que involucra derechos personalísimos frente a la libertad de expresión en Internet, la búsqueda de información, y la actividad que desarrollan empresas que brindan ese servicio online.

Un reciente caso de primera instancia, el cual tiene como partes a una integrante del otrora popular grupo musical “Bandana” versus las empresas que ofrecen servicios de búsqueda de información por Internet que hoy lideran el mercado Google Inc. y Yahoo! de Argentina, permite el análisis del estado de la cuestión, recorriendo conceptos de la Comunicación Social, y centrándolo en el análisis de la responsabilidad que de él surge.

El objetivo del trabajo es explorar distintos argumentos jurídicos y tecnológicos, para buscar despertar en el Derecho una perspectiva que acompañe el avance tecnológico, que sea capaz de alcanzar estos nuevos conflictos.

Palabras Clave: Buscadores de Internet; Libertad de Expresión; Derechos Personalísimos; Responsabilidad Civil; Derecho Informático.

Abstract: This paper poses some elements to analyze a new conflict, which appears as regards the Information Society. A conflict that opposes absolutely inalienable personal rights to freedom of expression in Internet; information search and the activity of desk search companies.

A recent first instance decision, which counts with a member of the once popular group “Bandana” versus Google Inc. y Yahoo! de Argentina, the leading companies in the market of Internet Searchers, allows the analysis of the state of the art, covering concepts of Social Communication and focusing on the liabilities involved.

The papers’ aim is to explore the different legal and technological arguments, so as to wake in the legal field a perspective of analysis that accompanies the technologic development in order to catch up with these new conflicts.

Key Words: Internet Searchers; Freedom of expression; Absolutely Inalienable Personal Rights; Civil liability; Ciber Law.

I. Introducción

La Sociedad de la Información (1) presenta situaciones de conflicto especiales. La dinámica y estructura de esas situaciones poseen características similares a los conflictos tradicionales -entre ellos

(*) Abogado. Becario UNLP. Coordinador y obrante de los Seminarios “Derecho Informático” y “Mediación, Ética y Ejercicio de la Abogacía”, integrante del Proyecto “La Sociedad de la Información como desafío”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(1) Llamamos Sociedad de la Información (SI) al contexto social, político, económico y cultural en el cual nos inter-relacionamos con y a través de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TIC).

los jurídicos- aunque el nuevo contexto social y tecnológico las dota de aristas nuevas y muy diferentes. Algunas de estas nuevas características son aportadas, por ejemplo, por las partes de la disputa (2) y la especial interrelación que se establece entre ellas (3), otras por el desarrollo y avance tecnológico cual que somos testigos.

El presente trabajo constituye un análisis de una de esas nuevas situaciones de conflicto, partiendo de la sentencia “Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina SRL y Otro s/ Daños y Perjuicios” (4), y realizado desde una óptica netamente jurídica, centrada en los fundamentos y criterios de responsabilidad jurídica de cara al contexto informático que debe enfrentar el derecho.

II. Marco Teórico y Documental

Respecto del marco teórico con el que se trabaja, se recurre a los principios generales de metodología que nos ofrece Humberto Eco, y en particular autores que sean guía para trabajar metodológicamente en el campo de las ciencias sociales, como Cárcova, Wainerman y Ruth.

El análisis teórico-jurídico del fallo se centra sólo en algunas consideraciones sobre aspectos de la responsabilidad civil. Y recortando el marco de observación sobre una parte que se puede considerar central de la sentencia, aquella que fija su atención en el factor de atribución, dejando fuera estudio el resto de las partes del fallo antijuricidad, nexo causal y daño. Para ello se buscarán aquellos elementos relevantes para la construcción de responsabilidad jurídica de los buscadores de Internet que realiza la sentencia.

En consecuencia se ha trabajado con autores civilistas clásicos como Borda, Llambías, Spota, así como con otros más contemporáneos como Rivera, López Mesa, Stiglitz, entre otros. Las particularidades jurídicas y tecnológicas que se entrelazan en la cuestión hacen necesario, asimismo, recurrir a autores como Fernández Delpach, y otros que abordan la problemática desde la perspectiva del Derecho Informático.

En este mismo sentido, el especial contexto de análisis que nos brinda la Sociedad de la Información, lleva a enmarcar su estudio en autores que problematizan la realidad de una sociedad frente a los profundos cambios de paradigmas que generan las Tecnologías de Información y Comunicaciones -TICs-. De esta manera se recurrió a autores como Castells, Huberman, Olivera, entre otros.

En la misma línea, teniendo en cuenta los tintes de la libertad de expresión en los nuevos medios de comunicación en la Sociedad de la Información, se ha recurrido a autores que orientan su análisis al cambio de paradigmas en la comunicación social, tales como Orihuela, Jaime Alonso, y demás.

Finalmente, en relación al marco documental con el que se trabaja, se puede identificar uno principal el determinado por la primera sentencia de primera instancia referida a un conflicto entre un particular y los buscadores de Internet que hoy lideran el mercado. Asimismo, se utilizará un marco documental secundario, obtenido a partir de diversos pronunciamientos judiciales que sirven como referencia (5), discusiones en foros on line de especialistas en Derecho Informático (6), así como información obtenida de notas periodísticas de tratamiento de noticias afines.

(2) Características singulares que las partes adquieren o desarrollan por una actividad especial, por los ámbitos en los que se relaciona, los intereses, metas y objetivos, entre otras.

(3) El contexto actual presenta situaciones muy particulares de relaciones interpersonales donde han desaparecido muchas limitaciones físicas, sociales, estructurales, económicas, etc. Hoy las TIC hace que no nos sorprenda que se establezcan relaciones directas entre personas en cualquier punto del planeta, que existan muchas relaciones, prolongadas en el tiempo, e incluso muy intensas, sólo por intermedio de la tecnología, o que podamos comunicarnos directamente, a través de medios electrónicos, con cualquier alto funcionario estatal, gerentes de empresas, etc.

(4) Juzgado Civil N° 75, en Primera Instancia, a cargo de la Dra. Virginia Simarí.

(5) Algunos casos que abonan algunos puntos particulares, así como también pronunciamientos de instancias superiores -Cámaras de Apelaciones-, sobre medidas cautelares dictadas en torno al tipo de conflicto que se está tratando.

(6) Ciberderecho. Grupo de especialistas en Derecho Informático.

III. Planteo de la cuestión

Este “nuevo conflicto” -que se explicará seguidamente- más allá de resultar una recreación o reconfiguración de formas de conflicto similares, vinculados a libertad de expresión y derechos personalísimos, tiene la particular característica del medio aportado por la Internet y los cambios de paradigmas planteados por las TIC, lo cual dota a este conflicto de connotaciones especiales, con un alcance diferente del fenómeno que se conocía.

III.1. Planteo del problema en términos de conflicto

En un estilo simple y objetivo, se puede señalar que el conflicto se plantea cuando una parte (la actora) siente vulnerados sus derechos personalísimos por la información que sobre ella brindan quienes ofrecen servicios de búsqueda de información en la Internet (las partes demandadas), esto es, los buscadores de Internet que hoy lideran el mercado.

Es decir, cuando cualquier internauta desea buscar información en la web sobre algo o alguna persona, lo puede realizar directamente, conociendo la fuente específica dónde encontrarla (un sitio web personal, un blog, por ejemplo) o a través de la utilización de TIC específicas de acceso general online, brindadas por particulares -buscadores del tipo Google o Yahoo!-. De esta manera, al colocar el nombre de una persona, estos buscadores arrojan como resultado un listado de sitios de Internet -page rank- que contienen imágenes y vínculos -links- a otras páginas de Internet que contienen información sobre ella, la nombran, o, incluso la encuentran como meta-tag (7). Más allá que el sistema opera de manera automatizada, el diseño del sistema, la forma de operarlo y hasta el mismo software (el algoritmo que contiene el motor de búsqueda) es desarrollado por un particular que obtiene un beneficio por poner dicho servicio en el mercado.

El conflicto del caso concreto, se plantea cuando algunos de los resultados de la búsqueda de información en la web sobre la parte actora que arrojan los buscadores de las demandadas, vinculan el nombre e imagen de la actora con sitios de contenido sexual, que lesionan derechos particulares por no haber consentido tal publicación.

IV. Estado del Arte previo a la sentencia

IV.1 Posiciones en Ciberderecho

Teniendo oportunidad de aprovechar el inmenso caudal de argumentación -jurídica y tecnológica- que el Grupo Ciberderecho (8) ofrece a quienes son miembros, resultó de suma importancia e ilustrativo recoger distintas opiniones que, a la luz de los elementos con los que se contaba hasta poco tiempo atrás, resultaban de las opiniones y discusiones sobre noticias periodísticas y pronunciamientos sobre medidas cautelares. Allí abogados, profesores, ingenieros, etc. trataron durante distintas épocas el tema de los buscadores, marcando discusiones muy acaloradas y de un altísimo nivel académico, jurídico y profesional.

Uno de los primeros puntos de vista de aquellas discusiones, claramente lo propone el Dr. Gustavo Tanús (moderador del grupo) cuando pregunta: ¿Desde cuándo una empresa no es responsable por la actividad que realiza? ¿Por qué los buscadores no deben sufrir las consecuencias de su obrar? ¿A caso de eso no se trata el riesgo empresario?

(7) Es una etiqueta o tag oculta que se coloca en el apartado “head” de una página web y contiene información sobre esa página pero no se puede visualizar dentro de la ventana del navegador. A la etiqueta “meta” se le pueden agregar muchos diferentes atributos que cumplen diferentes objetivos. Por ejemplo el atributo “keywords”, “description”, “author”, “robots”, “expires”, “reply-to”, etc., y se pueden utilizar varias meta-etiquetas dentro de una misma página web. Pero solo se utiliza un atributo por cada meta-etiqueta. Para propósitos de optimización de páginas web casi siempre solo utilizamos los atributos “keywords” y “description” y cuando no queremos que una página sea indexada utilizamos el atributo “robots”. Vea description tag, keywords tag y meta robots tag para instrucciones de como utilizar cada una. <http://www.posicionamientosuperior.com/terminologia/m.htm>

(8) Se sigue el foro de discusión de especialistas en Derecho Informático Ciberderecho. www.ciberderecho.com

Frente a ello, otras planteaban puntos de vista distintos. Recurriendo principalmente cuestiones tecnológicas, argumenta por ejemplo, que la búsqueda de links por texto puede ser amparado por el derecho de cita que expresamente ampara el art. 10 de la ley 11.723. O también sostenía que, atento que Internet ha sido declarado un medio masivo de comunicación, la búsqueda, recepción y difusión de ideas por su medio, se encuentra amparada en la ley 26.032, así como el art. 27 y 28 de la ley 11.723, de excepción a la información periodística y las noticias de interés.

Otras opiniones giraban en función de puntos de vista completamente ajenos al derecho, aunque mucho más cercanos a cuestiones informáticas, filosóficas y políticas. Así se apelaba al razonamiento de que castigar o responsabilizar a los buscadores de internet, atenta contra el desarrollo de Internet y el avance libre de la tecnología.

De la misma manera, nunca estuvieron ausentes las consideraciones respecto a la responsabilidad de terceros. O sea, los titulares y/o responsables de los sitios web que poseen los contenidos lesivos en las páginas, que luego eran indexadas por los buscadores (9).

Por otro lado, y ante los primeros pronunciamientos sobre cautelares, varias voces, entre las cuales se destaca la del Dr. Fernández Moores, reclamaban mayor profundidad en dichas sentencias (sobre cautelares) y una necesaria referencia a derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, principios republicanos, etc.

Se trajeron también discusiones en torno al cuestionado caso “jujuy.com” y algunas reflexiones en torno a la consideración de la Internet como “cosa” en los términos del Art. 2311 del C.C., que en ajustada síntesis, invocan que un sistema informático funciona con energía, donde esa energía permite el funcionamiento del software y hardware, donde aparecen 0 y 1 que se traducen a nuestra vista en luz, para que podamos interpretarlo (10). Algunas de estas conclusiones, entre otras, llevaban al Prof. Piñeiro Martínez y al Prof. Lamanna Guiñazú a pensar en el carácter de “riesgoso” de la tecnología (11).

IV.2 Alguna jurisprudencia en ese sentido:

Sin compartir acabadamente algunos conceptos de la jurisprudencia, cabe traerla a consideración a los efectos de ilustrar la situación:

“Corresponde responsabilizar a los propietarios de una página web por el daño moral ocasionado al actor en virtud de los mensajes injuriosos hacia su persona contenidos en dicho espacio informático, pues siendo de aplicación a la energía informática el régimen de las cosas consagrado en el art. 2311 del Cód. Civil, resulta procedente aplicar a su respecto el art. 1113 2º párrafo del cód. Civil”. CCiv. y Com. Jujuy, Sala I, 2004/06/30”.

Por otro lado, si atendemos a lo dicho por la JNFed. Crim. y Correccional Nº 12, dice: “La violación del sistema de seguridad de una página web, reemplazándola por otra -en el caso, un grupo de hackers alteró la página de inicio de la Corte Suprema de Justicia agregándole una alusiva al aniversario de la muerte de un periodista- no encuentra dentro de la figura penal del delito de daño prevista en los art. 183 y 184 inc. 5 del Cód. Penal, pues no es dable considerar a la citada página web o a los datos o sistemas informáticos como ‘cosa’ en los términos del art. 2311 del Cód. Civil, en tanto por su naturaleza no son objetos corpóreos ni pueden ser detentados materialmente” LA LEY, 2002-C, 23.

(9) De todas maneras, y aunque la participación de estos en el conflicto es fundamental, en la sentencia en particular no profundiza en la incidencia de estos terceros, pues la demandada desiste del demandado genérico, y el intento de la co-demandada Yahoo de Argentina SRL fue rechazado.

(10) Lo que comúnmente se conoce como estructura binaria, constituyendo el lenguaje más básico mediante el cual funcionan las computadoras.

(11) Dice la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial “Nomino como cosa riesgosa al “sistema informático” que permite concertar negocios y obtener servicios bancarios en forma remota. Y tal “sistema” es un conjunto de elementos materiales (hardware: servidores, cableado de datos y electricidad, cajeros automáticos, tarjetas magnéticas, etc.) que califican como cosa aún desde una interpretación restrictiva de tal concepto”. Fallo aportado al Grupo Ciberderecho por el Dr. Fernández Moores.

Por otro lado:

“En mi opinión podría aplicarse sin mayores reparos la indicada norma del código de fondo (art. 1113 del Código Civil) en tanto el Banco de la Ciudad de Buenos Aires ostenta la calidad de dueño o, cuanto menos, de guardián del sistema informático que opera los cajeros automáticos de su red. Entiendo evidente que el sistema (software y hardware) que permite operar una red de cajeros automáticos puede ser calificado de cosa riesgosa. En rigor esta calificación puede ser asignada, en este punto, al sistema informático que opera las transacciones remotas, sea mediante el denominado home banking sea por el uso de cajeros automáticos (voto del Dr. Juez Gerardo G. Vassallo, con adhesión de los demás integrantes de la Cámara) y continúa diciendo más adelante el mismo fallo:

“... A todo evento cabe señalar que en el caso, nomino como cosa riesgosa al ‘sistema informático’ que permite concertar negocios y obtener servicios bancarios en forma remota. Y tal ‘sistema’ es un conjunto de elementos materiales (hardware: servidores, cableado de datos y electricidad, cajeros automáticos, tarjetas magnéticas, etc.) que califican como cosa aún desde una interpretación restrictiva de tal concepto” (Sala D de la Excma. CNA en lo Comercial de la Capital Federal: autos: “Bieniauskas Carlos c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Ordinario”).

También se puede traer a colación, aunque con importantes diferencias, perspectivas jurisprudenciales que dicen:

“Una señal de televisión implica la comunicación de una imagen por medio de energía, por lo que queda incluida en el concepto de cosa legislado por el art. 2311 del Cód. Civil, siendo a su vez susceptible de apropiación legítima o ilegítima (CPenal Vera, 1997/05/14, LLLitoral, 1997-839)”.

IV.3. Criterios de responsabilidad Subjetiva

Ciertas perspectivas de análisis general han llevado al Dr. Fernández Delpech -de indiscutida trayectoria profesional y académica en estos temas- a diferenciar la situación de los proveedores de contenido de la situación de los buscadores. Explica el distinguido profesor que, desde su punto de vista, en ambos casos la responsabilidad por el daño causado no lo es en base a la responsabilidad objetiva por la actividad riesgosa (art. 1113 2ª parte, 2º párrafo), sino que su responsabilidad surge directamente del art. 1109, en tanto responsabilidad subjetiva. Explicaba en alguno de sus mensajes al grupo, que desde su punto de vista los buscadores son responsables por el daño causado sólo en la medida que en los juicios se compruebe que los buscadores actuaron con malicia, culpa o negligencia. Esto parece acercar mucho sus fundamentos a la doctrina de la “real malicia” que, en los medios masivos de comunicación tradicionales, se aplica al periodismo exigiendo una necesaria mala fe, conocimiento de la falsedad de la noticia, o desinterés temerario por averiguar si la información era o no falsa.

Cambiando el plano de análisis y discusión, se pueden plantean tal vez algunas objeciones a las posiciones respecto de la responsabilidad subjetivista, de los cuales se rescatan dos criterios:

* En primer lugar, que esta doctrina pone en cabeza de la víctima el deber de, no sólo probar el daño, sino demostrar la actuación negligente del buscador. El profesor Piñeiro Martínez ha explicado y considera que no es negligente sino heurístico, o sea, un sistema con capacidad de realizar en forma inmediata innovaciones positivas para sus fines.

* Y por otro lado, aunque en este mismo sentido, cabe la pregunta de ¿cuál es el parámetro que determinaría cuál es el obrar correcto?

V. El panorama desde la Comunicación Social

Muchos de los criterios de análisis que se vinculan con la libertad de expresión y los medios de comunicación, han teniendo en cuenta la ley 26.032(12). Dejando momentáneamente de lado cuestiones constitucionales y jurídicas en general, en este trabajo se ha apelado a la Comunicación Social

(12) La cual establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

como disciplina que amplía el estudio, encontrándose interesantes puntos que pueden dar ayuda en estos temas. Así, encontramos autores que diferencian la situación de diarios digitales, buscadores y directorios, portales, comunidades virtuales, redes ciudadanas y bitácoras (Alonso, 2005: 57). En general, los mismos son considerados nuevos medios de comunicación (Orihuela, 2002; Alonso b).

Asimismo, y al igual que en la gran mayoría de las disciplinas científicas, puede hablarse sobre nuevos paradigmas, en el caso de la comunicación. Es muy lógico reconocer, tal como lo expresa Orihuela (2002) que el paradigma de la nueva mediación multiplica el número de voces, pero a su vez diluye su autoridad al haber fracturado el sistema de control editorial previo a la difusión de información.

Concentrándonos en el caso de los buscadores y directorios, dice Alonso (2005), que estos resultan medios que han introducido maneras inéditas de organizar e indexar información, en un momento en que la sobrecarga de información se ha convertido en un problema (Cornellà, 2000; Ramonet, 2000). Lo que lleva a reconocer otro efecto que ocurre en los nuevos modelos de producción de contenidos que, a modo de concurso colectivo, se dan en estructuras de comunicación tales como las comunidades virtuales.

Investigaciones científicas sobre los medios, llevan a este autor a sostener que los discursos elaborados a partir de la introducción de las tecnologías de la información en nuestras sociedades han puesto de manifiesto nuevos paradigmas de comunicación que:

“preconiza la transformación del tradicional concepto de audiencia al novedoso término de usuario. Desde una perspectiva general -e incluso cabe decir que hasta simplista-, puede sostenerse que de la sociedad de masas -creada y modelada por los tres grandes medios tradicionales: prensa, radio y televisión- se evoluciona a una sociedad en donde el usuario -entendido como sujeto individual o colectivo ajeno a la propiedad de los medios- adquiere un protagonismo especial (mayor o menor) en la producción y distribución del mensaje, entendido éste en sus diferentes versiones”.

V.1. Los nuevos medios de comunicación (13).

En primer lugar debe partirse del supuesto que los nuevos medios de comunicación resultan ajenos a la propiedad de los usuarios. Existen distintos criterios de análisis sobre los nuevos medios. Tras una observación detenida en la fundamentación teórica y trabajos empíricos sobre la materia, se han utilizado las pautas desarrolladas por Alonso, quien distingue tres criterios de análisis para estudiar el comportamiento -niveles de actividad- de los sujetos en los nuevos medios.

Así, los criterios de análisis planteados son:

- Según la tipología de los sujetos (14): gestor o usuario;

(13) Los especialistas en comunicación hablan de nuevos medios refiriéndose a todas aquellas estructuras de comunicación que se dan en Internet y que poseen y desarrollan las potencialidades que caracterizan al nuevo espacio de comunicación y que lo diferencian, por ende, con los procesos de comunicación de masas. La aportación de François Sabbah (Sabbah: 219, apud Castells, 2000: 412) nos puede ser de utilidad para acotar el concepto de nuevos medios: “Los nuevos medios de comunicación determinan una audiencia segmentada y diferenciada que, aunque masiva en cuanto a su número, ya no es de masas en cuanto a la simultaneidad y uniformidad del mensaje que recibe. Los nuevos medios de comunicación ya no son medios de comunicación de masas en el sentido tradicional de envío de un número limitado de mensajes a una audiencia de masas homogénea. Debido a la multiplicidad de mensajes y fuentes, la propia audiencia se ha vuelto más selectiva. La audiencia seleccionada tiende a elegir sus mensajes, por lo que profundiza su segmentación y mejora la relación individual entre emisor y receptor”.

(14) Con el primero pretendemos plantear una diferencia introductoria y general entre los individuos que intervienen en las formas de comunicación: quiénes son gestores y quiénes usuarios. Además de proceder a esta identificación, es conveniente que indiquemos el papel que, también desde un punto de vista genérico, poseerán en cada nuevo medio.

- Según la tipología del gestor (15): productor o moderador: teniendo en cuenta que se considera que un gestor-productor en la medida en que la creación de contenidos -y el desarrollo general de la forma de comunicación- es prerrogativa suya, haciéndolo además de una manera continuada. Algunas de las prerrogativas que se asocia al sujeto/gestor como productor (que interesa al análisis) son la creación de contenidos, establecimiento de las directrices de funcionamiento -la normativa y su ejecución- planteamiento de las directrices de la estructura del diseño, etcétera. En definitiva, el peso del funcionamiento de las formas de comunicación está regentado, fundamentalmente, por el sujeto/productor, en la medida en que éste establece los objetivos de la forma de comunicación, y la manera en cómo deben conseguirse.

- Según la tipología del usuario: pasivo, activo y determinante. Esta diferenciación se basa fundamentalmente en el grado como los sujetos intervienen en la consecución del objeto o finalidad de una forma de comunicación dada. Los usuarios pasivos se limitan únicamente a consumir contenidos. Los usuarios son activos cuando su relación con los contenidos va más allá del mero consumo. Dice Alonso que son como co-autores de contenidos, pero no autores en exclusiva. Por último son determinantes toda vez que la elaboración del contenido es prerrogativa suya, no de los gestores (16).

V.2. Los Buscadores de Internet

La taxonomía señalada entre gestores y usuarios muestra una clara diferencia de los buscadores del tipo Google o Yahoo! En relación al resto de los medios de comunicación en Internet. A partir de los criterios señalados, los gestores son siempre productores, mientras que los usuarios son más o menos activos dependiendo del uso de las opciones -comúnmente denominadas opciones de búsqueda- que despliegan los gestores.

Siguiendo esa línea, los buscadores son principalmente “sujetos gestores-productores” en el momento en que crean contenidos, aunque lo más apropiado sería indicar que los indexan, y establecen las directrices de funcionamiento, tales como normativas y pautas de funcionamiento, diseño de opciones de búsqueda, selección de motores de búsqueda, etc.

“... Concretamente, puede decirse que los gestores son productores en el momento en que conforman la estructura general del medio, que abarca la implementación de tres estadios: en primer lugar, marcan los criterios que se emplearán para seleccionar la información; en segundo lugar, establecen los criterios a través de los cuales se mostrarán los resultados de las búsquedas llevadas a cabo por los usuarios; y en tercer lugar, marcan los diferentes métodos a través de los cuales se diseñarán las opciones de búsqueda” (Alonso, 2005).

Respecto de los usuarios, estos todos aquellos individuos que hacen uso de las configuraciones que han realizado los gestores para desarrollar sus búsquedas. Variando de acuerdo a la idoneidad y acierto a la hora de diseñar las opciones de búsqueda, los usuarios poseerán una mejor o peor capacidad para implementar un proceso activo dentro del medio, resultando esto procesos de interactividad.

Estos se desarrollarán, fundamentalmente, a través de dos constantes: la primera consiste en la implementación de los recursos -opciones de búsqueda- que los gestores planteen en el buscador y en el directorio. La segunda constante depende de cada usuario: todo dependerá del grado

(15) Con el segundo criterio nos permite marcar las características más importantes del gestor, indicando cuáles son sus prerrogativas principales. El gestor, cuando es productor, es el elemento central del nuevo medio, pues todo él se estructura en torno a la labor y criterios que establece. El gestor moderador implica una labor sustancialmente diferente a la labor del gestor productor, y tiene que ver con el papel productivo que el usuario adquiere en la forma de comunicación. La moderación va más allá del mero concepto que implica -la acción de moderar- en la medida en que es, sobre todo, una filosofía que determina de manera radical la naturaleza de las formas de comunicación.

(16) En estos casos, los gestores poseen, a su vez, una faceta primordial de moderación. Los usuarios determinantes aportan un gran valor al objetivo final del medio; y representan un verdadero salto cualitativo en la comunicación en Internet.

de conocimiento que posea cada uno de ellos acerca del manejo de esas opciones de búsqueda (Alonso, 2005).

VI. La Sentencia de Primera Instancia

Regresando al análisis jurídico del estado del arte planteado, y debatiendo la construcción y elaboración de ideas, llega la primera sentencia de primera instancia pronunciada en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil Nro. 75 de Capital Federal: “Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina SRL s/ Daños y Perjuicios”, sentencia que, además de demostrar un importante trabajo de los abogados de la actora, lleva a aplaudir los resultados de aplicar un criterio de responsabilidad hacia los buscadores de Internet. Sin embargo resulta una sentencia con más interrogantes que certezas; un fallo muy confuso sobre la cual es importante marcar algunas cuestiones:

* El sustento fáctico de la pretensión consistía en la facilitación de acceso, por parte de los buscadores de las demandadas, a sitios de contenido pornográfico en los que se hallaba la imagen de la actora, y el uso comercial y no autorizado de su imagen a través de la reproducción de fotografías en el sistema de búsqueda por imágenes.

* A raíz de prueba de informes (dictamen del Centro Argentino de la Imagen), así como documental (acta notarial labrada por escribano), la jueza tiene por acreditado que era posible acceder a las imágenes denunciadas por la actora a través de los buscadores Yahoo de Argentina y de Google Inc. Con lo que la controversia se centra entonces en lo concerniente a LA RESPONSABILIDAD atribuida a las demandadas por esa situación.

* A partir de los hechos evidentes, dice que construirá la atribución de responsabilidad a los demandados por las consecuencias derivadas de la facilitación que, como buscadores habrían brindado. A este fin, dice la sentencia, se ha de determinar si medió algún obrar antijurídico. Recuerda el fallo que en nuestro sistema, la responsabilidad civil requiere la concurrencia de los elementos de daño, antijuricidad, nexo causal y factor de atribución.

* Dado que la antijuricidad la tendrá configurada con un criterio amplio al aparecer violado el art. 19 de la CN., la mayor parte del análisis la centra en la configuración de un factor de atribución, para lo cual vuelve sobre el marco fáctico del cual podría derivarse responsabilidad de Yahoo! y Google. “... se trata de determinar si pudo producirse a través de los servicios que prestan por Internet” dice su letra. Relaciona la responsabilidad civil con actividades desplegadas por medio de sistemas informáticos y con sus consecuencias respecto de la tutela de la privacidad de los individuos.

* Dice claramente que regirá la responsabilidad civil por medio de sus principios en generales, los arts. 902 y sgtes., 1066 a 1069, 1072 a 1083, 1109 y 1113, invocando la autoridad de reconocida doctrina como es Trigo Represas y López Mesa. Invoca también el art. 19 de la C. Nacional, así como el 16 Código Civil a efectos de invocar la analogía de las leyes, y el 15 del mismo código.

En este camino, la jueza plantea detenerse en la plataforma en que tuvieron lugar “los sucesos que se pretenden generadores de responsabilidad” (SIC), para lo cual sigue la descripción que formula el perito Licenciado en Informática.

VI.1. La Pericia Informática

Del análisis del texto no surge de manera clara si el perito tuvo efectivamente acceso a los sistemas de las demandadas, al programa que utilizan los buscadores demandados y/o a su algoritmo o si dicho informe surgió de las explicaciones técnicas y generales del perito de cómo funciona un buscador y la navegación por las páginas de los buscadores (17). Sí explica qué es un programa de computadora

(17) Desde cierto punto de vista, ello no es una cuestión menor, en tanto la peritación directa sobre los elementos o instrumentos con los que se provoca el daño resulta una circunstancia importante en la labor pericial (Vg. Cuando se está frente a un accidente de tránsito, el peritaje se realiza en primer lugar sobre los vehículos, una pericia contable en primer lugar sobre los libros contables, luego y por excepción se piensa en la posibilidad de realizarlo sobre otros elementos: fotografías, legislación contable, etc.).

conceptualizándolo como un algoritmo que le dice a la computadora los pasos específicos para llevar a cabo una tarea.

La sentencia deja establecido la utilización de bases de datos por parte del buscador (aunque no invoca la ley 25.326), y se explaya innecesariamente en hojas y hojas en explicar cómo funciona un buscador, y en cuál es y cómo funciona la tecnología (en términos de software) que le permite brindar los servicios de búsqueda de información; refiere sobre las posibilidades que los buscadores tienen de aplicar filtros en sus programas, tales que no permitan indexar sitios que vinculen determinadas palabras con contenidos pornográficos, etc. Debe señalarse, pues así lo hace la sentencia, que de acuerdo a lo informado por el experto, la creación masiva de elementos limitativos de la exploración e indexación podría alterar la eficiencia del buscador. Este punto no es menor, en atención a la posición que tienen los demandados como líderes del mercado, habiendo logrado tal posición a raíz de las ventajas técnicas que ofrecen, que los separan del resto de los buscadores de Internet.

Innecesariamente, la sentencia abunda en sus considerandos sobre qué son los meta tags, qué función cumplen, en cómo pueden ser utilizados por los terceros que suben el contenido en los sitios webs, etc., esto así, toda vez que las demandadas/condenadas son los buscadores y no el generador de los contenidos. Asimismo también se refiere al anonimato en Internet, etc. cuestiones a las que alude sin un objetivo claro.

VI.2. Algunos errores y aciertos

Por otro lado, la decisión de la jueza padece de varias imprecisiones y confunde situaciones, tales como que la información que figura debajo de los links que devuelve como resultado el buscador es información descriptiva, cuando en realidad se trata de recortes automáticos de información, o confunde aquellos que son enlaces patrocinados con resultados de búsqueda, etc.

Un poco más adelante, luego de algunas claras afirmaciones, tales como que el contenido que se incluye en los diversos sitios existentes en Internet lo deciden los propios autores y/o responsables, considera que los buscadores operados por las demandadas también son sitios de Internet, y, por ende, sus autores y/o responsables deciden qué contenidos incluyen o no en los mismos.

VI.3. Más inquietudes que certezas

Sin embargo, ante esta sentencia cabe preguntarse:

- ¿Aplica la sentencia el principio de responsabilidad objetiva? Como se dijo, la sentencia invoca principios generales de responsabilidad civil, haciendo mención de una gran cantidad de artículos del Código Civil, entre ellos el 1113. Sin embargo, como muy atinadamente me ha expresado el Dr. Fernández Delpech, parece que la sentencia no decide bien el origen de la responsabilidad, pero según su óptica, se funda más en la responsabilidad subjetiva, pese a que menciona artículos de Código Civil que hacen a la responsabilidad subjetiva y a la objetiva (mejor mencionar todo para abarcar todo) (18).

Sin embargo creo que aspectos medulares de la sentencia se han centrado en el algoritmo del buscador, en el software y la página que permite realizar la búsqueda y de la cual se obtienen los resultados que provocan el perjuicio. Es por ello que, desde mi humilde punto de vista, habiendo hecho algunos reparos a la responsabilidad subjetiva, he llegado al análisis de la responsabilidad objetiva, que creo surge de la sentencia.

(18) Para fundar su criterio me ha marcado la atención sobre el punto II b. El daño moral (de la sentencia). Admitida pues la perpetración del hecho lesivo, resta analizar el reclamo por daño moral que según la actora le habría provocado el avasallamiento de los derechos personalísimos que refiere. De conformidad a cuanto hasta aquí se señaló, puede afirmarse con Orgaz que: "La responsabilidad de quien ha ocasionado un daño a otra persona, se asienta sobre tres pilares fundamentales: ilicitud, culpa y daño".

De acuerdo a la letra de la sentencia:

“A la luz de lo hasta aquí expuesto, está claro que aún cuando en la actividad desplegada por los buscadores no media intervención humana por tratarse de procesos automatizados, no puede desligarse al titular de las consecuencias que generen sus diseños. Su quehacer constituye un servicio que facilita la llegada a sitios que de otro modo serían de muy dificultoso acceso, y además, esa facilitación hace precisamente al núcleo de una de las actividades centrales que desarrollan. Así pues, nos hallamos en condiciones de afirmar que el buscador al contribuir al acceso a los sitios de internet se encuentra en las mejores condiciones técnicas para prevenir la eventual generación de daño y de allí surge el perfil de los buscadores como responsables de su actividad facilitadora del acceso a sitios”.

Entonces, bajo este análisis, cabe preguntarse ¿qué teoría de responsabilidad es la que utiliza? Es realmente muy difícil poder identificar alguna de manera absoluta, dado que aquellas particularidades del entorno tecnológico plantean un panorama muy diferente a lo conocido al tiempo que novedoso. Es por ello que el presente trabajo trata de exponer elementos de análisis que den una noción de las aristas y derivaciones que resultan de estas cuestiones.

Y ante esto, algunas reflexiones sobre la aplicación del art. 1113 del Código Civil:

* ¿La aplicación se hace porque se considera que existe una “cosa riesgosa”? si así fuera, ¿cuál es la “cosa riesgosa o viciosa” que permite la aplicación de esta norma? ¿Es el algoritmo, el programa, la Internet, la información?

* ¿Se puede pensar que la jueza considera aplicable la norma en relación a un “riesgo empresario”?

* ¿Cuál es el rol o participación de terceros sujetos en la construcción de la responsabilidad?

* ¿Se considera que debe aplicarse la responsabilidad de los medios de comunicación? Si es así, ¿debería aplicarse en esta construcción la teoría de la real malicia?

Como se dijo, el pormenorizado detalle técnico de cómo funciona el motor de búsqueda y la actividad que realizan las demandadas enlazan aspectos que generan complejidad en el análisis. Es que gran parte de estas dudas nacen de la aplicación de los principios de la responsabilidad objetiva. Por ello cabe preguntarse si es la “cosa” (en los términos del art. 2311) o es la actividad que se desarrolla lo que provoca el riesgo.

* ¿Es el programa, el algoritmo?

* ¿Es la página web por la que los usuarios acceden a Google, Yahoo?

* ¿Son los sitios donde se encuentran alojados los contenidos que provocan el daño?

* ¿Es la empresa que lucra buscando información?

Navegando por estas preguntas, como abogados se hace difícil comprender una responsabilidad de este tipo sin saber concretamente cuál es “la cosa” de la que se sirve el que causa un daño, en cualquiera de los párrafos del art. 1113 (daño causado “por” la cosa o “con” la cosa) o si se trata de otro presupuesto, por ejemplo, el riesgo empresario, la cual es objetiva y no subjetiva, básicamente porque la empresa no es persona.

VI.4. Situaciones hipotéticas, eventuales pero posibles

Ahora bien, más allá de que un fallo juzga “el aquí y ahora” del asunto, la neutralidad tecnológica necesariamente debe estar presente en el derecho para abarcar su aplicación en nuevas situaciones que no existían en el momento de su creación, dado que la tecnología de ese momento aún no había evolucionado para generar esas nuevas situaciones.

Es entonces que, aunque saliendo de este caso en particular (es una sentencia de primera instancia), el avance tecnológico hace necesario utilizar métodos prospectivos cuando se trata temas de De-

recho Informático (Liceda y Olivera, 2009). En líneas generales y ante la inteligencia de los elementos argumentativos que la jueza realiza, innecesarios y hasta peligrosamente técnicos, con un análisis eventual -pero posible-, ante hipotéticas situaciones de innovaciones tecnológicas que se ponen en el mercado, habría que pensar:

* ¿podrían alegarse como defensas aquellas teorías que apelan al riesgo por innovación tecnológica (19)? Más aún, y llevando al extremo, ¿podría llegarse al límite de la teoría de la imprevisión del art. 1198?

* Con sentencias de este tipo, donde parece ligarse íntimamente la responsabilidad civil al uso de la tecnología del momento... ¿no se estaría construyendo un criterio jurisprudencial ausente de neutralidad informática, incapaz de abarcar situaciones no previstas en el momento de la sentencia?

VII. La búsqueda de aplicación de Principios Generales

Es en función de ese análisis, que resulta interesante proponer hacer el ejercicio lógico de pensar de qué manera, bajo qué normas, sería posible aplicar los principios generales de responsabilidad de nuestro Código Civil (compartido en su mayoría del derecho continental) a situaciones, que hoy la red nos plantea. Como se sabe, no existe disciplina que quede fuera de los cambios de paradigmas de esta Sociedad de la Información.

Para poder entender la evolución del Derecho Civil Argentino, se debe retroceder en el tiempo y estudiar las razones que llevaron al legislador (detrás del cual lógicamente estaba la doctrina civilista y la jurisprudencia del momento), a modificar el viejo artículo 2311 que redactó Vélez Sársfield. Se piensa, en particular, cómo y por qué ya a mediados del siglo pasado los descubrimientos de la ciencia, por ejemplo la física, y la tecnología imponían la necesidad de modificaciones que ampliaran las perspectivas Código Civil, contemplando situaciones no previstas por Vélez Sársfield al momento de la redacción. Entonces se puede formular esta pregunta: ¿sería posible a la información, particularmente a la información que circula por la red, se le apliquen, de la misma manera que a la energía, las disposiciones referentes a las cosas?

Uno de los temas que constituye actualmente objeto de estudios de la responsabilidad civil es el de la responsabilidad que puede generar el uso de la informática. Para fundar una responsabilidad objetiva, sostenida en el art. 1113, algunos autores sostienen -dice Rivera, refiriéndose a trabajos que en 1987 fueron publicados en La Ley por Rosana Stiglitz y Gabriel Stiglitz- que la informática es asimilable a una energía, a la que son aplicables las reglas sobre cosas en los términos del artículo 2311.

Si se piensa, entonces, en las razones que llevaron a los autores clásicos de nuestro derecho civil como Spota, Borda, o Llambías, a propiciar la reforma del Código Civil Argentino, necesariamente debemos detenernos en los fundamentos y criterios que hace más 40 años llevaron al legislador a sancionar la ley 17.711. Así, apelamos a la autorizada palabra del Dr. Borda, quien en su Tratado de Derecho Civil explica que la ley 17.711 cambió la palabra corporales por materiales, con lo que ya no se trata de saber si las cosas son corpóreas, si tienen un cuerpo, sino si son materiales, si entra una

(19) Sobre estos temas, se pueden mencionar legislación extranjera al respecto. Así, la Unión Europea posee la Directiva 85/374/CEE, que se ocupa de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de daños causados por productos defectuosos. En España, la ley 22/1994 de Responsabilidad Civil por daños causados por productos defectuosos dispone como exoneración de responsabilidad principios de esta teoría. Italia el art. 6° de la ley 224 de 1988 y Francia también poseen legislación acorde con los principios eximentes de responsabilidad que surge por el riesgo del desarrollo. En los Estados Unidos el riesgo de desarrollo se articula a través de la defensa de state of the art, la que consiste en "que el demandado ofrezca pruebas del cumplimiento con los estándares de la industria que forma parte". La cuestión de los riesgos por el desarrollo aunque resulta muy debatida, nos interesa mencionar que en las Jornadas de Responsabilidad Civil de la UNLP en 1981, un dictamen al respecto expresó que "la existencia del defecto de fabricación deberá juzgarse según las normas científicas y técnicas corrientes a la época de puesta en el comercio y no según los avances científicos desarrollados al tiempo del juzgamiento".

materia física en su composición. Resulta muy claro que son cosas todas las que ocupan un lugar en el espacio, sean sólidas, líquidas o gaseosas (Borda, 1988: 32).

Así llegamos al agregado 2º párrafo del artículo, vinculado estrechamente con ello, a la cuestión de si las energías son o no cosas. La Ley 17.711 agregó al art. 2311 un apartado que resuelve expresamente la cuestión: Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. Aunque la ley no diga que las energías (electricidad, energía atómica, atracción magnética) son cosas, al atribuirle la misma condición jurídica, les reconoce la calidad de tales. Y refiriéndose a esto dice el maestro Borda “en derecho lo que cuenta son los efectos; si las energías apropiables tienen igual condición que las cosas, son cosas” (Borda, 1988: 32) (20).

Remontándonos aún más en el tiempo, ya en 1956, al explicar los requisitos legales del objeto para ser cosa en el sentido jurídico, Spota tiene en cuenta el valor económico o el de cambio, así como el valor de uso, el valor afectivo y el valor del objeto corporal que permite, con su uso, satisfacer fines altruistas, caben dentro del amplio concepto del “valor” a que se refiere el art. 2311 (21). Además dice:

“el concepto jurídico de cosa, el que emana de los arts. 2311 y 2312, no se apoya, por lo demás, exclusivamente en la ciencia de la física: el sustrato físico, la corporeidad a la que se refiere el primero de dichos preceptos, ha de aprehenderse en función del valor, considerando la aptitud del objeto de ser apropiada y de constituir el medio de satisfacer exigencias económicas y sociales” (Spota, 1956: 203).

Esto nos permite hacer un salto en el tiempo, y tomando en cuenta estos conceptos se puede pensar en aspectos del valor que la información en la sociedad actual.

“El problema de la atención colectiva asume un rol central en la era de la web. Con mensajes y medios que inundan a los usuarios del mundo, entender cómo la gente presta atención al contenido de la web tiene valor social y económico. Valor social, porque la opinión pública está cada vez más determinada por los nuevos medios informáticos, y económico, porque el suceso de la difusión de ideas y productos depende de la atención que se les otorga” (Huberman, Bernardo, 2008).

VIII. La responsabilidad de los Buscadores de Internet es Objetiva

Bajo el análisis planteado, teniendo en cuenta los argumentos y elementos encontrados, se puede concluir que la responsabilidad de las empresas que brindan el servicio de búsqueda de información por Internet es objetiva. Ello en tanto se ha dicho que son las empresas quienes lo ofrecen el servi-

(20) Por otro lado, en 1956, antes de la reforma, el maestro Spota había sostenido que podían caber dentro del concepto de cosas, la “energía eléctrica”, así como otras energías extrahumanas (energía térmica, sonora, lumínica, la radiactividad, etc.). Conf. SPOTA, Tratado de Derecho Civil, Tomo Iº. Parte General, Vol. 35).

(21) Resulta muy interesante analizar la manera en que este autor, explica que resulta indispensable -tanto en el derecho civil como en el derecho penal- partir del sustrato material sobre el cual descansa el concepto jurídico de cosa. Si ese sustrato existe y además se da la función económico-social de ese corpus, entonces ya no procede aseverar que se llega a al conclusión de que nos hallamos ante una cosa por la vía de los meros razonamientos físicos. Más aún, actuales investigaciones interdisciplinarias que desde el GECSI se están llevando a cabo, al analizar los sistemas complejos en la Sociedad de la Información, la Dra. Proto, desde la Física nos ilustra: “As it is well-known, temperature is one of the principal parameters of thermodynamics. If no heat flow occurs between two objects, the objects have the same temperature. Translating this fact to our social problem, if no information is passed among individuals, they keep the same temperature. If heat (information) flows from one individual to other, the hotter individual transfer energy to the colder one. So the heat transfer has a direction. On the microscopic scale, temperature can be defined as the average energy in each degree of freedom in the particles in a system. Because temperature is a statistical property, a system must contain a few particles for the question as to its temperature to make any sense. In an ideal monatomic gas, energy is found in the translational motions of the particles; with molecular gases, vibrational and rotational motions also provide thermodynamic degrees of freedom. In our paralelism a society behaves like an ideal or molecular gas, approximately. When the exchange of information (heat, energy) is going up in one direction the “social temperature” rises and the “market bubbles” appear. The opposite process produces the bubbles implosion. In the middle there is a neutral, hung situations and the economic actors remain in stand by”.

cio, devolviendo información, incluso generando una especie de atención en ciertas páginas, a través de un ranking -pagerank-, son estas empresas quienes desarrollan el diseño del sistema, poseen el software e infraestructura necesaria que les permite colocar el producto en el mercado, y obtener beneficios por dicha actividad.

IX. Conclusiones

En función de lo expresado, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- * Bajo el análisis de la comunicación social, los buscadores de Internet son nuevos medios de comunicación.

- * Respecto de la sentencia, parece correcta la decisión de la jueza de condenar a los buscadores, más allá de saber que se trata de una sentencia de primera instancia que ya se encuentra apelada.

- * La sentencia se apoya demasiado en cuestiones técnicas, algunas equivocadas, y recurre a criterios jurídicos un poco confusos.

- * Si bien es cierto que un fallo debe juzgar el aquí y ahora, construir un criterio jurisprudencial basado fundamentalmente en elementos tecnológicos del aquí y ahora, podría llevar a un razonamiento donde, ante situaciones en las que no se utiliza la tecnología involucrada en tales fallos, pero que arriba a los mismos efectos, queden fuera de su alcance. Esto evidencia la necesidad de una importante neutralidad informática, que no debe ser sólo de la norma, sino también de la jurisprudencia.

- * Debe ser necesario superar aquellas vallas propias de la época de la redacción de la normas, y atender al fin que tienen. En el caso del artículo 2311, el valor económico y social, como fue el caso de la energía, para lograr extenderle sus efectos.

- * La responsabilidad de las empresas que brindan servicios de búsqueda de Internet es objetiva. Aún siendo "los buscadores" intermediarios en Internet, la actividad que realizan, la forma en que prestan el servicio, el beneficio que obtienen, el acceso al avance tecnológico, entre otras, los pone en posición de afrontar las funciones reparatorias, demarcatorias y de prevención del daño o comportamientos antisociales de la responsabilidad civil.

- * Para finalizar y respecto de las transformaciones del Derecho de cara a los nuevos conflictos de la Sociedad de la Información, resta plantear que, ya sea por modificación de normas, por una interpretación jurisprudencial más dinámica o amplia en todo caso, se debe entender el valor social y económico de la información, al menos, la información que circula en la red.

X. Bibliografía

- ALONSO, Jaime. Comunicar en Internet: El papel interactivo de los sujetos en los nuevos medios. Opción, dic. 2005, vol.21, no. 48, ps. 57-78. ISSN 1012-1587.

- ALONSO, Jaime. El Sentido de la Comunidad en los Nuevos Medios. Publicado en Razón y Palabra. Número 42. Disponible en <http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n42/jalonso.html> (2004/2005). Última Búsqueda realizada 18/12/2009

- BORDA, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil, parte General" Tº II, 9na. Edición Actualizada (1988). Ed. Abeledo Perrot. Bs. As.

- BOMBELLI, Jorge José. "Libertad de Expresión en la era Tecnológica" Un enfoque necesario en Defensa de los Derechos Personalísimos". Edición al cuidado de Elsa A. R. Bustos Fernández, La Plata, 2000.

- CARBAJAL, Mariana. Nota de opinión: Injurias anónimas. "La responsabilidad de los buscadores. Herramientas para Defenderse". Disponible en HYPERLINK "<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/128472-41276-2009-07-19.html>"<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/128472-41276-2009-07-19.html>. Última Búsqueda realizada 18/12/2009

- CHERÑAVSKY, Nora. "Libertad de expresión por Internet. Límites Éticos y constitucionales" Disponible en Revista de Derecho Informático Alfa-Redi, Número 64. Noviembre del 2003. Disponible en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1269> Última Búsqueda realizada 18/12/2009.

- Ciberderecho. Grupo de Yahoo de especialistas en Derecho Informático.

- Declaración de Zaragoza - Blogs y Derecho. Disponible en <http://www.alfa-redi.org/noticia.shtml?x=6200>. Última Búsqueda realizada 18/12/2009.

- FUNDINAGA, Katherine. "Responsabilidad de los Proveedores de Servicios Internet" Alfa-Redi, Nro. 091 - Febrero, 2006. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=4714>. Última Búsqueda realizada 18/12/2009

- GALDÓS, Jorge Mario. "Responsabilidad civil de los proveedores de servicios en Internet". LA LEY, 2001-D, 953 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales 01/01/2007, 69.

- GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., BAROCELLI, Sergio Sebastián. Responsabilidad por riesgo de desarrollo. Aproximaciones de la jurisprudencia argentina. LA LEY, 2008-F, 843.

- GARRIDO, Roque - ANDORNO, Luis. "Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada." 2ª edición Actualizada y Aumentada. Ed. Víctor P. de Zabalía. (1971) Bs. As. págs. 332/334.

- GELLI, María Angélica. "Significado de la libertad expresiva en las repúblicas democráticas. La Ley, 2008-C, 715.

- GONZALEZ BALLESTEROS, Teodoro. Libertad de Expresión e Internet en el ámbito del Derecho. Ed. Aranzadi. Revista: Actualidad Informática Aranzadi 1999 n° 32, julio.

- HUBERMAN, Bernardo. Conferencia dictada por el Prof. (18/11/08) "La atención social en la edad de la web" FCJyS, UNLP) Versión online de partes de sus investigaciones en conferencias: http://video.google.com.ar/videosearch?hl=es&q=huberman+bernardo&um=1&ie=UTF-8&ei=T_grS7iVG82vtge7v6yHCQ&sa=X&oi=video_result_group&ct=title&resnum=4&ved=0CCQQqwQwAw# (Última Búsqueda 18/12/2009).

- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, parte general, Tomo II. Duodécima edición. Editorial Perrot, Bs. As. (1986).

- LICEDA, E. y OLIVERA, N. Reflexiones sobre el carácter del Derecho informático. En XIII Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, Ed. UNMdP, 2009, ps. 307-316.

- LÓPEZ GARCÍA, Guillermo. Modelos de Medios de Comunicación en Internet: Desarrollo de una Tipología. Disponible en <http://www.uv.es/demopode/libro1/GuillermoLopez2.pdf>. Última Búsqueda realizada 18/12/2009.

- LORENZETTI, Ricardo L. "Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños" LA LEY, 1996-B, 1107 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales 01/01/2007, 401.

- MARTINEZ PASTOR, Esther. "La responsabilidad jurídica de los sujetos que intervienen en la ideación, ejecución y difusión del mensaje y del modo publicitario en la red" Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2539186>. Última Búsqueda realizada 18/12/2009.

- MÁRQUEZ, José Fernando y MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "Riesgos del Desarrollo". Disponible en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/riesgos-de-desarrollo/at_download/file. Última Búsqueda realizada 18/12/2009.

- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N. Aplicación del sistema de "actividad riesgosa" a los daños modernos. LA LEY, 1989-C, 945 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales 01/01/2007, 877.

- MIQUEL PEGUERA POCH, Nota de Opinión: Dos decisiones judiciales sobre responsabilidad de los intermediarios en Internet. Disponible en: http://www.uoc.edu/idp/2/esp/nota_jurisprudencial.html. Última Búsqueda realizada 18/12/2009

- Nota Periodística Los pasos que implicaron llevar la denuncia a la Justicia http://www.primerafuente.com.ar/nota.asp?id_nota=51547.

- Nota periodística “Lo sentenciaron por subir a Internet video íntimo con su ex-novia”. Disponible en <http://www.infobae.com/notas/nota.php?Idx=232287&IdxSeccion=100796>. Última Búsqueda realizada 18/12/2009.

- Nota Periodística: “Bárbara Cassin presento su libro “GOOGLEAME” Disponible en: <http://multimedia409.blogspot.com/2008/05/barbara-cassin-presento-su-libro.html>. Última Búsqueda realizada 18/12/2009.

- Nota periodística: “Obligan a Google News a retirar del buscador las noticias de diarios belgas” Disponible en: <http://www.clarin.com/diario/2006/09/18/um/m-01273942.htm>. Última Búsqueda realizada 18/12/2009.

- ORIHUELA, José Luis. Revista Latinoamericana de Comunicación CHASQUI. Centro Internacional de Estudios Superiores de Comunicación para América Latina. ISSN (versión Impresa): 1390-1079. (2002). Quito. Ecuador.

- Resumen del Debate en El Foro del Gt 89: Periodismo En Internet: ¿Nuevos Medios O Viejos Paradigmas? (días 1, 2 y 3) Disponible en www.cibersociedad.net/public/documents/89_idcv.doc. Última Búsqueda realizada 18/12/2009.

- RIVERA, Julio Cesar. Instituciones del Derecho Civil, Tomo II. Cuarta Edición Actualizada. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot, (2004).

- SANTOS CIFUENTES (Editor) – SAGARNA, Fernando (Coordinador): Código Civil, Comentado y Anotado. Arts. Ed. La Ley. Comentarios a Arts. 2311 y 2312 Cód. Civil Argentino. (2004).

- STIGLITZ, Roxana M.: Impacto de la informática en la Sociedad” LA LEY, 1987-E, 859.

- STIGLITZ, Gabriel A., STIGLITZ, Roxana M. “Responsabilidad civil por daños derivados de la informática” LA LEY, 1987-E, 775.

- SPOTA, Alberto G., “Tratado de Derecho Civil” Tomo I Parte General. Volumen 35. Ed. Depalma (1956) Bs. As.

- TERMES, Rafael. “Libertad vs. Censura en la Internet” disponible en: http://socrates.ieem.edu.uy/articulos/archivos/188_libertad_vs_censura_en_la_internet.pdf. Última Búsqueda realizada 18/12/2009.

- TRIGO REPRESAS, Félix A. – LOPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la Responsabilidad Civil” El Derecho de Daños en la Actualidad. Teoría y Práctica (Tomo IV). Ed. La Ley (2004).

- PARDINI, Aníbal Alejandro. Nota de opinión “¿El fin de los foros?” (28/06/2005). Disponible en: <http://www.noticias.com/articulo/28-06-2005/anibal-alejandro-pardini/el-fin-foros-4j3c.html>. Última Búsqueda realizada 18/12/2009. ♦

La hiperinflación de 1989/90. Aportes y reflexiones sobre un episodio que marcó la historia argentina

POR **MARCELO A. KRIKORIAN** (*)

Sumario: I. Introducción. II. La inflación temida. III. Del Plan Austral a la hiperinflación de 1989. IV. Camino a la hiperinflación de 1990. El Plan Bonex. V. El mejor antídoto, el peor remedio: la Convertibilidad. VI. Reflexiones finales. VII. Bibliografía.

Resumen:

Este trabajo aborda la hiperinflación de 1989/90, que tuvo implicancias económicas porque afectó a todo el sistema productivo; políticas pues provocó un adelantamiento en la entrega de la Presidencia por parte de Raúl Alfonsín; y sociales debido a que deterioró las condiciones de vida de los sectores más vulnerables de la comunidad.

Se analiza un proceso de años con factores diversos que influyeron para desencadenar este fenómeno: alto endeudamiento externo e interno, estancamiento, escasa inversión en bienes de capital e infraestructura y un grave desequilibrio fiscal. Los precios no dieron tregua salvo en algunas épocas de muy relativa estabilidad. Cada retorno de la inflación fue con más intensidad, precedido de fuertes devaluaciones de la moneda y desconfianza generalizada.

Hacia el final hay una referencia a lo sucedido después: el régimen de convertibilidad con un anclaje cambiario y respaldo de 100% en moneda extranjera, combinado con políticas sin las cuales la baja en los niveles de precios no hubiera sido tan efectiva: formas precarias de contratación laboral y el ajuste de salarios por productividad, entre otras.

Palabras clave:

Inestabilidad - Austral - Devaluación - Hiperinflación - Convertibilidad

The 1989/90 Hyperinflation

Ideas and thoughts on an episode that marked the history of Argentina

By Salvador Piedrabuena

Abstract

The hyperinflation of 1989/90 has been unique in the history of Argentina, with economic implications because it affected the entire production system, because policies caused an advancement in the delivery of the Presidency from Raul Alfonsin, and because social conditions deteriorated life of the most vulnerable sectors of the community. It was a process of years with various influencing factors: high external and internal debt, stagnant, low investment in capital goods and infrastructure and a serious fiscal imbalance. Prices truce did not save some periods of very relative stability. Each return of inflation was more intensely, proceeded by sharp devaluations of the currency and general distrust.

After enduring the hyperinflationary experience, adopted the currency board: an anchor currency backed 100% in foreign currency combined with policies without which the success of low price levels have not been as effective, such as implementation of precarious forms of employment contracts and wage adjustment for productivity.

Keywords

Instability - Austral - Devaluation - Hyperinflation - Convertibility

(*) Profesor Ordinario Adjunto de Economía Política de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

I. Introducción

El fenómeno hiperinflacionario desatado en 1989/90 ha sido único en la historia argentina. Nunca antes y -afortunadamente- nunca después, el país vivió semejante descalabro de precios. Sus implicancias no fueron estrictamente económicas por los perjuicios que provocó en todo el sistema productivo. También fueron políticas, pues la primera fase de la hiperinflación -en junio/julio 1989- terminó de debilitar a un Gobierno cuya capacidad de respuesta ya estaba gravemente afectada, forzando un adelantamiento en la entrega del poder al Presidente electo del partido opositor. Sin embargo, al nuevo Gobierno, con mucho poder y un discurso neoliberal que agradaba a los mercados, le cayó encima la segunda hiperinflación de febrero/marzo de 1990. Las consecuencias de la aceleración incontrolable del valor de bienes y servicios se extendieron al tejido social, deteriorando las condiciones de vida de la inmensa mayoría de la comunidad, especialmente quienes dependen del ingreso salarial para subsistir.

Hacia el futuro, por lo que viviría Argentina en los años 90, la hiperinflación dio "argumentos" para aplicar sin anestesia un modelo de privatizaciones, desregulación, flexibilidad laboral y dólar barato con convertibilidad en un contexto de retiro casi absoluto del Estado en funciones esenciales, cuya fuente ideológica podemos encontrarla en el denominado Consenso de Washington (1).

A la hiperinflación no se llegó abruptamente. Fue un proceso de años con factores diversos que influyeron: alto endeudamiento, estancamiento económico, desinversión en bienes de capital e infraestructura y un grave desequilibrio fiscal y de balance de pagos (sector externo). Los precios no dieron tregua salvo algunas épocas de muy relativa estabilidad. Cada retorno de la inflación fue con más intensidad, precedida de fuertes devaluaciones de la moneda y desconfianza generalizada.

Entre 1975 y 1991 inclusive, nuestro país tuvo una inflación anual de más del 80%. En nueve de esos dieciséis años, los precios al consumidor llegaron a 3 dígitos (más de 100%); mientras que en otros dos años los índices alcanzaron 4 dígitos -en 1989 y 1990- con un 4923% y un 1343% respectivamente. Más allá de que muchos países han experimentado inflaciones altas, ninguno tuvo una serie histórica ininterrumpida durante más de tres lustros con porcentajes de esa magnitud.

Con motivo del número extraordinario de Anales de Doctrina de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales -edición del Bicentenario de la Revolución de Mayo de 1810- es de esperar que este trabajo basado en hechos sucedidos hace dos décadas y combinado en algunos pasajes con problemas de los tiempos actuales, sea un aporte esclarecedor y entendible para quienes padecieron esos años y para las generaciones jóvenes que no los vivieron y tienen la inquietud de conocer qué pasó.

II. La inflación temida

Universalmente la inflación es definida como el crecimiento permanente y generalizado del nivel de precios de la economía de un país. El aumento en los precios debe perdurar en el tiempo y debe comprender a la generalidad de bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

Cuando un país atraviesa un proceso inflacionario que oscila entre alto y galopante (más de un 50% anual) durante un lapso prolongado, sus efectos se sienten en el campo de la economía, las finanzas públicas, las relaciones jurídicas y el tejido social. Resumiendo las didácticas explicaciones que ha dado el Premio Nobel Paul Samuelson a través de su libro más reconocido (Samuelson, 1993: 711) y en innumerables conferencias y artículos escritos, podemos mencionar que:

a. Desalienta inversiones productivas porque la ecuación económica de los contratos (especialmente los de ejecución continuada) queda distorsionada a raíz de los incesantes ajustes en los costos.

(1) El Consenso de Washington fue un decálogo de medidas económicas sugeridas fundamentalmente en los años 90 por los organismos financieros internacionales y por el Tesoro de EEUU a países emergentes, cuyos ejes eran: privatizar, reducir el gasto público, adoptar una política comercial liberal, desregular los mercados, respetar estrictamente los intereses económicos de las empresas inversoras, entre otros.

b. Incide negativamente en la recaudación tributaria, aunque nominalmente pueda llegar a ingresar más dinero por impuestos producto de la suba de precios. Esto es por la depreciación que sufre el valor real de la moneda entre el momento en que un impuesto se liquida, es abonado por los contribuyentes y efectivamente ingresa en las arcas del Estado.

c. Genera una redistribución regresiva del ingreso, porque son los sectores económicamente más débiles (que dependen para vivir exclusivamente de su salario) quienes más sienten el impacto de la inflación. Ven deteriorar su poder de compra sin que dispongan de alternativas para amortiguar la situación, a diferencia de otros sectores que -además de sus salarios- tiene ingresos provenientes de la renta financiera, moneda extranjera, activos reales como inmuebles, entre otros.

d. Destruye la información que los consumidores necesitan para comparar precios y realizar una buena elección, debido a que la carrera de remarcaciones hace perder real noción del valor de los productos, llegando incluso a pagar más de lo que corresponde sin percatarse de ello.

e. Cuando el proceso inflacionario galopante termina en hiperinflación, virtualmente son anuladas las funciones que en toda sociedad tiene la moneda: tiende a no ser usada como medio de pago, literalmente desaparece como unidad de medida del valor de los bienes (en países como Argentina, por ejemplo, el valor de éstos queda referenciado en el dólar norteamericano u otra moneda fuerte) y como reserva de valor (la gente que puede ahorrar ya no lo hace en moneda local sujeta a continuas devaluaciones sino en divisas).

El problema inflacionario históricamente se ha atribuido a dos teorías, según el cristal ideológico con que se lo mire. Simplificadamente y para comprensión de quienes no manejan terminología económica: las causas pueden ser monetarias o de raíz estructural.

La primera se denomina “Teoría Monetaria”. Sobre la relación entre moneda y precios comenzó a hablarse en el siglo XVI con el pensador mercantilista francés Jean Bodin a raíz de los aumentos de precios que se registraban por la llegada de los metales preciosos provenientes de América. Otro elemento a tomar en cuenta en esta teoría es la velocidad de circulación de la moneda (V), incorporada por los prestigiosos Alfred Marshall e Irving Fisher en comienzos del siglo XX. Cuando la inflación está en pleno ascenso, la gente se deshace lo más rápido que puede de la moneda y ésta circula con mucha rapidez de mano en mano. En las últimas décadas los llamados autores monetaristas (Ej: Milton Friedman) han sostenido que la cuestión de las erogaciones estatales y la emisión de moneda son principales responsables de la inflación. La cantidad de moneda supera a las reales necesidades del sistema económico de un país, razón por la cual hay más dinero que bienes en qué gastar ese dinero. ¿Por qué hay más moneda según los monetaristas? El Estado emite en función de un creciente gasto (prestaciones sociales, empresas públicas, subsidios a la producción, salarios del sector público y jubilaciones, entre otros) que no puede financiar genuinamente con recursos tributarios. Curiosamente entre los motivos que según esta teoría llevan a un Estado a emitir por necesidades fiscales no suele aludirse a las compras de dólares necesarias para cumplir los compromisos con acreedores externos.

Así fue instalándose con fuerza que toda emisión incide en los precios y por eso la gente no cree en la moneda nacional (técnicamente: desmonetización), se desprende de ella para comprar bienes antes de que su valor vuelva a subir o también para adquirir dólares u otras divisas, provocando alteraciones en el mercado cambiario con los resultados conocidos: devaluación e inflación.

El segundo enfoque es el de la Teoría Estructuralista. La CEPAL (Comisión Económica para América Latina, dependiente de la ONU) y destacados académicos como el chileno Osvaldo Sunkel -quien investigó particularmente sobre el tema- fueron los difusores de esta corriente de pensamiento en toda la región latinoamericana. El estructuralismo identifica como causas de la inflación a muchas de las que nos tocó experimentar a lo largo de la historia e incluso en el presente, aunque los guarismos sean significativamente inferiores. Por ejemplo, ocasionan inflación: las rigideces en la oferta y la inversión de capital insuficiente; los mercados concentrados (monopólicos u oligopólicos); los problemas en el sector externo derivados de la primarización de bienes exportables; los efectos no deseados

de sistemas de control estatal de precios (inflación reprimida); las expectativas distorsionadas sobre la inflación futura que terminan realimentándola; las pujas distributivas, entre otras.

El grupo de académicos que integra el Plan Fénix se ha referido con claridad al problema inflacionario argentino en perspectiva histórica y con una línea argumental estructuralista: “A nuestro juicio, la inflación ha sido la forma con que la Argentina históricamente procesó los conflictos distributivos... una economía con un elevado grado de oligopolización y baja eficiencia de sus mercados claves –como es el caso de nuestro país– puede dar lugar a conductas que se traducen en ajustes ascendentes de precios; estos comportamientos pueden ser replicados por la generalidad de los agentes económicos, a través de la difusión de expectativas, las que pueden afectar también la negociación salarial entre trabajadores sindicalizados y sector empresario” (Plan Fénix, www.uba.ar/planfenix)

III. Del Plan Austral a la hiperinflación de 1989

III.a Contexto político y económico. Hacia el Plan Austral.

Los primeros años de la nueva etapa democrática iniciada en 1983 fueron bastante complicados para gobernar. En lo político –más allá del triunfo contundente del Radicalismo por el 52% de los votos– la herencia dejada por la Dictadura en materia de violaciones a los derechos humanos hizo que la agenda gubernamental estuviera demasiado ocupada con otros temas de gravedad institucional. Luego del histórico enjuiciamiento a las Juntas Militares de 1985, sobrevino el procesamiento a personal de las Fuerzas Armadas y de Seguridad con rango inferior al de las máximas jerarquías, involucrados en crímenes de lesa humanidad. En este marco se produjo el levantamiento de Semana Santa de 1987 derivado de la Ley de Punto Final sancionada en 1986, que aceleró las citaciones judiciales. La sociedad sin distinciones sintió que la Democracia estaba amenazada y se concentró en Plaza de Mayo para repudiar la rebelión y respaldar la continuidad institucional. Aun así, al poco tiempo era sancionada la Ley de Obediencia Debida, que desprocesó a cientos de involucrados en estos graves hechos.

Paralelamente a las tensiones que sufría el sistema democrático, la inflación galopante iba reduciendo el margen de maniobra del Gobierno que no daba muestras de poder resolver la cuestión. Las correcciones salariales nunca eran suficientes y los ingresos de los trabajadores iban perdiendo paulatinamente la batalla contra los precios de bienes y servicios. Esto potenció el rol opositor de la CGT liderada por Saúl E. Ubaldini, que organizó entre 1984 y 1989 *trece manifestaciones de protesta entre paros y movilizaciones*. Tampoco fue fácil gobernar con la mayoría Justicialista en el Senado Nacional (los senadores eran elegidos por las Legislaturas Provinciales y más de la mitad estaban controladas por el PJ).

La estrategia económica fracasó durante el primer año de Gobierno. Pese a los controles de precios, la inflación continuó su escalada mientras se convalidaban aumentos salariales que tendieran al menos a compensarla, con el resultado habitual: los ingresos volvían a quedar rezagados. 1984 cerró con 688% de inflación contra un 434% del año anterior.

No pueden analizarse estos años disociados del *problema de la deuda pública*: el mayor condicionante que tuvo y tiene la Democracia. La deuda argentina en 1983 era de aproximadamente US\$ 45.000 millones y fue destinada por la Dictadura a fines que nada tenían que ver con incrementar la capacidad de producción del país para así estar en mejores condiciones de pagarla: a) financiar la especulación por medio de la tablita cambiaria que mantenía artificialmente barato el dólar con créditos externos, b) realizar obras públicas faraónicas e improductivas y c) absorber deuda externa privada que pasó a ser pública en un proceso de estatización que arrancó luego de la devaluación de 1981 y culminó en 1985.

El país se encontraba entonces con un pasivo de proporciones cuando los acreedores internacionales decidieron revertir la tendencia de crédito fácil, propio de los años 70 (2). Ya no había líneas de préstamos de esas características antes impulsadas por el alza en el valor del petróleo (petrodólares);

(2) El cambio de actitud por parte de los acreedores se debió principalmente a que en 1982 México, como eclosión de una situación externa de ahogo financiero, anuncia la imposibilidad de hacer frente a los pagos de la deuda.

asimismo, las tasas de interés internacionales -debido a las políticas monetarias restrictivas de los países desarrollados como EEUU- habían subido hasta los dos dígitos, pasando de un 6/8% anual a un 20% en 1981/82 (Gerchunoff Pablo y Llach Lucas, 2005: 385 y sig.). Lo que restaba era pagar; pagar con ajuste, distraendo recursos del presupuesto estatal asignados a áreas clave. El sector público necesitaba ahorrar para comprar los dólares necesarios que permitieran afrontar compromisos cuyo origen estaba viciado de legitimidad. Por ende, disminuyó la inversión pública y la falta de inversión -sea en bienes de capital, sea en infraestructura- fue siempre una presión inflacionaria especialmente mencionada por la corriente estructuralista.

El Ministro de Economía Bernardo Grinspun -perteneciente al riñón político del Presidente Alfonsín- renunció en febrero de 1985, asumiendo un técnico con formación estructuralista que hasta entonces era Secretario de Planificación (cargo que pasó a ocupar Grinspun en un enroque): Juan Vital Sourrouille. Sourrouille apostó a un esquema que no sería gradualista sino de shock. Así vio la luz en junio de ese año y por Decreto de necesidad y urgencia (Decreto 1096/85, www.saij.jus.gov.ar) el *Plan Austral*, que combinó medidas típicamente monetaristas (compromiso de reducción del gasto público con eliminación del déficit fiscal y cero emisión de moneda con ese fin) con medidas más heterodoxas (congelamiento de precios de bienes, tarifas de servicios públicos y salarios). También se aplicó un desagio para desindexar obligaciones de ejecución continuada contraídas antes del Plan. Más allá de las críticas que despertó el desagio por quienes eran acreedores en diferentes relaciones contractuales, se entendió que era necesario tomando en cuenta la significativa reducción que en los meses siguientes tendría el índice inflacionario, donde no era razonable convalidar cláusulas indexatorias pensadas con una expectativa de suba de precios que ya no era de magnitud.

El Peso Argentino dejó de existir, dando lugar al Austral que tenía tres ceros menos y era más fuerte en la relación de paridad que el mismo dólar, como se verá más adelante. El congelamiento de precios estuvo precedido de una remarcación que permitió a los formadores de precios contar con cierto “colchón” para soportar el nuevo escenario por unos meses. La inflación de junio de 1985 fue exactamente del 30,5%, un poco menor a la que se registró en 1975 con el “Rodrigazo” (3)(3). No caben dudas de que el país iba camino a la hiperinflación más tarde o más temprano y que el Plan Austral se propuso evitarla. La inflación bajó. En agosto llegó al 6,1%, en septiembre al 2% y en octubre al 1,9%. En los nueve meses que duró el congelamiento la inflación promedio fue de 3%, mientras que en los nueve meses anteriores al Austral fue de 25% (Frenkel Roberto y Fanelli José María, “Desequilibrios, políticas de estabilización e hiperinflación en Argentina”, 1989: 16 www.cedes.org/publicaciones). El Gobierno tenía su primer test electoral en noviembre y ganó la renovación legislativa con el 43% de los votos.

En 1986 comenzaron a hacerse correcciones. Nació el *Austral II*, mientras lentamente se diluían los logros del Austral original. Los controles iban cediendo, básicamente por la presión de los formadores de precios y los sindicatos -al compás de un incipiente rebote inflacionario- volvían a la carga ejerciendo el derecho de reclamar actualizaciones salariales. Aún así, el año cerró con una inflación de dos dígitos: 81,9%

Un párrafo aparte merecen los *problemas del sector externo* en los años 1986/87. Las exportaciones cayeron en 1987 a U\$S 6.600 millones, principalmente por la baja en las cotizaciones de los productos primarios a raíz de la política de subsidios distorsivos del mundo desarrollado. Combinado con mayores importaciones, esta situación arrojó un pobre superávit comercial de U\$S 257 millones. Semejante escasez de dólares complicó el mercado cambiario y la agenda de vencimientos que el Gobierno tenía en ese año (Frenkel Roberto y Fanelli José M., 1989: 17).

III.b Derrota electoral, gestión debilitada e hiperinflación

El año 1987 significó un quiebre para el Radicalismo en el Gobierno. Al avance del poder militar que se mencionó antes, arrancándole medidas que le garantizaran impunidad se sumó la derrota de

(3) Se llamó “Rodrigazo” a un conjunto de medidas adoptadas por Celestino Rodrigo, Ministro de Economía de M. E. Martínez viuda de Perón. Se dejó sin efecto el control de precios, la moneda fue devaluada entre un 100 y un 160% y las tarifas de servicios públicos aumentaron un 80%. La inflación en julio de 1975 fue 34,7%

septiembre, perdiendo la Gobernación del principal distrito: Provincia de Buenos Aires, y quedando sin mayoría en ambas cámaras del Congreso Nacional para los dos años que restaban del mandato.

Ese año, en otra demostración de viraje en antiguas posiciones que identificaron históricamente a la UCR, el Presidente Alfonsín propuso al Parlamento un *ensayo de privatización* tomando como leading case a las empresas estatales de telefonía (ENTEL) y de aeronavegación (Aerolíneas Argentinas), asociadas respectivamente con Telefónica de España y con la compañía aérea europea SAS (Sevares Julio, 2002: 42 y sig.). La iniciativa, que tuvo como autor intelectual al Ministro Rodolfo Terragno, no prosperó. Por esas actitudes contradictorias e hipócritas que suelen darse en la vida política de muchos dirigentes, fue Eduardo Menem (hermano de quien tiempo después fuera Presidente de la República e impulsara el mayor y más rápido proceso privatizador del que se tenga memoria) quien llevó la voz cantante de su bloque en el Senado rechazando el proyecto por “entreguista y vendepatria”.

En 1988 hubo nuevos intentos por detener la espiral de la inflación. Desde comienzos de aquel año se restableció el régimen de convenciones colectivas de trabajo de la ley 14.250 (paritarias), que habilitaba a los gremios a discutir salarios directamente con el sector empresario. Resultado de esa puja -como en otros tiempos- fue el traslado a precios de las actualizaciones conseguidas por los trabajadores. En agosto se anunció el *Plan Primavera*, con medidas de ajuste y racionalización del gasto público y de modificación del régimen cambiario con los dólares comercial y financiero: las exportaciones agropecuarias se liquidarían por el dólar comercial -de menor valor- y las industriales por un mix entre el dólar comercial y el financiero -de más valor porque estaba librado a la oferta y la demanda-. Fue con motivo del Plan Primavera que se firmó un nuevo acuerdo Stand By con el FMI.

1989 era el año del recambio presidencial, con toda la expectativa que despertaba culminar después de tantas décadas un Gobierno Constitucional sin alteraciones en la institucionalidad. A los problemas económicos conocidos se le sumó la decisión de programar cortes de luz que llegaron a cinco horas diarias con la irritación que una medida así provocaba en la sociedad, debido a un fenómeno de sequía que impidió el normal funcionamiento de las centrales hidroeléctricas, y mostró la desinversión del parque térmico (usinas alimentadas con gasoil, fuel oil, etc.) que no estaba en condiciones de suplir esa carencia. También fue un golpe políticamente duro para el Gobierno la toma de un Regimiento en el Gran Buenos Aires (La Tablada) protagonizado por el Movimiento Todos por la Patria, a fin de evitar una aparente asonada militar que no era tal. Luego de que el Presidente ordenara -como correspondía- la recuperación del predio, hubo denuncias por violaciones a los derechos humanos e incluso fusilamientos de personas que estaban desarmadas y debían ser puestas a disposición del Juez Federal competente. La situación general -de más está decirlo- tendía a empeorar y el clima de desconfianza de los grandes grupos económicos se expresaba a través de compras de dólares en cantidades cada vez más importantes que iban agotando las reservas internacionales del Banco Central. Tampoco ayudaron el adelantamiento de las elecciones presidenciales que debían ser en octubre y se realizaron en mayo pensando que así el oficialismo tenía más chances de ganar, ni el discurso populista previo a los comicios del candidato justicialista Carlos Menem.

Muy comentada en esos tiempos fue la actitud del ex Presidente del BCRA durante la Dictadura y futuro Ministro de Carlos Menem: Domingo Felipe Cavallo, quien hizo saber en el exterior que si el FMI continuaba su acuerdo con Argentina, esto sería interpretado por un eventual Gobierno Justicialista como un gesto de apoyo a la prolongación del proyecto del Gobierno Radical cuyo candidato era Eduardo César Angeloz (con un discurso más liberal que radical). Por consiguiente: en caso que Menem triunfara desconocería la deuda externa, perjudicando así a los bancos acreedores extranjeros. Lo cierto es que en enero de 1989, cuando no había transcurrido ni la mitad del Acuerdo Stand By que debía estar vigente hasta mayo, el FMI lo canceló, tornando mucho más grave el cuadro existente.

En pocos días, hacia fines de aquel enero, las reservas bajaron unos U\$S 900 millones. Esto hizo que el BCRA (presidido por José Luis Machinea) decidiera el 6 de febrero *no vender más dólares* por el riesgo que significaba, precisamente, agotar las reservas. El Austral comenzaba así una importante devaluación que fue antesala de una remarcación de precios verdaderamente alocada.

¿Esa fiebre por comprar dólares que parecía no calmarse se debió a la gente común (asalariados, amas de casa, jubilados entre otros) que acudía masivamente a las casas de cambio a reemplazar sus australes sin valor por dólares fuertes? Desmitifiquemos esta idea instalada desde siempre: el mercado cambiario -antes, ahora- no eleva su temperatura por personas que forman largas filas para comprar 200, 300, 500 o más dólares (el comúnmente llamado “chiquitaje”) sino por grandes empresas, grupos, holdings, que en una mañana son capaces de adquirir decenas de millones de dólares. Atrás, lejos, cuando la suerte de la devaluación está echada, las familias intentarán preservar sus ahorros dolarizándolos.

Los argentinos, acostumbrados desde varios años atrás a la inflación alta, experimentaban por primera vez la *hiperinflación*. Este fenómeno se da cuando hay un proceso acelerado de aumento del nivel general de precios, en que los agentes económicos (consumidores, empresarios entre otros) pierden noción del valor real de las mercancías porque éste se eleva en tal magnitud y con tanta rapidez que no permite determinar una relación de equivalencia cierta con la moneda.

La manifestación más explícita y penosa de la hiperinflación fueron los *saqueos a comercios*. Si bien en otros tiempos en el país ocurrieron saqueos (Rosario en 1969, Jujuy en 1945 en torno a la fecha histórica del 17 de octubre, algunos puntos de la ciudad de Buenos Aires como Avenida Corrientes y Canning -hoy Scalabrini Ortiz- en la década de 1930 con motivo de la crisis), ninguno de ellos fueron como en 1989 el eje central de una protesta que hizo ver la desesperación e impotencia de sectores poblacionales de bajos recursos que no podían comprar alimentos por el aumento desenfrenado de los mismos. Mayo fue el mes en que principalmente se registraron estos hechos. Primero, con manifestaciones frente a supermercados en Rosario, posteriormente cacerolazos en Córdoba, alcanzando plena repercusión pública cuando ocurrieron en el Gran Buenos Aires -San Miguel, General Sarmiento, entre otros partidos- y también en Tucumán, Mendoza y la Capital Federal (Iñigo Carrera Nicolás y otros “La Revuelta Argentina 1989/90”: 4 y sig. www.pimsa.secyt.gov.ar/publicaciones.)

Alrededor de los saqueos y otros hechos violentos se tejieron distintas versiones acerca de si fueron acciones espontáneas o impulsadas por grupos (políticos, gremiales o de otra naturaleza) que tenían especial interés en fomentar el caos. En 2001, días antes de la caída del Gobierno de Fernando de la Rúa se reflató la misma hipótesis. En ambos casos nunca se probó fehacientemente la instigación, lo que no significa que pueda haber existido. Ahora bien: repasando las filmaciones que cada tanto proyectan los medios de comunicación, se ve con nitidez que madres o padres, acompañados por sus niños, todos de condición humilde, ingresan a un comercio y salen con alimentos básicos. También se observan personas que salían con bebidas alcohólicas o con mobiliario del supermercado saqueado, pero fueron casos muy puntuales y claramente minoritarios. Como en todos los ámbitos (incluido el universitario) siempre hay espurios intereses que animan a una agrupación a fomentar hechos violentos, porque su razón de existencia pasa por desestabilizar y sacar provecho del conflicto. Pero una acción instigadora de estas características sólo tiene eco cuando hay una situación límite que no puede soportarse más.

Durante estos fatídicos meses, el país vio pasar a dos Presidentes del Banco Central (Machinea, quien estaba desde agosto de 1986, renunciando en abril de 1989 y luego Adolfo García Vázquez, quien ya había cumplido esa función entre diciembre de 1983 y febrero de 1985, renunciando días antes de que llegara Menem al Gobierno). También en esos meses hubo tres Ministros de Economía. Primero se fue Juan Sourrouille, en una suerte de golpe de timón del Presidente Alfonsín con el objeto de que la economía fuera manejada con la mirada de un político y no de un técnico. A Sourrouille lo sucedió alguien con el perfil buscado: Juan Carlos Pugliese, histórico dirigente de la UCR, ex Ministro de Economía durante la presidencia de Arturo U. Illia y Presidente de la Cámara de Diputados de la Nación desde 1983. Nada pudo hacer porque evidentemente la situación era incontrolable. En esos días -durante una rueda de prensa- cuando se le preguntó por la escalada del dólar pese a su exhortación a quienes mantenían en estado de ebullición el mercado cambiario, para que reduzcan los niveles de compra, pronunció una frase que quedó grabada para los tiempos no sólo por la simpleza de sus términos sino también por lo sincera y directa que fue: “*les hablé con el corazón y me respondieron con el bolsillo*”. Pugliese finalmente renunció, siendo reemplazado por un por entonces joven econo-

mista radical de la Capital Federal y diputado nacional: Jesús Rodríguez. Esto fue en junio, cuando se registró una inflación del 114%. Todavía faltaba lo peor: el más alto índice de inflación de la historia argentina llegaría en junio con un 196,6%.

IV. Camino a la hiperinflación de 1990. El Plan Bonex

IV.1 El nuevo discurso “neoliberal populista” de Menem

Ya triunfante Carlos Menem, varió su orientación en el discurso que había sostenido hasta ese momento. Donde se leía salarizado, revolución productiva y retorno al Peronismo originario de la soberanía política, independencia económica y justicia social, ahora debía leerse: de la crisis se sale con mercado y no con un Estado ocupándose como hasta el presente de funciones económicas y sociales; y en caso que el país volviera a crecer, la teoría del derrame haría que todos reciban lo que les correspondía de los frutos de ese crecimiento. Esta nueva postura ideológica significó además un alineamiento incondicional con EEUU (graficado por el Gobierno sin pudor con la desagradable frase de las “*relaciones carnales*”) y la entrega de la conducción económica a la multinacional argentina más importante en aquellos años: Bunge y Born. El país tuvo entre julio y diciembre de 1989 dos Ministros de Economía provenientes de ByB: Miguel Roig –vicepresidente ejecutivo de la empresa, que murió a los seis días de asumir– y Néstor Rapanelli, quien había sucedido a Roig en ByB. El Plan fue bautizado “BB” y consistía en acuerdos con las empresas formadoras de precios (lo más urgente para descomprimir la hiperinflación), un tipo de cambio único con el dólar cotizando a 650 australes, combinado con medidas que “caerían bien a los mercados”: la privatización de prácticamente todas las empresas públicas –mal llamada Reforma del Estado– y avanzar en la desregulación económica. En palabras de Mario Rapoport:

“Se produjo una reorientación en la política económica pasando a favorecer a otros sectores del poder económico: el de los acreedores externos y de manera secundaria el de los exportadores. Los grandes contratistas del Estado también se beneficiarían participando de las privatizaciones” (Rapoport M. y otros: 972 y sig.)

La hiperinflación se dio en el ámbito de un Gobierno debilitado, sin capacidad de respuestas, derrotado en las urnas y con un candidato ganador que irresponsablemente decía que estaba esperando un gesto de Raúl Alfonsín para adelantar la entrega del poder y así asumir la administración del país el partido triunfante, que tenía los equipos y las ideas para mejorar la grave situación. Conclusión: el problema era el Gobierno que tozudamente resiste irse antes, el Gobierno que “no supo, no quiso, no pudo”. El gesto del Presidente Alfonsín tuvo lugar el 12 de junio cuando anunció su renuncia anticipada a partir del 8 de julio, día en que asumió el Presidente Menem. Las leyes de Emergencia Económica y Reforma del Estado (23.696 y 23.697, www.infoleg.gov.ar) fueron aprobadas por un Congreso que pese a todavía no reflejar numéricamente los resultados electorales de mayo (los mandatos de la mitad de los diputados terminaban en diciembre), acompañó con voto positivo o dando quórum para permitir la sanción de las normas pedidas por Menem. A su vez, el empresariado veía con simpatía al nuevo Mandatario y particularmente a algunos de sus Ministros/Funcionarios: Domingo Felipe Cavallo como Canciller, María Julia Alsogaray como interventora/privatizadora de la empresa de teléfonos estatal ENTEL, su padre Álvaro –referente máximo de las ideas de libertad económica y Estado mínimo en Argentina– como asesor presidencial y Ricardo Zinn –el mismo que secundó a Celestino Rodrigo en aquel nefasto 1975– aportando sus “conocimientos” para llevar adelante el plan de privatizaciones, entre otros.

Además, en el plano político, embanderado en un *falso mensaje de reconciliación nacional* y con el propósito de caer bien en sectores económicos poderosos, el Presidente extendió la impunidad que antes se impuso por la Ley de Obediencia Debida, ahora por Decreto de Indulto a los ex Comandantes de las Juntas Militares, al cerebro del plan económico de la Dictadura, José A. Martínez de Hoz, a represores como Camps y Suárez Mason y a personajes como Mario Firmenich o Rodolfo Galimberti de la organización Montoneros, caracterizada por sus métodos violentos de acción política en la década de 1970.

Evidentemente el capital del Gobierno era enorme, con el Radicalismo intentando acomodarse en el rol de oposición, sindicatos afines al Partido Justicialista e incluso importantes comunicadores de

los medios que expresamente acompañaron las medidas adoptadas en materia económica y política. Sin embargo, paradójicamente, más allá de una momentánea desaceleración en el nivel de precios, la devaluación del austral -factor principal que potenciaba a la inflación- continuó sin detenerse.

Igual que el Gobierno de Alfonsín, Menem apeló a encajes bancarios altos (4) animado por dos motivos: *la necesidad de financiar el déficit fiscal*, que era preocupante aunque equivalía a la mitad del registrado en comienzos de la etapa democrática (14,5% del PBI); y como *herramienta de política monetaria restrictiva*, para evitar la expansión de dinero. Esto significó que, por ejemplo, de cada 1000 australes depositados en cuentas bancarias aproximadamente un 80/85% no pudiera ser prestado por las entidades. En verdad con este mecanismo el Estado se convirtió en el principal (y compulsivo) tomador de préstamos. Los encajes eran remunerados, de modo que el Banco Central les pagaba a los bancos por tener congelado un porcentaje tan alto de los depósitos. El país estaba fuera de los mercados internacionales con motivo de la moratoria dispuesta en abril de 1988 por Alfonsín, y por la gran cantidad de bonos emitidos a tasas altas tenía también agotada su capacidad de tomar deuda interna. Así transcurrió la segunda mitad de 1989.

Hacia diciembre, el clima de incertidumbre y desconfianza se acentuaron. Los argumentos de quienes sostenían que en realidad Argentina no lograba salir del fenomenal descalabro cambiario, fiscal y de precios por los desaciertos del anterior Gobierno parecían desvanecerse. El Ministro Rapanelli era funcional a un modelo económico típicamente liberal, estaban vigentes las leyes de Emergencia y Privatizaciones, la relación entre Carlos Menem y George H.W. Bush (padre) pasaba de ser protocolar a una obsecuente amistad y se anunciaba el fin de la moratoria de abril de 1988, reanudando los pagos a los acreedores externos. Pese a todo, no retornaba la confianza a los mercados. Basta mencionar como ejemplo a la devaluación de la moneda que parecía no tener techo: el año 1989 había comenzado con un dólar cotizando entre 20 y 25 australes (recordemos que en 1985 un austral equivalía a US\$ 0,80), llegó a los 400/500 australes en oportunidad del cambio de Gobierno y trepó hasta los 1950 australes en diciembre. El total anual de la depreciación de la moneda fue 8000% aproximadamente (5).

IV.2 El fracaso del Plan Bonex

Cuando avanzado diciembre de 1989 la presunción de que los ahorristas podían retirar masivamente sus depósitos se convirtió en una realidad de inminente concreción, Rapanelli se alejó del cargo siendo reemplazado por Antonio Erman González, contador riojano como el Presidente y ex colaborador suyo en funciones variadas de gobierno a nivel provincial y nacional. Es así que, con el Canciller Cavallo como autor en las sombras, empezó a pensarse en un plan que por un lado limitara el retiro de depósitos bancarios a plazo y por el otro concentrara en un solo título a la inmensa variedad de bonos en australes que habían sido emitidos en los últimos años. El bono pensado para esos fines fue el *Bonex* (Bonos Externos) que existía desde la década del 70, siempre en dólares y siempre honrado por el Estado, algo que lo hacía gozar de reputación en el mercado. Los depósitos bancarios, casi en su totalidad constituidos a tan sólo siete días (lo que revela el excesivo cortoplacismo con que se manejaban los inversores) serían devueltos en efectivo hasta la cifra de un millón de australes y el resto en Bonex. El monto involucrado en la operación rondó los US\$ 3.000 millones.

El plan despertó muchas críticas, principalmente porque se veía afectado el derecho de propiedad al impedírsele a los ahorristas retirar en dinero el capital más los intereses de sus ahorros depositados en una entidad financiera. A partir de que -ya emitidos los Bonex- los ahorristas comenzaron a recibirlos, la inmensa mayoría (gente de clase media) salió a venderlos. Sabido es que en estos casos existe un valor nominal (expresado en la lámina del bono) y un valor real (el que efectivamente tie-

(4) El encaje bancario es la porción de los depósitos bancarios obligatoriamente inmovilizados por las entidades financieras según lo dispone el Banco Central de la República Argentina en su carácter de ente regulador de la política monetaria.

(5) Por la crisis que estalló en diciembre de 2001, que dio lugar a la salida de la convertibilidad y de la paridad 1 a 1, el peso se devaluó en 5 meses un 300% (27 veces menos que en 1989) llegando a cotizar US\$1 = \$4 en mayo de 2002 para luego estabilizarse en \$3/3,10

ne si su tenedor lo vende en el mercado). Hacia abril de 1990, *el valor real de los Bonex era de entre 25/30% de su valor nominal*. Esos ahorristas prefirieron desprenderse de los Bonex con la ilusión de al menos rescatar una cuarta parte de sus ahorros, *perdiendo las tres cuartas partes restantes*. Una minoría, con alta capacidad económica pudo esperar; sea porque también habían cobrado en Bonex o porque compraron a bajísimo precio los Bonex vendidos con desesperación por los ahorristas de menores ingresos. Esta minoría no sólo pudo sino que supo esperar pues suelen manejar información que no está al alcance de quienes desconocen los vaivenes del mercado. En el último trimestre de 1990, lo que antes cotizaba un 25/30% promedio, ahora se situaba entre 70 y 80%. Esto significa: *una rentabilidad en dólares de aproximadamente 200%*. Algo que en un país estable lleva décadas, aquí se conseguía en tan sólo 6 meses.

Otra crítica fue el haber utilizado un Decreto de Necesidad y Urgencia (Decreto 36/90, www.infoleg.gov.ar, consultado en diciembre de 2009), que dio lugar a innumerables acciones judiciales. Uno de esos casos llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El actor era Luis Peralta, quien había constituido un plazo fijo un plazo fijo a 7 días en un banco con vencimiento el 3 de enero de 1990.

En primera instancia Peralta perdió. Apelado el fallo, la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo declaró la inconstitucionalidad del Decreto haciendo lugar a la demanda entablada por Peralta. Llegado el caso por la vía extraordinaria a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una muy polémica decisión adoptada por la que en esos tiempos se denominó “Corte con mayoría automática menemista”, dejó sin efecto la sentencia de Cámara y rechazó la demanda de Peralta (www.biblioteca.jus.gov.ar/jurisprudenciaargentina, consultado en diciembre de 2009). La Corte se pronunció por la constitucionalidad de la medida mediante un controvertido argumento: si el Congreso no había adoptado decisiones diferentes, entonces convalidaba el decreto dictado por el Poder Ejecutivo en estado de emergencia (la denominada convalidación ficta). Agregó el máximo Tribunal que no se estaba privando a los particulares de los beneficios patrimoniales reconocidos legítimamente, ni se les negaba su propiedad sino que sólo se limitaba temporalmente la percepción de esos beneficios o restringía el uso que pueda hacerse de esa propiedad basándose en la emergencia, siempre que las decisiones adoptadas sean razonables y limitadas en el tiempo.

Sin perjuicio de la mirada crítica -que se comparte- sobre la violación de derechos constitucionales que trajo aparejado este Plan, puede ser comprensible (con criterio muy restrictivo) que cuando se toman decisiones vinculadas con temas bancarios o monetarios -materias por demás sensibles- es algo impracticable enviar un proyecto al Congreso. Si así fuera, al tomar estado público con anticipación el contenido de las medidas, podría terminar haciéndole perder efectividad. Algo similar ocurrió con la creación del Austral y la instrumentación del desagio en 1985, que fueron puestos en vigencia por Decreto y posteriormente convalidados por el Parlamento Nacional; aunque sin lugar a dudas que el Plan Bonex fue mucho más allá. Años después, el vulgarmente llamado “corralito” primero y “corralón” después superarían holgadamente en afectación patrimonial de los ahorristas a todo lo conocido (6). (Decretos 1570/2001 y 214/2002, www.infoleg.gov.ar)

Lo que quiso evitarse con el Plan Bonex -sin éxito y con un altísimo costo- fue el empeoramiento de una situación que ya era caótica. En primer lugar, como se señaló antes, más del 80% de los depósitos estaba inmovilizado bajo la figura del encaje. Por consiguiente: ese dinero no estaba disponible en los tesoros de los bancos o del mismo Banco Central por si eventualmente debían ser devueltos. En segundo lugar, liberar al mercado una cantidad tan importante de australes en un contexto de fuerte inestabilidad, causaría el efecto de una megadevaluación, que podía colocar al país a las puertas de una nueva hiperinflación.

La espiral inflacionaria descontrolada reapareció, pero ahora *en un Gobierno con orientación ideológica diferente al anterior*. Enero y febrero de 1990 fueron meses que registraron índices de 79,2 y 61,6 % respectivamente. En febrero de 1990 el mercado cambiario se vio nuevamente alterado por las

(6) Los Decretos 1570/2001 y Decreto 214/2002 afectaron respectivamente a depósitos en caja de ahorro/cuenta corriente y los constituidos en plazo fijo.

excepciones para el retiro en efectivo de los depósitos alcanzados por el Plan Bonex, que provocaron una expansión monetaria descomunal y se reflejaron en la cotización del dólar libre, que llegó a 6000 australes. En marzo de 1990 los precios subieron el 95,5%, reeditándose los saqueos a supermercados aunque en menor dimensión que el año anterior. Habíamos llegado a la segunda hiperinflación.

Por esos días se implementó un recorte fiscal drástico con el decreto 435/90 (www.infoleg.gov.ar): prohibición de financiamiento del Tesoro Nacional por el BCRA, cese de la operatoria minorista del Banco Hipotecario, eliminación de secretarías y subsecretarías del Gobierno Nacional, jubilaciones anticipadas del personal estatal, congelamiento de vacantes en la Administración Pública, entre otras medidas que “infundieron credibilidad” como toda política de ajuste, que siempre cae bien en los mercados. Así, desde abril de 1990 a enero de 1991 se transitó por un sendero de *relativa estabilidad*. El valor del dólar permaneció quieto, en torno a los 5000 australes y el índice de precios al consumidor aumentó entre el 11 y el 16% mensual, cayendo en el último trimestre de 1990 a un dígito mensual.

V. El mejor antídoto y el peor remedio: la Convertibilidad.

Hasta aquí se abordaron los hechos que terminaron desencadenando la hiperinflación en 1989 y 1990 con distintos planes antiinflacionarios ensayados, que luego de un comienzo prometedor se caían por inconsistentes.

Domingo Felipe Cavallo, quien había renunciado a su cargo de Canciller para asumir en el Ministerio de Economía hacia fines de enero de 1991, impulsó la adopción de un régimen similar al que rigió en nuestro país a partir de la última década del siglo XIX hasta 1914 y de 1927 hasta 1929 cuando imperaba el patrón oro hoy extinguido: la *convertibilidad*. La moneda nacional (técnicamente base monetaria) pasaba a estar plenamente respaldada en moneda extranjera (dólares). Para eso, Cavallo deliberadamente indujo a una devaluación más fuerte de la que comenzaba a observarse en los días previos a la ida de Erman González, de modo que el dólar ascendiera en su cotización a 10.000 australes. De la mano de un dólar a ese valor fue ideado un cambio en la moneda: se iba el Austral y llegaba el Peso con cuatro ceros menos, que como señal de la aguda inestabilidad que vivió el país totalizaba una quita de trece ceros desde 1970 cuando el histórico Peso Moneda Nacional era reemplazado por el Peso Decreto Ley 18.188 (7). Los antiguos 10.000 australes equivalían un peso de la nueva denominación. Este fue el origen del “1 a 1”, que el Congreso aprobó por ley 23.928. (www.infoleg.gov.ar). Quizás haya sido el mejor antídoto pensado en ese momento para disuadir cualquier maniobra devaluatoria: si los tenedores de pesos salieran todos juntos a comprar dólares, el BCRA tendría las reservas suficientes para atender semejante demanda sin alterar la paridad cambiaria. La ley 23928 también introdujo cambios en algunos artículos del Código Civil (especialmente 617 y 619) tendientes a desindexar la economía, recobrando vigencia el *principio nominalista* en materia de obligaciones: si la obligación del deudor fuese entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, se cumple dando la especie designada el día de su vencimiento. Además, las obligaciones en moneda extranjera (antes consideradas como de dar cantidades de cosas) ahora eran equiparadas a obligaciones de dar sumas de dinero, lo que facilitó con el correr de los años que la gran mayoría de los contratos de cualquier naturaleza celebrados entre privados se expresaran en dólares aunque fueran pagaderos en pesos. Este ejemplo demostraba que la confianza en el peso no era tal. La gente aceptaba endeudarse en dólares porque era igual pagar US\$1.000 que \$1.000. El riesgo que esto traía aparejado se vio cuando estalló la convertibilidad y se devaluó el peso a partir de diciembre de 2001.

Volviendo a los primeros tiempos de la Convertibilidad, desde abril de 1991 los precios paulatinamente se estabilizaron en índices de un dígito (2,8% en mayo; 0,6% en diciembre). Estábamos ante una situación absolutamente desconocida en las tres décadas anteriores y que naturalmente fue muy bien recibida por la población.

(7) Al peso moneda nacional le sucedió el peso D/L 18.188 con dos ceros menos. Luego vendrían el peso argentino en 1983 con cuatro ceros menos y el austral en 1985 con tres ceros menos.

Sin pretender caer en contradicciones por lo expresado en el párrafo anterior: el mejor antídoto también fue el peor remedio. Al impacto positivo que provocó el anclaje cambiario con respaldo de 100% en dólares, oro y títulos calmando la fiebre devaluatoria, le sucedieron otras políticas “disciplinadoras” sin las cuales el éxito de la baja en los niveles de precios no hubiera sido tan efectivo, tales como el aumento en los índices de desempleo que tuvo entre otras causas al proceso privatizador impulsado por Menem, así como la implementación de formas precarias de contratación laboral. Cabe recordar que de acuerdo al INDEC el índice de desempleo al finalizar la década del 80 y comenzar la del 90 era de un 6% promedio, mientras que en mayo de 1995 llegó al 18,6%. En un escenario de alto desempleo, la capacidad de negociación de los gremios era menor: no perder fuentes de trabajo pasó a ser prioritario; y no tanto reclamar mejoras salariales. Por si todo ello fuera poco, en esos años no se homologaban aumentos que siguieran la evolución del índice de precios al consumidor, sino solo por cláusula de productividad (8). (Decreto 1334/91, www.infoleg.gov.ar)

Con el correr del tiempo, un tipo de cambio inmóvil y retrasado favoreció importaciones sustitutivas de la producción nacional. El modelo aperturista tenía dos grandes pilares: *aranceles reducidos y dólar barato*. También la paridad fija hizo que volviera a vivirse sin control alguno un “bis” de la bicicleta financiera (9) de la Dictadura, además de un boom de turismo al exterior a muy bajo costo que algunos sectores todavía añoran. Otros errores -como la creación del sistema privado de jubilaciones (AFJP) y la rebaja en los aportes patronales que supuestamente ayudaría a crear puestos de trabajo- desfinanciaron al Estado y aumentaron significativamente la deuda pública. La convertibilidad -vale reconocerlo- contuvo la inflación, hizo crecer al país sobre todo entre 1991 y 1994 y redujo la pobreza en promedio a menos de la mitad comparando con la registrada por el INDEC en octubre de 1989, que era de casi un 50%; pero provocó desequilibrios en el sector externo y elevado endeudamiento, mayor desempleo y una regresiva distribución del ingreso. Los peores indicadores sociales de este modelo comenzado por Menem y continuado por Fernando de la Rúa, empezaron a visualizarse crudamente con la crisis de 2001.

VI. Reflexiones finales

En los años previos a la hiperinflación de 1989/90 los sucesivos planes pensados para poner freno al aumento descontrolado de los precios fracasaron por un diagnóstico más bien desacertado sobre sus causas.

Siempre con la inflación los Gobiernos imaginaron “parches” actuando sobre las consecuencias de este fenómeno. Así se congelaron precios, que es inflación reprimida pues mientras rija el control estatal los precios tienden a no subir pero al dejar el control sin efecto vuelve a aparecer. También hubo quitas de ceros a la moneda de turno intentando de esa manera convencer a la gente mediante el factor psicológico que se ha logrado una reducción en el valor de las mercancías; y se asumieron compromisos sabiendo que eran imposibles de cumplir: no emitir moneda para financiar el déficit público. Hubo confiscación de depósitos devueltos en bonos con una quita importante para frenar un ataque especulativo contra el Austral, con resultados efímeros porque a los 60 días la “hiper” regresaba. Finalmente se aplicó la Convertibilidad que respaldaba en dólares a la base monetaria mientras el PBI crecía en los primeros tiempos, la desocupación se triplicaba y los salarios tenían encorsetado su mecanismo habitual de actualización. En todos esos años, además, se impusieron sucesivos ajustes fiscales que agudizaron el cuadro regresivo.

(8) La productividad mide el rendimiento de los factores productivos (en este caso el factor trabajo). Ejemplo: si una empresa produce más bienes con la misma planta de personal o si mantiene su nivel de producción con menos personal en ambos casos la productividad es mayor.

(9) Se denomina bicicleta financiera a la llegada de capitales en moneda extranjera que se convierten en pesos para aprovechar las tasas de interés en moneda local, mucho más elevadas que en los países centrales. Al cabo de un tiempo los capitales vuelven a su plaza de origen previo a ser convertidos en la moneda con la que ingresaron al país sabiendo que el tipo de cambio durante todos esos meses ha permanecido inalterable.

La Hiperinflación de 1989/90 fue un punto de inflexión histórico en el que tuvieron gravitación gruesos errores en materia económica y el aprovechamiento inmoral de la situación por parte de ciertos intereses económicos y políticos. Atravesar una experiencia hiperinflacionaria significó también haber llegado al límite de lo que un país puede estar dispuesto a soportar respecto de la suba de los precios y ese parece ser un reaseguro para no volver a padecerla. También creó las condiciones para profundizar -sin red de contención- lo que en años anteriores había comenzado a insinuarse: una reformulación drástica de las funciones económicas del Estado. Fue como si hubiéramos vuelto al Estado gendarme del siglo diecinueve (liberal, individualista, desentendido de las cuestiones sociales) pero en un contexto muy distinto, a las puertas del siglo veintiuno.

Visto con la mirada de los tiempos actuales, aún sin “hiper” *la inflación continúa siendo un problema preocupante*, con varios factores que inciden:

Primero: La inversión es insuficiente para lo que el país necesita en materia de bienes de capital, equipamiento, infraestructura. Esto ocurre porque *el crédito con fines productivos -sobre todo en las empresas pequeñas y medianas- es poco accesible pese a la liquidez del sistema financiero*; porque las empresas de mayor tamaño optan por destinos rentísticos y no de reinversión de sus utilidades; y porque el Estado -más allá de los anuncios- destina fondos que no alcanzan para mejorar la infraestructura. El crédito escaso para mantener y ampliar la capacidad de producción, la falta de una actitud de reinversión por empresas que están en condiciones para ello y el atraso en infraestructura, son presiones inflacionarias.

Segundo: La tendencia a la monopolización u oligopolización en prácticamente todos los mercados *favorece prácticas abusivas con los precios* que no son adecuadamente controladas por los mecanismos legales de defensa de la competencia. Difícilmente se eviten o sancionen estas conductas anticompetitivas si son investigadas en el marco de la absurdamente vigente Comisión de Defensa de la Competencia, con integrantes elegidos a dedo por el poder de turno y subordinados al Secretario de Comercio, mientras -en una demostración más de graves fallas en la institucionalidad- no ha sido aun puesto en funcionamiento el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, con miembros seleccionados por concurso público, como lo dispone el capítulo IV de la ley 25.156 sancionada en 1999.

Tercero: Argentina produce para consumo doméstico los mismos bienes que constituyen la base de sus exportaciones. El valor de esos bienes en el mercado nacional está atado al valor externo -en dólares- de los productos llamados commodities, que tuvieron subas significativas en los últimos años (soja, trigo, maíz, petróleo, entre otros). Esto hace que los precios de artículos esenciales se disparen *sin que haya una justificación basada en mayores costos internos* y aun cuando existan compensaciones desde el Estado mediante subsidios y retenciones a las exportaciones, para atenuar la relación valor externo/valor interno.

Cuarto: En determinadas circunstancias y a fin de reactivar la economía, *el aumento del gasto público por encima de la recaudación* no tiene por qué ser inflacionario; pero una política de ese tipo sostenida a lo largo de los años sin demasiada prudencia, con un Estado cuyas erogaciones se incrementan casi tres veces más que lo que suben sus ingresos en tiempos ya no de reactivación sino de crecimiento económico a tasas importantes, puede crear condiciones para un rebrote de la inflación.

Quinto: Como en épocas pasadas, *sigue asociándose el aumento en los salarios con la inflación*. Moderación es lo que se pide a los gremios (no está mal que así sea), pero jamás ese pedido se extiende a sectores empresarios caracterizados por elevados márgenes de rentabilidad que bien podrían reducirse en unos puntos sin necesidad de trasladar a precios el costo de las mejoras salariales. El beneficio de las empresas es motor del capitalismo, pero el salario debe participar más equilibradamente de su reparto sin ser considerado un peligro para la estabilidad.

Sexto: A la inflación nunca se la enfrentará exitosamente *ocultando cifras, manipulando estadísticas y desmantelando equipos profesionales que costó años formar*, como ha sucedido con el INDEC desde enero de 2007. El real estado económico social en que se encuentra un país es mostrado por un sistema estadístico confiable, con metodología técnicamente sólida, sin presiones políticas.

Aprender de las lecciones del pasado y corregir las inconsistencias del presente: desafíos para la Argentina del Bicentenario.

VII. Bibliografía

Centro de documentación e información del Ministerio de Economía <http://www.infoleg.gov.ar/>, consultado en diciembre/09.

CEPAL (Comisión Económica para América Latina) <http://www.cepal.org/> consultado en diciembre/09.

FRENKEL Roberto y FANELLI José María “Desequilibrios, políticas de estabilización e hiperinflación en Argentina”, 1989, publicado en www.cedes.org/publicaciones, consultado en diciembre/09

GERCHUNOFF Pablo y LLACH Lucas “El ciclo de la ilusión y el desencanto. Un siglo de políticas económicas argentinas”. Editorial Ariel Sociedad Económica, Buenos Aires, 2005

IÑIGO CARRERA Nicolás y otros “La Revuelta Argentina de 1989/90”, disponible en www.pimsa.secyt.gov.ar/publicaciones, consultado en diciembre/09

PLAN FENIX <http://www.econ.uba.ar/planfenix/>, consultado en diciembre/09

RAPOPORT y otros “Historia Económica y Social de la Argentina 1880/200” Editorial Macchi. Buenos Aires, 2001

SAMUELSON Paul y NORDHAUS, W. “Economía”. Editorial Mc Graw Hill, Buenos Aires, 14º Edición, 1993

SEVARES Julio “Por qué cayó la Argentina”. Editorial Norma, Buenos Aires, 2002

Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ) <http://www.saij.jus.gov.ar> ♦

La situación del financiamiento a cooperativas de servicios públicos de la provincia de Buenos Aires en el bicentenario

POR **CARMEN ROSA SCHAPOSNIK** (*)

Sumario: I. Introducción. II. Cooperativas de servicios públicos de agua potable. III. Financiamiento a cooperativas bonaerenses. IV. El financiamiento según las federaciones provinciales. V. Expectativas en las cooperativas sobre el Banco del Sur. VI. Reflexiones finales. VII. Bibliografía.

Resumen:

El objetivo del artículo es analizar el financiamiento en cooperativas de servicios públicos de agua potable de la provincia de Buenos Aires, tema que fue tratado en la investigación “Mercosur y Comunidad Sudamericana de Naciones, ¿hacia dónde van” -realizada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.- en la que se propuso comprobar si la propuesta financiera de UNASUR responde a sus objetivos fundacionales.

En la investigación, en la que se tuvieron en cuenta fuentes de información primarias y secundarias, consultas a informantes calificados y entrevistas a los dirigentes de dos federaciones, se pudo concluir que las cooperativas tienen dificultades para obtener financiamiento bancario y que la fuente de crédito más utilizada es el Banco Interamericano de Desarrollo.

El Banco del Sur, que se crea en el contexto de una importante crisis financiera internacional, genera expectativas favorables en los dirigentes cooperativos. No obstante, mientras no se superen las diferencias políticas entre sus miembros no es posible asegurar si podrá financiar un desarrollo equitativo y sostenible como el que anuncian los países que se integraron en UNASUR, ni tampoco si el financiamiento a las cooperativas será una de sus prioridades.

Palabras clave: Cooperativas de servicios públicos - Integración - Banco del Sur

Situation of financial support to Service Producer Cooperatives of Buenos Aires in its Bicentennial year.

Summary:

This article analyzes the financing support to Service Producer Cooperatives providing running water supply in the province of Buenos Aires, Argentina, a subject of study in the research work “Mercosur and Comunidad Sudamericana de Naciones - ¿Where are they going?”, performed by the Faculty of Legal and Social Sciences of the University La Plata, Argentina, in which it was proposed to check if UNASUR’s financial proposal actually responds to its initial objectives.

In that research work, which took into account primary as well as secondary information sources, inquiries to qualified informants and interviews to boards of directors of two federations, it was concluded that cooperatives have difficulties to obtain banking trade finance and that the most common financing source is the Inter-American Development Bank.

The Banco del Sur, created in the context of an important international financial crisis, generates positive hopes in the boards of cooperatives. However, as long as political differences among its members are not overcome, it will not be possible to assure if it will be able to finance an equitable and

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Economía Política, Cátedra I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP.

sustainable development like announced by countries that joined UNASUR, nor if the financing to cooperatives will ever be in its priorities.

Keywords: Service Producer Cooperatives - Integration - Banco del Sur

I. Introducción

Algunos estudiosos del cooperativismo argentino asocian su nacimiento con el arribo de los inmigrantes europeos al país entre mediados y fines del siglo XIX. Afirman que ellos trajeron de su tierra natal un bagaje cultural e ideológico que permitió dar impulso a la creación de las cooperativas que se fueron estableciendo en zonas urbanas de la capital y en el entorno más cercano a ella, y también a una gran diversidad de asociaciones mutuales y sindicales. En áreas rurales se desarrollaron experiencias de cooperativas de producción agropecuaria y de ahorro y crédito, mientras que en algunas ciudades los vecinos comenzaron a organizarse para poder acceder a los servicios públicos (Ravina, citado en Coque, 2002). Pero también se lo relaciona con las ideas de libertad, igualdad y fraternidad que pregonaron y sostuvieron con su acción hombres como Moreno, Castelli, Belgrano y Vieytes (Idelcoop, 1995), o se lo vincula con las culturas precolombinas anteriores a la llegada de los europeos, que diseñaron creativas formas colectivas de propiedad y sistemas de previsión social solidarios (Coque, 2002).

Este artículo se refiere a las cooperativas de servicios públicos, que mayoritariamente surgieron en poblaciones en las que éstos no existían o eran ofrecidos por empresas privadas, en general de capitales extranjeros. La fundación de la Cooperativa Eléctrica de Punta Alta en 1926 es uno de los ejemplos y se la reconoce como el primer antecedente en este sector. En el mes de julio un grupo de cuarenta y dos vecinos de esa localidad del sur de la provincia de Buenos Aires se movilizó porque *"el sistema eléctrico fue deficiente y no cubría las necesidades de los usuarios cautivos de un servicio monopolístico"*, y como esa situación se agravó por los abusos en el cobro de tarifas, *"derivó en la necesidad de producir un cambio, las cosas llegaron a tal punto que se imponía una acción directa y conjunta"*. (1). Ese mismo año se sancionó la primera ley general de cooperativas N° 11.388, que fue derogada en 1973 por el decreto-ley N° 20.337 -vigente en la actualidad-.

La finalidad principal de las cooperativas de servicios públicos es satisfacer necesidades que son fundamentales para la vida de los habitantes de una comunidad, por lo que deben ofrecerse en condiciones de generalidad, continuidad e igualdad a todos los usuarios. Tal es el caso de la energía eléctrica -urbana y rural-, la provisión y distribución de agua potable, los desagües cloacales, la distribución de gas por redes, la telefonía básica, y todos aquellos que por decisión del Estado se consideren dentro de esta categoría (Callejo, 2000).

Según Luro (2001), se pueden distinguir cuatro periodos en el desarrollo de los servicios públicos en Argentina. El primero, que arranca en la segunda mitad del siglo XIX, se caracteriza porque las políticas hacia el sector tendían a garantizar las inversiones privadas y eran mínimos los controles y regulaciones a las empresas. El segundo, a partir de la primera mitad del siglo XX, corresponde a una etapa de marcada intervención y control estatal sobre las actividades económicas de los particulares. Desde 1989, en el tercer período, el Estado adoptó un rol subsidiario y prevalece la figura de concesión o "permiso", que fue utilizada por grupos privados que actuaron prácticamente libres de fiscalización. Por último, luego de la reforma constitucional de 1994, que incorpora un capítulo sobre derechos y garantías para los ciudadanos en tanto consumidores o usuarios, comenzó una etapa en la que las políticas neoliberales continuaron favoreciendo la concentración empresarial.

En ninguno de los períodos mencionados las cooperativas y otras organizaciones autogestionadas por los usuarios, surgidas para dar respuesta a necesidades no satisfechas por el sector estatal y de las que no se ocupaban las empresas privadas comerciales, tuvieron un tratamiento adecuado en la legislación argentina. Aparece entonces como una cuestión importante a considerar el rol que

(1) Publicado en la página oficial de la Cooperativa Eléctrica de Punta Alta: <http://www.coopalta.com.ar> (Consulta 7/12/09).

debe desempeñar el Estado y, entre otros aspectos, cómo se garantiza el acceso a recursos financieros que son imprescindibles para la instalación, operación, expansión y mejora de los servicios públicos.

El propósito de este artículo es comentar aspectos relativos al financiamiento a las cooperativas de servicios públicos de agua potable en la provincia de Buenos Aires y presentar resultados de la investigación “Mercosur y Comunidad Sudamericana de Naciones, ¿hacia dónde van?”(2), en la que se analizó en particular el Banco del Sur. Un objetivo de dicho estudio fue comprobar si esta nueva institución se puede considerar como una alternativa al sistema financiero vigente, y, en ese marco, si las cooperativas -y otras entidades de la economía social- figuran entre sus prioridades a la hora de definir programas o líneas de crédito.

II. Cooperativas de servicios públicos de agua potable

El derecho al agua, sin discriminaciones, debe ser garantizado por el Estado porque es un derecho humano fundamental, tal como lo define la Organización de Naciones Unidas -ONU-b (3). Esta garantía debe existir aun si la provisión del servicio la realiza el sector privado; y si ése fuera el caso, los gobiernos deberían reconocer que no resulta indiferente que la gestión esté a cargo de organizaciones de la economía social -como las cooperativas- o de grandes empresas y corporaciones transnacionales. La razón es que las primeras se concentran en zonas donde las necesidades son más urgentes y las condiciones más desfavorables, a diferencia de casi todas las iniciativas privadas. Estas últimas optan por realizar obras de infraestructura a gran escala, sin prestar atención a la población a la que dicho servicio no llega o lo hace en forma deficitaria, y consideran al agua como una mercancía más en el mercado, por lo cual la explotan y venden contando para ello con el apoyo de las principales instituciones financieras internacionales (Satterthwaite y otros, 2005; Clarke y Barlow, 2008). El tratamiento mercantil es rechazado por numerosos movimientos sociales -integrados por campesinos, indígenas, trabajadores, consumidores y organizaciones ciudadanas- que luchan para que el agua sea reconocida como un derecho humano universal y no como objeto de comercio.

El tema tiene importancia para la ONU, que lo incluyó entre los Objetivos de Desarrollo del Milenio al establecer como meta para el año 2015 reducir a la mitad “*el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable o que no puedan costearlo*” (ONU, 2000, inciso 19). En Argentina, a los fines de diseñar estrategias para cumplir con ese modesto objetivo, se puede partir de los datos del último Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda realizado por el INDEC en el año 2001, según el cual la cobertura del servicio de agua de red era del 84,6% y en la provincia de Buenos Aires del 75,1%, promedios que están por debajo de los de países desarrollados -entre el 95% y 100%-.

Más allá de los porcentajes, lo cierto es que en muchas comunidades rurales y pequeñas poblaciones el servicio no estaría garantizado si no fuera por la presencia de las entidades de la economía social, que funcionan como modelos de organización alternativos a la empresa privada comercial (BID, 2008). Así es como la mayoría de las localidades del país que tienen una población de menos de 50.000 habitantes -en general de zonas agropecuarias- y el 11% de las ciudades -más de 4 millones de habitantes-, acceden al servicio de agua de red a través de cooperativas. Según Lastiri (2008:29), el hecho de que el 50% de los servicios municipales esté a cargo de estas entidades y que menos del 10% de la población sea abastecido por ellas, precisamente “*estaría señalando que las cooperativas brindan el servicio allí donde el Estado nacional no se hace presente y las empresas privadas no están interesadas por no ser éste un servicio rentable*”. En el caso de la provincia de Buenos Aires, donde se concentra más de la cuarta parte de las cooperativas del país y más de dos tercios de los

(2) Investigación desarrollada en el Instituto de Integración Latinoamericana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, bajo la dirección de Noemí Mellado. Programa de Incentivos al Docente Investigador, UNLP, período 2006-2009.

(3) Observación General N° 15 del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, noviembre de 2002

asociados (4), los municipios están a cargo del manejo de alrededor del 55% del agua potable y las cooperativas del 30%.

En cuanto a su desarrollo, las cooperativas bonaerenses de agua potable tuvieron dificultades durante la década del noventa, en pleno auge de las privatizaciones de servicios públicos en el país, cuando gran parte del territorio provincial fue concesionado a tres grandes empresas -Aguas Argentinas, Azurix y Aguas del Gran Buenos Aires- y se negó la posibilidad de participar a los usuarios que pretendían autogestionar el servicio. Se promovió así la mercantilización del agua y se generaron pautas de calidad diferenciales según las jurisdicciones, situación de inequidad que fue facilitada por el desmembramiento de un sistema centralizado que durante más de tres cuartos de siglo estuvo a cargo de Obras Sanitarias de la Nación -OSN- (5). En ese sentido, es importante señalar que la Constitución Nacional de 1994, además de establecer que todos los habitantes del país tienen el derecho de gozar de un ambiente sano y apto para el desarrollo humano, le asigna al Estado la responsabilidad de garantizar la calidad y eficiencia en los servicios públicos, aspecto que no siempre se cumple aun cuando se prevea en la misma norma la participación de asociaciones de usuarios en los organismos de control (artículos 41 y 42).

Más allá de las restricciones que se establezcan por las políticas gubernamentales, las cooperativas pueden ser prestadoras del “servicio público sanitario” y también suscribir contratos de “operación y administración” (Ley provincial N° 11.820/96, artículos 1° y 6°). Si operan como prestadoras, están sujetas a controles del Organismo Regulador Bonaerense de Aguas y Saneamiento -ORBAS-, sobre los niveles de calidad y las tarifas, y, como todas las cooperativas en el país, están reguladas por la ley general N° 20.337/73 y sometidas a la fiscalización pública del INAES -autoridad de aplicación de ese régimen legal-. La Dirección Provincial de Acción Cooperativa -DIPAC- es el órgano local competente en el territorio bonaerense.

El marco legal, aunque aparentemente no impide el desarrollo de las cooperativas de servicios públicos de agua, les acota el margen de acción por las exigencias que imponen algunas normativas que tratan de igual modo a estas entidades que a los operadores comerciales del servicio. Es por este motivo que los organismos federativos han reclamado del Estado un tratamiento acorde “a los caracteres especiales de la autogestión por los propios usuarios de los servicios de agua potable y saneamiento” (COOPERAR y CONINAGRO, 2004:106), lo que implicaría reconocer la naturaleza asociativa en los contratos, que no está contemplada en el régimen de concesiones -decreto ley N° 9254/79-. Esta naturaleza diferente fue reconocida en un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (citado por Luro, 2001), que sostiene que si bien en la teoría de la concesión de servicios públicos se reconocen tres sujetos, que son el Estado, el concesionario y el usuario, este argumento no puede aplicarse cuando el prestador es una cooperativa, donde sólo hay dos partes en la relación porque usuario y concesionario son la misma cosa.

III. Financiamiento a cooperativas bonaerenses

El arraigo local de las cooperativas de servicios públicos, que se forman por iniciativas comunitarias de los propios usuarios, les garantiza en general el apoyo de sus asociados para sostener económicamente la provisión del servicio (6). Sin embargo, el esfuerzo de sus miembros no siempre resulta suficiente para concretar las inversiones necesarias y es entonces cuando son más imprescindibles las políticas públicas de financiamiento hacia el sector (OIT, 2001; Mendell, 2007). Un

(4) En Argentina, según el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, hay más de 13 mil cooperativas de diferentes tipos, que reúnen más de 9 millones de asociados y generan más de 260 mil puestos de trabajo. Las más numerosas son las de trabajo y en segundo lugar están las de servicios públicos (INAES, 2007).

(5) A partir de 1980 la cobertura de OSN se circunscribió a la ciudad de Buenos Aires y al conurbano bonaerense, mientras que cada provincia eligió su modelo de prestación que consistió en transferir el servicio a los municipios, constituir cooperativas o crear empresas públicas.

(6) La participación económica de los asociados es uno de los siete principios cooperativos aprobados por la Alianza Cooperativa Internacional en 1995 (ACI, 1996).

financiamiento “*acorde a su naturaleza*” está contemplado en la Constitución Provincial reformada en 1994 (artículo 41).

Una alternativa a la que podrían acceder las cooperativas para financiarse, es la que se ofrece a través de los bancos. Pero en Argentina, según estudios del Banco Central, las operaciones bancarias con horizonte de vencimiento superior a los veinticuatro meses, que son las que necesitan las cooperativas de servicios públicos, son escasas (CPCEPBA, 2009). Ésta es una de las dificultades que enfrentan estas entidades a la hora de solicitar un crédito, a la que se suman los elevados costos financieros y los requisitos de avales, los que según manifiestan los dirigentes de las cooperativas no permiten un financiamiento adecuado -como el que se propone en la Constitución bonaerense-.

Según fuentes del Credicoop -actualmente el único banco cooperativo argentino-, en el año 2003 se firmó un convenio con FEDECAP para el otorgamiento de préstamos a sus cooperativas, con líneas promocionales tanto en tasas como en el tipo de garantías solicitadas, aunque según la federación ninguna de sus asociadas logró acceder a ellos. Dicho banco participa también en un programa destinado a cooperativas de servicios públicos de la provincia de Buenos Aires, que financia hasta un millón de pesos por beneficiario para aplicar en capital de trabajo y nuevas inversiones. El programa, que se conoce como “Desarrollo Cooperativo”, establece como requisito que las entidades tengan una situación institucional, impositiva y previsional “regular” -tanto a nivel nacional como provincial-, y que hayan obtenido resultados económicos operativos positivos en el último año, además de estar en pleno funcionamiento y con un proyecto a futuro -según información de la DIPAC-. Los plazos de los créditos varían entre 12 y 48 meses, con tasas fijas subsidiadas que oscilan entre el 5% y el 8%, y la entidad bancaria es la encargada de analizar la viabilidad técnica, económica, financiera y jurídica de las operaciones solicitadas, además de decidir sobre las garantías necesarias para el otorgamiento del crédito. A esta línea pudieron acceder tres cooperativas de servicios públicos que brindan el servicio de agua, por montos que oscilaron entre los 50 y 500 mil pesos.

Dadas las dificultades de acceso al financiamiento bancario -algunas de las cuales se mencionaron-, prácticamente la totalidad de los préstamos para estas cooperativas se ofrecen a través del Servicio Provincial de Agua Potable -SPAR-, organismo que canaliza fondos del gobierno nacional y del BID, administrados a su vez por el Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento -ENOHSA-. Éste es un organismo descentralizado del Estado Nacional creado en 1995 por la ley N° 24.583 y funciona en el ámbito de la Secretaría de Obras Públicas de la Nación. Está facultado para endeudarse con entidades públicas o privadas, nacionales e internacionales, y tiene a su cargo organizar, administrar y ejecutar programas de infraestructura en zonas del país en las que no se disponga de recursos financieros o líneas de crédito suficientes (7); en ese marco desarrolla los programas impulsados por el BID y el Banco Mundial. Los recursos que obtiene, cuya prioridad debe ser el financiamiento para abastecer de agua potable y cloacas a las poblaciones más pequeñas, los asigna mediante préstamos y subsidios a provincias, municipios, entes prestadores -públicos y privados- y entes reguladores. Actualmente está ofreciendo los programas PROARSA, de asistencia en áreas urbanas con riesgo sanitario; PROMES, de asistencia con créditos de fomento para obras de saneamiento de mediana envergadura; PROESA, para ejecución de obras importantes y de fuerte connotación social; PROAS, de agua y saneamiento para comunidades menores de 50.000 habitantes; PAYS, para obras de infraestructura básica en centros urbanos y suburbanos; y el Plan “Agua + Trabajo”, de expansión de redes de agua potable y cloacas en núcleos urbanos a través de la formación de cooperativas de trabajo.

El SPAR de la provincia de Buenos Aires, creado por el decreto-ley N° 7533/69, tiene facultades para “*promover la formación de sociedades cooperativas o asociaciones civiles con personería jurídica*

(7) El abastecimiento de agua potable a pequeñas poblaciones rurales fue impulsado en la década del sesenta por la Oficina Sanitaria Panamericana -OPS- y el BID, a partir de lineamientos establecidos por la Alianza para el Progreso. En Argentina se promovió la creación de un Servicio Nacional de Agua Potable -SNAP-, y desde entonces se pusieron en marcha programas con financiamiento del BID y el apoyo económico de los gobiernos de la Nación y las provincias, mediante líneas de crédito a largo plazo y con bajos intereses, que fueron la base para la formación de más de 1.500 cooperativas de usuarios en todo el país.

en núcleos de población comprendidos en el Plan Nacional de Abastecimiento de Agua Potable y Saneamiento Rural” (artículo 3º, inciso g). Desde hace unos años viene ofreciendo a las cooperativas programas que consisten en un endeudamiento con el BID -con el aval de la provincia-, subsidios del Estado nacional y provincial y aportes de los vecinos a través de las cooperativas, con préstamos otorgados en pesos y en moneda extranjera (8). De acuerdo fuentes consultadas en ese organismo, los fondos que se prestan se entregan contra certificación de obra y es el BID el que realiza las auditorías externas en las comunidades donde se brinda el servicio y al mismo SPAR. La provincia es garante del crédito con fondos de la coparticipación a los municipios, y la cooperativa sólo es agente de recaudación, es decir que no asume el compromiso de pago.

En los últimos cinco años no se aplicaron programas de financiamiento con préstamos internacionales, según las mismas fuentes. Lo que sí se instrumentó fue un financiamiento provincial -PRO-SAN- que deberán reintegrar las municipalidades o las cooperativas, y actualmente dos programas con el ENOHS, uno por un monto de hasta 500 mil pesos para obras menores -el PROARSA- y otro que cubre el costo total de obras de agua potable y saneamiento para localidades que no superen los 50 mil habitantes -PROAS-. Este último es con un plazo de devolución a 20 años, en 80 cuotas trimestrales a valor de la cotización del dólar, con garantía del gobierno provincial que afecta para ello fondos de la coparticipación. Se esperaba que se concretara la licitación de algunas obras en el transcurso del año 2009 (9).

IV. El financiamiento según las federaciones provinciales

La situación del financiamiento se analizó en la investigación antes mencionada, mediante informaciones de fuentes primarias y secundarias, consultas a especialistas y entrevistas a dirigentes de dos federaciones del sector de agua potable: FEDECAP y FEDECOBA (10).

La primera es la Federación de Cooperativas de Agua Potable de la Provincia de Buenos Aires, una entidad de segundo grado con sede en la ciudad de La Plata, que se creó en marzo de 2001 con 50 cooperativas y hoy reúne más de 60 asociadas. Según su presidente, *“la gran mayoría de ellas prestan el servicio en localidades pequeñas, autogestionando la provisión del mismo con una dedicación social, solidaria y absolutamente desinteresada de todos los miembros que componen sus respectivos consejos de administración”* (Entrevista para la investigación, 2008). Forman parte de las denominadas “cooperativas del SPAR”, porque surgieron alrededor de la estructura administrativa y técnica de ese organismo descentralizado que tiene como finalidad llevar el servicio a las localidades rurales más alejadas de los centros poblacionales.

La segunda es una Federación de Cooperativas de Electricidad y Servicios Públicos con sede en la ciudad de Azul. Se creó en agosto de 1978 con 19 cooperativas de electricidad de la provincia y hoy asocia a más de 100 entidades de primer grado de servicios múltiples -electricidad urbana y rural, agua potable, gas, comunicaciones y otros servicios públicos, además de los sociales como sepelios, enfermería, ambulancias, etc.-. En conjunto, las entidades de FEDECOBA abastecen el 41% del mercado cooperativo eléctrico bonaerense -aproximadamente 290.000 usuarios-, y las que brindan el servicio de agua potable llegan a 90.000 usuarios, según datos de la misma federación.

Los dirigentes de las cooperativas consultadas fueron críticos frente a lo que consideran una falta de planificación, control e inversión por parte del Estado provincial y manifestaron su preocupación por

(8) Muchas cooperativas siguen aún hoy endeudadas en dólares porque, según sus dirigentes, no fueron incluidas en el régimen de pesificación que se aplicó al sistema financiero. Se refieren al decreto 214/2002 sobre conversión a pesos de las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras, y de los depósitos en dichas monedas en el sistema financiero.

(9) La asignación de recursos se realiza en función del Índice de Privación Material de Hogares (IPMH) que elabora el INDEC y representa la pobreza estructural de la localidad del proyecto. En el listado definitivo del PROAS, sobre 20 proyectos analizados, 5 son de la provincia de Buenos Aires.

(10) En la investigación se analizaron también dos cooperativas del Departamento de Santa Cruz en Bolivia: SAGUAPAC y COSMOL (Schaposnik y Pardo, 2009 b).

la utilización irresponsable del agua potable para actividades que no tienen que ver directamente con el consumo humano (11). Señalaron como problemas graves en el sector el alto contenido de sales, arsénico, flúor y otros componentes, situación que hace necesario tratar el agua para la red domiciliaria con procedimientos de potabilización que resultan muy costosos. También mencionaron la contaminación de pozos en zonas rurales por el uso intensivo de plaguicidas, herbicidas, etc., así como la existencia de redes obsoletas que en muchos casos tienen más de treinta años de existencia, en las que se registran permanentes pérdidas de agua. Estos problemas hacen indispensable una inversión de una magnitud que las cooperativas no están en condiciones de afrontar sin el apoyo estatal.

Los dirigentes señalaron además que a la escasez de agua y la contaminación -dificultades que tienen que enfrentar los asociados, sobre todo teniendo en cuenta que el 99% del agua extraída en la provincia es subterránea-, se suma un atraso tarifario que no les permite tener ingresos suficientes como para afrontar los altos costos. Al respecto el presidente de FEDECAP explicó que es necesario manejar una *"tarifa de expansión"*, y que la misma está prevista en el marco regulatorio pero no se puede aplicar porque las tarifas están prácticamente congeladas desde fines de los noventa (12). También mencionó que sobre los costos incide el porcentaje de *"tarifa de interés social"*, por la cual muchos usuarios obtienen el agua casi gratis -lo que representa entre un 10 y un 15 por ciento que la cooperativa no cobra-.

En lo que se refiere al tema específico de la investigación, los dirigentes destacaron la *"falta de financiamiento acorde a las posibilidades de las cooperativas"*. En las dos federaciones coincidieron en señalar que existen dificultades para acceder a créditos por las condiciones que imponen los bancos. Esas condiciones fueron denunciadas en el último Congreso Argentino de la Cooperación, en el que se recomendó *"implementar líneas de financiamiento de fomento y promoción para las cooperativas, sin sistemas perjudiciales de ajustes, con créditos que les permitan continuar encarando las obras hídricas y de saneamiento que resultan imprescindibles para ampliar y mejorar los servicios"*, con especial atención a las regiones donde las aguas subterráneas concentran minerales nocivos para la salud general (COOPERAR y CONINAGRO, 2004:106).

Las cooperativas de FEDECAP han solicitado fondos para *"atender necesidades del servicio tales como mantenimiento y expansión"*, pero *"nunca se obtuvo del sistema bancario público y/o privado líneas de financiamiento que posibilitaran un reembolso acorde a la tasa de servicio percibida"*, según el presidente de la federación, quien agregó que los créditos deberían ser *"baratos y largos"* y que se necesita *"cierta elasticidad en la tarifa, para ir absorbiendo los costos"*. En cuanto a las garantías, en general los bancos exigen avales personales del consejo de administración -que no se solicitan en otro tipo de entidades-, poniendo en riesgo el patrimonio de los consejeros y el de sus familias. Este tratamiento discriminatorio podría atribuirse -según su opinión- al desconocimiento de las entidades financieras sobre la existencia de un capital propio en las cooperativas -a pesar de que éste se muestra en los balances-.

Las asociadas a FEDECOPA, por su parte, manifestaron que lo que hace inaccesible el crédito no es sólo que el plazo de repago sea insuficiente, sino que las tasas de interés elevadas no tienen en cuenta la naturaleza del sector de servicios públicos, excepto algunas subsidiadas por el Estado, como las que se ofrecen a través de la DIPAC.

Una vez descartado el crédito bancario nacional, por las circunstancias apuntadas, lo que se pudo comprobar es que la principal fuente de financiamiento para las cooperativas bonaerenses de agua potable y saneamiento es el BID -como anticiparan fuentes del SPAR-. Según palabras del presidente

(11) La Dirección Provincial de Servicios Públicos de Agua y Cloacas es la responsable de planificar, ejecutar y supervisar los programas de obras destinadas al mantenimiento, mejora y ampliación de los servicios de captación, potabilización, almacenamiento, transporte y distribución de agua potable y recepción, tratamiento y disposición de desagües cloacales. Se creó por decreto N° 2390/05 en el ámbito del Ministerio de Infraestructura.

(12) Algunas cooperativas han hecho ajustes en 2001-2002, según el presidente de FEDECAP, pero el salario aumentó más del 200% y también los costos de materiales importados (materiales, caños).

de FEDECAP, *“las cooperativas fueron financiadas para su operación, administración y mantenimiento por medio de líneas crediticias internacionales (BID) a través del Organismo Nacional ENOHSa y provincial SPAR y se recurrió al mismo financiamiento en etapas posteriores debido a que se trataba de la única modalidad posible para el sector de cooperativas de agua potable y saneamiento”*. Al cruzar este resultado con la información oficial de esa institución financiera, nos llamó la atención que la importancia que las cooperativas atribuyen al BID no se encuentre reflejada en los programas ni en las líneas de crédito específicas que se promocionan en su página web oficial, en la que además el sector de agua potable se menciona en sexto lugar entre los principales destinos de los préstamos en el período 2004-2007 e incluido en el rubro amplio de “saneamiento” (Schaposnik y Pardo, 2009 a).

Otro aspecto que se puede señalar es la existencia de fuertes cuestionamientos al BID como institución financiera, que provienen de intelectuales, organizaciones sociales e instituciones académicas, entre otras. Estos se refieren sobre todo a la falta de transparencia en sus operaciones y a que desde ese organismo se impulsan proyectos de alto riesgo ambiental, mencionando como ejemplos la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana -IIRSA- y decenas de megaproyectos de represas, carreteras, energía, etc. También se formulan críticas a las condicionalidades que el BID impone a los países en cumplimiento de pautas establecidas por el FMI y a una orientación que *“ha privilegiado en los últimos treinta años la política de liberalización que afectó seriamente a la región latinoamericana y caribeña, potenciando las asimetrías de ingreso y desarrollo de la región con respecto al capitalismo desarrollado”*, además de no haber tenido “un papel favorable para la promoción de las economías locales, las pymes y las cooperativas” (Gambina, entrevista para la investigación, 2008). Además, como afirman Clarke y Barlow (2008:4), algunos de los préstamos *“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”*. Un hallazgo interesante en la investigación es que ninguno de estos aspectos fueron mencionados en las consultas realizadas a los dirigentes cooperativos.

V. Expectativas en las cooperativas sobre el Banco del Sur

Los dirigentes consultados coincidieron en su desconocimiento sobre el proyecto de la UNASUR y la creación del Banco del Sur como institución financiera regional. Si bien la falta de información podría ser atribuida a otras razones, no pueden dejar de considerarse las denuncias que vienen realizando sistemáticamente diversas organizaciones de la sociedad civil, no sólo por la falta de difusión respecto a las negociaciones iniciales sino también sobre los avances del proceso de integración. Esta ausencia contradice lo dispuesto en el Tratado Constitutivo que establece que *“se promoverá la participación plena de la ciudadanía en el proceso de integración (...) estableciendo canales efectivos de información, consulta y seguimiento en las diferentes instancias de UNASUR”* (artículo 18). No obstante, lo que nos interesa destacar es que, al tomar conocimiento sobre la creación del banco sudamericano, el presidente de FEDECAP manifestó que consideraba *“importante que el Banco del Sur establezca líneas de créditos específicas para las cooperativas de nuestro sector, tomando debido conocimiento de la capacidad técnica y operativa en que se desarrolla cada una de ellas y una realidad económica que les genera una enorme incertidumbre a futuro”*, y que en FEDECOBA enfatizaron que *“sería muy conveniente para destrabar distintas situaciones que las cooperativas no hacen por falta de un financiamiento ventajoso y adecuado”*.

Como surge de estas últimas expresiones, el banco regional genera expectativas favorables en las cooperativas de agua potable de la provincia de Buenos Aires. Nos preguntamos entonces qué significación podría tener esta nueva institución en Argentina y en la región en general.

El Banco del Sur es la institución financiera de la que hoy se conoce como Unión de Naciones Suramericanas -UNASUR-, cuyo antecedente fue la Comunidad Sudamericana de Naciones y que representa un conjunto de doce países -Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela- que se unieron para construir un espacio de integración en lo político, económico, social y cultural *“con miras a eliminar la desigualdad económica, lograr la inclusión social (...) y reducir las asimetrías”*, entre otros objetivos (Cusco, 2004; UNASUR, 2008).

El Banco regional, que se creó en diciembre de 2007 luego de un prolongado y difícil proceso de negociaciones, contó con la adhesión de los presidentes de Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela, firmantes del Acta fundacional en la que se ratificó que la integración sudamericana deberá promover la reducción de la pobreza y de la exclusión social y mejorar *“subsancialmente los niveles de vida de la población (...) buscar la justicia social y reducir la concentración del ingreso en el marco de un ciclo virtuoso de desarrollo sostenible y sustentable”*. Se advierte asimismo en ese documento que *“las estructuras económicas y financieras de América del Sur evidencian limitaciones en el desarrollo de los mercados financieros, lo que provoca que los ahorros nacionales fluyan hacia economías más desarrolladas en lugar de ser invertidos en proyectos de carácter regional”* (Banco del Sur, 2007).

Es interesante señalar que cuando se presentó el proyecto del Banco del Sur, la región tenía acumulada una importante cantidad de reservas en divisas, debido a razones coyunturales vinculadas al comercio internacional. Estas reservas, si bien no alteraron las condiciones de desarrollo de los países, favorecieron que con dinero público proveniente del Sur se realizaran préstamos a los países del Norte (13), y que los fondos se destinaran más al pago de la deuda externa que para combatir la pobreza y la desigualdad social en América Latina (Toussaint, 2008).

En el Acta de fundación se considera *“indispensable diseñar una nueva arquitectura financiera regional”* que *“priorice las necesidades básicas de nuestros pueblos”* y se establece que el objeto del Banco es *“financiar el desarrollo económico y social”* de los países de UNASUR, apoyando proyectos destinados a promover áreas clave de la economía, reducir la pobreza y la exclusión, favorecer el proceso de integración sudamericana, y crear fondos de solidaridad social y de emergencia. Respecto a su funcionamiento, el Banco deberá ser autosostenible y en sus órganos de conducción existirá una *“representación igualitaria de parte de cada uno de los países suramericanos que lo integran, bajo un sistema de funcionamiento democrático”*.

La creación del Banco del Sur abre la posibilidad de contar con instrumentos que permitan financiar a los sectores económicos y sociales que son agentes de desarrollo regional equitativo, como es el caso de las cooperativas, organizaciones que prestan servicios donde las comunidades más lo requieren y promueven valores de solidaridad, integración social y compromiso democrático, razones que determinaron que la OIT y la ONU recomendaran que los gobiernos de todo el mundo aplicaran políticas públicas de fomento hacia este sector de la economía social (OIT, 2001, 2002; ONU, 1998, 2001; Mendell, 2007; Schaposnik, 2006, 2007). Cabe destacar que para financiar el tipo de desarrollo al que aspira UNASUR, el Banco podrá realizar préstamos hasta 60.000 millones de dólares, lo que lo posicionaría como una entidad de magnitud similar a la del Banco Nacional de Brasil, y mayor que lo que representan la CAF, el Banco Mundial o el BID en la región.

A pesar del potencial que representa el Banco del Sur y de los acuerdos operativos alcanzados, no se logra avanzar en su puesta en funcionamiento porque aún subsisten disputas entre los miembros de mayor importancia por su peso relativo, que sostienen que a una mayor contribución o aporte de capital debería corresponder un mayor poder de voto -contrariando el espíritu fundacional-. Tampoco se pudieron definir todavía las políticas de inversión prioritarias ni los destinatarios de los créditos, una cuestión que es de fundamental importancia para poder responder si el Banco apoyará a las entidades de la economía social (Schaposnik y Pardo, 2009 b).

Si se llegaron a superar las divergencias internas, es importante tener en cuenta que no le resultará fácil al Banco del Sur abrirse camino en un sistema financiero sudamericano que se ha caracterizado por un alto grado de desregulación -acentuado en las últimas décadas por aplicación de las recomendaciones del Consenso de Washington-, que favoreció el ingreso de capitales especulativos destinados a crear una estructura que desvincula el crédito de la actividad productiva, que profundiza la determinación externa del financiamiento y que condiciona la soberanía de los Estados en el desarrollo

(13) El Banco Mundial reconoció a los países en desarrollo como prestamistas netos respecto a los países más industrializados, en informes realizados en 2003, 2005 y 2006 (Toussaint, 2006).

de políticas públicas (Vidal, 2006; Saludjian, 2004). En Argentina, esta situación fue facilitada por una norma que regula a las entidades financieras -el decreto-ley N° 21.526/77-, que permite a los bancos realizar todo tipo de operación no prohibida (artículo 21), situación que “*conlleva un absurdo: una ley regulatoria que prevé un muy alto grado de desregulación*” (CPCEBA, 2009:46). En ese marco se dio un proceso de concentración y extranjerización de las entidades bancarias, que llegaron a manejar más de la mitad de los activos financieros del país (Gambina y otros, 2002).

VI. Reflexiones finales

Los créditos bancarios con líneas específicas para cooperativas son excepcionales en la provincia de Buenos Aires, como se pudo establecer en la investigación realizada en la Universidad Nacional de La Plata. Cuando las cooperativas de agua potable y saneamiento solicitan préstamos para financiar sus inversiones, los encuentran inaccesibles por las garantías -que llegan hasta la exigencia de avales personales-, por los exiguos plazos de repago -inadecuados para los servicios públicos- y por las elevadas tasas de interés.

Aunque se han implementado algunas políticas públicas, como el subsidio de tasas que promueve la Dirección Provincial de Acción Cooperativa -DIPAC-, los créditos del sistema bancario resultan insuficientes para satisfacer las necesidades que tiene el sector de agua potable y saneamiento. Además, según expresan los dirigentes consultados, las condiciones para su otorgamiento hacen que la mayoría de las cooperativas de localidades pequeñas del interior bonaerense no puedan acceder a ellos.

También se pudo comprobar que casi la totalidad de los préstamos destinados a este sector cooperativo provienen de una institución financiera multilateral, el BID. Estos son créditos concesionales gestionados a través de los gobiernos, con riesgo soberano, que por sus bajas tasas de interés y por los plazos de devolución extendidos parecen ser los únicos a los que las cooperativas logran tener acceso.

En ese contexto, la creación del Banco del Sur abre una nueva posibilidad de financiamiento para las cooperativas sudamericanas. Si finalmente se concreta y funciona para dar apoyo a los objetivos definidos en el Acta fundacional, será una buena noticia para el país y la región en vísperas del bicentenario.

En el caso de la provincia de Buenos Aires, aun desconociendo los detalles de la propuesta en las cooperativas tienen la esperanza de que el banco comprenda sus necesidades y reconozca su naturaleza particular de empresas de la economía social -y por lo tanto sin fines de lucro-, y en particular que atienda al sector de servicios públicos de agua potable y saneamiento.

Pero el retraso en el inicio de actividades del Banco del Sur conspira contra esa posibilidad que vislumbra las cooperativas. Esta demora obedece fundamentalmente a las diferencias políticas entre sus miembros, que son relevantes porque sobre todo apuntan a los criterios para asignar las prioridades de inversión y a la elección de los destinatarios de los créditos. Entendemos que en tanto las discrepancias no se resuelvan, el objetivo de “*financiar el desarrollo económico y social*” seguirá siendo retórico y el Banco no podrá ser identificado como una opción financiera alternativa y real.

A modo de reflexión final se puede afirmar que si realmente se pretende lograr los objetivos de UNASUR, el Banco regional no deberá utilizar los recursos soberanos de los países de la región para financiar a entidades que refuerzan la concentración y la transnacionalización económica, sino a las que, como las cooperativas, están comprometidas con la satisfacción de necesidades de toda la población -sobre todo la de menores ingresos-. En ese sentido, coincidiendo con la opinión de Gambina, la posibilidad de financiamiento a las cooperativas se podrá dar sólo si el Banco del Sur “*se aparta de las normas y condiciones establecidas por las entidades del sistema financiero internacional, tales como el FMI o el BM*” (Entrevista para la investigación, 2008).

VII. Bibliografía

ACI, Los principios cooperativos para el siglo XXI, Editorial Intercoop, Argentina, 1996.

BID, “Situación de los servicios de agua potable y saneamiento en relación con los ODM”, 2008. En: <http://iadb.org>, consulta 10/02/08.

CALLEJO Alfredo V., "Cooperativas de servicios públicos, comunidad y Estado". En: Cuadernos de Economía Social, Ediciones del Instituto Argentino de Investigaciones de Economía Social (IAIES), Argentina, Año VI, N° 10, 2000, páginas 73-87.

CLARKE Tony y BARLOW Maude, "El desafío ante la privatización de los sistemas de agua en Latinoamérica". En: <http://www.cima.org.ar/agualatina>, consulta 11/04/2008.

COOPERAR y CONINAGRO, Congreso Argentino de la Cooperación. De cara al nuevo milenio, por el desarrollo nacional con inclusión social. Editorial Intercoop, Argentina, 2004.

COQUE Jorge, "Las cooperativas en América Latina: visión histórica general y comentario de algunos países tipo". En: Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, N° 43, Ediciones CIRIEC, España, 2002, páginas 145-172.

CPCEPBA, "La regulación bancaria". En: Realidad Profesional N° 50, Suplemento 116 del "Informe económico de coyuntura". Editado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2009.

GAMBINA Julio y otros, "Vulnerabilidad externa y dependencia de la economía argentina". En: Julio Gambina (compilador), La globalización económico-financiera. Su impacto en América Latina. Ediciones CLACSO, Argentina, 2002, páginas 97-123.

GIRÓN Alicia, "Obstáculos al desarrollo y paradigma del financiamiento en América Latina". En: Eugenia Correa y Alicia Girón (coordinadoras), Reforma financiera en América Latina. Ediciones CLACSO, Argentina, 2006, páginas 27-46.

IDELCOOP, ¿Qué... Quién... Cómo... Cuándo... en el Cooperativismo? Ediciones del Instituto de la Cooperación (Idelcoop), Argentina, 1995.

INAES, Las cooperativas y mutuales en la República Argentina. Publicación del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, Argentina, 2007.

LASTIRI Néstor, "La necesidad de un manejo coordinado del agua". En: Revista Mercado cooperativo, publicación de FEDECOPA, Argentina, julio-agosto 2008, página 29.

LURO Carlos E., "Las empresas cooperativas de servicios de agua potable y saneamiento", ponencia presentada en las "Jornadas de Capacitación Empresarial para Dirigentes de Cooperativas", 21 de julio de 2001, provincia de Buenos Aires, Argentina. En: <http://www.redelaldia.org>, consulta 29/11/08.

MENDELL Marguerite, "Economía social y políticas públicas: el caso de Quebec". En: Mirta Vuotto (coordinadora): La co-construcción de políticas públicas en el campo de la economía social. Editorial Prometeo, Argentina, 2007, páginas 39-59.

OIT, "Informe V: Promoción de las cooperativas". 89° Conferencia, Ginebra, Suiza, 2001.

OIT, "Recomendación N° 193 sobre la promoción de las cooperativas", 90° Conferencia, Ginebra, Suiza, 2002.

ONU, "Status y rol de las cooperativas a la luz de las nuevas tendencias económicas y sociales". Resolución N° 51/58 de Asamblea General, 1998.

ONU, "Declaración del Milenio". Resolución N° 55/2, Asamblea General, 8 de septiembre de 2000.

ONU, "Las cooperativas en el desarrollo social". Resolución 56/114, Asamblea General, 19 de diciembre de 2001.

ORTIZ Isabel y UGARTECHE Oscar, "El Banco del Sur: avances y desafíos", 2008. En: <http://www.alainet.org>, consulta 3/10/08.

SALUDJIAN Alexis, Hacia otra integración sudamericana. Ediciones Libros del Zorzal, Argentina, 2004.

SATTERTHWAITE David y otros, "Iniciativas comunitarias para el desarrollo de agua y saneamiento en áreas urbanas: su contribución para alcanzar las Metas de Desarrollo del Milenio", 2005. En: IIED-AL (2005), páginas 5-42.

SCHAPOSNIK Carmen Rosa, "Las cooperativas". En: Noemí Mellado (coordinadora), Los actores empresariales argentinos frente al Mercosur, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (Edulp), Argentina, 2006, Capítulo IV, páginas 75-93.

SCHAPOSNIK Carmen Rosa, "Las cooperativas frente a las negociaciones del ALCA". En: Noemí Mellado (coordinadora), MERCOSUR-ALCA: articulación de las negociaciones internas y externas, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (Edulp), Argentina, 2007, Capítulo VI, páginas 149-177.

SCHAPOSNIK Carmen Rosa. "Unión Sudamericana de Naciones: ¿otro financiamiento es posible?". En: Revista Anales, Año 5, N° 38, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P., Argentina, 2008, páginas 740-748.

SCHAPOSNIK Carmen Rosa y PARDO Eugenia C., "Financiamiento a cooperativas en UNASUR. Instituciones multilaterales y expectativas sobre el Banco del Sur". En: Revista Anales, Año 6, N° 39, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P., Argentina, 2009 a, páginas 669-681.

SCHAPOSNIK Carmen Rosa y PARDO Eugenia C., "Financiamiento y desarrollo en UNASUR". En: Noemí Mellado (coordinadora): Mercosur y Comunidad Sudamericana de Naciones, ¿hacia dónde van? Editorial Lerner, Argentina, 2009 b, Capítulo 6.

TOUSSAINT Eric, Banco Mundial. El golpe de Estado permanente. Ediciones El Viejo Topo, España, 2006.

TOUSSAINT Eric, El Banco del sur y la nueva crisis internacional. Ediciones El Viejo Topo, España, 2008.

VIDAL Gregorio, "América Latina: banca, mercados de capital y determinación externa del crédito". En: Eugenia Correa y Alicia Girón (coordinadoras), Reforma financiera en América Latina. Ediciones CLACSO, Argentina, 2006, páginas 47-66.

WIENER Raúl A., "La privatización del agua y el Banco Mundial", 2008. En: <http://www.cdtm.org>, consulta 30/10/08.

Otras fuentes consultadas

* Documentos

BANCO DEL SUR, "Acta fundacional del Banco del Sur". Buenos Aires, 9 de diciembre 2007.

BRASILIA, "Declaración Presidencial y Agenda Prioritaria". Primera Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones. 30 de septiembre 2005.

COCHABAMBA, "Declaración de Cochabamba". Segunda Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones. 8 y 9 de diciembre 2006.

CUSCO, "Declaración de Cusco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones". 8 de diciembre 2004.

QUITO, "Declaración Presidencial de Quito". III Reunión Ordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la UNASUR. 10 de agosto 2009.

UNASUR, "Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas". Brasilia, 23 de mayo 2008.

* Sitios web

Alianza Cooperativa Internacional (ACI) - <http://www.aciamericas.coop>

Confederación Cooperativa de la República Argentina (COOPERAR) - <http://www.cooperar.org.ar>

Dirección de Cooperativas de la Provincia de Buenos Aires (DIPAC) - <http://www.m.gba.gov.ar/cooperativas>

Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento (ENOHSA) - <http://www.enohsa.gov.ar>

Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) - <http://www.inaes.gov.ar>

Mercado Común del Sur (MERCOSUR) - <http://www.mercosur.org.uy>

Organización Internacional del Trabajo (OIT) - <http://www.ilo.org>

Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) - <http://www.comunidadandina.org/sudamerica.htm> ♦

Principios jurídicos y principios bioéticos. Separación, vinculación, integración

POR **EDUARDO LUIS TINANT** (*)

Sumario: I. Ética, derecho y bioética. II. Los principios bioéticos como tópicos jurídicos. III. La bioética jurídica. IV. Principios jurídicos y principios bioéticos: ¿Separación o vinculación?. V. ¿Hacia una "heterointegración" por desarrollo de principios?. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Resumen:

El objetivo de este trabajo es examinar la relación que existe entre los principios jurídicos y los principios bioéticos, en particular cuando los principios bioéticos enriquecen y complementan los principios jurídicos en la solución del caso concreto. Se acude a aportes del autor sobre los principios bioéticos como tópicos jurídicos y la bioética jurídica, rama de la bioética que estudia la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de la problemática bioética y permite, como se procura aquí, una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre bioética y derecho. Desechada la separación y aun la mera vinculación, se propone una integración interdisciplinaria tendiente a instrumentar la cooperación entre ambos campos: heterointegración, producida por desarrollo de principios comunes y afines. Se concluye que el derecho constituye una materia textual, susceptible de ser analizada desde una perspectiva que no se agota en la mera escritura de la ley sino que intenta captar la producción de sentido social que se inviste en las diversas manifestaciones de esta disciplina y que abarca distintas prácticas sociales, senda por la que se advierte la necesidad de ampliar los marcos teórico-prácticos para poder transitar la interdisciplinariedad y en la que no debe faltar la bioética desde sus principios.

Palabras clave: Principios jurídicos, principios bioéticos, heterointegración.

Résumé: L'objectif poursuivi dans ce travail est d'examiner la relation entre les principes juridiques et les principes de la bioéthique lorsque les principes bioéthiques non seulement l'enrichissent mais le complètent les principes juridiques dans la recherche de la solution du cas concret. Il s'agit de s'appuyer sur des travaux de l'auteur relatifs aux principes bioéthiques en tant que topiques juridiques et à la bioéthique juridique; branche de la bioéthique qui étudie la régulation juridique, les projections et les applications juridiques de la problématique bioéthique, et qui se propose ici, de dégager une réflexion critique sur les croissantes et fécondes relations entre la bioéthique et le droit. Une fois rejetées la séparation disciplinaire, voire même l'idée selon laquelle un lien tenu les uniraient, il est alors possible de proposer une véritable intégration interdisciplinaire qui tend à engendrer la coopération entre les deux champs, réalisant une hétéro-intégration à travers le développement de principes communs et limitrophes. On peut dès lors avancer que le droit élabore un matériel textuel, susceptible d'être analysé dans une perspective qui ne se résume pas à l'interrogation de l'écriture de la loi mais qui tente plutôt de capter la dimension sociétale que revêt, dans ses nombreuses expressions, cette discipline qui intègre différentes pratiques sociales proches du droit; et qui ouvrent le chemin à une nécessaire amplification des cadres théorico-pratiques afin d'assurer une interdisciplinarité à laquelle la bioéthique ne peut se soustraire en fonction de ses propres principes.

(*) Profesor Ordinario Titular de Filosofía del Derecho. Director y Profesor de la Maestría en Bioética Jurídica y Profesor de Procreación Asistida de la Especialización en Derecho de Familia (Posgrado) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Profesor Titular de Derecho Público y Derecho Privado del Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) Buenos Aires (2008).

Mots-clés: Principes juridiques, principes bioéthiques, hétéro-intégration

“Causae ad invicem sunt causae” (Axioma latino)

“La jurisprudencia es el estudio del derecho a la luz de disciplinas no jurídicas” (Julius Stone)

I. Ética, derecho y bioética

Aun cuando la ética y el derecho, los dos sistemas normativos necesarios de toda sociedad, se ocupan del comportamiento humano, tanto individual como social, no es fácil establecer el o los modos en que se relacionan entre sí (v.gr., separación, vinculación) (1)(1). Dificultad que cabe atribuir asimismo a la bioética -en su “núcleo duro” una parte de la ética, mas no toda la ética, y a la vez, si se quiere paradójicamente, algo más que ética-, cuya creciente importancia autoriza a considerarla en el debate.

En tal aproximación es dable apreciar deberes éticos negativos, correlativos a prohibiciones jurídicas, y deberes positivos (de promoción o de virtud), correlativos a obligaciones jurídicas de dar y de hacer o no hacer, así como considerar al derecho positivo el resultado de los sistemas de valores que coexisten en una sociedad. Ya hemos tenido oportunidad de señalar la existencia necesaria de una naturalidad del derecho positivo, pero también de una positividad del derecho natural (Tinant: 1984, 5/6).

El método (virtud) común en ambas disciplinas es la deliberación en el marco de la prudencia y por ende con un mismo término: la toma de decisiones prudentes. La jurisprudencia y la morisprudencia son distintas pero complementarias. Se entiende por deliberación la indagación que culmina con un juicio de elección aplicado a lo que es verdaderamente útil, para lo cual el operador tiene que nutrirse en el arte de la polémica y de la persuasión, facilitando la certeza y el convencimiento de los demás acerca de que la decisión (prudencial) asumida es la mejor entre todas las posibles. El hombre prudente es, en general, el que sabe deliberar bien. Como enseña Aristóteles (*Moral a Nicómaco*: 115/118), nadie delibera sobre las cosas que no pueden ser distintas de como son, ni sobre las cosas que el hombre no puede hacer. La ciencia, en cambio, es la concepción de las cosas universales y de cuya asistencia es necesaria; por tal razón, el objeto de la ciencia puede ser demostrado. No así el arte y la prudencia, que sólo se aplican a las cosas sujetas a mudanza. La prudencia no se limita a saber las fórmulas generales, sino también todas las soluciones particulares, porque es práctica, porque obra, y la acción se aplica al pormenor de las cosas. También Tomás de Aquino supo señalar (*Suma Teológica*: II-II, c.49.a.1), la prudencia trata de las acciones contingentes y que en éstas no puede el hombre regirse por la verdad absoluta y necesaria, sino por lo que sucede comúnmente.

Para construir un “buen derecho”, pues, hay que utilizar argumentos morales (su resultado estrictamente jurídico es a la vez rigurosamente moral). Remedando lo que Manuel Kant sostuviera (*Crítica de la razón pura*: 216), al vincular estrechamente intuición y concepto en la construcción de un objeto lógico de conocimiento, “el derecho sin la ética es ciego, y la ética sin el derecho resulta, al menos en parte, vacía”. No es casual que un neokantiano de Baden, Gustav Radbruch, expresara asimismo ese doble vínculo (Introducción a la filosofía del derecho: 53/56): “La moral es el fundamento sobre que descansa la validez del derecho, porque el hacer posible la moral constituye una meta del orden jurídico”.

Además, si aceptamos con George Nahknikian (1968: 3/10), de una parte, que los interrogantes: ¿cuáles son los ideales a los que debemos tratar de adecuar el orden jurídico? ¿qué debe ofrecer este orden a los hombres cuya conducta regula? son inherentes a la denominada “jurisprudencia ética”, y de otra, que la ética normativa (filosofía moral) es aquella rama de la filosofía que trata de descubrir, justificar y formular principios normativos (reglas de conducta) objetivos, creemos estar en condiciones de hallar normas con fundamento filosófico (principios jurídicos) que permitan apreciar y criti-

(1) Para un planteamiento teórico sobre las maneras de interpretar dicha relación por las tesis opuestas de la separación y de la vinculación, puede verse Vázquez, Rodolfo (comp.): *Derecho y moral*, 2003.

car las normas jurídicas (2), y examinar el grado de relación que tales principios jurídicos mantienen con los principios bioéticos.

La bioética, actividad pluridisciplinar que, en sustancia, procura armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los derechos humanos, en relación con los valores y principios éticos universalmente proclamados (Tinant: 2004, IX/XI), se encuentra hoy en la encrucijada entre la manipulación de la vida y la atención de la salud y el bienestar de las personas, que incluye la necesidad de atender y resolver los temas sanitarios, sociales y ambientales de la humanidad en su conjunto.

En tal sentido, la Conferencia General de la UNESCO en su 33ª. reunión celebrada en París en octubre de 2005 ha adoptado por aclamación la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, que trata de “las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales”.

El citado documento, sobre la base de que la instauración a nivel internacional de principios éticos es más necesaria que nunca, proporciona un marco de principios y de procedimientos que podrán servir de guía a los Estados en la formulación de sus políticas, legislaciones y códigos éticos, reconociendo la importancia de la libertad de la investigación científica desde el respeto y la protección de la dignidad de la persona y los derechos humanos. Igualmente tiene presente que la identidad de una persona comprende dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales. El texto enuncia diversos principios y reglas, algunos ya consagrados, como el respeto de la privacidad y de la confidencialidad, el consentimiento informado, y la no discriminación ni estigmatización, pero la noción de “responsabilidad social” (y salud) es novedosa, y de clara raíz latinoamericana, toda vez que fue lanzada desde las reuniones preparatorias y finales de construcción de la citada Declaración Universal realizadas en Buenos Aires, 2004, por un grupo de representantes de países de la región, defendiendo vigorosamente la inclusión –además de las cuestiones biomédicas y biotecnológicas– de los temas sanitarios, sociales y ambientales. La misma precisa que el progreso de las ciencias y de las tecnologías debería fomentar el bienestar de las personas y de la especie humana, favoreciendo en particular el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, “ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano” (remarca), acceso a una alimentación y abastecimiento de agua adecuados, entre otros bienes y servicios primordiales (3).

II. Los principios bioéticos como tópicos jurídicos

El iusfilósofo cordobés Camilo Tale, en un artículo publicado en 1998, que mereció nuestro análisis crítico en ponencia presentada en las Primeras. Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, Cátedra

(2) En general, los principios son “razones que discurren en una sola dirección” (cf. Ronald Dworkin: Los derechos en serio, 1989; 76). Un ejemplo de ello es el otorgar preeminencia al “interés superior del menor” por sobre otros intereses en juego. De tal forma, los principios generales del Derecho son máximas o axiomas jurídicos, ora recopilados históricamente (punto de vista histórico), ora dictados de la razón consagrados por la Constitución (punto de vista suprallegal) o los admitidos legalmente (punto de vista meramente legal), cual fundamento inmediato de sus disposiciones. Igualmente constituyen una autorización legal para la creación del derecho por el juez (cf. arts. 15 y 16 CC, “pueden crear derecho mediante los principios generales”, y aun por la doctrina, como medio para ir más allá de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante. Su vinculación con la temática de las fuentes del derecho resulta así evidente.

(3) En la sexta Sesión del Comité Intergubernamental de Bioética de la UNESCO realizada en París en julio 2009, que dio seguimiento a la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos aprobada en 2005, intervino nuestro país representado por Juan Carlos Tealdi, experto gubernamental designado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, cuya concepción en la materia estuvo basada en la relación indisoluble entre el respeto de los principios de la bioética y la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. Se insistió entonces –con referencia a dicho art. 14 sobre responsabilidad social y salud– en el valor de los derechos colectivos en la materia y por tanto en los derechos a una alimentación y agua adecuadas, a medicamentos esenciales y a una atención médica de calidad, junto a la reducción de la pobreza y cuidado del medio ambiente.

UNESCO de Bioética, UBA, agosto 2000 (Vol. I “Bioética y Derecho”, 13/23, www.aaba.com.ar; Tinant, 2004, 11/16), señala que clásicamente los principios han sido normas preceptivas: normas más universales que otras, fuentes de otras, y por ello denominadas principios. Pero, agrega, en la bioética contemporánea los llamados principios no siempre son normas. En vez de tener índole imperativa, suelen funcionar como orientaciones. Por ello se opta por uno o por otro ante tal o cual problema bioético, se elige uno para fundar la decisión, y se deja de lado otro. A su criterio, las normas éticas para ser realmente eso -normas éticas- deben ser imperativas, y no meras orientaciones opcionales para seleccionar una u otra a la hora de decidir en un caso. Y no sólo han de ser imperativas, sino también universales en su alcance. Opina que la tesis que proclama los principios bioéticos y los postula como fundamentos de las conclusiones bioéticas deriva en realidad de la denominada *ética de situación*. De acuerdo con el modo de concebir esta moralidad, debe resolverse caso por caso, sin atenerse a normas universalmente válidas. Para el citado autor, explícita o implícitamente, este modo de tratar los temas morales está muy presente en el discurso bioético actual. Es cierto, admite, que las circunstancias son premisas para tener en cuenta al tratar un caso ético, pero también que hay principios de vigencia incancelable. Afirma así que el plexo de ideas con pretensión regulativa bajo el rótulo de bioética, proclama una tríada de principios cuya aplicación simultánea resulta imposible, y que sirven en realidad como estrategia discursiva para la cohesión de cualquier conducta que tenga que ver con la vida y la muerte y que interese defender. Para Tale, no son genuinos principios éticos, ni siquiera tienen la calidad de postulados de una doctrina bioética, por su incapacidad para justificar un sistema coherente de conclusiones. No obstante, concluye, pueden operar eficazmente con fin persuasivo en el discurso bioético, cumpliendo el papel de tópicos, o sea lugares comúnmente aceptados en los auditorios habituados a ellos. Funcionan como lugares retóricos, que aprovechan la resonancia agradable de los términos (autonomía, beneficencia) para generar la ilusión de una justificación racional de conductas.

El propósito de nuestra respuesta entonces, no fue debatir si los principios bioéticos (con directa referencia a los que ha consagrado la bioética principialista: principios de no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia) revisten o no tal carácter, cuestión analizada por calificada doctrina, sino destacar que aun en el rol de tópicos al que se intentaba reducirlos pueden cumplir -y de hecho ello ha venido aconteciendo desde hace dos décadas- un señalado papel en la tarea de los órganos jurisdiccionales de resolver en justicia los casos bioético-jurídicos que les han sido planteados.

Recordamos que en la concepción aristotélica los tópicos o lugares son “reglas o recetas argumentaciones destinadas a proveer instrumentos eficaces” para la discusión dialéctica; la práctica del diálogo razonado, el arte de argumentar por interrogantes y respuestas sobre el modelo socrático. La doctrina contemporánea ha aproximado la tópica aristotélica a los principios generales del derecho configurando los tópicos jurídicos (los lugares específicos del estagirita), que conciernen a materias particulares y se oponen a los lugares comunes, que se utilizan en el discurso persuasivo en general. Su importancia está dada porque suministran razones que permiten descartar las soluciones que no son equitativas o razonables, en la medida en que estas últimas descuidan las consideraciones que estos lugares permiten sintetizar y que se integran en una visión global del derecho como *ars aequi et boni*.

Recurso a los tópicos jurídicos que, según puntualiza Chaim Perelman (1988: 117/130), no se contraponen a la idea de un sistema de derecho sino a la aplicación rígida e inflexible de las reglas y permite el desarrollo de argumentos y controversias, de modo que se pueda tomar una decisión reflexiva y satisfactoria después de haber evocado todos los puntos de vista. Gracias a los tópicos jurídicos, el juez dispone de una mayor libertad de interpretación de los textos legales, la cual, en lugar de conducir a la arbitrariedad, aumenta sus medios intelectuales para la búsqueda de una solución razonable, aceptable y equitativa. A la postre, como anota Gerhard Struck (*Tópicos jurisprudenciales*: 1971, 20/34; citado por Perelman), la gran ventaja de los tópicos jurídicos consiste en que, en lugar de contraponer dogmática y práctica, permiten elaborar una metodología que se inspira en la práctica, y guían los razonamientos jurídicos, de manera que, en lugar de contraponer el derecho a la razón y a la justicia, se esfuercen en conciliarlos.

En razón de la naturaleza eminentemente problemática de la interpretación jurídica, el razonamiento jurídico se mueve en el campo del pensamiento tópico, esto es, de la dialéctica retórica, a partir de premisas verosímiles y razonables que posibilitan mediante una reflexión asimismo razonable obtener conclusiones verosímiles y aceptables, antes que sistemáticas o apodícticas. La tópica es entendida así como retórica (arte de la persuasión) o praxis de la argumentación. Los criterios con que son considerados los problemas en ejercicio del modo de pensar tópico, es decir, las premisas que a modo de endoxa constituyen el fundamento de la argumentación jurídica, son denominados por Theodor Viehweg (1964: 50, 129/130) siguiendo a Aristóteles, tópicos (gr. *topoi*). El autor define a éstos como un conjunto de criterios que sirven como medio para encontrar la solución más conveniente a los problemas planteados. La función de los tópicos jurídicos o lugares específicos del derecho consiste, por lo tanto, en servir para la consideración de los problemas concretos, suministrando razones que contribuyen a encontrar su solución.

Los tópicos van apareciendo producto del tratamiento continuo de problemas jurídicos prácticos, a través de los cuales se van manifestando criterios que permiten resolver problemas análogos; los tópicos nacen, por consiguiente, de consideraciones concretas de cada caso. De tal forma, Viehweg propicia un tratamiento casuístico de los problemas jurídicos, tratando de hallar la solución para cada uno de ellos por medio de procedimientos de inducción y analogía con base en tópicos preexistentes y, en caso de que ello no sea procedente, creando nuevos tópicos. Como subraya Eduardo García de Enterría en el prólogo a la edición española de la citada obra de Viehweg, “la ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una ciencia de problemas singulares”. Vale decir, una ciencia práctica, un saber prudencial-retórico que en el ámbito del Poder Judicial deviene el arte de hallar la solución justa del caso concreto, lo debido a otro en una circunstancia determinada. Viehweg concluye así sobre la absoluta imposibilidad de encerrar el derecho en un sistema axiomatizado dentro del cual se pretenda lograr la solución a los casos de especie mediante derivaciones obtenidas de la aplicación de inferencias deductivas.

La Justicia de nuestro país ha sabido asumir en diversas causas de índole bioético-jurídicas que, ante la existencia de conflictos de valores y de derechos, resulta inevitable jerarquizar alguno de los principios, valores o derechos en crisis en detrimento de otros, ya sea conforme al método de las compensaciones, sopesando cuidadosamente todas las circunstancias particulares del caso, tarea de armonizar derechos en la que se ha considerado como realmente importante, “encontrar respuestas sensatas y útiles a la vez, que también sean legítimas” (Sagüés: 1995), o bien a la pretensión de corrección, en el marco del juicio de ponderación o “clearing de valores” (Alexy: 2002, 152).

De tal manera, la aplicación de uno de los principios bioéticos, lejos de acarrear la inevitable exclusión de sus pares, resulta ciertamente útil como instrumento para el abordaje de los problemas bioéticos (caracterizados por su conflictividad y carácter dilemático), aunque en la práctica resulta muchas veces dificultoso hallar una articulación concreta y armónica de tales principios -de facto, encontrados- y su jerarquización (Hooft: 1999, 6/9).

Según dijimos entonces, nunca antes el derecho se había encontrado con una problematización concreta de su ámbito de regulación tan ambivalente como la que plantean las nuevas biotecnologías -cuyos notables avances pueden comprometer y aun lesionar la dignidad de las personas y la protección de los derechos humanos-. Y que si el intérprete pretende seguir manejando las situaciones que se le presentan a tenor de las concepciones tradicionales, dejará amplios espacios de materias no resueltas, e insatisfechas las legítimas expectativas de los ciudadanos interesados. La secular ética deontológica, cognitivista, formalista y universalista, ha incidido para que el derecho construyera soluciones de corte universal -basadas en postulados abstractos-, que no parecen adecuadas para el contexto (conexión lingüística) y la situación (conexión no lingüística) específicos de una eticidad concreta como la que requieren las nuevas cuestiones que plantea el desarrollo tecnológico en la ciencias de la vida y la atención de la salud.

Cabe replantear pues las soluciones a los conflictos y problemas -en particular los referentes a las nuevas ramas de las ciencias biomédicas y sus tecnologías conexas- en términos de una eticidad con-

textualizada y no como una mera confrontación de principios y sistemas morales. La construcción de un discurso que dé cuenta de estas realidades muy específicas de nuestro entorno vital pasa por la definición de fórmulas consensuadas que permitan ir elaborando soluciones éticas no abstractas ni de pretensión universalista. Las diferentes legislaciones tienen que dar solución a las nuevas situaciones planteadas, dejando de lado la discusión fundamentalista y las abstracciones jurídicas. Antes bien, deben abordar cada tema en aras de la definición de propuestas de acción que, en primer lugar, acepten solamente la ingeniería genética con fines terapéuticos y, segundo, no impongan deberes de conducta a quienes pudieran rechazar la obligación legal de acuerdo con sus convicciones morales.

Si se acepta ello, repetimos, no parece desacertado el iter que propone Jesús Esparza (1995: 9/26), “de una moral de principios a una eticidad contextual en la búsqueda de nuevas soluciones normativas para la realidad bioética de nuestros días”. En todo caso se compadece con nuestro anticipo de que los principios bioéticos -sin desmedro de tal condición- pueden asumir la modalidad especial de tópicos jurídicos a la hora en que se torna indispensable brindar tutela jurisdiccional oportuna y eficaz a determinadas situaciones límite.

Como se advierte, la cuestión examinada guarda analogía con la que encierra la aplicación de los principios generales del derecho, pues, ya se los considere presupuestos lógicos de la norma legislativa o principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo y a los cuales éste trata de darles encarnación en una circunstancia histórica concreta determinada, actuando como criterios valorativos fundantes devienen normas positivas, y no por esto pierden su carácter primigenio ni resulta posible en ciertas ocasiones su aplicación simultánea.

III. La bioética jurídica

Se desprende de lo dicho que, a la bioética “empírica” (que define lo que es) sucede una bioética “jurídica” (que determina o se pronuncia sobre lo que debe ser), en cuya virtud cabe preguntarse ¿esta forma de bioética constituye una “nueva juridicidad”?

Convocado como discurso y praxis a la vez, el derecho puede y debe cumplir un papel fundamental en el ámbito de la bioética: a él le incumbe la tarea de elaborar y establecer normas que permitan regular de modo colectivo los nuevos conflictos bioéticos y, planteados concretamente éstos, darles ajustada y oportuna resolución. La ética por sí sola no alcanza para asegurar el respeto de la persona y la vigencia irrestricta de los derechos humanos. Pero urge aclarar que tampoco el derecho tiene la fuerza suficiente si -a partir de él- no se ejerce el poder político necesario con el fin de conjurar las amenazas que representan los nuevos intereses creados. Más aún, si no opera un cambio de paradigma ético y científico que permita plasmar una nueva y fructífera alianza entre las ciencias y la filosofía, la técnica y las humanidades, reclamada por Rensselaer Van Potter (*Bioethics: bridge to the future*), al conjugar por primera vez a comienzos de la década de 1970 el término bioética.

En esa inteligencia, son indispensables una mayor interactividad entre tales disciplinas y sus principios, otorgando un rol más activo al derecho, no para detener el desarrollo de las nuevas tecnologías biomédicas sino para orientarlo, regularlo y controlarlo y, llegado el caso, prohibir determinadas prácticas contrarias a la dignidad humana, las libertades fundamentales y los derechos humanos. Desde una perspectiva regional latinoamericana, dicha construcción participativa debe acentuar la superación de las dificultades que atraviesan grandes grupos de población para alcanzar el debido estándar en la protección de su salud y calidad de vida.

Sólo así cobrará sentido el axioma latino impetrado en el pórtico del presente: “Las causas de diverso género que convienen en un mismo acto, se causan mutuamente”.

La noción de “bioética jurídica” -con la que hemos procurado responder aquel interrogante desde 2000 en sucesivos trabajos, y denominado la Maestría, carrera de postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata que actualmente dirigimos- difiere de vocablos a los que ha acudido buena parte de la doctrina, al calificar o entender esta forma de bioética como una “nueva juridicidad”, tales como:

I) “Bioderecho”, en la inteligencia de que: a) se trata de una “rama jurídica transversal”, que no significa negación pero sí complemento de otras ramas del derecho (Ciuro Caldani); b) el “bioderecho” representa un paso posterior, dado el asincronismo entre la ciencia y el derecho: “*de la bio-éthique au bio-droit*”, “*après l’éthique la loi*” (Nairinck, Lavialle; id. Messina de Estrella Gutiérrez); c) configura una nueva disciplina científica: “derecho biomédico o bioderecho”, cuya específica metodología le diferencia de la bioética; normativa basada en el estudio de los datos biológicos, valores aportados por el debate ético, construcciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los derechos humanos (Romeo Casabona, I. M. Sánchez).

II) “Biojurídica”, por considerarla: d) “una nueva rama del derecho”, que tiene que ver directamente con la aplicación de los avances científicos a los seres humanos (Vila-Coro); e) “la respuesta desde el mundo jurídico al surgimiento de la bioética” (D’Agostino); f) un “término más extendido”, que expresa que “es preciso un debate específicamente jurídico, toda vez que de discusiones esencialmente morales no se derivan soluciones eminentemente jurídicas” (Serrano Ruiz-Calderón); g) una “rama especial del ordenamiento político-jurídico que versa sobre la investigación de la vida humana y el cuidado de la salud” (Sánchez-Bayón).

III) Cuadro al que cabe sumar la posición de los que propician la ampliación del encuentro entre bioética y derecho, mediante: h) la profundización del diálogo entre “bioética” y “derechos humanos”, sin necesidad de recurrir al neologismo “bioderecho” (Hooft); i) el dictado de reglas de convivencia “no sólo desde la dicotomía de lo bueno y lo malo (propia de la bioética), sino también desde la dualidad de lo justo e injusto (específica del derecho)” (Dalla Torre: Multietnicità bioetica e diritto); j) lo caracterizan como una “bioética con rasgos jurídicos”: una especie de “enrejado jurídico” de las ciencias de la salud (Broekman); k) o, aun con una significación limitada, se refieren a la “juridificación de la bioética”, desde el momento en que ésta es abordada desde el ángulo jurídico (Atienza); l) o se refieren a la “juridización de la bioética”, expresada en el progresivo crecimiento de los dominios regulados por el derecho, a costa de las demás relaciones sociales (Callens); ll) o bien conciben una “bioética de los derechos humanos”, como una teoría de teorías que permite demarcar el campo de la bioética a partir en modo indisoluble del respeto a la moral universal de los derechos humanos (Tealdi).

Sea cual fuere el criterio que se adopte, resulta innegable la importancia del derecho en y desde la bioética y de la propia bioética en el derecho. A condición de no incurrirse en una “formalización” de la bioética, es decir, la reducción a formas jurídicas de fenómenos que son esencialmente dinámicos e interdisciplinarios, manteniendo abierto el diálogo pluridisciplinar inherente a la bioética. Podrá distinguirse así la “bioética jurídica” de otras modalidades, puesto que la misma no tiene por objeto la transformación de la bioética en una simple nueva rama del derecho, ni tampoco convertirse en un mero marco normativo de las ciencias de la vida y de la salud –*minus* legítimamente reprochado a aquéllas-, sino la comprensión y necesaria regulación jurídica de los temas y problemas bioéticos tendiente al reconocimiento y la tutela eficaz de la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales relacionados con el avance de tales ciencias y sus tecnologías conexas, lo cual es algo muy distinto.

De tal forma, la bioética jurídica constituye la rama de la bioética que estudia la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de la problemática bioética: las ciencias biomédicas y sus tecnologías conexas y su incidencia en el ser humano y, al mismo tiempo, una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre la bioética y el derecho (a escalas nacional, regional e internacional).

IV. Principios jurídicos y principios bioéticos: ¿Separación o vinculación?

Abordaremos el aspecto central de nuestra tarea de acuerdo con una concepción epistemológica materialista, aquella que plantea como exigencia fundamental distinguir dos momentos presentes en la búsqueda del conocimiento científico, los que hacen al estudio interno del objeto: sus categorías originarias (momento estático), y al estudio externo del mismo: investigando su génesis en función

de su inserción en el conjunto de relaciones y articulaciones de los distintos niveles de la formación social (momento dinámico), en cuya virtud la tarea del jurista debe centrarse no sólo en estudiar cómo se construye el conocimiento jurídico, sino también en el análisis del proceso de producción de normas: por sobre todo (aun la producción formal: la actividad del Parlamento o de la Administración) la producción material: que habilita y legitima el dictado de determinados cuerpos de leyes en situaciones históricamente determinadas, aprehendiendo el objeto de estudio –el derecho– a través de la suma de historia interna e historia externa (Aseff: 2003, 30/37).

Es que sólo se puede dar cuenta de la permanente reconstrucción del sistema jurídico que hacen sus intérpretes, si entendemos el derecho –básicamente constituido por normas jurídicas, pero no sólo por ellas–, captándolo en su proceso de producción antes que si nos acercamos a él como producto terminado.

Ni norma de conducta ni conducta normada solamente. Es menester ahondar tales significados en la conducta normante (que incluye no sólo al legislador sino también el contexto social y político) (Tinant: 1982, II, 439/456).

Se podrá percibir así que, si bien las normas son por lo general un producto terminado, tuvieron un previo proceso de producción y un posterior y permanente proceso de resignificación que explica el por qué pueden adaptarse a tiempos siempre cambiantes a pesar de existir en textos generalmente fijos que tardan mucho más en modificarse que lo tarda en cambiar la historia. El conocimiento que identifica la práctica y el saber de los juristas, cuyas premisas no son apodícticas sino meramente plausibles, necesita construirlas y validarlas desde diversas esferas, en tanto los fenómenos signados por la complejidad ni son fácilmente domesticables ni se encuentran sujetos a esquemas predictivos simplistas y lineales. Esta consideración de lo jurídico abre un espacio para lo contingente, lo opinable y lo discutible (quehacer intersubjetivo que permite la reconstrucción permanente del sistema normativo y su adaptación a tiempos históricos siempre cambiantes). Ello explica por qué los llamados “críticos” tratan de ocuparse del derecho que manejan los operadores. Ese que, al decir de Carlos Cárcova (*La opacidad del derecho*, citado por Aseff: 2003, 118), es lo que la ley manda, pero también lo que los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican... y también el que, entre los ciudadanos, opera como sistema de representaciones.

Cabe considerar el derecho así como una materia textual, susceptible de ser analizada desde una perspectiva que no se agota en la mera escritura de la ley, sino que intenta captar la producción de sentido social que se inviste en las diversas manifestaciones de esta disciplina y que abarca, además, las distintas prácticas sociales vinculadas a lo jurídico o por él afectadas (Aseff: 2003, 122/123).

Por esta senda se advierte, asimismo, la necesidad de ampliar los marcos teórico-prácticos para poder transitar la interdisciplinariedad. Y para esto es menester incorporar estudios antropológicos, psicológicos, sociológicos, económicos, y cuantos más sean necesarios, para mejor abarcar el objeto (sin caer en la banalidad y el esoterismo), contexto en el que, agregamos, no puede ni debe faltar la bioética desde sus principios.

A la luz de lo anteriormente expresado resulta evidente, no ya la separación, sino la vinculación –acaso algo más que ésta, según veremos– que guardan los principios jurídicos y los principios bioéticos entre sí.

Tomemos un par de ejemplos. El primero, el principio de dignidad humana.

En el ámbito de la bioética, ubicada la persona en el centro de la escena, cabe resaltar que “ser persona” equivale a “ser digno”: dignidad ontológica (intrínseca, la que hace referencia a su ser) y dignidad ética (la que atañe a su obrar). De tal forma, la idea de dignidad humana no es un mero principio entre otros. Constituye el punto de referencia decisivo para entender la actividad humana en general –médica en particular– y, en definitiva, de todas las instituciones jurídicas, políticas y sociales (cual necesario telón de fondo –unificador– de las mismas) (Tinant: 2007, 9/14, 124/136).

En el ámbito del derecho, de modo similar, el principio de dignidad humana cumple el papel de fijar límites al derecho positivamente vigente (función ético-jurídica y jurídico-constitucional) cuando la libre autodeterminación de un sujeto es éticamente legítima en un caso concreto. De tal forma, funciona como garantía negativa cuando prohíbe determinados comportamientos notoriamente indignos para la condición humana: v. gr. la tortura, los tratos discriminatorios; en tanto que lo hace como garantía activa al afirmar positivamente el desarrollo integral de la personalidad humana (Sagüés: 1994, 904/906).

Algo parecido acontece con la protección y atención de la salud, bien colectivo y principio (*principium*) y a la vez derecho humano a la salud (*concretum*) (Tinant: 2004, 127/136, 151/159; 2007: 137/160; 2008: 387/390).

Podrá apreciarse así como la tétrada de principios de la bioética principalista -no maleficencia, beneficencia, autonomía, justicia- da cuenta de una de tales confluencias, en tanto que en la esfera jurídica la protagonizan los derechos constitucional, administrativo, penal, civil, a la luz de la moderna concepción de los derechos humanos que enarbola el derecho internacional de los derechos humanos (cf. CN, art. 75 inc, 22), resultando aplicable, entre otros tratados así consagrados, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC, cuyo art. 12: reconoce el “derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los Estados parte de procurar su satisfacción”; garantiza ese derecho mediante el desarrollo de un “plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad”, en concordancia con el art. 2, inc 1°, por el que los Estados parte se han “obligado hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho pacto.

La no maleficencia, como los restantes principios, se derivan de la dignidad humana, metaprincipio que no precisa de justificación previa porque es auténticamente constitutivo, como dijimos. Evitar daños en el ser humano es adoptar la no maleficencia como principio en el ejercicio del respeto a la dignidad, cumpliendo con el imperativo que manda garantizar la inviolabilidad de la persona. De tal modo el deber pasivo de no maleficencia (abstenerse de hacer el mal) normalmente precede al deber activo de beneficencia (hacer o promover el bien o el bienestar). Principio caro a la tradición médica hipocrática -pues la no maleficencia procura el mayor beneficio para el paciente, su “mejor interés”, sin ocasionarle daño-, y luego latinizado como *primum non nocere*, guarda evidente analogía con el principio jurídico *alterum non laedere* (Maglio: 1998, 84/87; Tinant: 2004, 120/121). Como se ha dicho: “El no dañar es un principio de vigencia universal a través del tiempo, pero antes tenía un contenido singular y ahora, en cambio, constituye uno de los pilares del orden social” (Goldenberg, 1993, 51/52).

V. ¿Hacia una “heterointegración” por desarrollo de principios?

Llegados a este punto, entendemos que hay algo más que vinculación entre los principios jurídicos y los principios bioéticos. Se trata de una integración interdisciplinaria, tendiente a instrumentar la cooperación entre ambos. Integración que es, por lo tanto, heterointegración, y puede producirse por desarrollo de principios comunes y afines. Para ello, es menester construir un saber teórico-práctico compartido, compatibilizando el conjunto de datos y los términos del tema y/o problema escogido.

En el orden jurídico hay relaciones o situaciones reguladas y otras que se hallan excluidas de la regulación. El legislador es quien las incluye o excluye, por diferentes motivos. Se ha hablado así en la doctrina de la existencia de lagunas de la ley (falta una ley que pueda resolver el supuesto planteado) y lagunas del derecho (no existen ni ley ni costumbre ni principio que puedan resolver el caso concreto, si bien tales lagunas no están admitidas por lo general en los ordenamientos jurídicos, en virtud del principio de inexcusabilidad de los tribunales de justicia, por el cual éstos deben conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aun no habiendo ley que resuelva la contienda sometida a su competencia, pudiendo para ello apoyarse en los principios generales del derecho y la equidad natural).

Tal zona fronteriza o gris o poco determinada o incierta, es atraída por la normatividad que regula. Si el ordenamiento no es completo hay dos procedimientos, denominados “de heterointegración” y “de autointegración” (Carnelutti: 1944, t. 1).

La autointegración implica que es llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en la misma fuente dominante, en cualquiera de sus gradas, o yendo mínimamente a fuentes distintas. La heterointegración se efectiviza por medio de dos vías: a) propia, acudiendo el juez a ordenamientos diversos, b) impropia, recurriendo a fuentes distintas de la fuente dominante (ley, por caso), como la costumbre o el derecho judicial (que da facultad de creación al juez) o de los sistemas que permiten al juez fallar en equidad.

En la heterointegración propia, pues, se busca la solución en diversos ordenamientos, tomando de ellos principios generales de carácter metapositivo, vale decir, se intenta la superación de las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico mediante la aplicación de alguna norma o principio que pertenece a otro ordenamiento totalmente distinto de aquel en que tales lagunas se han producido. Pero también cabe acudir a la heterointegración en el supuesto de un concepto normativo indeterminado (que requiere determinación por precisión o reglamentación de normas o, como aquí postulamos, por desarrollo de principios). Tal concurrencia no sólo admite sino que permite una solución justa.

Por ende, es pertinente aplicar el procedimiento de heterointegración cuando los principios bioéticos que trascienden al derecho positivo, no obstante, lo enriquecen y complementan en la solución del caso concreto. Lejos de una presión separadora (fuerza centrífuga) tal búsqueda impulsa una marcada convergencia (fuerza centrípeta). En dicho proceso de heterointegración interactúan mutuamente el *derecho en la bioética* y la *bioética en el derecho*, requiriendo la homogeneización normativa correspondiente una especial participación de los juristas (*derecho de la bioética*) (Tinant: 2007, 119/136, 149/160).

A fin de verificar lo sostenido veamos someramente el tema de la libertad de la persona en ambas esferas, jurídica y bioética, y su íntima conexión con la dignidad, la integridad y la autonomía de la persona.

En el ámbito del derecho, la persona tiene el derecho de realizar actos que no perjudiquen a terceros (art. 19 de la CN: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”). Esfera privada de la que emana la libertad jurídica, libre de coacciones o injerencias indebidas, que consiste en ser dueño del propio destino y que contempla la seguridad de la persona en su propia vida, en su integridad física y moral, y en todas las manifestaciones de la libertad jurídica individual, la libertad de conciencia (y su faz negativa, la objeción de conciencia), de pensamiento, religiosa, de opinión y de expresión, así como otras libertades asimismo tuteladas.

En el ámbito de la bioética, la libertad se exhibe como autonomía personal: la persona en su condición de agente moral autónomo. Pero, aun cuando esta condición reviste enorme importancia, el derecho moral que genera no es absoluto, noción de autonomía que se vincula con las de dignidad de la persona e integridad de la persona: “El concepto de integridad de la persona sustenta el concepto de persona autónoma”. Vale decir, se vulnera la integridad de la persona si no se respeta su dignidad (Pellegrino: 1990, 8/17).

Autonomía (et. gr.), significa capacidad para gobernarse a sí mismo. La persona, como agente moral autónomo. Pero el derecho moral que genera no es absoluto: cuando éste entra en conflicto con el de la integridad de otras personas surgen limitaciones a su propia autonomía. De tal manera, la autonomía es una capacidad de la persona total, pero no es el total de capacidades de una persona” (Autonomía = tenencia).

Integridad (lat. *integer*), significa totalidad, entereza o unidad intacta; totalidad fisiológica, psíquica y espiritual del individuo. No admite grados, ni se puede perder. Integridad = salud (integral). Por el contrario, desintegración = enfermedad, se produce la ruptura en una o más esferas, cada una con sus propias implicaciones éticas (corporales, psicológicas, axiológicas) (Integridad = atributo).

En el derecho a la integridad, pues, el bien jurídico tutelado es la integridad de la persona. Totalidad fisiológica, psíquica y espiritual del individuo. La correcta ordenación de las partes del todo: la armonía entre las diversas dimensiones de la existencia humana.

Cabe apreciar así claros ingredientes bioéticos en el derecho a la integridad. La integridad de una persona se expresa en una situación equilibrada entre los elementos corporales, psicosociales e intelectuales y axiológicos de su vida (cada una de las tres esferas tiene sus propias implicaciones éticas). Ningún elemento es desproporcionado en relación a los demás. Cada uno toma la delantera cuando el bien conjunto así lo exige. Cada uno cede ante el otro por el bien del conjunto. Pero ello de ningún modo significa inconexidad.

La integridad tiene dos sentidos en la ética médica (también los tiene de modo parecido en la ética de la abogacía, respecto del cliente y del abogado), como derecho moral (integridad de la persona: del paciente y del médico) y como virtud o hábito moral (ser una persona de integridad).

Como resultado de ello, los principios de intimidad, autonomía y respeto a la integridad de la persona son necesarios pero no totalmente suficientes para preservar la integridad de la persona. Lo indispensable es la persona de integridad, la persona de entereza moral que respete los matices y las sutilezas del derecho moral a la autonomía. Por cuya razón, se vulnera la integridad del individuo si su reconocimiento depende de algún criterio externo y no del valor intrínseco del mismo, vale decir, si no se respeta la dignidad de la persona y su concreción jurídica específica, el derecho humano en cuestión. Por ejemplo, en el marco de la ética al final de la vida, el derecho humano a la salud que, además de las cuestiones referidas a la protección de la salud y la atención sanitaria (propias de la medicina curativa o restaurativa), involucra la toma de decisiones sobre el cuidado de la persona (propias de la medicina posventiva o paliativa); ambas integrando el cuadro de la posmedicina (Tinant: 2004, 84/85).

VI. Conclusiones

1) Aun cuando la ética y el derecho se ocupan del comportamiento humano, tanto individual como social, no es fácil establecer el o los modos en que se relacionan entre sí (separación/vinculación). Dificultad atribuible por extensión a la bioética -en su "núcleo duro" una parte de la ética, mas no toda la ética, y a la vez, si se quiere paradójicamente, algo más que ética-, y cuya creciente importancia autoriza a considerarla en dicho debate.

2) Desechada prontamente la tesis de la separación, a nuestro juicio hay algo más que vinculación -la otra tesis tradicional- entre los principios jurídicos y los principios bioéticos. Se trata de integración, una integración interdisciplinaria tendiente a instrumentar la cooperación entre ambos. Tal integración, en rigor, heterointegración, puede producirse por desarrollo de principios comunes y afines. Para ello, es menester construir un saber teórico-práctico compartido, compatibilizando el conjunto de datos y los términos de los temas y/o problemas escogidos.

3) En la heterointegración (propia) se busca la solución en diversos ordenamientos, acudiendo entonces el juez a principios generales de carácter metapositivo, ya sea en procura de la superación de lagunas jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico mediante la aplicación de alguna norma o principio perteneciente a otro ordenamiento totalmente distinto de aquel en que tales lagunas se han producido, o bien, en el supuesto de un concepto normativo indeterminado (que requiere determinación por precisión o reglamentación de normas o, como en nuestro caso, por desarrollo de principios), concurrencia que no sólo admite sino que permite una solución justa.

4) Resulta pertinente la heterointegración en particular cuando los principios bioéticos enriquecen y complementan los principios jurídicos en la solución del caso concreto, de modo coincidente con lo que hemos dicho en el punto 4. sobre los principios bioéticos como tópicos jurídicos.

5) En el proceso de heterointegración entre los principios jurídicos y los principios bioéticos, interactúan mutuamente el *derecho en la bioética* y la *bioética en el derecho*, requiriendo su homogeneización normativa una especial participación de los juristas (derecho de la bioética).

6) Convocado como discurso y praxis a la vez, el derecho puede y debe cumplir un papel fundamental en el ámbito de la bioética: a él le incumbe la tarea de elaborar y establecer normas que permitan regular de modo colectivo los nuevos conflictos bioéticos y, planteados concretamente éstos, darles ajustada y oportuna resolución. La ética por sí sola no alcanza para asegurar el respeto de la

persona y la vigencia irrestricta de los derechos humanos. Pero urge aclarar que tampoco el derecho tiene la fuerza suficiente si -a partir de él- no se ejerce el poder político necesario con el fin de conjurar las amenazas que representan los nuevos intereses creados.

7) El derecho constituye una materia textual, susceptible de ser analizada desde una perspectiva que no se agota en la mera escritura de la ley sino que intenta captar la producción de sentido social que se invierte en las diversas manifestaciones de esta disciplina y que abarca, además, las distintas prácticas sociales cercanas a lo jurídico o por él afectadas. Senda por la que asimismo se advierte la necesidad de ampliar los marcos teórico-prácticos para poder transitar la interdisciplinariedad, para lo cual es menester incorporar estudios antropológicos, psicológicos, sociológicos, económicos, y cuantos más sean necesarios, para mejor abarcar el objeto, contexto en el que no puede ni debe faltar la bioética desde sus principios.

VII. Bibliografía

Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales (CEPC), Madrid, 2002, págs. 152/156.

Aristóteles: *Moral a Nicómaco*, prólogo de Luis Castro Nogueira, Espasa-Calpe, Madrid, 1978, págs. 115/118.

Aseff, Lucía María: *Argumentación jurídica y semiosis social*, prólogo de Mario A. Portela, Juris, Rosario, 2003, págs. 30/37, 118, 122/123.

Carnelutti, Francesco: *Sistema de derecho procesal civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, UTEHA, Buenos Aires, 1944, t. 1.

Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, pág. 76.

Esparza, Jesús: *Conflictos bioéticos a la luz de los derechos corporales*, *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política "Frónesis"*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1995, págs. 9/26.

Goldenberg, Isidoro: *Indemnización de daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, págs. 51/52.

Hooft, Pedro Federico: *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 6/9.

Kant, Immanuel: *Crítica de la razón pura*, noticia preliminar sobre Kant y su obra de Juan B. Bergua, Bergua, Madrid, 1934, pág. 216.

Maglio, Ignacio: *Prevención de daños y abogacía hospitalaria*, Arkhetypo, Buenos Aires, 1998, págs. 84/87.

Nahnikian, George: *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Centro Editor de América Latina, Colección Filosofía y derecho, Buenos Aires, 1968, págs. 3/10.

Pellegrino, Edmund: *La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica*, *Bioética. Temas y perspectivas*, OPS, n° 527, Washington, 1990, págs. 8/17.

Perelman, Chaim: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 117/130.

Radbruch, Gustav: *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1974, págs. 53/56.

Sagüés, Néstor Pedro: *Dignidad de la persona e ideología constitucional*, *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1994-IV-904.

- *Metodología para la enseñanza de los derechos humanos (En las facultades de derecho y en las escuelas judiciales)*, *Revista La Ley*, 1995-C, 920.

Santo Tomás: *Suma Teológica*, Espasa Calpe, Madrid, 1979, II-II, c.49.a.1.

Tale, Camilo: Los tres -o cuatro- “principios de la bioética”, ¿son válidos?, Revista El Derecho, 179-863.

Tinant, Eduardo Luis: Una investigación lógica sobre la normación jurídica, Comunicaciones, Primer Congreso Internacional de filosofía del Derecho, Instituto de Cultura Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), La Plata, octubre 1982, II, págs. 439/456.

- La positividad del derecho natural, Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, n° 13, La Plata, junio 1984, págs. 5/6.

- Antología para una bioética jurídica, La Ley, Buenos Aires, 2004, IX/XI, págs. 11/16, 84/85, 120/121, 127/136, 151/159.

- Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos, Dunker, Buenos Aires, 2007, págs. 9/14, 119/160.

- Bien colectivo y decisión judicial, Diccionario latinoamericano de bioética, director: Juan Carlos Tealdi, UNESCO, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, págs. 387/390.

Vázquez, Rodolfo (comp.): Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo, Gedisa, Barcelona, 1998.

Viehweg, Theodor: Tópica y jurisprudencia, prólogo de Eduardo García de Enterría, Taurus, Madrid, 1964, prólogo, págs. 50, 129/130. ♦

La Liquidación Express: La Reforma del art. 39 bis del Código Fiscal ¿implica un mal uso del Gobierno Electrónico?

POR **MARIANELA E. FERNÁNDEZ (*)** - **LUIS A. MENNUCCI (**)**

Sumario: I. Introducción. II. El procedimiento de liquidación express en la Provincia de Buenos Aires. III. Embargos preventivos sin intervención judicial: Consecuencia de la liquidación Express. IV. La implicancia de la reforma al art. 39 bis del Código Fiscal en el Gobierno Electrónico. V. El Gobierno Electrónico en la Provincia de Buenos Aires: Apariencia vs. Realidad en materia tributaria. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Resumen:

El presente trabajo desarrolla la problemática que se suscita en relación a la llamada “Liquidación Express” efectuada por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA). El eje central de dicha cuestión se basará no sólo en el aspecto jurídico y axiológico de la temática, sino que el análisis se hará también desde una visión amplia que implica evaluar el contexto que favorece y contiene a la problemática. Se analizan actos puntuales de ARBA, los cuales desde el aspecto jurídico no respetan la garantía de revisión judicial suficiente y vulneran el derecho de defensa de los contribuyentes. Dichos actos se encuentran facilitados por el uso de los beneficios que proporciona solamente al Estado el Gobierno Electrónico.

Palabras clave: Liquidación Express; Gobierno Electrónico; Derecho de Defensa; Recaudación

Abstract: This paper analyzes the problem of the Express Liquidation executed by the Fiscal Agency of Province of Buenos Aires (ARBA). The focal point of the analysis is based not only in the legal and axiological aspects involved, but also in a broad viewpoint that allows the evaluation of a context that favors and contains the problem. We analyze actual actions of ARBA which, from the legal side does not respect taxpayers' constitutional rights, such as the judiciary revision warranty and the right to defense. Those acts are facilitated by the use of tools and mechanisms that the E Government provides exclusively to the State.

Keywords: Express liquidation; E Government; Right to Defense; Fiscal Politics

I. Introducción

El presente trabajo considera la problemática que se suscita en relación a la llamada “liquidación Express” efectuada por la actual Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA). El eje central de dicha cuestión se basará no sólo en el aspecto jurídico y axiológico de la temática, sino también desde una visión amplia que implica evaluar el contexto que favorece y contiene a la problemática.

(*) Docente con funciones de Profesor Adjunto de Derecho Comercial I, Cátedra III. Docente del Seminario “Derecho Informático”. Integrante del equipo que ejecuta el proyecto “La Sociedad de la Información como desafío”; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(**) Jefe de Trabajos Prácticos con funciones de Profesor Adjunto de Finanzas y Derecho Financiero Cátedra II, integrante del proyecto “La Sociedad de la información como desafío”; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

En el desarrollo del presente se analizarán actos puntuales de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), los cuales desde el aspecto jurídico no respetan la garantía de revisión judicial suficiente y vulneran el derecho de defensa de los contribuyentes. Dichos actos se encuentran facilitados a través del uso de los beneficios que proporciona solamente al Estado el Gobierno Electrónico.

II. El procedimiento de liquidación express en la Provincia de Buenos Aires

Gran parte de la estructura de la recaudación impositiva, tanto a nivel nacional como en la provincia de Buenos Aires, está construida sobre un número creciente de situaciones de incidencia impositiva presuntivas o directamente creadas por el legislador prescindiendo de la realidad. El vocablo presumir (*presumere*) supone que determinada cosa es cierta sin que esté demostrada o conste. La presunción es un juicio lógico que realiza el legislador o el juez (según se trate de una presunción legal o judicial). Este, por cierto, no es un hecho auspicioso y los autores, prestigiosos publicistas de la materia tributaria, así lo destacan: “El principio general es que el legislador debe definir el hecho imponible a través de elementos directos extraídos de la realidad que permitan alcanzar los verdaderos hechos que pretendían gravar, es decir que se debe prescindir en lo posible del uso de las presunciones y ficciones para tal propósito” (Navarrine y Asorey, 2000). Ahora bien en ningún caso la causa legítima del establecimiento de las presunciones y ficciones puede ser la ineficacia de la Administración o la ineptitud del legislador en captar o definir la realidad que se pretende sustituir; la ecuación en la práctica parecería ser que a mayor impotencia administrativa mayor empleo de presunciones y ficciones para proteger la recaudación, con la previsible pérdida de equidad del sistema tributario. Esto dicho sin desconocer que sería imposible preservar adecuadamente los recursos fiscales sin este recurso técnico. Lo que está en discusión en todo caso no es la necesidad de contar con presunciones y ficciones en la legislación impositiva, sino su cantidad y alcance. Procesalmente esta situación se ve agravada por el hecho de que las presunciones legales del tipo *iuris tantum* sólo pueden ser desvirtuadas mediante la prueba en contrario de los hechos en que se basa o del hecho presumido.

Es en este marco que se inscribe el artículo 39 bis del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Incorporado al Código por la ley 13.405 y modificado por la ley 13.850, este artículo establece en su extenso texto una gran cantidad de presunciones referidas al impuesto a los Ingresos Brutos. Junto a esta norma, su reglamentación por la Disposición Normativa 12/06 y su ampliatoria, la Resolución Normativa (ARBA) 91/2008.

El mencionado artículo primariamente establece quiénes son los contribuyentes o responsables pasibles de ver liquidada su deuda según este sistema presuntivo. Conforme surge de la mencionada Disposición Normativa son considerados en general por el Fisco Bonaerense como “... contribuyentes que se caracterizan por asumir conductas reticentes, dilatorias y obstructivas del accionar de la Administración Tributaria”, habilitando de esta manera la instrumentación de este procedimiento presuntivo denominado “Liquidación Express”. Así podemos ver que están incluidos:

A.- Los contribuyentes o responsables que no hubiesen presentado declaraciones juradas o abonado la liquidación practicada por la Autoridad de Aplicación por seis o más anticipos correspondientes al período fiscal en curso o a los últimos dos períodos fiscales vencidos.

B.- Los que han presentado declaraciones juradas y hayan declarado no tener actividad en seis o más anticipos correspondientes al período fiscal en curso o a los últimos dos períodos fiscales vencidos.

Todo esto en contraposición con la información aportada por terceros o también hay que incluir la no aportada por terceros, por ejemplo si un agente de retención y/o percepción, no brinda la información en tiempo y forma acerca de las retenciones o percepciones que le ha realizado al contribuyente.

C.- Los que hayan declarado un importe de ingresos inferior al que resultara verificado en un procedimiento de control de operaciones o de facturación realizado por la Autoridad de Aplicación durante el lapso de un día o más, o al que resulte del cruce de información de terceros;

D.- Los que hayan incurrido en el supuesto previsto en el inc. 9) del art. 42 del Cód. Fiscal. Artículo que establece que: “El incumplimiento fehacientemente acreditado, en más de una oportunidad, de los deberes de información y colaboración previstos en los ptos. 1) a 5) de este artículo, constituirá resistencia pasiva a la fiscalización”.

Es decir, se liquida presuntivamente la deuda de un contribuyente que se haya negado a brindar información ante un requerimiento, en más de una oportunidad, del fisco provincial.

De los ítems arriba mencionados, resulta que la gran cantidad de contribuyentes y responsables del Impuesto a los Ingresos Brutos se encuentra alcanzado por las presunciones del artículo 39 bis del Código Fiscal.

Las presunciones establecidas son amplias y variadas, pero sin lugar a dudas las que mayores complicaciones y dolores de cabeza les ha traído a los “supuestos” contribuyentes, son las vinculadas con lo establecido en el inciso 3ero.:

“... podrá tomarse como presunción, salvo prueba en contrario, que:” “... El equivalente hasta tres veces el monto total de las acreditaciones bancarias, neto de remuneraciones obtenidas en relación de dependencia, jubilaciones, pensiones, préstamos de cualquier naturaleza, transferencias entre cuentas del mismo titular y contrasientos por error, efectuadas en cuenta corriente, caja de ahorro y/o similar de titularidad del contribuyente o responsable, durante el lapso de un mes, constituye monto de ingreso gravado del impuesto sobre los Ingresos Brutos para ese período”.

Toda esto ampliado por lo establecido por lo establecido por la Disposición Normativa 12/2006, que establece en su artículo 3º que:

“3. Para estimar el importe de ingresos gravados a partir del monto de las acreditaciones bancarias del contribuyente, de conformidad a la presunción contenida en el inciso 3 del artículo 39 bis del Código Fiscal dentro de la escala que la misma prevé, la Autoridad de Aplicación podrá tomar en consideración, entre otros: 3.1. Nivel de cumplimiento formal del contribuyente: a cuyo efecto se tomará en consideración los incumplimientos formales respecto de la obligación de presentación de declaraciones juradas que el contribuyente hubiese observado durante los últimos dos períodos fiscales vencidos. 3.2. Nivel de bancarización promedio del sector o ramo de la actividad que realiza el sujeto: a efectos de lo cual se tomará el promedio que resulte para el sector o ramo de actividad que corresponda, de datos estadísticos extraídos de antecedentes de fiscalizaciones o verificaciones llevadas a cabo por la Autoridad de Aplicación.”

Así como por la última modificación reglamentaria ampliatoria establecida por la Resolución Normativa (ARBA) 91/2008, de la cual hablaremos más específicamente en el punto IV, del presente trabajo.

Resulta claro que la “verificación”, efectuada por el Fisco Provincial a los contribuyentes denominados “reticentes u obstructivos”, de las presunciones establecidas en el artículo 39 bis, habilita a la Agencia Recaudadora de Liquidar en forma Express la deuda generando la inversión de la carga de la prueba y obligando al contribuyente a desvirtuar la liquidación fiscal en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificada la misma al contribuyente (art. 50 quinto párrafo). Este plazo resulta a todas luces exiguo, atento a que como es de público y notorio conocimiento, la notificación de la liquidación fiscal carece de la información necesaria para que el contribuyente pueda formular su descargo. Para anoticiarse de las presunciones que se le imputan, el mismo tiene que solicitar vista de las actuaciones administrativas, y esta situación no contempla que el contribuyente medio carece de los conocimientos técnicos para interpretar dentro del expediente administrativo las presunciones que han llevado a determinar la deuda que se le liquida. Y decimos liquidación, porque tal como resulta de la “Causa Berstein”, el procedimiento establecido por el art. 39 bis, carece de las características de un Procedimiento de Determinación de Oficio, conforme lo establecido por el art. 102 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, que tiene el fin de asegurar al contribuyente la posibilidad de instar un procedimiento donde se resguardan sus derechos constitucionales. Así se estableció en la mencionada causa:

“... la determinación impositiva realizada y la boleta de deuda emitida, a fin de proceder a la ejecución del tributo liquidado, importa un mecanismo expedito y coactivo que deja de lado la determinación de oficio estructurada en el marco de procedimiento administrativo tributario normado por los arts. 102 a 119, Cód. Fiscal Bs. As.”

Y continuó:

“... Tal apartamiento implica... la fijación de la cuantía de las ventas, prestaciones de servicios... -base imponible del impuesto a los ingresos brutos-... en base a presunciones de diferente rango y amplitud que las contempladas para la determinación de oficio sobre base cierta... y presunta...”. Generando un procedimiento que genera: “... la ausencia de la debida intervención previa por parte del interesado contribuyente, privándolo de ser oído, de ofrecer y producir... prueba...”, concluyendo que “... el mecanismo de ‘liquidación Express aplicado... cercena el ejercicio del derecho de defensa en sede administrativo’” (1).

Esto se ve confirmado también por las sentencias del Tribunal Fiscal de Apelaciones de la Provincia de Buenos Aires que manifiestan que la “Liquidación Express” carece de las características de una Determinación de Oficio, por lo que dicho Tribunal se declaró incompetente para atear un Recurso de Apelación interpuesto por un contribuyente ante la intimación efectuada conforme el artículo 39 Bis, “Liquidación Express”. Así expresó la Sala II del mencionado Tribunal:

“Que como consecuencia de lo expuesto en los párrafos precedentes, cabe concluir que, la ‘Intimación Liquidación Express -Art. 50 C.F.- Impuesto sobre los Ingresos Brutos’ Nro. 70911939, emitida por el Subsecretario de Ingresos Públicos, a cargo de la Dirección Provincial de Rentas - Decreto 1167/05, no resulta ser un acto administrativo válido de los específica y taxativamente previstos en el ordenamiento legal como recurribles por ante este Tribunal, motivo por el cual, el presente caso, excede la competencia del mismo”(2).

A contrario sensu, un reciente fallo de la Cámara Contencioso Administrativa de Mar del Plata, considero que era viable la Apelación ante el Tribunal Fiscal de la Provincia de Buenos Aires y/o la Reconsideración (3).

“Valga aclarar en esta parcela que, contrariamente a lo argumentado por el recurrente en el acápite ‘III.B’ de su memorial de agravios de fs. 128/133, frente a liquidaciones practicadas por el Fisco siguiendo las prerrogativas que le acuerdan los arts. 39 bis y 50 del Código Fiscal, el contribuyente cuenta tanto -según ha reconocido esta Cámara y más allá del descargo contemplado en la última de las normas citadas- con el recurso de reconsideración como con el de Apelación ante el Tribunal Fiscal reglados en los arts. 104, 107, 109 y ccdtes. de aquella codificación, para impugnar la determinación impositiva, con la suspensión de la obligación de pago que su interposición conlleva (cfr. art. 106 del Código Fiscal) -sin necesidad de esperar una respuesta al citado descargo para articular aquellos recursos dentro de los plazos reglados a su respecto- o, según sea su opción, con la demanda contencioso administrativa del C.P.C.A., mediando acto definitivo emanado de la autoridad con competencia resolutoria final (arts. 12, 14 y ccdtes. de mentado ordenamiento ritual, ley 12.008 y modif.) [cfr. doct. esta Cámara causa A-628-NE0 ‘Vagnini’, sent. del 19/V/2009]”.

(1) Conf. “Causa Berstein” Causa Nº 3905 (Resolución del 5/12/2006). Cámara Contencioso Administrativa de La Plata. En el mismo sentido Bim - Pex S. Pugliese & M. Brautigan S De H y otros v. Fisco de la provincia de Buenos Aires C. Cont. Adm. La Plata. 17/07/2008.

(2) Conf. Autos “Spinelli Claudio G. Tribunal Fiscal de Apelación” Sala II sentencia del 19 de marzo de 2009. En igual sentido causa “Pisa Alejandro” (Sent. 21/02/08 - Sala II). Tribunal Fiscal de Apelación.

(3) Conf. “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c. Della Maggiora Oscar Alberto s. Apremio” Cámara Contencioso Administrativa de Mar del Plata. Sentencia del 27 de Agosto del 2009.

III. Embargos preventivos sin intervención judicial: Consecuencia de la liquidación express

La consecuencia central de la “Liquidación Express” efectuada conforme lo establecido por el art. 39 bis del Código fiscal de la Provincia de Buenos Aires es que, por aplicación del art. 50 del mismo plexo normativo, en caso de que el contribuyente no haya efectuado en tiempo y forma su descargo, -cinco (5) días hábiles desde su notificación-, se habilita al Fisco a emitir título ejecutivo e iniciar su cobro por media del proceso de apremio (Ley 13.406) por intermedio de la Fiscalía de Estado de la Prov. de Buenos Aires. Así lo establece el artículo 50 párrafo 4 y párrafo 5:

“Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, tratándose de contribuyentes o responsables a los que se hace referencia en el art. 39 bis, podrá requerírseles por vía de apremio, el pago a cuenta del gravamen que en definitiva les sea debido abonar, de la suma que la Autoridad de Aplicación liquidará de conformidad a las presunciones previstas en la norma citada, sin necesidad de cumplir con el procedimiento de determinación de oficio. En ningún caso, el importe que el contribuyente declare o rectifique y abone o regularice en el plazo previsto en el párrafo siguiente podrá ser inferior a las dos terceras partes de los importes estimados por la Autoridad de Aplicación.”

“Previo a proceder a la vía de apremio, la Autoridad de Aplicación intimará a los contribuyentes para que dentro de los cinco (5) días abonen o regularicen el gravamen correspondiente con sus intereses, y presenten, en los casos en que corresponda, las declaraciones juradas originales o rectificativas.”

Lo recién establecido es altamente discutible, atento a que el contribuyente no tiene estructurado, un procedimiento recursivo, que lo proteja de la pretensión fiscal, es más en muchos casos el propio contribuyente carece de la información para saber de la gravedad de lo que lo están intimando por una “Liquidación Express”, y cree que tan solo es una más de las notificaciones intimidatorias que suele mandar el fisco de la Provincia de Buenos Aires, en las últimas gestiones.

Pero, por si esto fuera poco, firme la “Liquidación Express” -es decir transcurridos los cinco (5) días de la intimación sin que el contribuyente haya presentado sus declaraciones juradas u objete la pretensión fiscal- habilita también al Fisco provincial a trabar, embargo preventivo, aun antes de iniciado el Juicio de Apremio, conforme las facultades que les otorga los arts. 13 y 13 bis del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Los mismos establecen, en su parte pertinente:

“En cualquier momento podrá la autoridad de aplicación solicitar embargo preventivo, o cualquier otra medida cautelar en resguardo del crédito fiscal, por la cantidad que presumiblemente adeuden los contribuyentes o responsables. En tal circunstancia, los jueces deberán decretarla en el término de veinticuatro -24- horas sin más recaudos ni necesidad de acreditar peligro en la demora, bajo la responsabilidad del Fisco” (Art. 13 Cód. Fiscal Prov. Bs. As.).

“La Dirección Provincial de Rentas estará facultada para trabar por las sumas reclamadas las medidas precautorias indicadas en el escrito de inicio del juicio de apremio o que indicare en posteriores presentaciones al Juez interviniente la Fiscalía de Estado. La Dirección Provincial de Rentas podrá decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o de bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución. También podrá disponer el embargo general de los fondos y valores de cualquier naturaleza que los ejecutados tengan depositados en las entidades financieras regidas por la ley 21.526 Ver Texto. Asimismo podrá controlar su diligenciamiento y efectiva traba” (Art. 13bis Cod. Fiscal Prov. Bs. As.).

En sentido análogo y casi en forma reiterativa, la Ley Provincial de Apremio (Ley 13.406) también establece esta posibilidad de proceder a la traba de medidas cautelares para asegurar el “presumido crédito fiscal”:

“Art. 5º. Con el escrito de inicio, el actor podrá acompañar los oficios para la traba de las medidas cautelares requeridas. Los autos principales deberán ser despachados y los oficios de traba de las medidas cautelares librados, dentro de los cinco (5) días hábiles contados desde el inicio del juicio. Las resoluciones de mero trámite o providencias que no causen estado podrán ser suscriptas por el

secretario o el auxiliar letrado autorizado por el magistrado interviniente. Las cédulas y oficios que se disponga librar deberán confeccionarse por secretaría y suscribirse por el juez, secretario o el auxiliar letrado autorizado por el magistrado interviniente, según corresponda, dentro de los cinco (5) días de haber sido proveídos.”

Y continúa el artículo siguiente:

“Art. 6º. Al inicio del juicio de apremio o con posterioridad y en cualquier estado del proceso, la parte actora podrá solicitar toda medida cautelar o modificación de las decretadas con anterioridad, y el juez deberá disponerla, en el término de veinticuatro horas, sin más recaudos ni necesidad de acreditación de peligro en la demora, todo ello bajo responsabilidad del Fisco. A tal fin, no resultará de aplicación lo previsto en el art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial.

Podrá solicitarse, entre otras:

a) Traba de embargos sobre:

1) Dinero efectivo o cuentas o activos bancarios y financieros, a diligenciar directamente ante las entidades correspondientes para el supuesto de encontrarse determinadas, caso contrario ante el Banco Central de la República Argentina para que proceda a efectuar las comunicaciones pertinentes a las instituciones donde puedan existir, instruyendo la transferencia a cuenta de autos exclusivamente del monto reclamado con más lo presupuestado para responder a intereses y costas. Para el caso de resultar insuficientes, las cuentas permanecerán embargadas hasta que se acredite y transfiera el monto total por el cual procedió la medida asegurativa del crédito fiscal.

La entidad requerida deberá informar al juzgado en el plazo de cinco -5- días hábiles desde la toma de razón, el detalle preciso de las cuentas u operaciones activas a nombre del ejecutado, su saldo y los movimientos registrados durante los tres -3- días previos a la traba de embargo.

Igualmente deberá precisar si existe en esa entidad caja de seguridad a nombre del ejecutado detallando la numeración precisa que permita individualizarla para un eventual embargo de objetos de valor allí existentes.

El incumplimiento en el envío de la información requerida, en caso de ausencia de embargo de la totalidad de los fondos requeridos, hará pasible a la entidad solicitada, gerente o responsable de una multa de cincuenta -50- jus por cada día de retardo y el juez deberá radicar la correspondiente denuncia.

2) Créditos, efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo.

3) Sueldos u otras remuneraciones siempre que sean superiores a seis salarios mínimos, en las proporciones que prevé la ley.

4) Bienes inmuebles y muebles sean o no registrables. Los registros públicos deberán informar en forma simultánea la toma de razón de la cautelar y la existencia de cualquier otra restricción, gravamen o derecho real constituido e inscripto con anterioridad.

En caso de embargo de bienes existentes en caja de seguridad, el juez ordenará el procedimiento sin más trámite. El oficial de justicia que lleve a cabo la medida y quienes participen en la misma, deberán preservar el derecho a la intimidad del titular de la caja de seguridad, guardando secreto respecto a la existencia de efectos personales no susceptibles de valor económico.

b) Intervención de caja y embargo de las entradas brutas equivalentes al veinte -20- por ciento y hasta el cuarenta -40- por ciento de las mismas. En estos supuestos, el interventor deberá informar y depositar los importes recaudados dentro de las 24 horas hábiles posteriores, o en el plazo que el juez fije que no podrá exceder los diez -10- días hábiles, desde que se comenzó a efectivizar la medida. El juez podrá autorizar la realización de transferencias electrónicas.

c) Inhibición general de bienes e incluso su extensión a los activos bancarios y financieros, pudiendo oficiarse a las entidades bancarias correspondientes o al Banco Central de la República Argentina. En

el caso de que la medida se trabase ante el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, éste deberá informar al juez si existen otras medidas cautelares idénticas trabadas contra el demandado, detallando su origen y vigencia, además deberá informar los bienes de los que resulta titular, aunque sea parcialmente, el accionado y expedirá en caso afirmativo copia de todos esos asientos.

En todos los casos, las anotaciones y levantamientos de las medidas asegurativas del crédito fiscal como así también las órdenes de transferencia de fondos que tengan como destinatarios los registros públicos, instituciones bancarias o financieras, podrán efectivizarse a través de sistemas y medios de comunicación informáticos.”

IV. La implicancia de la reforma al art. 39 bis del Código Fiscal en el Gobierno Electrónico

En el Boletín Oficial el 22/09/2008 se publicó la Resolución Normativa 91/2008 de ARBA, mediante la cual introduce ciertas presunciones referidas a la determinación de del impuesto sobre los Ingresos Brutos, aplicables a los casos de contribuyentes que no presenten declaraciones juradas, o habiéndolas presentado no las abonen. Se incluye como presunción de ejercicio de actividad gravada, la detección mediante mecanismos tecnológicos, de volúmenes de producción o comercialización en inmuebles.

En medio de la importancia actual que posee el Gobierno Electrónico, en tanto ha sido conceptualizado por el Banco Interamericano de Desarrollo como “una posibilidad de obtener servicios gubernamentales a través de medios electrónicos, permitiendo el acceso a la información y completando transacciones en cualquier lugar, en cualquier momento y con los mismos requerimientos de acceso”(4), es que se dispone con la resolución mencionada la utilización de las herramientas tecnológicas con fines eminentemente recaudatorios. Lo dicho queda claro ya que los límites de “una mejor gestión” una “administración más ágil” resultan cada vez mas borrosos en tanto la tecnología se utiliza con el fin facilitar una tarea que debiera tomarse con los recaudos necesarios. Es decir, si ya se encuentra cuestionado judicialmente el sistema denominado de la “Liquidación Express” por la ausencia de posibilidad de defensa del contribuyente, la utilización de los medios tecnológicos para el factible entrecruzamiento de datos, coadyuva a vulnerar aún más la situación actual del contribuyente.

Lo mencionado no se estaría planteando si el gobierno electrónico no fuera una herramienta para agilizar la Administración Pública, desburocratizar, fomentar la transparencia de los actos públicos, acercar al ciudadano, ser una vía de conexión entre ciudadanos, empresa y gobierno, etc.

En el decreto 110 del 22 de Enero del 2008 se crea, en el ámbito de la Secretaría General de la Gobernación, el Consejo Provincial de la Sociedad de la Información. En sus considerandos se menciona que la Provincia de Buenos Aires debe asemejarse al modelo chileno en tanto que el empleo de las Tecnologías de Información y Comunicación (TICs) debe ser utilizado para incrementar la competitividad, la igualdad de oportunidades, las libertades individuales, la calidad de vida y la eficiencia y transparencia del sector público.

El consejo creado tiene como objetivo proponer al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires una agenda de orientaciones estratégicas destinada a promover que los ciudadanos, las empresas, las organizaciones de la sociedad civil y el Gobierno alcancen, mediante la incorporación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), la transformación de los tradicionales mecanismos de gestión del Estado, la resolución de las urgencias sociales aumentando la competitividad industrial y la generación de empleo calificado, a fin de lograr una sociedad más equitativa, integradora y democrática.

Asimismo, el plan estratégico de Gobierno Electrónico de la provincia de Buenos Aires establece como sus objetivos:

- Establecer nuevas formas de relación Gobierno/Ciudadano mediante la utilización de las TICs.

(4) <http://www.iabd.org/sds/ict/site 6198 s.htm>

- Integrar los sistemas de los diferentes organismos, a los fines de compartir recursos y mejorar la gestión interna de los mismos.
- Mejorar sistemas y procesos de recaudación de la Provincia.
- Establecer una red de puntos de acceso a los servicios de gobierno electrónico, para las áreas sociales.

V. El Gobierno Electrónico en la Provincia de Buenos Aires: Apariencia vs. Realidad en materia tributaria

La progresiva incorporación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración constituye uno de los factores clave para conseguir un funcionamiento más eficaz y eficiente de las estructuras administrativas, una mayor calidad de la gestión de los servicios públicos, y mecanismos más ágiles y transparentes en la relación entre los ciudadanos y la Administración.

En este marco, cuando nos referimos a las tecnologías de la información y la comunicación, o TICs, como se las conoce comúnmente, se agrupa un conjunto de instrumentos, herramientas y práctica requerida para el procesamiento electrónico de información. Sin duda son generadoras de un nuevo canal de comunicación, tanto en el ámbito privado como el público.

El acceso al conocimiento por parte de los grupos exclusivos que tienen acceso al uso de las TICs, tienen un gran abanico de posibilidades que genera una división cada vez más grande entre aquellos que se encuentran “desconectados”, sobre todo, en relación a acceso a la cosa pública que está en vías de ser informatizada, ya que en ámbito privado son innumerables los bienes o servicios a los cuales hoy no pueden acceder las personas que se encuentran excluidas del sistema. Pero en el ámbito estatal, es distinto, ya que el Estado debe garantizar la igualdad de posibilidades. Desde los organismos no gubernamentales y grupos ciudadanos se habla del nuevo derecho a no ser excluidos de la sociedad de la información. Así, la red brinda posibilidades para aquellos grupos exclusivos. La acción social para organizarse de estos grupos valiéndose de medios electrónicos de convocatoria y difusión, y por lo tanto de las TICs, es una de las mencionadas posibilidades. Por ejemplo, en Argentina, la manera en que se organizaron los movimientos de protesta social ante la medida denominada “corralito” hace un par de años, es la utilización de las bondades de las TICs, a través de telefonía móvil, mensajería instantánea y correo electrónico, para lograr convocatorias.

Sin duda es un nuevo espacio de participación, pero como más arriba lo he afirmado, es un espacio abierto hacia quienes tienen la posibilidad de acceder y en el caso puntual del ejemplo citado el problema social afectaba a los usuarios de estas tecnologías.

Sumado al gran problema social de base que resulta del uso de las TICs por el Estado frente a quienes no tienen las mismas posibilidades de “conexión” y en relación a lo expresado en punto anterior, cabe analizar en relación a la materia tributaria, si los pilares y principios sentados a través de la normativa vigente en materia de Gobierno Electrónico se ajusta a los que concretamente sucede en la realidad, más bien es una apariencia o, aún peor, es totalmente lo contrario.

Todo ello, en virtud que por un lado se regula lo atinente al Gobierno Electrónico y se pretende el acercamiento del ciudadano a las cuestiones relativas al estado y por el otro, se establece normativa como la Resolución aquí analizada, la cual dista de adecuarse a los criterios rectores del Gobierno Electrónico. Esto es por un lado, se pretende facilitar al ciudadano (en este caso contribuyente) el acceso a la información de los actos del gobierno, la facilitación en sus trámites, la garantía de accesibilidad y por el otro se utilizan las nuevas tecnologías para adquirir información del contribuyente a través del entrecruzamiento de datos para crear una presunción -sobre bases no corroboradas- la cual debe ser desvirtuada por éste último.

Varios casos que se encuentran actualmente en tratamiento en los Juzgados Contenciosos de la Ciudad de La Plata revelan lo aquí sentado. Por ejemplo, tomando como origen el “entrecruzamiento de datos”, ARBA ha conformado Títulos Ejecutivos, basándose en las presunciones del art. 39 bis, especialmente el

ya mencionado ítem tercero de dicho artículo, es decir conforme las acreditaciones bancarias del supuesto contribuyente; a pesar que dichas acreditaciones provengan de depósitos por su trabajo en relación de dependencia o por jubilaciones y pensiones recibidas por sus beneficiarios, situaciones que expresamente se encuentran desgravadas en el mencionado Impuesto a los Ingresos Brutos; y a pesar que expresamente dicho ítem las excluye para su computo. Generando deudas presuntas, sobre bases impositivas no establecidas normativamente y ajenas a la realidad económica del supuesto sujeto contribuyente.

VI. Conclusiones

Así llegamos a la conclusión de que una herramienta llamada a garantizar a los ciudadanos el acceso a la información y brindarles facilidades, es utilizada por la Administración Tributaria de la Provincia de Buenos Aires en pos de una efectiva y rápida percepción de tributos. Ahora bien, en muchas ocasiones esta percepción, eficaz y veloz a través de las TICs, no se realiza respetando los derechos constitucionales de los contribuyentes, consagrados como un valladar infranqueable para la Administración Pública y estipulados a fin del sostener el Sistema Republicano de Gobierno y la división de poderes. Lo mencionado surge a raíz de que la jurisprudencia analizada ha determinado que las presunciones y estimaciones de la materia imponible establecidas en el art. 39 bis y, más exactamente, las realizadas mediante entrecruzamiento informático no son una determinación de oficio propiamente dicha. Y en otros casos la utilización de las TICs por parte de la administración ha sido sesgada perjudicando especialmente al contribuyente, estableciendo presunciones sin ningún sustento fáctico, que se traduce en la frase conocida por todos los contribuyentes de la Provincia de Buenos Aires “SU DEUDA ESTA CARGADA EN EL SISTEMA”, sin saber a ciencia cierta de dónde surge la misma, o en base a qué elementos objetivos y veraces existe en “EL SISTEMA”.

Recientemente la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de La Plata ordenó la suspensión de la aplicación del sistema presuntivo de determinación del Impuesto a los Ingresos Brutos estructurado por la Resolución Normativa N° 111/2008, conocido como ARBANET. En su artículo 5° esta norma establece que:

“A los efectos de la liquidación de los anticipos mensuales del Impuesto sobre los Ingresos Brutos que deberán ingresar los contribuyentes de conformidad a la presente, la Agencia de Recaudación tomará en consideración la información vinculada al contribuyente, las declaraciones juradas presentadas, la información proporcionada por los agentes de recaudación y demás datos obtenidos a través de otros organismos públicos o privados.”

Atento a que el organismo fiscal no había aportado suficiente información para que se pudiera determinar a ciencia cierta cuáles eran los criterios para determinar la base imponible mensual de los contribuyentes que se liquida en forma electrónica y sin la participación directa del mismo (Conf. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata - “Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c. ARBA” - 01/10/2009).

Asimismo, debería revisarse la incongruencia existente entre los principios que pregona el Gobierno Electrónico y la normativa -en este caso del sistema tributario- a fin de que realmente el Gobierno Electrónico garantice y establezca los principios y pilares que sustentan su existencia. De lo contrario, una vez más estaríamos llenando, con apariencias creadas desde un marco normativo establecido por impulso de criterios internacionales, vacíos de contenido concreto a la hora de su aplicación.

Todo ello en definitiva vulnera lo máspreciado en un estado de derecho, que es la seguridad jurídica, entendida como “... el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales; para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Para que así sea, es indispensable que las decisiones de los actores políticos se tomen según la “lógica de las reglas” y no según la “lógica de la discrecionalidad” (Frias).

VII. Bibliografía

- SPISSO, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario. Ed. Lexis-Nexis. 2007.

- BUENO, Carlos E. T. Las medidas cautelares preventivas y la nueva ejecución administrativa de sentencia de trance y remate en la provincia de Buenos Aires. LNBA 2006-9-973.
- NAVARRINE, Susana C. y ASOREY, Rubén. Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario. Ed. Depalma, Bs. As., 2000.
- ARAYA DUJISIN, Rodrigo. Internet, política y ciudadanía. En: Nueva Sociedad N° 195, Caracas, Venezuela, 2005, pág. 70.
- FRIAS, Pedro J. La seguridad jurídica. <http://www.acader.unc.edu.ar/artseguridadjuridica.pdf>
- HERZOG, Roman, HOFFMANN, Bert, SCHULZ, Markus, "Internet y política en América Latina. Regulación y uso de las nuevas tecnologías de información y comunicación en el contexto de las transformaciones políticas y económicas", Instituto de Estudios Iberoamericanos, Hamburgo, 2002, <<<http://www.rrz.uni-hamburg.de/IIK/nikt/sfinal.html>>> ♦

La integración latinoamericana: entre la unidad y la fragmentación

POR NOEMÍ B. MELLADO (*)

Sumario: I. Desde la gesta independentista al siglo XX. II. La nueva lógica integracionista. III. Entre la integración y la cooperación Sur-Sur. IV. La institucionalidad como obstáculo a la integración. V. A modo de reflexión. VI. Bibliografía.

Resumen: En este artículo se analiza la evolución que sufrió el proceso de integración latinoamericana y caribeño a fin de identificar aquellas limitaciones, en la variedad de proyectos vigentes, que no permiten avanzar hacia mayores grados de integración. Se identifica como uno de los principales obstáculos la estructura y funcionalidad jurídico-institucional.

Palabras clave: Integración, América Latina y el Caribe, institucionalidad.

Abstract: This article analyzes the development of Latin American and Caribbean integration processes, with the purpose of identify those limitations, such as the great variety of currents projects, that do not allow to advance towards deepest degrees of integration. It identifies as one of the mains obstacles the legal-institutional structure and functionality.

Key words: Integration, Latin America and the Caribbean, institutions.

I. Desde la gesta independentista al siglo XX

Producto de las transformaciones de la economía mundial y de los diferentes retos políticos, económicos, sociales y de seguridad que plantean las relaciones internacionales de nuestros tiempos, América Latina adoptó una serie de cambios. Ellos se vinculan con las variadas propuestas de integración y con el advenimiento de gobiernos más progresistas.

Sin embargo, la multiplicidad de propuestas no ha permitido profundizar sus procesos de integración ni mejorar la convergencia y articulación de los distintos esquemas.

Los nuevos gobiernos no han podido remover las estructuras del atraso pese a las elevadas tasas de crecimiento, superiores a un 5%, que registra desde el año 2003. La desigualdad en América Latina continúa siendo una de las más altas del mundo. Si bien los indicadores de pobreza e indigencia tuvieron alguna mejora con relación a la década de los noventa, en la cual casi un 50% de la población era pobre, sus niveles actuales son dramáticos: un 33% -180 millones de personas- son pobres y de ellas un 13% es indigente -71 millones-. Aunque esta disminución no pudo contrarrestar el incremento poblacional, de modo que existen 44 millones más de pobres y 9 millones más de indigentes respecto a 1980 en donde los pobres comprendían el 40,5% de la población y los indigentes un 19% (CEPAL, 2009). Asimismo Latinoamérica acentuó su especialización primaria exportadora con escaso valor agregado.

Tampoco se han superado las diferencias ideológicas y posicionales que quebrantan la unidad de los países y se ha agudizado la defensa de los intereses nacionales, políticos y sectoriales sobre los regionales.

La integración latinoamericana no exhibe un camino de éxitos quizá porque no se ha sustentado en un proyecto general que corresponda a una visión de largo plazo y responda a los intereses de la región en su conjunto, pese a que la idea fuerza de “una unión” se enraíza en su misma historia.

(*) Profesora Ordinaria Titular de Economía Política y Directora del Instituto de Integración Latinoamericana; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP. Profesora Ordinaria Titular de Economía Política, Departamento de Ciencias Económicas y Jurídicas; UNNOBA.

Las aspiraciones unionistas de algunos de sus precursores -Simón Bolívar, José de San Martín, Bernardo O'Higgins, Bernardo Monteagudo, Joaquín Mosquera, Francisco Miranda, Juan Martín de Pueyrredón- y la de los proyectos de 1811 a 1847, incluso las del Congreso Anfictiónico de Panamá -convocado por Simón Bolívar para la creación de una Latinoamérica confederada y que fracasó debido a la falta de apoyo de los nuevos Estados-, se fueron desarticulando en el transcurso del tiempo. Ello se debió principalmente a que, durante el período colonial, los vínculos preexistentes entre los Estados entre sí y con el resto del mundo fueron escasos; del mismo modo que fue escasa la participación activa de los distintos sectores sociales en su independencia, por eso las primeras ideas integracionistas no tuvieron la recepción esperada. Se agrega la preponderancia de los intereses locales y personales de los caudillos y la adjudicación de los territorios conforme al trazado de las fronteras heredadas de la monarquía española.

Asimismo *"a diferencia de Europa, donde la nación creó al Estado, en América Latina, fueron los Estados quienes "crearon" las naciones sobre una base político administrativa... Justamente, los años de guerras civiles entre 1825 a 1844 dieron origen a una rápida fragmentación. Los nuevos Estados latinoamericanos no fueron contruidos sobre la base de características nacionales, sencillamente porque éstas no preexistían. Las burguesías locales, siguiendo el modelo europeo de Estados nacionales, crearon mitos, simbologías, enemigos y proyectos locales para que actuaran como lazos de pertenencia que unieron y diferenciaron estas nuevas comunidades políticas, iniciando así el período de los nacionalismos locales (Piana, 2009: 46).* De este modo Latinoamérica se fue fraccionando en un gran número de unidades económicas, políticas, sociales y administrativas, y este desmembramiento fue un proceso contradictorio a los deseos de los próceres y pensadores de la época independentista que no permitió actuar de manera conjunta en su inserción internacional.

Los primeros años de vida independiente fueron de enfrentamientos, desuniones y luchas por intereses localistas y personales, siendo marginal la integración en sus clases dirigentes.

Lo cierto es que durante largas décadas y en un nuevo siglo, pese a los esfuerzos de intelectuales y políticos -José Martí, Rubén Darío, José Enrique Rodó, Manuel Ugarte, José Ingenieros, Vargas Vila, Amado Nervo, José Vasconcelos, José Carlos Mariátegui, Alfredo Palacios, entre otros- la integración regional tuvo un papel secundario en las estrategias y políticas nacionales. Las palabras de Alfredo Palacios son elocuentes, en este aspecto decía: *"... Vuelvan los ojos a nuestras tierras para estudiar sus problemas y necesidades. Empiecen a gobernar... para toda Nuestra América. Consideren a nuestras repúblicas como secciones de un gran Estado"* (García Costa, 1997: 287).

Como sostiene Vacchino (1983: XIX), fueron condiciones particulares las que favorecieron la irrupción de la integración latinoamericana después de la Segunda Guerra Mundial. El ejemplo europeo, las propuestas de la CEPAL conducida por Raúl Prebisch y el orden internacional de posguerra en lo comercial, monetario y financiero condicionaron el surgimiento. Para las ideas cepalinas la necesidad de lograr un "Mercado Común Latinoamericano" era instrumental al proceso de industrialización y una forma de modificar la inserción internacional de los países periféricos con relación a los centrales. Si bien este pensamiento no fue el que imperó a la hora de construir la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio -ALALC-, sino uno más pragmático y comercialista que buscaba ceñirse a las disposiciones del GATT, América Latina ni siquiera pudo establecer el libre comercio entre sus miembros.

El fracaso de este primer intento llevó a que la Asociación Latinoamericana de Integración -ALADI- sea hoy en día la única institución de alcance regional que abriera las puertas a los acuerdos comerciales con niveles mínimos de integración.

También fueron condiciones específicas las que se dieron en algunos períodos de expansión. Así en la década de los noventa, favorecido por un escenario caracterizado por el fin de la guerra fría, la globalización, el nuevo regionalismo o regionalismo abierto y el predominio del pensamiento neoliberal, se crea el Mercado Común del Sur -MERCOSUR- y el Grupo de los Tres -G3-, a la vez que se revitalizan experiencias anteriores. El Pacto Andino devino en Comunidad Andina de Naciones -CAN-,

el Mercado Común Centroamericano se transformó en el Sistema de Integración Centroamericano -SICA-, incorporando a Panamá, y la Comunidad del Caribe -CARICOM- decidió iniciar el proceso hacia un mercado único.

Pese a ese dinamismo la región adquiere poca importancia a la hora de definir las vinculaciones comerciales y su interdependencia es más retórica que real. Mientras que en la Unión Europea -UE- las exportaciones intrarregionales llegan a más del 65% del comercio total, las de América Latina y el Caribe -en el mejor de los casos- no han logrado superar el 20%. Los porcentajes se reducen en los grupos subregionales: en el MERCOSUR llega al 14.9% y en la CAN apenas el 9 %. Sin embargo, las exportaciones hacia Estados Unidos -EE.UU- alcanzan el 44.4%, con Asia el 12%, con la Unión Europea -UE- el 15% y con China el 5.3%. La importancia de las exportaciones regionales en las exportaciones mundiales apenas representa al 5.6% (CEPAL, 2009 a y b).

En la actualidad América Latina tiende a ampliar sus negociaciones en los diferentes ámbitos, bilateral, subregional, regional y continental, sin profundizar los procesos de integración en marcha, e incluso incumpliendo los compromisos asumidos, por lo que resulta necesaria una reconsideración general de sus sistemas de integración en base a los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los alcances y limitaciones de la variedad de proyectos, en vista a la crisis que está sufriendo la integración latinoamericana en su conjunto, que no le permite lograr las metas propuestas en sus compromisos fundacionales? ¿Qué cambios son posibles encarar?

II. La nueva lógica integracionista

En el orden internacional, han surgido nuevos polos dinámicos de crecimiento como China, India, Rusia, que modifican la estructura de las relaciones económicas mundiales y cuestionan la vigencia de los centros hegemónicos de posguerra. También se objeta el orden financiero y comercial de posguerra por la crisis financiera internacional y los resultados insatisfactorios de la Ronda de Doha.

La crisis, iniciada en los EE.UU., ha trascendido lo financiero y bancario para afectar la economía real y se expande globalmente influyendo así en los distintos sectores económicos, provocando un desplome de la producción y el comercio con consecuencia negativa sobre el empleo, los precios, salarios y poder adquisitivo, a la vez que favorece a la concentración y centralización del capital a través de nuevas alianzas y fusiones de los mayores oligopolios mundiales.

América Latina y el Caribe no es ajena a sus impactos, la caída del PBI es del 1,8% y la tasa de desocupación es del 8,3%, en el 2009 (CEPAL, 2009c). Las exportaciones sufrieron una fuerte caída -31%- como consecuencia de una reducción de sus volúmenes y precios, pero mayor fue la contracción de las exportaciones intrarregionales -33%-. Asimismo se afectó el comercio en los diversos esquemas subregionales, en el MERCOSUR la reducción fue de un 31% y en la CAN de un 24% (CEPAL, 2009a). La disminución del comercio y el menor nivel de actividad mundial tuvieron efectos negativos en los precios de los productos básicos y los términos de intercambio.

También la UE enfrenta hoy una gran recesión agravada por la particular situación de Grecia y del euro.

Además existe incertidumbre respecto al nuevo presidente de EEUU -Barack Obama-, la política hacia Latinoamérica no resulta clara hasta el momento -así se demostró en el caso de Honduras y en la actual situación con las Islas Malvinas-.

En este contexto, Latinoamérica presenta algunas condiciones de índole política que plantean nuevos desafíos tales como: la estabilidad democrática, la coincidencia en el lenguaje político regional sobre las críticas al neoliberalismo del siglo pasado, inspirado en el Consenso de Washington, y a las políticas de relacionamiento externo que, bajo el regionalismo abierto, crearon nuevas formas de vinculación con la economía mundial. Sin embargo, subsisten divergencias políticas e ideológicas entre los gobernantes sudamericanos sobre tipos de desarrollo, modelos de integración y opciones de inserción internacional que erosiona la actuación mancomunada en los nuevos escenarios y aumenta, entre ellos, las divisiones.

La lógica de la integración también varió y se orienta a enfrentar las problemáticas derivadas de las dinámicas internas de los propios procesos integrativos como también a la búsqueda de nuevos

espacios, de allí la propensión a extender geográficamente los procesos subregionales y ampliar las opciones externas mediante la celebración de acuerdos de integración Sur-Norte con la UE y EE.UU., al tiempo que adquiere una mayor importancia el mercado asiático.

Fruto de la ampliación de las negociaciones es un mapa de geografía intrincada y variable de compromisos en la que la mayoría de los países negocian paralelamente diferentes acuerdos económicos de distintas naturaleza que suscitan diversas problemáticas.

Conforme a la Organización Mundial del Comercio -OMC- desde 1948 hasta 1994, el GATT recibió 124 notificaciones de acuerdos comerciales regionales y desde el establecimiento de la OMC -1995- hasta diciembre de 2008, casi 300 acuerdos adicionales de los cuales se encuentran vigentes 230 (1)

A los esquemas de integración más ambiciosos se le superponen los Tratados de Libre Comercio -TLC- y los acuerdos de comercio preferencial -ACP- que representan más del 90% de los registrados en la OMC (Ídem), suscriptos en gran parte en las últimas dos décadas y en el marco del regionalismo abierto o “nuevos regionalismos” (2), por oposición a los “viejos” (BID, 2002:35) caracterizados por ser acuerdos de libre comercio. Se diferencian de éstos por los contenidos que incorporan -comercio de servicios, regulaciones a la propiedad intelectual, compras gubernamentales, mecanismos ad-hoc para la solución de diferencias, inversiones e infraestructura física- y el alcance de la materia regulada.

La multiplicidad de acuerdos de comercio de última generación (3), conformaron un mapa de articulaciones económicas múltiples semejante a “spaghetti bowl”, conforme a la expresión de Jagdish Baghwatti (Ídem: 70).

CUADRO I

América Latina y el Caribe: Acuerdos comerciales desde el 2002 a la fecha

Países Latinoamericanos	Contraparte	Fecha de suscripción o entrada en vigor	Tipo
Contraparte externa a la región			
Chile	Turquía	14 /7/2009	TLC
Colombia	Canadá	11/ 2008	TLC
CARIFORUM	UE.	15/10/2008	TLC
Chile	Australia	30/7/2008	TLC
Peru	Singapur	29/5/2008	TLC
Peru	Canadá	29/5/2008	TLC
MERCOSUR	Israel	18/12/2007	TLC
El Salvador-Hondura	Taiwán	7 /5/2007	TLC
Chile	Japón	27/3/2007	TLC
Nicaragua	Taiwán	18/1/2007	TLC
Colombia	EEUU.	22/11/2006	TLC
Chile	China	1/10/2006	TLC
Guatemala	Taiwán	1/7/2006	TLC
Perú	EEUU.	12/4/2006	TLC
Chile	India	8/3/2006	TLC

(1) http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/regfac_s.htm#top#top, consulta 29/2/2009.

(2) Concepto acuñado por la CEPAL en el marco de debate del regionalismo abierto.

(3) También denominados “OMC plus” porque buscan profundizar el tratamiento de ciertas materias, más allá de los niveles fijados multilateralmente en la OMC.

Panamá	Singapur	1/3/2006	TLC
Chile	N. Zelanda, Singapur y Brunei Darussalam	18/7/2005	AAE
MERCOSUR	SACU	16/12/2004	TLC
México	Japón	17/9/2004	TLC
Centroamérica	EEUU-Rep. Dom.	5/8/2004	TLC
Chile	Corea	1/4/2004	TLC
MERCOSUR	India	25/1/2004	TLC
Chile	EEUU.	1/1/2004	TLC
Panamá	Taiwán	1/1/2004	TLC
Chile	AELC	26/6/2003	TLC
Chile	UE	18/11/2002	AAE
Costa Rica	Canadá	1/11/2002	TLC
México	AELC	25/6/2001	TLC
Entre países de la región			
Centroamérica	Chile-Honduras	18/7/2008	TLC
Centroamérica	Chile-Guatemala	7/12/2007	TLC
Colombia	Triángulo Norte	9/8/2007	TLC
Chile	Colombia	27/11/2006	TLC
Chile	Perú	22/8/2006	TLC
Chile	Panamá	27/6/2006	TLC
MERCOSUR	Perú	30/11/2005	ACE 58
MERCOSUR	-PA- Colombia, Ecuador, Venezuela	18/10/2004	ACE 59
México	Uruguay	15/7/2004	TLC
Costa Rica	CARICOM	9/3/2004	TLC
Argentina	Uruguay	31/3/2003	ACP
MERCOSUR	CAN	6/12/2002	ACE 56
MERCOSUR	México	5/7/2002	ACE 54
Brasil	México	3/7/2002	ACP
Centroamérica	Chile-El Salvador	3/6/2002	TLC
Centroamérica	Panamá	6/3/2002	TLC
Centroamérica	Chile-Costa Rica	14/2/2002	TLC

Fuente: Elaboración propia en base a información del Sistema de Información de Comercio Exterior, SICE-OEA, www.sice.oas.org y OMC, <http://www.wto.org/> Nota: ACP: Acuerdo de comercio preferencial, ACE: Acuerdo de complementación económica; AAE: Acuerdo de asociación económica, SACU: Unión Aduanera de África del Sur, Triángulo Norte: El Salvador, Guatemala y Honduras, AELC: Asociación Europea de Libre Comercio, PA: Países Andinos.

Como se podrá apreciar en el cuadro anterior, casi un 20% del total de los acuerdos corresponden a países o grupos de países latinoamericanos y se celebraron o entraron en vigencia a partir del año 2002. En consecuencia, el porcentaje de acuerdos vigentes es mayor, teniendo en cuenta que hay acuerdos cuya vigencia fue anterior tal como el acuerdo celebrado entre México y la UE.

Esta superposición de tratados genera problemas técnicos, desavenencias e incompatibilidades, sobre todo cuando se establecen con los países centrales (Mellado, 2009). Asimismo, los TLC se caracterizan no sólo por las materias que incorporan sino por el alcance de las mismas, en el sentido de contener normas detalladas y exigibles para el control y la operatividad de su cumplimiento.

Se agrega a la multiplicidad de acuerdos comerciales la articulación de distintos esquemas y países en procesos más abarcativos como la Unión de Naciones Suramericana -UNASUR- o los acuerdos MERCOSUR-CAN, MERCOSUR-Chile y los que incorporan países de manera individual a esquemas con metas superiores de integración, tal es el caso de Venezuela con su ingreso al MERCOSUR.

El nuevo activismo regional va más allá de los acuerdos de liberalización comercial e incluye otros aspectos como los de seguridad regional, cooperación energética y de medio ambiente y tiene las particularidades derivadas del carácter intergubernamental de sus instituciones; la complejidad de su agenda externa desde que las negociaciones son múltiples; la primacía de su naturaleza comercial, pese al avance en otras dimensiones; la incapacidad de avanzar a grados más profundos de integración y el déficit democrático por la ausencia de canales efectivos de participación ciudadana (4).

Los países sudamericanos han tendido a alinearse en torno a tres ejes: uno centrado en el ALBA, liderado por Venezuela, que congrega a países sudamericanos, de Centroamérica y el Caribe; el Atlántico, bajo la conducción de Brasil, en el que se incluye al MERCOSUR, con prioridad en la integración sudamericana -UNASUR- que abarca a países andinos, caribeños y del Cono Sur, sin abandonar la idea más amplia de una integración latinoamericana y caribeña a través de las Cumbres de América Latina y el Caribe -CALC-. Así, en la II Cumbre de Cancún -febrero 2010- se decidió crear un nuevo bloque: la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, sin que se haya definido su denominación definitiva ni los estatutos de su creación. Por último el Pacífico, que comprende países que se han vinculado con EE.UU. con la firma de TLC y con intereses en una mayor relación con Asia del Este, tal como Chile, Colombia y Perú.

Chile junto a México optaron por estrategias individuales, en el primer caso consolidando su apertura unilateral y en el segundo fortaleciendo su comercio con el país del Norte a través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte -TLCAN-. También los países de América Central optaron por sus vinculaciones con EE.UU suscribiendo el acuerdo del CAFTA (5) (Central American Free Trade Area).

Se asiste así a la generación de procesos simultáneos de integración y fragmentación, porque esta variedad de iniciativas integracionistas debilitaría cada uno de los procesos.

III. Entre la integración y la cooperación Sur-Sur

Del análisis de las nuevas propuestas surge que ellas aspiran a alcanzar metas superiores fundamentadas en la construcción de identidades compartidas, y que supuestamente deberían confluir en forma paralela hacia acuerdos de convergencia económica, de concertación política, y posicional para actuar en forma conjunta frente a terceros y en los foros internacionales.

En el rescate identitario regional aparecen dos nuevas propuestas: la UNASUR y otra de alto contenido ideológico de asociación regional, como es el caso de la Alternativa Bolivariana para las Amé-

(4) En opinión de Sanahuja (2006: 1) se caracteriza por ser un regionalismo ligero, disperso y elitista. Ligero, porque “emana de concepciones clásicas de la soberanía, rechaza las instituciones fuertes y la supranacionalidad y cree más eficaz el marco intergubernamental”; disperso, “se negocia en muchos frentes a la vez”, y elitista, “pues no tiene el apoyo de la población y no existe esa identidad común, por incipiente que sea, que es importante en todo marco regionalista”.

(5) Se suscribió en mayo de 2004 por Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras y Guatemala y el 5 de agosto por la República Dominicana, conocido como DRCAFTA -conforme a sus siglas en inglés-.

ricas -ALBA- hoy red denominada Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (6). Estas propuestas para Sanahuja (2008) estarían conformando una especie de “regionalismo postliberal” sin llegar a configurar una nueva etapa del regionalismo.

Respecto a la primera, en su origen y bajo la denominación de Comunidad Sudamericana de Naciones -CSN-, la región se comprometió a impulsar *“la concertación política y diplomática”*, además de la convergencia entre MERCOSUR, CAN y Chile en vista a lograr una zona de libre comercio a la que se asociarían Surinam y Guyana, quedando conformada por doce países latinoamericanos. El propósito explícito fue *“consolidar una comunidad latinoamericana para el desarrollo de una visión conjunta que contribuya a fortalecer nuestra participación en los diálogos hemisféricos y globales”* (Texto oficial, Declaración de Cuzco). Los gobiernos de los Estados parte aspiraban a potenciar su capacidad de negociación externa a partir de perfilar a la CSN como un eje articulador de los esquemas subregionales (Mellado, 2009).

No había terminado de conformarse la CSN cuando en la Cumbre Presidencial sobre Integración Energética realizada en el mes de abril de 2007 en Venezuela, se cambió la denominación por UNASUR y en mayo del 2008 se firmó el Tratado Constitutivo.

El objetivo general está dirigido a crear *“un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgar prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados”* (artículo 2º) y al mismo tiempo fortalecer el diálogo político con miras a la concertación para reforzar la integración suramericana y la participación de UNASUR en el escenario internacional (Texto Oficial, artículos 2º y 3º). El Tratado va más allá de la convergencia entre los procesos preexistentes, como lo preveía la CSN, no establece el grado de integración a alcanzar y su estructura institucional es mínima (7).

Como sostuviera con anterioridad (Mellado, 2009), en la UNASUR impera la lógica política con proyección internacional que no excluye su ampliación al resto de América Latina. Brasil es acompañado por Venezuela en este proyecto, como freno a la hegemonía de EE.UU en la región, pero para el primero su política exterior se orienta a apoyar el desarrollo nacional (Cervo, 2003) y lograr un mayor poder en el escenario mundial, a diferencia del segundo para el cual el proyecto sudamericano es una plataforma de lanzamiento hacia la integración de América Latina que permita la construcción de un mundo multipolar frente al unilateralismo y la hegemonía estadounidenses.

Lo cierto es que la nueva coyuntura política regional favorece a este discurso crítico y sobre la base ideológica de un “nacionalismo económico” (Turcotte, 2008) o “nuevas izquierdas” (Rodríguez Garavito-Barret y Chávez, 2005), se han dado coaliciones de fuerza entre Venezuela, Bolivia y Ecuador en torno al ALBA.

Este proyecto oficialmente Chávez lo propuso en la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Asociación de Estados del Caribe realizada en Isla Margarita, en el año 2001. En diciembre de 2004, firmó, en La Habana, un acuerdo para la aplicación del ALBA que modificaría y ampliaría el Convenio Integral de Cooperación que suscribieran en octubre del año 2000. Bolivia se incorporó a dicha iniciativa en abril del 2006 con el Tratado de Comercio de los Pueblos. Además participa Nicaragua que se sumó en enero de 2007, Dominica y Honduras en el 2008 y el 24 de junio de 2009 en la VI Cumbre Extraordinaria del Alba, se formalizó la incorporación de Ecuador, San Vicente y Las Granadinas, así como Antigua y Barbuda. También Paraguay y Granada se vincularon en calidad de observadores. En esta última Cumbre se la rebautizó como se manifestara y los países se comprometieron a consolidar

(6) En la Declaración de la VI Cumbre Extraordinaria del ALBA, Maracay, estado Aragua, 24 de Junio de 2009.

(7) Ver, GAJATE, Rita Marcela, “Construcción institucional de la UNASUR” en: Mellado Noemí B. editora, MER-SOUR y UNASUR ¿Hacia dónde van?, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, noviembre de 2009, Argentina.

una “Zona de Complementación Económica,” con el objetivo de coordinar esfuerzos en el área económica.

Venezuela se encaminó a liderar a través del ALBA un eje político respondiendo a su concepción estratégica, política e ideológica y, desde esta última perspectiva, se presenta como un enfrentamiento entre “*el ideal bolivariano de una América unida*” versus “*la opresión del imperialismo norteamericano*” (Pantojas García, 2007). Introduce desde el punto de vista conceptual de la integración nuevas variables tales como cooperación e intercambio solidario sustentado en la complementariedad y reciprocidad. Paralelamente al proceso de constitución del ALBA y de definición y cumplimiento de objetivos y compromisos entre sus miembros, se han ido planteando iniciativas y acuerdos desde el ALBA, con países y grupos de países no miembros. La base de esta vinculación se da en el ámbito de la cooperación sur-sur y en este marco la estructura jurídica es desvalorizada.

En el lenguaje político de los gobiernos que aparece en las Cumbres Presidenciales como también en las nuevas propuestas, hay ciertos elementos que se destacan: los aspectos comerciales quedan relegados frente a la proyección política. Adquieren significación los aspectos sociales en función de los compromisos asumidos en la Declaración de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Hay un retorno en la agenda del desarrollo integrado entre los países, a los temas de seguridad energética y alimentaria, medio ambiente, infraestructura, asimetrías y participación social.

IV. La institucionalidad como obstáculo a la integración

El panorama actual de la integración latinoamericana es complejo y la multiplicidad de ofertas de comercio y de integración denota la crisis que está sufriendo. En este marco es dable preguntarse ¿hacia dónde deben dirigirse nuestros esfuerzos?

Generalmente, los estudios sobre los esquemas de integración latinoamericanos tendieron a abordar aspectos de orden político, socio-económico y geopolítico referentes a su comercio, al comportamiento de sus inversiones y empresas, al tratamiento de problemáticas sectoriales y jurídicas particulares, a las asimetrías entre sus miembros y a cuestiones sociales -entre otras- pero, si bien se ha señalado en términos generales la debilidad jurídico-institucional como característica, no se la ha abordado como verdadero obstáculo a la integración.

América Latina, si bien ha avanzado en la integración de jure -formal o legal- con la creación de un entramado institucional en cada uno de los sistemas de integración, otorgando más importancia a la forma que a la función, no ha sido el detonador de la interdependencia en la región. Está lejos de una integración de facto o real que permita la consolidación de los distintos procesos, como manifiestan Rocha Valencia y Morales (2007). La multiplicación y creación de órganos no conduce de por sí a un grado más profundo de integración.

En la dimensión político-institucional se plasma la convergencia de los Estados miembros, si la relación implica dependencia política, la funcionalidad jurídico-institucional es intergubernamental, en cambio si el sustento entraña autonomía política, se asistirá a una funcionalidad jurídico-institucional supranacional (Ídem).

El uso de la expresión supranacional ha sido ambiguo y ha llevado a confusión tanto en el discurso político como académico por su generalidad conceptual. Independientemente de las teorizaciones de que fue objeto (8) se entiende a la supranacionalidad como “*la norma o la institución creada por acuerdo entre los Estados*” (Delgado Rojas, 2009: 66) fundantes que en uso de su soberanía transfieren voluntariamente competencias materiales y funcionales (Pescatore, 1973) a las instituciones comunes, por lo que el orden normativo creado tiene una jerarquía superior a las legislaciones nacionales.

(8) En Europa, fundamentalmente, se dio un debate entre diversas corrientes teóricas sobre la integración regional y la supranacionalidad que acompañó en su evolución al proceso europeo tales como federalismo y neofederalismo; funcionalismo y neofuncionalismo; intergubernamentalismo; transnacionalismo, interdependencia, gobernanza multinivel; neoinstitucionalismo, constructivismo, ver: Mariscal, Nicolás (2003) y Vieira Posada, Edgar (2006).

Este orden jurídico goza de autonomía con relación a los ordenamientos nacionales y los principios que lo rigen lo diferencian del derecho internacional y de la normativa interna de los Estados, tales como su primacía y la aplicabilidad directa (Mellado-Urriza, 1994).

Por tanto, la funcionalidad jurídico-institucional que se establezca será producto de los compromisos y consensos que asuman los actores políticos gubernamentales nacionales, al comprometer aspectos de la soberanía en la delegación de competencias al órgano regional.

En el siguiente cuadro se exhiben comparativamente las estructuras institucionales de los principales esquemas latinoamericanos.

CUADRO II
Estructuras institucionales del MERCOSUR, CAN, SICA Y CARICOM

ORGANOS	MERCOSUR	CAN	SICA	CARICOM
Conducción política	Cumbre de Presidentes del MERCOSUR	Consejo Presidencial Andino	Reunión de Presidentes	Conferencia de Jefes de Gobierno Mesa de la Conferencia
Conducción Ejecutiva	Consejo Mercado Común Comisión de Representantes Permanentes	Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores	Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores	Consejo de Ministros de la Comunidad
Jurisdiccional	Tribunal Permanente de Revisión	Tribunal de Justicia Andino	Corte Centroamericana de Justicia	Corte de Justicia del Caribe
Parlamentario	Parlamento del MERCOSUR	Parlamento Andino	Parlamento Centroamericano (PARLACEN)	Asamblea de Parlamentarios de la Comunidad
Conducción Sectorial	Reuniones Ministeriales sectoriales	Reuniones conjuntas Comisión y ministros sectoriales	Consejo Ministeriales sectoriales e intersectoriales	Consejo de Comercio y Desarrollo Económico y comercial (COTED) Consejo de Relaciones Exteriores y de la Comunidad (COFCOR) Consejo de Desarrollo Social y Humano (COHSOD) Consejo de Finanzas y Planificación (COFAP)

Ejecutivo	Grupo Mercado Común Comisión de Comercio	Comisión de la Comunidad Andina	Comité Ejecutivo	
Técnico-Administrativo	Secretaría Técnica del MERCOSUR	Secretaría General de la Comunidad Andina	Secretaría General (SG-SICA)	Secretaría de la Comunidad
Económico-Social	Foro Consultivo Económico y Social	Consejo Consultivo Empresarial Andino Consejo Consultivo Laboral Andino	Comité Consultivo	Representantes de los sectores económicos participan con derecho de palabra en las reuniones minist. y en la Conf. de Jefes de Gobierno

Fuente: “Arquitectura Institucional para la Articulación y la Convergencia de la Integración en América Latina y el Caribe”, SELA.

Las estructuras político-institucionales que se exhiben en el cuadro se caracterizan por ser en general de naturaleza intergubernamental -con rasgos de supranacionalidad en algunos órganos-, tal como en la CAN, SICA y CARICOM, en cambio, la naturaleza de todos los órganos del MERCOSUR es intergubernamental.

Esta heterogeneidad institucional constituye un obstáculo para una armonización legislativa y una convergencia entre los sistemas.

En el caso de la CAN las modificaciones determinadas por el Protocolo de Trujillo de 1996 le han introducido dosis de intergubernamentalidad que ha debilitado el núcleo supranacional que tuviera y no ha resuelto la funcionalidad del sistema. El Tribunal Andino de Justicia es señalado como un punto débil de la institucionalidad (Bustamente, 2004); pese a ser establecido conforme al modelo europeo y aprobarse el estatuto de su funcionamiento (Dec. 500, del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, 22/7/2001), no ha podido alcanzar la fuerza de órgano supranacional por excelencia. En cuanto al Parlamento, sus integrantes deben elegirse por sufragio directo y universal –desde 1994-, sin embargo sólo Venezuela cumplió con este mandato, a la vez que este país ha denunciado el tratado para incorporarse al MERCOSUR.

El MCCA también adolece de grandes deficiencias. El desarrollo institucional ha sido acumulativo y no centralizado (Malamud, 2002) entretejiéndose “una maraña institucional prácticamente inmanejable” (Delgado Rojas, 2009: 173). El Protocolo de Tegucigalpa permitió incluir a los organismos de integración bajo el Sistema de Integración Centroamericana -SICA-, el que se basa en cinco instrumentos: el Protocolo de Tegucigalpa -1991- y el de Guatemala -1993-, el Tratado de Integración Social, el Tratado Marco de Seguridad Democrática (ambos de 1995) y el programa regional Alianza para el Desarrollo Sostenible -ALIDES- de 1994. Estos antecedentes constituyen la fuente de una estructura jurídico-institucional más intergubernamental que comunitaria a la que se agrega la voluntad retórica de los presidentes, órgano supremo del sistema, que ha sido su fortaleza y más clara debilidad (Idem).

La Comunidad del Caribe exhibió como una de sus principales debilidades el órgano jurisdiccional pero luego de pasar por varias vicisitudes el 16 de abril de 2005 se instaló la Corte de Justicia del Caribe -CCJ-, la cual fue dotada de dos tipos de competencia: una originaria en donde la Corte garantiza la seguridad jurídica en lo relativo a la aplicación e interpretación del Tratado de Chaguaramas y otra como tribunal de última instancia para las jurisdicciones nacionales. Este último carácter permitirá

reemplazar definitivamente al Consejo Privado de Londres que había cumplido la función de tribunal desde hace más de un siglo.

En el ALBA la estructura institucional es mínima y el presidencialismo adquiere la mayor importancia. Está conformada por el Consejo de Presidentes, órgano superior de conducción política del cual depende, en un segundo orden, el Consejo de Ministros y el Consejo de Movimientos Sociales. En un tercer orden y dependiente del órgano superior se encuentran las siete comisiones, a saber: Política, Social, de Inversión y Finanzas, de Economía, Energética, de Ambiente y de Juventud. En la V Cumbre se acordó el establecimiento de una Secretaría Permanente ALBA -cuya definición y asignación de atribuciones y funciones dependerá de la Comisión Política-. La Secretaría dependerá del Consejo de Presidentes, coordinará a los dos Consejos de rango menor y estarán adscritas a ella las distintas comisiones.

En definitiva los distintos procesos, entre sí, presentan grados heterogéneos de desarrollo institucional y debilidades en su estructura y funcionalidad.

El carácter intergubernamental predominante lleva a que el interés nacional prevalezca sobre el regional, el que logra emerger en los raros momentos de consenso político de las Cumbres Presidenciales.

Este comportamiento es producto de la tendencia existente en los gobiernos a reducir la actuación y protagonismo de las instituciones en los procesos de integración para asumir ellos mismos la conducción, producto de una errónea percepción sobre la cesión de competencias a favor de un marco institucional supranacional, vinculada a la concepción tradicional de la soberanía y un fuerte nacionalismo. Como consecuencia se debilita la capacidad política de los procesos de integración y, al no plasmarse desde el inicio, no sólo han renunciado sino que se resisten a ceder grados de competencia en instituciones integrativas que pudieran afectar el poder decisorio estatal.

En este marco las Cumbres Presidenciales han pasado a tener unos papeles protagónicos generando una alta demanda en las agendas de los Jefes de Estado y de Gobierno, por la multiplicidad de procesos en los que están involucrados, los que por su gran variedad conducen a una falta de coordinación entre ellos.

Los funcionarios no gozan de autonomía de acción y poder en la esfera de los órganos comunes a que refieren Pierre Pescatore (1973) y Olivar Jiménez (1995); al conceptualizar la supranacionalidad, responden a las directivas y cálculo de los intereses nacionales. Por otra parte, los mecanismos de toma de decisión siguen el procedimiento del consenso, la unanimidad o mayoría calificada rigidizando los procesos de toma de decisiones y posibilitando vetos cruzados que impiden un avance efectivo. Así, la integración queda relegada al voluntarismo autolimitante del interés nacional, renovado constantemente y sujeto a los vaivenes de los cambios de gobiernos, realizada y revisada individualmente por cada miembro (Mellado-Urriza, 1994).

Tampoco a los parlamentos se les ha otorgado las competencias necesarias para la elaboración normativa y el control político, ni los recursos necesarios para actuar eficazmente.

Las estructuras actuales responderían a concepciones que se sustentan en última instancia en la perspectiva teórica del intergubernamentalismo de los años ochenta y noventa, en el que el neorrealismo vuelve a colocar al Estado como protagonista esencial de la integración y explica a estos procesos como resultado de negociaciones interestatales que suponen un comportamiento racional por parte de los Estados.

En este sentido, Stanley Hoffman y más recientemente el enfoque intergubernamentalista liberal de Andrew Moravcsik, sostienen que los intereses nacionales son los que definen la línea de acción en los procesos de integración. De esta forma, la dinámica de la integración regional estaría determinada, por un lado conforme a las preferencias de los gobiernos quienes la apoyan cuando ésta suple una función utilitaria, es decir, cuando reafirma los intereses nacionales (Sánchez, 2002). Por otro, el Estado es el que mantiene el control sobre el proceso de integración desde su inicio y en cada una de

sus etapas conforme al cálculo de sus intereses y al poder relativo que pueda ejercer ante una cuestión concreta (Malamud-Schmitter, 2006); en esta perspectiva todas las decisiones claves son intergubernamentales.

El retorno a estas concepciones neorrealistas de intervención individual y directa de los Estados en defensa de sus intereses políticos y sectoriales complica aún más este cuadro disfuncional porque la coexistencia de los procesos con las estructuras preexistentes en los Estados miembros origina diferentes niveles de conflictividad al limitarse la expansión de los mercados por el accionar de los gobiernos. Precisamente, ante situaciones de crisis económica se restablecen las restricciones unilaterales quitándole credibilidad al proceso y cunde el escepticismo generalizado por la incapacidad de elaborar proyectos superadores.

También la participación de los actores sociales ha sido mínima en los procesos integrativos y ha tenido como fin la legitimación del proyecto. Es por eso que nos enfrentamos ante procesos que van de “arriba hacia abajo”. Ello se ve facilitado en primer lugar por la inexistencia de una institucionalidad regional desarrollada y efectiva, con normativas y procedimientos democráticos claramente delineados, que garanticen participación y derechos a la ciudadanía. En segundo plano, existe una cultura política que delega y concentra la toma de decisiones en los poderes ejecutivos sin la intervención de las instancias parlamentarias o por mecanismos plebiscitarios más amplios, generando un evidente “déficit democrático”.

También se asiste a un proceso de “desinstitucionalización” caracterizado por el no acatamiento de los fallos institucionales y la falta de cumplimiento de las decisiones, vulnerando las reglas de juego e incluso supranacionales como es el caso de la integración andina y conspirando contra el avance del proceso.

Tanto la debilidad como la falta de eficacia institucional privan a los procesos integrativos de mecanismos decisorios, de legitimación y control afectando la credibilidad.

Asimismo el abanico de propuestas actuales no sólo que es heterógeneo en cuanto a la naturaleza y alcances institucionales sino que, pese a la retórica, presentan importantes dosis de incompatibilidad pudiendo impedir la convergencia hacia la integración sudamericana y latinoamericana como también a cumplir los mandatos y los compromisos asumidos en cada uno de los esquemas.

En consecuencia hay una coexistencia de varios órdenes jurídicos, unos con raíces anglosajonas y otros derivados del derecho europeo, a lo que se agrega los distintos sistemas de solución de controversias. Los distintos marcos institucionales, unos con supranacionalidad y otros netamente intergubernamentales, sumado al proceso de desinstitucionalización gradual y progresiva, colocan a la problemática jurídico-institucional en central para dirigir allí los esfuerzos superadores.

V. A modo de reflexión

América Latina debe redefinir su desarrollo e integración para poder así rescatar el imaginario de integración latinoamericana perdido por falta de rumbo hacia una concepción clara y solidaria de integración y por la dispersión de la misma.

Ello exige readecuar objetivos, instrumentos y la funcionalidad jurídico-institucional.

La arquitectura institucional y su funcionalidad deben apuntar a la convergencia de los actuales esquemas subregionales existentes y a terminar de dar forma definitiva a las uniones aduaneras y mercados comunes planteados, teniendo en cuenta que se aspira a niveles superiores de integración.

En consecuencia se debe superar el intergubernamentalismo que limita el avance de los procesos y los sujeta al voluntarismo autolimitante de los gobiernos conforme al grado de compromiso que están dispuestos a asumir.

También se deberá superar la percepción limitante de que la supranacionalidad implica la pérdida de soberanía para los países. Una sólida arquitectura institucional para la integración puede redun-

dar en una recuperación de capacidades y márgenes de autonomía frente al resto del mundo y puede resultar más eficaz que una acción emprendida a nivel nacional, subregional o regional.

La búsqueda de la convergencia y articulación normativa exige analizar los respectivos Tratados, Acuerdos y Protocolos que son la base jurídica de los distintos esquemas de integración subregional, para ir acercándolos a un patrón común.

VI. Bibliografía

BID, Banco Interamericano de Desarrollo. "Más allá de las fronteras. El nuevo regionalismo en América Latina". En: Progreso económico y social en América Latina. Informe. Washington, D.C., Estados Unidos, 2002.

BUSTAMATE, Ana Marleny. "Desarrollo institucional de la Comunidad Andina". Aldea Mundo. Revista sobre fronteras e integración. Universidad de los Andes: San Cristóbal, Venezuela, 2004 8(16).

CEPAL. Panorama Social de América Latina, 2009. Naciones Unidas, noviembre 2009.

CEPAL (2009a) El comercio internacional en América Latina y el Caribe en 2009, crisis y recuperación. Naciones Unidas.

CEPAL (2009b) Panorama de la inserción internacional de América latina y el Caribe, 2008-2009, Naciones Unidas.

CEPAL (2009c) Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe, 2009. Naciones Unidas.

CERVO, Amado Luiz. "Política exterior e relacoes internacionais do Brasil: enfoque paradigmático". Revista Brasileira de Política Internacional. Brasil, 2003 46(2).

DELGADO ROJAS, Jaime. Construcciones supranacionales e integración regional Latinoamericana. Universidad de Costa Rica: San José, 2009.

GAJATE, Rita Marcela. "Construcción institucional de la UNASUR". En: MELLADO, Noemí B. (ed.) MERCOSUR y UNASUR ¿Hacia dónde van? Lerner: Córdoba, Argentina, 2009.

GARCIA COSTA, Víctor. Alfredo Palacios. Entre el clavel y la espada. Historia Argentina. 2a. ed. Planeta: Buenos Aires, 1997.

MALAMUD, Andrés. "Integración regional en América Latina: teorías e instituciones comparadas". Revista Argentina de Ciencia Política. Buenos Aires, diciembre 2002 (5/6).

MALAMUD, Andrés y SCHMITTER, Philippe C. "La experiencia de integración europea y el potencial de integración del MERCOSUR". Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales. IDES: Buenos Aires, abril-junio 2006 46(181).

MARISCAL, Nicolás. Teorías políticas de la integración europea. Tecnos: Madrid, 2003.

MELLADO, Noemí B (ed.) MERSOUR y UNASUR ¿Hacia dónde van?, Lerner: Córdoba, Argentina, 2009.

MELLADO, Noemí B. y URRIZA, Luis Manuel. "Integración, derecho comunitario y MERCOSUR". Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos. Instituto de Altos Estudios de América Latina. Universidad Simón Bolívar: Caracas, enero-junio 1994 17(1/2): 63-64.

OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. "La comprensión del concepto de derecho comunitario para una verdadera integración en el cono Sur". En: BASSO, Maristela (org.) MERCOSUR. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros. Librería Do Advogado: Porto Alegre, 1995.

PANTOJAS GARCIA, Emilio. "El ALCA: Un inventario de su proceso". En: SERBIN, Andrés, ISA-CONTRERAS, Pável y PEÑA Lázaro, (coords.) Anuario de Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe. CRIES: Buenos Aires, 2007.

PESCATORE, Pierre. "Distribución de competencias y de poderes entre los Estados miembros y las Comunidades Europeas". En: BID-INTAL, *La dimensión jurídica de la integración. Europa y África*. Buenos Aires, 1973.

PIANA, Ricardo Sebastián. "Americanismo e integración. La visión de Juan Bautista Alberdi". En: MELLADO, Noemí B. (ed.) *MERSOUR y UNASUR ¿Hacia dónde van?* Lerner: Córdoba, Argentina, 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A., BARRET, P. S. y CHÁVEZ, D. (eds.) *La nueva izquierda en América Latina. Sus orígenes y trayectoria futura*. Norma: Bogotá, 2005.

ROCHA VALENCIA, Alberto y MORALES RUVALCABA, Daniel Efrén. *Enfoque teórico-metodológico para el estudio de la dimensión político-institucional de los procesos de integración regional y subregional de América Latina y el Caribe*. Mimeo, Departamento de Estudios Ibéricos y Latinoamericanos de la Universidad de Guadalajara: México, 2007.

SANAHUJA, José Antonio "‘Del regionalismo abierto’ al ‘regionalismo postliberal’. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina". En: LANEYDI MARTINEZ, Alfonso; PEÑA, Lázaro y VÁZQUEZ, Mariana (coords.) *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*. CRIES: Buenos Aires, 2008-2009 (7). Disponible en: www.cries.org

SANAHUJA José Antonio. "América Latina: las visiones y políticas de Europa". *Foreign Affairs* (en español), enero-marzo 2006.

SÁNCHEZ, Rafael A. "El sistema de la integración centroamericana como producto del regateo asimétrico entre Estados: una perspectiva intergubernamentalista de la integración regional". Ponencia presentada en el Primer Congreso Latinoamericano de Ciencia Política. Universidad de Salamanca, España, 8/11 de julio 2002.

SELA, Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe. *Arquitectura Institucional para la Articulación y la Convergencia de la Integración en América Latina y el Caribe*. Secretaría Permanente del SELA: Caracas, junio 2007.

TURCOTTE, Sylvain F. "La política de Brasil hacia Sudamérica: entre voluntarismo y resistencias". *Revista Foro internacional*. Colegio de México: México, D.F. octubre-diciembre 2008 48(4): 194.

VACCHINO, Juan Mario. *Integración Latinoamericana. De ALAC a la ALADI*. Depalma: Buenos Aires, 1983.

VIEIRA POSADA, Edgar. *Développements régionaux d'espaces sous-nationaux, transfrontaliers et transnationaux: une option pour l'intégration de l'Amérique Latine*. 1a. ed. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales: Bogotá, 2006. ♦

Algunas consideraciones en torno a los principios

POR **MARÍA LAURA DELUCCHI** (*)

Sumario: I. De la ley a los principios. II. Cuestión semántica. III. Diferentes posturas relativas a los principios. IV. Diferencias entre reglas y principios. V. Algunos interrogantes en torno a los principios. VI. Principios jurídicos, fuentes del derecho y argumentación. A modo de conclusión. VII. Bibliografía.

Resumen:

Luego de la segunda guerra mundial aparece instalado el tema de los principios, desplazándose la fuerza de la ley a la fuerza de la Constitución. El derecho no estaría sólo integrado por reglas, sino también por principios. Este término, de profunda ambigüedad, plantea diferentes posturas en torno a la existencia de los principios, su uso, su relación con lo jurídico. Usamos la expresión en distintos sentidos, queriendo significar diferentes cosas.

Podemos señalar varias distinciones entre reglas y principios y preguntarnos si la diferenciación es cualitativa o meramente de grado. Esto nos conduce a los interrogantes de cómo operan los mismos en torno a la discrecionalidad de los jueces y si una única respuesta correcta es posible.

El objetivo del trabajo es presentar algunas consideraciones ut supra referidas en torno a los principios, pasando revista a diversa doctrina pertinente a la temática planteada y arribando a la conclusión de que hoy en día la cuestión ontológica de si las reglas agotan o no el derecho, se ha convertido en un tema de raíz argumentativa, diluyendo la diferencia entre Derecho y Moral, para pasar a referirnos a argumentación jurídica y argumentación moral.

Palabras claves: principios, moralidad, interpretación, argumentación.

Abstract:

After the second world war the principles as a subject were installed and there was a movement from the force of the Law to the force of the Constitution. Law would not only be integrated by rules but also by principles. This ambiguous word introduces different points of view about the existence, the usage and the relationship with juridical subjects. We use the word with different acceptions, meaning different things.

We can show several differences between rules and principles as regards quality or quantity.

We can be asked how principles are related to judges' discretion and also if one only answer is possible.

The aim of this work is to introduce some considerations about principles, to review different doctrine about the subject and to conclude that today the ontological question if rules fulfil or not the concept of Law, to agree to differ from Law and Ethics and now to refer to juridical argumentation and moral argumentation.

Keywords: principles, moral, interpretation, argument.

I. De la ley a los principios

El tema de los principios aparece potenciado a partir de Nuremberg, estadio en el que se entiende se puede cumplir con la ley y violar el derecho, formulado y constituido por principios. Hasta ese en-

(*) Profesora Adjunta Ordinaria de Introducción al Derecho; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP.

tonces los principios estaban implícitos en la ley y el legislador permitía inducirlos. Nuestro codificador en el art. 16 Código Civil previó estos tipos de principios, que se obtenían mediante un proceso de generalización creciente. Es recién desde Nuremberg que entran en escena los principios pero ya no implícitos en la ley como el legislador permitía inducirlos. Los mismos comienzan a tener conflictos con la ley; aunque debemos mencionar que ya desde tiempo antes, se venía observando un resquebrajamiento en los términos de la ecuación derecho igual a ley. El legalismo, producto del racionalismo imperante de la Revolución francesa, había mantenido todo su vigor decimonónico entendiendo a aquélla como único criterio objetivo válido, y al orden como un sistema perfecto y completo; pero durante el desarrollo del siglo pasado, fue dejando lugar a un pensamiento neoconstitucionalista, que ha resaltado el papel preponderante de la constitución y la fuerza normativa de los principios.

De la voluntad general y el imperio de la ley se ha transitado a un estadio donde rige el imperio de la constitución. Zagrebelsky (1995:109/110), adherente a la corriente que incluye a los principios dentro del campo del derecho, sostiene que “si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”. Se declara, pues, que los principios constitucionales son superiores a las reglas y en consecuencia los jueces deben respetarlos en sus decisiones. El juez en última instancia ya no está sometido al “imperio de la ley” sino al “imperio del derecho”. He aquí el nudo de la cuestión. Evidentemente numerosa doctrina entiende que el derecho está compuesto por algunas otras cosas además de los elementos que llamamos reglas: de acuerdo a quién sea el autor diremos que por directrices, por enunciados normativos, por las consecuencias lógicas que pueden extraerse de los mismos y también, por supuesto, por principios, que es lo que hoy nos interesa.

La polémica, que durante la década de los años '30 del siglo pasado ha sido sostenida por Kelsen y Schmitt, también fue relativa de alguna manera al tema de los principios. El control de constitucionalidad que debía estar en manos de un poder jurisdiccional para Kelsen, se oponía a la posición de Schmitt que postulaba la necesidad de que quien controlara la constitucionalidad de las leyes fuera un órgano político, perteneciente a la gestión, y que garantizara el proyecto político y la plataforma programática-principista propuesta por el gobierno. Para el positivismo imperante en la segunda post guerra los principios aumentaban la confusión, la inseguridad y la desconfianza en el derecho, contaminaban las normas, que terminaban transformándose en fórmulas vagas y originaban o eran vacíos jurídicos. No eran más que propaganda electoral. En cambio, para otros, el derecho tenía otra cara: el anverso de las normas se completaba con el reverso de los principios. La satisfacción de estos últimos también era competencia de los jueces. Según Zagrebelsky (2005:111/114) a partir de ese momento habría dejado de existir una relación jerárquica entre la legislación y la jurisdicción. En ese entonces el estado legislador pudo haber sido el señor de la ley, pero dejaría de serlo del derecho. Ley y derecho comienzan a desaparecer como ecuación y empieza a vislumbrarse una postura llanaturalista.

II. Cuestión semántica

La expresión “principios” resulta un término ambiguo e impreciso que posee distintos sentidos, como “origen o causa”, “parte importante de algo”, “regla o guía”, “finalidad”, “premisa o esencia”, “máxima” o “verdad ética incuestionable” (Carrió, 1994:209/10). Del mismo modo se ha asimilado la expresión “principios” a la expresión “valores” (Alexy, 1988:145).

Ha sido aplicable al campo del Derecho al referirnos a los tan controvertidos “principios jurídicos” y “principios generales del derecho”. Podríamos comenzar por preguntarnos por los principios en general, cualquiera sea la naturaleza de que se traten. ¿Revisten las mismas características lo que llamamos principios en cualquiera de las ciencias? ¿Son de igual tenor los principios de la Lógica o Matemática que los de alguna ciencia de la Naturaleza, como la Física o Química? ¿Podríamos incluir a los principios jurídicos en alguna de las categorías antes mencionadas? La expresión “jurídicos” también padece de una imprecisión que deberíamos recalcar. Así, Carrió (1994:207) distingue tres sentidos de la expresión “jurídicos”, a saber: 1) porque el derecho de una comunidad le otorga tal calificación o status, al que se le atribuye ciertas consecuencias, 2) como algo que versa sobre el de-

recho y 3) como algo que es parte del derecho de una comunidad. Este último de los sentidos es el que plantea ciertas dificultades a la hora de preguntarnos si los principios forman parte integrante del derecho positivo de una comunidad.

Para responder a esta cuestión deberíamos primero establecer en qué sentido utilizamos las expresiones “principios jurídicos”, ya que no es lo mismo afirmar la pertenencia de los principios al derecho, cuando estamos hablando de “reglas o guías”, que cuando nos referimos a “verdad ética incuestionable” o, simplemente, a “valores”.

Aún encontraremos diferentes posturas reduciendo su uso a un único sentido. Es el caso de los valores. En definitiva este sentido se vincula con la eterna pregunta que versa sobre si el Derecho está relacionado con la Moral y, de responderse afirmativamente, en qué medida y cómo es esa relación.

Muchas veces llamamos principios a formulaciones del derecho positivo; por ejemplo la igualdad ante la ley. Sin embargo le asignamos el término “principio”, quizá porque si bien se hallan positivizados, revisten diferencias con lo que vulgarmente llamamos normas o reglas. Así, si están contemplados expresamente en el sistema jurídico, y acuñamos la expresión “principios”, será porque de algún modo esas distinciones —sean morfológicas (sostenido por la teoría fuerte de separación) o meramente de grado (posición adoptada por la teoría débil)—, justifican de alguna manera, un rótulo diferente para distinguirlas de otras formulaciones.

Así encontraremos autores como Alexy que incluyen dentro de la categoría de norma a reglas y principios, o a Vigo que —al revés— considera a las normas y a los principios como especies del género regla. Para algunos autores si los principios están concretados en normas positivas mejor, pero no necesitan de su contemplación normativa para operar. En este caso estamos hablando de los principios de justicia, o como dice Dworkin, de los que tienen vinculación con alguna esfera de la moralidad (para alguna doctrina estos serían los principios generales del derecho). En otro sentido, los patrones o criterios que rigen una determinada rama del Derecho y que se pueden inferir de sus normas, también son llamados principios, aunque en un sentido muy diferente a los mencionados principios de equidad o justicia. A estos criterios para diferenciarlos de los generales del derecho, podríamos llamarlos principios jurídicos.

III. Diferentes posturas relativas a los principios

Con lo dicho antes ponemos de manifiesto que existen distintos elementos a los que mentamos con la expresión “principios”. Pasaremos revista a algunos ellos:

1) En el sistema jurídico, encontramos *formulaciones normativas*, que llamadas principios, forman indubitadamente, parte del derecho vigente. Y no haremos ninguna disquisición si lo hacen por ser anteriores al derecho objetivo o posteriores a él; solo diremos que están expresamente contemplados y son derecho positivo (ejemplo el art. 16 de la Constitución Nacional que contempla la igualdad de todos los habitantes ante la ley).

2) En otro sentido podemos preguntarnos si los principios jurídicos no son acaso *derivaciones de las normas del orden*; si estos principios pueden inferirse de las normas mismas, no siendo más que un apéndice de ellas que guían o facilitan la tarea del intérprete, y que en consecuencia formarían parte del mismo ordenamiento positivo, siendo a posteriori de él. En este sentido sería *jurídico* el principio que dice que nadie puede beneficiarse de su propio delito, algo que puede inferirse de numerosas normas distribuidas por las distintas ramas del Derecho.

3) En un tercer sentido algunos entienden que es el orden normativo *el que recoge las prácticas de la sociedad explicitándolas*, al contemplar expresamente en las reglas o enunciados determinados valores que forman parte del ethos colectivo como el de equidad (art. 16 Código Civil) o el principio que pone límites al ejercicio abusivo del derecho (art. 1071 Código Civil).

Las normas o enunciados que contemplan estos principios, no hacen más que recogerlos de prácticas comunitarias que desde antaño se dan y continúan dándose en la sociedad y que en definitiva,

por ello ya eran vigentes. Asociada con esta visión encontramos la escuela histórica que ve a estas prácticas como fuente generadora de derecho.

4) Existe otra postura que sostiene que los principios son a priori del orden; lo sobrevuelan e inspiran, y consecuentemente las normas deben observarlos como norte que los guía. Estos principios son coexistenciales al hombre y la causa constitutiva de la juridicidad de los mismos no es otra cosa que su propio contenido. Los principios son “derecho concentrado”, “derecho propio vigore”. Son el derecho más alto, ubicado aún por encima de la Constitución (Vigo, 2000:32/36) e incluso nos permitirían subsanar las imperfecciones de las propias normas. Si bien en la pirámide estarían en un estadio jerárquicamente superior al de la Constitución, estos principios subyacen a todo el ordenamiento jurídico, debiendo alimentar a todo el derecho vigente en su más amplio sentido, e infiltrarse en él, llenando sus vacíos. No resulta inconsistente afirmar que estos principios subyacen al orden y por otro lado lo sobrevuelan. Por ejemplo el principio de justicia.

5) Otros autores como Prieto Sanchís (1996:41) considera a los principios como a “uno de los últimos juguetes fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas”. Existan o no, no hay duda que los jueces acuden a los principios para la resolución de contiendas.

6) Otra posición es la de Mark Van Hoecke (1996:421/433) que diferencia los principios estructurales de los principios ideológicos. Los primeros son axiomas propios de la estructura lógica del sistema jurídico, que se hallan ocultos y que cuentan con apoyo institucional en las leyes y códigos. Han sido aceptados al menos implícitamente por el legislador. Son una derivación del derecho escrito. En cambio los segundos resultan de la aplicación por los magistrados de valores o normas no jurídicas. No cuentan con apoyo institucional. Los ideológicos son correctores; corrigen la aplicación de las reglas en algún caso pueda resultar injusta o irrazonable desde un punto de vista ideológico comúnmente aceptado. A diferencia de los estructurales, que tienen un alcance más amplio que los hace aparecer como principios “guías”. Entre los primeros podemos encontrar el principio de clausura kelseniano “todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”, contemplado de algún modo en nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional. Entre los ideológicos, tenemos el principio de solidaridad o del esfuerzo compartido.

7) Ronald Dworkin (1993:72) considera al derecho como una cuestión de reglas, directrices y principios, entendiendo que las normas no agotan el derecho. Cuando el profesor de Oxford se refiere a principios lo hace en expresa alusión a principios morales, calificándolos de estándares que tienen alguna vinculación con la justicia o con alguna esfera de la moralidad.

8) Podemos sostener también una vinculación entre los principios y los topoi. Aquéllos constituyen el material al que acudiremos para argumentar. Nuestras argumentaciones se nutren de principios. Apelamos a ellos cuando queremos ofrecer razones para defender una pretensión, o del mismo modo para atacarla. Sirven como medios justificatorios de decisiones a las que se arriban. Y en este sentido se ha afirmado que forman parte de las fuentes del derecho.

9) Mención aparte merece la postura no positivista de Alexy (1988:139/151) que considera que el ordenamiento jurídico además de estar compuesto por reglas, lo está también por principios entendidos como mandatos de optimización, y que el mismo ordenamiento incluye una teoría de la interpretación relativa no sólo a identificar a esos elementos integradores del orden, sino a establecer su sentido, alcance y sus reglas operativas, cosa fundamental para conocer cualquier derecho.

Sostiene que los principios son “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas”. Ellos exigen una realización lo más completa posible. “La referencia a las posibilidades fácticas lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad”. “La refe-

rencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto”.

Alexy (1988:144) entiende que en la vinculación existente entre Derecho y Moral verdaderamente existe más bien una relación entre lo que es la argumentación jurídica y la argumentación moral.

Descarta la posibilidad de teorías morales materiales que aseguren para cada cuestión práctica, una *única* respuesta, pero sí acepta teorías morales procedimentales que formulen reglas o condiciones de la argumentación práctico racional, para las cuales la teoría del discurso ha hecho grandes aportes, sumando un sistema de reglas y principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados.

10) Para Zagrebelsky (2005:110) los principios son constitucionales en el sentido que son constitutivos del orden jurídico, a diferencia de las reglas, aún cuando éstas estén contempladas en la Constitución. Ello porque las reglas se agotan en sí mismas y no tienen ninguna fuerza más allá de lo que ellas significan. La gran diferencia entre principios y reglas es el tratamiento que les ha conferido la Ciencia del Derecho: a las reglas se las obedece, a los principios se les presta adhesión. Por ello es importante conocer los valores y cultura jurídica de las que forman parte. Las expresiones de principios deben ser entendidas en su ethos. Los principios nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas. Sólo en un mundo de reglas se permitiría la maquinización, que incluye las operaciones lógicas de silogismo y subsunción. Esto no podría operar con los principios.

11) También encontramos posiciones nihilistas o negatorias de los principios (por ej. Giovanni Tarello o Hernández Marín) (Vigo, 2000:6), que le niegan existencia, considerándolos metafísicos y de los cuales no valdría la pena ocuparse, ni seriamente y, mucho menos, científicamente. Me pregunto en qué sentido de la expresión “principios” el vocablo es utilizado por estos autores. Que “la ley posterior prevalece sobre la ley anterior” no parece ser un enunciado discutido por nadie; sin embargo no estar explicitado en el orden lo diferenciaría de las reglas, y en consecuencia habría que asignarle otra palabra para referirse a él. La práctica forense ha acuñado el rótulo “principio”, como guía al que acude el magistrado para la resolución del conflicto entre normas inconsistentes. Se los reconozca o no, se utilizan.

12) Nino (1988:333/4) realiza una serie de consideraciones que pasaremos a desarrollar. Refiere que los juristas reemplazan conjuntos de normas por principios más generales y que pretenden ser equivalentes a ellas. A veces los juristas proponen principios que tienen un campo de referencia mayor que el del conjunto de reglas que reemplazan, haciendo derivar de los principios normas no incluidas en el sistema originario, pretendiendo cubrir las lagunas de tal sistema. Así estas nuevas normas parecen meras consecuencias lógicas de las reglas reemplazadas por principios aparentemente equivalentes a ellas, aunque no son tales. Del mismo modo las teorías hacen derivar nuevas normas, que no existían en un primer momento, presentando los juristas un poder creador de derecho, encubierto por un ropaje que parece explicar el derecho positivo, pero que en verdad resulta mucho más que una mera descripción del orden. Estas teorías (como por ejemplo la del enriquecimiento sin causa) permiten inferir nuevas reglas de los códigos y de allí su fecundidad. En esto, principios y teorías se parecen. En nuestro país, de tradición romanista, resulta difícil considerar a un código separado de los principios y teorías que se han desarrollado en torno a ellos.

Baier (Nino, 1988:342) sostiene: “parece que no hay salvación para la moralidad excepto que sea convertida en una ciencia”. Hablar de principios e incluso hablar de teorías, como afirma Nino, no es más que una especialización del discurso moral. Y esto no resulta incompatible con el positivismo metodológico. Sólo que admitir ello no va supuestamente de la mano de sostener el andamiaje kelseniano de una Ciencia Jurídica. Deberíamos despreocuparnos del rango epistemológico de la disciplina y admitir que el estudio de normas, principios y —¿por qué no?— teorías (lo que incluye también

un pormenorizado análisis de la tarea argumentativa), permite a los magistrados arribar a soluciones correctas y razonables, esto es, lógica y axiológicamente satisfactorias.

Varias de estas posiciones pueden ser compartidas simultáneamente y en cambio algunas de ellas se neutralizan entre sí. La enumeración ha sido sólo enunciativa y pretendió mostrar que la doctrina no es unívoca al acuñar el vocablo “principios”.

¿Podemos incluir en la misma bolsa al conjunto de los siguientes principios que a continuación mencionaremos? ¿Se habla del mismo significado de “principios” cuando nos referimos a los siguientes principios?

- 1) Principio de justicia.
- 2) Principio de economía procesal (art. 34 inc. e Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires).
- 3) Todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido.
- 4) *Iuria curia novit*.
- 5) La ley superior prevalece sobre la inferior.
- 6) *Pacta sunt servanda*.
- 7) Principio de solidaridad.
- 8) Para los romanos “la madre es siempre cierta”.
- 9) Estar por la validez del acto.
- 10) Principio de división de poderes (segunda parte, Sección primera, segunda y tercera de la Constitución Nacional).
- 11) Principio de buena fe (art. 1071 y 1198 Código Civil).
- 12) Principio de igualdad (art. 16 Código Civil).
- 13) Principio de conservación de la empresa.
- 14) Principio “*in dubio pro reo*”.
- 15) Principio de la autonomía de la persona humana (filosofía liberal).
- 16) *Nullum crimen nullum poena sine lege previa*.
- 17) Principio de federalismo.
- 18) Si puedo lo más, puedo lo menos.
- 19) Principio de libertad.
- 20) Lo accesorio sigue a lo principal.

La respuesta parece ser un rotundo no. Caso contrario los principios que encontramos en la lista, operarían del mismo modo, y sin embargo, podemos apreciar que se agruparían a algunos de ellos como guías (la ley superior prevalece sobre la inferior), a otros como valores (principio de solidaridad, de justicia), a otros como un estado de cosas que el legislador desea sostener (principio de división de poderes y federalismo), a otros como consecuencias lógicas del propio sistema de normas en un caso (si puedo lo más puedo lo menos) y tal vez también como consecuencias pragmáticas (estar por la validez del acto), y a otros como formulaciones explicitadas en el sistema (no hay crimen ni pena sin ley previa). En otros casos actúan como la enunciación de lo que suele pasar en la realidad (*pacta sunt servanda*) o de ficciones o presunciones que mantenemos para que otras instituciones del sistema puedan funcionar (*iuria curia novit*).

IV. Diferencias entre reglas y principios

Podemos señalar algunas distinciones entre reglas y principios: la doctrina se ha encargado de remarcar numerosas diferencias entre los mismos, aunque a continuación mencionaremos las que creemos más destacables.

1) Las reglas se aplican a todo o nada, los principios pueden ser respetados en mayor o menor medida. Los principios no contemplan supuestos ni atribuyen consecuencias. Con las normas, si se da el supuesto de hecho contemplado en la regla, se dan dos posibilidades: o ella es válida y la solución que da debe ser aceptada, o no lo es y no aporta nada a la decisión. En cambio aún cuando los principios sean aplicables al caso no son determinantes para la decisión, sino que sólo ofrecen razones a favor de una u otra decisión. Consistirían en una orientación pararracional; una suerte de argumento autoritativo. En este sentido el operador del derecho construirá desde el principio, un enunciado normativo general, en el que tendrá que subsumir el caso.

2) Otro criterio es la dimensión de peso que se muestra en las colisiones entre los principios. Si colisionan dos principios, y uno tiene un peso mayor, ello no invalida al otro principio con peso menor para ese caso. No sucede lo mismo en el supuesto de las reglas. En el caso de tensión de principios rige la ponderación.

3) Las reglas son susceptibles del test de origen o pedigree, no así los principios. Las reglas tienen un órgano competente para su creación, y un procedimiento establecido.

4) Las reglas se formulan como juicios hipotéticos. Los principios generalmente se enuncian mediante juicios categóricos.

5) Podemos decir que al menos indirectamente los destinatarios de las reglas son todos los sujetos, mientras que los mayores destinatarios de los principios son los jueces, quienes deben ponderarlos.

6) La manera en que impactan contra el sistema jurídico también es diferente. Los principios impactan contra: la unidad (no hay una nómina de principios); contra la jerarquía (no hay una jerarquía a priori, dependerá del caso); contra la coherencia (los principios funcionan cuando hay silencio o contradicciones. No son los principios quienes entran en contradicción, sí lo hacen los enunciados normativos generales) y contra la completitud del sistema (dependerá del operador del derecho el mayor o menos aporte a la laguna).

7) Los principios potencian al poder judicial. Con los principios los magistrados pasan a ser protagonistas. Las reglas potencian al legislador.

8) A las leyes se las interpreta; a los principios se los pondera.

9) Las reglas son mandatos definitivos; los principios son mandatos de optimización que exigen que algo se realice en la mayor medida de lo posible.

10) Los principios carecen de la determinación fáctica o la presentan de forma fragmentaria. Las reglas son cerradas, porque resulta posible determinar los supuestos de su aplicación y las excepciones. En cambio, los principios son abiertos porque no existe un catálogo exhaustivo de su aplicación o no aplicación. Para ejemplificar diremos que las normas establecen que al que le quitare la vida a otro se le aplicará una sanción, y en qué casos se exime de pena. Pero el ordenamiento jurídico no señala cuáles son los supuestos que deben concurrir para hablar de igualdad o desigualdad. Igualmente a esto se lo critica porque de alguna manera cerrar un principio es como eliminar la vaguedad de una regla, por lo que ser abiertos o cerrados no sería una diferencia de relevancia. Si no, observemos que cuando hablamos de la legítima defensa contemplada en el art. 34 del Código Penal, para eximir de pena a quien cometiere un ilícito (por ejemplo, homicidio), por la vaguedad que reviste la expresión, no sabemos con exactitud cuál es el límite de aquélla y cuándo se configura el caso de exceso en la defensa. Con este último ejemplo, confirmamos que las reglas no son tan cerradas como parecen y que ser abiertos o cerrados no es una distinción precisa.

V. Algunos interrogantes en torno a los principios

V. 1. *¿Qué tan jurídicos son los principios jurídicos?*

Luego de reconocer la existencia de los principios y ya estipulando que algún sentido de la expresión “principios” se vincula con alguna esfera de la moralidad, así como de admitir que los jueces acuden a ellos en sus sentencias, la pregunta que deberíamos formular es: ¿estos principios son jurídicos y meramente extranormativos o, por el contrario, son extrajurídicos? Posiciones como la de Hart (1998:99/123), que presenta al derecho como un modelo de reglas, afirmarán que los principios son extrajurídicos, develados por la discrecionalidad del juez, mientras, que las posiciones iusnaturalistas sostendrán que aunque sean extranormativos, serán siempre jurídicos. Tendríamos que mencionar también la posición que afirma la existencia de principios pero sin caer en ninguna de las dos posturas: los no positivistas.

No hay duda de que la presencia de principios pone al juez como centro de la escena. Ya no es el legislador el protagonista, sino el juez quien por medio de la razonabilidad y la ponderación fundamenta sus decisiones. Otra cuestión aparte será la de determinar si esta ponderación implica discrecionalidad y si habrá varias respuestas correctas en la contienda judicial o si, por el contrario, como sostiene Dworkin —aún siendo principista—, el juez no tiene discrecionalidad alguna propugnando su tesis de la única respuesta correcta, a la que los magistrados arribarían acudiendo al “derecho como integridad”. Dworkin (1993:147/150), criticando al iuspositivismo de Hart, exclama que si el derecho se redujera a un modelo de reglas, en casos difíciles y para los cuales no existiera norma, el juez debería transformarse en legislador, lo que según su crítica sería una intromisión de poderes y al mismo tiempo algo antidemocrático, creando un deber que al momento del hecho no existía según las normas positivas, y con ello traería aparejado el carácter retroactivo del mismo.

Como puede apreciarse “principios” no es un vocablo unívoco aún cuando al adjetivo “jurídicos” le estemos dando el mismo sentido. Lo cierto es que quienes los diferencian cuantitativamente o sostienen una distinción de grado, hacen referencia a lo que se ha dado en llamar la tesis débil de separación entre normas y principios. Otros, que creen que la distinción es de tipo cualitativo, se enrolan en lo que ha dado en llamarse una tesis fuerte de separación entre los principios y las normas. Este es el tema que abordaremos a continuación.

V. 2. *¿Es posible una teoría fuerte de los principios? ¿Es posible la tesis de la única respuesta correcta?*

Estos interrogantes han tenido diversos tratamientos por autores contemporáneos de innegable envergadura. Así, Dworkin y Alexy han partido de sendas teorías fuertes acerca de los principios; mas el tópico de la única respuesta correcta no ha tenido igual tratamiento por estos dos autores.

Dworkin (1993:147 y 150) básicamente emplea dos criterios de distinción para diferenciar las reglas de los principios. Ellos son la forma del “todo o nada”, aplicable a las normas y no a los principios, y la dimensión de peso que se muestra en las colisiones entre los principios, todo mencionado ut supra en punto IV.

Según Alexy (1988:144) así como referimos que los principios consisten en mandatos de optimización, en tanto son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, las reglas, en cambio, contienen determinaciones en el campo de lo fáctico y jurídico. “Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”.

Para este autor una teoría débil de los principios, sería un mero catálogo de los mismos, sin que ella estableciera la forma en cómo deben resolverse todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas que puedan surgir entre ellos, lo que sería posible con una teoría fuerte. Si en cambio fuera posible esta última visión más fuerte de los principios, sería acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta. No existe un orden estricto respecto de las jerarquías de principios, pero podría ser posible un orden débil que contara con tres elementos:

a) En caso de colisión de principios contamos con las condiciones de prioridad que son las relaciones que pueden establecerse entre ellos, más allá de casos concretos y para la decisión de futuros y nuevos casos. Esas condiciones de prioridad pueden servir para formular una regla o ley de colisión y abren la posibilidad de un procedimiento de argumentación que debe ser incluido en una teoría de la argumentación. La formulación de la ley de colisión quedaría enunciada de la siguiente manera: “las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente” (Alexy, 1988:147).

b) Estructuras de ponderación: son estructuras de argumentación racional. Se relacionan con los principios de proporcionalidad, necesidad y adecuación mencionados ut supra.

c) Prioridades prima facie. Si bien en a) hablamos de una posible ley de colisión aplicable a casos nuevos, las prioridades prima facie vendrían a ser las cargas de la argumentación que se deberán cumplir si se quiere llegar a una solución diferente en un nuevo caso concreto, haciendo prevalecer el principio que cedió en el caso anterior. Crean un cierto orden en el ámbito de los principios. Y el orden nuevamente depende de los argumentos a favor de una prioridad de alguno de los principios por sobre otro que juega en sentido contrario.

Así como Alexy no admite la existencia de una teoría fuerte que determine para cada caso una única solución a causa de razones lógicas y de la limitación del conocimiento humano, sin embargo la tesis de una única respuesta correcta no tiene por qué ser abandonada. Esta es posible aunque no exista un procedimiento para mostrarlo y sólo se logra si se admite que aún con la presencia de principios, el sistema jurídico no es completo. Para que lo sea es necesario añadirle una teoría de la argumentación jurídica que diga cómo es posible arribar a una decisión racionalmente fundada.

La única respuesta correcta debe presuponerse como idea regulativa. “La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que existe para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta”.

Alexy, sin embargo, entiende que lo que único que puede garantizarse es lograr más precisión. Descarta la posibilidad de teorías morales materiales que aseguren para cada cuestión práctica, una única respuesta, pero sí teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación práctico racional, para las cuales la teoría del discurso ha hecho grandes aportes, sumando un sistema de reglas y principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados. Entre las reglas encontramos la de no contradicción, claridad lingüística, la idea de universalidad, el derecho de cada participante a tomar parte en el discurso y con la misma consideración, la ponderación, etc. Para que haya una única respuesta correcta entre los participantes del discurso presupone algunas idealizaciones para generar consenso en el grupo, y ellas son: tiempo ilimitado para debatir, información ilimitada, claridad lingüística conceptual ilimitada, capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y carencia de prejuicios ilimitada. Alexy refiere que aún con estas cinco idealizaciones, y debido a las diferencias antropológicas de los participantes del discurso, podrían existir algunos casos en lo que sería imposible arribar a una única respuesta correcta. Sin embargo los participantes deben siempre procurar la pretensión de que su respuesta sea la única correcta, aunque no sepan si puede lograrse en su caso; pero siempre esa idea debe guiarlos aún cuando en algunos casos resulte inalcanzable.

VI. Principios jurídicos, fuentes del derecho y argumentación. A modo de conclusión

No hay duda de que “principios jurídicos” resulta ser una expresión multívoca. No sabemos si con ella hacemos referencia a ciertas formulaciones, a inferencias del propio orden jurídico o de ciertas prácticas morales de la sociedad, a cierto tipo de normas, o a simples argumentaciones o preferencias (Guibourg, 2003:905/6) a las que acuden los operadores del derecho, o lisa y llanamente a valores, o a alguna otra designación no muy precisa por cierto. De lo que no hay duda es que su tratamiento nos hace revisar la clásica concepción sobre las fuentes del derecho. Ley, costumbre, jurisprudencia, y doctrina claramente no agotarían las fuentes del derecho; o al menos habría un mínimo desborda-

miento. Los principios y la propia argumentación traspasaron los límites de la visión tradicional y con ello los estudiosos del Derecho debieron ampliar sus horizontes.

A lo largo del trabajo, lo que empezó siendo un problema de raíz ontológica en la cuestión de los principios: su existencia, caracterización y demás puntos abordados, culminan siendo una cuestión netamente gnoseológica, de raíz argumentativa. Dice Luis Prieto Sanchís (1996:42) que “bajo los llamados principios generales del derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía del razonamiento o argumentación”, sirviendo el “razonamiento jurídico no sólo para describir el derecho sino para crearlo”. Si un mismo enunciado puede operar a veces como regla y a veces como principio pero su manera de funcionar es distinta, entonces la diferencia cualitativa no tendría su origen en el derecho, sino en el razonamiento. Todo lo referido pretende resaltar que, más allá de la posición a la que se arrije respecto de los principios del derecho (a su inmanencia, a su condición metafísica, a su explicitación recogida en reglas a partir de prácticas morales comunitarias sostenidas en el tiempo, a su condición argumentativa, o a resultar un desmembramiento que puede inferirse de todo el ordenamiento normativo, según como lo presente cada autor o cada corriente), lo cierto es que todas ellas pueden coincidir en que ese tránsito de lo ontológico a lo gnoseológico no hace más que transformar a los jueces en señores del derecho. Los magistrados cobran un gran protagonismo por ser los poseedores de la llave que permite resolver, a través de la ponderación, la tensión entre principios; ello exige, en idéntica proporción, una cuidosa selección de los mismos y una intensa capacitación en lo que a la Teoría de la Argumentación respecta.

El tratamiento de los principios no hay duda que afecta al concepto de derecho y, en consecuencia, a la relación entre Derecho y Moral. Destacamos que a diferencia de posturas iuspositivistas y iusnaturalistas, que reducen respectivamente el derecho al modelo de normas o lo extienden a otros estándares extranormativos, existe hoy en día una posición intermedia, que entiende que la relación entre Moral y Derecho no es más que una vinculación entre la argumentación moral y jurídica. La presencia de principios no garantiza la presencia de una moral correcta -porque ellos podrían ser claramente inmorales- pero sí garantiza una argumentación moral dentro de lo que sería una argumentación jurídica. Lo que sí es novedoso, es ver al derecho como integrado por tres niveles: el de las reglas o normas, el de los principios y el de un tercer nivel: el de la argumentación jurídica. Al decir de Alexy sólo refiriéndonos a estos tres niveles la tesis de una única respuesta correcta podría ser alcanzada.

Cada uno de nosotros se contestará si los principios son inducidos del orden jurídico o si no son más que el reflejo de un ethos colectivo, o si sobrevuelan al sistema jurídico y son previos a él, lógica y cronológicamente hablando; pero lo que hoy no podremos hacer, dado el estado actual de la discusión, es negar la necesidad de que la teoría de los principios trabaje conjuntamente con una teoría de la argumentación jurídica, que la complemente y le permita arribar a soluciones justificadas racional y razonablemente. Los operadores del derecho apelan a los principios para resolver conflictos, concibiéndolos como la materia prima de la argumentación, la cual manufacturada a través de la ponderación, permitirá arribar a soluciones correctas, lógica y axiológicamente hablando.

VII. Bibliografía

- ALEXY, Robert, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En “Doxa”, Alicante, 5, 139-151.
- ATIENZA, Manuel. “Entrevista a Ricardo Guibourg” En: Doxa, Alicante. 26, 905-906
- BAIER Kurt. The moral point of view, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1958.
- CARRIO, Genaro. Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1994,
- DWORKIN Ronald, Los derechos en serio. Planeta - Agostini, Buenos Aires, 1993
- HART H. L. A. El concepto de derecho. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988
- HERNANDEZ MARIN. Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea, Tecnos, Madrid, 1986
- KELSEN Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, Madrid, 1995.

NINO Carlos S., Introducción al análisis del Derecho. Astrea, Buenos Aires, 1988

PRIETO SANCHIS Luis, “Diez argumentos a propósito de los principios” En: Jueces para la democracia, Madrid, 26: 125-158

SCHMITT Carl, La defensa de la Constitución, Tecnos, Madrid 1998.

TARELLO Giovanni, L'interpretazione della lege, Giuffrè, Milano 1980, 420 p.

VAN HOECKE, Mark, “El uso de los principios jurídicos no escritos por los tribunales” En Doxa, Alicante 19: 421-433.

VIGO, Rodolfo L. Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial. Depalma Buenos Aires, 2000

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Trota, Madrid, 2005. ♦

Llegar a La Plata y recibirse de abogados/as, ayer y hoy

POR OLGA SALANUEVA (*) - MANUELA GONZÁLEZ (**)

Sumario: I. Mariano. II. La Academia Carolina. III. Los ejercicios teórico prácticos (Disertaciones). IV. Mariana. V. La distancia entre recibirse y conseguir trabajo. VI. Bibliografía.

Resumen:

Este ensayo tiene el propósito de comparar los estudios que realizaba un hombre joven a comienzos del XIX en la Universidad de Chuquisaca: Mariano Moreno y, los que lleva adelante una joven en la Universidad de La Plata en la actualidad, para recibirse de abogada.

A lo largo del texto se irán desarrollando las dificultades que tuvo Mariano Moreno para recibirse de abogado, las oposiciones familiares y los estudios que realizó para obtener el título por el que en definitiva iba a ser considerado, por los profesionales del derecho, como un modelo de abogado, tanto por su habilidad en el ejercicio profesional como por la labor política y por sus calidades morales.

A su vez se describirá el camino que realiza Mariana, una joven estudiante de abogacía, desde que sale de su pueblo natal, situado en el interior de la Provincia de Buenos Aires, las dificultades materiales que enfrenta en la ciudad de La Plata, los tropiezos en la carrera, hasta la obtención del título y, las diferencias con Moreno, sobre el futuro ejercicio de la profesión.

En síntesis, un hombre de mayo que soñó construir una nación libre y próspera para muchos y una mujer argentina que, a pesar del tiempo transcurrido, no encuentra respuestas para su futuro.

Palabras claves: Estudios- Derecho- Charcas- La Plata.

Arriving at La Plata and becoming a lawyer in the past and now.

The girls

The aim of the article is to compare between the course of studies in law at the beginning of the XIX century followed by, Mariano Moreno and the present curricular demands for a young female student at La Plata University.

The text focuses on the difficulties which Mariano Moreno had to face, such as familiar opposition, and the subjects he had to pass to become a lawyer. His peers outlined his excellence as lawyer and politician and his moral virtues and considered him the epitome of a lawyer,

The path followed by Mariana, a young student of law, who was, born in another town in the Province of Buenos Aires, the hardships she had to surmount in a new city, the instances of success and failure up to the moment of graduation and the differences with Mariano Moreno, as regards her future as a Law Professional.

Summing up, a Man from the May Revolution who dreamt of building a free and prosperous Nation and an Argentinian woman who - in spite of the long span of years between the times of their lives - does not find answers for her future.

(*) Profesora Ordinaria Titular de Introducción a la Sociología; Docente Investigadora Categoría I y Directora de la Maestría en Sociología Jurídica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(**) Profesora Ordinaria Adjunta de Introducción a la Sociología; Docente Investigadora Categoría II y Directora del Instituto de Cultura Jurídica; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Key Words: Study - Law - Charcas - La Plata.

Puede decirse que en la América española son los abogados la parte más selecta de la sociedad y los que mejor entienden su oficio. En ellos encuentra más ilustración y liberalidad de ideas, que en ninguna otra de las clases del Estado.

Manuel Moreno

I. Mariano

Este ensayo tiene el propósito de comparar los estudios que realizaba un hombre joven a comienzos del XIX en la Universidad de Chuquisaca (1): Mariano Moreno y, los que lleva adelante una joven en la Universidad de La Plata hoy, para recibirse de abogada.

Las autoras no son historiadoras, sin embargo se han valido de fuentes, en el caso del joven, que tienen la pretensión de relevar los hechos de la historia pasada y de los datos biográficos de quien es considerado, por los profesionales del derecho, como un modelo de abogado, tanto por su habilidad en el ejercicio profesional como por la labor política y por sus calidades morales.

Esta posición de no ser, permite usar las fuentes producidas en distintos momentos históricos, reelaboraciones de diferentes autores/as, documentos varios, sin entrar a analizar la calidad de las mismas en referencia a los hechos y datos que aportan y a los sesgos ideológicos que pudieran tener. Ello no las exime de sus propias ideologías, recortes y preconcepciones, que posiblemente a lo largo del texto queden expresadas, especialmente en referencia a la formación actual de la joven que viene a estudiar a La Plata y que por esas casualidades se llama Mariana.

A medida que transcurra la escritura de este trabajo, el lector podrá ir desentrañando la distancia entre ambas realidades universitarias. Sin embargo, desde ya se expone una diferencia epocal, Mariano estudia, se recibe de abogado y ejerce la abogacía. Mariana estudia, se recibe de abogada y ... espera poder trabajar en su profesión.

Mariana, hace cinco años que llegó a la ciudad proveniente de un pueblo rural del interior de la provincia de Buenos Aires para estudiar la carrera a la que estaba destinada, según las apreciaciones de sus profesores del secundario, su familia y algunos amigos: la abogacía. Y esa apreciación elemental del entorno pueblerino surgía fundamentalmente porque tenía facilidad de palabra.

Mariana necesita ayuda material, más que simbólica. ¿Cómo hace? ¿A dónde va a vivir? ¿Quiénes la pueden avituallar? Una de las respuestas es que tanto la Universidad de La Plata, como el Gobierno Nacional, cada cual desde sus esferas de acción, otorgan becas de estudio bastante modestas, para cubrir solo en parte las necesidades básicas alimentarias y poco mas para los estudiantes cuyas familias son del interior o de escasos recursos. Otro recurso es encontrar un trabajo, generalmente “en negro” (2) que poco le aportarán para el posterior ejercicio profesional. Han pasado muchos años pero las dificultades son similares

Mariano Moreno, como se verá tiene un padrino, un mecenas Terrazas, que pone a su disposición el sustento material y simbólico para la formación de su asistido.

Mariano, tenía 21 años (3) cuando emprende un largo y fatigoso camino hacia La Plata ciudad capital de la provincia de Chuquisaca, en el Perú. Quinientas setenta o quinientas sesenta y cinco leguas según distintos autores, (2800 km), tendrá que hacer desde Buenos Aires para llegar a la universidad, integrada ésta por tres facultades las de jurisprudencia, teología y filosofía, que al decir de los con-

(1) En el año 1538, los conquistadores españoles fundaron en lo que ellos denominaron Alto Perú, la ciudad de Charcas, luego llamada LA PLATA, Chuquisaca y Sucre. Las Autoras seleccionan el nombre La Plata, casi como un juego literario.

(2) Trabajo “en negro” significa que no tiene estabilidad, obra social y aportes provisionales.

(3) Mariano Moreno nace en Buenos Aires el 3 de setiembre de 1778 y emprende viaje a la Universidad de Chuquisaca en noviembre de 1799.

temporáneos, era una de las mejores. Ese recorrido que hace Mariano es traumático, no solo por la largueza y tiempo que normalmente llevaba (un mes y medio) sino por las condiciones en que se viajaba: en carromatos, a través de caminos de tierra apenas trazados. En el trayecto se enferma de reumatismo y tiene que permanecer en Tucumán por más de quince días, sin poder moverse, en una cama a nivel del piso, hasta que sanado, emprende nuevamente el viaje que luego de dos meses y medio lo lleva a La Plata.

En esa ciudad lo espera su protector el cura Matías Terrazas que le provee de alojamiento, viandas, cartas de recomendación y crédito para sus menesteres personales y académicos. Sin esta ayuda económica no hubiera el joven Mariano podido cumplir sus deseos de ser abogado.

Mariana, en cambio, en pleno siglo XXI, tiene la ayuda que los Centros de Estudiantes del interior de la Provincia brindan a sus estudiantes. Estos Centros son sostenidos por los Municipios y cuentan con el aporte de los padres de los estudiantes y las infaltables encomiendas, que fundamentalmente las mujeres de la familia, se encargan de armar y enviar con todo tipo de alimentos. Esta ayuda les permite a los estudiantes continuar sus estudios y permanecer en La Plata (4).

La familia de Mariano Moreno no poseía riquezas, su padre era un empleado estable subalterno de la Tesorería de las Cajas Reales de Buenos Aires, el sueldo que percibía era de 600 pesos anuales y tenía que alimentar y educar a una familia numerosísima, catorce hijos de los que sobrevivieron ocho y Mariano era el mayor. Enviarlo a la ciudad de La Plata resultaba una empresa que la familia no podía asumir, ya que costaba el viaje, el alojamiento y la manutención hasta graduarse más de mil pesos. Si bien el padre había sido ascendido por disposición del rey al cargo de Contador Ordenador del Tribunal de Cuentas de Buenos Aires, con una retribución anual de mil doscientos pesos, solo pudo darle doscientos pesos para el pasaje. El padre de Mariano, muy estricto en cuanto a sus costumbres morales, no se hubiera permitido contraer créditos o restar una cifra tan importante de su sueldo a favor de un hijo, en detrimento de los otros.

En las colonias de España en América, los hijos inteligentes, estudiosos de familias decentes y pobres, tenían como meta, si conseguían protectores, estudiar teología, única carrera que aseguraba en un tiempo corto doctorarse y tener un empleo. Empleo que otorgaba prestigio, poder y una vida más que decorosa a la familia y al cura. Manuel Moreno dice: “Los hijos del país,... si no eran herejeros de una fortuna respetable, no tenían más alternativa que la de abrazar el estado eclesiástico, en que se reunía el honor con la pobreza, o la milicia en que se juntaban la inteligencia con la corrupción...” (Moreno, 1968: 21). Podían también ser abogados, con un futuro promisorio pero con dificultades porque los beneficios no se obtenían rápidamente sino después de varios años de ejercicio profesional.

Los padres de Mariano Moreno aspiraban a que su hijo, el fogoso, inteligente y buen decidor se graduara de clérigo y para ello lo enviaron a la Universidad, de esa manera el futuro de la familia y de Mariano quedaría asegurado.

La ciudad de La Plata, capital (5) de la región de Chuquisaca, tenía en el año 1799, catorce a dieciocho mil habitantes entre españoles, aborígenes y criollos. Era la residencia del gobierno-intendencia que dependía del Virreynato del Río de La Plata. Sede de la Real Audiencia, del Arzobispado y de la Universidad. Esas instituciones generaban un número significativo de empleados civiles, judiciales, eclesiásticos y alumnos universitarios. Los sueldos que los empleados percibían y los más de quinientos alumnos universitarios, eran la fuente que movía el comercio de la ciudad y permitía a algunos vivir con cierta holgura. Los ingresos mas importantes, según Manuel Moreno, eran las “rentas eclesiásticas”.

(4) A título de ejemplo en la ciudad de La Plata existen alrededor de 50 centros de estudiantes. Desde municipios como Arrecife pasando por Gral. Madariaga, Mar del Plata hasta Trenque Lauquen colaboran con sus estudiantes y sus familias para que puedan llevar adelante sus estudios, a través de facilitarles viviendas comunes.

(5) Sergio Bagú y Manuel Moreno mencionan a La Plata como capital de la región de Chuquisaca.

“El arzobispo se calcula que goza de una renta anual de mas de ochenta mil pesos: a éste sigue una catedral bien provista de canónigos y beneficiados, y número muy crecido de curas que son los más ricos de todo el reino. La ganancia de éstos está fundada en los diezmos y derechos parroquiales asignados al ejercicio de su ministerio; pero el purgatorio, como dice un autor francés, ha sido la mina que ha sacado a la iglesia de la pobreza en que se hallaba antes de su invención, a la más notable opulencia.” (Moreno, 1968:29)

Es entendible entonces las preocupaciones de la familia Moreno con respecto a los estudios de su hijo Mariano y la desazón que les provocó el enterarse que el doctor en teología no iba a ser cura sino abogado.

En 1801, al poco tiempo de llegar a La Plata, se recibe de Doctor en Teología pero en vez de iniciarse en el sacerdocio y, sin el consentimiento de sus padres, comienza a estudiar derecho ingresando a la Academia Carolina. Esta Academia había sido fundada en 1776 y sus catedráticos eran algunos de los miembros de la Real Audiencia. El propósito de esta institución consistía en preparar un bachiller en leyes, bien informado sobre la legislación en general, el derecho indiano y sobre el gobierno de las colonias. Para ingresar a la Carolina, los aspirantes tenían que rendir exámenes orales y escritos y, también debían rendir examen para finalizar los estudios.

Mariano aprovecha el ambiente liberal de la casa de estudios y, suma a su formación jurídica, la lectura de otros pensadores entre los cuales se encontraban los iluministas. Así, accede en la biblioteca de su protector Terrazas a Montesquieu, Rousseau, Jovellanos, Condillac y Locke. Todos estos autores, son su fuente de formación y nutren su pensamiento tanto para la reflexión como para la acción política que, años después, iba a desplegar en Buenos Aires y, especialmente cuando fue Secretario de la Primera Junta de Gobierno durante los siete meses de su gestión.

Luego de dos años de estudios de abogacía de carácter teóricos, el 13 de agosto de 1802 (6), defiende en una exposición oral de más de una hora de duración, calificada como muy buena, la tesis titulada *Disertación jurídica sobre el servicio personal de los indios en general y sobre el particular de Yanaconas y Misarios*. Con esa disertación obtiene el título de Bachiller en Leyes.

Bagú, afirma sobre esta primera tesis de Mariano Moreno que “la Disertación tiene más un carácter político que jurídico, y es la primera de sus obras críticas sobre la organización colonial” (Bagú, 1966:25)

Las expresiones contenidas en esa tesis, traen en algunos, la indiferencia y, en otros, la sospecha de que Mariano era un hombre muy inteligente cuya mente estaba al servicio de ideas subversivas contra las autoridades coloniales, el rey y los curas. Así dice Mariano y disgusta a muchos:

“... empezó la malicia a perseguir unos hombres que no tuvieron otro delito que haber nacido en unas tierras que la naturaleza enriqueció con opulencia ...y acusados de crímenes han motivado las primeras deserciones de muchos indios, que dejando sus pueblos tenían por menos mal vivir errantes que sujetarse a las opresiones y servicios de sus amos, jueces y curas” (Bagú, 1966: 25).

Estas expresiones denotan la preocupación mucho más legitimada por la sociedad civil hoy, a través de las denuncias de organizaciones no gubernamentales, profesionales y pensadores por la conculcación de derechos fundamentales de los nativos de nuestro continente.

Una vez concluido sus estudios teóricos, Mariano, para recibirse de abogado, hace las prácticas profesionales durante dos años en el estudio del Dr. Juan A. Gazcón y asiste a los juicios del tribunal.

(6) En el año 1804 dará su disertación final ante los jueces de la Real Audiencia para poder ejercer la profesión de abogado, sobre la Ley 14 de Toro en relación a la no obligatoriedad de la reserva de bienes para los hijos del primer matrimonio cuando el cónyuge contrae nuevas nupcias.

En el siglo XXI, Mariana para recibirse de abogada, como práctica profesional solo tiene materias semestrales –civil y penal- (7) donde se le informa y, a veces se le muestra cómo es la práctica profesional. Sucesivos intentos de reforma de los planes de estudio, al regreso de la democracia, han enfrentado argumentativamente a docentes, graduados y alumnos sobre si falta práctica o falta teoría. ¿Será que hemos perdido el perfil del abogado/a que hoy se necesita dada la complejidad y heterogeneidad de la sociedad? En la época de Mariano la sociedad era menos compleja y más rígidamente jerárquica. ¿Eso conducía a que los caminos a seguir fueran más claros y menos complejos?

La formación profesional de Mariano, culmina con un examen ante los jueces de la Real Audiencia. Así obtiene el título de abogado, abre un estudio jurídico propio y se casa con una joven de buena familia, sin dote.

La formación profesional de Mariana finaliza con la aprobación de las 31 materias que integran la currícula. Incluye las materias de práctica profesional penal, civil y notarial, esta última si eligiera ser escribana y el seminario obligatorio, que tiene dos modalidades (8). El alumno, en este caso Mariana, puede elegir cursar y/o realizar una monografía en una materia de su elección bajo la supervisión de un docente de la materia seleccionada. La exigencia y por lo tanto la calidad del seminario, entonces dependerá de la guía que reciba y de la predisposición que el alumno/a tenga para profundizar el tema. Ambas cuestiones son difíciles de evaluar ya que la Facultad no cuenta con una política destinada a registrar los trabajos monográficos y, por ende controlar la calidad de los mismos, lo cual redundaría en una exigencia que los docentes expresan en las entrevistas realizadas en diferentes proyectos de investigación sobre enseñanza aprendizaje del derecho, con respecto a la escasa posibilidad de producción escrita que tienen los egresados de esta Facultad. Es decir, las dificultades que tienen los egresados para expresar por escrito ideas propias y ajenas que podrían servirles en los escritos profesionales.

Los clientes de Mariano Moreno son en general personas pobres, aborígenes explotados, los desamparados de todo derecho. En su afán defensorista, ataca el sistema colonial español y sobre todo ataca a los funcionarios venales que ocupan los cargos con escasa formación jurídica y predispuestos a mostrarse altaneros, frente a este abogado criollo ilustrado en derecho y pletórico de un idealismo que exige que se haga justicia a sus representados. Esa actitud de búsqueda de la justicia lo enfrentó con un oidor de la Real Audiencia de Charcas, Vicente Cañete. Fue su protector Terrazas, quien una vez más acudió en su auxilio, para rescatarlo de las represalias que el oidor preparaba contra el atrevido abogado que lo enfrentó y dejó al descubierto su ignorancia e inhumanidad. Tal como expresa Duncan Kennedy, “El problema no es si la jerarquía está ahí, sino cómo se la interpreta y cuáles son sus consecuencias para la acción política” (Kennedy, 2004: 147).

Este hecho motivó el retorno de Mariano Moreno en compañía de su joven esposa y su pequeño y único hijo Marianito a Buenos Aires, en setiembre de 1805.

Es interesante señalar las expresiones de Manuel Moreno sobre la situación de los abogados que defendían las causas de los pobres o de los aborígenes, explotados hasta la extenuación en las minas de plata de Potosí y que los jueces y funcionarios de la colonia, por ignorancia o indiferencia o ambas, no atendían.

“¿Cuántos abogados estimables han sido privados de su oficio, suspensos de su ejercicio por largo tiempo, o expatriados ignominiosamente porque en su transporte de justa indignación contra la malicia de los jueces, o contra la deficiencia del sistema legal de la nación, habían prorumpido en justas reflexiones que demostraban tales vicios! Para colmo de la arbitrariedad, el mismo magistrado o tribunal, de quien se quejaba un individuo, era el mismo que lo castigaba...” (Moreno, 1968: 34).

(7) Se denominan las materias Práctica de Procedimiento Penal y Práctica de Procedimiento Civil.

(8) El seminario es obligatorio pero puede cursarse en diversos temas ofrecidos por los docentes o realizar una monografía bajo la guía de un docente de alguna de las 31 materias. Es decir, que tanto el cursado como la evaluación dependen del docente a cargo.

Hoy, Mariana también se enfrentará con abogados, jueces y funcionarios poco comprometidos con los intereses de los pobres, los nativos. Es decir, por un lado con operadores jurídicos y judiciales generalmente consustanciados con una sociedad altamente discriminatoria de lo diferente y, por otro, ella tiene pocas estrategias dada su formación para poder asumir el desafío de ejercer la profesión, teniendo en cuenta a los invisibilizados por las prácticas jurídicas y, por un derecho pensado, como alguna vez lo caracterizó Roberto Gargarella, para blancos, propietarios, católicos y conservadores.

II. La Academia Carolina

Esta institución, cuyas funciones primordiales eran la práctica forense y la formación de abogados, se fundó en el año 1776 en la ciudad de La Plata (9). Adquirió rápidamente prestigio por las enseñanzas y los docentes que la impartían y fue en la Academia donde asistieron varios de los hombres de Mayo: Mariano Boedo, Juan José Gorriti, Bernardo de Monteagudo, Mariano Moreno y Juan José Castelli, quien no culminó sus estudios de abogacía.

Estos hombres aprendieron y discutieron en sus claustros las ideas de los iluministas, aunque en varios casos, recortados y seleccionados por la doble influencia de España, los prelados de la iglesia católica y los odores de la Real Audiencia de Charcas. Los recortes y selecciones de los estudios se fundaban en prejuicios ideológicos, en algunos casos, pero en otros, se debía a que los curas y los jueces no admitían discusiones en torno a las cuestiones sobre el dogma y, sobre los contenidos de la legislación indiana.

A pesar de esas limitaciones ideológicas en los conocimientos impartidos, existe coincidencia entre los cientistas sociales, que ese ambiente contribuyó a fomentar la discusión sobre nuevas ideas jurídicas y políticas. Es quizás, Mariano, el representante más lúcido de este grupo y el que en pocos años de actuación política las pretendió implementar, defendiendo, al menos en materia de libertad de imprenta (expresión), que se podía decir y escribir las ideas sin censura ni restricciones, pero... sin atacar la religión católica y el gobierno.

El egresar de la Carolina implicaba no solo un buen nivel de conocimientos jurídicos y políticos, una práctica profesional en el foro y en estudios de abogados, sino también, transcurrido un tiempo del ejercicio profesional la posibilidad cierta de mantener la ubicación social o de mejorar la situación de clase, como es el caso de Mariano Moreno.

Hoy, no ocurre lo mismo, el egreso de Mariana no le garantiza un buen nivel de conocimientos jurídicos y políticos, mucho menos una práctica profesional en el foro, como tampoco mantener o mejorar la situación de clase.

Algunos datos ilustran la realidad universitaria y marcan las diferencias con respecto a la Universidad de Chuquisaca. La Universidad Nacional de La Plata cuenta con una población estudiantil de 89.551 personas y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales donde estudió Mariana con 12.730 estudiantes. Durante el año 2005 los egresados fueron 618 (10), el número de egresados se viene manteniendo. La Universidad de Chuquisaca era importante por sus docentes, su biblioteca y el número de alumnos, 500 en total durante el año 1799, cuando Moreno llega a sus aulas.

La masificación de la educación superior producto del aumento de la población y las mayores posibilidades de acceso al sistema universitario, entre otros factores, sobre los que no ahondaremos en este trabajo, no garantizan de igual manera el mantenimiento de las condiciones de enseñanza-

(9) Algunos autores, como Galván Moreno datan la fundación de la Carolina en el año 1780. Se seleccionó la del año 1776 porque la expulsión de los jesuitas en el año 1767 del continente americano, trajo como consecuencia, entre otras, la ruina y dispersión de docentes y estudiantes de la Universidad de San Francisco Xavier, llamada de Charcas o Chuquisaca. Este hecho, provocó que pocos años después comenzara a notarse la carencia de una institución prestigiosa que formara abogados, teólogos, filósofos. La reorganización de la universidad de Charcas comienza en 1771 a instancia de las reformas borbónicas. En el año 1780 se anexa a la cátedra de derecho civil, la Real Academia Carolina, que había iniciado la formación de los abogados en la práctica forense en el año 1776.

(10) Los datos fueron tomados del Anuario 2006 de Estadísticas Universitarias.

aprendizaje que tenían hace doscientos años quienes transitaban una carrera universitaria y que les garantizaba acceso al mercado laboral.

La FCJS de La Plata, arrastra no solo las dificultades que implica una disciplina como el derecho, cada vez más extenso, diverso y urgido socialmente de la necesidad de cambios, sino también enfrenta el desafío de introducir lo nuevo, lo diferente, en la currícula, sin ofender los pensamientos decimonónicos que aún sobrevuelan como fantasmas, en las aulas. El excesivo apego a textos con una sola interpretación, la que da el docente, o aquella otra de la “posición intermedia” que sigue repitiéndose como si fuera un recurso metodológico para ampliar el saber jurídico, no hacen otra cosa que perturbar el pensamiento de los alumnos/as y erradicar la crítica. Estas formas de enseñar, sin discusión, sin crítica, sin reflexión, conducen a pensar que no hay derecho fuera de los códigos, de las doctrinas de autores que son escritas y reescritas, glosadas y postglosadas una y mil veces, por los repetidores docentes. Los fantasmas, si bien van quedando pocos, todavía operan con la fuerza suficiente como para hacer fracasar los intentos de reformas de los planes de estudios o en los casos en que se reformaron, los contenidos sacados por la puerta, vuelven por la ventana. Lo curioso es, la ubicación que se le da en el proceso de enseñanza-aprendizaje a la denominada jurisprudencia. Primero la ley, después la doctrina, y por allá, bastante atrás la jurisprudencia, ese es el orden seguido mayoritariamente por los docentes en la transmisión de los saberes jurídicos. ¿No se podría cambiar el orden?, o ¿constituye una herejía jurídica irrespetuosa de la tradición dogmática?

Mariano Moreno en cambio, y sin que esto lleve a pensar que era un sistema de enseñanza mejor, podía elegir los temas de las “disertaciones”. En la primera disertación describió la situación de explotación inhumana a la que eran sometidos los nativos en las minas de Potosí a través de los sistemas de mita y yanaconazgo. La segunda disertación fue sobre la Ley 14 de Toro y los bienes gananciales de la mujer viuda que vuelve a casarse. Al término de las disertaciones, se iniciaba una discusión. En esas discusiones lograban aprobar el examen quienes se valían no solo de las leyes sino también de sus propias argumentaciones e interpretaciones innovadoras. Esos argumentos e ideas nuevas de Mariano le trajeron más de un sinsabor.

III. Los ejercicios teórico prácticos (Disertaciones)

El ejercicio de la profesión de abogado exigía una habilitación profesional que en la época de Moreno consistía en la asistencia a diferentes cursos de derecho civil, canónico, de legislación de Indias, de temas políticos y económicos. Pero, las promociones se obtenían luego de realizar las “disertaciones” (11).

Rípodas Ardanáz (1995) clasifica las “disertaciones” que debían realizar obligatoriamente en varios tipos:

- A. disertaciones curriculares de: entrada; turno; salida.
- B. disertaciones extracurriculares ordinarias de: apertura; generales; extraordinarias.

Las disertaciones curriculares de “entrada”, en el presente serían equivalentes a un examen de ingreso. Las mismas consistían en una exposición oral de treinta minutos sobre lecciones de latín (que lo decían de memoria y recitada) y algunos puntos sobre la Recopilación de Castilla, sustituidos en 1780, por temas de las Institutas.

Las curriculares de “turno” son disertaciones orales, dichas de memoria para facilitar la elocuencia, que probablemente eran mensuales y se decían en castellano. Versaban sobre diversos temas de derecho indiano, reales, económicos y generalmente, los podían seleccionar los disertantes. Así, lo hizo Mariano Moreno después de visitar las minas de Potosí y ver las condiciones de vida y trabajo de los indios yanaconas y mitayos.

Las disertaciones curriculares de “salida” eran escritas, en estilo claro, tenían que llevar notas al pie donde constaba la bibliografía consultada y se leían ante los académicos (docentes y miembros de

(11) En lo posible seguimos los trabajos de Daisy Rípodas Ardanaz (1995).

la Real Audiencia de Charcas) Los temas se referían al derecho real, al canónico, las leyes de Toro, la Recopilación de Castilla y las Decretales. Mariano lee su disertación de salida el 7 de enero de 1804 sobre bienes gananciales, fundada en la Ley 14 de Toro.

Al finalizar las disertaciones de entrada, turno y salida, se abría un debate sobre los puntos expuestos donde participaban los estudiantes.

Las disertaciones extracurriculares son aquellas que no integraban “los ejercicios académicos propiamente dichos” (Rípodas Ardanaz, 1995: 1378-1379). Las disertaciones de “apertura”, también denominadas discursos, versaban sobre la iniciación del año académico y estaban a cargo de estudiantes, académicos jubilados o abogados; las “generales” sobre temas diversos como por ejemplo, sobre las reglas de la política, o temas vinculados a la economía. Estos discursos generales, frecuentemente eran solicitados a prestigiosos abogados por el Director de la Real Academia Carolina y podían asistir a las alocuciones no solo abogados sino personas vinculadas a la política o público interesado en los temas.

A pesar de que no se encuentran los archivos completos de esas disertaciones que se practicaron por más de dos centurias, algunos se han conservado en instituciones públicas, en universidades y en bibliotecas privadas. A los efectos de ejemplificar los temas se mencionan la del Dr. José Eugenio del Portillo leída el 1 de marzo de 1790 sobre “la política, sus reglas y principios generales” y la atribuida al Dr. Manuel de Castro Chinchilla leída el 20 de diciembre de 1804 “Discurso económico-político-legal sobre los medios de socorrer a un pueblo hambriento de pan”.

Las disertaciones extraordinarias estaban destinadas a honrar al rey o a los miembros de la Real Audiencia de Charcas. Un ejemplo de ellas es la disertación de Francisco Gutiérrez de Escobar, académico jubilado sobre “Oración de bienvenida al Presidente Ignacio Flores”, leída presumiblemente en el año 1782.

En esa época para convertirse en un profesional capacitado tanto para la acusación como para la defensa de causas jurídicas, políticas o económicas, los estudiantes debían adquirir la formación legal y la práctica forense, acompañadas de técnicas que fomentaban la elocuencia, la argumentación junto a la atenta observación de los trámites de las causas en los tribunales y el posterior ejercicio de la abogacía en un estudio jurídico.

“... tenían el propósito de formar no solamente letrados... sino hábiles políticos, instruidos en las máximas del Estado, dotados del buen gusto, celosos del orden metódico, claridad y estilo con que deben manejarse en los puntos de su inspección; y, finalmente, penetrados de la subordinación respetuosa que merece la superioridad de nuestra leyes, por lo mismo de ser establecidas por el Soberano” (Rípodas Ardanaz, 1995: 1398).

En esa Academia se formó Mariano como abogado y político y su historia personal como hombre público, no parece dejar dudas que los saberes allí adquiridos lo hicieron un revolucionario activo dispuesto a plasmar en los actos de gobierno sus ideas sin trepidar, ni siquiera ante los hechos más dolorosos de las revoluciones, como son los fusilamientos, persecuciones de enemigos y guerras.

IV. Mariana

Han pasado más de doscientos años desde aquellos días de Mariano y en otra ciudad también llamada La Plata se erige la Universidad Nacional y una de sus antiguas casas de estudios, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que recibe a Mariana.

Los ingresos de la familia de Mariana, como se dijo, no son suficientes para poder pagar sus estudios, en una ciudad como La Plata distante más de 500 km de su pueblo, donde tiene que hallar vivienda, alimentarse, viajar hasta la Facultad y, quizás dos veces por año, volver al pueblo a visitar a sus padres. ¿Qué le ofrece la Universidad para estudiar sin premuras económicas? Algún sistema de becas que, no son fáciles de conseguir y un comedor a muy bajo precio que le permitirá vivir.

Han pasado más de 200 años desde que Moreno emprendiera la ‘aventura’ de cursar una carrera universitaria, sin embargo, las dificultades para Mariana y para todos los estudiantes que provienen

del interior de país y de sectores sociales con ingresos bajos, son similares y las posibilidades de inserción laboral son menores.

El plan de estudios de la carrera de abogacía de la FCJyS ha tenido reformas parciales en los últimos años, una alumna aplicada puede llegar a cursar todas las materias pero...para ello necesita disponer todo el día es decir, el trabajo se constituye en un obstáculo para lograr acceder al título cursando todas las materias.

La opción de dar todas o la mayoría de las materias en condición de 'libres' deja librado al azar el promedio de egreso. El promedio puede ayudar al joven egresado a conseguir el tan ansiado trabajo. Y, dar la materia en condición de libre, deja a la total discrecionalidad del docente la "evaluación" la cual puede durar de 10 minutos a una hora y ninguna de las opciones asegura que el docente pueda medir los conocimientos adquiridos por los alumnos.

Para acceder a las becas de la Facultad, Universidad, CIC, Conicet se necesita terminar los estudios con un alto promedio preferentemente sin aplazos y dar las materias libres en estas condiciones no garantiza el promedio.

Por otra parte para trabajar en el Poder Judicial es necesario tener contactos, relaciones que nadie advierte a Mariana debe conseguirlas durante su paso por la FCJyS. La otra opción con que cuenta es trabajar gratuitamente como meritoria en Tribunales. Este 'empleo' no garantiza ni adquirir conocimientos de la práctica profesional ni conseguir ingresar a la planta permanente de acuerdo al desempeño. Algo similar ocurre con el denominado ejercicio libre de la profesión ya que cuanto mas grande es el estudio menos retribución recibe, la experiencia que adquieren es magra y la explotación es grande.

El sueño "mi hijo el doctor" ha caducado y el paso por la FCJyS puede dejar un sabor amargo cuando los años transcurran y la inserción laboral sea difícil de concretar, no hay relación entre la cantidad de abogados que el mercado necesita y la cantidad de títulos que se otorgan, tampoco existen datos ciertos de cuántos abogados terminan su carrera en las siete Facultades (públicas) de derecho que existen en la provincia de Buenos Aires, que permita planificar cómo se distribuirán los abogados en una sociedad cada vez más fuertemente desigual.

La FCJyS desde mediados del siglo pasado, es una de aquellas carreras cuyos planes de estudio presentan un menú de asignaturas fijas y obligatorias. En el mejor de los casos las posibilidades de elección del estudiante se reducen a la cátedra en la que desea cursar la materia (siempre y cuando la facultad presente más de una cátedra por asignatura). En cuanto a las asignaturas, el estudiante recibe por parte de la institución un "menú fijo" que no puede ser cambiado. Se trata en suma de un modelo armado. El carácter prescriptivo de esta currícula es bastante fuerte.

Este tipo de modelo, tradicionalmente acompañado por prácticas de enseñanza en las que predomina la clase expositiva del docente, ha sido caracterizado como "enciclopédico", debido a que más que estar orientado a proveer herramientas conceptuales para que el futuro abogado pueda encarar autónomamente el razonamiento crítico necesario para resolver problemas sobre la base de un material jurídico cambiante, pretende suministrar el máximo de información posible. Además, supone una suerte de estudiante "homogéneo", si se tiene en cuenta que por regla no se articula una oferta de cursos variada y electiva que satisfaga las dispares necesidades curriculares de los estudiantes y facilite su adecuada formación. Finalmente, la formación del abogado resulta en estos casos fuertemente uniformadora Clerico y Ruiz (2002: 13). En una época en que predomina la diversidad social y jurídica, formar en la 'uniformidad' reduce la capacidad de respuesta en el momento del ejercicio.

Por lo general, a esta lógica responden el modelo previsto para la carrera de abogacía de la FCJyS de la UNLP. Facultad que no pudo revisar su plan de estudios al regreso de la democracia, como sí lo hicieron con suerte dispar, algunas facultades de derecho de universidades públicas: Rosario, Córdoba, Tucumán y UBA

Una de las razones más fuerte del fracaso de los sucesivos intentos de reforma curricular en la FCJyS, lo constituyen los actores sociales y sus prácticas, entre los que podemos mencionar, las autoridades

y su proyectos escasamente consensuados, los estudiantes y sus demandas gremiales y los docentes con la defensa de su espacio académico. Sin embargo, no es ella la única Facultad que no ha logrado reformar sus planes de estudio, ya que existen otras facultades de universidades públicas que responden a este esquema como la Universidad del Nordeste, La Pampa, La Matanza, San Juan, entre otras.

También pueden ser considerados en esta categoría los planes de estudio de las Facultades de Derecho en los que sólo una o dos materias son electivas y todas las demás obligatorias, tal es el caso del plan de estudios de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Rosario (que cuenta con un total de 34 asignaturas e incluye dos residencias anuales, siendo sólo una asignatura electiva y en el último año de la carrera) y el de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro (30 asignaturas obligatorias, de las cuales sólo 2 son optativas).

V. La distancia entre recibirse y conseguir trabajo

Volviendo a Mariana frente a la falta de posibilidades laborales en la ciudad de La Plata ¿qué puede hacer?, subemplearse por unos pocos pesos o volver al pueblo y convertirse en empleada pública y/o en una más de las tantas abogadas que no logran poner en juego los conocimientos adquiridos generando frustración y preguntas de los otros y de ella misma si no le faltará capacidad o preparación para insertarse laboralmente (12).

A los estudios universitarios, a partir del primer gobierno peronista, pueden acceder todos los egresados de la secundaria gratuitamente, pero, esto no garantiza su permanencia ni su posterior inserción laboral. Algo equivalente a la consagración de “todos somos iguales ante la ley”, que cristaliza la distancia entre lo normado y lo real.

Si bien a Mariano le costaba más acceder a la universidad, porque no era gratuita, eso no significa que a Mariana, aunque la universidad es gratuita, le resulte más fácil tanto el acceso como la permanencia hasta egresar, pues depende de estrategias culturales que por disímiles circunstancias, no tiene. En la actualidad, ni la familia ni la escuela, entre otras instituciones, pueden brindar las estrategias o sea los recursos económicos y simbólicos indispensables para la afiliación universitaria.

VI. Bibliografía

- BAGU, Sergio. Mariano Moreno. EUDEBA, Buenos Aires, 1966, p. 126.
- CLERICO, Laura y Ruiz, Guillermo. Propuesta para el Estudio y Actualización del Diseño Curricular de la Carrera de Abogacía. Editor Facultad de Derecho-UBA, Buenos Aires, 2002.
- GALVAN MORENO, Carlos. Mariano Moreno. El númen de la Revolución de Mayo. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1960, p. 221.
- KENNEDY, Duncan. “La educación legal como preparación para la jerarquía”, Academia. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, Buenos Aires. Año 2, Número 3, p. 117-147.
- LEYVA RAMOS, Miguel. “La Academia Carolina de Charcas: crisol de sociabilidades democráticas”. Sitio web: <http://mleyvar.blogspot.com/2009/01/la-academia-carolina-de-charcas-crisol.html> Decargado el 11/10/2009, 2005.
- MANGANIELLO, Ethel M. Historia de la Educación Argentina. Método generacional. Librería del Colegio, Buenos Aires, 1980, p. 223.
- MARTINO, Julio Delfín. Vida de Mariano Moreno. Editor Julio Delfín Martino, Buenos Aires, 1954, p. 210.
- MORENO, Manuel. Vida y memorias de Mariano Moreno. EUDEBA, Buenos Aires, 1968, p. 231.

(12) Al igual que en la época de Mariano Moreno, en la actualidad, la profesión sacerdotal, la de policía o la de militar aseguran al egresado un empleo rentado

-RIPODAS ARDANAZ, Daisy. "Disertaciones de la Real Academia Carolina de Practicantes Juristas de Charcas (1782-1808)" Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, México, t. II, pp. 1369-1405, 1995. Sitio web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/819/20.pdf>. Descargado el 11/10/2009.

-SECRETARIA DE POLITICAS UNIVERSITARIAS, Ministerio de Educación. Anuario 2006 de Estadísticas Universitarias, 2007. Disponible en: http://www.mcye.gov.ar/spu/guia_tematica/estadisticas_y_publicaciones/estadisticas_y_publicaciones.html. Descargado: 11/10/2009. ♦

La formación profesional de los abogados en la Provincia de Buenos Aires: análisis comparativo desde los planes de estudio vigentes

POR **CAROLA BIANCO** y Colaboradores (*)

Sumario: I. Introducción. II. Primeros datos de la muestra elegida. III. Análisis comparativo de las carreras de abogacía de las Universidades Nacionales en la Provincia de Buenos Aires. IV. Consideraciones finales. V. Bibliografía.

Resumen

En el presente trabajo, el cual forma parte de un proyecto de investigación que se encuentra en ejecución, se analizaron los planes de estudio vigentes de las carreras de abogacía de las Universidades Nacionales con sede en la Provincia de Buenos Aires.

En el inicio del trabajo se consideraron las diversas denominaciones que poseen las instituciones en las que se encuentran dichas carreras y su posible incidencia en los planes de estudio.

Asimismo, describimos los roles profesionales y las justificaciones explicitadas a fin de explorar su vinculación con las asignaturas y la ubicación de éstas en el plan de estudios.

Con esta información se realizó un análisis comparativo con el objeto de relevar las diferentes orientaciones que ofrecen las carreras de abogacía en la Provincia de Buenos Aires.

Palabras claves: planes de estudio – estructuras organizacionales – modelos curriculares.

The lawyers course of Studies in the province of Buenos Aires: A comparative analysis of the actual curricula

Abstract:

The article briefly sums up the results of an ongoing research Project on the actual syllabuses taught at several National Universities Law Schools of the Province of Buenos Aires, Argentina.

At the initial stage of the project, the different labels for almost identical subjects in the curricula and their impact on the different curricular plannings, were analysed.

Later on, the research focuses upon the diverse viewpoints as regards the role of the legal profession and how these differences are closely related to the selection of subjects and also to their relative order in the syllabus structure.

Finally, the article presents a comparative analysis of the different orientations offered by the different National Universities Law Schools of the Province of Buenos Aires Argentina based upon the statistical data collected.

Keywords: Curricula - organizational structures - curriculum design

(*) Profesora Interina Adjunta de Sociología Jurídica, Cátedra I. Fac. Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

Colaboradores:

Cristián A. Furfaro: Docente de Sociología Jurídica. Cátedra I; Diego A. Robles: Docente de Sociología Jurídica Cátedra I; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP; María M. López: Investigadora sobre Las nuevas configuraciones del campo de la formación del abogado en la Argentina...; María B. Deladino: (idem) ambas pertenecientes a la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. UNLP.

I. Introducción

En el presente trabajo analizaremos las estructuras organizacionales de las Universidades Nacionales de la Provincia de Buenos Aires en las que se ofrece la carrera de Abogacía y los planes de estudio vigentes en dichas instituciones. Nos proponemos conocer y analizar los fundamentos de las diferentes estructuras organizacionales y los modelos curriculares de cada Universidad a fin de indagar el modo en que ambas se relacionan.

Este planteamiento forma parte de un proyecto de investigación recientemente acreditado (1), en continuidad con la línea de investigación en la enseñanza del Derecho que venimos desarrollando desde hace unos años (2).

En estas Universidades existen diferentes estructuras organizacionales de acuerdo a diversos Modelos institucionales existentes. En este sentido, verificaremos si la estructura organizacional se refleja en el modelo curricular. Asimismo, indagaremos los fundamentos, los perfiles profesionales (3) y la estructura curricular explicitados en los planes de estudio vigentes.

Elegimos las carreras de abogacía de las Universidades Nacionales de la Provincia de Buenos Aires en razón de la relevancia social que poseen, y por ende el interés público que guía la presente indagación. La selección de la muestra por otra parte, obedece a las posibilidades que brinda la comparación en tanto nos permitirá conocer la diversidad existente en la formación de los abogados en relación a las instituciones universitarias nacionales (4) de la provincia de Buenos Aires y abrir nuevas perspectivas de interpretación para el debate acerca de los planes de estudio y sus posibles modificaciones.

En esta primera etapa, trabajaremos sobre la información publicada en los sitios electrónicos con que cuentan las Universidades elegidas. Tomamos los textos publicados en las páginas web, debido a que constituyen la fuente de información de mayor alcance. Asimismo, cabe señalar que si bien resulta una fuente de gran accesibilidad, encontramos que el volumen de información es bastante disímil entre las distintas instituciones.

Desde la perspectiva metodológica consideramos indispensable la realización de un análisis crítico del discurso (5), sobre el contenido de los textos "(...) cuando se habla del contenido, a lo que se está aludiendo en realidad, de forma un tanto paradójica, no es al texto mismo, sino a algo en relación con lo cual el texto funciona, en cierto modo, como instrumento" (6). Desde este punto de vista, el contenido de un texto, no es algo que está localizado dentro de un texto en cuanto tal, sino fuera de él, en un plano distinto, en relación con el cual ese texto define y revela su sentido.

Tan afuera puede estar el sentido, que puede estar dado -como bien lo señala Derrida- por aquello que no está, por las ausencias en lugar de las presencias" (Kunz y Cardinaux: 2005:167).

Siguiendo con esta línea de pensamiento, realizaremos una primera aproximación de lo que entendemos como ACD. La tarea de observación de las prácticas de los actores sociales en situaciones concretas, así como la realización de entrevistas a los actores relevantes del campo investigado, en cuyo seno los discursos se significan, será abordada en el siguiente tramo de nuestra investigación.

(1) Proyecto "Las nuevas configuraciones del campo de la formación del abogado en Argentina: instituciones, planes de estudios y prácticas profesionales", bajo la dirección de Manuela González.

(2) Proyecto "El proceso de enseñanza-aprendizaje y evaluación en la FCJyS de la UNLP" J076, acreditado y ejecutado dentro del Programa de Incentivos (2005-2008). Directoras: Manuela González y Nancy Cardinaux.

(3) Utilizamos el término perfil profesional de acuerdo a la denominación que se establece en los planes de estudio relevados.

(4) CLÉRICO y RUIZ. 2002:11.

(5) ACD de aquí en adelante.

(6) KUNZ, A. y CARDINAUX, N., Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesis. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. 2005.

II. Primeros datos de la muestra elegida

De las siete universidades Nacionales, situadas en la Provincia de Buenos Aires, que dictan la carrera de abogacía, relevamos ocho planes de estudio vigentes (esto es así pues a partir del año 2009, la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ), posee dos planes de estudio, el anterior data de 1984 y aún se encuentra vigente), del total de los planes bajo análisis, observamos que sólo uno de ellos es anterior al período dictatorial (UNLP, 1953) (7). De la década del ochenta, encontramos el plan de la UNLZ (1984), de la década del noventa sólo se encuentra el de la Universidad Nacional de Mar del Plata UNMdP (1993), en tanto los cinco restantes son posteriores al año 2000: Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN, 2001), Universidad Nacional de La Matanza (UNLaM, 2004), Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA, 2007), UNLZ y Universidad Nacional del Sur (UNS, 2009).

III. Análisis comparativo de las carreras de abogacía de las Universidades Nacionales en la Provincia de Buenos Aires

La estructura organizacional

Con respecto a la estructura organizacional, entendemos a ésta como el modo en que cada institución gestiona sus recursos para llevar adelante su currículum. En el presente trabajo identificamos dos modelos de estructura organizacional que definimos a continuación.

El Sistema Universitario Argentino presenta organizaciones institucionales muy disímiles y complejas que, en la mayoría de los casos, responden a criterios y marcos conceptuales muy diversos.

Al indagar sobre las Carreras de Abogacía en las Universidades mencionadas encontramos que las mismas también cuentan con variadas estructuras organizacionales, recibiendo las denominaciones de Facultad, Escuela o Departamento, tal como se establece en el artículo 27, Título IV de la Ley de Educación Superior N° 24.521.

“(…) las instituciones que responden a la denominación de Universidad deben desarrollar su actividad en una variedad de áreas disciplinares no afines, orgánicamente estructuradas en Facultades, Departamentos o Unidades Académicas equivalentes. Las Instituciones que circunscriben su oferta académica a una sola área disciplinaria se denominan Institutos Universitarios”.

Si bien las diferentes estructuras organizacionales son equivalentes, la adopción de una u otra responde al contexto socio histórico (8) en que cada institución fue fundada y, al mismo tiempo, a la adhesión a corrientes de pensamiento diversas respecto del modelo organizacional a seguir como son el Modelo norteamericano o el europeo (tradicional). Siguiendo el enfoque de análisis internalista que Burton Clark adopta en su libro “El sistema de Educación Superior” (1996) podemos caracterizar cada uno de los modelos y sus implicancias en la dinámica de las diferentes Universidades estudiadas. Asimismo, este enfoque “evita imputaciones fáciles a la sociedad” y permite centrar la mirada en los modos en que el Sistema mismo determina la acción y el cambio.

a) Modelo organizacional Europeo

El modelo europeo o tradicional ha sido adoptado por la UNLP, la UNMdP, la UNLZ y recientemente por la UNICEN (9) y se caracteriza por poseer una estructura organizada del siguiente modo:

(7) La única reforma que se registra data de la década del '80 en la que se incorporaron y reacomodaron algunas asignaturas.

(8) Por razones que exceden el alcance de esta ponencia no ahondaremos en este eje temático.

(9) En el siguiente análisis consideraremos las tres primeras (Universidades), en razón de que la UNICEN modificó su estructura organizacional en junio de 2009, actualmente es facultad de derecho. Sin perjuicio de lo cual, la información publicada en la Web, pertenece a la estructura organizacional anterior, Escuela de Derecho.

Facultades, encargadas de la enseñanza de alguna profesión o disciplina básica, por ejemplo las Humanidades.

Unidades operativas más locales como las Cátedras que comprenden una determinada especialidad perteneciente a una profesión o una disciplina entera como por ejemplo la Historia. Las cátedras suelen ser tan numerosas como disciplinas existan dentro de la Facultad y tienden a multiplicarse conforme se crean nuevos subcampos disciplinares. Según Clark, “la cátedra ha sido la forma tradicional de control operativo en la mayor parte de las universidades europeas y latinoamericanas, remontándose a la primigenia universidad medieval organizada como gremio y federación gremial de maestros que se encargaban de formar núcleos pequeños de asistentes y aprendices” (10); de la misma manera dicha organización concentra todas las responsabilidades académicas en una sola persona, el catedrático, quien supervisa todas las actividades y es apoyado por personal subordinado.

La formación especializada es otra de las características de este modelo, lo cual permite a las Facultades desarrollar una autonomía significativa con respecto al accionar de otras Unidades académicas pero al mismo tiempo, es probable que se produzca una fragmentación organizacional.

Con respecto a la organización del trabajo académico, es decir la organización de las actividades de acuerdo a su dificultad, en el modelo europeo ha predominado la existencia de un único nivel con una duración ideal de entre cuatro y cinco años (11), el universitario (al que los estudiantes acceden directamente luego de su paso por el nivel medio) que otorga al alumno una certificación de competencia profesional. Esta certificación si bien favorece el vínculo rápido y directo con el mercado laboral, plantea diversas dificultades en relación al ingreso irrestricto de los estudiantes al nivel pues el número de personas excede muchas veces la capacidad de absorción del mercado ocupacional y comienzan así a operar diferentes sistemas de selección.

b) Modelo organizacional norteamericano: innovación y fundamentación

Un dato interesante es que en ninguna de las páginas web de las Universidades que adoptan el Modelo Tradicional se encuentran los fundamentos de su adopción, ninguna otra referencia al respecto. Por el contrario, en las páginas de la UNLaM, la UNS y la UNNOBA hallamos referencias explícitas en relación a la estructura organizacional adoptada (basada en el Modelo norteamericano), esto puede deberse a que el Modelo Europeo fue utilizado por las grandes Universidades en sus orígenes y sus características están tan internalizadas y naturalizadas para el conjunto de la sociedad que no se hace necesario fundamentar dicha elección.

El mencionado modelo norteamericano se caracteriza por poseer una estructura organizacional menos burocrática en el que las células operativas son los Departamentos que agrupan disciplinas afines y proveen del cuerpo docente a las distintas carreras. En éstos las responsabilidades académicas y el poder se distribuyen entre varios profesores de rango semejante y se admite una mayor participación de asistentes, otros profesores, etc. Como se puede leer en la página web de la UNS (12) “La nueva casa organizó su estructura académica por Departamentos, en lugar de las tradicionales Facultades. Estos tienen una estructura administrativa menor y permiten la flexibilidad y transversalidad en el conocimiento. Así, las unidades académicas no deben crear para sus carreras las materias que otras dictan para las suyas, lo que permite a los alumnos cursarlas en ellos...”

Otra de las características de este modelo es que al estructurarse los Departamentos por afinidad de conocimientos se favorece la interdisciplinariedad, la interdependencia, la flexibilidad y el dinamismo logrando una cooperación que propicia una educación de tipo general y comprensivo; al referirse a su estructura organizacional la UNNOBA expresa que “...la denominación ‘disciplinas afines’ intenta superar la denominación ‘asignaturas afines’, asociada a un modelo de enseñanza tradicional y, como

(10) CLARK, B. (1996) El sistema de educación superior. Nueva Imagen, México.

(11) Aunque su duración real se extiende por lo menos en uno o dos años más.

(12) <http://www.uns.edu.ar/>

consecuencia, directamente vinculado con la actividad de enseñanza. La denominación incluida en este proyecto resulta más adecuada por dos motivos: por un lado, permite incorporar otras variantes en la organización de los planes de estudios (módulos, seminarios, talleres, etc.); por el otro, es más acorde a las actividades que se desarrollarán en el ámbito de los departamentos pues incorpora la actividad de investigación, ensanchando y trascendiendo las fronteras institucionales” (13).

En este modelo el trabajo académico está organizado en dos niveles “el primero dedicado a los estudios de pregrado, se orienta primordialmente a la formación general con una especialización limitada basada en el área de concentración curricular por la que el estudiante opta durante los dos últimos años” (14) y el diploma obtenido en esta primera instancia generalmente no certifica competencia profesional; “la especialización propiamente dicha ha sido ubicada en el segundo nivel compuesto por dos modalidades distintas, la escuela de graduados y la escuela profesional a las cuales se puede ingresar sólo si se ostenta el grado de primer nivel” (15). Estas escuelas ofrecen carreras más cortas con una duración aproximada de cuatro años, es necesario aclarar que si bien esta característica es distintiva del modelo norteamericano, no es adoptada por las Universidades argentinas mencionadas en las cuales se establece un único nivel como en el Modelo Tradicional. Así, tal como lo expresa Fernández Lamarra (2003), en la década del ‘90 algunas universidades han tendido a reducir la duración de sus carreras a cuatro años por la incidencia del modelo norteamericano y a la mayor diversificación de la oferta con títulos más específicos.

Análisis de los planes de estudio.

Existen múltiples conceptualizaciones acerca del término currículum, este uso no unívoco del término genera un relativo “caos conceptual” (16), por ello, siguiendo a Alicia de Alba, elegimos una definición que de cuenta de su complejidad.

“Por currículum se entiende a la síntesis de elementos culturales (conocimientos, valores, costumbres, hábitos) que conforman una propuesta político-educativa pensada e impulsada por diversos grupos y sectores sociales cuyos intereses son diversos y contradictorios, aunque algunos tiendan a ser dominantes o hegemónicos, y otros tiendan a oponerse y resistirse a tal dominación o hegemonía. Síntesis a la cual se arriba a través de diversos mecanismos de negociación e imposición social. Propuesta conformada estructurales-formales y procesales-prácticos, así como por dimensiones generales y particulares que interactúan en el devenir de los currícula en las instituciones sociales educativas. (...) Si bien en un currículum se incorporan los elementos culturales que se han considerado valiosos, esta consideración es la que sostienen los grupos dominantes de la sociedad, sin embargo, en un currículum se expresan, aunque ocupando diferentes espacios en los planos estructura-formal y procesal-práctico, los elementos culturales pertenecientes a otros grupos socioculturales que logran incorporarse en dichas síntesis. En términos de Bourdieu (1970) el currículum es un arbitrario cultural; sin embargo tal arbitrario está conformado por elementos de diversas conformaciones culturales y su carácter es el de una estructura dinámica y relativamente estable” (De Alba, Alicia: 1995).

Sin perjuicio que entendemos al currículum desde la complejidad de la trama de relaciones entre actores que se configura como un proceso netamente político, en esta etapa inicial abordamos su parte más visible: la concretización en los planes de estudios.

En el análisis del contenido de los textos en los que se expresan los planes de estudio vigentes, nos detendremos en los siguientes elementos: a) la fundamentación b) los perfiles profesionales y c) la estructura interna del plan.

(13) www.unnoba.edu.ar

(14) CLARK, B. (1996) Op. cit.

(15) CLARK, B. (1996) Op. cit.

(16) El término caos conceptual lo hemos tomado de las autoras Sanjurjo, L. y Vera T. en el texto “Aprendizaje significativo y enseñanza en los niveles medio y superior”. Edit. Homo Sapiens. 2006. pág. 99.

Asimismo, como un eje transversal a los elementos mencionados relevaremos el tipo de vinculación del modelo curricular adoptado con la estructura organizacional de las Universidades.

a) Fundamentación

De conformidad con el marco teórico adoptado por Díaz Barriga, “(...) efectuar un diagnóstico de necesidades es el primer paso para elaborar un plan de estudios que responda a los requerimientos más urgentes de la sociedad (17). De acuerdo con Taba, es una actividad que se centra en ‘la determinación de las necesidades educacionales de los estudiantes, las condiciones de aprendizaje en el aula y los factores que afectan la realización óptima de los objetivos educacionales.’

En la práctica, existe la tendencia a reemplazarlo por una ‘justificación’ que permita avalar una decisión previa en relación con un plan de estudios, ésta situación se debe a la laxitud con la que se plantea esta etapa. Tales justificaciones, en la mayoría de los casos benefician ‘modelos dominantes’ de un ejercicio profesional.

La noción de diagnóstico de necesidades está indefinida actualmente por los autores que sostienen la teoría de planes de estudio. Con ello se crea desde el discurso curricular un mecanismo de ocultación a través del cual se supone que se efectuó un diagnóstico para conocer una realidad, cuando lo que se intentaba era ocultarla.

Esto se traduce en la incorporación de un apartado en el nuevo plan de estudios, la ya mencionada fundamentación o justificación que cumple un requisito formal, pero no proporciona elementos de análisis que sirvan de marco referencial para la construcción de tal plan de estudios” (Díaz Barriga, Ángel: 1996).

Los fundamentos en los planes de estudio relevados

De los ocho planes seleccionados, encontramos que sólo uno de ellos presenta un diagnóstico de necesidades previo (UNLZ) (18). De los siete restantes, tres de ellos (UNMDP, UNICEN, UNNOBA) poseen un apartado denominado fundamentación, sin perjuicio de lo cual, cabe señalar que éste no siempre se ajusta a la definición que proporciona el campo académico y que hemos brindado más arriba.

Los últimos cuatro no realizan ni diagnóstico de necesidades previo, ni justificación. En su lugar desarrollan la estructura de asignaturas y objetivos generales de la carrera.

Cabe señalar que los planes que presentan un apartado destinado a la justificación se han puesto en vigencia con posterioridad a la década del 90’ (UNMDP: 1993; UNICEN: 2001; UNNOBA: 2007; y UNLZ: 2009).

El nuevo plan de la UNLZ se distingue del resto, en principio, por dos motivos: en primer lugar, es el único que define el concepto de currícula utilizado para su planeamiento según el cual “estructurar una currícula significa definir las formas de producción y apropiación del conocimiento que se consideran válidas en el contexto socio-histórico en que se inserta la propuesta y los criterios y lineamientos teórico-metodológicos que enfatizan la dimensión educativa, y la proyección social de los proyectos formativos”. De esta manera, justifica el sistema de correlatividades adoptado así como también la incorporación de un área de formación práctica. Según tal sentido, las materias comportan unidades de organización secuenciadas con progresivos niveles de pertinencia y complejidad disciplinar, siendo sus elementos constitutivos las asignaturas.

En segundo lugar, alude a un diagnóstico de necesidades previo a la puesta en marcha del proceso de reforma del plan vigente desde 1984. Ello lo lleva a cabo bajo el título “diagnóstico situacional para

(17) Permite mantener el currículo a tono con las necesidades de la época (...) es esencialmente un proceso de determinación de hechos por ser tomados en cuenta en el currículo. H. Taba, *Elaboración Del Currículo*, Troquel, Bs. As, 1974, pág. 305.

(18) Plan 2009.

la actualización del plan de estudio". Manifiestan que dicha reforma se realizó en el marco de un profundo debate de carácter político-educativo y técnico-pedagógico, lo que los lleva a aseverar que de acuerdo al planeamiento estratégico realizado se identificaron escenarios "que demandan el fortalecimiento de los vínculos con la sociedad y el relevamiento de necesidades en materia educativa".

También refieren que a partir de la detección de tales necesidades se tomó como base para la sustentación de la actualización del plan un proceso de consulta a los docentes, como modelo participativo de evaluación curricular, y satisfaciendo criterios de adecuación científica (validez, -confiabilidad) y de utilidad práctica (relevancia-pertinencia) buscando con ello una estructura continua e integrada.

Por su parte en el plan de estudios de la UNMDP en el apartado justificación se explicitan los propósitos que se han tenido en miras para el diseño curricular por el cual se "tiende a dotar al graduado de los conocimientos, las técnicas necesarias y de una voluntad creadora de oportunidades nuevas y de fuentes de empleo y de trabajo, en vez de muñirlo de herramientas solamente aptas para la contienda judicial, que al fin y al cabo, no es otra cosa que la patología del Derecho". En el mismo tópico deja entrever su interés por "impulsar el cambio universitario" mediante la conformación de una Comisión Permanente de Carrera encargada de revisar y evaluar las reformas que se consideren pertinentes. Se hace hincapié en aquellas "reformas que puedan contribuir a la generación de procesos deseables de cambio tecnológico, económico y social".

Asimismo, en dicho plan expresamente se vincula el cambio social con el cambio universitario, "mal podríamos preconizar la pertinencia del cambio social si nosotros mismos no estuviésemos decididos a impulsar el cambio universitario". Sin embargo, acto seguido aclara que incluye el tratamiento de aquellas reformas que sean "dentro de los márgenes del sistema".

Finalmente, en lo que respecta a la vinculación entre el conocimiento y la sociedad: define a la profesión jurídica como una estructura social estrechamente relacionada a actividades políticas y económicas, y enfatiza que "para la planificación de la currícula tiene en cuenta el conocimiento producido y el ejercicio de la profesión en la sociedad más amplia". Así como que "las reformas curriculares deben tener en cuenta su incidencia en el cambio tecnológico económico y social".

Otro aspecto que merece la pena señalar es la definición de la contienda judicial como la patología del derecho. Por otra parte se autodefine como un plan flexible que debe ser permanentemente evaluado desde una perspectiva crítica: "El cuestionamiento y la reflexión crítica debe ser una actitud permanente de la comunidad universitaria de esta facultad".

El plan de estudios de la UNICEN desarrolla su fundamentación de manera muy escueta, mediante la enumeración de objetivos generales entre los que se pueden señalar: la contribución a la reflexión crítica, el desarrollo de la investigación, docencia y extensión y el desarrollo regional-local.

Destaca la multidimensionalidad del fenómeno jurídico procurando la mayor realización del valor Humanidad. Define al mundo jurídico como el mundo de la convivencia social y enfatiza la labor del joven jurista en su construcción, así como la necesidad de la interacción multidisciplinaria.

El plan de estudios de la UNNOBA, en su primer apartado incluye un ítem de propósitos: En ellos se observa similar interés al explicitado por la UNMDP al vincular el conocimiento con la sociedad y las necesidades locales. En este sentido se propone:

"Contribuir a la formación de profesionales con un perfil académico específico, que posea una visión integradora entre el Derecho, la Sociedad, el Estado y la Economía, en el marco de la región donde está inserta la UNNOBA y tomando en cuenta el marco de la región donde desarrollaría su actuación profesional.

Formar los profesionales en Abogacía que el desarrollo de la región requiere acorde a las exigencias establecidas por las leyes que regulan el ejercicio profesional".

Acto seguido, encontramos el ítem Fundamentación, sin perjuicio de lo cual, observamos que no se han colocado los fundamentos del plan sino que se describe la estructuración de la carrera, en cuanto

a la cantidad de materias, la organización interna del plan y la carga horaria de las asignaturas, luego de lo cual detalla los objetivos generales del plan.

b) Perfil profesional

Los perfiles profesionales se elaboran como un conjunto de conocimientos, habilidades y actitudes definidos en términos operatorios, para un ejercicio profesional. Tales perfiles se refieren únicamente a los aspectos observables del comportamiento del sujeto (con la pretensión de poder ser evaluados) y tienden a regular la orientación de un plan estudios. Sólo logran, en realidad, eliminar los análisis sobre la formación que un sujeto debe adquirir en un proceso escolar.

En este sentido, cobra valor la propuesta de estructurar un currículo a partir del estudio de la práctica profesional. Ello resulta válido no sólo porque este concepto reemplaza el de perfil del egresado, sino fundamentalmente porque definir las prácticas sociales de una profesión, su vínculo en una sociedad determinada y las condiciones históricas de la misma implica una concepción más integral y diversificada de la realidad social y educativa.

Al abordar los problemas de la práctica profesional parece que se trabaja en un campo que no corresponde al diseño curricular sino a la Sociología, la economía o la política. No obstante, el currículo es una respuesta -que no es educativa solamente- a un conjunto de problemas económicos, políticos e ideológicos, y por ende culturales y educativos.

El perfil profesional en los planes de estudio relevados

De los ocho planes seleccionados, seis incorporan de forma explícita un apartado denominado perfil profesional (UNLaM, UNMdP, UNICEN, UNNOBA, UNLZ -1984- y UNLZ 2009). A su vez, de estos seis, sólo en las cuatro universidades indicadas seguidamente (UNNOBA, UNLZ -1984- y UNLZ 2009) realizan una distinción entre “perfil” e incumbencias o alcances profesionales o laborales. De los dos planes restantes, la UNLP contiene una referencia a las incumbencias y a la habilitación que implica el título de abogado, sin realizar una referencia explícita a perfil. La UNS, por su parte, no menciona referencia alguna al respecto.

En el plan de la UNLP se realiza una distinción entre las actividades principales a las que habilita el título y otras incumbencias laborales que expresamente coloca como secundarias. Así, explicita como principales “intervenir en juicios, asistiendo a las partes interesadas mediante patrocinio o representación en expedientes y actuaciones judiciales o administrativas. Y como accesorias, se agrega ‘el asesoramiento en todo asunto que requiera opinión jurídica, el desempeño de cargos en la función judicial, la docencia universitaria y la investigación científica así como también habilita para actuar como mediador o conciliador. Por último refiere a la posibilidad de inscripción en cursos de postgrado en diversas Especializaciones, Maestrías y el Doctorado en Ciencias Jurídicas”.

En el plan de estudios de la UNLaM bajo el rotulo “perfil” se enfatizan las capacidades que pretende desarrollar entre ellas: la interpretación y aplicación del sistema normativo que regula las relaciones entre instituciones, entre instituciones e individuos, y entre individuos, en el ámbito de la comunidad nacional de la que forma parte, así como la identificación de los principios que sustentan dicho sistema. Asimismo, destaca que el enfoque con que se ha abordado su formación tiene como soporte el conocimiento de los lineamientos básicos de la lógica jurídica y en el análisis crítico de las prácticas.

En el plan de la UNMdP el “perfil” expresa las habilidades y la capacitación necesarias para actuar en diferentes campos del ámbito social. Además identifica tanto la responsabilidad individual cuanto la colectiva, y la aptitud para construir estrategias creativamente, “desembarazado de un sistema de ideas y conceptualizaciones preestablecidas, dogmáticas e inmodificables”.

Subraya la conciencia crítica del graduado, no limitada a la interpretación de los grandes hechos sociales sino también se habrá de traducir en una responsabilidad económica específica. Dentro de las posibilidades del perfil propuesto, se expresan diversas actividades y capacidades para la labor profesional en el que no se realiza una distinción entre actividades principales y accesorias.

La UNICEN realiza una diferenciación entre alcances profesionales y perfil profesional.

Entre los alcances profesionales señala el Asesorar, elaborar informes y dictámenes, en todo asunto que requiera opinión jurídica. Patrocinar, representar y defender a las partes interesadas, en actuaciones judiciales y administrativas. Desempeñarse en la magistratura y otras funciones judiciales. Intervenir mediante patrocinio, representación o asesoramiento en otras actividades propias de la Administración Pública o privada donde sea necesario el conocimiento del derecho. Actuar como mediador, árbitro, conciliador y auxiliar de la Justicia en cuestiones jurídicas.

En relación al perfil, destaca el tipo de formación a la que se propende con el plan de estudios de la carrera, en ese sentido enfatiza “la formación jurídica general en las diversas especialidades del derecho, en estrecha vinculación con la realidad social, particularmente de la región. La formación profesional en las habilidades propias del Abogado, equilibrando el desarrollo en las distintas incumbencias profesionales. Y por último, la preparación para la complejidad multidimensional del derecho y la cultura, el funcionamiento conjetural del derecho, la inserción en el trabajo multidisciplinario, el pensamiento complejo y el análisis estratégico”.

En el plan de la UNNOBA, a diferencia de las restantes, se brinda una definición de lo que entiende como “perfil profesional”: “la descripción de las características en términos de conocimientos y capacidades que el título acredita” y de “competencias profesionales”, definidas como “aquellas actividades para las que resulta competente un profesional en función del perfil del título y de los contenidos curriculares de la carrera”.

Cabe señalar que en éste plan también se han diferenciado actividades principales y otras incumbencias, en un apartado que resulta idéntico al del plan de la UNLP.

Entre las capacidades que menciona el plan, se encuentran la de formar profesionales del Derecho conscientes de su responsabilidad social y ética, con una visión crítica y práctica del derecho, una formación integral que sirva de vínculo entre la teoría, la práctica y la sociedad que integran. Así como, la de proporcionar a los futuros profesionales de herramientas conceptuales que les permitan encarar autónomamente el razonamiento crítico necesario.

En cuanto a las competencias profesionales señala: ejercer la representación legal-judicial y extra-judicial y el patrocinio jurídico de personas y entidades públicas y/o privadas. Desempeñar funciones en el Poder Judicial. Asesorar a personas públicas o privadas. Participar en la elaboración y redacción de normas. Desempeñar funciones de dirección, gestión y asesoramiento en la administración pública. Ejercer la docencia en asignaturas jurídicas y otras áreas de su competencia. Asesorar y/o representar en la resolución de problemas en los sistemas alternativos para la previsión y solución de conflictos. Habilita para intervenir en juicios, asistiendo a las partes interesadas mediante el patrocinio o representándolas directamente en los casos en los que se otorgue poder suficiente.

Igualmente pueden desarrollar las mismas tareas de patrocinio y representación en expedientes y actuaciones de la Administración Pública.

En el ítem “Otras competencias”: contempla el asesoramiento en todo asunto que requiera opinión jurídica. Permite desempeñar cargos en la función judicial, la docencia universitaria y la investigación científica. Habilita para actuar como mediador o conciliador. Permite la inscripción en cursos de post-grado en diversas Especializaciones y Maestrías, así como el Doctorado en Ciencias Jurídicas, máximo Título de carácter específicamente Académico.

Se destaca de manera particular que algunas de las competencias antes señaladas coinciden literalmente con las propuestas por la UNLP.

En el plan del año 1984 de la UNLZ se realiza una distinción entre perfil profesional e incumbencias laborales.

En el apartado denominado perfil profesional se expresan una serie de propósitos en función de los cuales establece que el egresado deberá recibir la formación técnica-jurídica y humanística necesaria

para cumplir con su función social, fomentando la realización de una sociedad democrática en la que rijan los principios fundamentales del derecho y sugiriendo los métodos adecuados para ello. Resulta particular de este plan la mención a la realización de la defensa de los derechos de las personas frente a toda forma de opresión o agresión. Entendemos que esto puede obedecer al año en que entro en vigencia, apenas restablecida la democracia en nuestro país. También menciona la actividad de asesoramiento jurídico preventivo, con la finalidad de reducir la posibilidad de conflictos sociales.

Entre las incumbencias laborales a las que habilita el título, señala: ejercer el patrocinio y la representación en actuaciones judiciales, administrativas y extrajudiciales. Así como el ejercicio de la función judicial.

El plan vigente a partir de 2009 de la UNLZ en el apartado destinado al perfil profesional caracteriza al abogado como:

“un profesional con sólida formación teórica, metodológica y técnica, que le posibilita comprender el sistema jurídico-normativo; interpretar y aplicar los criterios, técnicas y procedimientos adecuados para la creación y aplicación del derecho en distintos ámbitos, y utilizar estrategias para la prevención, negociación y resolución de conflictos, así como, construir conocimiento y tecnología en el área del derecho en general, y la abogacía, en particular”.

Pone énfasis en el análisis de las prácticas y conductas socialmente comprometidas con contenido ético, y en la construcción de capacidades para responder a los requerimientos de un contexto social y profesional en constantes transformaciones.

Ninguno de los planes de la UNLZ contempla entre sus incumbencias, la docencia e investigación así como tampoco actividad profesional no vinculada al litigio como la mediación o la composición de conflictos.

Por último, en el plan de estudios de la UNS, no se explicita perfil profesional, así como tampoco encontramos algún apartado en el que se describan las competencias o incumbencias laborales a las que habilita el título.

c) Organización interna de los planes de estudio

En este punto, siguiendo a Díaz Barriga (1996) es posible afirmar que: “la organización curricular puede ser por asignatura, por áreas o por módulos. Se suele caer en el simplismo de denominar estos modelos como tradicional (por asignatura) y moderno (por módulos), sin discurrir convenientemente acerca de la estructuración misma de uno u otro” y es por ello que se hace necesario integrar en el análisis de los diferentes planes de estudio las implicaciones y posibilidades que tiene cada uno de los modelos conocidos (tradicional y moderno) desde diversas dimensiones: nivel epistemológico, psicológico e institucional (19).

El nivel epistemológico se relaciona con el problema del conocimiento. Habitualmente una organización curricular por asignaturas refleja una concepción dominante de la Ciencia vinculada al positivismo: la realidad es formalizada y segmentada para ser transmitida al estudiante. Frente a esta visión atomizada del conocimiento una organización curricular por áreas o módulos intenta facilitar una visión más integrada del mismo aunque no siempre se consigue ni garantiza cambios significativos.

La estructura organizacional en los planes de estudio relevados:

Entre los planes de estudio de las diferentes instituciones seleccionadas observamos que en su mayoría el modelo curricular adoptado es el tradicional.

La UNLP es el caso más representativo dado que su plan se estructura a través de 31 asignaturas y 2 prácticas prescriptas y sólo se ofrece 1 seminario de configuración optativa.

(19) En este trabajo realizaremos un análisis desde el nivel epistemológico. Los niveles psicológico e institucional serán abordados con mayor profundidad en la próxima etapa.

En la UNS y en la UNLaM, si bien son universidades con una estructura organizacional norteamericana, no se refleja en los planes de estudio la flexibilidad y dinamismo que caracterizan a dicha corriente. El plan de estudios de la carrera de abogacía de la UNLaM consta de 28 asignaturas, 1 taller, 3 seminarios, 2 prácticas, 4 niveles de idioma y 2 niveles de computación, todos de carácter cuatrimestral y sin variantes para la elección del alumno. Es importante destacar que en el sitio electrónico de esta Universidad sólo obra una breve descripción del perfil profesional y un link que permite descargar el plan de estudios, que consta únicamente del conjunto de materias que comprende el plan, sin distinciones de años, ciclos o módulos.

En el caso del plan de estudios de la carrera de abogacía de la UNLZ, en su versión 1984, posee 36 asignaturas, 2 prácticas y 2 seminarios. El plan 2009 posee 36 asignaturas, 3 prácticas, 2 seminarios y 1 taller. La incorporación de una práctica y una Taller podría interpretarse como una apertura hacia otro tipo métodos didácticos, así como la posibilidad de optar de los alumnos, pero no contamos aún con información precisa sobre este tema.

El Departamento de Derecho de la UNS tiene un plan de estudios de 30 materias, 3 talleres, 2 prácticas, 1 idioma y 1 seminario, para este último sólo prevé dos ofertas en las que no se halla especificada la orientación. El departamento de Derecho solo brinda información acerca de la correlatividad de las asignaturas y su distribución por años.

En los casos de la UNNOBA, la UNICEN y la UNMdP, éstas adoptan una organización curricular por ciclos, lo cual, como mencionamos anteriormente, no garantiza ni implica necesariamente la interdependencia e integración. El modelo curricular de la carrera de abogacía de la UNNOBA se estructura en base a tres ciclos: ciclo de formación básica, núcleo de formación específica y ciclo de práctica profesional, sin identificar que materias corresponden a cada ciclo. Su plan está compuesto por 36 materias obligatorias de las cuales 3 corresponden a la práctica profesional (2 cuatrimestrales y 1 anual) y 4 seminarios optativos cuatrimestrales.

La carrera de abogacía dictada por la Facultad de Derecho de la UNICEN se encuentra dividida en un Ciclo Inicial y un Ciclo Superior. Este primer ciclo, compuesto por 13 asignaturas tiene como objetivo brindar una formación general y disciplinar básica. En el Ciclo Superior se busca profundizar esa formación básica y desarrollar la especializada e integrada con énfasis en la parte científica y profesional. Posee en su plan de estudios 30 asignaturas, 28 obligatorias y 2 optativas (20). De ellas 23 son cuatrimestrales, 7 son anuales. Asimismo el plan incluye 4 seminarios, 2 talleres y 1 pasantía, estas últimas de configuración optativa. En el apartado que figura como Otros requisitos se incluyen idioma, extensión y prácticas solidarias.

La carrera de abogacía de la UNMdP posee un plan de estudios compuesto por 27 asignaturas, 2 seminarios y 3 prácticas. En su Ciclo Inicial, que dura 1 año, se dictan 4 materias. En el Ciclo de Formación Profesional, que dura 7 cuatrimestres, se dictan 21 materias, 18 de ellas obligatorias y 3 optativas. El Ciclo de Profundización Orientada está compuesto por 5 contenidos obligatorios (2 materias y 3 prácticas) y 2 seminarios optativos pertenecientes al área de profundización elegida. Cabe destacar que si bien la UNMdP es una Universidad que adopta el modelo de estructuración europeo, en los fundamentos de su organización curricular por ciclos, y sobre todo haciendo referencia a la última etapa de Profundización Orientada, destaca el intento de superar los inconvenientes de la formación lograda a través de la mera acumulación de materias o contenidos.

IV. Consideraciones finales

Este trabajo resulta una primera versión sobre dos aspectos a problematizar en las carreras de Derecho: lo organizacional y lo curricular.

(20) Haremos referencia al término optativo para denominar aquellas materias que siendo obligatorias brindan al estudiante la posibilidad de tomar algunas decisiones en relación a la oportunidad.

Habitualmente se considera que la estructuración del plan de estudios es independiente de la organización de la estructura administrativa de una institución educativa. En este trabajo nos proponemos brindar una primera lectura que pone en tensión esa naturalización.

Díaz Barriga señala que sólo la concepción curricular modular por objetos de transformación discute tanto los problemas organizativos de la institución educativa, como el proyecto social de la misma como aspectos que afectan el currículo.

Una primera aproximación se puede efectuar en relación con la organización académica de la Universidad. Para Darcy Ribeiro el modelo universitario que predominantemente se desarrolla en Latinoamérica es napoleónico, por ello su “estructura está compuesta por federaciones de facultades y escuelas de carácter profesionalista, estancadas por su aislamiento y con hostilidad de unas en relación con las otras”. Esto ha originado que la mayor parte del presupuesto de las universidades se dedique a la docencia, en detrimento de la investigación y extensión de la cultura. En éste sentido el autor citado, expresa que “La existencia de este modelo profesionalizante de universidad explica parcialmente porque la docencia subsiste como una práctica liberal, en la que el docente es contratado sólo por horas en ínfima relación con el personal de carrera”.

Por otra parte, la organización por asignaturas resulta funcional para cualquier institución educativa que evita tener profesores de tiempo completo.

En las universidades seleccionadas observamos que las estructuras organizacionales no siempre se reflejan en la organización interna del plan de estudios, en cualquiera de sus niveles (psicológico, epistemológico e institucional), por el contrario tal como lo desarrollamos anteriormente dentro de aquellas que adoptaron el modelo tradicional, existe una gran diversidad entre los planes de estudio de las carreras de abogacía. En este sentido advertimos que sin perjuicio del modelo adoptado los fundamentos de los planes de estudio no se realizan luego de una investigación que permita un diagnóstico ajustado acerca de los diversos intereses sociales en pugna, tampoco hallamos problematizaciones en relación a los diversos perfiles profesionales que se propenden al estructurar las carreras. Por otra parte, observamos que en alguno de los planes establecidos para el modelo tradicional de universidad, se manifiesta el propósito de modificar la formación tradicional de los abogados para evitar los inconvenientes que genera “el desempeño actual”, todo lo cual, nos lleva a replantearon la indispensable necesidad de completar estas indagaciones con otras que nos permitan acercarnos a la organización real de las carreras de abogacía.

En el sentido expresado, en este trabajo, hemos detectado algunos elementos que nos permiten conocer algunas de las posibles relaciones entre el currículum y los modelos de organización adoptados por las Universidades Nacionales de la provincia de Buenos Aires, y a partir de allí reflexionar acerca de la necesidad de adoptar un modelo que (como la concepción curricular modular por objetos de transformación) contenga entre otras premisas básicas, la necesidad de: a) articular la investigación y la docencia con el servicio, y b) consolidar una planta docente en el que una número importante de profesores lo sean de tiempo completo, con la finalidad de responsabilizarse del currículo. Otro aspecto significativo, es la posibilidad de que la formación de los profesores tenga en cuenta no sólo la necesidad del dominio de un contenido específico, sino simultáneamente el conocimiento de diversas aproximaciones al fenómeno educativo a través de las cuales se sustente una teoría didáctica.

Finalmente, luego de este recorrido inicial, hemos elaborado nuevos interrogantes. Nos queda pendiente para la continuidad de la investigación el modo en que los estatutos se plasman en prácticas concretas de los actores, y adquieren significación, así como las dificultades del rol profesional de los abogados, y los contenidos, métodos didácticos y prácticas pre profesionales que podrían incorporarse durante su formación universitaria con la finalidad de atender a la complejidad y diversidad de intereses que reclaman la actuación profesional de los abogados, tales aspectos, constituirán el objeto de nuestra futuras indagaciones.

Esto es así porque, el problema central trasciende la mera oposición de modelos, ya que el cambio fundamental está dado por la posibilidad de: a) integrar el conocimiento del sujeto, b) propiciar una

formación teórico-técnica adecuada, así como la de propiciar espacios de prácticas y c) vincular los contenidos a las necesidades sociales, a partir de la definición de un proyecto social. Es necesario meditar en los aspectos modernizantes de los currícula cuando se incorporan supuestas alternativas sin cambiar ni la estructura administrativa ni las concepciones de aprendizaje y ciencia. Para ello nos proponemos conocer el modo en que las carreras se estructuran, las prácticas de los actores en situaciones concretas y los intereses que se encuentran en juego, dada la relevancia social del conocimiento y del derecho en la comunidad, y su potencialidad en tanto herramienta de transformación y emancipación social.

V. Bibliografía

- BIANCO, C. y MARANO, G. "La formación de los abogados y la lucha por el derecho. Apuntes para la vinculación entre la constitución del campo jurídico en el contexto latinoamericano y la enseñanza del derecho. El caso de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP" En: Actas del IX Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Rosario, noviembre 2008.
- BIANCO, C. y CARRERA, C. "Proyecto institucional y prácticas de enseñanza en la carrera de derecho. El proceso de formación universitaria y los debates pendientes." Capítulo de libro próximo a publicarse como resultado del proyecto de Investigación (J076) sobre "El Proceso de Enseñanza-aprendizaje y evaluación en la FCJS de la UNLP" (año 2004-2008).
- CLARK, Burton. El sistema de educación superior. Nueva Imagen, México, 1996.
- CLÉRICO, L. y RUIZ, G. Propuesta para el estudio y actualización del diseño curricular de la carrera de abogacía. Facultad de Derecho. UBA, Buenos Aires. 2002.
- DE ALBA, Alicia. Currículum: crisis, mito y perspectivas. Miño y Dávila, Buenos Aires. 1998.
- DIAZ BARRIGA, Ángel. Ensayos sobre la problemática curricular. 5a ed. Trillas, México, 1996.
- FERNÁNDEZ LAMARRA, Norberto. La Educación Superior Argentina en debate. Situación, problemas y perspectivas. EUDEBA, UNESCO, IESALC. Argentina, 2003.
- KUNZ, Ana y CARDINAUX, Nancy. Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesisistas. Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. UBA, Buenos Aires. 2004.
- SANJURJO, L. y VERA T. Aprendizaje significativo y enseñanza en los niveles medio y superior. Homo Sapiens, Buenos Aires, 2006. ♦

La alfabetización jurídica en las facultades de derecho: Extensión o comunicación?

POR **CRISTIAN A. FURFARO** (*)

Sumario: I. La extensión universitaria. II. Concepción bidireccional y comunicación. III. Los programas de alfabetización jurídica. IV. Información relevada y metodología de análisis. V. Secretarías de extensión: conceptos y actividades. VI. La información sobre los programas de alfabetización jurídica. VII. Algunas reflexiones. VIII. Una propuesta para la construcción de categorías de análisis. IX. ¿Hacia la Comunicación?. X. Bibliografía.

Resumen:

El objetivo del presente artículo es analizar las concepciones de extensión universitaria que subyacen a los programas de alfabetización jurídica desarrollados en el marco de proyectos de extensión de las Facultades de Derecho de Universidades Nacionales con sede en la Provincia de Buenos Aires. En la primera parte, describimos los tipos y concepciones de extensión universitaria. En forma posterior, realizamos un análisis discursivo de textos sobre los documentos que las secretarías de extensión publican en sus sitios electrónicos, focalizándonos en los conceptos y las actividades divulgadas, ello con la finalidad de reflexionar sobre el contexto de extensión en el cual se desarrollan los programas de alfabetización jurídica. Por último, analizamos la información publicada sobre los programas y proponemos categorías generales de análisis que nos permitirán – en trabajos posteriores – vincular las actividades desarrolladas en los programas con las concepciones de extensión que subyacen a los mismos. En general, observamos que los programas de alfabetización jurídica se desarrollan desde concepciones unidireccionales de extensión universitaria que relegan a las comunidades no universitarias a participaciones predominantemente pasivas.

Palabras clave

Universidad – Extensión – Derecho – Alfabetización – Comunicación

Legal literacy in the schools of law: Extension or communication?

Summary

The aim of the present article is to analyse the conceptions of university extension that find unseen in the programs of juridical literacy developed in the frame of projects of extension of the Faculties of Right of National Universities with calm in the Province of Buenos Aires. In the first part, described the types and conceptions of university extension. In back form, realized an analysis of the speech of texts refered to the concepts and activities that publish the secretaryship of extension in his electronic places, this with the finality to think on the context of extension in which develop the programs of juridical literacy. Finally, analysed the information published on the programs and propose general categories of analysis that will allow us – in back works – to entail the activities developed in the programs with the conceptions of extension found in them. Generally, observed that the programs of juridical literacy develop from unidirectional conceptions of university extension that confine to the no university communities to participations predominantly passive.

Key words

University – Extension – Right – Literacy – Communication

1 Consideraremos Facultades de Derecho a las unidades académicas que ofrecen la carrera de abogacía, a pesar de los diferentes nombres que registran, tanto en lo relativo a su estructura organiza-

(*) Docente de Sociología Jurídica, Cátedra II; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

cional (facultad, departamento o escuela) como en lo respectivo a las denominaciones con las cuales se alude a la disciplina científica (derecho o ciencias jurídicas). Las siete Facultades de Derecho pertenecientes a Universidades Nacionales con sede en el territorio de la Provincia de Buenos Aires son: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (FD – UNICEN), Departamento de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de La Matanza (DDyCP – UNLaM), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (FCJyS – UNLP), Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (FD – UNLZ), Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (FD – UNMdP), Escuela de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (ECEyJ – UNNOBA) y Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (DD – UNS). En adelante, para su denominación, utilizaremos las siglas consignadas.

“...educar y educarse, en la práctica de la libertad, es tarea de aquellos que saben que poco saben – por esto saben que saben algo, y pueden así, llegar a saber más –, en diálogo con aquellos que, casi siempre, piensan que nada saben, para que estos, transformando su pensar que nada saben en saber que poco saben, puedan igualmente saber más.”

Paulo Freire

I. La extensión universitaria

Los antecedentes de la extensión universitaria y el desarrollo de la actividad extensionista en nuestro país y Latinoamérica han sido analizados por diversos autores. Si bien en trabajos anteriores nos detuvimos brevemente en la reconstrucción de dicho desarrollo, en el presente artículo iniciaremos la reflexión en un punto posterior, esto es enumerando los tipos de extensión universitaria que dichos autores conceptualizaron.

El primer tipo lo constituye la extensión difusionista, considerada ideológicamente neutral, dedicada a difundir los resultados de las investigaciones y/o a difundir tecnología para su adopción por el público beneficiario. En su origen la extensión universitaria era la actividad a través de la cual la universidad comunicaba a la sociedad los adelantos científicos, en razón de ello también se la denomina extensión universitaria tradicional.

El segundo tipo es la extensión como servicios a terceros, caracterizada por la realización de trabajos técnicos de alta especialización, investigaciones, desarrollos, ensayos y asesoramientos dirigidos esencialmente al mercado. Este tipo de extensión surge en forma masiva a mediados de los 90, mostrando la cara empresarial de las instituciones universitarias, lanzadas en una carrera para la obtención de recursos.

La extensión asistencialista constituye el tercer tipo, en él se desarrollan actividades de “ayuda” de carácter netamente paternalista, y que, generalmente, sustituyen al Estado en el cumplimiento de tareas de su competencia.

El cuarto tipo posee la característica de ser transversal a los anteriores, en tanto las actividades de extensión también “benefician” a la comunidad universitaria, hablamos de la extensión como práctica estudiantil.

Consideramos necesario destacar que los tipos enumerados no se dan en forma “pura” en la realidad –tal como sucede con la mayoría de las clasificaciones–, y generalmente una actividad de extensión puede incluir varios de estos tipos.

Los tipos de extensión enumerados -difusionista, servicios a terceros, asistencialista y práctica estudiantil– poseen una característica común, para nosotros determinante de la concepción que los engloba, en ellos el proceso de producción y circulación de saberes se da en una sola dirección, constituye un vínculo unidireccional: el conocimiento fluye desde la universidad hacia la sociedad. En este vínculo la universidad, que es la que sabe, el sujeto activo, instruye a la sociedad, que recibe el

conocimiento, constituyéndose en el sujeto pasivo, casi un objeto para moldear. Esta es la concepción unidireccional de extensión universitaria.

En oposición a ella se encuentra la denominada concepción bidireccional, caracterizada por la inclusión de lo “*no universitario*” como parte activa en el proceso de producción y circulación de saberes. En ella, las comunidades universitarias y no universitarias construyen conocimiento a partir del diálogo. En esta concepción el vínculo no posee sujetos pasivos, solo sujetos activos.

Las concepciones mencionadas proponen la elaboración de vínculos distintos entre las comunidades en el proceso de construcción del saber. Consideramos que las concepciones de conocimiento que sostienen -sea en forma manifiesta o latente- se contraponen radicalmente por considerar -una sí, la otra no- que el conocimiento puede utilizarse como fundamento para el establecimiento de jerarquías y desigualdades.

II. Concepción bidireccional y comunicación

En el marco de esta concepción bidireccional utilizaremos la definición de universidad de Argumedo:

“La universidad, como espacio social, es una institución especializada en la generación y circulación de conocimientos y en el análisis crítico de la cultura y, en ese sentido, puede actuar como factor de transformación social. Sus tres funciones básicas -docencia, investigación y extensión-, se articulan entre sí de diferentes maneras y, consecuentemente, plantean formas de vinculación más o menos dinámicas con el medio social, en sus dimensiones económicas, culturales y políticas.” (Argumedo y otros, 2002: 295)

Esta definición de universidad nos conduce hacia una extensión universitaria plena de potencialidades, extensión que definiremos como un espacio dialógico en el cual diversos actores construyen conocimiento con potencial para generar transformación social.

La idea de la construcción colectiva de conocimientos fue conceptualizada por Silvia Brusilovsky, quien la denomina democratización epistemológica, definiéndola como “*el proceso por el cual se genera conocimiento científico y técnico con posibilidad de participación de la mayoría de la población en su construcción.*” (Brusilovsky, 1998: 33). Este conocimiento debe ser significativo para entender y resolver los problemas relativos a las condiciones de vida material y simbólica de la población, de ahí su potencialidad para generar transformación social.

En el espacio dialógico propuesto es imprescindible una previa reflexión -y una ulterior lucha para erradicarla- sobre la permanente jerarquización de los conocimientos de la cual somos partícipes. La construcción colectiva lleva implícita la igualdad de todos los participantes, en razón de ello, no es posible sostener la superioridad de los conocimientos del extensionista por sobre los conocimientos de las comunidades, ya que en dicha jerarquización, se esconde la imposición cultural, la dominación, aspectos incompatibles con la construcción colectiva. La dominación y la imposición cultural son aspectos compatibles con la extensión universitaria como una modalidad de los grupos dominantes para imponer la sustitución de una forma de conocimiento (dominada) por otra (dominante).

Dentro del marco teórico expuesto, se torna imprescindible considerar los alcances que posee el término extensión. Paulo Freire considera que en el término extensión -que indica la acción de extender alguna cosa a o hasta alguien- hay un equívoco gnoseológico. En la práctica del concepto lo dinámico esta constituido por la acción de extender, en tanto el contenido extendido se torna estático. En la concepción tradicional de extensión universitaria los sujetos -pasivos- reciben un conocimiento de la realidad acabado y estático, constituyéndose la universidad, en el único sujeto activo, productor y emisor de conocimientos acabados e inmutables.

El pedagogo brasileño considera que el conocimiento no se transmite, sino que requiere una presencia activa del sujeto en su apropiación y resignificación. En consecuencia, propone reemplazar el término extensión por comunicación, ya que en la comunicación no hay sujetos pasivos, porque lo

que la caracteriza es el diálogo. *“La educación es comunicación, es diálogo, en la medida en que no es la transferencia del saber, sino un encuentro de sujetos interlocutores, que buscan la significación de los significados”* (Freire, 2007: 77).

El término extensión universitaria es utilizado en forma habitual - y hegemónica- en el ámbito universitario, sin embargo, no podemos denominar extensión a aquellos espacios dialógicos que proponen la construcción colectiva de conocimiento con potencial para generar transformación social, en razón de que rotularíamos este espacio con un concepto que lo niega. Consideramos necesario destacar la importancia de esta *“mera”* cuestión terminológica, la denominación de ciertas prácticas con nomenclaturas que no representa su verdadero significado permiten la asociación de conceptos con prácticas que los contradicen. *“Agréguese que no es puro idealismo no esperar que el mundo cambie radicalmente para ir cambiando el lenguaje. Cambiar el lenguaje es parte del proceso de cambiar el mundo. La relación lenguaje - pensamiento - mundo es una relación dialéctica, procesal, contradictoria”* (Freire, 2008: 90).

En consecuencia, denominaremos a la concepción bidireccional de extensión universitaria como concepción de comunicación para el intercambio y la construcción de saberes, ello en tanto la inclusión de lo *“no universitario”* tenga por finalidad su participación activa en el proceso de construcción colectiva de conocimientos. El paso hacia la comunicación requiere la abolición - teórica y práctica - de las jerarquías que imponen los conocimientos.

Esta perspectiva es complementada con una visión crítica, entendida ésta no solo como una evaluación crítica del presente *“sino crítica en la medida en que trabaja en la dirección de una nueva existencia”* (Quinney, en Wolkmer, 2000: 5). El cuestionamiento de las formas jurídicas y sociales dominantes debe tener por finalidad impulsar prácticas e ideas emancipadoras dentro y fuera del campo jurídico, las cuales representen alternativas viables al estado de cosas existentes (García Villegas y Rodríguez, 2003: 17).

III. Los programas de alfabetización jurídica

Los programas de alfabetización jurídica han constituido tradicionalmente cursos de difusión sobre nociones básicas del derecho. La importancia de los programas radica en varios aspectos: en primer lugar, promocionan el ejercicio de derechos básicos; asimismo, constituyen la primera aproximación de las comunidades a conocimientos sistematizados sobre el derecho; y fundamentalmente, facilitan la oposición entre *“la ley”* y *“el derecho vivo”*, movilizandolos en algunos casos, la construcción de estrategias que permiten a las comunidades *“sobrevivir”* a diario en ese espacio de lucha instituido entre *“la ley”* y *“el derecho vivo”*.

En el relevamiento bibliográfico realizado observamos que la falta de desarrollo teórico y de problematización de la temática permite que las potencialidades de la alfabetización jurídica queden inexploradas, simplificando y naturalizando su utilidad, y neutralizando, en consecuencia, su poder de transformación social. Los programas de alfabetización jurídica solo operan como cursos de difusión de derechos.

Un primer paso hacia la transformación de la temática debe estar constituido por la transformación conceptual, en razón de que esta *“mera”* transformación influye necesariamente en el desarrollo práctico de los programas. Por ello, proponemos redefinir a los programas de alfabetización jurídica como espacios de trabajo para la reflexión y (re)construcción colectiva de nociones básicas del derecho.

A través de la reflexión y la (re)construcción colectiva debe intentarse el intercambio y la asimilación del conocimiento científico y del conocimiento vivencial, sin jerarquías ni desigualdades. Desde la alfabetización jurídica se intentará generar las herramientas para la participación de los sectores más desfavorecidos en el espacio dialógico de construcción del derecho, y así evitar que su construcción sea privilegio de unos pocos.

Este espacio de retroalimentación generado por el diálogo, permitiría la construcción de un derecho vinculado al ser concreto insertado en una realidad histórica. Las comunidades no universitarias saben cuales son las posibilidades reales de ejercer sus derechos y cuales son las vulneraciones cotidianas de los mismos. Este conocimiento debe ser utilizado en la construcción misma del derecho,

debe incorporarse a los debates, investigar las causas de las vulneraciones, integrar y confrontar los diversos y contradictorios intereses en juego, promover la construcción de argumentaciones y contraargumentaciones que permitan elevar las pretensiones en debate, generar alternativas y proponer cursos de acción (Bianco, 2005: 23).

Los programas de alfabetización jurídica constituyen, en este marco conceptual, un escenario propicio para escuchar las voces de todos los sectores de la sociedad y fundamentalmente de aquellos más desfavorecidos, para atender sus necesidades y sus demandas, para construir en este espacio dialógico un nuevo conocimiento, un nuevo derecho, radicando en ese escenario único, la oportunidad de cambio, de transformación social. Ahora bien, en este marco de algunas aparentes certezas, existen diversos interrogantes: ¿Cómo surgen los programas de alfabetización jurídica? ¿Quién o quiénes determinan su necesidad? ¿Cuáles son sus contenidos? ¿Qué concepciones rigen su desarrollo? ¿Cómo influyen estas concepciones en su implementación? ¿Se construye conocimiento? ¿Cómo se utiliza? ¿Quién lo utiliza?

Estos interrogantes nos proporcionarán las categorías generales para la herramienta de análisis propuesta a finales del presente trabajo. A través de dichas categorías indagaremos –en trabajos posteriores– la vinculación entre las actividades desarrolladas en los programas de alfabetización jurídica y las concepciones de extensión o comunicación que subyacen a los mismos.

IV. Información relevada y metodología de análisis

En el próximo párrafo describiremos y analizaremos los textos publicados en los sitios electrónicos de las secretarías de extensión de las facultades de derechos que poseen programas de alfabetización jurídica, focalizando nuestra atención en los conceptos y actividades de extensión publicados en el sitio, lo que nos permitirá poseer una visión general sobre el contexto de extensión en el cual se desarrollan los programas. En forma posterior, analizaremos la información vinculada con los programas de alfabetización jurídica y la posible relación entre dichos programas y las concepciones de extensión universitaria sostenidas por cada institución.

Realizaremos un análisis discursivo de los textos, entendiendo por contenido no al texto mismo,

“...sino a algo en relación con lo cual el texto funciona en cierto modo, como instrumento. Desde este punto de vista el contenido de un texto no es algo que este localizado dentro del texto en cuanto tal, sino fuera de él, en un plano distinto en relación con el cual ese texto define y revela su sentido.

Tan afuera puede estar el sentido, que puede estar dado – como bien señala Derrida – por aquello que no está, que no aparece, por las ausencias en lugar de las presencias. Pero además de la dimensión sintáctica y semántica del lenguaje, ese afuera esta dado por la dimensión pragmática del discurso” (Kunz y Cardinaux, 2004: 167, 168).

V. Secretarías de extensión: conceptos y actividades

De las siete instituciones universitarias que dictan la carrera de abogacía en la Provincia de Buenos Aires cuatro son facultad (UNICEN, UNLP, UNLZ y UNMdP), dos departamento (UNLaM y UNS) y una sola registra la convergencia entre departamento y escuela (UNNOBA). Las cuatro instituciones que son facultad poseen secretaria de extensión, mientras que las tres que no los son, comparten la secretaria de extensión con los otros departamentos de su universidad de origen.

En los sitios electrónicos relevados encontramos tres espacios de trabajo que incluimos en el concepto de programa de alfabetización jurídica: el proyecto de Alfabetización Jurídica para Sectores Vulnerables del Conurbano Bonaerense de la FCJyS de la UNLP, el Programa de Promoción de Derechos: Alfabetización Jurídica de la FD de la UNLZ y el Programa de Construcción Comunitaria de Protección y Defensa contra la Represión Institucional de la FD de la UNMdP (1).

(1) En razón de la escasa información disponible, el relevamiento de los sitios Web de universidades y facultades fue complementado con envío de mails y realización de llamadas telefónicas, todo ello con la finalidad de detectar

La FCJyS de la UNLP (2) considera que a través de la extensión universitaria

“...se busca sustentar un perfil de universidad y de facultad enraizadas en su medio social. Este vínculo no debe entenderse solamente como un movimiento desde las instituciones académicas hacia la sociedad, es decir, como asistencia social. Muy por el contrario, se trata de un vínculo complejo y de doble vía, en tanto la articulación con las organizaciones, entidades y sectores sociales supone el conocimiento y la preparación para la actuación profesional, en nuestro caso de los futuros abogados, en la complejidad y diversidad de la sociedad que será su campo de trabajo.”

En la mención de la relación entre la institución universitaria y el medio social como un vínculo complejo y de doble vía encontramos un acercamiento a la concepción bidireccional -en cuanto incluye al medio social-, sin embargo, a pesar de la inclusión de la sociedad y las características que atribuye a ese vínculo, se reserva para el medio social un papel pasivo. El objetivo central de la extensión se vincula aquí con la práctica profesional, con la formación de los futuros abogados, lo cual nos parece pertinente, pero no suficiente si pretendemos que la extensión no sea solo otra forma de reproducir conocimientos.

Una particularidad que registramos en el sitio es que a través de los distintos documentos que presenta se observan diferentes definiciones o conceptualizaciones sobre la tarea que desarrolla la extensión universitaria, definiciones vinculadas a los diferentes tipos de extensión.

En el ejemplar N° 1 de la Revista Vínculos (3) se define a la extensión universitaria como “...el proceso de comunicación entre la Universidad y la sociedad basado en el conocimiento científico, tecnológico, cultural, artístico y humanístico acumulado por la institución y su capacidad de formación educativa, con plena conciencia de su función social.” Consideramos importante la conceptualización del vínculo como un proceso de comunicación, sin embargo, no observamos que se haga mención al conocimiento de la sociedad como contrapunto del sí mencionado conocimiento acumulado por la institución.

Del mismo modo, continúa: “La situación económica y social actual instala en la Universidad Pública la necesidad de interpretar el concepto de extensión en su sentido más amplio, involucrándola en los diversos aspectos de vinculación con la sociedad y el medio, no sólo transfiriendo, sino también escuchando, aprendiendo y reflexionando sobre el contenido de los mensajes.” Nos parece interesante que se considere a la Universidad como un sujeto que puede aprender de la sociedad, en este aspecto el vínculo entre la institución y el medio social puede comenzar a tomar la forma de un proceso de comunicación, superando la etapa de la extensión propiamente dicha.

Las actividades publicadas en la página de la secretaria de extensión se dividen, con escasas excepciones, en cursos de difusión y/o formación -dirigidos a estudiantes, docentes y graduados- y actividades de asesoramiento jurídico en diversas temáticas. También pueden encontrarse actividades artísticas y culturales.

Observamos una coincidencia entre las definiciones y las actividades publicadas, ya que en ambas se incluye a las comunidades no universitarias, pero su papel continúa siendo muy limitado, en tanto se presenta a la institución como el único sujeto activo del vínculo.

En el sitio electrónico de la Facultad de Derecho de la UNLZ (4) no se observa ningún tipo de definición de extensión universitaria.

la existencia de programas de alfabetización jurídica que no estuvieran publicados en los sitios de las facultades o universidades relevadas. Asimismo, en los casos de aquellas instituciones que poseían programas, se solicitó los documentos de proyecto. En ambos casos se obtuvo respuestas negativas.

(2) <http://www.jursoc.unlp.edu.ar/extension>

(3) El Programa Revista Institucional Vínculos tiene como principal objetivo la difusión de las actividades que se realizan en la Secretaría de Extensión Universitaria.

(4) <http://www.derecho.unlz.edu.ar/?mod=Extensi%F3n>

En lo referente a las actividades publicadas posee tres grandes campos, siendo el más destacado en tamaño e impacto visual el referente a “Prácticas laborales para estudiantes y graduados”. Otro de los campos está referido a actividades de consultoría para el fortalecimiento de ONG. El último -y más interesante para nuestros propósitos- se denomina “*Promoción de derechos y acceso a la justicia*” y contiene una breve descripción de los tres programas que desarrolla: Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita, Alfabetización Jurídica y Extensionismo Jurídico Vecinal, y una referencia a la articulación entre los tres programas (5). En un acápite denominado “*más información*” encontramos las misiones y funciones de la secretaría y el cronograma de actividades, conteniendo este último, actividades de índole cultural y artística.

Uno de los puntos que destacamos del sitio lo constituye la referida articulación entre los tres programas que integran la “*Promoción de derechos y acceso a la justicia*”. En esta referencia puede apreciarse el trabajo conjunto de los tres programas, articulación superadora del tradicional trabajo en aislamiento que desarrolla cada proyecto.

Un punto no tan destacable del sitio electrónico de esta secretaría de extensión lo constituye la promoción en forma principal de actividades referentes a la formación profesional, actividades vinculadas a la extensión universitaria tradicional.

En principio, las propuestas de esta secretaría parecen superar las concepciones tradicionales, pero en una lectura más atenta observamos que se utilizan nombres nuevos para definir viejas prácticas, que solo constituyen modalidades diferentes en el marco de concepciones dominantes.

La Secretaría de Extensión de la Facultad de Derecho de la UNMdP solo publicita en su página Web el Primer Encuentro Marplatense “*Las personas con padecimientos psíquicos en la comunidad*”, actividad destinado a estudiantes, profesionales y público en general (6). No se observan conceptos, documentos ni otras actividades (7). Estas ausencias nos impiden realizar un análisis profundo, atento que suponemos que la secretaría posee una actividad mayor que la publicada.

En las aproximaciones realizadas observamos que, desde lo conceptual, se intenta incluir a las comunidades no universitarias -o “*medio social*”- en las definiciones de extensión universitaria, sin embargo, en dicha inclusión el medio social no es comprendido aún como sujeto activo. El desarrollo de la actividad extensionista continúa vinculado casi en forma exclusiva con el único sujeto activo de la relación: la institución universitaria. Las actividades de extensión publicitadas se debaten generalmente entre la práctica profesional y la extensión difusionista. En ellas el papel de las comunidades no universitarias esta firmemente delimitado: son “*destinatarios*” o “*receptores*”.

VI. La información sobre los programas de alfabetización jurídica

En lo que respecta a los programas de alfabetización jurídica, la información publicada es escasa. En ninguno de los tres casos -UNLP, UNLZ y UNMdP- pudimos obtener los documentos de proyecto, que se constituyen en los grandes ausentes (8).

(5) A estos contenidos también se accede a través de la pestaña denominada Servicios a la Comunidad.

(6) <http://www.mdp.edu.ar/derecho/extension.php>

(7) La información referida a la extensión puede encontrarse en el sitio de la Universidad Nacional de Mar del Plata (<http://www.mdp.edu.ar/>), sitio común a todas sus unidades académicas. Si bien relevamos dicha información, la misma no formará parte de este análisis atento que nos encontramos indagando la vinculación entre la conceptualización y las actividades de extensión que desarrollan las facultades de derecho, ello con la finalidad de observar el marco de extensión en el cual se desarrollan los programas de alfabetización jurídica.

(8) Tanto en la FCJyS como en la UNLP manifestaron no guardar copia del proyecto, aconsejándonos contactar al director del proyecto para obtener una copia del mismo. Creemos que dicha respuesta no obedece a una cuestión de existencia del documento sino de “confidencialidad”. En los casos de la UNLZ y la UNMdP se remitió mails a las secretarías de extensión universitaria solicitando copia de los documentos sin obtener respuesta.

En el sitio de la FCJyS de la UNLP solo se hace referencia al nombre del proyecto, no se publica ni el documento del proyecto ni una síntesis del mismo. En la página Web de la Universidad de La Plata (9) tampoco se encuentra dicha información.

En el caso de la UNLZ el sitio contiene una breve descripción del programa y su articulación con el Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita y el programa de Extensionismo Jurídico Vecinal.

De acuerdo a la información publicada el programa de alfabetización jurídica tiene por objetivo trabajar masivamente la difusión de derechos y obligaciones. Se implementa desde el año 2005 “*mediante charlas de divulgación realizadas por docentes de la carrera de grado con experiencia en educación media. Están divididas en tres módulos: derechos humanos, derechos laborales y prevención de la violencia familiar, escolar y social.*” Estas expresiones nos indican la existencia de un sujeto activo, los “*docentes de la carrera de grado*” que realizan “*charlas de divulgación*”, confirmando a continuación la existencia de sujetos pasivos, que son denominados “*destinatarios*” y “*receptores*” (10). En el breve documento publicado no se hace referencia a etapas del programa donde se indague sobre el conocimiento que los “*destinatarios*” poseen sobre los módulos abarcados, ni actividades en las cuales estos desarrollen un papel activo.

En el caso del Programa de Construcción Comunitaria de Protección y Defensa contra la Represión Institucional (FD - UNMdP) la información relevada se obtuvo en la página Web de la Universidad, atento la falta de información que posee el sitio de la Facultad de Derecho. En el listado de proyectos acreditados se puede observar el nombre del programa, de su director, un mail de contacto y un pequeño resumen.

El programa se propone

“...generar un espacio de discusión y amplia participación ciudadana en sectores muy concretos, todos de bajos recursos económicos, sociales y culturales, en torno al problema de la seguridad y de la represión de las fuerzas de seguridad a nivel local, articulando asimismo la construcción del espacio de discusión con la de la defensa efectiva y concreta de los derechos humanos como eje central del ejercicio de construcción de la ciudadanía”.

Se instrumentará a través de seminarios - talleres con tres fines: capacitar recursos humanos, asesorar legalmente y difundir la temática.

La generación de un espacio de discusión como propuesta posee el valor de brindar un lugar de participación a las comunidades no universitarias, distinto al de oyentes en una charla de difusión. La instrumentación a través de seminarios - talleres otorgarían a la “ciudadanía” un papel con mayor protagonismo.

El programa “*pretende construir un conocimiento significativo y relevante a partir de la experiencia de los diversos agentes que involucra la temática y en el marco de un marco teórico-práctico adecuado y pertinente*”. Consideramos muy importante para la construcción colectiva de conocimiento la utilización de la experiencia de los diversos agentes involucrados en la temática, en tanto no se utilicen criterios de selección que jerarquicen la experiencia de los diferentes agentes por la “*importancia*” de su función.

Por último, establece el asesoramiento legal para “*las demandas de aquellos participantes a los seminarios que hayan sido víctimas de algún tipo de represión institucional o eventualmente los casos que por la actividad de difusión del presente proyecto lleguen a conocimiento y a consulta de los miembros del Equipo Ejecutor*”.

En este caso observamos una importante modificación terminológica con respecto a los otros programas. La construcción de espacios con la participación de la comunidad y su implementación a

(9) <http://www.unlp.edu.ar/extension>

(10) Siendo ellos 12000 alumnos de establecimientos escolares de la región (polimodal y adultos).

través de seminarios - talleres, son elementos imprescindibles para llevar a cabo la inclusión de las comunidades como sujetos activos del vínculo.

Por último, nos interesa destacar que existen similitudes entre los programas de la UNLZ y la UNMdP, similitudes en el plano operativo. Los tres programas de la UNLZ que se articulan en el marco de la Promoción de Derechos y Acceso a la Justicia (Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita, Alfabetización Jurídica y Extensionismo Jurídico Vecinal) proponen una división de tareas que también puede encontrarse en el Programa de Construcción Comunitaria de Protección y Defensa contra la represión institucional de la UNMdP: en ambos casos existe una instancia de difusión, otra de capacitación de recursos humanos - Extensionismo Jurídico Vecinal en UNLZ - y una de asesoramiento legal (11). Sin embargo, nuestro marco teórico nos indica que existen diferencias conceptuales que necesariamente influirán sobre la práctica y en consecuencia, sobre el tipo de transformaciones promovidas.

VII. Algunas reflexiones

En el transcurso del relevamiento exploramos los sitios electrónicos de las siete facultades de derecho, si bien el motivo principal de nuestra búsqueda era encontrar proyectos que pudiéramos incluir en algunos de los conceptos de alfabetización jurídica vertidos en el trabajo, el propio relevamiento nos condujo a tener una apreciación general sobre la información publicada.

En general, la información publicada es escasa, y en los casos en que el volumen de información supera dicha escasez el contenido se vuelve caótico y confuso, se enuncia un concepto de extensión universitaria pero se publicitan actividades vinculadas a otras concepciones radicalmente contrapuestas.

En lo que concierne a la conceptualización de la extensión universitaria las facultades de derecho se debaten en torno a lo que podríamos caracterizar como tres tipos de extensión: extensión universitaria de formación, extensión universitaria difusionista y extensión universitaria para el intercambio de conocimientos. No creemos -todavía- poder hablar de una comunicación para el intercambio de conocimientos, ello en razón de que la inclusión de las comunidades no universitarias en las actividades desarrolladas, las mantiene en un papel preponderantemente pasivo, se las escucha para decidir -o construir- en su nombre, en nombre de sus necesidades, lo que nos obliga a hablar de extensión, y no de comunicación. El paso hacia la comunicación implicaría el rompimiento de las jerarquías que otorgan los distintos tipos de conocimientos, y con ello, la participación igualitaria de las distintas comunidades en el proceso de construcción del conocimiento.

Las pequeñas transformaciones que parecen promoverse desde lo conceptual, no se reflejan en la práctica. La extensión difusionista y la extensión como práctica profesional son los únicos tipos que guían la práctica de extensión, y con ellos, una concepción unidireccional del proceso de producción y circulación de saberes.

La inclusión de aspectos vinculados a concepciones bidireccionales puede observarse, por ejemplo, en la publicación de conceptos "progresistas" que finalmente, se rinden al asistencialismo paternalista. *"La bidireccionalidad no esta vista como la construcción con el otro, sino como el enriquecimiento del que da - la devolución del que recibe -"* (Bianco, 2005: 19).

VIII. Una propuesta para la construcción de categorías de análisis

Dentro del marco teórico presentado, elaboramos una propuesta con categorías de análisis que nos permitirán identificar las concepciones de extensión que subyacen a los programas de alfabetización jurídica.

Las categorías generales construidas tienen su origen en la lectura de los trabajos referidos a la temática de extensión universitaria y a través del análisis de la información relevada en los sitios electrónicos. La herramienta de análisis esta necesariamente vinculada a la concepción de la comunica-

(11) Nos restaría saber si en la FCJyS - UNLP, los otros proyectos mencionados en el sitio - Aprendiendo a defender nuestros derechos, Clínicas Jurídicas y Consultorios Jurídicos Gratuitos - se vinculan de una manera similar, articulando las actividades de difusión, capacitación y asesoramiento.

ción para la construcción y el intercambio de conocimientos, y en consecuencia, las categorías incluidas están inevitablemente enlazadas con los aspectos principales que demanda una acción para la transformación social.

La primera categoría que forma parte de nuestra propuesta es la vinculada con el origen de los proyectos. Nos interesa indagar si los programas surgen por iniciativa de las comunidades universitarias y/o no universitarias y cuales fueron las modalidades que se utilizaron para la detección de necesidades. Analizaremos si la demanda proviene de actores sociales vinculados a comunidades no universitarias, de la percepción que posee el universitario sobre las necesidades de dichas comunidades o, inclusive, si la construcción de la demanda obedece a necesidades de la propia institución universitaria. Focalizaremos nuestra atención en la existencia de diagnósticos iniciales, que clasificaremos en diagnósticos del extensionista y diagnósticos participativos, incluyéndose en estos últimos, por ejemplo, debates con la comunidad sobre las necesidades existentes, o entrevistas a informantes clave. Consideramos vital la realización de diagnósticos que faciliten el análisis de la comunidad, la conformación de la población, sus condiciones de vida, sus problemas, y permitan la construcción de un espacio de trabajo acorde a las realidades existentes, para trabajar sobre las áreas de vacancia reconocidas en dicha comunidad, y evitar así, la construcción de la demanda en razón de áreas de vacancia existentes en las universidades.

La segunda categoría general propuesta es el contenido de los programas. Nos interesa conocer las metas u objetivos planteados y su relación con los diagnósticos realizados. Observaremos las perspectivas teóricas y metodológicas que atraviesan los programas de alfabetización jurídica. Asimismo, analizaremos los conocimientos difundidos o puestos en debate -por ejemplo, a través del material con el cual se trabaja- y su posible cuestionamiento -como forma de lucha contra los modelos dominantes de interpretación teórica y acción profesional-.

Otra de las categorías es la planificación y desarrollo de las actividades. Abordaremos los criterios y enfoques de trabajo pedagógicos, los supuestos de partida y las reglas que configuran la práctica. Relevaremos el papel que los documentos de proyecto otorgan a cada uno de los actores, indagando el grado de participación que se prevé para cada uno de los actores en las diferentes actividades.

Dentro de las características de los actores universitarios nos interesa particularmente la conformación del equipo de trabajo, su interdisciplinariedad -presuponiendo que su presencia configura una forma de alcanzar una comprensión compleja de la realidad social-.

En otro plano, analizaremos la vinculación del proyecto con otros actores y con otros proyectos, sus formas de articulación con la institución universitaria y con otras instituciones.

Del mismo modo proponemos analizar los criterios de evaluación del programa, quienes son los sujetos, instituciones u organismos evaluadores, que evalúan y de que modo lo hacen.

Por último, indagaremos los conocimientos, actividades y/o espacios que prevé generar el programa, su posible replicación, y la estrategia de salida del programa, o sea, la forma en que se plantea la continuación del proyecto una vez finalizados los plazos formales o el subsidio otorgado.

IX. ¿Hacia la Comunicación?

En el transcurso del presente trabajo hemos intentado reconocer los caminos que elige la extensión universitaria en las facultades de derecho, y más precisamente en ellas, la alfabetización jurídica.

En esta aproximación, no podemos responder en forma positiva a la pregunta que da título a este epílogo, sin embargo, observamos que algunas mínimas transformaciones que se están produciendo pueden constituir la piedra basal del cambio.

Nos guía una visión crítica desde la cual pretendemos colaborar con el proceso de construcción de alternativas, y en la permanente búsqueda de ese horizonte que nos guía, procuramos identificar las negatividades con el propósito de transformarlas en positividad.

Consideramos positiva la incorporación conceptual de las comunidades no universitarias a la extensión, pero creemos que no es suficiente. Aún desde lo conceptual, debe pensarse en las comunidades no universitarias como actores principales del proceso de comunicación para el intercambio y construcción del conocimiento. Este paso requiere necesariamente una problematización sobre la jerarquía de los conocimientos.

Si la universidad requiere protagonismo en el proceso de transformación social, no renegaremos de ello, en tanto que proponga las bases para la incorporación de otros sujetos al proceso de producción de saberes, pero en igualdad de condiciones, considerando a la igualdad como la aceptación de las desigualdades que nos identifican. A ello apuntamos.

X. Bibliografía

- ARGUMEDO, Manuel y otros. "Las estrategias de formación de sujetos en los proyectos de extensión universitaria de la UNLP". En: KROTSCH, Pedro (org.). La Universidad Cautiva. Al Margen. La Plata, 2002; p. 295-309.
- BIAGINI, Hugo y ROIG, Arturo. Diccionario del pensamiento alternativo. Biblos: Buenos Aires, 2008.
- BIANCO, Carola. Tensión y Extensión Universitaria. El modo en que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP instituye sus lazos con la comunidad. Ponencia presentada y publicada en el VI Congreso Nacional de Sociología Jurídica. UBA: Buenos Aires, 2005.
- BRUSILOVSKY, Silvia. "Recuperando una experiencia de democratización institucional y social: La extensión universitaria en la Universidad de Buenos Aires (1956-1966)". En: Revista del Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Educación. UBA: Buenos Aires, 1998 7(12): 31-41.
- CALDELARI, María. "Apuntes sobre extensión universitaria en la UBA, 1955-1966". En: KROTSCH, Pedro (org.). La Universidad Cautiva. Al Margen: La Plata, 2002; p. 43-56.
- CASTELO BRANCO CORREIA, Jacinta. Neoliberalismo en crisis y los retos de la Extensión Universitaria Dialógica y Transformadora. Congreso Latinoamericano de Extensión Universitaria. Costa Rica, 2008
- FADER MOYANO, Rosa María. Extensión, puente nutricional entre Universidad y Sociedad. II Encuentro Latinoamericano y I Congreso Nacional de Extensión de la Educación Superior. Mendoza, 1997.
- FREIRE, Paulo. ¿Extensión o comunicación? 24a ed. Siglo XXI: México, 2007.
- FREIRE, Paulo. Pedagogía de la esperanza. Un reencuentro con la pedagogía del oprimido. 2a. ed. Siglo XXI: Buenos Aires, 2008.
- GARCIA VILLEGAS, Mauricio y RODRIGUEZ, César. Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos. ILSA: Bogotá, 2003.
- GONZALEZ, Manuela y MARANO, Gabriela. "Extensión, prácticas profesionales y formación universitaria". Ponencia presentada en el V Encuentro Nacional y II Latinoamericano. La universidad como objeto de investigación. Tandil, 2007.
- KUNZ, Ana y CARDINAUX, Nancy. Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesisistas. Facultad de Derecho de la UBA: Buenos Aires, 2005
- QUINNEY, Richard. En: WOLKMER, Antonio Carlos. Ideología, estado e direito. 3a ed. Revista dos Tribunais: Sao Paulo, 2000.
- WOLKMER, Antonio. Introducción al pensamiento jurídico crítico. Facultad de Derecho de la UASLP: San Luis Potosí, México, 2006. ♦

Violencia familiar: Detección, abordaje y tratamiento desde el ámbito escolar en tres casos de escuelas bonaerenses de la ciudad de La Plata

POR VERÓNICA AMALIA CEJAS (*)

Sumario: I. Introducción. II. Método cualitativo. III. Características de la población educativa de los tres establecimientos escolares seleccionados para la investigación. IV. Propuestas de la doctrina nacional sobre las posibles acciones de la escuela en los casos de violencia familiar detectados. V. Reflexiones finales. VI. Bibliografía.

Resumen: La violencia familiar, constituye un fenómeno social de compleja comprensión, abordaje y tratamiento. Mediante el presente trabajo, intentamos comprobar cómo influye en el aprendizaje y la conformación psíquica de un niño, la condición de haber sido violentado en el seno de su familia. Para ello, utilizando el método cualitativo de “entrevista abierta”, interpelamos a operadores escolares, que nos aportaron material empírico sobre la problemática. Aunque la muestra resulte poco representativa de la realidad escolar que presenta la provincia de Buenos Aires, nos acercará al conocimiento de las herramientas de trabajo con que cuentan los docentes en la actualidad. La violencia expresada en la escuela, según los entrevistados, es un reflejo del modelo social actual. Las normas, los valores y el lenguaje utilizados en el ámbito escolar, son indefectiblemente los transmitidos a nivel cultural y social. Como afirma Giberti (s/f), detrás de las escenas de violencia hay fenómenos económicos muy poderosos, acerca de los cuales no podemos estar distraídos. Esta lucha incansable por alcanzar el éxito material e individual, abre una brecha social que, sumada a patrones culturales de tinte patriarcal, nos hacen reflexionar sobre la necesidad de repensar un modelo de sociedad donde la violencia no sea tolerada.

Palabras claves: escuela, violencia familiar, niñez, patrones culturales, interdisciplinario.

Detecting, approaching and dealing with the victims of abuse in three schools in the province of Buenos Aires.

Abstract:

Understanding, approaching and dealing with familiar violence is an extremely complex task. The article attempts to describe how violence affects the abused child's learning process and his psychic well-being.

The qualitative open interview method was applied. The subjects interviewed were school agents such as teachers and school psychologists, who provided the empirical data.

Although, the sample may not be representative enough of the vast universe of the school reality in the province of Buenos Aires it will be a useful tool for becoming acquainted with the strategies applied by practising teachers and school psychologists.

The informants pointed out that the outbursts of violence at a school simply mirror the prevailing actual social model. The set of rules, values and language expressed at school and everyday life are

(*) Becaria de Investigación (CIC), integrante del Proyecto J-101: Las nuevas configuraciones del campo de la formación de abogados en Argentina: instituciones, planes de estudio y prácticas profesionales; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

inevitably identical. As Giberti has stated powerful economic motives which cannot be easily overlooked are behind the episodes of violence at schools.

The endless struggle for individual and economic success deepens the division between the Rich and the Poor. The supremacy of patriarchal cultural patterns also contributes to the overall picture.

Summing up, there is an urgent need for a new model of society where this type of violence is not tolerated and finally obliterated.

Key Words: school, family violence, cultural patterns, interdisciplinary insights.

I. Introducción

El presente trabajo de investigación fue realizado en el marco de la Beca de estudio, otorgada por la Comisión de Investigaciones Científicas de la provincia de Buenos Aires (CIC), a la autora (1), durante el período abril/07-abril/09. A este trabajo teórico-empírico, le antecede una primera publicación denominada “*Derecho a la justicia en la infancia en los casos de violencia familiar*”, difundida por la revista del CALP (2), cuyo objeto principal fuera describir y buscar algunas líneas explicativas acerca de ¿quiénes y cómo? Se oye a los niños en el ámbito de un proceso judicial o administrativo, especialmente cuando la niñez resulta víctima de violencia intrafamiliar.

La hipótesis de trabajo que nos propusimos para el presente fue la siguiente: *La violencia aprendida en el seno familiar, es causa inmediata/mediata del desvío de la conducta de un niño/a o adolescente en la etapa de aprendizaje (escolar) y en la conformación psíquica del mismo en la etapa de la adolescencia.*

Partiendo de esta afirmación, organizamos nuestra tarea de investigación en tres etapas. La primera, consistió en la búsqueda y recolección de información a nivel teórico, doctrinario, lectura de investigaciones científicas previas sobre el tema y selección de material periodístico sobre la problemática de la violencia familiar, su detección, abordaje y tratamiento en el ámbito escolar inicial (EPB) (3). En una segunda etapa, se llevó adelante el trabajo de campo, mediante la utilización de la técnica de entrevistas “abiertas”, realizadas en tres escuelas platenses con diferentes características de población escolar, tomando instituciones de zonas periféricas y urbanas de la ciudad, ítem que más adelante describiremos en forma detallada.

En una última parte de la labor, acercamos algunas posturas existentes en la doctrina nacional dedicada al abordaje de la problemática de la violencia escolar, ocupando especialmente nuestra atención la violencia intrafamiliar y sus repercusiones en el segundo nivel de socialización de los niños (4), la escuela. Analizaremos el rol de la institución educativa en el tratamiento, concientización, búsqueda de herramientas y compromiso en la “corresponsabilidad” con la temática de violencia familiar, como efector social y socializador de personas.

En las reflexiones finales describiremos algunas experiencias vivenciadas en el transcurso de las entrevistas, que fueran parte del trabajo de campo y propondremos a los lectores líneas de acción a seguir en los casos de violencia escolar. Asimismo, dejaremos abiertos ciertos interrogantes que se nos fueran planteando durante el desarrollo del trabajo, que están vinculados directamente con los

(1) Abogada UNLP, Becaria de la Comisión de Investigaciones Científicas, dirigida por Héctor Blas Lahitte (Antropólogo UNLP, psicólogo) y Manuela Graciela González Directora del Instituto de Cultura Jurídica; Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales UNLP.

(2) CALP. “Revista del cincuentenario 1958-2008, Doctrina-legislación-jurisprudencia del colegio de Abogados de La Plata”, La Plata, año L-Nº 69, págs. 103/117, julio de 2008.

(3) EPB: Son las siglas utilizadas por el Ministerio de Educación de la Provincia de Buenos Aires para denominar al nivel de enseñanza primaria básica que al momento de las entrevistas estaba organizado de 1º a 7º grado.

(4) Socializar: Implica la noción lineal de adaptación o acomodamiento del niño a su medio. Para esta concepción, los padres representan el modelo de la sociedad en que viven y transmiten a sus hijos los valores de esa cultura. Ver Grosman y Mesterman (2005:77).

principios que le dan vida a la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niños/as y adolescentes (en concordancia con ley provincial 13.248). Este plexo normativo, nuevo paradigma de la niñez, obliga al Estado a afrontar el compromiso para que los niños/as no resulten objeto de maltrato en sus diversas formas, orientando las acciones propuestas a repensar y recrear una sociedad donde sean considerados sujetos de derecho, con palabra y no perdiendo de vista su condición de “personas en desarrollo” (5).

II. Método cualitativo

El método de investigación seleccionado para llevar adelante las entrevistas es el analítico-descriptivo (cualitativo). El método cualitativo es usado principalmente en las *ciencias sociales*, que utiliza abordajes metodológicos basados en principios teóricos tales como la fenomenología, la hermenéutica, la interacción social, empleando procedimientos de recolección de datos que son cuantitativos, con el propósito de explorar las relaciones y describir la realidad tal como la experimentan los respondientes.

Este tipo de investigación, requiere el entendimiento del comportamiento humano y las razones que lo gobiernan. Se trata de buscar y demostrar los diferentes aspectos de tales comportamientos. La investigación cualitativa interroga el porqué y el cómo se tomó una decisión, en contraste con la investigación cuantitativa la cual busca responder preguntas tales como cuál, dónde, cuándo. Se basa el método cualitativo en la toma de muestras pequeñas, esto es de observación de grupos de población reducidos, como salas de clase, etc.

Utilizando el *método cualitativo*, mediante el uso de la herramienta “entrevista abierta”, logramos interpelar a distintos actores sociales y escolares, especialmente maestros, psicopedagogos y directivos del nivel primario de enseñanza (EPB) (6), que en forma sintética y sencilla nos narraron sus experiencias, dentro del establecimiento educativo con la problemática de la violencia familiar, resultando estos testimonios fuente primaria de información.

El cuestionario elaborado para las entrevistas, se caracterizó por contener en primer término, interrogantes relativos al conocimiento vulgar y/o científico que poseían los/as docentes respecto de la violencia intrafamiliar, entre ellos citaremos a modo de ejemplo las siguientes: *¿cuáles son los tipos usuales de violencia que se presentan en la escuela?, ¿cuáles creían eran las causas de los actos violentos?, ¿cómo y con qué herramientas se abordan los casos?, ¿cuáles son los síntomas o signos que presentan los niños sometidos a tratos violentos?, ¿cuáles las actitudes de las familias frente al descubrimiento del niño violentado?, ¿con qué redes de conexión y contención cuentan los docentes dentro de la sociedad en general y especialmente en el ejido escolar para tratar la problemática?* Asimismo se les interpelaba sobre qué respuestas recibían desde el gobierno provincial respecto a campañas de prevención e información, instituciones de amparo y refugio, números telefónicos donde acudir ante los casos, *¿cuáles son los modos de intervención del gabinete psicopedagógico?, ¿qué opinión le merecían las políticas públicas de niñez y violencia emanadas del poder legislador provincial?*, entre otras. En una segunda parte, las preguntas se referían básicamente al conocimiento específico que poseía el plantel docente y no docente, sobre el contenido de la ley provincial de Violencia Familiar 12.569, especialmente en relación a *la obligación de denunciar* los casos de violencia en que la niñez resulta víctima (arts. 3º y 4º), *las sanciones aplicables para el caso de incumplimiento en la denuncia, la responsabilidad en cuanto a la capacitación* que le compete al Estado provincial, etc.

La última parte de la entrevista, pretendía situar al docente en un rol de mayor compromiso social frente al abordaje de la problemática y desde nuestro lugar de interpelación visualizar y aprehender las herramientas con que contaban estos actores para dar tratamiento, respuesta, abordaje y posi-

(5) Ver La ley nacional 26.061, sancionada el 28 de septiembre de 2005 y su equivalente en la ley provincial N° 13.298.

(6) El sistema educativo bonaerense cuenta con dos niveles básicos de enseñanza: EPB, escuela primaria básica y ESB, escuela secundaria básica. Información suministrada por SUTIBA La Plata. Av. 13 N° 1176 e/ 56 y 57.

bles soluciones ante la presencia de niños/as víctimas de violencia. Para ello se les plantearon por ejemplo preguntas referidas a: conocimiento sobre la existencia de control social informal de la violencia familiar, características del entorno socio cultural de la niñez violentada, sentimiento de culpa vivenciado por los niños/as en estos casos, derecho de la niñez a ser oída en los distintos ámbitos de intervención, grupos más afectados por la violencia, influencia del género y del sistema patriarcal en la problemática, ¿cuáles podrían llegar a ser las creencias y mitos existentes, en la sociedad actual acerca de ésta problemática?, entre otras.

El objetivo de las entrevistas, se centró en la posibilidad de recoger datos empíricos vinculados al conocimiento sobre la compleja temática de la violencia familiar, las formas de su detección, abordaje, resolución y tratamiento en el ámbito escolar, la existencia de herramientas didácticas, profesionales y de carácter interdisciplinario en la intervención docente, que prioricen los derechos del niño-sujeto y eviten la “revictimización” (7) de estos últimos que cargan ya con el padecimiento de ser víctimas de actos y omisiones violentas.

En síntesis, intentamos por medio del trabajo de campo, acercarnos a la realidad escolar y desde allí mediante la observación de la conducta de sujetos víctimas de violencia (niños/as) e interpelación a una pequeña muestra de efectores sociales-educacionales, los docentes, lograr conocer las posibles causas y consecuencias que la existencia de violencia intrafamiliar puede acarrear en la conformación de las personalidades de niños/as y adolescentes en el desarrollo de su vida.

III. Características de la población educativa de los tres establecimientos escolares seleccionados para la investigación

La muestra seleccionada para realizar las entrevistas abiertas, tuvo como eje a tres escuelas provinciales E.P.B. de la ciudad de La Plata, ubicadas tanto en el radio urbano como en la zona periférica de la misma. Para una más acertada selección, concurrimos a solicitar información adecuada al Ministerio de Cultura y Educación provincial, sito en calle 13 entre 56 y 57 de la ciudad. Luego del asesoramiento dispensado por la Dirección de Inspección provincial, decidimos tomar como objeto de muestra las siguientes instituciones escolares: La E.G.B. N° 27 Crucero General Belgrano (donde se realizó una prueba piloto), la E.P.B N° 59 Víctor Mercante y E.P.B N° 60 (8).

Debemos aclarar antes de continuar que tanto la E.P.B N° 59 como la E.P.B N° 60, según datos aportados por la Dirección de Inspección de escuelas dependiente del Ministerio de Cultura y Educación, se caracterizan por contener dentro de su currícula, alumnos que viven en situación de “*riesgo social*” (9), bajo la línea de pobreza, en continuo hacinamiento familiar, condiciones éstas que hacen más agudo y dificultoso tanto el abordaje en el tratamiento de la violencia familiar como la solución de los casos detectados como se explicará más adelante.

Prueba piloto en la escuela Crucero General Belgrano.

La E.G.B N° 27, Crucero General Belgrano, que fuera seleccionada para realizar la prueba piloto del trabajo experimental, se encuentra ubicada en la calle 3 entre 611 y 612 del complejo habitacional Barrio Aeropuerto. En la misma manzana del establecimiento escolar, pudimos observar mediante el relevamiento del barrio, que se cuenta con los servicios de salud de la Unidad Sanitaria N° 19 de primeros auxilios, la que al momento de las entrevistas cuenta con: asistencia de médico clínico, pediatra y ginecólogo, pero carece del servicio de asistencia psicológica, contando sí con las prestaciones de un trabajador social en la unidad. Las carencias de la sala de salud de aeropuerto, son suplantadas

(7) Revictimización: Se da cuando la víctima es sometida a algún tipo de práctica o circunstancia por parte de quienes intervienen en el caso que le causan nuevo sufrimiento. ROZANKI, Carlos A. (2003).

(8) La información de los domicilios y números telefónicos de los establecimientos nos fue suministrada por SUTEBA, La Plata, de calle 13 entre 56 y 57.

(9) Cuando hablamos de riesgo social, queremos significar aquella situación en la que los niños se encuentran con sus derechos vulnerados, en situación de calle, con adicciones al “paco”, insertos en la actividad del cartoneo, explotados laboralmente, siendo víctimas de violencia intrafamiliar, etc.

por la basta actividad social que lleva adelante la “Casita del Padre Cajade”, que se encuentra situada aproximadamente a diez cuadras del establecimiento escolar. Cuenta dicha ONG con el asesoramiento y asistencia de distintos profesionales: médicos, abogados, trabajadores sociales y psicólogos, que trabajan en una especie de “red” con la escuela 27 y otras de la zona. Cabe destacar aquí que, la labor de esta organización no gubernamental, desplegada en sus principios por su fundador el padre Carlos Cajade (10), reúne alrededor de 400 personas con la misión específica de devolver la dignidad a la etapa más bella de la vida (11).

Siguiendo con la descripción geográfica de la ubicación de la escuela, diremos que el Barrio Aeropuerto es un complejo habitacional que cuenta con cuatro manzanas, las que a su vez están integradas por edificios Monoblock, donde habitan alrededor de 40 familias por cada uno de ellos.

La infraestructura edilicia de la escuela cuenta con dos pisos, constituidos por aulas, baños, dirección, gabinete, patio interno y externo. Los niños que asisten a la escuela N° 27, son en su mayoría del barrio y algunos menos de los alrededores, ya que a solo cuadras de allí podemos hallar otro establecimiento escolar (Escuela N° 102). Las familias que envían a sus niños/as a ésta escuela, según nos relata una maestra, son familias de clase media baja, cuyos padres trabajan para distintos organismos del Estado, dentro de la Administración Pública. En menor medida concurren niños de clase baja y por debajo de la línea de pobreza, ya que como citaremos más adelante, existe en la zona una tendencia muy marcada de someter a los niños a tareas laborales, lo que configura según palabras de una docente informante *“violencia laboral, que da como consecuencia que el niño queme etapas de su vida”* (12).

Establecimientos sindicados de “alto riesgo” por la Dirección de Inspección de escuelas, dependiente del Ministerio de Cultura y Educación provincial.

En la etapa de preselección de escuelas, en la que fuimos asesorados como mencionáramos en el ítem anterior por la Dirección de Inspección de Escuelas provincial, nos informaron que dentro del extenso listado que conforman el mapa escolar de la provincia de Buenos Aires, y específicamente en el radio de ciudad de La Plata, existían dos establecimientos escolares que se caracterizaban por ser de *“alto riesgo escolar”*, debido a las reiteradas denuncias de casos de violencia familiar y escolar que presentaban ante la autoridad ministerial.

Uno de los mencionados es la E.P.B N° 60, sita en la calle 2 bis entre 515 y 516 de Ringuelete. En cuanto a su infraestructura, el establecimiento posee similares características a los cientos que existen en la ciudad, contando con un comedor escolar donde asisten la mayoría de los alumnos de la currícula. La escuela N° 60, realiza de hecho una especie de trabajo en red, con instituciones como la “Casa del Niño Belem”, ONG dedicada al cuidado de niños y prestación de servicios sociales, que al igual que tantas de la zona carece de asistencia psicológica para niños. En relación a la asistencia en el ámbito de salud, el establecimiento escolar mantiene contacto fluido y consultas con la sala de primeros auxilios N° 15 y N° 25, las que si poseen servicio de pediatría y psicólogo, a los efectos del abordaje de los casos de violencia infantil. Estas son las particularidades de la escuela en cuanto a su ubicación geográfica, amen de observarse también algunos matices de trabajo interdisciplinario entre el centro educacional y otras instituciones de intervención en casos de violencia familiar.

Pero las dificultades mencionadas según el directivo entrevistado, no representan en lo más mínimo, otras dos problemáticas que padece la población educacional de la zona de Ringuelete: una es la cercanía del “arroyo del gato” y otra el consumo incesante por parte de los niños/as de la sustancia

(10) Quien fuera también Secretario de los Derechos Humanos en la Central de los Trabajadores Argentinos en la provincia de Buenos Aires, cofundador del Movimiento Nacional Chicos del Pueblo e integrante de la Comisión Provincial por la Memoria.

(11) Ver en www.obradelpadrecajade.org.ar, diciembre de 2009.

(12) Olga, maestra y asistente social, EGB N° 27.

comúnmente conocida como “Paco” (13). Podemos adelantar que la escuela 60, se encuentra a pocos pasos del “Arroyo del gato”, acueducto éste que como es de público conocimiento posee aguas extremadamente contaminadas, no aptas para el consumo humano. No obstante, frente a las condiciones de pobreza y necesidades básicas insatisfechas de la población que habita alrededor del arroyo, es costumbre de los moradores y según nos manifestara la directora del establecimiento, “*pinchar el entubamiento del arroyo y beber de esa agua contaminada*”. Esta última circunstancia, trae como consecuencias en muchos casos irremediables, el padecimiento por parte de quienes la consumen, de la endemia denominada PARASITOSIS (14). Con certeza, según los testimonios de las informantes claves, los niños/as que concurren al establecimiento, padecen en muchos casos ésta enfermedad, que según dichos de las docentes de grado “*tiene secuelas irreparables y extremas que llegan hasta la muerte del niño o persona adulta que consuma de esa agua no potable*” (15).

Una segunda problemática, amen de los casos de violencia escolar y familiar que en el ítem de relevamiento desarrollaremos en extenso, es la adicción que padecen los niños/as y adolescentes al mal que nos circunda en este tiempo “el PACO”. Relatos escalofriantes de las maestras nos hablan de hechos en los cuales “*los niños adictos estallan sus cabezas contra las paredes por la abstinencia al consumo de la sustancia tóxica*”. Por las razones expuestas, históricamente, la escuela N° 60, en reiteradas ocasiones, según nos informa su Directora, fue objeto de intervenciones por parte de veedores enviados por el Ministerio de Educación provincial, que periódicamente asistían al establecimiento. Estos veedores junto a un grupo denominado EDI -Equipo Interdisciplinario- de psicólogos dependientes del Estado, actuaba mediante su asistencia y asesoramiento, en los casos en que los problemas presentados ante la autoridad ministerial superaban la posible solución que podía brindar el equipo técnico psicopedagógico de la escuela. Por ende, la intervención se llevaba adelante porque existía un “desborde” a nivel institucional. Hoy día, la escuela padece además de la conflictividad citada, la resolución del Ministerio de educación provincial que, debido a su baja en el número de inscriptos en la matrícula anual, resolvió disminuir la ayuda económica dispensada a aquellas escuelas sindicadas como de “Alto riesgo” escolar.

Desde otra perspectiva, nos encontramos dentro de la selección de establecimientos realizada para llevar adelante la labor, con la EGB N° 59, ubicada en la calle 122 entre 602 y 603 del barrio de Villa Montoro. Este establecimiento aunque nos fuera indicado por el ministerio, como de “alto riesgo escolar” en cuanto a la población que asiste y los casos de violencia familiar que a diario se detectan dentro de la franja horaria escolar, fue para quienes tuvimos la oportunidad de entrevistar al plantel docente, una muestra poco representativa de la realidad que seguramente se vivencia en la escuela.

Lo expresado se vincula precisamente con la experiencia que vivimos quienes al momento de intentar llevar adelante las entrevistas, tuvimos que observar, las que se relacionan con la existencia de una negación sino absoluta, casi absoluta de la problemática de violencia que padece la escuela. Las maestras entrevistadas fueron un tanto reacias a asumir las particularidades de su establecimiento en cuanto a la problemática de la violencia, llegando a dar respuestas evasivas y dubitativas al entrevistador.

Un segundo signo de tal negación lo observamos en el directivo del establecimiento, quien luego de solicitar el permiso para entrevistar a las docentes, nos expresara que “*ella no se haría cargo de ninguna de las manifestaciones vertidas por los maestros*”. Con ello concluía que en “su escuela” no

(13) Paco: es una droga callejera de bajo costo elaborada a partir de bicarbonato de sodio, cafeína, alcaloide de cocaína y anfetaminas. Se suele consumir por vía respiratoria en pipas (generalmente caseras) o sobre la marihuana en forma de cigarrillo (marciano, bazuco, nevado) y debido a su composición química, es altamente tóxica y adictiva.

(14) Parasitosis: enfermedad infecciosa causada por protozoos, vermes o artrópodos. No se consideran parasitosis las infecciones por hongos, bacterias o virus que, tradicionalmente, han sido estudiados por la microbiología. Las enfermedades parasitarias pueden adquirirse a través de los alimentos o del agua contaminada, por la picadura de un insecto o por contacto sexual y pueden causar desde molestias leves hasta la muerte.

(15) Recogido del testimonio de la directora del establecimiento escolar N° 60 de Ringuelet.

existían tales casos de violencia a los que sí refería el cuerpo docente. Este primer acercamiento, no nos paralizó para efectuar de todas maneras las entrevistas objeto del trabajo, pero existió si la salvedad de que el directivo no respondería por los argumentos esgrimidos por sus subordinadas. De igual modo, no podemos dejar de mencionar que, dentro del grupo de maestras entrevistadas, tuvimos la oportunidad de conversar con una psicóloga especialista en familia y niñez, llamada María del Carmen Amar, quien nos relatara con alto entusiasmo su vasta experiencia con la problemática de la violencia escolar y familiar.

Concluyendo con la caracterización del establecimiento N° 59, queda por agregar que: la escuela cuenta con la asistencia a nivel salud de la sala de primeros auxilios n° 35, y la colaboración al igual que la citada escuela 27 de la ONG “Casita del padre Cajade” y su equipo interdisciplinario, que se encuentra ubicada en el barrio de Villa Elvira a poca distancia del establecimiento descripto.

Análisis y resultados del relevamiento (entrevistas abiertas) realizado en las escuelas bonaerenses del ejido urbano y periférico de la ciudad de La Plata

Los resultados de las entrevistas, nos arrojan cualitativamente ciertas características presentes en los casos de violencia familiar y escolar que se repiten en los diferentes establecimientos seleccionados, pero que sin embargo difieren en cuanto a las posibles causas que dan origen a dicha violencia. Existen casos de violencia familiar, especialmente violencia hacia la niñez, en todos los establecimientos visitados. La violencia más frecuente es la denominada invisible (insultos, maltrato psíquico, menoscabo a la persona, descalificaciones, etc.) y en menor medida la violencia física y sexual. El primer tipo de violencia, la verbal, se visualiza particularmente en la experiencia narrada por Olga, maestra de la escuela N° 27 del barrio aeropuerto, quien nos expresa que: *“las diferencias sociales y económicas existentes actualmente en la sociedad argentina, que se ven plasmadas día a día en la cotidianeidad escolar, conllevan inevitablemente a la existencia de cierta discriminación hacia los alumnos que menos recursos poseen, la que se traduce en una incesante y profunda violencia verbal, expresada por y entre los niños”* que asisten a su establecimiento. Los niños/as utilizan para la agresión frases como *“sos un negro”, “sos villero”*.

En cambio, en la escuela N° 60 del Arroyo del Gato, la experiencia en los casos de violencia verbal y física, muestra a este tipo de violencias como *“un modo normal y cotidiano de convivencia, que ésta socialmente aceptado por la comunidad en que se encuentra situada la escuela”*, según palabras de las docentes. Inclusive y en el mismo sentido, nos expresan que es común que *“los padres aconsejen a sus niños a golpear a otros compañeros”* y se han detectados situaciones en que las propias docentes del establecimiento fueron víctimas de violencia física por parte de los alumnos (16). Distinto es el caso de la violencia sexual (abuso sexual infantil) y su detección y tratamiento. Dentro de este último tipo de violencia, podemos mencionar las experiencias narradas por las docentes de la escuela N° 60 (Ringuet), quienes nos describen que: *“debido a la situación de hacinamiento en que conviven adultos y niños dentro de las familias de la zona, observan con más frecuencia casos de abuso sexual infantil, que se repiten de generación en generación, como un modo casi ‘normal de convivencia’ y en donde ‘niñas abusadas crían a sus hijos junto al progenitor victimario del abuso que dio como consecuencia el nacimiento de su hijo’*.

Al avanzar en las interpelaciones sobre el abordaje de los casos desde lo institucional, observamos que según los testimonios recogidos, no existen campañas de prevención para el alumnado sobre el tema de la violencia, ni cursos de capacitación para los docentes que tengan como objetivo alcanzarles herramientas apropiadas para el abordaje interdisciplinario de la problemática. Las docentes de la escuela N° 60 nos mencionan que conocen de la existencia de capacitaciones brindadas desde el gobierno provincial, pero expresan que *“no todas las docentes y equipos pedagógicos obtenemos permiso para asistir a dichas capacitaciones, las que resultan limitadas a ciertos grupos”*. Y refiriéndose a la

(16) Nos narran un caso en que una docente es abordada a la salida del turno escolar y arrojada desde su bicicleta por un alumno, circunstancia en la que la maestra decide realizar una denuncia policial sobre el hecho y posteriormente fuera asistida por la ART correspondiente.

reforma legislativa por la que atraviesa la provincia (nueva Ley 13.298 de Promoción y Protección de Derechos de niños/as y adolescentes) y disolución de los Tribunales de Menores con la consiguiente creación de los Centros locales y zonales, de asistencia, asesoramiento y restitución de derechos vulnerados a la infancia, nos manifiesta una trabajadora social, que *“nadie le informó que los tribunales de Menores no intervenían más y que se deberían dirigir al centro zonal o local”* (17). Otras se anoticiaron del cambio de paradigma respecto a la niñez, porque sus compañeras psicopedagogas trabajan en áreas como minoridad y les facilitaron la información.

En relación al abordaje de los casos, estos son mayormente tratados en forma particular, cuando son detectados en el horario escolar. Se comunican inmediatamente al directivo, quien labra un acta de lo acontecido y hace intervenir al Gabinete, que aunque es psicopedagógico, no tiene ni especialización ni orientación para el tratamiento de los casos de violencia infantil (denominan al equipo que interviene “Equipo Escolar Básico”). El procedimiento continúa con la comunicación a los padres o tutores del niño, para anoticiarlos del problema detectado y buscar junto a la escuela una posible solución (experiencias narradas por docentes de la escuela N° 60, de Villa Montoro). Cabe aquí siguiendo a Rozansky (2003), expresar que en los casos de abuso sexual infantil (violencia sexual), no es recomendable citar a la familia del niño abusado, ya que con éste modo desarticulado de intervención se corre el riesgo de que el niño/a víctima sea alejado del establecimiento escolar o se produzca su silencio que tiene en estos casos características generalmente irreversibles.

A modo de prevención y como iniciativa propuesta por el ministerio de educación y desarrollada por las docentes, existen en todas las escuelas objeto de muestra, lo que se denomina “Talleres de convivencia”, donde con la participación del alumnado, se establecen normas mínimas para convivir que no deben violarse. La docente Olga, de la escuela N° 27, nos manifiesta que *“en los talleres se refuerzan ideas como escucharse entre compañeros, decidir entre todos el modo mas viable y equitativo de solución del conflicto que se presenta y principalmente el respeto por las ideas de los demás”*. En caso de ser violadas las normas establecidas, se conversa en el taller, en forma grupal. Avanzando sobre las experiencias de las escuelas con *“trabajo en red”* con otras instituciones y abordaje interdisciplinario de casos de violencia familiar y escolar, observamos la ausencia de intervenciones articuladas con otras instituciones gubernamentales o no, especializadas en el tratamiento de la problemática. En el caso del establecimiento N° 27, trabajan frecuentemente con la ONG del padre Cajade y las unidades sanitarias cercanas a la escuela, pero desconocen las docentes la existencia de equipos especializados en violencia infantil, como es el que actualmente funciona en la orbita del Hospital de Niños Sor María Ludovica y distintos centros de asistencia a las víctimas de violencia como por ejemplo Comisaría de la mujer, Consejo de la Mujer, Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de niños, entre otras. No sucede lo mismo en la escuela N° 59, donde por fortuna al integrar el equipo la especialista en temas de violencia familiar como fuera citado anteriormente (18), el equipo logra reconocer la existencia de “los servicios Locales de Promoción y protección de derechos” (de instancia municipal), donde pueden abordarse ciertos casos, pero poseen escasa información de ¿cómo hacer intervenir al servicio local?, ¿dónde funciona el servicio?, ¿cuáles son las competencia administrativas y judiciales? y ¿cuáles serían los programas provinciales a los que podrían acudir para el tratamiento?

Los casos, frecuentemente, son derivados directamente al servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos, sorteando la instancia municipal que corresponde agotar según el caso. A contrario sensu, si se hallan las escuelas conectadas con algunas ONGS, pero en modo escaso, que trabajan otras problemáticas familiares, pero no violencia familiar concretamente. No debemos dejar discurrir que, no existen en las salas de primeros auxilios consultadas corrientemente por estas escuelas, un equipo de trabajo integrado mínimamente por 1 psicólogo, 1 trabajador social, 1 médico especialista en niños, que puedan tratar inter disciplinariamente los casos de violencia detectados en la escuela. Adentrándonos al conocimiento específico que poseen las docentes acerca de la normativa vigente

(17) Testimonio de la Trabajadora Social del turno mañana de la escuela N° 59 Villa Montoro.

(18) María del Carmen Amar, psicóloga social con vasta experiencia en minoridad, especialista en Familia y Niñez e integrante del equipo psicopedagógico de la Escuela N° 59 del barrio Villa Montoro.

respecto del tema violencia familiar, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires y el nuevo paradigma de Protección integral de los derechos del niño, recogemos de los testimonios de trabajadoras sociales y docentes que, aunque desconocen en profundidad el funcionamiento e implementación de la nueva Ley 13.298, sobre Promoción y Protección de los derechos de niños/as y adolescentes, el cuerpo docente sí posee conocimiento de cómo intervenir en los casos de violencia que configuren delitos. Así nos expresan que: *“sabemos que no debemos enviar más los antecedentes al Juez de Menores, pero a la vez desconocemos quien o quienes deben intervenir en los casos”* (19). Esto último se vincula directamente con el desconocimiento de la ley provincial de Violencia Familiar 12.569 y sus artículos correspondientes a la competencia judicial y a la obligación de denunciar y consecuentes conminaciones por incumplimiento que le impone la ley en su articulado a los docentes y/o directivos en los casos de violencia familiar.

Respecto de la capacitación en general, los testimonios denotan expresiones de descontento y descreimiento hacia la seriedad con que el gobierno provincial capacita a sus docentes, se escucha decir *“No estamos capacitadas para el tratamiento de los casos de violencia”, “no podemos realizar prevención en la escuela porque el Ministerio no nos alcanza los medios para ello”, “la escuela se encuentra desbordada porque existe violencia dentro de toda la sociedad”* (20).

Como señala Rozansky -2003- la capacitación actual de los operadores escolares es insuficiente para enfrentar situaciones con las características particulares que reviste el fenómeno del abuso sexual infantil, por mencionar uno de los tipos de violencia hacia la niñez. La capacitación en ésta problemática no sólo significa la posibilidad de reconocer indicadores habituales del fenómeno, sino también las necesidades de entrenamiento para enfrentar las distintas situaciones institucionales que se les presentan a quienes toman las decisiones de intervenir. Observa el autor que es frecuente que el docente se vea intimidado por un superior para que desista del intento.

Básicamente, se descrece del compromiso del gobierno provincial con las políticas públicas de niñez y adolescencia. Exponen las docentes que desde la escuela *“hacen lo que pueden según sus escasas herramientas para detectar los casos y tratarlos”*. Aún hoy, se refleja en las docentes el mito y creencia de que la *“violencia familiar”*, es algo del ámbito privado. La institución en general apoya la escucha a los niños (derecho a ser oídos), en todos los ámbitos de la vida, sea pública o privada porque consideran que es un derecho elemental de todo ser humano. En cierto caso vivenciado en la escuela N° 60, las docentes nos comentan que gracias a la escucha de la palabra del niño, se han podido develar ciertos casos de abuso sexual infantil padecido por la infancia.

Dentro de las actividades escolares organizadas para el ciclo lectivo, las docentes incorporan actividades por medio de talleres de educación ciudadana y reconocimiento de derechos humanos, donde también se les transmite y enseña a los niños/as las normas contenidas en la Convención Internacional de los derechos del Niño. Ello tiene como meta mostrar al alumnado que existen otros modos de comunicación no violentos que son tan válidos y mejores que los transmitidos en la sociedad violenta que hoy vivimos.

Resumiendo, en cuanto a las causas posibles de la existencia de violencia familiar, creen en general los educadores que es una cuestión de poder, de autoritarismo paterno y a veces también materno, de diferencias sociales que abren grandes brechas en los distintos estratos sociales, de indiferencia hacia la niñez y tratamiento como objetos de los niños. Existe una notable *“negación por parte de los padres violentos e indiferencia hacia el niño violentado”*. Nos relatan que muchas veces, cuando intentan comunicarse con las familias de los niños/as víctimas de violencia, los padres tienden a no reconocer y en algunos casos a desvincular al niño/a del establecimiento escolar.

Esta situación se agudiza en los casos de abuso sexual infantil, en los que el “no te metas” es moneada corriente en las familias, salvando los casos en que se realiza una intervención articulada, interdis-

(19) Testimonio de trabajadora social turno mañana EPB N° 59, Villa Montoro.

(20) Testimonios de las docentes de la EPB N° 59.

ciplinar y responsable que deviene en la detención del abusador y tratamiento del niño-víctima. En este sentido, Rozansky -2003- señala que en los casos de abuso sexual infantil, debe ser un objetivo primario de la intervención la *Protección integral de la niñez*, que es principio rector de la Convención Internacional de Derechos del niño y ser objetivo secundario *el esclarecimiento del hecho delictivo y la sanción de los responsables* (Rozansky, 2003).

Otra condicionante que, agudiza según los testimonios de los educando, la violencia familiar es la cuestión de género. Las experiencias narradas por las docentes de la escuela N° 60 develan la existencia de ciertos estereotipos transmitidos generacionalmente dentro de la población educativa que asiste al establecimiento. Así por ejemplo, nos mencionan que les ha tocado observar que “*si Carlitos 'X' fue en su infancia un niño maltratado, luego los hijos de Carlos 'X' que ingresan como alumnos en su escuela también son maltratados por su padre*”, queriendo significar con ello que en esta parte de la población particularmente, la violencia verbal, física y sexual es considerada como un modo habitual de vinculación inter relacional dentro del grupo familiar, que luego es traducido en la convivencia diaria dentro del ejido escolar.

No menos importante resulta el consumo excesivo por parte de los niños de programación televisiva e Internet, en la que los “Juegos de lucha” son considerados formas habituales de comunicación entre adolescentes. Como señala Imberti (2006), presenciamos en este último tiempo una violencia más aséptica y anónima, la más sofisticada de la historia de la humanidad. Donde los videos juegos que seducen a chicos y jóvenes de todo el mundo simulan situaciones reales. Nuestras sospechas sobre estos “inocentes juegos”, agrega la autora, encuentran su fundamento cuando el noticiero nos informa que el ejército de un país central ha firmado un acuerdo con industrias del entretenimiento para que desarrollen juegos de simulación de guerras y ataques para el entretenimiento de sus soldados. “de esta manera buscamos atraer a una nueva generación de jóvenes para que ingresen al ejército”, anuncia el responsable de la idea.

Internet se presenta como la gran revolución de las comunicaciones, a pesar de que sólo el 5% de la humanidad tiene acceso a ella. Hoy por hoy, nos tienta como una caja de sorpresas, en la que creemos encontrar todo. Aunque se puede convertir también en una caja de Pandora: pornografía, violencia, pedofilia. Como adultos tenemos la libertad de consumir esas informaciones, y también la responsabilidad de acompañar a nuestra niñez en la utilización de esta herramienta (Imberti, 2006).

En síntesis, amén del compromiso de las docentes desde su rol para afrontar los casos de violencia escolar y familiar y darles mediante una intervención responsable e interdisciplinaria el más eficaz tratamiento que sus posibilidades le permitan, existe un desconocimiento profundo y generalizado sobre las particularidades del fenómeno de la violencia intra familiar, especialmente en casos de violencia hacia la niñez. Se puede observar en las respuestas frente a las diversas interpelaciones, la ausencia de herramientas concretas para el abordaje de tan compleja problemática. Especialmente en cuanto a: detección de los casos por develamiento que no se circunscriba a la palabra del niño/a o a la presencia de indicios físicos que denoten violencia infantil, modos de intervención articulada ante el acto violento, puesta de límites a los alumnos, reflexión y tratamiento grupal del caso, transmisión y construcción de otras capacidades de comunicación, evitación de la violencia con más violencia (ejemplo: actos autoritarios y no de autoridad escolar) como sanciones o amonestación desmedidas, proposición de otros modos de solución al conflictos a saber: la negociación, la mediación o el arbitraje.

IV. Propuestas de la doctrina nacional sobre las posibles acciones de la escuela en los casos de violencia familiar detectados

En un trabajo publicado por Cardinaux y Polombo, sobre violencia juvenil, las especialistas nos plantean e intentan fundar cuales son las condiciones actuales que hacen que la violencia esté tan extendida en una cultura en la que todas las formas de violencia son discursivamente negadas. Para ello, enumeran ciertas condiciones que pueden verse en extenso en su trabajo, que conllevan los cambios interrelacionales de la actualidad: 1º) Los organismos encargados de establecer las leyes y de

administrarlas son débiles y están atravesados por la corrupción y el partidismo 2º) la aplicación de la justicia ha entrado en colisión en muchas oportunidades, con el respeto por los derechos humanos, 3º) la educación y la familia, baluartes hasta hace poco tiempo de la transmisión de valores de la sociedad y la cultura han ido perdiendo su rol, 4º) las organizaciones centradas en la formación moral: distintos credos, organizaciones solidarias, instituciones civiles de todo tipo han caído también en la actitud de repliegue, 5º) han fallado las estrategias para el tratamiento de la desigualdad y finalmente en 6º) lugar, se ha dado un pasaje de la violencia personalizada a la violencia anónima.

De toda esta enumeración nos detendremos en el ítem tercero *“la educación y la familia, baluartes hasta hace poco tiempo de la transmisión de valores de la sociedad y la cultura han ido perdiendo su rol*, y transcribiendo lo expresado por las autoras diremos que ello sucede porque éstas instituciones fueron cediendo parte de sus funciones a los grupos de pares, las empresas de entretenimiento, las sectas, los formadores de opinión, la televisión y en general a todos los medios de comunicación”.

El vacío de autoridad que han dejado la familia y la escuela no ha surtido efecto positivo en términos de democratización de las relaciones o de mayor distribución de la información, sino que ha dejado a los más jóvenes a la intemperie, sin criterios para diferenciar aquello que es importante, porque la cultura de la banalidad así lo ha instituido, el “pasatiempo”, el efímero entretenimiento. La violencia pasa también a ser banalizada, a ser un divertimento para ser filmado y colgado en algún sitio de la atrapante red.

Todos estos argumentos, hacen reflexionar a la doctrina y a los juristas nacionales sobre que alternativas utilizar para afrontar la problemática de la violencia familiar, traducida en violencia escolar cuando esos patrones aprendidos en el seno de las familias y en la sociedad toda, los hallamos reflejados en las conductas de los alumnos de un establecimiento educacional.

En ese sentido, Chemen (2001) nos señala que dentro de las alternativas para afrontar situaciones concretas de violencia es imprescindible reconocer señales corporales, valorar la contención, el lugar del adulto frente a una crisis de violencia, establecer normas consensuadas, desarrollar mecanismos de decisión y participación, mejorando los sistemas de educación. Entonces a la pregunta ¿qué debe hacer la escuela con la violencia? se responde: en primer lugar la escuela puede educar para que la pregunta sea bienvenida. La duda, debe ser un incentivo. El reconocimiento de las equivocaciones, una meta. La resolución de problemas de manera no violenta resulta una alternativa. Las soluciones mágicas e instantáneas, un mito. El disfrutar, un valor insoslayable. El sentido, una búsqueda compartida. La expresión, una manifestación contra el silencio y la supresión. El respeto por las diferencias y las identidades, una realidad. La interacción, un recurso de aprendizaje. Todo esto puede lograrse mediante técnicas para la implementación de diferentes mecanismos, necesarias para afrontar conflictos y arribar a soluciones equitativas como la mediación, la negociación y el arbitraje. No debemos perder de vista que, como enseña Chemen, la prevención y el trabajo sobre la construcción de modos alternativos de relación es el camino que deberá adoptar el sistema educativo en su conjunto.

En cuanto a la intervención articulada entre los distintos operadores sociales e instituciones, Goggi (1998) sostiene que es preciso a) establecer vínculos estables de interacción que prescindan del caso concreto, b) acceder a la estructura de pensamiento de las restantes disciplinas, o sea, poder utilizar su punto de vista y herramientas operativas (lo que implica entre otras cosas admitir la propia ignorancia), c) y por último, conocer el perfil de los restantes operadores de cada caso en particular, para así poder codificar en forma correcta la información recibida, sorteando los procesos de descalificación, distorsión, etc.

Más comprometida aún es la postura expuesta por Rozansky (2003), quien sostiene que en los casos de abuso sexual infantil, en donde la intervención se instrumenta principalmente por medio de las áreas asistencial y judicial, una intervención desarticulada, llevada adelante por carriles separados, conlleva a la reiteración de prácticas revictimizantes tanto en el ámbito policial como en la esfera del Poder Judicial. Deberá lograrse para ello que, la diferenciación de la intervención sea solo de tipo instrumental y no como sucede en práctica cotidiana, el resultado de mantener en compartimientos

aislados la labor de una y otra esfera. Esto resulta igualmente importante, ya que hasta tanto se logre que la actividad en ambas áreas sea el resultado de un trabajo integrado -respetando las incumbencias pero reformulándolas- seguirá corriendo riesgos el resultado de la intervención.

Rozansky propone comenzar a elaborar un modelo de intervención respetuoso y que no lastime a las víctimas. Uno que tenga en cuenta las principales características y consecuencias del fenómeno, así como la legislación protectora vigente y donde la criatura violentada nos sea una foja más de un expediente, sino el centro y sentido mismo de las actuaciones. Donde el familiar no violento que acude a la justicia, reciba el trato y la contención que merece. Donde los profesionales de las disciplinas no jurídicas que igualmente les toca intervenir, sean escuchados con atención y respetados en los estrados judiciales. Un modelo inspirado en la ética humanista en la cual los jueces utilicen el enorme poder que poseen, para que las leyes se cumplan y para que ningún niño víctima vuelva a ser maltratado.

V. Reflexiones finales

Como sostiene Imberti (2001:14), resulta imprescindible a la hora de reflexionar sobre la violencia escolar, analizar las representaciones personales y las del grupo de colegas de las instituciones educativas. Ya que como se observó en los resultados aportados por el relevamiento de las escuelas, en ciertos casos, aún hoy resultan creencias cotidianas pensar a la violencia como modo de lograr un orden en el seno familiar, manifestación ésta que correspondería al sexo masculino, que por su fuerza física es quien imparte las ordenes puertas adentro del hogar (violencia de género). Esto se vincula directamente a la existencia de mitos, que son las cristalizaciones de las significaciones que operan como organizadores de sentido en el accionar, pensar, sentir de los hombres y mujeres que conforman esta sociedad, sustentando a su vez la orientación y la legitimidad de sus instituciones. Este universo de significaciones, conforma el *imaginario social*, que hace que el poder marche provocando que los miembros de una sociedad, enlacen y adecuen sus deseos a ese poder, que sus instituciones se inscriban en el espíritu de hombres y mujeres; hace que “los conscientes e inconsciente se pongan en fila” (Mari:1988) Pero el imaginario social interpela a las emociones, voluntades, sentimientos; sus rituales promueven las formas que adquirirán los comportamientos de agresión, de temor, de amor, de seducción, que son las formas como el deseo se anuda al poder. Suministra *esquemas repetitivos*, crea marcos de preceptos y pone en conexión regularidades de los comportamientos con los fines y las metas del poder; la función del imaginario social es “fundir y cincelar las llaves de los cuerpos para el acceso a la ley y la continuidad y reproducción del poder”.

En este marco, Castoriadis -1988-, plantea que lo que mantiene unida a una sociedad es su institución, es decir el proceso por el cual la sociedad se instituye como totalidad; las normas, los valores y el lenguaje instituidos no son solo *herramientas* o *procedimientos* para hacer frente a las cosas, sino más bien son los instrumentos para hacerlas; en particular para hacer individuos. De conformidad con sus formas, la institución produce individuos quienes, a su vez, están en condiciones de reproducir la institución de la sociedad.

Siguiendo con este esquema de razonamiento y posicionándonos en la “institución escuela”, creemos que a pesar de la desilusión de algunos, la incredulidad de otros, la desesperanza de muchos, que se viera reflejada en las entrevistas, las que denotan una sensación de incomprensión acabada del por qué el comportamiento humano está teñido de violencia, no debemos creer que existe una realidad inmodificable. A contrario sensu, deberemos esforzarnos y trabajar en la idea de que “desde la escuela” hay mucho por hacer en relación a la violencia familiar. Para avanzar hacia ese propósito, resultará imprescindible pensar al fenómeno de la violencia, no desde un esquema simplista como es el de causa-efecto en la vida inter relacional de las personas que integran un grupo familiar. O como un simple recorte de un instante de la realidad social actual, sino comprender que, constituye un *fenómeno complejo*, que al momento de ser abordado requiere que incorporemos al análisis y a las decisiones no sólo las razones científicas, jurídicas, políticas, legales sino también nuestras emociones, nuestras actitudes, la instancia subjetiva, la opinión personal. La complejidad se verá reflejada en traer ideas de otros campos, abrirse paso a fronteras disciplinarias, ampliando la perspectiva de

análisis y enriqueciendo la capacidad de acción frente a la violencia (Guebel, 2006). Vivimos hoy en una sociedad que ha colocado a niños y jóvenes en estado de orfandad, que no fomenta la autonomía individual sino que enseña la necesidad y hace de ella su base de legitimación. Asimismo, no resguarda la Protección Integral de los niños (21) sino que los expone al padecimiento de la “exclusión”, de la “mendicidad”, de la indiferencia, basada en la “desigualdad de oportunidades” para acceder a lograr una promesa eficaz de igualación. Es dentro de este contexto, donde la institución escuela, como socializador secundario, deberá enseñar a este grupo vulnerable, que existen *otros modos alternativos de vinculación* no violentos, ni dañinos, que difieren del modelo familiar y porque no social instaurado por el Estado Moderno. La prevención y el trabajo en la construcción de modos alternativos de relación es el camino que deberá adoptar el sistema educativo en su conjunto. La difusión de roles sexados, el autoritarismo escolar, la ausencia de diálogo y la falta de respeto por las diferencias, confluyen en la transmisión de patrones culturales de tinte patriarcal, donde el niño es situado nuevamente (pues ya lo ha sido por provenir de un hogar violento) en el lugar de objeto. Existe un esquema repetitivo del modelo socio-cultural dentro de la institución escolar, dado por la tolerancia de actos violentos que implica la aceptación de la violencia misma. Esto se ve reflejado en las experiencias recogidas de los testimonios de las docentes y nos deberíamos preguntar: ¿sólo desde la institución escuela intentaremos cambiar la problemática de la violencia? La respuesta resulta una obviedad. El trayecto que nos queda por recorrer como sociedad, para lograr que la violencia familiar no resulte un modo más de vinculación dentro de la familia, que reproduce a una sociedad que a la vez es violenta, será trabajar desde los distintos roles personales y profesionales para que las prácticas violentas y las representaciones sociales de esas prácticas no sean reproducidas sin antes poder reflexionar sobre las consecuencias irreparables que la misma acarrea. Fortalecernos en el conocimiento y estudio científico de las características particularidades del fenómeno, nos ayudará a repensar nuevas prácticas frente al mismo y poder revisar nuestros “habitus” (Bourdieu, 2000).

VI. Bibliografía

- BOURDIEU, Pierre. La fuerza del derecho. Uniandes: Bogotá, 2000.
- CARDINAUX, Nancy y POLOMBO, María Angélica. “Violencia expresada por los jóvenes: enfoque psico-sociológico del Estado de bienestar al Estado de orfandad”. 2008.
- CASTORIADIS, Carlos. Los dominios del hombre: las encrucijadas del laberinto. Gedisa: Barcelona, 1988.
- CHEMEN, Silvina. “Pensamiento complejo y violencia”. En: IMBERTI, Julieta (comp.) Violencia y Escuela. Miradas y propuestas concretas. Paidós: Buenos Aires, 2006, cap. 4.
- GIBERTI, Eva. “El niño, la violencia, la televisión”, entrevista publicada por Revista La Educación en nuestras manos. SUTEBA: Buenos Aires, septiembre 1996.
- GOGGI, Carlos. “Intervención legal en violencia familiar y maltrato infantil”. En: LAMBERTI, Silvio (comp.) Violencia familiar y abuso sexual, con prólogo de Jorge Corsi. Universidad: Buenos Aires, 1998, cap. IX.
- GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia. Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar. Universidad: Buenos Aires, 1992.
- GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia. Violencia familiar. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos. 3a ed. (actualizada y aumentada) Universidad: Buenos Aires, 2005.
- GUEBEL, Gabriela. “Pensamiento complejo y violencia”. En: IMBERTI, Julieta (comp.) Violencia y Escuela. Miradas y propuestas concretas. Paidós. Buenos Aires, 2006, cap. 2.

(21) Ver principios básicos de la Convención Internacional de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en 1989. Ratificada por Argentina mediante ley 23.849, con jerarquía constitucional y operatividad dada por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina.

IMBERTI, Julieta (comp.) *Violencia y Escuela. Miradas y propuestas concretas*. Paidós: Buenos Aires. 2006.

MARI, Enrique. "El poder y el imaginario social". En: *La ciudad futura* nº 11. Buenos Aires, junio 1988.

ROZANSKY, Carlos. *Abuso sexual infantil. ¿Denunciar o silenciar?* Ediciones B: Buenos Aires, 2003. ♦

La naturaleza del Estado Soviético. El estado capitalista degenerado, por MARÍA JULIA AMILCAR (*) (*Ediciones Suárez, Mar del Plata*)

RESUMEN: *La naturaleza del Estado Soviético. El Estado capitalista degenerado*, principia la serie “Tesis”, a cargo del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Dra. Alicia Moreau” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, con la intención de llevar a toda la comunidad, trabajos de postgrado afines a la materia de los Derechos Humanos. Toca a la tesis doctoral del profesor Luis Pablo Slavin, abrir la brecha. Ordenada en un prólogo, una introducción y ocho secciones, emprende una pesquisa en dos planos, el teórico y el práctico. El primero se traduce en un estricto análisis del discurso de los más conspicuos intelectuales comunistas, el segundo, lo verifica con el panorama ruso, permitiendo establecer que dicho entorno no estaba en circunstancias de forjar el socialismo.

RESEÑA:

La naturaleza del Estado Soviético. El Estado capitalista degenerado es la primera obra editada de la colección TESIS, que coordina el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Dra. Alicia Moreau” con asiento en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

El objetivo de esta publicación, expresado por sus responsables, es trascender el proyecto académico que los convoca, y descubrir al público en general, aquellos trabajos finales de postgrado enlazados con la temática de los Derechos Humanos.

Los estimula el deseo de “*acercar la Universidad a la comunidad*” para que la labor de sus investigadores pueda conocerse y debatirse más allá de los claustros. Una casa de altos estudios con prestigio de excelencia académica pero aislada de los problemas sociales, ignorante de su función emancipadora, corre el riesgo de transformarse en una institución estéril, condenada a empobrecerse cuanto más persista en su encierro.

La legitimación del ámbito educativo proviene de la sociedad que lo engendra, y no puede negar este vínculo si anhela reforzar su aptitud para leer el mundo del que forma parte. Un espacio de enseñanza y de investigación, requiere ergo, una atmósfera que despabile la responsabilidad social, abierta, flexible y pluralista.

Los antecedentes del autor dejan ver su compromiso con la enseñanza, la investigación y la gestión institucional, por cuanto el Dr. Slavin es Profesor Titular de Derecho Político y de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata desde 1985, habiendo sido decano de dicha unidad académica desde 1993 a 2000. En la carrera de Investigador está categorizado I, y aparte de tutelar su propio grupo en el área del Derecho Laboral, dirige el Instituto de Investigaciones “Carlos Santiago Nino” desde el 2005.

Debidamente presentados la colección y el especialista, queda iniciar la reseña del libro, cuya disposición consta de un prólogo a la primera edición de 1992, una introducción y ocho capítulos. Con justicia merece destacarse lo novedoso del planteo, tanto es así que transcurridos casi veinte años, mantiene hoy día toda su fuerza. La crisis vigente del capitalismo ha traído consigo no solamente reediciones de las obras de Marx, Engels, Lenin, Trotsky, sino de muchos otros teóricos marxistas, alimentando un renovado debate sobre diversos tópicos.

Luis Pablo Slavin anticipa en el exordio, y reitera en el primer párrafo del introito, el meollo de su examen: demostrar acabadamente que el modo de producción de Rusia no es superador del capitalismo y que su forma de Estado es impropia de un Estado autoproclamado “Obrero”.

(*) Abogada. Profesora investigadora ordinaria de Derecho Político, Facultad de Derecho de la UNMdP. Integrante del grupo de investigación “Pensamiento Crítico” y del Instituto de Investigaciones Carlos Santiago Nino, de la Facultad de Derecho de la UNMdP.

La Perestroika sacudió el escenario mundial poco antes de la defensa de la tesis doctoral y el mismo Slavin se interroga si dicho trance amenazaba la actualidad de la disertación, debilitándola en sustancia. No, es su contundente respuesta, por cuanto la rápida desintegración de la URSS vino a refrendar su convicción de *“que jamás la revolución había alcanzado su designio de construir una nueva estructura económico social de tipo socialista”*. Consecuentemente, los reveladores hechos lo animaron a completar su escrupuloso razonamiento, con el agregado de un capítulo final, relativo a la economía soviética durante la mencionada transformación.

Virtudes de la obra son la claridad expositiva, el excelente archivo documental, y la exploración, como declara el autor, de dos niveles, el teórico y el práctico. El primero supone una minuciosa recorrida por las proposiciones de los más respetados intelectuales del comunismo (Trotsky, Lenin, Bujarin, Preobrazhensky), el segundo confronta sus argumentos con la vida rusa, para correr la cortina y revelar que aquel ambiente, bien lejos se hallaba, de andar el paso del capitalismo hacia un nuevo y más efectivo orden social.

Ante la copiosa disertación de barricada, frente a panfletos propagandísticos, profesiones de fe y conmovedoras peroratas, especialmente en torno a la pugna política e ideológica entre Trotsky y Stalin, el profesor Slavin no sucumbe al lenguaje emotivo de los apologistas, delata paradojas e imposturas y en los capítulos iniciales las contrarresta con agudeza.

Examina libros, proclamas y correspondencia, para desentrañar que muchas de las perspectivas de los ideólogos comunistas no eran verdaderamente antagónicas, por cuanto se esforzaban en distraer que el tan publicitado Estado Obrero, y la celebrada etapa socialista, se conservaban merced a categorías históricamente funcionales al capitalismo: la mercancía, la plusvalía, los salarios, el interés, etc.

Lo que se organizó en Rusia luego de la Revolución de octubre, fue un capitalismo de estado sostenido políticamente por la férula de un régimen de partido único, central, vertical, dogmático, autoritario y dictatorial.

Particular atención merece el apartado V, centrado en el punto de vista del filósofo y teórico marxista italiano, Rodolfo Mondolfo, un entendido en la historia del pensamiento político-social, que obligado a exiliarse en 1938 en nuestro país, permaneció dedicado a la docencia y a la investigación, hasta su fallecimiento en Buenos Aires en julio de 1976.

Con honestidad y modestia, el autor reconoce la contribución a su tesis del intelectual socialdemócrata, quien en un breve apéndice titulado *El Capitalismo de Estado en Rusia* de su libro *Bolcheviquismo* y *Capitalismo de Estado* de 1968, y tomando como base un trabajo de W. Jerome y A. Buik publicado en 1967 en la revista inglesa *Survey*, opone las distintas corrientes doctrinarias del marxismo coincidentes en catalogar al sistema soviético de *“Capitalismo de Estado”*.

Mondolfo recalca que asimilar socialismo y alienación del hombre y del trabajo es un contrasentido. Antes bien, semejante situación se ajusta al capitalismo. La mirada humanista del maestro italiano, expuesta magistralmente por Slavin, le sirve entonces de disparador para resumir seguidamente la idea del propio Carlos Marx acerca del trabajo enajenado, que el fundador del socialismo científico abordara en sus escritos juveniles, los *Manuscritos económico-filosóficos* de 1844.

La originalidad del capítulo aludido se patentiza además en la referencia a un ensayo exquisito del cuentista y dramaturgo irlandés Oscar Wilde, *El alma del hombre bajo el socialismo* de 1981. Wilde, artista que no había conocido aquellas señeras líneas de Marx pues serían publicadas décadas más tarde, y dentro de las limitaciones de hombre de letras que no es científico, filósofo o economista, se atreve no obstante, a especulaciones acordes a la noción marxista de alienación, valiéndose de su ingenio, humor, gracia y provocación característicos.

En síntesis, *La naturaleza del Estado Soviético. El Estado capitalista degenerado* rebosa en estímulos pedagógicos, instruye y ameniza, pero sin desatender en momento alguno el careo entre las controversias de los ideólogos, y la realidad material de la época observada.

Permanece fiel a dicho cometido también en el último título, cuando exhibe las derivaciones de la Perestroika, traducidas en la inevitable metamorfosis de un sistema estatista, gigante, moroso y deficitario, en una economía de mercado con tendencia a las privatizaciones. Vicisitudes que acarrearán forzosamente poner en ejercicio un gobierno democrático burgués, debido a que, acentúa el autor: *“Sin una transformación decisiva en la faz política, todos los intentos de una economía más libre quedarían aplastados por el peso de una burocracia incontrolable”*.

Categoricamente, Luis Pablo Slavin, sindica personajes y alegatos oficiales, y con fundado criterio insiste en que, la estructura económico social rusa, desde los esbozos de la experiencia bolchevique, no es otra que el modelo de producción capitalista, aunque *“madurando sus contradicciones internas”*.

La investigación penal y las garantías constitucionales, por RICARDO PINTO (*La Rocca, Buenos Aires, 2010*)

Confieso que la lectura de esta obra en el momento histórico que nos toca vivir es reconfortante, sobre todo cuando la palabra “garantía” y el adjetivo de “garantista” están siendo objeto de una distorsión tan inexplicable como indignante. Ser “garantista” en el marco de un Estado de Derecho debería ser el tono general en una sociedad que se precia de estar comprometida con la calidad de sus instituciones; ser “garantista” debería ser algo tan obvio como ser “juridista” o “normativista” por estar a favor del imperio de las normas. Sin embargo, intereses afines a poner rótulos que siempre resultan útiles a las divisiones y a las tergiversaciones intentan degradar la vigencia de las garantías como si el cumplimiento de las normas fuera una opción y no un mandato. Pocas cosas son tan negativas a la salud de la sociedad como este concepto en el que las normas no tienen fuerza vinculante o, peor aún, se aplican de un modo diferente a los imputados, sean éstos poderosos o débiles.

Entiendo que la obra de Ricardo Pinto que me honro en acompañar desde el humilde espacio de un aprendiz que se ha enriquecido con su lectura es a la vez oportuna y necesaria. Es necesaria por lo que venimos diciendo acerca del ataque constante al que se somete a los derechos fundamentales, bajo la excusa que sea, es necesaria porque reafirma conceptos sobre los que el autor se pronuncia de un modo claro y valiente, discordando con lo que parece ser el discurso de moda. Es necesaria y oportuna porque aparece en un momento particularmente crítico de la vigencia del Estado de Derecho, en el que palabras como terrorismo, narcotráfico y seguridad se alzan para conculcar los derechos de los ciudadanos. Y, por último, es particularmente oportuna porque trata de temas de enorme actualidad vinculados con la intromisión en las esferas de privacidad del individuo por parte del Estado.

Es sobre este punto en el que la obra aparece articulada en su mayor parte y esa articulación no sólo es metodológicamente adecuada, sino que resulta didácticamente impecable. La obra de Pinto transcurre en los primeros capítulos en el problema del resguardo de la privacidad y contiene la mejor muestra de jurisprudencia tanto nacional como extranjera en este punto, mérito innegable y tarea particularmente ingrata la asumida por Pinto al reseñar la jurisprudencia que abarca desde Charles Hermanos hasta Halabi, abarcando más de un siglo y cuarto de jurisprudencia de nuestra Corte, comparándola con la de la Corte de los Estados Unidos y tribunales internacionales de derechos humanos. El esfuerzo es encomiable y el resultado excelente. Encontrar en una sola obra toda la jurisprudencia relevante de las diversas composiciones de nuestra Corte en lo referido al derecho a la intimidad, a los que Pinto dedica los primeros cinco capítulos de los ocho que desarrolla, es realmente una herramienta útil e, insisto, necesaria, para los profesionales y estudiantes de derecho que la requieran. Los capítulos siguientes, se refieren a autoincriminación y entrega de documentos, lo que resulta otra forma de violación de la privacidad; exclusiones probatorias y, por último, el capítulo acerca de los motivos que justifican la prisión preventiva desarrolla un tema muy de actualidad sobre el que el propio Ricardo Pinto ha escrito ya páginas por demás interesantes.

Respecto del resguardo de la privacidad, agudamente Pinto señala en los primeros capítulos el problema de distinguir “intimidad” de “domicilio”, lo que es una confusión muy común en nuestro derecho, que parte del concepto de “morada” y no de la expectativa razonable de intimidad en su jurisprudencia. Esto lo podemos apreciar cuando la propia Corte Suprema ha acotado el alcance del fallo Florentino recortando el concepto de domicilio, sin distinguirlo del derecho a la intimidad y sin vincularlo, como hizo la Cámara Federal en el fallo Monticelli de Prozillo con la prohibición de la autoincriminación. Esto se ve en fallo Aguirre que menciona Pinto en el que la Corte entendió que el garaje común de un hotel no está alcanzado por la garantía porque no es domicilio; repetimos en este punto lo dicho al comentar ese fallo. ¿Si una persona decide dormir esa noche en el garaje del hotel en cuestión realiza o no el tipo de la violación de domicilio? La respuesta es evidente, con lo que habría dos conceptos de domicilio, uno para la comisión del delito de violación de domicilio y otro diferente para la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Esto es absurdo, pero es la derivación lógica de las argumentaciones de ese fallo y de otros parecidos. La cuestión que claramente plantea Pinto se vincula con el juego del derecho a la privacidad que no es equivalente al de la inviolabilidad

del domicilio aunque tengan un ámbito semejante y, el consentimiento, por su parte, con la garantía contra la autoincriminación, cuya íntima vinculación claramente expuso el Dr. Gil Lavedra en su voto en el fallo Monticelli. Si lo que se protege con la garantía es el domicilio entraríamos en el absurdo de que carece de expectativa razonable de intimidad el empleado con vivienda, el visitante o el huésped, pongamos por caso. Podría darse la situación en que el dueño de casa autorice la requisa del armario de un empleado sin que esto viole garantía alguna. Pinto en este punto es muy claro acerca de que el objeto central es la privacidad. El libro transcurre por todas las alternativas de violación de este derecho de privacidad incluyendo, y esto es otro mérito nada desdeñable, las más modernas situaciones planteadas con las leyes espía de nuestro país y la Patriot Act de los Estados Unidos. En esto realmente el análisis es completo sin dejar ningún punto a tratar.

La reflexión que nos despiertan las páginas que le dedica a la vigilancia electrónica es que si Hobbes caminara por las calles de los estados democráticos y pudiera ver el nivel de intromisión de la vida de los ciudadanos que las leyes están autorizando, advertiría que Leviatán ha alcanzado proporciones inimaginadas para el propio totalitarismo. Ya la vigilancia panóptica no recae sobre los condenados, sino sobre el conjunto de la sociedad, pueblos enteros pueden ser sometidos a esta vigilancia, lo que nos exige a los hombres de derecho erigirnos como un último bastión de la intimidad de los ciudadanos.

Ricardo Pinto nos presenta en esta obra sus reflexiones y una recopilación de información de la que todos los lectores extraemos enseñanzas, debo señalar que me honro en acompañar esta obra y no quiero demorar un minuto más al lector del placer de adentrarse en ella.

Luis María Bunge Campos (*)

(*) Profesor Regular de Derecho Penal, Facultad de Derecho (UBA). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Nación.

La Plata

a Bessie y Horacio

Soy de una ciudad
de mil sonetos,
de naranjos, gorriones
y avenidas.

Proyecto de un embrión republicano
de pasiones, desvelos
y doctrinas.

Pero esta ciudad
no tiene muelles

ni cascadas
ni cauces
ni bahías

ni riberas
que abracen a los ríos,
ni médanos
que besen sus orillas.

Su cuadrícula fundal
está pensada
para que el hombre
invente perspectivas,

diseñando
paisajes asombrosos
con el arte, la ciencia,
y la política.

Acaso esta ciudad
sin geografía

sin cerros
sin montañas
sin colinas

amuralle en su perfecto trazado
el secreto de su melancolía.

Ricardo Pablo Reca

REVISTA JURIDICA ARGENTINA LA LEY

LA FUENTE MAS EXHAUSTIVA DE
INFORMACION Y ANALISIS JURIDICO

REVISTAS REGIONALES

UN SERVICIO ADAPTADO
A LAS NECESIDADES
ACTUALES DE CADA REGION



NUEVA SECCION: DOSSIER

Cuente con toda la información relevante de las distintas fuentes del derecho optimizando su tiempo de investigación profesional.

Esta sección presenta una investigación profesional y especializada, cuya lectura resulta indispensable para el conocimiento integral del tema tratado. Incluye reseña de jurisprudencia, doctrina y citas bibliográficas.

DESCUBRA LOS CONTENIDOS CON MAYOR VALOR AGREGADO

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Asegúrese la correcta orientación jurisprudencial.

CONTEXTO NORMATIVO DEL FALLO

Obtenga el contexto legislativo en que se encuentra el fallo tratado.

CITA ONLINE

Cuente con la referencia para ubicar rápidamente el fallo.

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

Profundice su fuente de argumentos

EXCLUSIVO Encuentre, de manera exclusiva y destacada en este servicio, la jurisprudencia vinculada del Superior Tribunal de su provincia y/o región, **permitiéndole conocer como falla el Tribunal de la zona donde litiga.**

Para mayor información
comuníquese al **(011) 4373-2666**
ó en su sucursal más cercana.

LA LEY ONLINE
Respaldo por Westlaw

REVISTA DE **DERECHO COMERCIAL DEL CONSUMIDOR Y DE LA EMPRESA**

UNA NUEVA PROPUESTA QUE ABORDA LA PROBLEMÁTICA
DEL CONSUMO Y DEL DERECHO COMERCIAL CON MAYOR
NIVEL DE ANÁLISIS Y VALOR AGREGADO



DIRECTORES:

HECTOR ALEGRIA

**RAFAEL M. MANOVIL
OSVALDO MARZORATI
JULIO CESAR RIVERA
ADOLFO A. N. ROUILLON**

AREA DERECHO DEL CONSUMIDOR

**GABRIEL STIGLITZ
ROBERTO A. VAZQUEZ FERREYRA**

COORDINADORES:

**HECTOR O. CHOMER
CARLOS A. HERNANDEZ
CARLOS A. MOLINA SANDOVAL
MARTIN E. PAOLANTONIO
FULVIO G. SANTARELLI
JORGE S. SICOLI**

PRINCIPALES TEMAS ABORDADOS:

**Derecho del consumidor • Contratos • Sociedades • Garantías y Financiamiento
• Concursos y Quiebras • Derecho Bancario y mercado de capitales
• Títulos de crédito y documentos comerciales**

HAGA SU PEDIDO AL **(011) 4373-2666**
O EN SU SUCURSAL MAS CERCANA

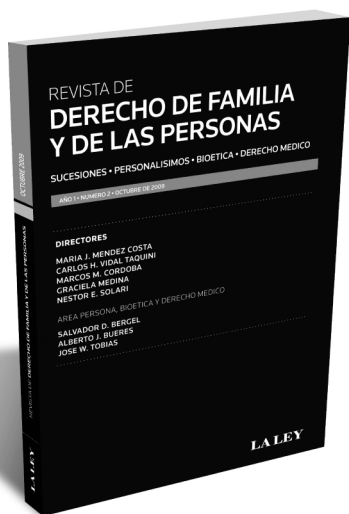
LA LEY
75 años



REVISTA DE **DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS**

• SUCESIONES • PERSONALISIMOS • BIOETICA • DERECHO MEDICO

UNA **PROPUESTA UNICA** QUE ABORDA TODA LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL DERECHO DE FAMILIA Y LA PERSONA HUMANA.



DIRECTORES

- MARIA J. MENDEZ COSTA
- CARLOS H. VIDAL TAQUINI
- MARCOS M. CORDOBA
- GRACIELA MEDINA
- NESTOR E. SOLARI

AREA PERSONA, BIOETICA
Y DERECHO MEDICO

- SALVADOR D. BERGEL
- ALBERTO J. BUERES
- JOSE W. TOBIAS

PRINCIPALES TEMAS ABORDADOS:

Derecho de Familia • Derecho de las Personas • Derechos Personalísimos
Derecho Médico • Bioética • Derecho Sucesorio • Derecho Procesal de Familia

**PARA MAYOR INFORMACION CONSULTE
CON SU ASESOR COMERCIAL
O COMUNIQUESE AL (011) 4373-2666**

LA LEY



ANALES DE LEGISLACION ARGENTINA ONLINE

EL SERVICIO DE NORMATIVA NACIONAL Y PROVINCIAL MAS
COMPLETO, CONFIABLE Y ACTUALIZADO DEL PAIS

DESCUBRA LOS EXCLUSIVOS ATRIBUTOS DIFERENCIALES:

- *Conozca el derecho aplicable a través de los textos actualizados*

A través del **sistema de vigencia normativo** podrá acceder desde un link al **texto completo vigente**.

- *Encuentre en cada norma el decreto reglamentario vinculado*

Es el **único servicio** online que le permite visualizar el decreto reglamentario junto a la ley reglamentada para poder analizarla de manera ágil e integral.

- *Determine el ámbito de aplicación de los regímenes nacionales*

Identifique las normas provinciales que adhieren a los regímenes nacionales.

- *Ahorre tiempo en la búsqueda obteniendo informacion precisa*

Precise los resultados de la búsqueda excluyendo las normas de contenido individual y no vigente.

PARA MAS INFORMACION COMUNIQUESE AL (011) 4373-2666
O EN SU **SUCURSAL** MAS CERCANA

LA LEY ONLINE
Respaldo por Westlaw



THOMSON REUTERS

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2010
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

