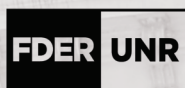


ISSN 0329-9430

**Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO**

Nº 21 – Tomo II

**EDICIÓN ESPECIAL “55º ANIVERSARIO DE
LA CREACIÓN DE LA ESCUELA DE DERECHO”**



**ROSARIO
REPÚBLICA ARGENTINA
Abril de 2015**

Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 21 – Tomo II

*EDICIÓN ESPECIAL “55º ANIVERSARIO DE
LA CREACIÓN DE LA “ESCUELA DE DERECHO”*

Año 2015

Salvo indicación expresa, la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario no se identifica necesariamente con las opiniones y juicios que los autores sostengan.

AUTORIDADES

Decano	Dr. ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS
Vicedecana	Dra. ANDREA ANGÉLICA MEROI
Secretaria Académica	Dra. ANALÍA SONIA ANTIK
Secretario Privado	Dr. EDGARDO NÉSTOR D'AGOSTINO
Secretario de Extensión Universitaria	Dr. NICOLÁS LISANDRO GIANELLONI
Secretario de Concurso y Carrera Docente	Dr. RICARDO ALBERTO RUIZ
Secretario de Relaciones Internacionales	Dr. JORGE RAÚL MURILLO
Secretario Financiero	Cont. RAÚL LUNGH
Subsecretario Financiero	Dr. JAVIER REBORI
Secretario Técnico	Dr. LISANDRO CORONATO
Secretaria de Ciencia y Técnica	Dra. VIVIANA ANDREA FABRIZI
Secretario de Asuntos Estudiantiles	Dr. MATÍAS NORBERTO DE BUENO
Subsecretaria de Relaciones Institucionales	Dra. JULIETA CALÓGERO
Secretaria Administrativa	Sra. AMADA A. GAITÁN
Director Escuela de Graduados	Dr. MIGUEL ARAYA
Secretaria Académica Escuela de Graduados	Dra. GLORIA MARÍA TORRESI
Presidente Asociación Cooperadora Facultad de Derecho	Dr. MARIO DUCLER
Gerente COFADE	Cont. EDUARDO MOLDERO

PROFESORES EMÉRITOS

Prof. CELESTINO ARAYA	Prof. ALBERTO ARÉVALO
Prof. ROBERTO BREBBIA	Prof. ÁNGEL CHÁVARRI
Prof. MANUEL DE JUANO	Prof. WERNER GOLDSCHMIDT
Prof. ADOLFO RICARDO ROUZAUT	Prof. ISIDORO SILBERSTEIN

PROFESORES HONORARIOS
(Referato)

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Prof. IVÁN CULLEN

Prof. JUAN MARÍA FARINA

Prof. JORGE BOF

Prof. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

Prof. PEDRO WOLKOWICZ †

Prof. JUAN JOSÉ CASIELLO

Prof. JUAN MALCOM DOBSON

Prof. ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

Prof. MARIO SACCONI

Prof. GUILLERMO FIERRO †

CONSEJO DIRECTIVO

CLAUSTRO DOCENTE

Titulares

GUSTAVO DANIEL FRANCESCHETTI	ARIEL CARLOS ARIZA
MARÍA ELENA MARTIN	MARCELO EDUARDO VEDROVNIK
ADRIANA TALLER	GERARDO MUÑOZ
SOLANGE MARÍA MARTA DELANNOY	ANAHÍ PRIOTTI
HERNÁN JAVIER BOTTA	DANIEL ANÍBAL ERBETTA

Suplentes

JUAN TREHARNE LEWIS	JUAN JOSÉ BENTOLILA
ALFREDO MARIO SOTO	ALEJANDRA VERDONDONI
RODOLFO DARÍO RAMOS	CLAUDIO RUBÉN PUCCINELLI
LUIS ALBINO FACCIANO	RICARDO ALBERTO RUIZ

CONSEJERO SUPERIOR

Titular

CARLOS ALFREDO HERNÁNDEZ

Suplente

GUSTAVO MARCELO NADALINI

CLAUSTRO GRADUADOS

Titular

MARIO CÉSAR GONZÁLEZ RAIS

Suplentes

SEBASTIÁN DARÍO PUCCIARELLO
CARLOS ANTONIO SILVA
MARCELO RENÉ PILO

CLAUSTRO ESTUDIANTEL

Titulares

MARCELA MANCINI	BETANIA GALLO
ÁNGEL LEONARDI	NOELIA ROCÍO BERNIE
CECILIA PAULA BALEANI	GERÓNIMO MARTÍN FISCH
AGOSTINA ROVITTI	RENZO BERTAPELLE

Suplentes

CELINA WEISS

ABI ZOPPI

CLAUDIO RICARDO FERREIRA

ÁNGELES CAMILA BRUCELLARIA

MAGDALENA PERALTA

MARÍA VICTORIA GONZÁLEZ

AGUSTÍN TRAFFANO

CLAUSTRO NO DOCENTE**Titular**

MARÍA INÉS POPOLO

Suplentes

GUILLERMO ADRIÁN RODRÍGUEZ

MARTÍN ARCODÍA

CONSEJERO SUPERIOR

MAURO SEBASTIÁN PÉREZ

**CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES
(Referato)**

Prof. Tit. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

Prof. Tit. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

Prof. Tit. ANUNCIADA LATTUCCA

Prof. Tit. CARLOS ARCOCHA

COORDINACIÓN DE ESTE NÚMERO

Secretaría de Ciencia y Técnica Dra. VIVIANA FABRIZI

ÍNDICE

<i>Reflexiones sobre los derechos humanos desde la perspectiva de género</i> , por CLAUDIA AGUILERA, ISABEL FERNÁNDEZ ACEVEDO, BETIANA PÉREZ, ANIELA RODRÍGUEZ, GABRIELA SANTINELLI, JULIANA TAGLIATTI y PAMELA UBEDA.	11
<i>Nuevas técnicas organizacionales en la prestación de los servicios públicos en forma directa por el Estado. ¿Factor de eficiencia en la prestación y gestión, o instrumento para canalizar un control diluido?</i> , por RAQUEL CYNTHIA ALIANAK, MARÍA MILVA DEL ROSARIO SÁNCHEZ, PAULO ANDRÉS FRIGUGLIETTI, CARLA VERÓNICA IBÁÑEZ PETRINA y JOSÉ KUBESCHA	27
<i>La enseñanza de la oralidad en el ámbito académico</i> , por ALEJANDRO ANDINO y ROBERTO PÉREZ CASCELLA	65
<i>Estructura, contenido y funciones de los principios del Derecho del Trabajo</i> , por LUCÍA MARÍA ASEFF	81
<i>Poder constituyente y pueblo en el siglo XXI</i> , por JUAN FACUNDO BESSON	113
<i>La Constitución santafesina de 1921: un legado de reformas progresistas en lo político y social</i> , por OSCAR M. BLANDO	143
<i>Los jóvenes, la participación y la política. Análisis de una encuesta a estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNR</i> , por OSCAR M. BLANDO y ANA MARÍA RAGGIO	171
<i>El Derecho como ley del más débil: víctimas, testigos e instituciones de garantía en los juicios de lesa humanidad</i> , por DANIEL LEANDRO BOCCOLI	189
<i>La utilización de la teoría del conflicto por el operador del Derecho</i> , por NATALIA A. CARRIZO, MARÍA SILVIA D'OTTAVIO, AYELÉN M. GAITÁN, MICAELA GIMÉNEZ, ISABEL GUZMÁN, MERCEDES LESCANO y ROBERTO SANTERO	223

<i>Las discusiones actuales sobre la teoría democrática, la crisis y propuestas. Estudio desde la perspectiva de los sujetos en la democracia local</i> , por SOLANGE DELANNOY, ADRIANA MACK y JULIO LLANÁN NOGUEIRA	251
<i>¿Es conveniente suprimir la vicepresidencia de la Nación?</i> , por RICARDO ANDRÉS FERNÁNDEZ	279
<i>Teoría general del Derecho</i> , por SILVANA MABEL GARCÍA.	321
<i>Certificados con reserva de prioridad</i> , por MIGUEL ÁNGEL LUVERÁ	371
<i>Sobre la garantía de ser juzgado en plazo razonable. Aplicación al Derecho Penal Tributario</i> , por CAROLINA LAURA MAFFIOLI	385
<i>Los fundamentos del Derecho Procesal. Justificación racional del garantismo</i> , por SERGIO ADRIÁN MARTYNIUK	407
<i>Algunas reflexiones sobre los quehaceres de Filosofía y Ciencias Sociales en la formación profesional de estudiantes de Abogacía</i> , por PABLO M. MENGASCINI, LILÉN S. YUSTE, MALCON E. PERUCCA y ALDANA FERREYRA TUAN	447
<i>La crisis de la representación política y el Estado: volver a empezar</i> , por ANA MARÍA RAGGIO	469
<i>Metodología del Derecho</i> , por DANIELA SOSO y LAURA R. A. PORTERO	481
<i>Comienzo de la existencia de la persona humana</i> , por ANA MARCELA WOLKOWICZ	495
<i>Uniones convivenciales</i> , por VERÓNICA CASTRO	515
<i>Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes</i> , por MIRTA HEBE MANGIONE MURO y JUDITH GALLETTI	535

REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

por CLAUDIA AGUILERA, ISABEL FERNÁNDEZ
ACEVEDO, BETIANA PÉREZ, ANIELA RODRÍGUEZ,
GABRIELA SANTINELLI, JULIANA TAGLIATTI
y PAMELA UBEDA¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve reseña del reconocimiento de los derechos de las mujeres en Occidente. 3. Críticas feministas al Derecho. 4. Perspectiva de género en la práctica profesional y en lo académico. 5. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo reseña cómo las mujeres han sido ubicadas en posiciones degradadas o relegadas en los planos sociales, políticos, jurídicos con relación a los varones. La normativa jurídica tanto nacional como internacional que atiende a los derechos humanos como a los derechos de las mujeres son conquistas obtenidas después de años de lucha y como tal deben ser valoradas, sostenidas y defendidas. Pero el camino por recorrer es largo y requiere de un intenso trabajo en el campo social y cultural.

Abstract

The present work points briefly but accurately the way women have always been considered in an inferior social, politic and legal

¹ Docentes, graduadas y estudiantes del Programa *Género y sexualidad* y ayudantes alumnas y adscriptas a la materia electiva *Género y derechos humanos*.

status, compared to men. National and international laws that refer to Human Rights and the Rights of Women are the results of long and hard social struggles; these laws have to be valued, defended and supported. Still there is a long way to go that requires intense work in the social and cultural fields.

Palabras clave

Mujeres. Derechos humanos. Perspectiva de género.

Keywords

Women. Human Rights. Gender Perspective.

1. Introducción

El Derecho ha regulado y regula las conductas de hombres y mujeres y las dirige a un modelo de convivencia determinado. Modela al género, asignándole el concepto sexual del mismo legalizando en muchos casos los preceptos que derivan de los estereotipos de género y las relaciones de poder.

Con motivo de las incesantes luchas por lograr el reconocimiento de los derechos humanos con perspectiva de género, han surgido diferentes corrientes, entre ellas puede mencionarse a las feministas. Alda Facio las ha considerado como “una alternativa catalizadora de transformaciones democratizantes dentro del Derecho [...] Esta crítica no tiene por finalidad única denunciar las discriminaciones que sufrimos las mujeres sino que es mucho más profunda y abarcadora. Se puede utilizar el pensamiento feminista para visibilizar la estructura del Derecho, históricamente condicionada a la parcialidad por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al sexo masculino [...] Los conceptos en abstracto de justicia, igualdad, libertad, solidaridad, etcétera, no son en sí androcéntricos; el problema está en el significado y aplicación que los hombres les han dado a esos valores”².

² FACIO, A. y FRIES, L., *Feminismo, género y patriarcado*, en FACIO, A. y FRIES, L. (eds.), *Género y Derecho*, 1999, p. 1.

2. Breve reseña del reconocimiento de los derechos de las mujeres en Occidente

Cuando se hace referencia a la edad clásica se comprende el período de tiempo desde el siglo V a. C. al siglo VI d. C., y no se puede dejar de analizar esta época, ya que se la conoce como la cuna de la civilización occidental y de las ideas que predominaron. Muy influyentes han sido los pensamientos filosóficos que moldearon el destino de toda la humanidad en Occidente. Se trata en particular de las sociedades de Grecia y Roma porque han sido antecedentes directos de nuestra cultura.

La mujer en el mundo clásico se veía sometida a la *manus*, o poder de su esposo, a la *potestas*, o poder de su padre, o a la tutela, cuando faltasen la *manus* o *potestas*. Es decir, siempre se encontró en una relación directa de dominación por parte del hombre. Eso se debe justamente a la idea de que la mujer era considerada un ser inferior, es por eso que nunca fueron miembros plenos de la *polis* o la *civitas*. No tuvieron capacidad política. Su capacidad de obrar estuvo siempre mediatizada por el hombre.

“Sócrates atribuye la inferioridad femenina a su propia naturaleza y a la falta de educación, siendo deber del marido proporcionársela; en el mismo sentido, Platón abunda en la referida subordinación al varón; Aristóteles, basándose en la pasividad de la mujer en la reproducción, justifica su sometimiento social y jurídico en que el macho es más apto para el mando que la hembra, exceptuando algunos casos contra natura y por consiguiente, es necesario que ésta sea tutelada”³.

En la Edad Media, período comprendido entre el siglo V d. C. y el XV d. C., el advenimiento del cristianismo aportó, con diferentes matices, a la opresión de la mujer. Esta afirmación encuentra asidero en los testimonios de los pensadores de la época, Santo Tomás será fiel a esta tradición cuando declara “que la mujer no es más que un ser ocasional e incompleto, una suerte de hombre frustrado. El hombre es la cabeza de la mujer, del mismo modo que Cristo es la cabeza

³ TELLO LÁZARO, J. C., *Sobre la situación de la mujer en la Antigüedad clásica*, en *Revista de Aula de Letras, Humanidades y Enseñanza*, Nº 14, Sevilla, 2000, p. 3.

del hombre. Es una constante que la mujer está destinada a vivir bajo el dominio del hombre y no tiene ninguna autoridad por sí misma”⁴.

Durante el feudalismo, se produjo una confusión entre los derechos públicos y los privados, que agravó la situación de la mujer. Se le negaban todo tipo de derechos privados, por ser incapaz políticamente. “El dominio ya no es cosa de la familia, como en tiempos de la *gens* romana: es propiedad del soberano; y la mujer también pertenece al soberano. Es éste quien elige un esposo para ella; cuando tiene hijos, es a él más que a su marido a quien se los da, puesto que serán los vasallos que defenderán sus bienes. Así, pues, es esclava del dominio y del dueño de ese dominio, a través de la ‘protección’ de un marido que le han impuesto: hay pocas épocas en las que su suerte haya sido más dura. Una heredera es una tierra y un castillo: los pretendientes se disputan la presa, y la joven no tiene a veces más que doce años o menos cuando su padre o su señor se la entregan como regalo a cualquier varón. Multiplicar los matrimonios representa para un hombre multiplicar sus dominios; de modo y manera que las repudiaciones abundan; la Iglesia las autoriza hipócritamente”⁵.

No se puede dejar de hacer alusión a la “cacería de brujas” que tuvo lugar en esta misma época por la Inquisición instaurada por la Iglesia Católica. Se consideraban brujas las mujeres que vivían al margen de las convenciones sociales. Mujeres solteras, las mujeres de ciencia, que creaban ungüentos y remedios caseros. Sólo bastaba con que los vecinos las señalaran como las culpables de las pestes, plagas o cualquier desgracia grave. El simple rumor del pueblo era lo único que necesitaba la Iglesia para que se las acuse de adoración al demonio en virtud del *Malleus Maleficarum* o Martillo de Brujas. Se las sometía a terribles torturas físicas y psicológicas, hasta el punto de que confesasen que podían volar o habían parido hijos de Satanás; lo que implicaba una condena directa a morir en la hoguera⁶.

En la Edad Moderna, entre el siglo XV y el XVIII, con el advenimiento del sistema capitalista la belleza y la apariencia corporal

⁴ BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, Siglo XX, Buenos Aires, 1997, p. 34.

⁵ Ídem, p. 35.

⁶ FAURE, C., *Enciclopedia histórica y política de las mujeres. Europa y América*, Akal, Madrid, 2010, p. 89.

comenzaron a jugar un papel fundamental en la sociedad de la época. Reglaban las características que le correspondían a cada uno de los sexos. Esta diferencia tendría como objetivos principales la vestimenta y el aspecto físico asignado a las mujeres y a los hombres para distinguirlos y rotularlos en la sociedad. De esta forma, frente a la ligereza, libertad y movilidad de las vestimentas masculinas, se asentó un modelo totalmente diverso para la mujer, quien debiera demostrar su carácter rígido, encorsetado, agobiante y oculto a que era sometida en todos los demás aspectos restantes de la sociedad. Tenían la obligación social de ser bellas, y se las reducía a ser un objeto de placer visual⁷.

“La mujer, para la sociedad, tenía tres funciones básicas: la ordenación del trabajo doméstico; la perpetuación de la especie humana y la satisfacción de las necesidades afectivas del varón. La realización de las mismas, se llevaba a cabo dentro de la institución del matrimonio, de modo tal, que éste llegó a convertirse en un oficio femenino, en un fin que la mujer aspiraba como realización personal”⁸.

La Edad Contemporánea, nacida al tiempo de la Revolución Francesa, trajo esperanzas en cuanto al mejoramiento de la condición de las mujeres, aunque fue un movimiento iniciado por hombres y cuyo objeto era imponer los valores de la clase burguesa. “Rousseau, que se hace aquí intérprete de la burguesía, consagra la mujer a su marido y a la maternidad. Toda la educación de la mujer debe ser relativa al hombre [...] La mujer está hecha para ceder al hombre y para soportar sus injusticias”⁹.

Algunas mujeres burguesas se sumaron a la proclama por la libertad y a su lucha. Unas, al lado del marido, participando de los motines y manifestaciones. Otras, unidas en movimientos feministas, que clamaban por la Declaración de los Derechos de las Mujeres y la abolición de los privilegios del hombre. “En septiembre de 1791, la activista por los derechos de la mujer Olympia de Gouges le presenta a la reina un proyecto de Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana para que fuera aprobada por la Asamblea Nacional. Este proyecto se

⁷ BEL BRAVO, M. A., *Mujer y cambio social en la Edad Moderna*, Encuentro, Madrid, 2009, p. 65.

⁸ Ídem, p. 68.

⁹ BEAUVOIR, ob. cit., p. 39.

basó en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, proponiendo una redacción distinta de los 17 artículos de esa Declaración e invirtiendo los términos y asumiendo los de la mujer y la ciudadana. Algunos de los planteos que hizo Olympia de Gouges en la mencionada Declaración, fueron los siguientes: ‘La mujer nace libre y tiene los mismos derechos que el hombre’, ‘nadie puede ser molestado por sus opiniones: si la mujer tiene derecho de subir al patíbulo, también tiene derecho de subir a la tribuna’, «la mujer participa en todos los trabajos y servicios penosos, por lo tanto, ha de tener la misma participación que el hombre en la distribución de cargos, cargas, dignidades e industrias»¹⁰.

Durante la Revolución, la mujer gozó de una cierta libertad. Pero al reestructurarse la sociedad, volvió al lugar donde se había mantenido casi inmutable a lo largo de la historia.

De todos modos surgieron en esta época pensamientos que sostuvieron la liberación femenina. Quienes pregonaban por la emancipación completa de la mujer eran los representantes del socialismo utópico. En palabras de Fourier: “La transformación que se operara en el transcurso de los períodos históricos, está condicionada por el progreso de las mujeres hacia la libertad, porque es ahí, en la relación de la mujer con el hombre, del débil con el fuerte, donde aparece de forma más evidente la victoria de la naturaleza humana sobre la brutalidad. El grado de la emancipación femenina es la medida natural de la emancipación general. La sumisión del sexo femenino, es un rasgo fundamental, tanto de la civilización, como de la barbarie, con la diferencia de que cada vicio que la barbarie practica de una forma simple, el orden civilizado lo eleva a un modo de existencia complejo, ambiguo, falso e hipócrita”¹¹.

Con la Revolución industrial las mujeres salieron de los dominios domésticos para ingresar a realizar trabajos fabriles. La jornada de la mujer en muchas ocasiones se extendía más que la de los hombres y el pago era menor. Al hombre se lo tomaba como un trabajador más

¹⁰ AUCÍA, A., *¿A dónde están las mujeres? Los derechos humanos desde una perspectiva de género*, en *Zona Franca*, Año XII, Nº 13, Centro de Estudios Interdisciplinarios sobre las Mujeres, Facultad de Humanidades y Artes UNR, Rosario, p. 4.

¹¹ FAURE, ob. cit., p. 126.

calificado, en cambio las mujeres trabajaban mucho y bien pero por menos salario. Se las explotaba sistemáticamente, presionándolas con el hambre y la necesidad. No importaba cuáles fuesen sus circunstancias, que se tratara de solteras, casadas, cabezas de familia o único sostén de padres o hermanos dependientes, sus salarios se fijaban como si fueran suplementos de los ingresos de otros miembros de una familia. Aun cuando la mecanización mejoraba su productividad, los salarios de las mujeres permanecieron en los mismos niveles, en relación con el de los varones¹².

En su mayor parte, los sindicatos eran masculinos. Trataban de proteger sus empleos y sus salarios, manteniendo a las mujeres al margen de sus organizaciones y, a largo plazo, al margen del mercado de trabajo. En algunas áreas, las mujeres eran activas en los sindicatos locales y en los movimientos de huelga aun cuando los sindicatos nacionales desalentaban o prohibían su participación. En otras, formaban organizaciones sindicales nacionales de mujeres y reclutaban trabajadoras de un amplio espectro de ocupaciones¹³.

El siglo XX, en América Latina, como en otras partes del mundo, puede considerarse como el período de cambio en la condición social de las mujeres. Teresita de Barbieri distingue este cambio en tres períodos, algunos de ellos no necesariamente concluidos: “El primero, es el de las luchas exitosas por los derechos políticos y ciudadanos, así, por ejemplo se reconoce el derecho al voto femenino. La capacidad de votar de la mujer adulta y de ser votada en elecciones nacionales, provinciales y municipales [...] El segundo período comienza en 1945, cuando en los diferentes países se amplían los derechos civiles, particularmente los de propiedad. Manejo del propio peculio, capacidad de movimiento y de trabajo. Éste aún no ha finalizado, ya que todavía existen privilegios de los maridos, respetos de las esposas en algunos países de la región. El tercer momento se desarrolla a partir de los años setenta, con el surgimiento de los movimientos feministas”¹⁴.

Después de tantas batallas y logros, en 1977 la Asamblea General

¹² FAURE, ob. cit., p. 137.

¹³ BEAUVOIR, ob. cit., p. 42.

¹⁴ DE BARBIERI, T., *Cambios en la situación de la mujer*, en *Revista Instituto de Investigaciones Sociales de UNAM*, N° 23, Demos, México, 2009, p. 32.

de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) proclamó el 8 de marzo como Día Internacional por los Derechos de la Mujer y la Paz Internacional. Conmemora la lucha de la mujer por su participación, en pie de igualdad con el hombre, en la sociedad y en su desarrollo íntegro como persona.

Las nuevas problemáticas han llevado a los Estados a plantear políticas públicas, reformar sus legislaciones, crear espacios de contención y a la discusión y formación en los espacios públicos. Hoy en día nadie duda sobre el avance en materia de derechos, reconocimientos sociales, acceso al espacio público y participación que las mujeres en particular han experimentado. No obstante, ese avance pone sobre el tapete la distancia entre el camino transitado y el pendiente de recorrer en materia de género, por lo que la lucha por el reconocimiento de los mismos no ha perdido vigencia.

Cabe hacer mención del importantísimo aporte que han hecho la Convención de Belém do Pará y la incorporación por medio del artículo 75, inciso 22 en la Constitución Nacional de la Convención contra todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y de los tratados internacionales afines, que le otorga jerarquía constitucional.

3. Críticas feministas al Derecho

Las críticas feministas al Derecho se dividen en tres grandes categorías: “Las representantes del reformismo legal, cuestionan la afirmación de que el Derecho es racional, objetivo y universal. Denuncian los modos en que fracasa esta aspiración cuando se ocupa de las mujeres. En particular, creen que las leyes que niegan sus derechos, son irracionales, subjetivas y no universales”¹⁵. Durante muchos años se manifestaron en contra de la desigualdad formal que existe entre hombres y mujeres. Sin duda, los logros alcanzados con la sanción de leyes a favor de la no discriminación de la mujer son, en gran parte, mérito de la insistencia de estas feministas.

Las que defienden la postura de que el Derecho es un orden patriarcal aceptan la prescripción de que “el Derecho es racional, objetivo

¹⁵ OLSEN, F., *El sexo del Derecho*, en RUIZ, A. (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Buenos Aires, 2000, vol. II, p. 146.

y universal, pero no admite jerarquía entre lo universal y no universal, objetivo y subjetivo, racional e irracional. El Derecho es parte de la estructura de dominación patriarcal y lo ven, por lo tanto, como ideológicamente opresivo de la mujer”¹⁶. El Derecho refleja una sociedad en que los hombres dominan a las mujeres y esa dominación se ejerce de modo masculino. Reconocen al Derecho como masculino.

“Las postulantes de la teoría jurídica crítica, niegan que el Derecho pueda ser racional, objetivo, abstracto y universal. No, creen que haya jerarquía de lo racional, sobre lo irracional, universal y no universal”¹⁷. Encuentran sus fundamentos en las siguientes premisas: el Derecho está formado por gran cantidad de normas específicas y algunos principios muy generales; al ser las normas demasiado precisas, contextuales, no puede considerárselas universales. El Derecho no proporciona ningún fundamento racional para elegir qué derecho reconocer y proteger en cada caso particular. Cada vez que se hace una elección, cada decisión legal se basa en razones políticas, que por definición no pueden ser objetivas.

Estas últimas valoran las reformas legales conseguidas por las reformistas femeninas en nombre de las mujeres, coinciden con las feministas que sostienen que el Derecho es patriarcal, en la afirmación de que el Derecho es frecuentemente opresivo para las mujeres. A pesar de ello, no están de acuerdo con que el Derecho sea masculino, ya que no tiene una naturaleza inmutable, es una forma de actividad humana. Las feministas que ven al Derecho como masculino son menos optimistas sobre las posibilidades de reformismo legal¹⁸.

4. Perspectiva de género en la práctica profesional y en lo académico

La formación con perspectiva de género posibilita conocer los estereotipos existentes en el conjunto de las relaciones sociales que condicionan la situación de hombres y mujeres, y desde ese lugar ejercer

¹⁶ ROBIN, W. y JARAMILLO, I., *Género y teoría del Derecho*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2000, p. 59.

¹⁷ OLSEN, ob. cit., p. 151.

¹⁸ ROBIN y JARAMILLO, ob. cit., p. 63.

el derecho, pudiendo visibilizar los distintos roles adoptados, el acceso y control de los recursos, y así tratar de corregir aquellas desigualdades y situaciones discriminatorias detectadas en función del género.

La perspectiva de género en el ejercicio de la profesión pretende que la misma se internalice en la sociedad toda, pero fundamentalmente en el Poder Judicial. La tarea implica desarmar estereotipos y perjuicios que todavía suelen estar muy presentes en los operadores judiciales ya que aún hoy se sigue viendo que en las sentencias se argumenta que las mujeres “mienten”, que la violencia doméstica es un asunto privado en el cual el Estado no debe intervenir, y demás estereotipos que impiden el acceso de las mujeres a la justicia.

“En general, el Derecho fue diseñado e implementado atendiendo a las necesidades masculinas. Por ello, tanto las normas, las instituciones y las prácticas jurídicas tienden a invisibilizar las experiencias y las necesidades jurídicas específicas de las mujeres. Estas circunstancias hacen que el sistema de administración de justicia y sus operadores judiciales no siempre estén preparados para atender adecuadamente las demandas femeninas”¹⁹.

Se advierte que una de las problemáticas que más preocupan a los profesionales del Derecho con formación en género es la de la violencia contra las mujeres que exige contar con conocimientos específicos que permitan comprender el entramado de situaciones, sentimientos y comportamientos.

Como bien señala Eva Giberti, “la asistencia a la víctima se ha convertido en un título en el que se pueden cobijar profesionales atentos, pero no necesariamente entrenados en los matices de las violencias de género y entre los géneros, con frecuencia carentes de una formación que les permita pensar en un punto de partida para intervenir ante una víctima de violencia familiar, exceptuando a quienes cuentan con una carrera de especialización o que adhirieron a alguna pasantía”²⁰.

Desde la práctica se pretende impulsar cambios, modificar conduc-

¹⁹ Ministerio Público de la Defensa, *Discriminación de género en las decisiones judiciales, justicia penal y violencia de género*, Artes Gráficas Papiros SACI, 2010, p. 26.

²⁰ GIBERTI, E., *Violencia de género, una expresión colonizada y rumiante*, en *Revista Imago Agenda*, 2012, p. 5.

tas, pensamientos, derrumbar mitos, para lo cual resulta fundamental capacitar con esta visión de género a toda la sociedad.

“Sólo la información y la reflexión sobre estos temas nos permiten tener las herramientas para poder combatir arbitrariedades e injusticias, para replicar recursos, soluciones, para conocer la gravedad del tema y no minimizarlo, para erradicar la violencia de género de una vez y para siempre”²¹.

Actualmente el Programa *Género y sexualidades*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, funciona en el marco de la Secretaría de Extensión desde comienzos del año 2012, integrado por estudiantes, docentes, graduada/os. Pilar fundamental para la formación del mismo fue un curso llevado a cabo entre los meses de septiembre y diciembre del año 2011 en la Facultad de Derecho de la UNR y organizado en el marco de la Secretaría de Extensión, sobre temáticas relativas a los derechos de las mujeres y la diversidad sexual, destinado a estudiantes de Derecho y dictado por la profesora Analía Aucía, contando con el auspicio de Red Alas y Fundación Ford, reconocido como curso *Género, derechos y sexualidades*.

La idea del programa es introducir herramientas teóricas, normativas y conceptuales acerca de la perspectiva de género y de la diversidad sexual para la formación de futuras y futuros profesionales, a fin de contribuir a la potenciación de capacidades en las prácticas respecto de la defensa de los derechos humanos, sin ningún tipo de discriminación, en particular, basada en el género, en el sexo, en la orientación sexoafectiva e identidad de género.

Asimismo pretende apoyar al pensamiento crítico y reflexivo; construir posibles respuestas jurídicas a las demandas actuales sobre la igualdad de género en el ejercicio efectivo de los derechos; orientar a estudiantes y graduados/as en el uso de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos; apoyar la realización de distintas actividades en las que se procure la incorporación de un enfoque de género y de diversidad sexual; fomentar la realización de distintas actividades de extensión (cursos, seminarios, encuentros, etc.) para el

²¹ CARBAJAL, M., *Maltratadas. Violencia de género en las relaciones de pareja*, Aguilar, Buenos Aires, 2014, p. 98.

debate y la difusión de temáticas relativas a la vulneración de los derechos humanos de las mujeres, debate de las masculinidades y de las personas LGTB desde una perspectiva de género y de diversidad sexual; brindar apoyo y asesoramiento a los espacios académicos; generar canales de articulación con otros sectores académicos universitarios, y otros actores sociales, tales como organizaciones de la sociedad civil, entidades intermedias, etcétera.

Brevemente pueden mencionarse algunas de las actividades de extensión que se han llevado a cabo hasta el momento:

- “Primeras Jornadas de Litigio en Derechos Humanos de las Mujeres”. Realizadas en la Facultad de Derecho de la UNR en el año 2012. Declaradas de interés académico por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho. Resolución N° 490/2012.
- Charla debate sobre la Conmemoración del 25 de noviembre, Día Internacional de la No Violencia contra las Mujeres. *Visibilizando las violencias contra las mujeres*. Realizada en el año 2012 en la Facultad de Derecho UNR.
- Organización del Ciclo de Charlas *Género, sexualidades y derechos humanos*, coorganizada por el Programa *Género y sexualidades* y la materia electiva *Género y derechos humanos* de la Facultad de Derecho dependiente de la Universidad Nacional de Rosario. Temas abordados: *Mujeres y mercado laboral desde una perspectiva histórica*; *Prisión y derechos de las mujeres*; *Derechos sexuales y explotación sexual de mujeres*; *Derechos humanos y diversidad sexual*.
- “Segundas Jornadas de Litigio en Derechos Humanos de las Mujeres”. Realizadas en la Facultad de Derecho de la UNR, en octubre de 2013. Declaradas de interés municipal por el Concejo Municipal de Rosario. Decreto 39.854/2013. Declaradas de interés provincial por la Cámara de Senadores, septiembre de 2013. Facultad de Derecho, UNR.
- Encuentro de formación: *Buenas prácticas para el acceso a la justicia en situaciones de violencia contra las mujeres*, el día 29 de noviembre de 2013. Facultad de Derecho, UNR.
- Presentación de un proyecto ante el Consejo Directivo de la Fa-

cultad de Derecho para el respeto de la identidad de género de las personas que integran la comunidad educativa de la Facultad de Derecho de la UNR (estudiantes, docentes y no docentes). El objetivo del mismo es lograr el reconocimiento de la identidad autopercebida en todos los trámites y actuaciones académicas y administrativas que se realicen en el marco de la unidad académica. Proyecto aprobado por el Consejo Directivo por resolución 451/2012 de fecha 15 de octubre de 2012.

- Adhesión a la acción colectiva en el juicio “Urrutia, Liliana c/Editorial Perfil SA s/Demanda de daños”, expte. 1025/2010, de trámite en el Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial de la 18ª Nominación de Rosario. La causa iniciada tuvo como objetivo la reparación de la violencia simbólica cometida contra las mujeres por una publicación de la revista *Caras* de fecha 8 de junio de 2006.
- Articulación junto a Cladem de un *amicus curiae* por un hecho de violencia de género. Fecha: 16 de agosto de 2013, Rosario. Causa “Incendio, víctima Celma, Vanesa Soledad, causa N° 578/10”. Presentación del *amicus* en Mesa de Entrada, Juzgado Penal de Instrucción N° 12 de los Tribunales Provinciales de Rosario, a cargo de la Dra. Mónica Lamperti. Secretaria doctora Andrea Peralta. Firmas del *amicus curiae* por el Programa: Analía Aucía, María Noel Severo y Julia Ramos.
- Espacios de debate, realizados una vez por mes en la Facultad de Derecho UNR, sobre diversas temáticas relacionadas a cuestiones de género, derechos humanos, diversidad sexual, entre otros. Se realizan análisis de diversos textos y se genera un debate que permite contribuir a la formación de cada estudiante y propicia un ambiente de opiniones diversas.

En el año 2013 se logró uno de los objetivos principales que fue el surgimiento y la incorporación de la materia electiva *Género y derechos humanos* a la currícula de la carrera Abogacía, por resolución 533/2013. Se dictó por primera vez en el primer cuatrimestre de dicho año, siendo la asignatura electiva con mayor cantidad de inscriptos, lo cual muestra el interés y la necesidad de formarse en aspectos que no se trabajan en las otras asignaturas obligatorias de la

carrera. Afortunadamente la misma fue aprobada por el Consejo Directivo para que se dé este año nuevamente en el segundo cuatrimestre.

“La Facultad de Derecho debe ajustarse a las políticas educativas en materia de perspectiva de género y de diversidad sexual, tal como lo imponen las normativas nacionales e internacionales y las recomendaciones de los órganos internacionales de NN. UU. y de la OEA [...] Las normas necesitan estar acompañadas de políticas públicas integrales y, dentro de estas políticas, la educación y formación profesional constituyen un pilar elemental”²².

Hoy por hoy se está desarrollando el Proyecto Integrado, *Atención integral de violencia familiar en los barrios: saldando una deuda pendiente*, el cual tiene por objetivo empoderar a mujeres del distrito oeste en el conocimiento de sus derechos e instrumentos legales para enfrentar situaciones de violencia de género.

La meta final es que los/as integrantes del Proyecto puedan aplicar sus saberes, que las organizaciones de las contrapartes se vean fortalecidas institucionalmente y fundamentalmente que las mujeres formadas en los talleres adviertan la violencia familiar que puedan vivir ellas y quienes las rodean para poder actuar en consecuencia y disminuir y erradicar la misma convirtiéndose en referentes barriales actuando como nexo entre la propia comunidad y las organizaciones estatales destinadas a ofrecer atención integral y acceso a la justicia a víctimas de violencia familiar.

Por ende todas estas actividades que se han llevado a la práctica si bien forman parte de un camino largo por recorrer imponen un desafío interesante para trabajar desde el ámbito académico y profesional.

“Al fin y al cabo, actuar sobre la realidad y cambiarla, aunque sea un poquito, es la única manera de probar que la realidad es transformable”²³.

²² AUCÍA, A., *Incorporación de la perspectiva de género y diversidad sexual*, propuesta presentada en el marco de la Audiencia Pública para debatir el Anteproyecto del Plan de Estudios de la carrera de Derecho, Facultad de Derecho, UNR, 3-12-2013, p. 5.

²³ GALEANO, E., *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI, Montevideo, 2003, p. 10.

5. Bibliografía

- AUCÍA, Analía, *¿A dónde están las mujeres? Los derechos humanos desde una perspectiva de género*, en *Zona Franca*, Año XII, N° 13, Centro de Estudios Interdisciplinarios sobre las Mujeres, Facultad de Humanidades y Artes, Rosario, 2004.
- *Incorporación de la perspectiva de género y diversidad sexual*, propuesta presentada en el marco de la Audiencia Pública para debatir el Anteproyecto del Plan de Estudios de la carrera de Derecho, Facultad de Derecho, UNR, 3-12-2013.
- BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo*, Siglo XX, Buenos Aires, 1997.
- BEL BRAVO, María Antonia, *Mujer y cambio social en la Edad Moderna*, Encuentro, Madrid, 2009.
- CARBAJAL, Mariana, *Maltratadas, violencia de género en las relaciones de pareja*, Aguilar, Buenos Aires, 2014.
- DE BARBIERI, Teresita, *Cambios en la situación de la mujer*, en *Revista Instituto de Investigaciones Sociales de UNAM*, N° 23, Demos, México, 2009.
- FACIO, Alda y FRIES, Lorena, *Feminismo, género y patriarcado*, en FACIO, A. y FRIES, L. (eds.), *Género y Derecho*, 1999.
- FAURE, Cristine, *Enciclopedia histórica y política de las mujeres. Europa y América*, Akal, Madrid, 2010.
- GALEANO, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI, Montevideo, 2003.
- GIBERTI, Eva, *Violencia de género, una expresión colonizada y rumiante*, en *Revista Imago Agenda*, 2012.
- Ministerio Público de la Defensa, *Discriminación de género en las decisiones judiciales, justicia penal y violencia de género*, Artes Gráficas Papiros SACI, 2010.
- OLSEN, Frances, *El sexo del Derecho*, en RUIZ, Alicia (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Buenos Aires, 2000.
- ROBIN, West y JARAMILLO, Isabel Cristina, *Género y teoría del Derecho*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2000.
- TELLO LÁZARO, Juan Carlos, *Sobre la situación de la mujer en la Antigüedad clásica*, en *Revista de Aula de Letras, Humanidades y Enseñanza*, N° 14, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2000.

NUEVAS TÉCNICAS ORGANIZACIONALES EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN FORMA DIRECTA POR EL ESTADO. ¿FACTOR DE EFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN Y GESTIÓN, O INSTRUMENTO PARA CANALIZAR UN CONTROL DILUIDO?*

por RAQUEL CYNTHIA ALIANAK, MARÍA MILVA DEL
ROSARIO SÁNCHEZ, PAULO ANDRÉS FRIGUGLIETTI,
CARLA VERÓNICA IBÁÑEZ PETRINA y JOSÉ KUBESCHA

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Evolución histórica del régimen de gestión de los servicios públicos. Diversas etapas. 1.1.1. Primera etapa. 1.1.2. Segunda etapa. 1.1.3. Tercera etapa. 1.1.4. Cuarta etapa. 2. Etapa actual: prestación del servicio público por el Estado en forma directiva, a través de nuevas formas organizacionales. 2.1. Rasgos comunes a las nuevas sociedades del Estado. 2.2. Análisis de casos particulares: Correos, Enarsa, AySA, Aguas Santafesinas SA, Ferrocarriles, etcétera. 2.2.1. Correo Oficial de la República Argentina SA. 2.2.2. Enarsa (Energía Argentina SA). 2.2.3. AySA (Agua y Saneamiento SA). 2.2.4. YPF SA. 2.2.5. Aerolíneas Argentinas SA, Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur SA y sus empresas controladas, Optar SA, JET PAQ SA y Aerohandling SA. 2.2.6. Aguas santafesinas SA. 3. El corrimiento del velo. Principios, objetivos, imputación de responsabilidad directa. Criterios jurisprudenciales y doctrinarios. 4. Doctrina argentina y del Derecho Comparado. 5. Responsabilidad del Estado por omisiones y/o acciones de estas sociedades. 6. Control público. Ley 24.156 de Administración Financiera y Control del Sector Público y Ley 12.510 de la Provincia de Santa Fe de Administración y Eficiencia del Estado. 7. Trabajo de campo realizado. 8. Conclusiones y propuestas.

* Proyecto de Investigación aprobado por Resolución Consejo Superior UNR (CS UNR), N° 817/2013.

Resumen

El trabajo tiene por objeto analizar las nuevas técnicas de organización y gestión en la prestación de los servicios públicos en forma directa por el Estado.

Abstract

This paper aims to analyze the new techniques of organization and management in the provision of public services, directly performed by the State.

Palabras clave

Técnicas organizacionales. Servicios públicos. Estado.

Keywords

Organizational techniques. Public services. State.

1. Introducción

1.1. Evolución histórica del régimen de gestión de los servicios públicos. Diversas etapas

Resulta interesante como instancia previa al análisis de la temática puntual de este trabajo, introducimos en una breve reseña de los modos de intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos, a lo largo de la historia económica-política de nuestro país.

1.1.1. Primera etapa

Abarca desde fines del siglo XIX hasta la década de los '30. La nota común que caracteriza a esta etapa radica en el hecho de que la casi totalidad de los servicios públicos eran prestados por empresas privadas de capital extranjero a través de las clásicas concesiones regidas por el Derecho Administrativo. Así ocurrió con los servicios de gas, teléfonos, electricidad, ferrocarriles y subterráneos.

Y si bien hubo otros factores que contribuyeron al crecimiento económico de Argentina en este período, en el que nuestro país alcanzó

a ocupar el 5º lugar en el comercio internacional, los servicios públicos fueron una pieza básica del desarrollo alcanzado.

1.1.2. *Segunda etapa*

Aproximadamente a comienzos de la década de los '30, en la República Argentina comienza a desarrollarse el “concepto de Estado benefactor”, entendido como una forma de intervención pública encaminada a garantizar a todos los ciudadanos (con independencia de su nivel de ingresos) una solución a las exigencias fundamentales de su vida y su protección contra los principales riesgos. Por esa razón, entre otras cosas, el Estado comienza a ocuparse de la explotación de determinados servicios públicos que hasta ese momento habían sido desarrollados por empresas privadas.

En un proceso que se desarrolló durante más de una década, los ferrocarriles, las compañías de teléfonos, servicios como la energía eléctrica, el gas, el agua, inclusive algunas empresas de transporte público, pasaron del ámbito privado al ámbito estatal.

Una primera forma de irrupción en el mercado, se produjo como consecuencia de la asunción pública de empresas privadas; este proceso ha sido denominado “estatización” o nacionalización. Respondiendo a la filosofía garantista del bienestar, el Estado, ya sea revocando concesiones y/o a través del mecanismo de la expropiación, procedió a la readquisición de empresas privadas que en algunos casos se fundamentó en fines sociales como el mantenimiento del empleo y, en otros, obedeció a su pretensión conquistadora de los mercados. Tal es lo que ocurriera con los ferrocarriles, los que siendo de propiedad de empresas británicas, y próxima a vencer la concesión, fueron estatizados en el año 1947.

Una segunda forma de irrupción, se produjo a través de la creación *ex novo* de empresas públicas como instrumento para alcanzar los cometidos impuestos por las políticas de bienestar. En nuestro país, el comienzo de éstas se dio con la creación de Somisa (1958), Industrias Aeronáuticas y Mecánicas del Estado –IAME– (1952), Astilleros y Fábricas Navales del Estado –AFNE– (1953) o como en el caso de la empresa Obras Sanitarias de la Nación. Lo mismo sucedió con em-

presas del sector eléctrico, como Agua y Energía Eléctrica S. E., DEBA, Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires –Segba SA– e Hidroeléctrica Norpatagónica-Hidronor SA. La gran mayoría de éstas nacieron como empresas del Estado, mientras que otras fueron creadas como organismos descentralizados de la administración.

Como puede apreciarse, paulatinamente, el Estado, además de prestar a la comunidad los servicios básicos como la seguridad interior, la defensa del territorio, la educación, la salud y la justicia, se transformó en un Estado empresario.

1.1.3. *Tercera etapa*

Luego del período de expansión descripto precedentemente, comienza otro caracterizado por la revisión crítica de las funciones del Estado y, en especial, de la figura del Estado empresario.

A partir de la sanción de la denominada ley de reforma del Estado, se dio comienzo a la transformación más importante que se hubiera producido en el sector público argentino. Con ella se forjaron las bases legales que permitieron ejecutar una vasta operación privatizadora, al declararse sujetas a privatización las principales empresas de servicios públicos y actividades comerciales que explotaba el Estado.

El Estado abandonó su rol de prestador de servicios (telecomunicaciones, luz, gas, aguas y servicios sanitarios, transporte aéreo y férreo, etc.), encomendando los mismos a prestadores privados quienes a través de licencias y/o concesiones se encargarán durante las próximas décadas de brindar tales servicios a quienes hasta aquel entonces éramos “clientes” o “usuarios” del Estado.

Por su parte, la nueva función del Estado consiste en regular y controlar el correcto funcionamiento de licenciarios y/o concesionarios y el cumplimiento de sus respectivas licencias o concesiones. Para llevar a cabo esta tarea, se delegó en el Poder Ejecutivo la potestad de derogar privilegios, cláusulas monopólicas y condiciones discriminatorias y, al propio tiempo, la potestad de desregular actividades.

Se trató, en síntesis, de un período de revisión de la función del Estado con relación a los servicios públicos, y un análisis crítico de la figura del Estado empresario, etapa que se inicia con la sanción de

las leyes 23.696 y 23.697 del año 1989, y que se tradujo en la transformación más importante hasta el momento en el sector público argentino, en forma similar a lo que venía ocurriendo en casi la totalidad de los países de Europa y América Latina.

Para entender los motivos que dieron lugar a este fenómeno, debemos recordar que, hasta ese momento, era el Estado el encargado de prestar los servicios públicos domiciliarios, lo que había conducido a una imposibilidad de escindir la función del Estado de la gestión de los servicios públicos, y que a la fecha de la sanción de las leyes referenciadas, existían numerosos y serios problemas en dicha prestación. Por un lado, una falta de calidad en la gestión de los mismos, y una ineficiencia en la atención a los clientes. Además, debía el Estado absorber el déficit de sus propias empresas, generado por la mala administración de las mismas y los altísimos niveles de corrupción que existían dentro de ellas.

En esta línea, se reinstaló la idea del Estado subsidiario, abandonando su rol de prestador de servicios (luz, gas, telecomunicaciones, aguas, etc.), transfiriendo el mismo a particulares mediante licencias y/o concesiones, apareciendo la competencia como fundamento de la eficiencia, limitando su actividad a la de complementar las tareas desarrolladas por los ciudadanos o a corregir las distorsiones que aparecieran en el mercado, en una clara función de contralor.

Asimismo, aparecen en escena los “entes reguladores de servicios públicos”, entidades autárquicas creadas por ley y/o decreto del Poder Ejecutivo, encargados de controlar la gestión de las empresas privadas ahora encargadas de la prestación de los servicios públicos, procurando mantener la calidad del servicio, así como interviniendo en las situaciones de abuso de la situación monopólica, y los conflictos que se pudieran desarrollar con los usuarios a causa de la prestación.

Como se observa hasta aquí, la función del Estado, en este cambio político profundo en el modelo existente, se circunscribió a regular y controlar el funcionamiento de las licencias y concesiones, y el cumplimiento por parte de las empresas, de las obligaciones que el marco regulatorio dictado en cada caso les imponía.

Sin embargo, como es de público conocimiento, este proceso de desregulación y privatización no trajo pocos problemas, surgidos de

las relaciones entre el Estado y los prestatarios, entre éstos y los usuarios, así como entre los prestatarios entre sí, y entre el Estado y los usuarios, y entre todos ellos, y las diferentes normas que constituían las regulaciones vigentes.

En un primer momento, a la par de este cambio político, existió también un cambio en la economía, con un significativo crecimiento del país, estabilidad monetaria y cambiaria, libertad de intercambio económico y financiero de la Argentina con el exterior, etcétera, y se pensaba que todo ello impactaría favorablemente en las privatizaciones, favoreciendo las inversiones y el acceso tecnológico, lo que llevaría a una mejora en la calidad del servicio. Pero lejos de alcanzarse los objetivos propuestos, el final de la década de los '90 mostró una realidad totalmente diferente.

A partir del año 2003, comienza una etapa en la cual el Estado asume un fuerte rol en la prestación directa de los servicios públicos, a través de sociedades anónimas de capital estatal, con las características y consecuencias que serán desarrolladas en el presente trabajo.

1.1.4. *Cuarta etapa*

A partir del año 2003, comienza una etapa identificable por las rescisiones de las concesiones existentes por culpa de los concesionarios (servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales, correos, etc.) y/o por la nacionalización de empresas privadas.

Los principales fenómenos observables en esta etapa, pueden resumirse de la siguiente manera:

1. El Estado funcionando como sociedad anónima del Derecho Privado;
2. el Estado creando una sociedad anónima del Derecho Privado por ley;
3. la huida del Derecho Administrativo en facetas fundamentales concernientes a la prestación de un servicio público;
4. la ausencia de un control eficiente y efectivo, al resumirse en el Estado la titularidad del servicio, y las calidades de concedente, concesionario y controlante de la prestación.

Esta última etapa constituye el centro del presente trabajo, a lo

largo del cual será materia de análisis la estructura actual de la prestación de los servicios públicos; se definirá el rol del Estado, cuyos límites y alcances –desde las normas actualmente vigentes– no son precisos; su responsabilidad en torno a los controles; las posibilidades ciertas de los usuarios en la defensa de sus derechos e intereses legítimos y vías de canalización. Ello representará un aporte relevante que se traducirá, seguramente, en una contribución a la transparencia, eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios, y a un control por parte de órganos independientes y de la ciudadanía, a través de la participación de usuarios y consumidores en algunas facetas vinculadas a la prestación del servicio.

Asimismo el trabajo propone encontrar un modelo que corrija o supla al actual, en miras a la efectiva vigencia de dichos valores y principios, mejorando el nivel del control sobre las actividades que son esencialmente de titularidad estatal y con incidencia directa e inmediata en los derechos de los particulares.

2. Etapa actual: prestación del servicio público por el Estado en forma directa, a través de nuevas formas organizacionales

2.1. Rasgos comunes a las nuevas sociedades del Estado

La evolución del Estado nos muestra un modelo de gestión cada vez más alejado del Derecho Público, tratando de introducirse enteramente en el Derecho Privado, sustrayéndose a los procedimientos y controles propios de la administración.

El propósito declarado ha sido la obtención de mayor eficiencia o eficacia.

Si el Estado adopta como modelo de gestión la figura de la sociedad anónima, no es correcto desde el punto de vista jurídico aplicarle, ni aun parcialmente en su funcionamiento, los principios o normas del Derecho Público.

Ahora bien, la inserción del Estado dentro del mercado como prestatario de servicios públicos se realizó desconociendo e incluso violando normativa constitucional y legal vigente.

Las nuevas sociedades estatales poseen declaración expresa en su creación de:

- Sujeción a los principios y normas del Derecho Privado; de exclusión de las leyes de procedimientos administrativos; de contrataciones del Estado; de obras públicas y, en general, de normas o principios de Derecho Administrativo. Se trata del mismo criterio de la Ley General 20.705 sobre Sociedades del Estado.

Particularidades:

- Algunas de estas sociedades se han creado por decretos de necesidad y urgencia, estando en funcionamiento el Congreso (AySA, por ej., y en Santa Fe Aguas Santafesinas SA).
- Las sociedades nuevas no fueron objeto de consulta pública, pese a la vigencia del decreto nacional 1172/2003 que aprobó el Reglamento de Audiencias públicas y la elaboración participativa de normas.
- El Estado se introduce en el mercado en la prestación de servicios públicos monopólicos, desplazando al sector privado y negando la posibilidad de tener acceso a la prestación de dichos servicios, violentando la ley 25.156¹.
- La inserción del Estado, de la manera que seguidamente se estudiará, confunde la división de roles que ya estaba delineada constitucional y legalmente entre: el establecimiento de las políticas y planificación; prestación del servicio; regulación de los

¹ La ley 25.156 establece que están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o *el acceso al mercado* o que constituyan abuso de posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Art. 2º. Las siguientes conductas entre otras [...] constituyen prácticas restrictivas de la competencia:...

f) impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste...

Art. 3º. Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.

mismos; otorgamiento del título habilitante para la prestación; control sobre los organismos públicos, incluso sobre los reguladores a través de contralorías, tribunales de cuentas y sindicaturas.

Cabe advertir que el control, la calidad, eficiencia, regulación, etcétera, son normas constitucionales en las cuales no se hace distinción sobre si la prestación del servicio es realizada por un ente público o privado, sino que estas pautas deben cumplimentarse en cualquier caso, cualquiera sea el prestador.

2.2. Análisis de casos particulares: Correos, Enarsa, AySA, Aguas Santafesinas SA, Ferrocarriles, etcétera

Daremos algunos ejemplos de entes estatales bajo formas jurídicas privadas, prestando servicios públicos, a nivel nacional y provincial.

2.2.1. Correo Oficial de la República Argentina SA

El correo estaba concesionado a Correo Argentino SA.

Cuando el Estado rescinde el contrato, crea una unidad operativa de transición para la prestación del servicio, comprometiéndose el Estado nacional a llamar a licitación pública para la oportuna concesión que éste otorgaría para la explotación.

Se instruyó al Ministerio del área para que en el término de 180 días llamara a licitación pública nacional e internacional.

Poco tiempo después, y quedando todo esto pendiente, se crea la empresa oficial “Correo Argentino SA” como sociedad unipersonal y “hasta tanto se private”.

Se encuentra sometida al control del Estado conforme al artículo 13 del decreto 721/2004, el cual estipula: “...sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias”.

En cuanto a su régimen de contrataciones, la misma norma establece que se regirá por las normas y principios del Derecho Privado, excluyendo la aplicación de las disposiciones de la ley 19.549 y del decreto 1023/2001, Ley de Obras Públicas Nacional 13.064, y en general de normas y principios de Derecho Administrativo.

Conforme al artículo 10 del decreto 721/2004, las relaciones con su personal se regirán por la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo y los Convenios colectivos que hubieren sido celebrados con las asociaciones gremiales de su personal.

2.2.2. *Enarsa (Energía Argentina SA)*

En materia de energía la ley 25.943 creó una sociedad anónima de Derecho común, Enarsa, con el objeto de realizar:

- El ciclo completo de la gestión de hidrocarburos;
- el transporte y distribución de gas natural;
- la generación, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica;
- intervenir en el mercado para evitar abusos de la posición dominante provenientes de monopolios y oligopolios;
- elaborar una base de datos integral de hidrocarburos.

Aquí se advierte claramente la confusión de roles y la violación de los marcos regulatorios. Las actividades de generación, transporte y distribución de gas y electricidad tienen netamente separados los sectores de transporte y distribución, prohibiendo los marcos regulatorios que estas actividades fueran prestadas por un mismo operador, obedeciendo a una política de segmentación del mercado. Esto se elude totalmente por esta nueva empresa nacional.

Por su parte, el rol de los entes reguladores se invade señalando que una sociedad anónima estatal va a ser la encargada de intervenir en el mercado para evitar abusos de la posición dominante, facultad que pertenece a los entes reguladores ya creados. Por último, las bases de datos integrales pertenecen a la competencia de la Secretaría de Energía de la Nación, así como el establecimiento de las políticas del sector.

Conforme al artículo 7° de la ley 25.943, Enarsa seleccionará su personal con un criterio de excelencia, manteniendo una vinculación laboral de Derecho Privado.

Sobre el régimen de contrataciones de esta sociedad, si bien este tema no está contemplado en la ley de creación, seguiría el mismo criterio que en el desarrollado en el supuesto anterior.

En cuanto al sistema de control el artículo 6° de la ley citada, establece su sometimiento al control externo e interno del sector público nacional en los términos de la ley 24.156.

2.2.3. *AySA (Agua y Saneamiento SA)*

La empresa AySA que se crea luego de la rescisión del contrato de Aguas Argentinas SA en el área metropolitana de Buenos Aires, es también una SA de Derecho Privado, titular del 90% de las acciones. El 10% restante pertenecen en propiedad participada, a los extrabajadores de obras sanitarias de la Nación. En este caso se previó la disolución del ente regulador (ETOSS), se creó un nuevo ente regulador (ERAS) y una agencia de planificación, APLA.

Se previó la celebración de un nuevo contrato de concesión con el nuevo prestador, que luego nunca se llevó a cabo. Las atribuciones del ente se superponen con las del concedente y la agencia de planificación, luego se diluyen los controles.

Sobre el régimen de constitución, conforme al artículo 1° del decreto 304/2006 y artículo 1° de su Estatuto, aprobado por el artículo 3° del decreto antes referido, la sociedad se regirá por dichos estatutos y por la ley 19.550 (capítulo de sociedad anónima).

En cuanto al personal, las relaciones serán regidas en el marco de la ley 20.744 y los convenios colectivos de trabajo celebrados con las asociaciones gremiales representativas de su personal.

En materia de contratación, el artículo 11 del decreto 304/2006 dispone la aplicación de normas y principios del Derecho Privado, excluyendo la normativa y principios de Derecho Público en forma idéntica a la señalada al analizar los anteriores supuestos.

En materia de control, remite "...a los que fueren pertinentes de la ley 24.156", al igual que AySA y Correo Argentino SA.

2.2.4. *YPF SA*

Fue creada en 1922 como empresa estatal, privatizada en 1992. En 1999 adquiere el 97,8% Repsol España por oferta pública de adquisición.

El 4 de mayo de 2012 por ley 26.741 se declara de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF SA y REPSOL YPF GAS SA.

El artículo 15 de la citada ley establece que continuará operando como SA abierta en los términos del Capítulo 2, Sección 5 de la ley 19.550 y normas concordantes, no siéndole aplicable legislación o normativa administrativa alguna que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación.

*2.2.5. Aerolíneas Argentinas SA, Austral Líneas Aéreas
Cielos del Sur SA y sus empresas controladas,
Optar SA, JET PAQ SA y Aerohandling SA*

Por el artículo 1º de la ley 26.412, se autoriza el rescate por compra de estas sociedades; luego la ley 26.466 declara sujeta a expropiación el paquete accionario de estas sociedades a fin de cumplir con lo dispuesto por el artículo 1º de la ley 26.412, y mediante su artículo 2º se dispone que el Poder Ejecutivo ejercerá desde el momento de la entrada en vigencia de la presente ley, todos los derechos que las acciones a expropiar le confieren, y para ello lo autoriza a recurrir a las vías previstas en los artículos 57 y 59 de la ley 21.499, siendo éste el modo en que el Estado nacional opera dichas sociedades hasta que se defina el proceso de la expropiación.

En cuanto al personal, se trata en este caso de la continuación de la operatoria por parte del Estado de sociedades ya constituidas en el marco de la ley 19.550 como sociedades anónimas, y ya sometidas por dicho régimen a las disposiciones de la ley 20.744 en cuanto a su personal.

En materia de contrataciones, se trata de la continuación de la operatoria por parte del Estado de sociedades ya constituidas en el marco de la ley 19.550 como sociedades anónimas, y ya sometidas por dicho régimen a las disposiciones de la ley 20.744 en cuanto a su personal.

En materia de control, no existe una regulación expresa.

2.2.6. *Aguas Santafesinas SA*

Se creó por decreto 193/06, denominándola “Aguas Santafesinas Sociedad Anónima”.

Esta sociedad se va a regir por las normas de las leyes 19.550 y 23.696, sociedad comercial de Derecho Privado.

La provincia se constituye en la titular del 51% del paquete accionario titularizando las acciones Clase A, y las acciones Clase B son el 39% que se distribuyen entre los municipios que han adquirido acciones, y un 10% Clase C que integran el programa de propiedad participada.

El decreto 193/2006 a su vez se fundamenta en la ley 12.516, la que habilita al Poder Ejecutivo a adoptar un “procedimiento de transición que garantice la efectiva prestación del servicio”, precisamente en base a las dificultades que se estaban produciendo con el prestador “concesionario” del servicio público y la Provincia de Santa Fe, contrato que luego culmina con su disolución anticipada.

Por decreto 1358/2007 el Poder Ejecutivo entiende que la prestación del servicio por Aguas Santafesinas SA es de “transición” y se aprueba un modelo de vinculación provisoria entre la empresa y el Estado, respetando los lineamientos básicos del contrato que vinculaba a la exconcesionaria y al Estado.

Lo interesante es que este decreto establece entre otras cosas que el plan de acciones, de obras y de metas a cumplir por esta SA, será atendido con fondos provenientes de los ingresos por tarifas y con “fondos públicos”. Hasta hoy sigue funcionando esta sociedad estatal, confundiendo los roles con el ente regulador dado que los directivos del ente dependen del mismo ministro que ejerce la titularidad del paquete accionario estatal.

3. El corrimiento del velo. Principios, objetivos, imputación de responsabilidad directa. Criterios jurisprudenciales y doctrinarios

3.1. El Estado, asumiendo la forma de SA del Derecho Privado a fin de explotar un servicio público, puede contrariar y perjudicar:

- 1) El orden público;

- 2) los derechos de los particulares;
- 3) los derechos de los trabajadores que se desempeñen dentro de la figura societaria.

En tales supuestos podría utilizarse la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica para responsabilizar al socio detrás de la sociedad, es decir, al Estado.

Esto puede suceder porque la imputación diferenciada de responsabilidad entre el “socio” y la “sociedad” sólo se concibe en el Derecho Societario cuando la sociedad se ajusta al fin para el cual fue creada y se le ha reconocido personalidad jurídica propia.

La aplicación de la teoría de la penetración, desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica o corrimiento del velo societario, sirve para demostrar que el uso meramente instrumental de las formas societarias cede ante la consideración de la realidad económica y la supremacía del Derecho objetivo, siendo en esos casos lícito rasgar o levantar el velo para penetrar en la verdad que se esconde tras él².

Se busca, por ende, impedir que con el uso diferenciado de la personalidad jurídica de la sociedad, se utilice como forma de eludir obligaciones y perjudicar los derechos de un tercero o interés público.

En nuestro Derecho Societario, la teoría de la inoponibilidad tiene una consagración expresa a partir del dictado de la ley 22.903 mediante una fórmula que se agrega al artículo 54 de la ley 19.550 y prescribe: “*Inoponibilidad de la personalidad jurídica*. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

En el caso, observamos que la constitución de personas jurídicas de Derecho Privado, siendo el Estado en la mayoría de los casos el único accionista y detraerlas del Derecho Público, puede constituir un nuevo recurso para violar la ley, el orden público y ello frustrará los derechos de terceros.

² CCCom. de San Isidro, sala II, 22-9-94, “Sánchez, Marta y ot. c/Vázquez, Raúl Matías y ots.”

3.2. *Corrimiento del velo en el Derecho Público.*

3.2.1. Resulta interesante traer a colación el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 242 del 13 de mayo de 2002, el cual –en la parte que nos interesa– expresa:

“2.2. Según lo expuesto, Lotería Nacional es una Sociedad del Estado, de capital íntegramente estatal, que funciona en jurisdicción del Ministerio de Desarrollo Social y que, como tal, constituye una *especie de descentralización*, entendiendo a ésta como la forma de hacer efectiva la actividad de la Administración Pública a través de un ente separado de la *Administración Central*, con personalidad jurídica propia y constituido por órganos también propios que expresan la voluntad de ese ente (ver Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 5ª ed., Cap. XIV, p. 1, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998. Similares conceptos brinda Tafur Galvís, Álvaro, *Las entidades descentralizadas*, 3ª ed., Montoya y Araujo Ltda., Bogotá, 1984, ps. 24/26, con una importante cita de doctrina extranjera).

”Su objeto social consiste en organizar, dirigir, administrar y explotar los juegos de azar y actividades conexas, erigiéndose, en consecuencia, en el organismo con facultades de control en la materia (ver arts. 4º y 6º de su Estatuto) y, para alcanzar su cumplimiento, se encuentra habilitada a celebrar todo tipo de acto apto para tal fin, incluso, cuenta con facultades para estar en juicio.

”2.3. Por otra parte, si bien estas sociedades se encuentran regladas en su funcionamiento *comercial* por la Ley de Sociedades 19.550 (ver art. 1º del Estatuto Social), también les resultan de aplicación ciertas normas del Derecho Público. Así lo ha sostenido esta Procuración del Tesoro al señalar que aun tratándose de entidades predominantemente regidas por el Derecho Privado, deben considerarse de aplicación a su respecto, ciertas normas y principios de Derecho Público no incompatibles con las finalidades de su creación; agregándose que *aun con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado*, y que cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad (ver *Dictámenes*: 219:145, entre otros).

”También estas sociedades se encuentran alcanzadas por el régimen de resolución de conflictos pecuniarios entre organismos del Estado, establecido por la ley 19.983 –de Conflictos Interadministrativos– y su decreto reglamentario 2481/93. En efecto, esta Procuración del Tesoro ha entendido que la esfera de aplicación de la ley 19.983 alcanza a toda clase de reclamaciones pecuniarias entre entidades u organismos estatales sin limitación, incluyendo aquellas entidades que pertenezcan a la esfera estatal y estén regidas predominantemente por el Derecho Privado (ver *Dictámenes*: 207:317). En el precitado asesoramiento, también se expresó que no obstante que *Argentina Televisora Color LS 82 Canal 7* era una sociedad anónima en proceso de liquidación, continuaba integrando la Administración Pública Nacional en jurisdicción de la ex Secretaría de Medios de Comunicación dependiente de la Presidencia de la Nación.

”2.4. Estos tipos societarios también están incluidos en el Sector Público Nacional definido en el artículo 8º de la Ley 24.156, en su actual redacción conforme a la Ley 25.565 (B. O.: 21-3-2002) el que se considera integrado por: ‘...a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los *Organismos descentralizados*, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social; b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, *las Sociedades del Estado*, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias; c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones; d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional’.

”Dicha ley también define el concepto de *entidad* como ‘*toda organización pública con personalidad jurídica y patrimonio propio*’ (ver art. 9º, los resaltados me pertenecen).

”2.5. Asimismo, el decreto 23/2001 (B. O.: 27-12-2001) incluye a este tipo societario entre los organismos del Estado sujetos al tope del haber máximo de las remuneraciones de sus funcionarios y empleados (ver art. 20), a la vez que también se enmarca en las previsiones del decreto 491/2002 (B. O.: 13-3-2002), en cuanto a que toda designación de personal en la Administración Pública centralizada y *descentralizada* corresponde al Poder Ejecutivo Nacional a propuesta de la jurisdicción o ente de que se trate (v. art. 1°).

”2.6. También cabe tener presente que el artículo 4° del decreto 1883/91 (B. O. 24-9-91), modificatorio del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el decreto 1759/72, habilita un *recurso de alzada* contra los actos administrativos definitivos o asimilables que emanaren del órgano superior de *empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional*, cuando dichos actos no resulten inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión. Vale decir que en estos casos, y para este tipo de empresas, también existe un control de tutela o administrativo propio de la relación de la Administración Central con las entidades autárquicas que, a su vez, constituyen otra de las formas que puede presentar la descentralización administrativa (ver Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 638)”.

3.2.2. La Corte santafesina también tuvo oportunidad de expedirse en el reclamo de los empleados del ex Banco de Santa Fe, analizando las relaciones de éste con aquéllos, teniendo que determinar si las mismas forman parte de lo que tradicionalmente se señala como empleo público.

En esta materia, en principio, cuando analizamos una relación de empleo público (que no es otra cosa que un contrato administrativo) el sujeto empleador obviamente debe ser, necesariamente, una persona jurídica de carácter público; esto es, un ente público: sin el cual no hay empleo público. Se exige la presencia del Estado en la conformación de la relación jurídica.

Como lo señala el doctor Federico Lisa, la CSJN ha tenido oportunidad de expedirse en algunos casos; por ejemplo, en relación de empleo entre el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y sus dependientes, no está disciplinada por la Ley

Marco de Regulación de Empleo Público, ya que dicho instituto “no integra la Administración Pública Central ni descentralizada”, por lo que las relaciones laborales de su ámbito se rigen por la Ley de Contrato de Trabajo³.

Según el autor, criterio que compartimos, desentrañar la naturaleza jurídica del ente (pública o privada) va a incidir no sólo en la relación del ente con el personal sino que se va a reflejar en otros planos, tales como en el régimen jurídico de sus actos y contratos, por ejemplo, siendo muy importante el ámbito del control, dado que muchas veces estos entes operan con fondos exclusivamente públicos.

Resulta muy interesante traer a comentario el caso de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las que, en la Provincia de Santa Fe, han dado lugar a criterios jurisprudenciales verdaderamente innovadores, sentados, precisamente, en torno a la relación jurídica existente entre el respectivo ente (“Banco de Santa Fe SAPEM”) y sus agentes.

En autos “Reggiardo”⁴ y “Vieitez”⁵ (entre muchos otros), la Corte provincial dio un vuelco en su mirada y analizó que si bien la naturaleza jurídica de estos entes era privada, no podía soslayarse el hecho de que el capital accionario era íntegramente estatal. Así, ha dicho que “...ante esa realidad –marcada [...] por la circunstancia de que el Estado provincial es finalmente el único accionista de dicha persona jurídica (conf. *Procuración del tesoro de la Nación, Dictámenes*: 220:143, con cita de *Dictámenes*: 212:377)– ha de recordarse que, como se ha dicho con acierto, aun tratándose de entidades predominantemente regidas por el Derecho Privado, deben considerarse de aplicación respecto de este tipo de sociedades ciertas normas y principios de Derecho Público, no incompatibles con la finalidad de su creación”.

Agregó el tribunal un dato elogiabile, que “–aun con el más amplio grado de descentralización– en última instancia ellas [las SAPEM] integran la organización administrativa del Estado; cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada *se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal*

³ Mundo Construcciones.

⁴ CSJ de Santa Fe, 4-4-2001, A. y S. 170-446.

⁵ CSJ de Santa Fe, 12-6-2002, A. y S. 180-65.

de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad (Procuración del tesoro de la Nación, Dictámenes: 219:145 –con cita de Dictámenes: 171:60–; 207:222 y 317)”, y que “incluso se ha dicho que, más allá de la adopción de un tipo social propio de la personalidad jurídica de las empresas privadas, la realidad subyacente determina que las sociedades anónimas cuyos capitales se encuentran en su totalidad en poder del Estado deben caracterizarse, hasta tanto no se transfieran las acciones a los particulares, como un ente estatal, ya que tal mecánica jurídica fue adoptada en función de la privatización de la entidad y para hacerla posible (Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 199:97)”.

Extrajo luego la Corte dos cuestiones trascendentes en la solución del planteo: “*La primera.* La presencia del Estado *latu sensu* en uno de los extremos de la relación jurídica que une al banco demandado con sus empleados, circunstancia que se corrobora a partir de que el Estado provincial es el único titular del paquete accionario del Banco de Santa Fe SAPEM (CSJN, ‘Ministerio de Trabajo c/Empresa Líneas Marítimas Argentinas SA’, E. D. 74-245) [...] *La segunda.* Independientemente de tratarse de una entidad predominantemente regida por el Derecho Privado ‘en cuanto a la actividad cumplida por el Estado en su carácter de empresario’ y con abstracción de la polémica sobre su naturaleza jurídica, la relación banco-empleado está signada por normas y principios de Derecho Público”.

En suma, la Corte vio al Estado por debajo del ropaje jurídico adoptado apoyándose en la realidad y analizando entonces la “relación”, con prescindencia de la forma jurídica de Derecho Privado adoptada por la entidad. Otorgó entonces carácter de Derecho Público a la relación jurídica y sujetó el conflicto a la competencia contencioso administrativa de la Provincia de Santa Fe según la ley 11.330.

Tal como expone el doctor Lisa en el artículo citado, siendo que dicho recurso no es admisible contra particulares, lo decidido por la Alta Corte local supone tanto como afirmar la naturaleza pública del ente.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo del mes de mayo de 2012, en el caso “Faicsa SA y ot.”⁶, sostuvo

⁶ “FAICSA SA y ot. c/SIAM SA s/Ordinario”, fallo registrado al t. 274, fecha 22-5-2012.

como perfectamente acreditada la existencia del Estado nacional como parte de la relación jurídica y como titular y dueño de la empresa SIAM SA. De esta manera fundó su competencia para entender en la apelación ordinaria.

En el caso comentado, las empresas Faicsa SA e Hidroconstrucciones SA interpusieron demanda contra SIAM SA –propiedad del Estado nacional– en carácter de subcontratistas de la última en un contrato de obra pública que SIAM SA había firmado por contratación directa con el gobierno de la Provincia de Córdoba. La presencia del Estado en la contratación, pese a su ropaje como SA, tuvo peso y consideración primero en la contratación directa obviando el proceso licitatorio con la Provincia de Córdoba, luego a los fines de fundar la competencia federal y, finalmente, de la CSJN en apelación ordinaria.

3.2.3. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos: “La Buenos Aires, Cía. de Seguros c/Petroquímica Bahía Blanca SA”, fallo del 12 de mayo de 1988⁷, ha señalado:

“Al referirse el artículo 1º de la ley 19.549, a la administración descentralizada, no descarta la inclusión en este concepto de empresas de propiedad estatal cuyas normas de creación disponen la aplicación preferente del Derecho Privado”.

Agrega asimismo: “El concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización. De allí que no cabe excluir a las sociedades anónimas con participación estatal, de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal”.

Finalmente, concluye que “el carácter estatal de la empresa, aun parcial, tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública, derivados del sistema republicano de gobierno, basado en la responsabilidad de la autoridad pública, una de cuyas consecuencias es la publicidad de sus actos para aguzar el control de la comunidad y, en especial, de los posibles interesados directos, quienes podrán efectuar las impugnaciones que el ordenamiento permita”.

⁷ Fallos: 311:750.

4. Doctrina argentina y del Derecho Comparado

La creación de empresas estatales bajo la naturaleza jurídica de sociedades anónimas o sociedades mercantiles, constituye una temática que ha sido abordada por la doctrina argentina, y también por la extranjera, en tanto este fenómeno también se ha producido en otros países, si bien en muchos de los regímenes del Derecho Comparado analizados se ha puntualizado y por ende, regulado, la existencia de los controles a los que debe estar sujeta la administración centralizada y también sus entes descentralizados, como modo de garantizar la publicidad, transparencia, eficiencia y legalidad de la gestión de esos entes y la protección de los derechos y garantías de los administrados y usuarios de las actividades y/o servicios que aquéllos desarrollan o prestan.

Tomás de la Cuadra, Salcedo Fernández del Castillo (Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, España), en su trabajo *La administración instrumental y corporativa*, Lección 5, última actualización de octubre de 2012 (ocw.uc3m.es), sostiene que “la denominación de administración instrumental no es propiamente una denominación legal que agrupe a todas las entidades dotadas de personalidad jurídica pública, sino que es un término que, más bien, emplea la doctrina para subrayar cómo todo ese conjunto de entidades dotadas de personalidad jurídica no es sino un conjunto de instrumentos al servicio de las distintas administraciones de las que dependen. Puede decirse, así, que asistimos a una manipulación de la personalidad jurídica para obtener determinados efectos (menor control presupuestario, cajas separadas, más flexibilidad en el manejo del personal, mayor facilidad en algunos casos para someterse al Derecho Privado, etc.). Esa manipulación de la personalidad no es algo privativo de las administraciones públicas, pues también en el ámbito civil y mercantil la existencia de grupos de sociedades, dotadas cada una de ellas de personalidad jurídica, pero dirigidas materialmente las unas por las otras sin el menor rebozo, sobre la base de que unas tienen el 100% o la mayoría del capital de las otras, ha obligado a tomar en cuenta esa realidad y recoger en el Código de Comercio el fenómeno de los grupos de sociedades (art. 42, CCom.)”.

Dicho autor, a partir de una clara reseña cronológica, plantea la evolución producida desde los orígenes de la llamada “Administración instrumental”, existente desde hace mucho tiempo en España y otros países vecinos, remontándose, en cita que realiza del profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, al siglo XIX, generalizándose a principios del XX, aunque dentro de ciertos límites, los cuales, a su criterio, han sido desbordados en la segunda mitad del siglo XX.

Las razones para la creación de una administración instrumental fueron variando en cada uno de aquellos períodos: al inicio, la rigidez presupuestaria y el principio de unidad de caja constituyeron una fuerte motivación, en razón de que dichas circunstancias obstaculizaban el desarrollo de algunas funciones del Estado, las que prefirieron ser encomendadas a entes públicos dotados de personalidad, que de ese modo, se sustraían de aquellas rigideces. Otra razón –ya en los primeros años del siglo XX– se relacionaba con nuevas funciones que el Estado iba a asumir, a partir de la profundización de su intervención en la economía, que eran así diferentes de las propias del Estado abstencionista del siglo XIX, y que por ello, no podían ser encuadradas en la organización tradicional de la administración.

Señala Tomás de la Cuadra, finalmente, que en el último tercio del siglo XX y hasta la actualidad, “el fenómeno se agudiza más”, buscando “escapar a las exigencias del Derecho Administrativo y someterse sólo a las mucho más livianas del Derecho Civil, Laboral y Mercantil. Es el fenómeno de la ‘huida del Derecho Administrativo’ que explica la aparición de muchas de las entidades con personalidad que hoy existen”.

Esta “desaplicación del Derecho Administrativo” también es explicada por Rodolfo Saborio Valverde, en su trabajo *Retos de la organización administrativa costarricense*, en el que expresa que “la huida hacia el Derecho Privado, permite que las entidades estructurales bajo formas jurídicas públicas, se rijan parcialmente por la aplicación del Derecho Privado, sometiendo, en líneas generales a las reglas públicas los aspectos organizativos y de fiscalización, típicos de todo ente público, y remitiendo a esta rama del Derecho, el desarrollo de la actividad principal de la entidad; y asimismo, traslada la actividad originalmente en manos de la administración pública, a entes cons-

tituidos bajo formas jurídicas empresariales, sometidos en su conjunto a las reglas del Derecho Privado”.

Saborio Valverde entiende que en Costa Rica, el fenómeno de huida hacia el Derecho Privado no se ha presentado con igual intensidad que en otros países, aunque sí se comparten las causas que originaron ese fenómeno: “leyes administrativas obsoletas, aumento creciente de la necesidad de participación del Estado, inaptitud de la normativa pública para responder a las demandas de los usuarios, interés por evitar controles excesivos de la hacienda pública, y actitud derrotista ante innumerables problemas de gestión que plantea el Derecho Público”.

Lo que se ha producido en Costa Rica es una huida de la administración central hacia figuras organizativas periféricas, produciendo una “atomización inconveniente de la administración pública y pérdida de unidad de acción”.

En cuanto a empresas públicas constituidas como sociedades mercantiles, se trata de un fenómeno no muy difundido en Costa Rica. Señala dicho autor como ejemplos en tal sentido, los de refinadora costarricense de Petróleo, Compañía Nacional de Fuerza y Luz SA, Radiográfica Costarricense SA, entre otros.

Sin embargo, en todos estos casos, se advierte un fuerte control de esas entidades por parte de la Contraloría General de la República, fortalecida con la Ley Organizativa de la Contraloría General (ley 7428/94) y la Ley de Contrataciones Administrativas (ley 7494/95).

Otros ejemplos que el autor cita refieren a “Correos de Costa Rica SA” y a la “Empresa de Servicios Públicos Heredia SA”, entes creados por ley, pero que excluyen expresamente la normativa básica de Derecho Público, no obstante lo cual existe un intenso control por la Contraloría General de la República, más allá de la intención del legislador de dotarlas de agilidad.

Es decir, podemos advertir así que en Costa Rica, la tipificación como sociedades comerciales de estos entes enteramente públicos, no los ha sustraído, sin embargo, de los controles a que está sujeta la administración.

Por su parte, el doctor Agustín Gordillo (*Tratado de Derecho Ad-*

ministrativo. Parte general, ps. XIV-2 y ss., www.gordillo.com.ar) sostiene que, por vía de principio, no parece que pueda admitirse que las personas estatales pudieren ser, indistintamente, personas de Derecho Público o de Derecho Privado. No obstante, puntualiza que “no es infrecuente que el Estado intente revertir la tendencia y crear entidades estatales pretendidamente regidas por el Derecho Privado, o estatizar empresas privadas con la intención de manejarlas por el Derecho Privado y no Público, o crear fondos especiales bajo esta impronta”, señalando que “son intentos destinados al fracaso”.

Creemos de relevancia sustancial transcribir en este punto, las conclusiones claras a las que arriba el doctor Gordillo, que compartimos: “La doctrina de la personalidad única del Estado, admitida hoy sin discusión en el Derecho Público moderno con referencia al Estado central, es a nuestro juicio enteramente aplicable a todas sus entidades descentralizadas. Éstas, por el solo hecho de formar parte del Estado, adquieren un indudable carácter público, a pesar de que puedan estar en alguna medida regidas por el Derecho Privado en cuanto al objeto de sus actos. Ello es así porque todo lo que hace a la creación y supresión, competencia, formación de la voluntad, etcétera, estará siempre regido por el Derecho Público y sólo podrá quedar para el Derecho Privado lo referente al contenido de sus actos o contratos. De todas maneras, se comete un grave error de percepción al asumir, implícitamente, que regir actividades estatales, aun meramente en cuanto al objeto, por el Derecho Privado, «pueda suponer una suerte de coto de caza libre de derecho. Esto es una falsa percepción del Derecho Privado, al cual son propios, tanto como a cualquier otra rama del Derecho, principios y valores inmemoriales como la confianza debida, la buena fe, la razonabilidad, el deber de prudencia, la interdicción de la arbitrariedad bajo cualquiera de sus formas. El Derecho Privado no autoriza este tipo de comportamientos, como tampoco lo hace el Derecho Público»” (el resaltado nos pertenece).

Otros autores y, dentro de estas perspectivas, analizan la temática que nos ocupa profundizando la búsqueda de límites jurídicos concretos a la huida del Derecho Público por parte de entes que prestan servicios. Entre ellos, Borrajo Iniesta (*La huida hacia fórmulas de gestión de Derecho Privado en la prestación de servicios sanitarios: la supuesta*

crisis del Derecho Administrativo, en Tercer Congreso de Derecho y Salud bajo el título de *Gestión de los Servicios sanitarios: Modelos Alternativos*, Gobierno de Navarra, Departamento de Salud, ps. 105 y ss.) apunta que “no se puede confundir la forma (ya sea de ente de Derecho Público, ya de ente de Derecho Privado), con el sustrato real de la organización que se encuentra debajo, y a la cual sirve la vestidura o el ropaje jurídico que se pone sobre ella. Obviamente la administración pública, los poderes públicos, las organizaciones financiadas con fondos públicos, serán administración pública o serán entes financiados con fondos públicos, completamente al margen de que se les someta, formalmente, a normas de Derecho Privado, al Código Civil, al Código de Comercio, al Estatuto de los Trabajadores, o que se les someta a leyes de Derecho Administrativo, tales como la Ley de Contratos del Estado o la legislación de funcionarios. Además, junto al dato sociológico inesquivable de que cuando actúan un conjunto de funcionarios o de personas que dependen del presupuesto público, al que acceden en virtud de mecanismos ajenos al derecho de propiedad, como la elección o el nombramiento, y que tienen una determinada cultura, una determinada percepción de su misión y unos determinados medios, que respaldan y que modulan su actuación, son administración pública; junto a ese dato, se agolpan una serie de parámetros jurídicos que no pueden ser olvidados”.

Y así, cuando el autor comenta los diversos sistemas de gestión del sistema nacional de salud en España, al aludir concretamente a la “gestión Indirecta”, incluye a las sociedades mercantiles, en cuyo capital sea mayoría la participación directa o indirecta, de la administración del Estado o de sus organismos autónomos y demás entidades estatales de Derecho, y a las entidades de Derecho Público que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado. En ambos casos, estos entes están sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (ley 13/95).

F. Villar Rojas, en su obra titulada: *La ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema nacional de Salud: ¿Hacia la desregulación de la Sanidad Pública?* (publicada en *Derecho y Salud, Publicación Oficial de la Asociación de Juristas de la Salud*, vol. 6, Nº 2, julio/diciembre de 1998, p. 74), al referirse a la reorganización de las

formas de prestación de los servicios sanitarios –como en general, de la provisión de los servicios públicos– señala que su finalidad ha sido la de mejorar la eficacia en la gestión, actuando con criterios empresariales, para lo cual, sostiene, era imprescindible otorgar la máxima autonomía a los centros sanitarios.

De la Exposición de Motivos de diversas normas citadas por el autor, se advierte que dicha reorganización se fundamentaría en el deficiente funcionamiento de los servicios, lo cual se atribuye al “en-corsetamiento de la gestión por normas administrativas”: se citan las leyes de Procedimiento Administrativo Común, con sus requisitos sobre toma de decisiones; la de Contratos de las Administraciones Públicas, con sus principios de objetividad, publicidad y concurrencia; la legislación de empleo público, con sus presupuestos de igualdad, mérito y capacidad; las leyes presupuestarias con sus exigencias sobre control de gastos, y las leyes sobre patrimonio, en cuanto limitan la capacidad de disposición sobre los bienes públicos.

Expresa Villar que frente a ello, esas normas concluyen que “una gestión eficaz demanda flexibilidad jurídica; la que ofrecen el Derecho Mercantil, el Civil y el Laboral. Con ellos sí se puede contratar de forma directa, cambiar el régimen retributivo del personal, o utilizar el patrimonio como cualquier sociedad mercantil”.

Sin embargo, puntualiza como “llamativo” que en los estatutos de esas empresas no exista delimitación de los fines que permitan controlar si la gestión es eficaz, ni tampoco de los objetivos y estándares de rendimiento que resulten útiles y aptos para evaluar la calidad; tampoco, las vías que permitan a los ciudadanos exigir su cumplimiento.

Concluye entonces que “se trata de escapar del Derecho Administrativo, de los equilibrios que subyacen en este ordenamiento, para actuar conforme al Derecho Privado, pero sin asumir los fundamentos y equilibrios de este ordenamiento; el más importante, la libre competencia”.

En el interesante trabajo en comentario, Villar realiza un esbozo de los criterios jurisprudenciales que han ido reconduciendo paulatinamente esa huida a sus justos términos. Y es que, conforme lo dice con tanta objetividad, “detrás de esas empresas se encuentra un poder público responsable de la prestación del servicio, que nombra y cesa

a los directivos de esa empresa, que aprueba o autoriza las decisiones más relevantes, que financia sus actividades, en suma, que se sirve de esa organización para el cumplimiento de sus fines. Como poder público está sujeto por una serie de mandatos constitucionales de los que no puede separarse; a lo sumo de manera transitoria, lo que tarde en responder el sistema jurídico”.

En realidad, como lo señala Villar, estamos ante un caso de “desadministrativización de la gestión de estos servicios”. No cambia ninguna de las reglas básicas del servicio público, ni tampoco pierden su posición de monopolio administrativo los centros que adoptan formas privadas: la planificación territorial y poblacional de los servicios les asegura un número de usuarios obligados a recibir sus prestaciones. El único cambio afecta a lo instrumental: las normas que rigen el funcionamiento de cada centro que dejan paso a normas privadas. Pero ni cambia el modo de gestión, que sigue siendo directo, ni se produce la privatización del servicio público.

El análisis, entonces, de la doctrina de Derecho Comparado comentada permite visualizar claramente que la tan anhelada flexibilidad en la actuación, rapidez y eficiencia que se invoca en tantos ordenamientos, en pos de justificar la necesidad y conveniencia de creación de este tipo de entes públicos bajo formas societarias mercantiles, esconde, en realidad, el también anhelado propósito de escapar de controles administrativos y de la aplicación de la normativa de Derecho Público en variados aspectos, lo cual en sí mismo implica un contrasentido sustancial, habida cuenta que la eficacia de gestión pública no se encuentra esencialmente atada o dependiente del mayor o menor control presupuestario, legal, económico, y/o financiero, sino por el contrario, de la organización de los recursos económicos y humanos tendientes al logro de los resultados buscados, con estándares de calidad y rendimiento que permitan monitorear el cumplimiento a corto, mediano y largo plazo de los objetivos propuestos, y con criterios concretos y objetivos de evaluación posterior, tendientes a realizar los cambios y transformaciones necesarias ante las dificultades o errores detectados.

En España, y conforme lo explicita García de Enterría con claridad, dentro del esquema de las técnicas de organización de la administración pública, se encuentra la denominada administración descentralizada,

y dentro de ella los entes autárquicos por un lado y las diferentes categorías de entes institucionales, como por ejemplo, las empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, etcétera, que tienen una relación de *instrumentalidad* respecto de su ente matriz, las cuales son creadas en tanto en cuanto exista una finalidad pública que habilite su creación, y ello como consecuencia del principio de subsidiariedad del Estado.

Estos entes están sometidos a una serie de principios jurídicos (García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández en *Curso de Derecho Administrativo*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 414):

- a) El fin o servicio en función del cual, para cuya gestión, el ente institucional se crea es un fin o servicio propio del ente matriz, cuya titularidad se mantiene, y en modo alguno se transfiere, tras la creación de la entidad filial, y cuya responsabilidad política de organización y rendimientos siguen siendo propios de dicho ente matriz.
- b) Por lo mismo, no es posible comprender la posición del ente institucional sin ascender necesariamente a la de su fundador: entre los dos forman un complejo organizativo unitario.
- c) Esa relación de los entes institucionales con sus entes matrices puede ser genéricamente calificada como de dependencia, pero no se trata de la misma dependencia de jerarquía que liga a los órganos inferiores con los superiores en el seno de un mismo ente. Ya que uno de los efectos de la descentralización como técnica de la organización administrativa es precisamente la relación de jerarquía con el ente matriz. Existe en cambio, una relación de dirección que se puede expresar en la posibilidad de formular directivas, de control, de nombrar los titulares de los órganos superiores.
- d) La autonomía del ente institucional es puramente operativa o ejecutiva, dentro del ámbito estricto que le marcan las directivas que emanan del ente matriz.

Miguel A. Lico (Supl. Adm. J. A. del 29-8-2012, publicado por Thomson Reuter el 20-11-2012 –thomsonreuterslatam.com–, *Instru-*

mentalización de la persona jurídica en el campo del Derecho Administrativo. Huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado. Fórmulas de reconducción al Derecho Administrativo. Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo) recalca también en las razones que han producido este fenómeno del alejamiento consciente del Derecho Administrativo, por parte de entes públicos constituidos bajo la forma de sociedades anónimas: entre ellas, la necesidad de asegurar la celeridad en la toma de decisiones y la simplificación en el accionar. Sostiene así que “con un presunto mayor nivel de agilidad y flexibilidad”, se las desobliga de la “rutina y rigidez propio de la organización pública estatal y de sus controles derivados”.

Sin embargo, expresa el autor que esta tendencia supone para la administración, la “autoeximición de las cargas consiguientes que le corresponden”. Entre las más importantes: la evasión de los controles presupuestarios, la limitación de su responsabilidad y la limitación de la contratación pública (Gabriel Delpiazzo Antón, *Censura a la [huida del Derecho Administrativo] a través de las sociedades comerciales*, comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 16-10-2003, Asunto C-283/00 “Comisión de Comunidades Europeas c/Reino de España”, *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2008, N° 13, ps. 125/162).

Reiteramos, compartiendo la posición de este autor, que el principio de eficacia no puede válidamente invocarse para excluir la posibilidad de control del gasto, de selección de los funcionarios y de los contratistas/proveedores, y para eludir la responsabilidad frente a terceros, entre otros.

Nos parece sumamente ilustrativa la expresión que utiliza Lico: se trata de “islotes de libre disponibilidad de fondos públicos”, los cuales evidentemente, pueden facilitar o incrementar situaciones de falta de transparencia.

Principio este último, de igual trascendencia que el de eficacia, y que sin embargo es soslayado olímpicamente en el listado de las razones que se esgrimen para justificar esa pretendida libertad de acción.

Coincidimos con Lico, en que “lejos de prevenir, este tipo de organizaciones fomentan la corrupción”.

El autor expresa su opinión acerca de la necesidad de lograr la reconducción del Derecho Administrativo, y considera aplicable la *procedencia del levantamiento del velo* a instancia de un tercero perjudicado en el caso concreto. En el Derecho Privado, si una sociedad mercantil es controlada por otra, y su actividad está relacionada o es parte de la que desarrolla la matriz, posee una personalidad jurídica instrumental, cuyo velo ha de levantarse a instancia de un tercero perjudicado (Santiago Ortiz Vaamonde, *El levantamiento del velo en Derecho Administrativo. Régimen de la contratación de los entes instrumentales de la administración, entre sí y con terceros*, La Ley, Madrid, 2004, p. 38).

Por ende, a través de este concepto material de poder público, se podría levantar el velo de la personalidad de los entes instrumentales sujetos al Derecho Privado. Ello apunta, como dice Lico, a descubrir “su verdadera condición de poder público, por su origen, por su actuación, dominada totalmente por la administración matriz, por su financiación en cuanto a que operan con dineros públicos procedentes de ingresos de tal carácter, etcétera”.

Propone sujetar al Derecho Administrativo los actos separables de su actividad privada.

Como ha sostenido Héctor Masnatta (*El abuso del derecho a través de la persona colectiva, teoría de la penetración*, Orbir, Rosario, 1967, p. 62), de lo que se trata es de descubrir la realidad que consiste en el patrimonio de una persona cubierto bajo una forma que le permite sustraerse a las normas imperativas superiores instituidas en protección de la sociedad y de terceros.

La teoría del levantamiento del velo, en Derecho Societario, autoriza a atribuir a la sociedad dominante la actuación de la instrumental.

Si llevamos este principio al campo de los entes públicos bajo formas jurídicas privadas, la conveniencia del levantamiento del velo reside en la viabilidad de encuadrar su actividad en el régimen jurídico propio de la administración.

Sin embargo, cabe realizar una distinción importante, diferenciando los supuestos en que la actividad de esos entes públicos se ejerza en el régimen de la libre competencia, o de la libertad de mercado, ac-

tuación en que ha de actuar una persona de Derecho Privado, para separarlos de aquellos otros casos en que al no existir libre competencia, la forma de actuación será la pública.

La administración no puede evadir principios sustanciales constitucionales: no arbitrariedad, promoción de la libertad e igualdad, respecto a derechos y garantías fundamentales, sometimiento a control presupuestario, decisiones objetivas, vocación de servicio a la satisfacción de los intereses generales que son los intereses de la comunidad, y no del Estado.

Ahora bien, si esos entes realmente se comportan como auténticos agentes económicos, en libre competencia, desprovistos de funciones administrativas, y sin prerrogativa de poder público, aceptando las reglas del mercado, podrían adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho Privado. De lo contrario no, pues se estaría violando, tal lo afirmado al principio de este trabajo, la Ley de la Libre Competencia.

Tal como lo señala el profesor García de Enterría, “parece algo más que un recelo concluir que, so pretexto de ‘flexibilizar’ la acción administrativa, se esta articulando una acción deliberada de ‘huida del Derecho Público’ usando la técnica de personas jurídicas instrumentales. Pero es obligado preguntar si ese resultado, claramente pretendido, es o no legítimo o, más simplemente, jurídicamente posible”. (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, en *Curso de Derecho Administrativo*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 409).

Es interesante observar cómo los entes a los que nos referimos en este trabajo, no obstante estar sometidos a un régimen de Derecho Privado, se encuentran alcanzados por las mismas características de los entes institucionales sometidos a un régimen de Derecho Público. Y ello es porque, en realidad, la configuración de un ente sometido al régimen jurídico privado es sólo un artificio que no lo priva de su verdadera naturaleza de ente instrumental de un ente público, siendo por ello que la aplicación de los principios de Derecho Público haría “correr el velo” y dejar al descubierto la realidad de estas entidades, y por ende su sometimiento al régimen público de regulación jurídica.

5. Responsabilidad del Estado por omisiones y/o acciones de estas sociedades

Conforme a los lineamientos desarrollados en los diferentes aspectos de organización y actuación de estos entes públicos, constituidos bajo el ropaje de sociedades anónimas, concluimos que frente a eventuales daños a usuarios o terceros, la responsabilidad del Estado será directa, respondiendo solidariamente con el ente, en caso de que éste fuera también demandado.

Si la Corte santafesina en autos “Banco de Santa Fe SAPEM” reconoció la existencia del Estado como sujeto demandado, a efectos de fundar la procedencia de la competencia contencioso administrativa, prescindiendo de la forma jurídica o el ropaje de la sociedad privada, debemos suponer que frente a un reclamo concreto de un particular, el Estado, siendo el único (en la mayoría de los casos) o el principal dueño y sujeto titular de las decisiones societarias, mal podría ocasionar daños a terceros y/o contratistas, encubriéndose bajo dicha forma para eludir su responsabilidad.

Asimismo la Procuración del Tesoro de la Nación, aun cuando entiende que estas formas societarias de tipo privado, responden en su esencia a la forma más amplia de descentralización administrativa, luego añade que debe prescindirse nuevamente del ropaje jurídico a los fines de serle aplicable a dichos entes las normas y principios de Derecho Público que le corresponden, atento encontrarse insertas dentro de la organización y estructura estatal.

Creemos que la instrumentalidad adoptada por dichas sociedades obedece a fines concretos de eludir la aplicación de normas de Derecho Público que son de orden público. Sobre todo en lo atinente a los controles internos y externos de gestión, los cuales no pueden “en derecho” soslayarse bajo la supuesta invocación de flexibilidad y agilidad en el accionar. En virtud de ello y utilizando la doctrina que nos viene dada del Derecho Societario Privado del “corrimiento del velo” debemos acordar una responsabilidad directa, tal como si la forma adoptada no existiera y/o fuera inoponible frente al sujeto que ha sufrido un perjuicio por parte de dicha sociedad.

6. Control público. Ley 24.156 de Administración Financiera y Control del Sector Público y Ley 12.510 de la Provincia de Santa Fe de Administración y Eficiencia del Estado

Conforme a la regulación positiva que en relación a este aspecto se puso de manifiesto al analizar distintos casos de entes estatales bajo formas societarias del Derecho Comercial, podemos concluir que estos entes no están exentos de los controles previstos en las leyes 24.156 y 12.510, con la advertencia de que los propios órganos de control deben ser los encargados de determinar, en el marco de sus propias competencias y conforme a la naturaleza jurídica de dichos entes, cuál es el alcance que debería tener la fiscalización interna y externa, incluyendo dentro de esta última los procedimientos que deben establecerse para que los usuarios y consumidores tengan efectivo acceso a la información y control sobre la eficiencia y eficacia de la gestión de los prestadores, a través de estándares y parámetros objetivos de evaluación de rendimiento y resultados.

Creemos que se trata de una tarea a la que imperiosamente deben abocarse la Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación (en jurisdicción nacional) y la Sindicatura de la Provincia y el Tribunal de Cuentas en nuestra provincia, en el entendimiento que el ejercicio de sus competencias en tal sentido, puedan provocar conflictos institucionales que tendrán su resultado en resoluciones administrativas y/o judiciales, que irán definiendo necesariamente los temas que han motivado esta investigación.

Finalmente, destacamos que nos encontramos ante una etapa de publicación de los servicios públicos, encubierta bajo la forma societaria privada. Esta cuestión trae como consecuencia directa que los controles existentes por parte de los entes regulados –que también se encuentran dirigidos por la misma estructura política que gestiona los servicios públicos–, devienen absolutamente vacíos de contenido y a la vez se superponen en sus competencias con las que deben obligatoriamente ejercer otras reparticiones públicas, tales como las auditorías, tribunales de cuentas, secretarías de servicios públicos, comisiones de control, entre otros órganos.

7. Trabajo de campo realizado

Este proyecto ha contado con un trabajo de campo realizado, consistente en una encuesta de opinión a profesores de Derecho Administrativo y disertantes en las “VI Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo Antonio Pedro Chede”, llevadas a cabo en Rosario los días 25 y 26 de agosto de 2011, organizadas por la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UNR y la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

Transcribimos a continuación los temas de la encuesta, a saber:

I. *Título del proyecto*: “Nuevas técnicas organizacionales en la prestación de los servicios públicos, en forma directa por el Estado. ¿Factor de eficiencia en la prestación y gestión, o instrumento para canalizar un control diluido?”

II. *Ámbito de la encuesta*: “VI Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo Antonio Pedro Chede”, organizadas por la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, UNR), con el auspicio de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Rosario, 25 y 26 de agosto de 2011.

III. *Eje temático de interés*: Primer módulo de las Jornadas: “La regulación y las empresas del Estado”.

IV. *Personas entrevistadas*: Profesores de Derecho Administrativo y disertantes en las citadas Jornadas.

Preguntas:

1) ¿Considera usted que en los casos de AySA, ASSA, Correos Argentinos SA (a título ejemplificativo), la estatización realizada bajo la forma de SA, tuvo como finalidad mantener –como ficción– el marco regulatorio que se había dictado para la privatización?

2) ¿Tiene alguna opinión formada en relación a este esquema jurídico de funcionamiento y la corrupción?

3) Cuando el decreto nacional 304/2006 (creación de AySA) y otras normas similares para otras empresas, sostienen la inaplicabilidad de principios de Derecho Público ni normas y principios de Derecho Administrativo, “sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la ley 24.156”, ¿cómo considera usted que será el

alcance de esos controles, y qué órganos de los previstos en aquella ley intervendrían ejerciendo algún grado de control?

4) ¿Cuál es su opinión acerca de la falta de participación de usuarios en los entes de control creados a partir de esta “estatización”?

5) Teniendo en cuenta las participaciones accionarias en estas sociedades (90% estatal y 10% propiedad participada, por ejemplo, en AySA, o 100% del Estado nacional en el caso de Correos Argentinos SA), ¿cuál es su opinión sobre la eventual responsabilidad del Estado nacional por incumplimientos incurridos por aquellas sociedades anónimas, respecto a los contratistas de las mismas, o a los usuarios?

Esta encuesta ha sido respondida por los profesores María Laura Alfonso y Hugo González Elías, de la siguiente forma:

Respuestas de la doctora María Laura Alfonso.

1. Opino que la adopción de la SA tuvo por finalidad obtener el consenso social ante la impopularidad de la que gozan las empresas públicas en nuestra sociedad. Lograr una gestión más dinámica y fuera de la burocracia típicamente estatal. Y en lo estrictamente jurídico dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 42 y en segundo lugar mantener el marco regulatorio vigente.

2. La privatización o la estatización son modelos de Estado, en los cuales en sí mismos no tienen nada de malo. La corrupción no es ínsita a ninguno de los modelos, creo que la corrupción va por un carril distinto. En cualquiera de los dos casos, ante la falta de controles habría posibilidades de gestarse nichos de corrupción.

3. Entiendo que corresponden los controles de la 24.156. Aunque su grado de control dependerá de si entendemos que AySA es un ente descentralizado o un ente público no estatal, en cuyo caso el control será menor. Recordemos que la 24.156 es competente para controlar todo el sector público, no sólo a los entes estatales. Si mal no recuerdo el PAMI, que por ley fue declarado ente público, no estatal, también es controlado por SIGEN y AGN.

4. No hay cultura del usuario de participar, como no lo había en el modelo privatizador.

5. En las SA de capital enteramente estatal creo que la responsabilidad del Estado es absoluta, porque se asemeja en gran parte con

una Sociedad de Estado y en las de capital, en parte estatal, la responsabilidad del Estado sería hasta el límite de su aporte como en cualquier otra SA.

Respuestas del doctor Hugo González Elías.

1. En realidad no diría que tuvo esa finalidad sino que es evidente que estamos en presencia de una discordancia entre un proyecto de país, o modelo de proyecto como dijo la Corte en Cocchia, con esta forma de actuar del Estado, creo que una discordancia, no pienso que haya sido deliberadamente para mantener la ficción de ese ordenamiento jurídico.

2. Tampoco diría que lo tendría que relacionar estrictamente con la corrupción; sí es evidente que por algo se le ha llamado la huida del Derecho Administrativo, donde se pretende de alguna manera utilizar formas mucho más flexibles, lo cual por supuesto que posibilita que los controles sean mucho menos eficaces; por algo los controles son tan rígidos cuando actúa el Estado. Lamentablemente el desbalance entre un extremo y el otro nunca llega a un punto medio, o al menos no conozco que se haya dado. Uno conoce empresas del Estado que han sido muy exitosas y muchísimas que han sido desastrosas.

3. La verdad que es bastante paradójico esto, porque por lo pronto la 24.156 es justamente de control del sector público tanto interno como externo, por lo cual me parece que la pretensión nuevamente es de tener poco control público, pero en materia de control creo que debería funcionar algún principio, que no conozco, de que en caso de duda debe controlarse, y en caso de duda en la extensión, el de mayor intensidad de control que el mínimo, como criterio.

4. Éste es un déficit que viene de antes y creo que ahora se acentúa; justamente uno de los principios que debe tener cuando el Estado actúa como prestador de algún servicio o tiene a cargo una empresa que compite con otras empresas, es que el organismo controlador y el controlado sean diferentes. Tener un ente de control en el que no participan los usuarios adolece de un defecto formal esencial, que lo invalida como tal. Es una de las cuestiones más graves que permanecen hace tiempo y que ahora se acentúa más porque el controlado es estatal.

5. En esto absolutamente seguro que la responsabilidad subsidiaria

del Estado debería estar siempre presente, si no sería la forma más burda que encontraría el Estado para no tener responsabilidad en este tipo de entes. De todas formas tengo entendido que sigue vigente el criterio de la Corte de entender que la sociedad anónima, aun sociedades como éstas, son una forma de descentralización administrativa del criterio amplio que tiene la “La Buenos Aires Cía. de Seguros c/Petroquímica Buenos Aires” y otros precedentes, con lo cual no me cabe la menor duda de que hay algún tipo de responsabilidad, al menos subsidiaria.

8. Conclusiones y propuestas

La huida del Derecho Administrativo no es la solución para lograr una gestión eficiente y eficaz en materia de prestación de servicios públicos. El mantenimiento de sociedades privadas que son enteramente estatales, como las que hemos analizado en esta investigación, permite visualizar, como expusimos en la doctrina comparada precedentemente reseñada, claramente que la tan anhelada flexibilidad en la actuación, rapidez y eficiencia que se invoca en tantos ordenamientos, en pos de justificar la necesidad y conveniencia de creación de este tipo de entes públicos bajo formas societarias mercantiles, esconde, en realidad, el también anhelado propósito de escapar de controles administrativos y de la aplicación de la normativa de Derecho Público en variados aspectos, lo cual en sí mismo implica un contrasentido sustancial, habida cuenta de que la eficacia de gestión pública no se encuentra esencialmente atada o dependiente del mayor o menor control presupuestario, legal, económico, y/o financiero, sino por el contrario, de la organización de los recursos económicos y humanos tendientes al logro de los resultados buscados, con estándares de calidad y rendimiento que permitan monitorear el cumplimiento a corto, mediano y largo plazo de los objetivos propuestos, y con criterios concretos y objetivos de evaluación posterior, tendientes a realizar los cambios y transformaciones necesarias ante las dificultades o errores detectados.

LA ENSEÑANZA DE LA ORALIDAD EN EL ÁMBITO ACADÉMICO

por ALEJANDRO ANDINO
y ROBERTO PÉREZ CASCELLA¹

SUMARIO: A. El justiciable y el proceso. A.1. El ordenamiento vigente y la oralidad. A.2. Operadores de la justicia y la oralidad. B. Los futuros operadores. B.1. El problema de falta o defecto de la práctica, especialmente la oralidad. B.2. Insuficiencia de desarrollo pedagógico específico sobre la enseñanza de la oralidad en el Derecho Procesal Civil. B.3. La propuesta de trabajo aplicada. C. Conclusiones. D. Bibliografía.

Resumen

La enseñanza de la oralidad en los programas universitarios de abogacía resulta una herramienta indispensable para la formación del estudiante. La exigencia de la sociedad en controlar el servicio de justicia del Estado impone la publicidad de las audiencias a través de las herramientas tecnológicas para su registración, modificando inevitablemente la conducta de los operadores judiciales: magistrados, letrados, auxiliares y partes. Se persigue que la familiaridad, el conocimiento y las habilidades que adquieran las nuevas generaciones en el uso de la oralidad redundará en inmediatez, efectiva contradicción, buena fe y publicidad de los actos orales del juicio, beneficiando por lógica consecuencia la abreviación de los tiempos procesales.

Abstract

The teaching of orality in University programmes of advocacy is

¹ Docentes de la Cátedra B de Derecho Procesal Civil y por extensión a la materia Talleres.

an essential tool for the formation of the student. The demand of society in controlling the service of Justice of the State imposes the publicity of hearings through the technological tools for their registration, inevitably changing the conduct of judicial operators: judges, lawyers, assistants and parts. Pursued that familiarity, knowledge and abilities that acquire the new generations in the use of orality is in immediacy, effective contradiction, good faith and oral acts of the trial publicity, benefiting by logical consequence shorthand for procedural times.

Palabras clave

Enseñanza de la oralidad en el ámbito universitario. Justiciable y proceso. Operadores de justicia y oralidad. Audiencia oral y juicio justo en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Keywords

The oral tradition at the University level teaching. Justiciable and process. Operators of Justice and orality. Oral hearing and fair trial in the American Convention and the ICCPR (International Covenant on Civil and Political Rights).

A. El justiciable y el proceso

La idea central que posee el ciudadano de un juicio justo, cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación del Poder Judicial, se encuentra asociada a los estándares desarrollados por el Derecho Internacional que tutela los derechos humanos a elementos específicos e indispensables que debe poseer un juicio: intermediación, publicidad, carácter contradictorio del debate y audiencia oral.

Estos componentes centrales de la noción de juicio se encuentran ligados entre sí para dar forma al concepto central de “audiencia en un proceso justo”, ello es el derecho a ser oído por un tribunal, manifestación que ha sido receptada por las naciones latinoamericanas signatarias de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.1) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1), modificando en mayor o menor medida sus ordenamientos locales,

cuando requieren la garantía de que el justiciable tenga la posibilidad de manifestar su posición ante un tribunal.

La exigencia de publicidad en el juicio en las citadas convenciones internacionales significa que las actuaciones del juicio deben realizarse a “puertas abiertas”, permitiendo que cualquier persona pueda ingresar a la sala de audiencia donde se produce el debate, y observar qué es lo que ocurre en ella. Es un vital mecanismo de control ciudadano, pero también de las partes implicadas, al permitir controlar el adecuado comportamiento de los jueces y el ejercicio idóneo del derecho de defensa.

La necesaria inmediatez con las partes establece que debe existir un contacto personal y directo del juez con las partes y con los actos que componen el proceso, a fin de el que juzgador pueda llegar a conocer adecuadamente los intereses vertidos en el juicio, como así también la verdad de los hechos alegados ofrece transparencia al servicio de justicia que debe brindar el sistema republicano.

La contradicción encuentra recepción en normas tales como los artículos 8.2.f, de la Convención y 14.3.e, del Pacto, permitiendo a las partes la posibilidad efectiva de manifestar su punto de vista e intervenir en la formación de convicción por parte del tribunal que tiene que resolver sobre los derechos y obligaciones debatidos.

En último término nos referimos al tema que trataremos en el presente trabajo, el concepto lego de la principal característica de una audiencia en el proceso, esto es la oralidad. El uso de la palabra en contraposición al uso de la escritura como medio de comunicación y debate². Ella no es una característica que sea explícitamente mencionada en los tratados internacionales precitados, pero sí constituye una derivación directa de los mismos. Tanto los organismos encargados de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos como la doctrina procesal han entendido que la oralidad constituye el único mecanismo idóneo para asegurar la inmediación y la publicidad en el proceso.

² Reconocido por la doctrina procesal penal en BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 96; VÉLEZ DE MARRICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1986, t. I, p. 419, entre otros.

El presente trabajo intenta abordar la oralidad en la hora actual, desde la mirada académica y esperanzadora de su tratamiento pedagógico en la enseñanza universitaria a los futuros operadores del Derecho.

A.1. El ordenamiento vigente y la oralidad

Cuando destacados panelistas y autores discurren en materia de proceso oral y principio de oralidad, el concepto de audiencia y juicio suele ser un punto de controversia constante, al cuestionarse la primera como complemento o elemento del segundo. Esta característica del debido proceso no requiere que todas y cada una de las actuaciones de un procedimiento deban ser orales para ser compatibles con la lógica del debido proceso, ya que es posible, normal y necesario que en todo tipo de procesos existan actuaciones escritas tales como demanda, contestación, diligencias preliminares, sin que ello afecte el aspecto esencial del significado de la oralidad como componente esencial del proceso.

Lo relevante es que el material escrito no sea la base sobre la cual se forma la convicción del tribunal y se fundamenten sus decisiones, sino que precisamente lo sea el producto de la audiencia, es decir, las argumentaciones y pruebas presentadas en la audiencia, donde prime la inmediación, la contradicción, la publicidad y la oralidad en consecuencia.

Sin ir más lejos, el derecho a “ser oído”, considerado base primordial del debido proceso que posibilita el contradictorio, citado en los artículos 8.1, 14.1 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como así también demás tratados internacionales de raigambre constitucional, ha sido desvirtuado por la práctica forense en todo el territorio nacional permitiendo que las partes puedan manifestar su opinión ante el juzgador, aun cuando no fuera en audiencia oral y pública, sino, por ejemplo, a través del envío de una solicitud por escrito.

Pero, ¿qué significado jurídico práctico adquiere el derecho a ser oído cuando el proceso es escriturario por excelencia? No es lo mismo ser escuchado que “ser leído”.

El encabezado de la versión inglesa de la Convención utiliza en el título del artículo 8º la expresión “*the right to a fair trial*” (el derecho a un juicio justo) frente al mucho más ambiguo “garantías judiciales” de la versión española. El encabezado del Título 1 en inglés dice “*hearing with due guarantees*”, cuya traducción literal debiera ser “audiencia con las debidas garantías”. La norma del Pacto es más explícita cuando dice “*everyone shall be entitled to a fair and public hearing*”, o sea “derecho a toda persona a una audiencia justa y pública”. La diferencia es notoria entre la traducción castellana del derecho a ser oído y la de “audiencia justa y pública” contenida en el lenguaje inglés³.

Desde un tiempo se ha aplaudido y elogiado en círculos de estudiosos del Derecho Procesal la oralidad e intermediación en los procesos civiles, comerciales, laborales, de familia, proceso por audiencias del Código General del Proceso de 1989 de Uruguay, el que tomara aspectos medulares del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. En este caso particular se observa que se cuenta con el éxito de la reforma como carta de presentación, sin soslayar que tampoco existió unanimidad previa a su instauración⁴.

En nuestro país, en escasos ordenamientos provinciales el juicio oral está diseñado de una manera que permita depurar eficientemente la información que el tribunal usará como materia prima para dictar sentencia. A partir de la reforma al ordenamiento procesal nacional con la ley 25.488, y a fin de asegurar la presencia de las partes en la audiencia preliminar, se impuso el carácter indelegable del juez y el famoso y criticado libro de asistencias.

En esta notoria reforma se ha procurado certeramente el encuentro frontal del magistrado con los litigantes, confiriendo autoridad a las audiencias que aquél preside y a su vez generando transparencia a

³ DUCE, Maurice; MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián, *Reforma a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. Justicia civil. Perspectivas para una reforma en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago de Chile, 2008.

⁴ Ver *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988, ps. 37 y ss.

su accionar. De esta manera el operador jurídico forma su convicción a medida que se producen las pruebas y el desarrollo del debate, permitiendo al justiciable conocer quién decidirá la contienda en carne y hueso, dejando de lado el mero documento escrito de la sentencia “firmado y sellado” como reza la norma.

La correspondiente y paulatina adecuación de las directrices nacionales de inmediatez y oralidad se ha visto reflejada en reformas a los sistemas procesales de Río Negro, Tierra del Fuego, La Pampa y Santa Fe, recientemente. Quizá el avance más significativo se haya dado en la patagónica provincia rionegrina, al disponer el actual Código de Procedimientos en su artículo 126 el registro de audiencias a pedido de parte por medios electrónicos y audiovisuales, aspectos tecnológicos tales como filmación, digitalización, transcripción con software de reconocimiento de voz entre otros medios.

A.2. Operadores de la justicia y la oralidad

En este estado, no debemos desconsiderar la participación de los operadores de la justicia en la implementación de los principios de inmediatez y oralidad: letrados, funcionarios y auxiliares, quienes aseguran que el juez se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer, en toda su significación, el material de la causa, pues es él quien ha de pronunciar, en definitiva, la sentencia que resuelva el conflicto⁵.

Es curioso que, en su mayoría, los edificios judiciales no prevean la existencia de sillas para que público presencie las “audiencias públicas”, lo que hace suponer que la justicia no espera que concurra nadie, o en su defecto que quienes lo hagan queden parados. Tampoco parece predisponer la justicia ningún espacio para estar parado presenciando las audiencias. También resulta singular que algunas salas de audiencia sean espacios dedicados a tal fin, en ocasiones compartidos por dos juzgados o más, y puedan desarrollarse varios actos de declaración simultáneamente.

⁵ EISNER, Isidoro, *El principio de intermediación*, Depalma, Buenos Aires, 1963.

En la experiencia docente, en oportunidad de solicitar a los magistrados la posibilidad de concurrir con alumnos a presenciar audiencias orales, bajo diversos motivos nos fue negada su participación esgrimiendo los juzgadores respuestas tales como “debo consultar a los letrados previamente”, “hay audiencias en que no admito presencias extrañas”, o “el testigo se incomoda si usted está con sus alumnos presenciando la audiencia”, imposibilitando que los estudiantes las presencien, cuando por tales deben ser contradictorias, orales y públicas. Debemos destacar que ninguno de los opositores a la presencia de público expuso que se debía a la falta de espacio físico, menos aún a la de asientos.

El testigo del juicio que está declarando en la audiencia de al lado en la misma sala es tan extraño o más que el público presente o los alumnos, y puede escuchar o mirar a sus circunstanciales vecinos de audiencia. No puede ser pública por consiguiente la audiencia para el testigo vecino de sala y curioso, y no para el estudiante en beneficio de la ciencia jurídica.

Pero por otra parte destacamos la actitud positiva de varios magistrados santafesinos, verdaderos directores del proceso, comprometidos con la importancia de la publicidad de audiencia, quienes no sólo permiten el ingreso y presencia de público, mejor aún si son estudiantes de Derecho, sino que explican brevemente al público asistente la causa que se está tramitando y la etapa procesal que se presenciara.

Esta realidad de la labor profesional y materia de los contenidos conceptuales universitarios obliga a reflexionar acerca de cómo se está enseñando a los futuros operadores de la justicia su rol en tales procedimientos en el marco de oralidad.

Al concurrir a una audiencia tenemos la idea de que los operadores tienen cierta idoneidad para intervenir conforme a su función, especialmente si son autoridad de dirección del proceso, defensores de partes o auxiliares del mismo. Asistimos a una verdadera actuación profesional de sujetos capaces de escuchar y ser escuchados, en la comunicación con otro, juez o contraparte, participantes de la función pública.

B. Los futuros operadores

B.1. *El problema de falta o defecto de la práctica, especialmente la oralidad*

En la práctica ocurre en los claustros universitarios una situación que llama poderosamente la atención, ya que se reconoce en todos los ámbitos teóricos la importancia de la oralidad, esto es el ejercicio de la oratoria para ejercer el Derecho, especialmente en el procedimiento, reconociéndose cierta distancia entre teoría y práctica, y sosteniéndose que resulta necesario estrechar la brecha para integrar sectores académicos que aparecen divorciados.

Debemos agregar, para razonar este sector de análisis, que también se reconoce que hay mayor dificultad en aplicar un concepto a un obrar concreto que en comprender o aprender el mismo concepto. Es decir que es más sencillo conocer una definición o contenido que aplicarlo a un problema concreto que se debe solucionar.

Por otra parte, en un segundo orden de ideas vemos que la estructura tradicional de las cátedras muestra al profesor que hace sus primeras armas dando clases justamente como encargado de los prácticos. No hace falta que marquemos que evidentemente se coloca al más inexperto a enseñar lo más complejo.

Qué podremos decir entonces del sector de la práctica especializada en la oralidad, la cual es desatendida, corriendo peor suerte al ser una parte específica de la práctica que incluye labor escrita mayoritaria. Como explicación quizás se ensaye decir que el titular de cátedra no da los prácticos porque su función es otra, porque no tiene materialmente tiempo, o alguna otra cuestión.

Lo concreto es que bien podría organizar una clase especial integrando teoría y práctica, a la cual se arrije con la preparación previa encargada a otros docentes de la cátedra que colaboren.

Qué mejor ejemplo o impacto que ver al titular aplicando el concepto en lugar de limitarse a explicarlo, y, con ello, aplastar la separación entre teoría y práctica, incluso jerarquizando esta segunda.

Parece ser que sucede lo contrario a lo recomendable. El titular tiene que aplicar en la práctica los conceptos, y no resulta suficiente

sólo dar un ejemplo, siendo que justamente para esa labor se requiere al profesor auxiliar, al jefe de trabajos prácticos, como colaboradores que apunten y preparen las actividades necesarias para que el limitado tiempo del profesor titular se aplique a lo más importante de la tarea práctica. No se ocupará el titular del control de asistencia, entrega en término de producciones escritas, suministrar el material a los alumnos en caso necesario, y toda otra labor complementaria. En cambio, sí deberá seleccionar los prácticos que resultan útiles, como dirección de la libertad de cátedra y sujeto a la forma y reglamentación vigente, al programa de estudios, seleccionará las lecturas de interés con el fin de la realización de la labor y hasta asignará participación a los alumnos en base a su conocimiento del curso.

Una visión realista o moderada sería entender que si bien ya se ha iniciado un cambio hacia la oralidad, del cual incluso se da cuenta en la legislación, el verdadero resultado es casi generacional. Debemos asumir que la instalación de la oralidad es un proceso, y que no se puede implantar ese crecimiento de la oralidad en forma abrupta, ya que los abogados y jueces de hoy no cuentan con el desarrollo de las aptitudes de la oralidad que se requieren, o al menos no las poseen en la forma o cantidad deseable a la par de la existencia de una reconocible inercia al cambio (aun en sujetos con capacidad para el nuevo sistema).

Hay otra realidad que tiene fuerte influencia en el tema y es que el docente no sólo no está siempre preparado pedagógicamente, sino que no está formado para formar mejor en materia práctica. Esto muestra que es lógico suponer que resulte menos probable aún que se encuentre formado pedagógicamente para la práctica y ésta aplicada a la oralidad.

B.2. Insuficiencia de desarrollo pedagógico específico sobre la enseñanza de la oralidad en el Derecho Procesal Civil

Evidentemente, por nuestro interés en este trabajo, compartimos la idea de que la enseñanza del Derecho y en especial la del área procesal y su reforma pedagógica son temas vinculados que merecen un extenso y cuidadoso análisis, por su importancia a la hora de transformarse

en herramienta de modificación del futuro desarrollo de la concepción y comportamiento de los abogados y jueces futuros.

El cuadro de situación que hemos encontrado es el de una insuficiencia en el desarrollo teórico pedagógico sobre enseñanza de Derecho Procesal, sobre el aprendizaje práctico y sobre el aspecto puntual de la oralidad en el proceso.

Dentro de los desarrollos generales, la realización de una actividad de rol en juicio áulico ha sido un intento aproximativo. El procesalista italiano Enrico Allorio⁶ critica analizando desde el diagnóstico de existir un problema en el método de enseñanza del Derecho Procesal Civil. Señala un fenómeno de *practicización* en la enseñanza del Derecho ya presente, cuando el autor se ocupara del tema, más de medio siglo atrás. Enseñar en base a prácticas, rutina o costumbres desatendiendo a sus bases conceptuales, fundamentos, finalidades.

Crítica las escenificaciones como forma de enseñanza por dos grupos de razones principales que mencionaremos, y podemos deducir otra más.

El primero de los señalamientos gira en torno a combatir la idea de trasplantar ciegamente mecanismos de enseñanza de otros lugares, aunque en apariencia exitosos, a contextos donde piensa que su resultado será distinto. En suma, al ver las *moot courts* en Estados Unidos funcionando como cortes estudiantiles que atienden casos reales de personas que firman sometiéndose a sus jueces estudiantiles en carácter de árbitros, piensa que la cultura anglosajona es más propicia que la italiana (se puede extender a la latina) para enseñar la práctica así.

Por otro lado critica la utopía o ingenuidad de la tentativa de traer la corte al aula, por sus lógicas limitaciones y diferencias. Carnelutti critica también la teatralización de casos reproducidos, algunos realmente ocurridos o creados a los fines didácticos, por similares razones⁷.

Se deduce de la crítica que analizamos el temor a que la práctica

⁶ ALLORIO, Enrico, *Sobre la enseñanza universitaria y post-universitaria del Derecho Procesal Civil*, en *Problemas de Derecho Procesal*, Ejea, Buenos Aires, t. I, p. 122.

⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Derecho Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1959.

y especialmente la teatralización deformen la recta función pedagógica y pasen a enseñar cosa distinta y rechazada desde la misma teoría procesal: el ritualismo.

Sin pretender desautorizar tales opiniones debemos acotarlas al contexto y propósito de sus autores, por ello creemos que no se presentará la deformación de enseñar ritualismo siguiendo los pasos que proponemos en el punto respectivo de esta ponencia.

Tampoco preocupará el límite de realidad o imposibilidad de su reproducción con realismo en un aula, cuestión que es una lógica valla, pero que no implica descartar el método sino reconocer sus posibilidades y su alcance, es decir su justa medida sin idealizaciones.

No creemos que se verifique la cuestión de imposibilidad de la enseñanza con juego de roles áulicos por la cuestión cultural. De hecho puede reconocerse dicha diversidad en forma asistida y reconocer las diferencias con nuestro Derecho. Se estudia el Derecho Comparado incluso en la oralidad y su enseñanza y como consecuencia se pueden adaptar las actividades para evitar cualquier riesgo de inadaptación por la cuestión cultural.

Nuestra preocupación evidentemente no nos deja solos ya que en el Centro para el Desarrollo de la Abogacía en el Litigio Oral, Cedalit, Escuela de Negocios, Ciencias Sociales y Humanidades, División de Economía y Derecho, Departamento de Derecho, Monterrey, México, se dicta el “Taller en métodos didácticos para la enseñanza del Derecho dentro del Sistema Acusatorio Adversarial de Justicia”.

Este taller tiene como objetivo transferir a profesores de Derecho de universidades públicas y privadas métodos didácticos prácticos para la enseñanza del Derecho en cualquier rama jurídica, y métodos didácticos eficientes y probados para la enseñanza del Derecho Procesal en un sistema acusatorio adversarial de justicia.

En concreto se anuncia enseñar al profesor de Derecho Procesal cómo diseñar un curso para enseñar litigio oral o juicios orales. No conocemos los resultados ni el procedimiento de enseñanza, pero aun así la existencia del curso marca que se ha creído necesario.

Estas luces de esperanza que descubrimos luego de acuñar nuestras

ideas, e incluso de estar poniéndolas en práctica en la enseñanza universitaria, señalan que se trata del rumbo correcto el que asumimos.

B.3. *La propuesta de trabajo aplicada*

La falta de aplicabilidad de la oralidad e inmediatez en los actores judiciales requiere ab initio de técnicas pedagógicas que rompan con los modelos tradicionales de enseñanza escrituraria del Derecho universitario. La base de todo proceso educativo, la finalidad común a toda enseñanza, es el desarrollo de la capacidad de aprender haciendo, pensando y reflexionando.

La ciencia pedagógica afirma que las capacidades necesitan mayor tiempo de aprendizaje y requieren cierto grado de práctica, pero una vez adquiridas, pese al devenir temporal, permanecen en el pensamiento los hábitos mentales y no los conocimientos, ya que la formación práctica de hábitos permite que el individuo sea capaz de elaborar juicios de valor y ejercer sus derechos y deberes cívicos. Es un verdadero cambio pedagógico conceptual, actitudinal y metodológico.

El aprendizaje del alumno debe implicar el desarrollo armónico de todas las facultades del hombre: desarrollo de la imaginación, del intelecto, de la voluntad, de la libertad, de la capacidad de discusión y de crítica, la búsqueda de objetividad, incluso ante el propio proceso de aprender y enseñar⁸.

En el actual taller de audiencias orales que se desarrolla en esta casa de estudios de la Universidad Nacional de Rosario se pretende enseñar con sencillas técnicas de oralidad y oratoria grupal el desempeño que deberán tener los futuros actores del sistema judicial en el mañana (jueces, partes, abogados, justiciables y público), poniendo de resalto a los grupos de alumnos la importancia de preparar su discurso en forma diligente, responsabilidad liminar que deben tener los profesionales cuando participan de las audiencias en el proceso. El procedimiento pedagógico llevado a cabo consta de las siguientes etapas:

Una *primera etapa* consistente en una profundización teórico-interactiva, fomentando la participación del alumnado sobre temas fun-

⁸ HUERTA, Antonio Alanís, *Estrategias docentes y estrategias de aprendizaje*, CAMM, Michoacán.

damentales del Derecho Procesal correlativos en el programa de estudios, y en especial aquellos que tienen influencia directa en la oralidad, ya sea fundamentándola o desarrollándola. La publicidad, celeridad, economía e inmediatez, por un lado, y las técnicas de interrogatorio, absolución de posiciones y toda otra vinculación con el desarrollo de las audiencias, por otro.

Una *segunda etapa* de participación del alumno referida en el punto anterior, donde se dictan clases alternando la palabra del docente y el alumno. Previo a ello, se resaltan aspectos sobre expresión, lenguaje hablado y gestual, tono de voz, organización de ideas a exponer, todo ello en un primer momento de esta actividad, destinado a la mera expresión. Resulta altamente productivo el simple trabajo de encargar a los alumnos que presenten frente a sus compañeros a un par, con la consigna de ser el candidato para presidente de un Centro de Estudiantes. En el mismo deben expresar cuáles son las ocupaciones, méritos y objetivos del candidato frente a sus pares, para lo cual deberán informarse con el mismo en un breve espacio temporal, organizar la breve exposición de modo de convencer al electorado.

En una *tercera etapa*, finalizadas las dos anteriores, el alumno toma contacto con la materia, exponiendo sobre una determinada situación de Derecho, y, a su vez, basa la exposición en la forma procesal oral del discurso, como puede ser un alegato.

Como hasta aquí las actividades no tomaron contacto con la realidad, es hora de que esto suceda. Comenzamos con una guía de observación formulada por el docente que sirve de base para concurrir a audiencias reales en tribunales al solo efecto de observar empíricamente la realidad. La guía apuntará a señalar las normas aplicadas, los matices o hasta las diferencias que en la realidad detectó respecto de la ley procesal, el ámbito físico de realización, como así también analizar la actuación de cada persona involucrada.

Otro aporte que resulta interesante, ya que por comparación termina de reafirmar el proceso que le toca al futuro abogado, es observar cine de otros países. Preferimos aquellas películas que son menos fílmicas y más realistas, para lo cual se puede recordar a autores de libros y guiones que han sido abogados, como lo fuera John Grisham. Esta fase puede ser complementada con filmes de procesos civiles argentinos

reales, o al menos su versión cinematográfica. Toda observación se realiza con la misma guía que se aplicó al trabajo en audiencias reales presenciadas. Agregamos que en las mismas solicitamos que el alumno observe posibles causales de recusación, cuestiones sobre procedencia y pertinencia de prueba, técnicas de interrogación a partes o terceros, alegatos y pruebas documentales, impugnaciones y toda otra incorporada a la oralidad de la audiencia.

En último término, se procede al trabajo sobre el caso concreto, preparado en el estudio de expedientes reales. Se establecen los equipos para realizar una audiencia de vista de causa (adecuada al juicio oral contemplado en el CPCC santafesino). Esto exige al alumno estudiar “la reconstrucción histórica” del evento, su encuadre jurídico, la jurisprudencia aplicable, debiendo destacar al lector que se seleccionan pleitos de mediana o poca complejidad, con un encuadre jurídico de fondo que posibilita la decisión del juzgador en base al resultado de la prueba, lo cual pone el centro en la actividad de la audiencia.

Se designan tanto el juez de trámite como los restantes miembros del tribunal colegiado, secretario, abogado o abogados de ambas partes, actor y demandado, testigos y peritos de ser necesario. Los docentes deben mantenerse como espectadores, cuestión previamente consignada, salvo excepcionales intervenciones que no hagan a la labor del alumno sino a la organización de la actividad.

C. Conclusiones

Nuestra propuesta se basa en lo efectivamente aplicado y descripto en el apartado precedente, adicionando a este último que las observaciones son puestas en común a manera de cierre parcial y pase a la etapa siguiente, pudiendo capitalizar de mejor forma lo observado.

Con esto queremos decir que los alumnos de hoy no sólo serán abogados con mayor manejo de la oralidad, sino que serán jueces, funcionarios o legisladores los abogados que tengan la oralidad como parte de lo aportado por la universidad, y, es obvio, esto termine por romper las resistencias indebidas y las idealizaciones sobre la oralidad.

Debe promoverse la reflexión del alumno, no se descarta la tarea del docente sobre su propio accionar, sobre lo obrado y aprendido,

donde será la representación del juicio, el punto principal y evaluador hacia donde naturalmente conducen los esfuerzos pedagógicos. La autoevaluación o autocrítica y las observaciones del docente como devolución son una instancia de nivel superior y muy productivo. Esta suerte de retroalimentación del conocimiento sirve o se potencia al reiterar la actividad, es decir, realizar una nueva actuación de juicios en el aula.

En caso de ser posible realizar las prácticas con casos reales en modalidad similar a la que refiere Allorio, como existen en Estados Unidos, esto se topa con el inconveniente de garantizar con la intervención letrada la defensa de los intereses del justiciable, cosa que al estudiante se le veda en el sistema jurídico latinoamericano.

Finalmente el ideal es que toda la preparación realizada en etapas anteriores sea seguida de una práctica aplicando lo aprendido en varios juicios vinculados con sectores o temas del programa de estudios, y que todo esto se desarrolle en la carrera lo más cerca posible de su culminación para favorecer la actividad del profesional futuro.

Creemos necesario la colaboración, desarrollo y concreción de acuerdos con el Poder Judicial no sólo para que filme audiencias, sino para que las suministre como materia de estudio, previa selección y asimismo convenios para dar preferencia en la concurrencia de estudiantes a las audiencias públicas que por razones de límites de espacio físico deban acotar la presencia de personas interesadas en observar, todo lo cual ratificaría a nivel reglamentario la publicidad de tales tipos de actos, colaborando así para erradicar cualquier resistencia de los jueces, abogados o hasta de los justiciables.

Es notable que para enseñar medicina se deba contar con un hospital escuela, a fin de realizar las prácticas, y exista un nivel de reglamentación importante, existiendo la necesidad de concursar o asignar por puntaje académico los puestos para incorporarse a determinados hospitales escuela. Lamentablemente el sistema de practicantes en la justicia se encuentra desconectado de la enseñanza universitaria y esto no parece correcto.

En definitiva, la gradualidad y la multiplicidad de actividades variadas forman características esenciales de esta propuesta que trata de vincular la enseñanza de la oralidad con un futuro cambio para mejorar

los procesos donde se encuentra la misma instalada y hasta lograr que la familiaridad, conocimiento y habilidades adquiridas influyan en la futura ampliación de la oralidad en los sistemas procesales, beneficiando por lógica consecuencia la inmediatez, efectiva contradicción, publicidad y oralidad.

D. Bibliografía

- ALLORIO, Enrico, *Sobre la enseñanza universitaria y post-universitaria del Derecho Procesal Civil*, en *Problemas de Derecho Procesal*, Ejea, Buenos Aires, 1963, t. I.
- BINDER, Alberto, *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988.
- *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Derecho Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1959.
- DUCE, Maurice; MARÍN, Felipe y RIEGO, Cristián, *Reforma a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. Justicia civil. Perspectivas para una reforma en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago de Chile, 2008.
- EISNER, Isidoro, *El principio de inmediación*, Depalma, Buenos Aires, 1963.
- HUERTA, Antonio Alanís, *Estrategias docentes y estrategias de aprendizaje*, CAMM, Michoacán.
- VÉLEZ DE MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1986, t. I.

ESTRUCTURA, CONTENIDO Y FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

por LUCÍA MARÍA ASEFF*

SUMARIO: 1. Los principios generales del Derecho. 2. Los principios generales del Derecho Laboral. 3. Tópica y jurisprudencia. 4. Normas, directrices y principios. 5. Los derechos fundamentales y su internacionalización. 6. Los principios del Derecho del Trabajo frente al proceso laboral. 7. El bloque de constitucionalidad. 8. La proyección de los principios en el sistema de fuentes y en la interpretación de la ley. 9. El neoconstitucionalismo (NC). Del positivismo legalista a la “era de los derechos”, del Derecho por regla al Derecho por principios. 10. Paradigmas, principios y matrices de sentido que informan la decisión judicial.

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar el concepto y utilidad de los principios generales del Derecho, y específicamente, los principios del Derecho del Trabajo. Habida cuenta de que en la medida que funcionan como *hilo conductor u orientación del pensamiento*, no sólo habrán de adquirir relevancia para la *solución del problema* sino también para su mejor *entendimiento*. Es así que su valor operativo reside en que pueden brindar, alternativa o conjuntamente, *aportes concretos para la puesta en marcha del razonamiento, fórmulas de*

* Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales por la UNL. Profesora Titular Ordinaria de la Facultad de Derecho de la UNR. Docente y miembro de la Comisión Académica de la Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la UNR.

búsqueda en sentido retórico o instrucciones para la invención, entre otros elementos, para encontrar puntos de vista resolutivos para los problemas o bien posibles vías de persuasión, lo que conduce a asignarles un *valor eminentemente pragmático* cuya significación siempre habrá de ser determinada dentro del *contexto* en que han sido invocados.

Abstract

This paper aims to analyze the concept and usefulness of the General Principles of Law, and specifically, the principles of Labor Law. The principles operate as a conductor thread or an orientation of thought.

The principles not only must become relevant to the solution of the problem but also for better understanding of such problem. Their operational value is that they can provide, alternatively or jointly, concrete contributions to the implementation of reasoning, search formulas of rhetorical sense, or instructions for invention, among other elements. All this aims to find points of view to sort problems out, or possible ways of persuasion. This leads to assign to the principles an eminently pragmatic value, whose meaning must always be determined in the context in which they are invoked.

Palabras clave

Principios del Derecho Laboral. Interpretación de la ley. Decisión judicial.

Keywords

Principles of Labor Law. Interpretation of the Law. Judicial Decision.

1. Los principios generales del Derecho

Sobre cuál sea el concepto y utilidad de los principios generales del Derecho mucho se ha escrito, por lo que no parece ser tarea sencilla definirlos. Sin embargo, una perspectiva situada en el carácter insoslayablemente práctico que tiene nuestra disciplina y en los usos que los principios pueden llegar a tener –tanto en la doctrina como en la

jurisprudencia– a partir de verificar su *carácter funcional*, sobre todo a la hora de fundar una pretensión o argumentar una decisión, parece ser la que mejor se compadece con la naturaleza de la materia jurídica y la que mayor utilidad habrá de prestarnos en su ejercicio.

Porque no es sólo *en el marco de su definición sino también en el de su aplicación* donde los principios generales del Derecho habrán de encontrar su sentido unitario y su razón de ser, a la manera de un *topoi* –conforme a la clásica caracterización de Viehweg–, situándonos decididamente dentro de las teorías de la argumentación, sobre todo cuando no están positivizados, al contrario de lo que sucede en el Derecho del Trabajo donde la mayoría lo está, pero sin que esta situación se repita de modo similar en otras ramas del Derecho.

Es así que *no corresponde asignarles una función descriptiva* de lo que el Derecho es o de un particular estado de cosas, sino que constituyen más bien *un elemento comunicativo que sirve a la argumentación, cuyo valor pragmático reside, precisamente, en su indeterminación*, porque en el proceso de dotarlos de contenido queda abierta la posibilidad de permitir un *plus* de capacidad creativa a quienes recurren a ellos para arribar a una determinada conclusión.

Porque ha de quedar claro que una de sus principales funciones es la de servir a la discusión y resolución de las cuestiones jurídicas, y no solamente a las sometidas a la decisión de los magistrados, sino también a aquellas propuestas por las partes de un litigio cuando desarrollan su estrategia discursiva en defensa de sus postulaciones. Habida cuenta de que en la medida que funcionan como *hilo conductor u orientación del pensamiento*, no sólo habrán de adquirir relevancia para la *solución del problema* sino también para su mejor *entendimiento*.

Es así que su valor operativo reside en que pueden brindar, alternativa o conjuntamente, *aportes concretos para la puesta en marcha del razonamiento, fórmulas de búsqueda en sentido retórico o instrucciones para la invención*, entre otros elementos, para encontrar puntos de vista resolutivos para los problemas o bien posibles vías de persuasión, motivo por el cual, reitero, hay quienes prefieren definirlos más bien por su función antes que por determinadas notas intrínsecas comunes a todos, lo que conduce a asignarles un *valor eminentemente*

pragmático cuya significación siempre habrá de ser determinada dentro del *contexto* en que han sido invocados.

En nuestra disciplina nos vamos a encontrar con principios generales del Derecho de alcance general –por ejemplo, todos aquellos que se relacionan con la buena fe, la equidad, el cumplimiento de lo pactado o la protección de la confianza– y otros que son específicos de cada rama del Derecho, como la presunción de inocencia en el Derecho Penal, el *favor creditorii* en el Derecho Civil y Comercial o el de irrenunciabilidad de derechos en el ámbito laboral, habida cuenta de que muchos de estos principios, sin establecer distinciones al interior de la materia jurídica, están contenidos en la Constitución Nacional.

Pero en todos ellos *predomina su naturaleza dinámica y flexible*, en el sentido de que por su carácter general pueden ser adaptados a situaciones históricas diversas, motivo por el cual resultan ser tan útiles y necesarios en la labor del intérprete en tanto *muchas veces constituyen*, en ausencia de normas específicas, *fuentes supletorias del Derecho*, *cumplen una función de integración del sistema normativo y orientan la labor del intérprete*.

2. Los principios generales del Derecho Laboral

Una rama del Derecho –y el Derecho Laboral no escapa a esta apreciación– se constituye como tal en forma *autónoma cuando tiene una serie de principios diferentes a los del Derecho común*, que deben ser considerados como generales y abarcar el mayor campo posible dentro de la materia que se trata, pues *le otorgan el sentido general y su lógica interna a la rama especial en cuestión, su identidad y autonomía*. Sin dejar de tener en cuenta que existen diversas definiciones sobre los principios ni lo dicho más arriba, podemos decir, *prima facie*, que son *las directrices que orientan una disciplina y constituyen herramientas para resolver una situación conflictiva mediante reglas e instrumentos técnicos de decisión que se derivan de su contenido*.

Es así que los principios se proyectan sobre el sistema de fuentes para interpretar las normas jurídicas y resolver su concurrencia con otras normas en vistas a su aplicación, tal como se encuentra expresado,

por ejemplo, en el artículo 11 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT), erigiéndose en criterios orientadores de la labor del intérprete.

Como lo señala Carlos A. Etala al referirse a este artículo (en *Interpretación y aplicación de las leyes laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004, ps. 132 y ss.), esta "...locución 'principios generales del Derecho del Trabajo...' alude *promiscuamente* a diferentes núcleos de significación a saber: a) el de 'regla, guía, orientación o indicación generales'; b) el que expresa generalizaciones ilustrativas, obtenidas a partir de normas o reglas del ordenamiento jurídico laboral; c) el que alude a juicios de valor que recogen exigencias básicas de justicia y moral positivas y que emanan de una conciencia jurídico social, y d) los vinculados con las ideas de «finalidad, objetivo, propósito o meta»".

La LCT no enuncia ni enumera los principios generales del Derecho del Trabajo como tales, pero los contiene. De enunciarlos se han ocupado y lo siguen haciendo los autores especializados en la materia, con muchas coincidencias y algunas diferencias, por lo que haciendo un repaso por los clásicos textos de Plá Rodríguez, Justo López, Juan Carlos Fernández Madrid, Carlos Alberto Etala y Antonio Vázquez Vialard, entre otros, actualmente podemos enumerar, sin pretensiones de taxatividad (porque con el tiempo se pueden llegar a sumar otros) los siguientes:

- *El principio protectorio*, contenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (en adelante, CN) y en el artículo 20 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe (en adelante, CPSF) que, como es sabido, es la columna vertebral del Derecho Laboral y el que le da identidad.
- *El de irrenunciabilidad de derechos*, que de diversas formas se expresa en los artículos 7º, 12, 58, 119, 131, 145, 148, 162, 180, 240, 241 y 260, entre otros, de la LCT.
- *El de continuidad del contrato de trabajo* (arts. 10, 90, 225 a 228, en menor medida, 242, 243 y otros de la LCT).
- *El de primacía de la realidad* (arts. 14, 225 a 228, 29 a 31 de la LCT).

- *El de razonabilidad* (arts. 66, 62, 65 de la LCT).
- *El de buena fe* (art. 63 de la LCT).
- *El de justicia social* (art. 11 de la LCT).
- *El de equidad* (art. 11 de la LCT).
- *El de la subsistencia de la condición más favorable al trabajador* (arts. 7º y 8º de la LCT).
- *El de no discriminación arbitraria e igualdad de trato* (arts. 16 de la CN; 17, 81 y 172 de la LCT; 9º de la 25.013 –ya derogada–, ley 23.592).
- *El de la norma más favorable al trabajador en caso de duda, y ahora también en la apreciación de la prueba* (art. 9º de la LCT).
- *El de suficiencia y justicia de la remuneración y otros relativos a condiciones justas y dignas de trabajo* (arts. 14 bis de la CN, 116, 119, 120 y concs. de la LCT y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante, OIT–).
- *El de gratuidad en los procedimientos judiciales y administrativos* (arts. 20 de la LCT y 20 de la CPSF).
- *El de indemnidad y ajenidad al riesgo empresario*, mediante el mantenimiento del salario y el derecho a la estabilidad (arts. 220 a 222 y 247 de la LCT).
- *El de facilitación de la prueba en el proceso laboral mediante presunciones legales* (arts. 55, 57 y 92, entre otros, de la LCT, y 44, 47, 50, 67, 71 y 96 del Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe, en adelante, CPL).
- *El de progresividad, o de no regresividad*, como lo llaman algunos autores, por ejemplo, Ramírez Bosco, *fincado en el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social...* (art. 75, inc. 19 de la CN), destacado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) en “Aquino” como principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en particular. Este principio implica no regresar hacia atrás pero no necesariamente mejorar o cercenar derechos, mediante la exigencia irrestricta de que los derechos laborales mantengan una secuencia invariable-

mente creciente, lo que se relaciona con el orden público laboral y su concomitante principio de irrenunciabilidad, así como con la dignidad de la persona humana, motivo por el cual muchos doctrinarios sostienen que parte de las normas internacionales y también este principio están implícitamente contenidos en la LCT, impidiendo perforar el límite mínimo enunciado por el sistema. Porque si bien no aparece expresamente enunciado en la LCT se lo debe considerar incluido en virtud, como acabo de decir, de la existencia del orden público laboral y el principio de irrenunciabilidad, que operan unidos, siendo un ejemplo de ello todas las normas que imponen restricciones a la potestad de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo enunciadas en el *jus variandi* en el marco de la actual redacción del artículo 66 de la LCT y de las interpretaciones volcadas por la jurisprudencia mayoritaria.

En el análisis de los principios no se debe perder de vista la influencia que sobre su vigencia y efectiva aplicación pueden llegar a tener dos elementos vertebrales que atraviesan la materia y requieren ser armonizados: *el orden público económico y el orden público laboral*; dicho esto, sin perjuicio de destacar que son conceptos que también se han utilizado, sobre todo el atinente al orden público económico, para justificar normas, doctrinas y fallos de neto carácter regresivo –sobre todo en épocas de emergencia, que no han escaseado– porque como acertadamente lo explicara Antoine Jeanmaud en la década pasada, estuvimos sometidos a la “tiranía del trabajo a cualquier precio”, lo que ponía en riesgo y relativizaba en grado sumo los principios protectorios del trabajo dependiente, mediante un excesivo predominio del orden público económico por sobre el orden público laboral.

En tal sentido se impone traer a colación la Acordada de la CSJN del 9 de septiembre de 2009 –que fuera suscripta por todos los ministros, con excepción de Zaffaroni–, que crea la “Unidad de análisis económico” dentro de la órbita de su Secretaría General de Administración, con relación a la cual algunos laboristas como Rodolfo Capón Filas ven una suerte de disvalioso retorno al, según él, “mal llamado orden público económico”. Entre las funciones adjudicadas a dicha

unidad se encuentra “...la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante el tribunal”, mientras que en los considerandos de esta acordada se hace alusión a la gravitación que pueden llegar a tener algunas decisiones en el desenvolvimiento de las actividades económicas del país cuando se precisan los alcances jurídicos de normas constitucionales directamente referidas a cuestiones de naturaleza económica, para quienes actúan en la producción, intercambio y consumo de bienes y en la prestación de servicios, ejemplificando con conceptos tales como “retribución justa”, “salario mínimo vital y móvil”, “participación en las ganancias de las empresas”, “jubilaciones y pensiones móviles”, “compensación económica familiar” –todos ellos contenidos en el artículo 14 bis de la CN–, “progreso económico con justicia social” o “generación de empleo” (art. 75, inc. 19 de la CN), por citar sólo los más estrechamente relacionados con la materia laboral.

La creación de esta oficina no hace sino expresar la importancia y predominio de una escuela jusfilosófica gravitante en el mundo desarrollado que desde hace más de 40 años viene postulando un análisis económico del Derecho –sobre todo a partir de la obra de Richard Posner, *Law & Economics*– para no perder de vista la ecuación costo/beneficio en la resolución de los conflictos, que no nos debe extrañar pero sí corresponde tener en cuenta, sobre todo si reparamos que en fallos como “Álvarez c/Cencosud”, “Arecco c/Praxair” o “Daverede c/Mediconex”, por citar los más emblemáticos, donde se ha aplicado el principio de progresividad, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos laborales o la teoría del *disregard*, la mayoría ha sido muy ajustada (cuatro sobre tres de los siete miembros de la CSJN), por lo que bien podría pasar que esta proporción se alterase por el orden natural de la vida que va produciendo un recambio generacional en los cuerpos colegiados, o bien porque en la determinación de estos conceptos se logren entre sus integrantes acuerdos de naturaleza política o ideológica eventualmente contrarios al orden público laboral –con aparente o predominante fundamento en opiniones o informes eminentemente técnicos– que se terminen proyectando en las decisiones del tribunal cimero, generando un retroceso axiológico.

Volviendo al tema central que convoca esta reflexión, cabe decir que no hay divergencias en cuanto a que *el principio fundamental que estructura la disciplina es el principio protectorio*, establecido como modo de compensar la desigualdad negocial que existe entre las partes de un contrato de trabajo –lo que se conoce como la hiposuficiencia del trabajador–; autores como Ackerman han llegado a sostener que, en rigor, el único principio específico de la materia es el protectorio, siendo todos los demás derivaciones o despliegues de éste.

No es ésta una posición que particularmente comparta, porque aun cuando desde un punto de vista ontológico esta consideración pueda tener algún fundamento, es del caso señalar que cada uno de los principios que antes se enunciaron responden a distintas situaciones, sean de hecho o de derecho, por lo que contribuyen a remediar diversas clases de desigualdades, lo que hace que estos despliegues sean sin duda alguna necesarios para la mejor defensa de los intereses del trabajador.

Aunque parezca redundante señalarlo, siempre se debe tener presente que el principio rector es *in dubio pro operario*, no *pro operario* a secas, porque el Derecho del Trabajo *no es un derecho de excepción* que sanciona privilegios conquistados por la fuerza sino que es *un derecho especial que se distingue del Derecho común, que obra por la igualdad de las partes, porque parte de una idea de desigualdad*. Porque la inferioridad económica en que están los trabajadores anula su libertad contractual –*de allí las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad* que rige indiscutidamente en materia civil y comercial–, lo que suscita la intervención de la ley para restablecer el equilibrio.

Desde ya, la existencia de principios generales del Derecho del Trabajo *no excluye* la existencia y aplicación de otros principios generales que pertenecen al Derecho en su conjunto, pero siempre y cuando sean *compatibles* con esta disciplina.

En tal sentido resulta útil señalar que, en atención al principio protectorio, existe *un margen muy escaso para aplicar la “teoría de los actos propios”* y, también, que nunca podría invocarse para consagrar una violación al orden público laboral. En cambio, su vigencia

es plena respecto a los actos y conductas del empleador, porque es él quien fija las pautas de la relación de trabajo.

Para abordar este tema hay que tener en cuenta, además, el *dinamismo de la materia laboral*, puesto que al compás de las transformaciones políticas, culturales, económicas y tecnológicas no sólo se va transformando el contenido de los principios sino que aparecen otros nuevos que se van sumando al elenco de los ya conocidos, como ha sucedido, por ejemplo, con el de progresividad, antes mencionado, o con el concepto de trabajo decente –más bien una suerte de paradigma que un principio, pero no de menor importancia– que reconocen su origen en declaraciones y convenios de la OIT. Pero no sólo debemos estar atentos a los cambios sino, también, tener un firme anclaje en la realidad a fin de no incurrir en excesos que maximicen su valoración o minimicen su función, vaciándolos de contenido.

Fernández Madrid afirma, en su clásica obra *Tratado teórico práctico de Derecho del Trabajo* –La Ley, Buenos Aires, 2008–, que los principios del Derecho del Trabajo tienen tres *funciones* fundamentales:

- 1) Función de *interpretación* de la normativa aplicable al caso.
- 2) Función *normativa o integradora* ante la *carencia* de normas positivas.
- 3) Función de “*fundamentación o informadora*” cuando se deben crear nuevas normas. Es así que están por encima del Derecho positivo pero no pueden independizarse de él.

También sostiene que nuestro *texto constitucional, a través del artículo 14 bis, ofrece una propuesta claramente ideológica comprometida con la transformación de las anteriores estructuras decimonónicas, orientado hacia la afirmación de un orden social más justo.*

3. Tópica y jurisprudencia

El título precedente es el de la célebre obra del jurista alemán Theodor Viehweg, que fue publicada en el año 1953 e hizo importantes contribuciones a la metodología jurídica, porque puso de relieve la importancia de la tópica jurídica a la hora de argumentar explicando que la argumentación tópica, tan propia del Derecho, es parte de la

argumentación retórica, cuya finalidad no es demostrativa sino persuasiva, y se ve rehabilitada en las últimas décadas como parte esencial de la metodología jurídica, al entender el Derecho como formando parte de la razón práctica, dicho esto en el sentido en que Kant se refirió a este ámbito del saber.

Se trata de una teoría que actualiza conceptos que ya habían abordado Aristóteles, Cicerón y Giambattista Vico, trayendo nuevamente a consideración la problemática valorativa en el Derecho ante la crisis de la visión positivista del método jurídico –con ramificaciones en la semiótica jurídica, el análisis de las argumentaciones jurídicas empíricas, la teoría de la comunicación, la retórica jurídica y otras disciplinas afines– y que conducirá a tomar conciencia del carácter en alguna medida creadora de toda aplicación del Derecho, así como de la ineludible presencia de los juicios de valor en este quehacer, cuya racionalidad se debe tratar de asegurar y maximizar mediante una discusión abierta de todos los operadores del Derecho.

Por eso resulta pertinente traer a colación la conexión entre los principios generales del Derecho y las teorías de la tópica jurídica, porque los principios operan muchas veces como tópicos –*topoi*, en griego–, entendidos como enunciados de razón o de sentido común generalmente admitidos, lugares comunes útiles a la argumentación en cuanto constituyen puntos de vista pragmáticos de justicia material o correspondientes a fines jurídico-políticos. Esser caracteriza las notas distintivas de los tópicos –en una suerte de clasificación que resulta perfectamente aplicable a los principios generales del Derecho, en cuanto a su entendimiento y utilidad– de la siguiente forma:

- Como *argumentos materiales*;
- como argumentos *ad hoc*;
- como *puntos de vista que apelan a una evidencia inmediata*;
- como la *encarnación de consideraciones sociales, pragmáticas y de justicia*;
- como argumentos que no pretenderían alcanzar *la verdad sino la plausibilidad*;
- como argumentos que gozan de *un consenso general en el medio o de una gran capacidad para alcanzarlo*;

- como *fórmulas vacías* que han de dotarse de contenido concreto en cada caso;
- como *argumentos retóricos*;
- cuya finalidad, por ende, es *persuasiva, no demostrativa*.

Porque si bien no todos los tópicos contienen principios generales del Derecho, en la medida que también expresan máximas y tradicionales adagios formulados en latín o indican los valores fundamentales que el Derecho protege y favorece –pensemos, por ejemplo, en algunos como *la prudencia debida en el tráfico, el silencio no obliga* (pero en el Derecho Laboral, en algunas circunstancias, sí lo hace), *una vez no cuenta, hay que restituir lo que se ha adquirido sin razón jurídica, en la duda hay que dividir por partes iguales, quien tiene culpa ha de soportar las consecuencias, etcétera*–, por el contrario, sí resulta posible pensar los principios generales como tópicos y utilizarlos como tales en la argumentación jurídica.

Es por ello que podríamos asignarles como características estructurales, de manera similar a los tópicos, las siguientes:

- Generalidad.
- Carácter convincente.
- Capacidad para imponerse por dicha fuerza de convicción.
- Vaguedad.
- Interpenetración.
- Utilidad práctica.

Porque el pensamiento tópico, que como antes dije, es una de las formas en que se expresa la teoría de la argumentación en el siglo pasado, se nutre muy especialmente de los principios generales del Derecho.

4. Normas, directrices y principios

También resulta pertinente brindar al lector una somera información de la clásica distinción de Ronald Dworkin –jusfilósofo estadounidense fallecido en los primeros meses de este año 2013– entre normas, directrices políticas y principios, explicitada en *Los derechos en serio*

(Planeta, Barcelona, 1993), porque ha tenido gran predicamento y no sólo en el ámbito de la teoría general del Derecho.

Dworkin señaló que si bien las normas se pueden identificar por su origen, *directrices y principios se identifican por su contenido y fuerza argumentativa*, y mientras las primeras hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y se consideran socialmente beneficiosos, *los principios hacen referencia a la justicia y la equidad*, hallando su razón de ser en que son “el producto de una valoración social con vocación de permanencia y universalidad”.

Porque mientras las normas son variables, los principios, que constituyen puntos de vista pragmáticos de justicia material, por lo general correspondientes a fines de política jurídica –porque indican los valores fundamentales que en determinadas épocas el Derecho protege y pone en práctica–, gozan de una mayor permanencia; dicho esto, sin que ello implique que deban ajustarse a un esquema deductivo cerrado. Sí deben tener, como ya lo señalara, un carácter convincente, razonable y justo, para imponerse mediante una considerable fuerza de convicción antes que por la fuerza de la coacción o por su mera sanción legislativa. Y en esta referencia a la justicia y la equidad se encuentran muy cerca de los principios generales del Derecho Laboral, que les ha dado recepción normativa en el artículo 11 de la LCT.

5. Los derechos fundamentales y su internacionalización

A partir de la reforma constitucional del año 1994 se han incorporado a los principios ya conocidos de nuestro sistema normativo todos aquellos contenidos en declaraciones, cartas e instrumentos de organismos internacionales, que han conformado un *Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales*, que no todos los tribunales aplican en sus decisiones aunque forman parte del repertorio de principios que, con su nueva conformación, comenzó a utilizar la CSJN a partir del año 2004. Prueba de ello son algunos de los fundamentos utilizados en “Aquino”, “Vizzoti”, “Milone”, “Madorrán”, “ATE” y “Rossi”, entre muchos otros, y más recientemente, en “Alvarez c/Cencosud” y “Areco c/Praxair”, que expresan una nueva mirada, más amplia, no sólo sobre ciertos temas referidos al Derecho Individual del

Trabajo sino también respecto al modelo sindical vigente en el país, fallos que generalmente se han nutrido no sólo del Derecho positivo nacional sino también de legislación y jurisprudencia provenientes del Derecho Internacional y de los Tratados de Derechos Humanos a veces, incluso, contrarias al Derecho interno, algunas de cuyas normas fueron declaradas inconstitucionales como sucedió, por ejemplo, con el artículo 52 de la Ley 23.551 de Asociaciones Profesionales.

Porque, sin duda, estamos en presencia de un *nuevo paradigma* de fundamentación y de interpretación de normas y prácticas sociales que es el de los *derechos humanos o derechos fundamentales*, que no es nuevo pero se expresa con mayor énfasis a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que emite la Organización de las Naciones Unidas en el año 1948, luego de la devastadora experiencia de la Segunda Guerra Mundial. Paradigma cuya importancia y difusión no ha cesado de crecer desde entonces elevando el piso de los derechos –aunque muchas veces parezcan haberse quedado en cuestiones más declamativas que efectivas–, pero sin que por ello se deje de apreciar el enorme valor que ha tenido su desarrollo en el concierto de las naciones como expresión de la *conciencia ética de la humanidad en este estado de su desarrollo*.

Esta nueva mirada supone *la centralidad del hombre y el respeto a su dignidad*. Y vuelve a colocar al trabajador como *sujeto de preferente tutela constitucional, señor de todo mercado que sólo encuentra sentido si tributa a la realización de sus derechos*.

Es así que la manda del artículo 14 bis se ha visto fortalecida por la singular protección reconocida a la persona que trabaja en textos internacionales de los DD. HH., tales como, por ejemplo, el PIDESC –entre muchos otros–, que en su artículo 7º preceptúa: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en especial [...] a.ii. Condiciones de existencia digna para ellos y para sus familias”.

Porque como dice Rolando Gialdino, los derechos económicos, sociales y culturales no son una bandera ni el patrimonio de una determinada vertiente política o ideológica. Son sí, lisa y llanamente, derechos, más precisamente derechos humanos y en el sentido más propio

de este concepto. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son “auténticos derechos humanos fundamentales”.

De todas maneras, no debe olvidarse que la *Organización Internacional del Trabajo* –de la que nuestro país es miembro fundador– ha trabajado insistentemente desde su creación, en el año 1919, en el *fomento de la justicia social* en el mundo, constituyendo en apreciable medida la razón de ser de su existencia. Y tanto en la Constitución de 1919 como en la Declaración de Filadelfia de 1944 se han ido afirmando *los principios rectores de las normas internacionales sobre el Derecho Laboral*, destacándose que:

- El trabajo no es una mercancía (ver, también, el art. 4º de la LCT);
- la libertad de expresión y de asociación son esenciales para el progreso,
- la pobreza constituye, en cualquier lugar, un peligro para la libertad de todos,
- la lucha contra la necesidad requiere de esfuerzos constantes y concertados, nacionales e internacionales,
- y que deben participar en ellos representantes de los trabajadores, los empleadores y los gobiernos, para promover el bienestar común;
- que la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social, y
- que todos los seres humanos, sin discriminación alguna, tienen derecho a perseguir la obtención de estos bienes en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

Como es sabido y vale la pena memorar, la Organización Internacional del Trabajo es desde el año 1946 una *agencia especializada de las Naciones Unidas* cuya misión, como ya se dijo, es promover la justicia social y los derechos humanos en el trabajo, y es la única institución multilateral del mundo que tiene una estructura tripartita, dado que la integran 28 miembros en representación de los Estados signatarios –10 de los cuales tienen un puesto permanente por ser los países más industrializados–, 14 por los empleadores y 14 por los trabajadores.

Su principal función es la de elaborar normas internacionales bajo la forma de convenios y recomendaciones que fijan los principios que la organización sustenta, las condiciones mínimas de protección en el mundo del trabajo y, también, cómo velar por su aplicación.

Es por ello que, aun cuando los Estados miembros no hayan ratificado algún convenio, se entiende que igualmente están obligados a su respeto y cumplimiento como consecuencia de su adhesión a los principios que determinaron su constitución, mientras que aquellos que lo hayan ratificado se encuentran jurídicamente obligados por su contenido, conforme a lo cual deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas sus disposiciones.

Nuestro país ha ratificado la totalidad de los instrumentos de la OIT reconocidos como fundamentales, a saber: el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, N° 87 de 1948, ratificado el 18 de enero de 1960; el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, N° 98 de 1949, ratificado el 24 de septiembre de 1956; el Convenio sobre igualdad de remuneración, N° 100 de 1951, ratificado el 24 de septiembre de 1956 y el Convenio sobre la discriminación (ocupación y empleo) N° 111 de 1958, ratificado el 18 de junio de 1968; el Convenio sobre el trabajo forzoso, N° 29 de 1930, ratificado el 14 de marzo de 1950, y sobre la abolición del trabajo forzoso, N° 105 de 1957, ratificado el 18 de enero de 1960; el Convenio sobre la edad mínima para trabajar, N° 138 de 1973, ratificado el 11 de noviembre de 1996; el Convenio sobre las peores formas del trabajo infantil, N° 182 de 1999, ratificado el 5 de febrero de 2001; siendo del caso señalar que, aun antes de la reforma constitucional de 1994, muchos de ellos eran aplicados como fuente supletoria o argumento interpretativo asentado en el Derecho Comparado, y que en todos se expresan los principios fundamentales del Derecho del Trabajo con relación a los institutos que constituyen su objeto.

Nuestro país –al igual que otros de la región– vivió entre 1989 y 2003 un período de retroceso en los derechos de los trabajadores, donde aplicando rigurosamente la *lex mercatoria* bajo el pretexto de bajar el costo laboral para hacer competitiva la economía en un mercado globalizado, al compás de la mentirosa teoría del “derrame” se cerce-

naron derechos de larga data, donde el Estado pasó de proteger a los trabajadores a defenderse de ellos y proteger a los empresarios y sus inversiones, so pretexto de mantener las fuentes de trabajo al precio de bajar los “costos” laborales, con los deletéreos resultados por todos conocidos. Así fue dejando de lado la tutela de los derechos humanos esenciales, olvidando que el Derecho del Trabajo constituye una garantía de estabilidad en las relaciones laborales que surgió y se afirmó como respuesta a la cuestión social, y que su función igualadora ha sido lo que permitió esa armonización de intereses contrapuestos a través del tiempo.

A partir del año 2004 estamos viviendo un período de recuperación de los tradicionales principios de la materia, con más los que ha traído el Derecho Internacional, que recién entonces, 10 años después de producida la reforma constitucional, comenzaron a ser tenidos en cuenta al momento de decidir. Es así que estamos en presencia de un retorno a la Constitución Nacional y a los Convenios de la OIT, extendiendo el principio protectorio a las situaciones críticas que padece el trabajador como se ha visto claramente, por ejemplo, en los sucesivos fallos que han reparado las injusticias e insuficiencias de la Ley de Riesgos del Trabajo. Sin embargo, se alzan voces de alerta como la de Capón Filas, quien considera a la Acordada de septiembre de 2009 como otorgando prevalencia al “orden público económico” y afirma: “La primavera de la nueva Corte, tan elogiada por algunos y mirada con desconfianza por quien esto opina, parece haberse licuado ante un invierno duro en que los números dictarán las soluciones jurídicas”, por lo que habrá que estar atentos al curso de los acontecimientos.

6. Los principios del Derecho del Trabajo frente al proceso laboral

En el sendero de estas reflexiones cabe concluir que corresponde trasladar estos despliegues del principio protectorio también al *proceso laboral*, porque no podemos pensar en una justa satisfacción de los intereses de los trabajadores cuando su realización se demora excesivamente en el tiempo –como está pasando en estos momentos en varias jurisdicciones del país, incluida la nuestra (ciudad de Rosario)– recor-

dando que ya Antón Menger, quien en el siglo XIX encabezó una corriente de pensamiento conocida como *Socialismo jurídico*, en su obra *El Derecho Civil y los pobres*, escrita entre 1889 y 1990 –citado por Héctor Hugo Barbagelata en su obra *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista* (Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, ps. 112 y ss.)–, se rebela contra los códigos civiles y el Derecho tradicional, adelantando el reconocimiento de un principio que puede considerarse característico del Derecho Procesal Laboral, cual es que *el proceso laboral no puede ser tratado como los demás, pues en él siempre hay una parte que tiene más poder que su contrincante*, lo que lo animaba a reclamar otra actitud de parte del juez cuando tuviera que entender en estos casos, así como a exigir que se tuviera presente la referida desigualdad durante todo el desarrollo del proceso.

Y en tal sentido cabe señalar que los juicios que duran demasiado tiempo no cumplen adecuadamente con la función de asegurar la efectividad de la legislación laboral, por lo que también se debe operar sobre esta rama de la disciplina para garantizar la plena aplicación de los principios. En este entendimiento se reformó el procedimiento laboral en la Provincia de Santa Fe, entrando en vigencia en el mes de marzo del año 2010 un nuevo Código Procesal Laboral que incorporó, entre otras novedades, el proceso monitorio, con el objetivo de alcanzar una rápida resolución judicial frente a algunos conflictos específicos a través de la implementación de procesos abreviados, destinados a hacer efectivo el principio protectorio también en el proceso laboral, lo que no se habrá de analizar aquí pero resulta de interés mencionar.

Sea que se lo aborde desde un punto de vista sustancial como formal, corresponde tener presente que “el Derecho Laboral nace a partir de la emergencia y abordaje de la cuestión social y de los efectos de la pobreza propios del advenimiento del capitalismo” –que se propuso remediar o atemperar en la medida de sus posibilidades–, tratando de reparar esa desigualdad esencial habida entre las partes de la relación laboral mediante la generación de un equilibrio destinado a contribuir a la armonía y la paz social.

Actualmente, *los procesos de internacionalización y constitu-*

cionalización aportan nuevos paradigmas interpretativos fundados básicamente en tres principios filosóficos, al decir de Barbagelata (ob. cit., p. 163), ya señalados, y algunos, como vimos, específicamente receptados en la LCT y en la Constitución Nacional:

- *La justicia social;*
- *la declaración de que el trabajo no es una mercancía;*
- *la obligación de respetar la dignidad de la persona humana.*

A los que deben sumarse todos aquellos contenidos en la *Declaración aprobada en la Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 2008 que conecta la justicia social a un nuevo término como el de trabajo decente*, relacionado con:

- a) El empleo pleno y productivo;
- b) la ampliación de la seguridad social;
- c) la justa distribución del ingreso;
- d) el diálogo social;
- e) el tripartismo;
- f) la eficacia de la legislación laboral –de la que, desde ya, no pueden estar ausentes los códigos procesales laborales– y de la inspección del trabajo;
- g) la nueva comprensión de la relación de trabajo, y
- h) la observancia de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

También acuerdos como la *Declaración Socio Laboral del Mercosur* están orientados a acelerar los procesos de *desarrollo económico con justicia social*, respondiendo a la idea que ya había sido aceptada por las Naciones Unidas en el programa a favor del desarrollo.

Mario de la Cueva insistía, hace ya bastante tiempo, en que *la justicia social no era una idea abstracta* sino que debería ser considerada como “un principio de acción que emerge de las necesidades reales del hombre que vive en sociedad”, agregando que debía ser vista como “el ordenamiento impuesto por la necesidad humana para su satisfacción integral”. Mientras que el economista Joseph Stiglitz, al vincular la justicia social con el desarrollo equitativo, perdurable y democrático, reclama insistentemente la reformulación “de la archi-

itectura económica internacional” y acciones contra “las políticas que operan contra los intereses de los trabajadores” (Barbagelata, ob. cit., ps. 165/166).

7. El bloque de constitucionalidad

Para una mejor comprensión de la recepción y contenido de los principios generales del Derecho del Trabajo se impone hacer una breve referencia a la noción de *bloque de constitucionalidad*, definido por G. Bidart Campos (*Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 276) como “un conjunto normativo que *parte de la Constitución*, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales *fuera del texto de la Constitución escrita*. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al Derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera”.

“El bloque de constitucionalidad así integrado sirve para acoplar elementos útiles en la *interpretación* de la Constitución y en la *integración* de los vacíos de la norma”, agregando que “En el Derecho Constitucional argentino después de la reforma de 1994, damos por alojados en el bloque de constitucionalidad a los *tratados internacionales de derechos humanos* a que hace referencia el artículo 75, inciso 22”, sin dejar de tener en cuenta la vigencia del principio de supremacía legal establecido en el artículo 31 de la CN, que se ha visto “reajustado” (ob. cit., ps. 339/340) luego de la reforma, permitiendo que en las constituciones “se filtren contenidos que provienen de *fuentes heterónomas o externas*, o sea, *colateralmente*. Entre ellas, *el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comunitario...*” mediante las cuales los Estados incorporan a su Derecho interno contenidos derivados de aquellas fuentes, que no están por encima del Estado sino en sus “costados”, en su “periferia”, concluyendo: “Pero que condicionan y limitan al Derecho interno, incluso a la Constitución...”

Sobre el problema que plantean los conflictos en el interior del *bloque de constitucionalidad* que están condicionando su funcionamiento, es importante tener en cuenta los distintos criterios existentes

en orden a su solución, a saber: a) Reconocimiento de que (como consta en la Declaración de Viena de 1993) “Todos los DD. HH. tienen origen en la dignidad y el valor de la persona humana [...] (por lo que ésta) debe ser la principal beneficiaria de esos derechos y libertades”; b) debe atribuirse idéntico valor jurídico a todas las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad de los DD. HH., sin perjuicio de que, para su efectividad, en algunos casos sea preciso contar con normas o infraestructuras complementarias; c) la persona debe estar resguardada por una protección especial de la ley que le asegure el pleno goce de estos DD. HH.; d) las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad no sólo contemplan obligaciones para los Estados, sino derechos y obligaciones que cubren las relaciones entre los particulares.

8. La proyección de los principios en el sistema de fuentes y en la interpretación de la ley

Las exigencias actuales, dirigidas tanto a jueces como a legisladores, son las de hacer cumplir los derechos y garantías que la Constitución consagra, resolviéndolo con justicia más allá de las formalidades propias de una concepción extremadamente legalista como lo era la decimonónica –en gran medida todavía imperante–, de tal modo que sus actividades estén dirigidas a concretar el ejercicio y garantía de los derechos fundamentales que contiene.

Es obvio que la incorporación de este catálogo de derechos fundamentales provenientes de instrumentos internacionales impacta no sólo en la interpretación y aplicación de la ley sino también en el sistema de fuentes, que se multiplica y diversifica a un extremo tal que no siempre resulta una tarea sencilla identificarlas y jerarquizarlas en relación con el caso bajo análisis. Habida cuenta de que hay fallos –tanto de instancias inferiores como superiores– frente a los cuales nos encontramos con una abundante y hasta excesiva cita de artículos y tratados que por su generalidad no siempre resultan estrictamente aplicables al caso, al menos no en la especificidad adecuada.

Las primeras constituciones –entre ellas la de 1787 de Estados Unidos, que inspiró la nuestra de 1853– afianzaban la supremacía del

legislador sobre el juez mediante el control de constitucionalidad difuso que se otorgaba a los magistrados, control que hasta el presente se sigue ejerciendo y sólo inhibe la aplicación de la norma en casos excepcionales (o al menos así se declama) y con alcance sólo para el caso, o sea individual, concepción que se afianza con el dictado del Código de Napoleón y la destacada influencia de la escuela de la exégesis en nuestra disciplina, que con intensidad diversa atraviesa todo el siglo XIX y propone al juez como una figura aséptica, apolítica y ajena a toda influencia externa, concebido como la mera “boca de la ley” y privado de todo acto de creación normativa. Pero las tendencias actuales y entre ellas el neoconstitucionalismo (en adelante, NC), al que habré de referirme más adelante, prácticamente invierten esta ecuación otorgando al juez poderes que nunca estuvieron en la mente del legislador de las primeras constituciones dictadas en el Estado moderno.

Sobre la función creativa del juez nos van a ilustrar en sus textos clásicos, ya en el siglo XX pero bastante antes de la aparición de esta escuela, destacados jusfilósofos como Hans Kelsen, cuando en la *Teoría pura del Derecho* se refiere a la norma como un marco abierto a varias posibilidades, a la interpretación como un acto de voluntad antes que de conocimiento y a la “ilusoria seguridad jurídica”. O Alf Ross – autor danés que fue su discípulo, a quien he citado reiteradamente en estas cuestiones– cuando en su obra *Sobre el derecho y la justicia*, al abordar el tema de la interpretación alude a la labor creativa del juez, posición que encuentro bastante más realista y ajustada a lo que sucede, en los hechos, que la que plantea el NC y algunos de sus cultores.

Es así que al referirse a los factores pragmáticos y las técnicas de argumentación en la administración de justicia, explica que el juez generalmente trata de hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y que sólo está determinada por el motivo de la obediencia al Derecho en combinación con una captación racional del significado de la ley, sin admitir el carácter constructivo que muchas veces tiene su interpretación, para sostener la ficción –que intenta desmontar– de que la administración de justicia es una simple deducción lógica a partir de reglas jurídicas, sin ninguna valoración de su parte. Aseveraciones frente a las cuales no resulta necesario abundar sobre la importancia que adquieren los principios en la actividad jurisdiccional.

Dicho esto mucho antes de que el NC asomara en el horizonte de la reflexión jurídica o que la *ponderación* apareciera como un instrumento providencial y supuestamente novedoso en la labor del juez, porque aunque Ross no se refiera en su libro a la actividad creadora del juez utilizando ese término, es claro que estamos en presencia de apreciaciones muy similares.

“Por lo común –dice Ross– el juez no admite que su interpretación tiene ese carácter constructivo, sino que mediante una técnica de argumentación, intenta hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y que ésta se halla comprendida por el ‘significado de la ley’ o por ‘la intención del legislador’, a fin de preservar esa imagen en virtud de la cual sólo «conforma derecho»”. Ahora bien, “el secreto de estas técnicas de argumentación consiste en que no hay criterio que indique qué regla de interpretación ha de usarse [...] son recursos que forman parte del equipo de cualquier jurista experimentado. Él tiene que saber cómo *justificar* técnicamente, mediante argumentos interpretativos, la solución jurídica que considera ‘justa’ o deseable. Pero sería un error aceptar los argumentos técnicos como si fueran las razones verdaderas. Éstas deben ser buscadas en la conciencia jurídica del juez o en los intereses defendidos por el abogado”, afirma, teniendo en cuenta que las teorías positivistas ocultan la actividad político-jurídica del juez, porque la “lógica inmanente” al sistema que subrayan no deja de ser una ilusión.

Es que “La ‘razón jurídica’ inmanente o la regla de Derecho misma no pueden ser separadas del propósito práctico que se encuentra fuera de ellas, ni las ‘consecuencias formales’ pueden ser separadas de un ajuste valorativo de las reglas en relación con los valores presupuestos”.

Siendo un conspicuo empirista de cuño realista, arriba a estas conclusiones partiendo de una doctrina descriptiva antes que normativa de la doctrina del método jurídico por excelencia, que es el de la interpretación. Y, también, de la premisa de que los factores pragmáticos en la administración de justicia son consideraciones basadas en una valoración de la razonabilidad práctica del resultado, apreciado en relación con ciertas valoraciones fundamentales presupuestas, donde se pone de manifiesto la ideología que –en sentido amplio– de hecho, guía a los jueces en su aplicación de las reglas generales a casos

específicos. Es por ello que la función de los métodos de interpretación es establecer límites a la libertad del juez en la administración de justicia, determinando el área de soluciones justificables.

Pues bien, *los principios generales del Derecho constituyen uno de los factores pragmáticos más utilizados en la argumentación jurídica*, conformando un repertorio o “caja de herramientas” que todo jurista experimentado debe tener a mano para cuando necesite utilizarlos.

9. El neoconstitucionalismo (NC). Del positivismo legalista a la “era de los derechos”, del Derecho por regla al Derecho por principios

Sabido es que en las últimas décadas se han producido en el ámbito jurídico dos importantes cambios relacionados entre sí, ya que –recíprocamente– el uno sustenta y favorece al otro, al decir de Paolo Comanducci: un cambio *estructural*, consistente en la “constitucionalización” del Derecho, y un cambio *doctrinal*, que es la afirmación del “neoconstitucionalismo”, con origen en los ordenamientos jurídicos de los principales países de la Europa continental (Alemania, Francia, Italia y España) y a partir, sobre todo, de la actividad de sus respectivos Tribunales Constitucionales, conformándose una escuela de pensamiento que posteriormente se fue extendiendo a algunos países latinoamericanos mediante un proceso –que, forzoso es aclararlo, reconoce distintos grados– en virtud del cual el Derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución, condicionando la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.

Tanta es la penetración que ha tenido el NC, incluso en nuestro país, que actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reflejando implícitamente esta tendencia, obra, en los hechos, a la manera de un Tribunal Constitucional, mediante un accionar que doctrinarios como César Arese no hesitan en calificar de legisferante, en cuanto selecciona los temas a los que decide abocarse en razón de la trascendencia de los derechos afectados, resuelve teniendo en cuenta la diversidad de fuentes que se derivan de este modelo ejerciendo no sólo el control de constitucionalidad sino también el de convenciona-

lidad, y en una actitud por cierto novedosa –que algunos critican pero la mayoría aprueba– desborda los límites tradicionales del rol que la Constitución y la historia institucional del país le asignaran, convocando, por ejemplo, a asambleas públicas de gobernantes y gobernados, admitiendo las acciones de clase y expresando sugerencias que algunos interpretan como directivas –por decirlo de algún modo–, tanto a los legisladores como a la administración del Estado, requiriendo la solución de algunos problemas por las vías institucionales que a estos poderes corresponden, poniendo de manifiesto, precisamente, la inadecuación o insuficiencia de la normativa proveniente del Derecho interno que inicialmente debe aplicar a quienes reclaman por la afectación de sus derechos.

Sin asumirlo en forma expresa, resulta claro que ello se deriva de esta nueva tendencia ligada al “constitucionalismo de los derechos”, y que es practicada por nuestra CSJN transitando caminos sin duda novedosos.

El NC propone a los juristas un modelo de Estado y de Derecho más “moderno”, caracterizado como Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en oposición al Estado de Derecho legalista o legislativo, que fue el dominante en el modelo liberal decimonónico. Mientras el constitucionalismo clásico ha sido, sobre todo, una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o derechos fundamentales, que en sus orígenes estuvieron ligados al jusnaturalismo pero comenzaron a positivizarse a partir de fines del siglo XVIII, completando este proceso durante el siglo XIX y parte del XX, ello trajo el resultado de que el positivismo fue la teoría hegemónica del Derecho durante todo ese período de tiempo, frente a lo cual “el NC no se presenta sólo como una ideología y su correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista”, según lo sostienen algunos autores como Comanducci.

Esta nueva visión, que todavía nos es contemporánea y comienza a plasmarse a partir de la sanción de algunas constituciones europeas luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, como sucedió en Italia en 1947 y en Alemania en 1949, y en ocasiones también varios años después, como aconteció con Grecia en 1975, Portugal en 1976 y

España en 1978, se presenta –no casualmente, a mi criterio– en países que habían atravesado largos períodos de autoritarismo estatal, donde había imperado la vigencia de una legalidad formal incuestionable que, sin embargo, no había impedido que se produjeran las consecuencias nefastas por todos conocidas, desde el genocidio del pueblo judío hasta los crímenes del franquismo, cometidos en todos los casos por los propios aparatos estatales –en guerras externas o internas, que desgraciadamente todavía se siguen produciendo en otras partes del mundo–, tratándose de experiencias que de algún modo tornaban auspicioso el retorno de los valores a la consideración del concepto de Derecho y, con ello, a posturas neojusnaturalistas, como si cierto legalismo formalista hubiera sido, en parte, el culpable de estos hechos que, en rigor, no pueden ser considerados sino como anomalías del Estado de Derecho, mas sin que por ello resulte justificado atribuirle ser el causante de tales efectos.

Sin embargo, otros autores que se han ocupado del NC lo presentan como una teoría antes alternativa que concurrente con la teoría positivista tradicional –aunque siempre cercana al positivismo– pudiendo mencionarse dentro de esta postura, aun con sus particulares enfoques y sin que esta ubicación resulte pacíficamente aceptada, a doctrinarios como Luigi Ferrajoli o Luis Prieto Sanchís, que se han ocupado de la incidencia del NC en la teoría del Derecho, postura que para otros aparece como insostenible a la luz de la actual configuración de los sistemas jurídicos, puesto que siguen persistiendo en forma predominante sus rasgos de Derecho estatal, legalista y de formalismo interpretativo, más allá de que sin duda algunas cosas están cambiando, sobre todo en el ámbito de la interpretación, porque esta era “de los derechos” o “del Constitucionalismo Mundial” está marcada por el retorno –sólo más explícito, claro está– de la política al Derecho, donde un Estado naturalmente activista e interventor pretende asegurar resultados antes que detenerse en el establecimiento de procedimientos.

Y están cambiando no sólo por la presencia de teorías como la aquí analizada, sino también por el peso que los instrumentos de Derecho Internacional ha ido adquiriendo en el Derecho interno de diversos países, tal como se ha explicado en párrafos anteriores.

La situación postguerra fue propicia, entonces, para alumbrar esta

difusa y versátil doctrina que si bien, como antes dije, para algunos resulta ser el positivismo jurídico de nuestros días, para otros ha significado un retorno encubierto del jusnaturalismo –no siempre confesional, a menudo renovado, *aggionardo* a los nuevos tiempos– con algunas aristas por cierto controversiales, porque esta teoría asigna a los jueces un papel en extremo preponderante y los hace poseedores de una especialísima herramienta que define e identifica su actividad, que es la muy mentada *ponderación*.

Para Bruno Celano, la ponderación designa *un vacío* antes que un método de resolución de conflictos; expresa una metáfora, la del “peso” de las razones en oposición y su balanceo, siendo el nombre más de *una dificultad o de una incógnita* antes que de un procedimiento de decisión racional, que no alcanza a eliminar el elemento intuitivo y prudencial del razonamiento práctico. Pero *resulta hartamente claro que en el método de la ponderación tendrán importante cabida los principios generales del Derecho, se encuentren o no positivizados*, dicho ello sin dejar de considerar, como lo afirma Graciela Barranco de Busaniche, que de alguna manera el contenido ético del Estado Constitucional y Democrático de Derecho es un *artefacto cultural*, fruto de un proceso de estratificación y sedimentación de una pluralidad de teorías, doctrinas y distintas concepciones sobre los derechos, y que la interpretación no deja de ser *una lucha por el texto*, aunque sujeta a criterios de corrección cuya objetividad estaría dada por el ejercicio de una práctica discursiva sometida a discusión racional, como lo proponen las teorías de la argumentación jurídica.

O, como decimos los críticos y explico en mi obra *Argumentación jurídica y semiosis social*, donde debe tenerse en cuenta la relación entre los textos legales y el contexto en que se aplican, centrando nuestra atención en la semiosis social entendida como producción de sentido a partir de los elementos que brindan la sociología y la lingüística, como lo señalara Eliseo Verón en su obra *La semiosis social* (Gedisa, Buenos Aires, 1996). Porque leer un texto tomando en cuenta la noción de discurso –y el Derecho es un *texto* específico que produce la sociedad– significa interpretarlo en relación con otros discursos, dado que se pueden encontrar en él una multiplicidad de huellas (de valoración, de interpretación, ideológicas, culturales, económicas, entre

otras) que las condiciones de producción han dejado impresas y que aparecerán bajo otras formas generando, posiblemente, nuevos contenidos si, desde una visión integral del sistema productivo de sentido social, podemos desentrañar la articulación entre producción, circulación y consumo a partir del análisis del conjunto de determinaciones sociales que han marcado ese discurso, porque “La historia de un texto o de un conjunto de ellos consiste en un proceso de alteraciones sistemáticas a lo largo del tiempo histórico del sistema de relaciones entre ‘gramáticas’ de producción y ‘gramáticas’ de reconocimiento”, atendiendo a la época en que fueron producidos, circularon y se “consumieron”, sobre todo si ese proceso se desarrolló en distintas geografías y tiempos históricos y culturales también diversos que, necesariamente, habrán de dotar a los mismos principios de contenidos a veces diversos.

Es por ello que hay una sugerencia de García Amado —que ha seguido en este tema a Habermas— que me parece insoslayable aunque se repita reiterativamente hace ya bastante tiempo en distintos ámbitos de nuestra materia y que se aplica perfectamente a los principios generales del Derecho cuando debemos dotarlos de contenido: de lo que se trata es de *argumentar, siempre, sometiendo a quienes lo hacen a las reglas que definen un procedimiento que privilegia la construcción de un saber social y permite el control de lo decidido por un poder no elegido democráticamente*, como suele serlo el judicial, *por medios que sí lo hayan sido* —en la medida de lo posible y dentro de sus propios límites funcionales—, descartando todo autoritarismo y proporcionando a quienes corresponda la posibilidad cierta de revisión de sus decisiones.

Pero en la disputa que a menudo se establece entre el juez y el legislador, encarnada a veces en el concepto de “prudente activismo judicial”, que iría en detrimento del legislador y algunos señalan como contrario a la soberanía del pueblo que ha sido, por medio de sus representantes libremente electos, quien en definitiva ha legislado, me inclino más bien por una postura *intermedia* que, sin desdeñar la ley positiva o teniendo a las reglas estatales como fuente principal de sus decisiones, pueda optar, si fuere menester, por acudir a la multiplicidad de principios y a la diversidad de fuentes que la internacionalización

del Derecho y doctrinas como el NC han traído a un primer plano, si considera que esa actitud hará más justa su decisión. Porque, en definitiva, también estará sujeta a revisión, salvo que se trate de un Tribunal Constitucional –o el de más alto nivel de un país, donde éste no existiera– que por experiencia propia y ajena sabemos, también, que no suele permanecer incólume frente a los cambios sociales, políticos y económicos que entornan la labor jurisdiccional.

10. Paradigmas, principios y matrices de sentido que informan la decisión judicial

Particularmente no considero, en relación al NC y al papel que asigna a los jueces, que estemos frente a una nueva teoría del Derecho ni frente a un cambio de paradigma jurídico que dejaría atrás las corrientes ya consagradas (llámense positivismo, jusnaturalismo, realismo o teorías críticas, sobre las que no habré de abundar aquí), pese a que propugna no sólo la fuerza normativa y no meramente programática de la Constitución, sobre todo en algunas de sus directivas, su preeminencia y la de los tratados internacionales con igual jerarquía –que es lo que permite pensar a esta corriente como una versión moderna o alternativa al positivismo jurídico tradicional, al que, al menos teóricamente, no se opondría frontalmente sino que más bien iría en su auxilio a fin de flexibilizar sus rasgos más rígidos– sino que privilegia y legitima la labor jurisdiccional si está destinada a asegurar la supremacía de sus preceptos, aunque mediante su aplicación se pueda llegar a desplazar la ley nacional estatal, porque todas las teorías que expresan distintas visiones del Derecho, en distinta medida y según la época, han aportado elementos que el NC toma como propios o innovadores cuando muchos de ellos no son tales y, en todo caso, lo nuevo puede ser la resultante de la distinta combinación que sus cultores hagan de algunas de las notas distintivas que las constituyen, pero que ya habían sido formuladas en doctrinas anteriores como, por ejemplo, lo hiciera Alf Ross.

Sea como fuere, los principios parecen tener en esta época una potencia más bien transformadora, que no resulta ajena a cierto módico resurgimiento de un Estado semejante al de bienestar, por lo que siem-

pre tendremos que estar atentos al contexto en que son traídos a la argumentación para ser aplicados en la resolución de los conflictos.

En tal sentido, comienza a advertirse en el razonamiento judicial *la diferenciación de los derechos respecto de la ley, o sea entre la ley como regla establecida por el legislador y los derechos humanos (DD. HH.) como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley*, lo que sin duda implica un giro cuasicopernicano en la labor jurisdiccional para quienes opten por esta alternativa, o sea la del *pasaje del Derecho por regla al Derecho por principios*, puesto que permite exigir a la labor jurisdiccional que haga concordar la regla legal con los principios constitucionales del caso, concretando las garantías que éstos aseguran, lo que abre un espacio más que interesante para la aplicación de los principios generales del Derecho. Y, desde ya, de los del *jus cogens*, concepto sobre el que no habré de abundar ahora pero ha sido reiteradamente citado en los fallos de la actual CSJN que he mencionado en este artículo.

En las vertientes no positivistas del NC se encuentran Robert Alexy, Ronald Dworkin y Gustavo Zagrebelsky, quienes por su filiación más cercana al jusnaturalismo afirman la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, defendiendo una suerte de “lectura moral” de la Constitución, lo cual deriva en una obligación más marcada de tener que obedecer sus reglas, en virtud de la cual el NC no sería solamente una teoría descriptiva del Derecho sino también normativa, postulado que también Ferrajoli suscribe y conduce a considerar la “politicidad” de la ciencia jurídica y, desde ya, contribuye a colocar en una situación relevante a los principios.

Este giro implica no atenerse rígidamente al clásico modelo de subsunción que mediante un procedimiento silogístico proponía una interpretación técnicamente neutral de la ley –o que al menos aparecía teóricamente revestida de tal apariencia– para pasar a otro donde la *ponderación* del caso y el *principio de razonabilidad* permitirían al intérprete esta adaptación al esquema constitucional, aun si al hacerlo debiera apartarse en todo o en parte de la regla estatal. A la manera de T. Viewegh y su teoría de la tópica jurídica, se propone que el proceso de interpretación del Derecho comience por el caso, en tanto acontecimiento problemático que demanda ser resuelto en términos

jurídicos, para ir desde el caso a la regla y viceversa, en un movimiento de ida y vuelta que, al momento de decidir, pueda lograr conciliar las exigencias de la justicia del caso con las determinaciones de la regla.

Que a la *ponderación* como método le sumemos como sustancia el contenido de los DD. HH. considerados como esenciales, consagrados en las constituciones entendidas como instrumentos predominantemente axiológicos, nos coloca, sin duda, ante otras exigencias, ausentes cuando Kelsen y Ross elaboraban sus teorías, pero en rigor no se trata de un vino demasiado nuevo aunque venga envasado en odres que sí aparentan serlo.

Lo destacable, a mi criterio, es que con el NC estamos frente a otra expresión de la *concepción del Derecho* –que particularmente comparto– que lo entiende como *formando parte del dominio de la razón práctica* en tanto técnica orientada a la solución de conflictos, pero sin que pueda afirmarse sin ambages que constituye una alternativa igualmente positivista al positivismo clásico, puesto que en la amplitud de criterios con que se maneja y en las posibilidades que le da al juez de fundar sus disidencias mediante la argumentación y la ponderación de otras razones, aunque no sean estrictamente las legales, puede colocarse igualmente cerca tanto de una visión jusnaturalista como crítica del Derecho, así como también de una positivista, dependiendo del caso a decidir y de la ideología del juez.

Bibliografía

- ACKERMAN, Mario E., *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. I.
- AFTALIÓN, Enrique A.; VILANOVA, José y RAFFO, Julio, *Introducción al Derecho*, nueva versión, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- ASEFF, Lucía M., *Argumentación jurídica y semiosis social*, Juris, Rosario, 2003.
- *Los principios en el Derecho del Trabajo*, en *Laboralia*, Juris, Rosario, 2011.
- *Los principios generales del Derecho, el principio protectorio y la irrenunciabilidad de derecho en el Derecho Laboral*, en *Laboralia*, Juris, Rosario, 2011.

- ASEFF, Lucía M., *Sobre el neoconstitucionalismo*, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe* 02, 2012.
- BARBAGELATA, Héctor Hugo, *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2002.
- COSSIO, Carlos, *El derecho en el Derecho Judicial*, Losada, Buenos Aires, 1945.
- DE DIEGO, Julián, *El principio de “progresividad” en el Derecho del Trabajo y su incorporación a nuestro sistema legal*, en L. L. 2010-C-1386, del 10-6-2010.
- DUARTE, David, *El enfoque humanista en la era de la globalización y su importancia para el Derecho del Trabajo (de “Ekmekdjian” a “Simón”)*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2010-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Planeta, Barcelona, 1993.
- ETALA, Carlos Alberto, *Interpretación y aplicación de las normas laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA AMADO, Juan A., *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
- GIALDINO, Rolando Edmundo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- GIRARDINI, Enrique, *Irrenunciabilidad de derecho en normas no imperativas*, en *Taller de jueces laborales*, Juris, Rosario, 2010.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 1993.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1990.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.

PODER CONSTITUYENTE Y PUEBLO EN EL SIGLO XXI

por JUAN FACUNDO BESSON*

Todo lo que no se legisla explícita y taxativamente en favor del más débil, queda implícitamente legislado en favor del más fuerte. No es poderoso el que necesita el amparo legal. Él tiene su propia ley, que es su propia fuerza.

RAÚL SCALABRINI ORTIZ

SUMARIO: Introducción. I. Poder constituyente, Constitución y pueblo. II. Constitución real y corrientes historiográficas interpretativas del antagonismo discursivo sobre la juridicidad. III. La construcción del actor constituyente en la Argentina contemporánea. Conclusiones. Bibliografía consultada.

Resumen

En la Argentina del siglo XXI los sectores mayoritarios de la Nación siguen apartados de temas que hacen a sus derechos fundamentales y a la Constitución que continúa siendo campo exclusivo de un pequeño sector de juristas. En este marco, surge la pregunta: ¿Quién es el sujeto constituyente?, es decir, aquel sujeto político con el poder para poder crear o recrear un programa político y que a su vez se encuentre plasmado en una Constitución escrita.

* Ayudante-alumno de Derecho Político de la Cátedra “C” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Miembro del Centro de Estudios e Investigaciones Políticas, Jurídicas y Sociales “Renato Treves”.

Partiendo de una lectura histórica y política de nuestro pasado jurídico, se pretende ir en la búsqueda de una sociología y axiología constitucional que nos marquen en primer término la puja de poder entre los diferentes sectores sociales y los programas constitucionales que representaban sus intereses y en segundo lugar el grado de justicia e injusticia que contienen dichos programas y cómo se encarna en la Constitución real.

Abstract

In the Argentina of the XXI century the majority sectors of the Nation remain aloof from issues that make their fundamental rights and the Constitution that remains exclusive field of a small sector of lawyers. In this context, the question is: who is the constituent subject?, i. e. that political subject with the power to create or recreate a political program and this in turn is reflected in a written Constitution.

From a historical and political reading of our legal past, pretending to go in search of a sociology and constitutional axiology that mark us first bid for power between different social sectors and constitutional programs representing their interests and secondly place the degree of justice and injustice containing such programs as embodied in the actual Constitution.

Palabras clave

Pueblo. Poder constituyente. Constitución.

Keywords

People. Constituent power. Constitution.

Introducción

En general, las constituciones se dictan para constituir naciones o para introducir cambios sustanciales en los objetivos, en la organización o en las formas de funcionamiento existentes; es decir, para institucionalizar las revoluciones o contrarrevoluciones, que a su vez resultan de las relaciones de poder vigentes en cada país. En la Argentina

existieron con claridad dos orientaciones constitucionales básicas: la iniciada de 1853-60 (y sus reformas parciales) y la que significó un quiebre con las anteriores mencionadas, en el año 1949.

Con relación a lo precedentemente expuesto, hacemos referencia a que la superestructura jurídica (con la Constitución escrita como directriz) representa la materialización normativa y el programa político, social, económico y cultural que emerge del resultado de la correlación de fuerzas políticas dadas en un momento determinado, para la posteridad. Que en el caso argentino legitimó y legitima al pueblo (como sujeto político y titular de derechos) o al sector minoritario, oligárquico-corporativo.

I. Poder constituyente, Constitución y pueblo

Hay “consenso” en los tratados de Derecho Constitucional de “cabeza” en señalar que el *poder constituyente* es la facultad que tiene el pueblo de constituir la sociedad civil (o Estado) dándose para ello una organización política y jurídica¹. Desde una posición dogmática, Linares Quintana señala que ese poder constituyente, singular y extraordinario, esa facultad soberana del pueblo en darse su ordenamiento jurídico político fundamental, es ejercido por una comunidad carente de Constitución para dictarse la primera de ellas, estamos aquí frente al ejercicio del *poder constituyente originario*. En el mismo sentido, cuando la comunidad ya tiene una Constitución, la facultad que le permite su reforma, su modificación o su revisión, ya sea en forma total o parcial, cuando lo crea necesario, es el ejercicio de su *poder constituyente derivado*².

En este sentido, podemos marcar que existe una gran falacia en nuestra Constitución escrita. Ya que en su Preámbulo, al señalar uno de los axiomas de todo el sistema democrático y representativo, expresa que el poder constituyente reside en el pueblo: “Nos, los representantes del pueblo...” Es preciso señalar que la sanción de la ley Sáenz Peña de sufragio para todos los varones mayores de edad se dictó a principios

¹ LINARES QUINTANA, S., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y Comparado. Parte general*, 1ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, s/p.

² *Ibídem*.

del siglo XX, conquistando recién las mujeres el sufragio popular en 1947. Estaba claro que los representados eran los factores reales de poder (la oligarquía), que eran, a su vez, los que habían designado a los representantes.

Desde la perspectiva del acto constituyente, el soberano es aquel que hace la Constitución y establece un nuevo orden político y jurídico. El soberano es el sujeto constituyente, por esa razón, el soberano es como aquel que determina la forma constitucional, la identidad jurídica y política, y la estructura gubernamental de una comunidad en su totalidad. Es preciso señalar, de acuerdo a lo ya argumentado, que el poder constituyente observa dos momentos, el fundacional y el reformador, dichas etapas coinciden en que son capaces de constituir u organizar el sistema político estatal, difiriendo en tiempo y competencias, teniendo en miras siempre que le brindan de un marco de principios y reglas para el poder constituido: el acto de gobernar.

El concepto de soberanía como acto creativo y fundador del sujeto constituyente se aleja de la noción tradicional de soberanía. Primero, porque mientras en la formulación tradicional de soberanía el énfasis se hace en el momento de coerción, que a menudo ocurre dentro de un orden establecido (represivo), en esta versión alternativa, el énfasis se hace en el momento de la creación original de un nuevo orden (productivo). En este caso la modalidad de soberanía está expresada en sus poderes instituyentes para establecer nuevos sistemas de leyes fundamentales, para instaurar nuevos órdenes políticos y para dar vida a nuevas constituciones. El sujeto constituyente no es una fuerza represiva, sino una agencia productiva. En segundo lugar, el soberano ya no es un gobernante absoluto sino un legislador fundador: la misión del soberano no es ejercer el poder, sino diseñar las normas legales y las reglas de procedimiento superiores que regularán el ejercicio del poder. Finalmente, en lugar de destacar el poder discrecional de un mandato superior que emana desde arriba, la noción de soberano constituyente redirige nuestra atención hacia las fuentes subyacentes de la realidad instituida localizada abajo³.

En este sentido, Carl Schmitt enseña que sólo conoce como Cons-

³ BEAUD, O., *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994, p. 208.

titución legítima a la que descansa en el poder constituyente del pueblo. El razonamiento del pensador germánico apunta al origen colectivo de las leyes constitucionales. En un régimen democrático, la legitimidad de las normas y las instituciones fundamentales depende de cuán incluyente sea la participación de los ciudadanos durante el momento extraordinario y excepcional de la creación constitucional. En este sentido, Ferreyra expresa: "...la Constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo. Ergo, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral"⁴, y agrega que es el pueblo el sujeto que tiene el derecho a cambiarla o modificarla cuando en libre decisión política fundamental considere oportuno y necesario disponerla⁵.

Atento a lo expresado, apunta Schmitt que la política de las fundaciones democráticas ilustra los orígenes populares de las estructuras básicas de la sociedad, mediante las cuales son concebidos los principios reguladores superiores y las instituciones centrales, como el producto resuelto de una práctica colectiva basada en la formación consiente de la voluntad política. El soberano constituyente evoca el momento extraordinario de la manifestación directa de autonomía colectiva y movilización popular, durante esos raros períodos de innovación política y creación constitucional original, donde hay una creciente intervención y participación de las masas en el proceso de establecer una nueva Constitución.

Esta formulación de soberanía popular en términos del poder constituyente de una comunidad política expansiva es una reaseveración mucho más sofisticada del viejo y fundamental principio democrático de autogobierno y autodeterminación, de acuerdo con el cual el pueblo es el autor de las leyes que lo gobiernan (autonomía).

Esta teoría de legitimidad democrática está de acuerdo con una definición de democracia como el régimen en el cual el pueblo es el sujeto del poder constituyente y se da a sí mismo su propia Constitución. Son los principios inmanentes del término "constituir" los que pres-

⁴ FERREYRA, R., *Discurso sobre reforma constitucional*, en BARCESAT, E. y CORTI, A. (dirs.), *Revista de Derecho Público*, N° 3, Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 161.

⁵ Ídem, p. 160.

criben que la fundación de un nuevo orden constitucional debe involucrar a quienes deberán obedecerlo. De la misma manera, el contenido normativo del soberano constituyente es de participación. Este poder constituyente exige que los que son sujetos de una orden constitucional lo *coinstituyan*. Le otorga validez al documento constitucional, con la condición de que participen todos sus posibles destinatarios.

Si una persona o grupo se apropiara del poder para constituir un orden legal con la exclusión de aquellos a quienes estará destinado, el documento constitucional resultante será considerado como inválido y no autorizado, como el resultado de un acto arbitrario de usurpación que viola la prescripción normativa del acto constituyente⁶.

Aristóteles, padre de la política como ciencia, expresaba: “La Constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política soberana, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es el sector social dominante en la comunidad política y de cuál es el fin asignado a la comunidad política por ese sector social dominante”⁷. Y puesto que el sector social dominante conforma el régimen político, Constitución y sector social dominante significan lo mismo. En orden a lo señalado, Lasalle expresaba en su obra *¿Qué es una Constitución?* que las constituciones reflejan el estado de las relaciones de fuerzas políticas, económicas y sociales en un momento dado⁸.

En orden a lo expresado, la Constitución positiva, según Lorenz Von Stein, no emana de una idea abstracta del ordenamiento del Estado, sino que esencialmente se apoya sobre el ordenamiento económico-social; vale decir, ella se modela sobre la división de los bienes materiales⁹.

⁶ SCHMITT, C., *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009, p. 178.

⁷ ARISTÓTELES, *Política*, 1829, ps. 15-18, cit. en SAMPAY, A. E., *La evolución constitucional argentina*, en *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1975, t. I, p. 2.

⁸ Lasalle escribe al calor de los triunfos de las revoluciones burguesas en Europa. En cambio, el sector dominante que salió triunfante en Argentina fue la oligarquía liberal terrateniente.

⁹ VON STEIN, L., *Handbuch der Verwaltungslehre* (traducido parcialmente al italiano por B. D., con el título *La scienza della Amministrazione*, Torino, 1897, p. 3), cit. en SAMPAY, A. E., *Constitución como objeto de ciencia*, en *Constitución y pueblo*, 2ª ed., Cuenca, Buenos Aires, 1974, p. 26.

II. Constitución real y corrientes historiográficas interpretativas del antagonismo discursivo sobre la juridicidad

Apelando a una hermenéutica de las corrientes historiográficas jurídicas, nos encontramos con dos discursos inmersos en *lo político*¹⁰, que subyacen y son inseparables a dichas vertientes. En este sentido, entendemos a la construcción de *la juridicidad* como una acción condicionada y determinada por lo político.

Atendiendo a lo predicho, consideramos que el discurso de la juridicidad es condescendiente a lo político para definir el modelo económico (por ej.: ley de reforma del Estado o ley de empresas del Estado), el modelo educativo-cultural (actual ley de educación superior o decreto de eliminación del arancelamiento universitario), el modelo ético y hasta en ciertos casos el modelo religioso.

En este sentido, nos encontramos en nuestro análisis con la obligación de desentrañar el pasado, para encontrar las respuestas que nos posibiliten arribar a un acabado análisis sobre el actual poder constituyente.

En primer término nos encontramos con el discurso heredado de la llamada *historia oficial*¹¹. El historiador Norberto Galasso nos enseña que dicha corriente trasunta la construcción de un relato cimentado por la óptica de las minorías económicamente poderosas ligadas a intereses foráneos, expuesto como sucesión de fechas y batallas cuya relación, más de una vez, aparece como arbitraria o sólo generada por enfrentamientos personales.

¹⁰ Arendt lo considera como un espacio de poder, conflicto y antagonismo. Por su parte, la política significa el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un determinado orden, organizando la coexistencia humana en el contexto de la conflictividad de lo político (MOUFFE, Chantal, *Introducción*, en *En torno a lo político*, FCE, México, 2004, ps. 15-16).

¹¹ Galasso la tipifica expresando los siguientes ítems constitutivos: 1. Es la historia que se enseña desde hace décadas en los diversos nivel de enseñanza; 2. predomina en los medios masivos de comunicación; 3. está presente, indiscutida e indiscutible, en los discursos de la iconografía oficial; 4. se yergue en las estatuas de las plazas y denominaciones de calles y localidades (GALASSO, N., *Las corrientes historiográficas*, en *De la historia oficial al revisionismo rosista. Corrientes historiográficas en la Argentina*, Cuadernos de la Otra Historia, Buenos Aires, 2004, p. 4).

Esta corriente sienta sus bases en la impugnación a la herencia hispánica, despreciar lo multitudinario y desconocer lo autóctono en sus valores originarios. Consideraban que el punto de partida de la nacionalidad era el 25 de mayo de 1810, negando nuestro pasado colonial. En este sentido, crearon el dogma patriótico consistente en obtener la independencia política¹² y organizar una Nación soberana, cimentada en la libertad, igualdad y fraternidad, a través de un sistema republicano y representativo.

Rodolfo Ortega Peña y Eduardo Luis Duhalde señalaban que la *Historia del Derecho* se viene practicando de una manera acorde con el proyecto neocolonial, en el cual la universidad está inmersa¹³.

Agregan que el paradigma pedagógico “oficial” optó y opta por encubrir la “verdad” ideológica con el manto de cientificidad. Decisión ésta que conduce a la configuración de una falsa neutralidad, autonomismo y aislacionismo de los procesos de construcción de juridicidad de los modelos históricos políticos. En este marco, toda enseñanza está basada en el dato, en el hecho aislado, sin conexiones, sin causalidades y sin relación de conceptos.

Toda esta técnica de colonización jurídica encontró soporte exclusivo en el *mitrismo*, en tanto concepción de mundo colonial concreto, y no solamente como versión historiográfica de los vencedores. Cuando se brindaba al estudiante un tema “histórico”, se lo hacía desde la perspectiva de una concepción elitista, antipopular, unitaria, presuntamente documentada, y con un gran desprecio a lo nacional, solamente igualado en la admiración a las instituciones y capital europeos.

En orden a lo precedentemente señalado, dichos autores agregan que “Sólo a través del análisis de la temporalidad de las normas, a partir de su inserción concreta en la dialéctica social y en la relación

¹² Lo que se logró es la intendencia política y económica de España, para pasar a las manos, por decisión de las elites patricias, del Imperio Británico. A partir de la crisis orgánica del yugo español nuestras instituciones políticas y nuestra producción económica iban a estar dirigidas y fiscalizadas desde Londres.

¹³ ORTEGA PEÑA, R. y DUHALDE, E. L., *Historia del Derecho y liberación nacional*, en AA. VV., *Liberación y Derecho*, Año 1, N° 1, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional y Popular de Buenos Aires, enero-abril de 1974, p. 105.

con el imperialismo, es posible rescatar la esencia de la historiográfica del Derecho argentino”¹⁴. Señalan que en este hurgamiento de la Historia del Derecho argentino nos encontramos con el llamado *Derecho de dependencia*, o sea, el Derecho generado por y para afirmar la dependencia enajenada del argentino, con su momento específico del *Derecho represivo*, que puede ubicarse con claridad ejemplar en el siglo XIX, en la etapa rivadaviana, mitro-sarmientina y en el “Régimen”. La historia de la llamada “organización nacional” es precisamente la de la formulación concreta del Derecho de dependencia. Antagónicamente los sectores populares generaron un Derecho de liberación enquistada en la corriente del *revisionismo histórico*, que se presenta, al igual que el Derecho de dependencia, como un *continuum*, en la medida en que de la montonera al peronismo la lucha popular es igualmente continua¹⁵.

El armado hegemónico en la etapa fundacional del país muestra en claro cuáles eran los proyectos político-jurídicos en pugna. En 1811 un grupo de “revolucionarios” de Mayo elabora un Proyecto de Constitución en el que estatuyen: “El Superior Gobierno, ni otro alguno, no podrá ceder Puerto o parte de nuestro Suelo, a Potencia alguna extranjera. Eso sería dividir, comunicar y enajenar la Soberanía que es de Suyo incommunicable, inalienable e imprescriptible”¹⁶. La realidad, falsificada por los ilustres historiadores mitristas, mostraría el apoderamiento de nuestras decisiones soberanas a la Corona británica, que nos tomaría como un anexo semicolonial.

Entre los muchos ensayos de programas político-jurídicos, uno de los más interesantes es el que Manuel Belgrano redactó en su camino hacia el Paraguay: *Reglamento para el Régimen Político y Administrativo y Reforma de los treinta Pueblos de las Misiones*. Dicho ensayo contemplaba la igualdad entre criollos y naturales, expropiación a los enemigos de la revolución, establecimiento de escuelas primarias, libre disposición y goce de las propiedades por los naturales de las Misiones, reparto equitativo de las tierras productivas, creaciones de fondos para

¹⁴ Ídem, p. 107.

¹⁵ Ídem, p. 108.

¹⁶ *Proyecto de Constitución Nacional Provisoria*, 1811, art. 12, cit. en SAMPAY, A., *La reforma constitucional*, Biblioteca Laboremus, La Plata, 1949, p. 18.

destino educativo, formación de milicias populares, defensa de la ecología, reconocimiento de garantías laborales para los trabajadores y multas para los patrones que violen las obligaciones para con sus empleados y hasta pena de muerte para los que apliquen castigos a sus trabajadores¹⁷.

En otro sentido, el debate entre los dos discursos se posiciona también en la idea económica de proteccionismo contra librecambio, el país contra el puerto: ésta fue la pugna que ardió en el trasfondo de las guerras civiles argentinas durante el siglo pasado. Buenos Aires, que era el puerto único, y por sus narices debían pasar todos los productos que entraban y salían del país, detentaba el monopolio de la renta aduanera, de los bancos y de la emisión de moneda. La casi totalidad de los ingresos de Buenos Aires provenía de la aduana nacional, que el puerto usurpaba en provecho propio, y más de la mitad se destinaba a los gastos de guerra contra las provincias, que de este modo pagaban para ser aniquiladas¹⁸.

Uno de los hombres que combatiría fieramente al librecambismo del imperialismo británico y dejaría su legado es Artigas, que había concebido desde lo jurídico un sistema constitucional que unificaba en un solo mercado interno a las Provincias del Río de la Plata, dividiendo los campos a fin de aumentar la producción agropecuaria y promoviendo con franquicias aduaneras la introducción de “máquinas, instrumentos de ciencia y arte, libros e imprentas”. Con este accionar, el líder oriental había abierto tempranamente el camino para el desarrollo de un capitalismo nacional vigoroso y progresista¹⁹.

A medida que se intensificaban en el país las luchas intestinas, surge la figura de Juan Manuel de Rosas. Durante su conducción, dicta

¹⁷ PIGNA, F., *El hijo de la patria*, en *Los mitos de la historia argentina, la construcción de un pasado como justificación del presente: Del descubrimiento de “América” a la “independencia”*, 1ª ed., Norma, Buenos Aires, 2004, ps. 355-356.

¹⁸ BURGÍN, M., *Aspectos económicos del federalismo argentino*, Buenos Aires, 1960, cit. en GALEANO, E., *Las lanzas montoneras y el odio que sobrevivió a Juan Manuel de Rosas*, en *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI, México, 1971, s/p.

¹⁹ *Reglamento general provisional para el régimen aduanero*, dado por el general Artigas, de 9-9-1815, cit. en GÓMEZ, Hernán, *El general Artigas y los hombres de Corrientes*, Corrientes, 1929, ps. 98-100.

en 1835 una ley de aduanas acentuadamente proteccionista, que prohibía la importación de manufacturas. Los efectos se hicieron notar sin demora. Hasta la batalla de Caseros, que derribó a Rosas en 1852, navegaban por los ríos las goletas y los barcos construidos en los astilleros de Corrientes y Santa Fe, había en Buenos Aires fábricas prósperas y todos los viajeros coincidían en señalar la excelencia de los tejidos y zapatos elaborados en Córdoba y Tucumán, los cigarrillos y las artesanías de Salta, los vinos y aguardientes de Mendoza y San Juan. La ebanistería tucumana exportada a Chile, Bolivia y Perú. Diez años después de la aprobación de la ley, los buques de guerra de Inglaterra y Francia rompieron a cañonazos las cadenas extendidas a través del Paraná, para abrir la navegación de los ríos interiores argentinos que Rosas mantenían cerrados. A la invasión sucedió el bloqueo. Diez memoriales de los centros industriales de Inglaterra, suscritos por mil quinientos banqueros, comerciantes e industriales, habían urgido al gobierno inglés a tomar medidas contra las restricciones impuestas al comercio en el Plata.

El bloqueo puso de manifiesto, pese a los progresos alumbrados por la ley de aduanas, las limitaciones de la industria nacional, que no estaba capacitada para satisfacer la demanda interna. En realidad, desde 1841 el proteccionismo venía languideciendo, en lugar de acentuarse; Rosas expresaba como nadie los intereses de los estancieros saladeristas de la Provincia de Buenos Aires, y no existía, ni nació, una burguesía industrial capaz de impulsar el desarrollo de un capitalismo nacional auténtico y pujante: la gran estancia ocupaba el centro de la vida económica del país, y ninguna política industrial podía emprenderse con independencia y vigor sin abatir la omnipotencia del latifundio exportador. Rosas permaneció siempre, en el fondo, fiel a su clase, pero no obstante dejó una huella indeleble en el pensamiento nacional y popular, en su acto de defensa de la soberanía²⁰.

En sintonía con lo precedentemente glosado, Arturo Sampay señala que el Pacto de la Confederación de 1831, en concurrencia con la ley de aduanas de 1835 dictada por Rosas, logró un equilibrio entre los intereses de las oligarquías lugareñas y el interés mayor de los terra-

²⁰ GALEANO, ob. cit., s/p.

tenientes y saladeristas de la Provincia de Buenos Aires. El caudillo de Buenos Aires consiguió así, después de años de guerras y negociaciones, que todas las provincias adhirieran con lo cual se convirtió en la Constitución argentina hasta 1853²¹. El constitucionalista González Arzac manifiesta en orden a lo predicho que del pensamiento federal de Rosas se interpreta que lo buscado era la Confederación como el sistema de gobierno apropiado en esa coyuntura, ya que conllevaba garantizar la unidad y asegurar el gobierno de las provincias y su representación exterior, superando la anarquía y la disgregación. Y esa Confederación se debía instrumentar mediante un “Pacto” donde los Estados contratantes acordaran normas de convivencia pacífica, unidad militar, personalidad exterior común, pero se reservaran su propia independencia para revisar las condiciones pactadas y denunciar el acuerdo si fuera necesario. Rosas consideraba necesario que el paso desde el Pacto de Confederación hacia la Constitución federal estuviera garantizado por condiciones de estabilidad. Cuando en 1853 las provincias interiores de la Argentina se dieron una Constitución sin haber logrado aquellos requisitos, a entender del mencionado pensador, promovieron la división con la Provincia de Buenos Aires.

La Argentina hasta el día de hoy sigue padeciendo el vicio de la “institucionalidad patriótica” que sostiene la corriente “Mayo-Caseros”. La Norma Fundamental de 1853 vino a transformar el poder en Derecho, el motivo de su sanción fue crear una ficción jurídica y una causa que legitime el accionar de los vencedores de Caseros²².

En sintonía a lo expresado, Mitre, al regresar del ostracismo, enuncia un programa de organización nacional acorde con la visión realista y progresista de Mayo. Ya que para él lo vertebral de la organización no era la Constitución escrita, sino una Constitución económica, es decir un modo de ser político en cuanto a los recursos o medios de vivir.

Es así como en 1853 se sanciona la “Constitución” que articula las instituciones político-jurídicas destinadas a promover el desarrollo capitalista liberal del país. Erige un gobierno central fuerte con la

²¹ SAMPAY, ob. cit., p. 33.

²² GONZÁLEZ ARZAC, A., *Rosas y el constitucionalismo*, en http://www.pensamientonacional.com.ar/contenedor.php?idpg=/gonzalezarzac/0004_rosas.html (consultado el 21-6-2010).

finalidad de contener y disciplinar a las masas de la población, a las cuales, por distintos procedimientos, se les obstaculiza la gravitación política. Garantiza las libertades económicas, especialmente la de disponer de la propiedad privada. Protege, con los mismos derechos que a los nativos, a los extranjeros y a sus capitales para que se radiquen en el país. Nacionaliza la renta de la aduana y suprime los impedimentos de la circulación territorial interna de mercaderías y productos, y, para facilitar esta circulación, uniforma la legislación civil, comercial, penal y de minería. Abre los ríos a la libre navegación, con lo que el Litoral quedó definitivamente integrado en la Nación Argentina.

En esa coyuntura político-jurídica, Sarmiento expresaba con referencia a la reciente sanción de la Carta Magna: “Una constitución no es la regla de conducta pública para todos los hombres. La constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, los jueces las aplican, y la policía de seguridad. Son las clases educadas las que necesitan una Constitución que asegure las libertades, de acción i de pensamiento; la prensa, la tribuna, la propiedad, etcétera, y no es difícil que estas comprendan el juego de las instituciones que adoptan”²³.

Regresando a Arturo Sampay, el constitucionalista señala que la Constitución de 1853-60 es una estructura político-oligárquica, pues ella concede preeminencia a los ricos, aunque no siempre desempeñen el gobierno legal, y los pobres, explotados, tienen obstruido el acceso a la autodeterminación colectiva. Agrega que se podía considerar democrática por cuanto permitía que participara de la vida pública la porción del pueblo apta para hacerlo a la sazón, ya que los sectores subalternos, en clave gramsciana, debido a sus inveterados hábitos de sumisión y a su absoluta incultura intelectual se hallaban todavía subpolitificados y era progresista porque promovía la expansión del capitalismo que introducía, en el ámbito de un régimen primitivo de producción y de un consumo rudimentario, los medios científicos de trabajar y las necesidades nacidas de una civilización avanzada²⁴.

La batalla de Pavón marca un punto de consolidación, una alianza, una formación muy estrecha, de clase entre los grandes comerciantes

²³ SARMIENTO, D. F., *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Santiago de Chile, 1853, p. IV, cit. en SAMPAY, ob. cit., p. 55.

²⁴ SAMPAY, ob. cit., p. 59.

del puerto de Buenos Aires, importadores y exportadores, y los grandes hacendados de la pampa húmeda²⁵. Este triunfo lo lleva a Mitre a la presidencia en 1862, y en su mandato echa las bases de lo que luego se va a denominar “modelo agroexportador”, que es llevado adelante con las concesiones ferroviarias de empresas inglesas trazadas en abanico a las zonas portuarias del país. Luego los frigoríficos, pasando por los seguros y la flota comercial. Lo que se instauró fue una verdadera plutocracia, un gobierno vertebrado por una Constitución económica dependiente, con un régimen normativo que garantice el poder de los sectores vinculados con la producción primaria y reprima al pueblo, para que no pueda romper con dicho *statu quo*.

Atento a lo anteriormente argumentado, Costante señala cómo juega el discurso jurídico en este esquema plutocrático instituido por el mitrismo: “...el Estado liberal funcional al modo de producción capitalista instala ficciones: somos libres e iguales y la burguesía (oligarquía terrateniente) como clase dominante que va a velar por los intereses de los asalariados, el proletariado y el campesinado; va a representar sus intereses y el gobierno va a tener como mira el bien común, que es el menos común de los bienes, llegándose a enunciar con pretensión de seriedad intelectual que si las clases privilegiadas progresan en su bienestar, estas posibilidades se derraman hacia las menos favorecidas”²⁶. Agrega que “El funcionamiento del poder político (en dicho paradigma) es abstencionista en cuanto no perturbe el mecanismo natural del mercado y éste produzca el equilibrio entre oferta y demanda. Si las manos del mercado son invisibles, el aparato represivo no lo es: visiblemente el poder político aparece reprimiendo los intentos de resistencia social”²⁷.

Los sectores que más rápidamente llegan a ser conscientes de sus intereses son justamente las clases dominantes²⁸. Tienen el poder eco-

²⁵ GALASSO, N. I., *El modelo agroexportador*, en *De Perón a Kirchner*, Punto de Encuentro, Lanús, 2011, p. 11.

²⁶ COSTANTE, L., *Sobre el contenido y eficacia de la Constitución y su posible reforma*, en BARCESAT, E. y CORTI, A. (dirs.), *Revista de Derecho Público*, N° 3, Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 118.

²⁷ Ídem, p. 119.

²⁸ Se vislumbra que en la formación del Estado, no hubo una burguesía nacional

nómico, tienen el ocio para pensar, tienen los hijos para enviarlos a las universidades y pueden construir toda una elaboración ideológica con relación a lo que ellos piensan de ese país donde viven. Como lo que ellos piensan está dirigido a justificar sus privilegios, esa elaboración ideológica tiende a legitimarlos. Tienden a conseguir que otros sectores de la sociedad que no tienen esos beneficios igualmente los apoyen, tienden a evitar que las clases medias actúen juntamente con los trabajadores en contra de esa minoría gobernante. De ahí, a nuestro entender y siguiendo a Galasso, es de suma importancia para ellos tener un diario para escribir la historia y tener académicos de historia a su servicio.

En 1860 se formaliza la reunificación político-jurídica de la Argentina, por las presiones de las firmas británicas establecidas en la ciudad de Buenos Aires, que aprovechan de un mercado nacional ya modelado y de perspectivas promisorias para cuando el país se pacificara. Luego con la reforma de 1866, Mitre, apremiado por los gastos de la guerra del Paraguay, impone definitivamente la nacionalización sobre las exportaciones, a pesar de la oposición de los grandes sectores ganaderos de Buenos Aires y de Urquiza. Aquí se puede observar que en la escala de valores de los intereses británicos primó el sostenimiento de la guerra fratricida contra el pujante y avanzado Paraguay de Solano López. En esa coyuntura, Mitre en cabeza de la clase política liberal extingue a sangre y fuego a los últimos caudillos del interior resistentes a las transformaciones que trae la penetración y expansión del capitalismo europeo²⁹.

En orden a lo dicho, Carlos Cárcova expresa que “las constituciones de Iberoamérica, se habían vaciado en los moldes europeo/norteamericano, pero la realidad imperante, sociológicamente considerada, re-

que ampliara sus propios intereses de clase sumándoles los intereses de las otras capas aliadas cuyas reivindicaciones asume, nuestra burguesía es antinacional y aristocratizada, pues volcaba su capital a las formas feudales de vida, donde prima la situación estamental y en la que sus intereses económicos se vinculan con la exportación de materias primas agropecuarias (a principios del siglo XIX la explotación era ganadera principalmente), este fenómeno de fuga de status está presente desde 1810.

²⁹ ORTEGA PEÑA, R. y DUHALDE, E. L., *Felipe Varela contra el Imperio Británico*, Buenos Aires, 1966, s/p.

mitía a una especie de neofeudalismo, caracterizado por un uso autocrático y despótico del poder del Estado, por el fraude electoral, por el clientelismo [...] La actualización de tales estructuras políticas, para hacerlas más congruentes con los ordenamientos constitucionales implicaba, en lo jurídico, llevar adelante estrategias de integración social que permitieran a las grandes masas excluidas, gozar de los beneficios de la jurisdicción, lo que significaba gozar de las garantías mínimas que el sistema les prometía, sin concedérselas”³⁰.

Contemporáneamente a la configuración del Estado oligárquico-liberal, se sanciona el *Código Civil* que surge con el auge del mitrismo, la influencia del Brasil (*Esboço* de Freitas) y la necesidad de institucionalizar la propiedad privada tras la derrota de la “montonera”. Pero su esencia se historializa con la aplicación que la misma clase social opresora realiza de ese conjunto de normas.

Con la maduración del sistema constitucional real-escrito de la oligarquía-liberal, durante la década de 1880 el capitalismo occidental competidor se trasmuta en un capitalismo organizado con carácter imperialista. En consecuencia, las empresas capitalistas, en lugar de concurrir a los países atrasados a competir entre sí, ahora se unifican en grandes consorcios, que se apoderan de esos países para explotarlos con exclusividad, imponiéndoles, con sus inversiones en las industrias y sus empréstitos dirigidos, una producción suplementaria y subordinada a la producción del área metropolitana. La Argentina, entonces, ya no pudo servirse de un capitalismo competidor para plasmar un desarrollo autónomo, explotando sus recursos para establecer la infraestructura de una producción moderna. Bajo este panorama el país quedaría situado en la división internacional del trabajo como un productor de *commodities*. Para consolidar su lugar en este esquema político-económico mundial, el por aquel entonces presidente, Julio Argentino Roca, llevó adelante su “reforma agraria” bajo la denominación de “conquista del desierto”, en la que usurpó a los pueblos originarios del sur del país más de 20 mil leguas cuadradas de tierra fértil para el cultivo y la ganadería.

³⁰ CÁRCOVA, C. M., *Acceso a la justicia: exclusión y aculturación*, en *Revista de opinión jurídica “Urbe et ius”: El acceso a la justicia y la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos*, N° 2, 2004, p. 2.

A finales del siglo XIX, principios del XX, irrumpe en la escena política nacional la figura de Hipólito Irigoyen y de su movimiento político popular, que haría bandera, la lucha por la conquista de la universalización del derecho de los ciudadanos a elegir gobernantes. Irigoyen proclama la necesidad de que los sectores populares no pacten con los políticos del “régimen” del sistema liberal-oligárquico que excluía al pueblo de la decisión política, y que en cambio recurran a la violencia para conquistar el derecho al sufragio.

El Partido Radical Revolucionario depuso la acción violenta y pactó con Sáenz Peña el compromiso de dictar una legislación que confiera garantías al derecho de sufragar a todos los ciudadanos varones, mayores de edad y con plenas capacidades.

Las leyes electorales de referencia transforman la Constitución oligárquica de 1853-60 en una Constitución virtualmente democrática. Es decir, el sector mayoritario sometido podía conquistar por vía legal el poder político. Y llegado este caso, el carácter “elástico” del texto constitucional, según Sampay, permitiría y legitimaría la intervención del Estado en la economía con vistas a satisfacer los intereses populares³¹.

La anotada antinomia interna de la Constitución de 1853-60 hizo crisis en la segunda presidencia de Irigoyen, cuando Inglaterra, forzada por la bancarrota de 1929, exigió una parte mayor del producto del trabajo argentino y esto no podía consumarse sin excluir de la política a los sectores populares.

La circunstancia de que Irigoyen había sido elegido por un movimiento popular acusadamente antiimperialista, que propiciaba la extracción, industrialización y comercialización del petróleo por parte del Estado, agravaba aún más el hecho. Se sumaba a esta situación que la oligarquía había recobrado privilegios y preeminencia de todas las clases durante la presidencia de Alvear, porque este gobernante, rodeado por la guardia de los políticos conservadores, abandonó los designios del radicalismo que había impuesto Irigoyen. La crisis de la Constitución escrita de 1853-60 residía en que el sector social dominante, para retener el gobierno real del país y contener el avance

³¹ SAMPAY, ob. cit., ps. 64-66.

de los sectores populares, necesitaba suprimir los derechos democráticos que en el siglo XIX permitieron conquistar y consolidar la supremacía frente al absolutismo político y a una organización monopolista de la economía, que había retardado el progreso que implicaba la primera revolución industrial. Derrocado el Gobierno de Irigoyen, y, por ende, excluidos los sectores populares, los intereses británicos se revitalizaron. En efecto, el imperialismo inglés se adueñó de los principales recursos de la riqueza nacional.

En el transcurso que va desde la irrupción autocrática al gobierno de Irigoyen hasta 1943, se sucedieron hechos de fraude electoral, el radicalismo pasó a depender de los sectores conservadores, y los gobiernos proimperialistas instalaron una legislación de vasallaje, que Arturo Jauretche bautizaría como “estatuto legal del coloniaje”.

El ciclo oligárquico reabierto con el derrocamiento de Irigoyen se cierra con el alzamiento militar del 4 de junio de 1943, cuyo programa era instalar las industrias pesadas como medio para obtener la independencia económica, rematándose el cierre del ciclo oligárquico con la insurgencia popular del 17 de octubre de 1945, dirigida a defender el progreso de justicia social que se había alcanzado en esa época gracias a la política realizada desde la Secretaría de Trabajo y Previsión. Este avance de los sectores populares allanó el camino para que en 1949 se imponga una reforma constitucional³².

La causa de la reforma de la Constitución escrita en 1949 es el surgimiento de un *nuevo poder constituyente*, dado por una nueva Constitución real que se selló el 17 de octubre de 1945, una forma de Nación, es decir, un pueblo unido políticamente con capacidad de obrar y con consciencia de su singularidad política. Antes de este surgimiento, el poder constituyente era una minoría organizada, que nunca invocó la voluntad de la mayoría y la relegó de las decisiones políticas fundamentales. Este poder constituyente cimentaría la refor-

³² Hegel expresa que puede acontecer que un cambio social profundo y repentino exija procedimientos extraordinarios para adecuar las instituciones al espíritu del tiempo. HEGEL, *Zusatz 298, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, edic. G. Lasson (trad. de Messineo, p. 394), cit. en SAMPAY, *Constitución como objeto de ciencia* cit., p. 26.

ma en tres pilares vertebrales: la independencia económica, la soberanía política y la justicia social³³.

En este contexto, las relaciones de poder cambiaron, configurándose nuevos modos de construcción de lo político que llevan a una transformación consecuente también en lo jurídico, en lo económico, en lo social y en lo cultural. Este nuevo paradigma de Estado de bienestar o providencia llamado populismo no se asemeja a las experiencias socialdemócratas europeas o los corporativismos autoritarios, como el fascismo italiano. Es preciso señalar que se trata de un fenómeno netamente iberoamericano y principalmente sudamericano.

En el caso argentino, es patente vislumbrar cómo el régimen populista de 1946-1955 sucedió a los movimientos de clase media, como el irigoyenismo. Estos movimientos en su momento fueron las primeras y más fuertes reacciones en contra del Estado oligárquico, y, en oportunidades, se combinaron con movimientos obreros³⁴.

Con un panorama más definido, llegamos a expresar que la historia de la Constitución es la historia de la correlación de fuerzas políticas de los sectores dominantes (el otro) y de los sectores que constituyen el pueblo (nosotros). Siguiendo este razonar, como la Constitución y el Derecho están subordinados por el reparto de los bienes y por el orden de la sociedad que se basa en él, la antigua Constitución y el antiguo Derecho no pueden subsistir cuando el trabajo ha engendrado la propiedad de los bienes de producción dentro de la clase dependiente. Se arribó, pues, al momento en que una transformación del Derecho se había convertido en una necesidad interna y pronto en una necesidad exterior e ineludible.

Debemos agregar que toda revolución en que la clase dependiente se levanta con exigencias de igualdad contra la clase dominante sin haber adquirido antes aquellos bienes, constituye una contradicción con la naturaleza del progreso del Derecho, y tendrá que fracasar por

³³ Por justicia social debe entenderse, expresa Sampay: la justicia que ordena las relaciones recíprocas de los grupos sociales, los estamentos profesionales y las clases, con las obligaciones individuales, moviendo a cada uno a dar a los otros la participación en el bienestar general a que tienen derecho en la medida en que contribuyeron a su realización (SAMPAY, ob. cit., p. 47).

³⁴ STANLEY, Myriam, *El populismo en América Latina*, p. 350.

extemporánea. Y la consecuencia de toda revolución falsa es un mayor sometimiento de la clase dependiente.

Lasalle, en sintonía con lo precedentemente glosado, expresa que cuando en un país estalla y triunfa una revolución, cuando cambia la relación de fuerzas en la realidad, se engendra la necesidad de instaurar una nueva Constitución escrita. Por consiguiente, una Constitución escrita es buena y durable cuando corresponde con la Constitución real. Agrega que allí donde la Constitución escrita no se adecua a la Constitución real, estalla inevitablemente un conflicto insoluble y en el que, más bien temprano que tarde, la Constitución escrita, la hoja de papel, sucumbe ante el empuje de la Constitución real³⁵.

La Constitución de 1949 se proponía hacer efectivo el gobierno de los sectores populares, estatizando el manejo de los recursos financieros, de los recursos naturales y de los principales bienes de producción, con la finalidad de ordenar planificadamente la economía para conseguir un desarrollo autónomo y armónico, que concediera bienestar moderno a todos y cada uno de los miembros de la comunidad.

Señala Sampay que el Estado en la reforma de 1949 abandona la neutralidad liberal que, según él, es intervención a favor del poderoso, y participa, dentro de la órbita de las funciones que le son propias en las cuestiones sociales, económicas, culturales, como poder supletorio e integrador, para afirmar un orden positivo, restituyendo o asegurando al hombre la libertad necesaria a su perfeccionamiento³⁶.

Esta noción de intervencionismo estatal va coligada con la resignificación de dos conceptos que sustenta la Constitución de 1853-60: 1) el reconocimiento de la propiedad privada, y 2) la libre actividad individual, entendidos como derechos naturales del hombre. A partir de la reforma estas nociones vertebrales del ideal oligárquico-liberal quedarían sujetas a la exigencia legal de que cumplan su función social, y los principios de la justicia social. La propiedad privada, no obstante conservar su carácter individual, asume una doble función: personal y social; personal, en cuanto tiene como fundamento la exigencia de que se garantice la libertad y afirmación de la persona; social, en

³⁵ LASALLE, F., *Ueber Verfassungswesen*, en LASALLE, *Reden und Schriften*, vol. I, p. 491, cit. en SAMPAY, ob. cit., p. 38.

³⁶ SAMPAY, *Orientación de la reforma constitucional* cit., ps. 36-37.

cuanto esa afirmación no es posible fuera de la sociedad, sin el concurso de la comunidad que la sobrelleva, y en cuanto es previa la destinación de los bienes exteriores en provecho de todos los hombres.

La Constitución de 1853-60 no reconoce al obrero sus derechos porque la prestación de trabajo se incluía en la libertad de comercio, es decir, el trabajo era una mercancía entregada al libre juego de los intereses encontrados. Los juristas saben bien que se consideraba el contrato de trabajo como una compraventa. Con la reforma de 1949 se suplanta el régimen capitalista-liberal del trabajo, basado en el concepto absoluto de la propiedad privada y en el contrato de locación de servicio, concertado por las partes sin injerencia del Estado, por una relación institucional del trabajo, constituida por las leyes obreras, que en virtud de sus disposiciones forzosas, de orden público por el interés social que las informa, son inderogables por la voluntad privada, y por los contratos colectivos de trabajo. Se reconoce en orden a lo predicho un decálogo de derechos y garantías tuitivas e imprescriptibles tanto para el obrero como para su familia.

Contemplaba la nacionalización de las instituciones bancarias oficiales, incluyendo el Banco Central, ya que se veía imprescindible la estatización de este organismo para orientar la economía argentina hacia la ocupación plena, desterrando su concepción de edificio imperialista en manos de los intereses coloniales británicos. En este contexto, se expide una orden constitucional para reglar el comercio exterior y estatizarlo a fin de hacer valer la producción argentina en los mercados internacionales.

La reforma también convierte en bienes de la Nación todos los minerales, caídas de aguas, yacimientos de petróleo, de carbón y gas, y cualquier fuente natural de energía, con excepción de las vegetales: los hace públicos que no pueden desafectar, enajenar ni conceder a particulares para su explotación, es decir, transfiere esos bienes a la categoría de propiedad pública nacional y establece el monopolio del Estado para su explotación, introduciendo un cambio con respecto a los preestablecidos en el Código Civil y en el Código de Minería.

Siguiendo con todas las modificaciones, en materia de Derecho Económico Público, instauro la prestación directa por parte del Estado de los servicios públicos esenciales, prohíbe la enajenación de su pro-

piedad o el otorgamiento de concesiones para su explotación y manda la conversión progresiva, por compra o expropiación. La estatización de los servicios públicos, al suplantar el espíritu y la organización capitalista de su gestión, permite fijar el precio y la distribución del servicio no en procura del lucro privado, sino sólo por criterios de utilidad social.

En materia educativa y cultural, sustenta la idea de universidad ordenada en consecución de bienes útiles vinculados estrechamente a las necesidades del pueblo argentino y al engrandecimiento espiritual y material del país.

Esta Constitución escrita, legitimante del proceso iniciado en 1943, finaliza en 1955 cuando triunfa la contrarrevolución oligárquica por medio de la fuerza, imponiendo por medio de su decisión la derogación de la Constitución de 1949 y la declaración de la vigencia de la Constitución de 1853-60.

En 1957 la Convención Nacional Constituyente tuvo por única misión convalidar el decreto derogatorio de la reforma de 1949 en plena proscripción del movimiento político de los mayoritarios sectores populares.

III. La construcción del actor constituyente en la Argentina contemporánea

La construcción de la juridicidad entre 1976 a 2003 estuvo direccionada a legitimar el modelo neoliberal. Desde el plano normativo se pueden citar la ley de entidades financieras, la reforma al régimen de trabajo rural, la ley de radiodifusión y la ley de obediencia debida y la de punto final, entre otras tantas. Durante los noventa, el proyecto heredado del gobierno autocrático se profundizó con las leyes de emergencia y de reforma del Estado, que le brindaron discrecionalidad absoluta al Ejecutivo para convertir al Estado en una sucursal del poder económico-financiero transnacional, esto acompañado de la ley de convertibilidad, la ley de administración financiera 24.156, los pactos fiscales y las leyes de “flexibilización” laboral, entre otras.

En 1994 por el pacto entre Menem y Alfonsín se llega a un “consenso” para reformar la Constitución escrita, atento al cambio suscitado

en la Constitución real (profundización del modelo de Estado dependiente). Si bien la modificación contempla nuevos derechos y garantías (derechos humanos de tercera generación, cláusula democrática del art. 36, instrumentos de democracia semidirecta, etc.) y jerarquiza instrumentos institucionales, tiene sus puntos negativos. Calcagno señala que la disposición que expresa que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” (art. 75, inc. 22) permite la preservación y reproducción de las relaciones sociales establecidas por el neoliberalismo³⁷.

Atento a lo últimamente apuntado, cabe subrayar que la supremacía de los tratados internacionales por sobre la ley nacional es inaceptable en general, y más aún en los países débiles, sujetos a la presión globalizadora-neoliberal implementada por el *establishment*.

Bajo esta jerarquía se cuelan los tratados económicos y financieros que establecen lo que Jauretche llamaría un nuevo estatuto del coloniaje. Resulta que, si firmamos un tratado por el que se establecen la jurisdicción y las leyes extranjeras para que rijan contratos de servicios públicos o de deuda externa, se prescinde de la voluntad nacional frente al tratado. La Constitución nada dice de los tratados que nos obligan a ir a jueces extranjeros, o a someternos al arbitraje del Banco Mundial, o a aplicar las leyes del Estado de Nueva York.

Un país no puede renunciar a su soberanía, aunque haya firmado un tratado internacional en el que conste esa renuncia. En el plano internacional, la soberanía es inherente a los Estados y no puede renunciarse cuando se trata de un litigio de Derecho Público. No obstante, de acuerdo con la reforma constitucional de 1994, si el Congreso nacional sancionara una ley que reafirmara ese Derecho natural y estableciera con carácter obligatorio la jurisdicción nacional, tal ley sería inválida frente a la categoría constitucional de los tratados internacionales.

Parece absurdo, pero es así: ante una decisión nacional que no les guste, cualquier empresa privada extranjera puede llevar al Estado argentino a un arbitraje ante el organismo de mediación del Banco Mundial (el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI).

³⁷ CALCAGNO, E., *Estatuto constitucional del coloniaje*, en <http://www.rodolfowalsh.org/spip.php?article174> (consultado el 9-5-2011).

A partir del 2003, se tomó la decisión de desafiar las relaciones de poder (corporaciones económico-financieras, la partidocracia, empresas hegemónicas de comunicación) no en la forma de una negación abstracta, sino de un modo debidamente hegemónico, mediante un proceso de desarticulación de las prácticas existentes y de creación de nuevos discursos e instituciones.

El desafío al entramado de poder del neoliberalismo tiene prácticas articuladoras a través de las cuales se establece un determinado orden que va fijando el sentido de las instituciones sociales. Estas “prácticas hegemónicas”, como señala Mouffe, a su vez son contrarrestadas por prácticas contrahegemónicas, es decir, procedimientos que van a intentar desarticular la construcción del orden existente para instaurar otra forma de hegemonía³⁸, por ejemplo: las cautelares que impidieron el avance de la aplicación plena de la ley de servicios de comunicación audiovisual. Es así, ya que lo único que mantiene tranquilos a los grupos concentrados de poder económico es que las normas igualitarias no existan o que, de existir, no sean cumplidas ni les sean aplicadas.

El nuevo proceso político, iniciado en 2003, no sólo como detentador del poder institucional, sino como movimiento político, comprendió que la sociedad contemporánea tiene que reconocerse como “Pueblo” y no como una pluralidad heterogénea de comunidades mínimas dispersas. Era preciso crear un lazo de equivalencias entre todas las necesidades con el fin de refundar la identidad del “Pueblo”. Esta recreación precisa del antagonismo, no ya con la oligarquía del peronismo histórico, sino en contra del discurso de las corporaciones, el “otro”, que en este escenario empezó a tomar corporeidad a partir de instalar una nueva forma de construcción populista. Una vez determinadas las fronteras, estas necesidades representadas en comunidades mínimas, que están “abajo”, tienen su correspondiente asidero en el entramado institucional político-jurídico, el “arriba”, con medidas de reconocimientos expresos de derechos y libertades, como de instituciones donde se canalicen las necesidades.

³⁸ MOUFFE, ob. cit., p. 18.

Conclusiones

Atento al cambio que se está presentando en la Constitución real, creemos que debe producirse en la Constitución escrita. En ella, pues, el “Pueblo” instrumentalizará un gobierno democrático con las atribuciones necesarias para planificar la utilización de todos los recursos del país con la finalidad de promover el desarrollo independiente de la economía nacional, sin lo cual no hay posibilidad de efectuar justicia social.

Un nuevo momento constituyente es necesario y posible, porque la democracia ciudadana no debe estar hecha para la Constitución, sino que la Constitución debe estar hecha para proteger y encauzar la democracia.

En miras a una posible reforma de la Constitución escrita, es preciso determinar el grado de madurez que tiene el proceso contemporáneo para efectivizarla. Interpretamos, en orden a lo señalado, que si bien es ineludible adecuar las instituciones al espíritu del tiempo que se está viviendo, es por ello que la reforma del programa político-jurídico debe estar reflejada en la construcción hegemónica del pueblo como articulación equivalencial y como actor político, para constituir así un nuevo poder constituyente que dé cuenta de la pluralidad de necesidades.

En sintonía con la modificación de la Constitución escrita, el plexo normológico inferior debe ser el razonable reflejo objetivado, en particular, de la profundización del modelo nacional, popular e iberoamericano en donde el pueblo será actor fundamental. De este modo, la concepción ficcional y críptica del Derecho escrito, acompañada de la monopolización en la elite de los operadores del Derecho, dejará de ser un privilegio. Con este cambio abrupto de paradigma el mundo jurídico comenzará a dejar de incumplir en la práctica lo que en teoría promete.

Es necesario que el pueblo sea parte del proceso de formación constitucional. Tomando este posicionamiento se empiezan a generar las contradicciones en el plano de la llamada “batalla cultural” o de la “batalla de ideas”, en definitiva, nos estamos refiriendo a la cuestión de la hegemonía ideológico-cultural en una sociedad, a la lucha por

la construcción de sentidos, y a su relación con la política. Desde el relato del *establishment* se cuestionan estas expresiones en pos de un supuesto consenso, que es propiamente la imposición de la agenda neoliberal naturalizada. Todo lo que se sale de esa agenda es un conflicto irredimible. Y aquí ya comenzamos a entrar en el escenario de la batalla cultural: la existencia de diversas visiones del mundo, muchas de ellas contrastantes o antagónicas entre sí. En ese sentido, el debate, la polémica y el “conflicto” no son aberraciones del “natural” consenso, sino expresión de las contradicciones reales que albergan las sociedades y de los distintos proyectos político-societarios en competencia.

Lo que aparece como “consensuado” por la sociedad está estrechamente relacionado a proyectos político-societarios de vocación hegemónica, es decir proyectos que buscan establecer el marco de interpretación del movimiento de lo social.

¿Cómo se traduce lo predicho en términos de poder constituyente y Constitución? En la Argentina existieron con claridad dos orientaciones constitucionales: la de 1853-60 y la de 1949, respondiendo con coherencia a distintos modelos de país.

La de 1853-60 se adscribía al pensamiento del liberalismo. Se asentaba, como se dijo, sobre un concepto absoluto de la propiedad y sobre la creencia de que la acción privada, movida por el solo interés personal, sería capaz de generar automáticamente un orden justo.

Pero la historia no fue así. Trascurrió un siglo y medio, y en 2002 los excluidos eran 20 millones de habitantes; el 46% eran pobres (19% indigente), el 22% de la población económicamente activa estaba desocupada, el 40% de la población sin seguridad social.

La disyuntiva básica era exclusión del reparto de los bienes (materiales y culturales) o la inclusión con justicia social. Uno de los peores resultados del neoliberalismo era la exclusión. En sentido opuesto, la Constitución de 1949 establecía un orden económico sustentado por la justicia social y el afianzamiento de la conciencia nacional como ánima de defensa de nuestra soberanía política.

En la actualidad se ha reabierto el debate sobre la reforma constitucional. Creemos que el eje de la cuestión está en el planteo de que la Constitución es el orden creado para asegurar el fin perseguido por

una comunidad política, y la que instituye y demarca la órbita de las diversas magistraturas gubernativas, o sea, las instituciones.

Ahora el arquetipo de país democrático, libre, justo y soberano, que promueva ante todo la inclusión social, es el fin expresado por la mayoría de la comunidad política, pero la Constitución vigente persigue fines diferentes. En esta disyuntiva, la única pauta de conducta válida en una democracia es respetar a la comunidad política y pensar una reforma constitucional.

No se trata de practicar una estética constitucionalista, que redacte constituciones bien escritas, con profusión de antecedentes extranjeros y múltiples invocaciones al consenso; lo que importa es reconocer que la comunidad política insiste en su propósito de construir una Nación con instituciones que rindan cuenta de los problemas, respondan a sus necesidades y realicen sus anhelos. No obstante, la Constitución Nacional se exhibe necesitada de cambios que sean superadores de las contradicciones internas en el contenido interno, habida cuenta de la articulación de distintos modelos aun dentro del mismo sistema socioeconómico.

Por cierto, podrá argumentarse que muchos actos de la transformación realizada desde 2003 son posibles forzando un poco la vieja Constitución, pero no se trata sólo de impedir obstáculos, sino de incluir en la nueva Constitución los fines perseguidos por la comunidad. Ahora está claro que los caminos se bifurcan.

Por un lado, el *establishment* pretende continuar con la ideología y el modo de acción neoliberales, con los parches necesarios y las trabas de los recursos de inconstitucionalidad y las medidas cautelares, a la espera de tiempos mejores para ellos; mientras tanto, eluden los problemas de fondo y se concentran en las formas. Quieren ignorar que en su esencia es un problema político, no de técnica jurídica ni de eficiencia de gobierno. Por eso es necesario que el abordaje de los cambios constitucionales no pueda dejar de lado las actuales condiciones del mundo globalizado que remiten necesariamente a revisar la teoría de la dependencia –como manifestación de la relación asimétrica–.

Por el otro, la comunidad política mayoritaria aspira a construir una Nación democrática, cuyas instituciones respondan a los desafíos

que enfrentamos, integrando a todos los actores económicos, sociales y culturales en su diferencia y diversidad. Siempre existirán divergencias, que postulamos basadas por distintas visiones del bien común; por ello la dimensión política de la reforma es esencial, ya que precisamos una institucionalidad que resuelva los conflictos y sea capaz de convocar a amplios acuerdos acerca de cómo los argentinos puedan vivir la Argentina a pleno.

Bibliografía consultada

- BEAUD, Olivier, *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994.
- CALCAGNO, Eric, *Estatuto constitucional del coloniaje*, en <http://www.rodolfowalsh.org/spip.php?article174> (consultado el 9-5-2011).
- CÁRCOVA, Carlos M., *Acceso a la justicia: exclusión y aculturación*, en *Revista de opinión jurídica "Urbe et ius": El acceso a la justicia y la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos*, N° 2, 2004.
- COSTANTE, Liliana, *Sobre el contenido y eficacia de la Constitución y su posible reforma*, en BACESAT, E. y CORTI, A. (dirs.), *Revista de Derecho Público*, N° 3, Infojus, Buenos Aires, 2012.
- FERREYRA, Raúl G., *Discurso sobre reforma constitucional*, en BACESAT, E. y CORTI, A. (dirs.), *Revista de Derecho Público*, N° 3, Infojus, Buenos Aires, 2012.
- GALASSO, Norberto, *De la historia oficial al revisionismo rosista. Corrientes historiográficas en la Argentina*, Cuadernos de la Otra Historia, Buenos Aires, 2004.
- *De Perón a Kirchner*, Punto de Encuentro, Lanús, 2011.
- GALEANO, Eduardo, *Las lanzas montoneras y el odio que sobrevivió a Juan Manuel de Rosas*, en *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI, México, 1971.
- GÓMEZ, Hernán, *El general Artigas y los hombres de Corrientes*, Corrientes, 1929.
- GONZÁLEZ ARZAC, Alberto, *Rosas y el constitucionalismo*, en http://www.pensamientonacional.com.ar/contenedor.php?idpg=/gonzalezarzac/0004_rosas.html (consultado el 21-6-2010).
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y Comparado. Parte general*, 1ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1987.

- MOUFFE, Chantal, *En torno a lo político*, FCE, México, 2004.
- ORTEGA PEÑA, Rodolfo y DUHALDE, Eduardo Luis, *Historia del Derecho y liberación nacional*, en AA. VV., *Liberación y Derecho*, Año 1, N° 1, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional y Popular de Buenos Aires, enero-abril de 1974.
- PIGNA, Felipe, *Los mitos de la historia argentina, la construcción de un pasado como justificación del presente: Del descubrimiento de "América" a la "independencia"*, 1ª ed., Norma, Buenos Aires, 2004.
- SAMPAY, Arturo Enrique, *Constitución y pueblo*, 2ª ed., Cuenca, Buenos Aires, 1974.
- *La reforma constitucional*, Biblioteca Laboremus, La Plata, 1949.
- *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1975, t. I.
- SCHMITT, Carl, *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009.
- STANLEY, Myriam, *El populismo en América Latina*.

LA CONSTITUCIÓN SANTAFESINA DE 1921: UN LEGADO DE REFORMAS PROGRESISTAS EN LO POLÍTICO Y SOCIAL*

por OSCAR M. BLANDO¹

SUMARIO: 1. Introducción. El contexto histórico político. 2. Convención constituyente, sanción y desconocimiento de la Constitución. 3. Las reformas del progreso político y social en la Constitución de 1921. 4. Las resistencias político ideológicas a las reformas de la Constitución de 1921. 5. Vigencia de la Constitución e intervención federal. Réquiem para un gobierno y sus reformas progresistas.

Resumen

La Constitución de Santa Fe de 1921 representa una de las reformas institucionales más progresistas de su época, adscripta al constitucionalismo social como lo fueron la de México (1917) y la de Weimar (1919). Casi 28 años antes que la Constitución de 1949 y 36 antes de la reforma de 1957, incorporaba por primera vez los derechos sociales, consagraba municipios autónomos, democracia semidirecta (referén-

* El presente trabajo es parte del texto incluido en el libro *La Constitución de 1921. La verdadera Constitución progresista de Santa Fe*, de Oscar M. Blando y Oscar Defante, presentado en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la UNR, con la presencia del señor decano de la Facultad de Derecho, Dr. Ernesto Granados, el 28 de abril del presente año 2014. Dicha publicación fue realizada desde el Centro de Investigaciones en Políticas Públicas, Derechos y Gobierno (CIPPDER) de la Facultad de Derecho de la UNR y desde la Dirección de Reforma Política y Constitucional dependiente de la Secretaría Legal y Técnica del Ministerio de Gobierno y Reforma del Estado de la Provincia de Santa Fe.

¹ Doctor en Derecho. Director del Departamento de Derecho Público y del “Centro de Investigaciones en Políticas Públicas, Derechos y Gobierno de la Facultad de Derecho”. Prof. Titular de Derecho Político. Director de Reforma Política y Constitucional del Ministerio de Gobierno y Reforma del Estado de la Provincia de Santa Fe.

dum, plebiscito y revocatoria de mandatos) y el voto a extranjeros y mujeres (elegir y ser elegidas a nivel local). También, por primera vez, proponía un Estado laico. Esa Constitución que no pudo ser aplicada en 1921, fue puesta en vigencia en 1932 por el gobernador L. Molinas. La intervención federal en 1935 frustraría el gobierno y anularía esa Constitución. A más de 90 años de su sanción, constituye un antecedente imprescindible para Santa Fe que, más temprano que tarde, reformará su actual Constitución.

Abstract

The Constitution of Santa Fe of 1921 is one of the most progressive institutional reforms of its time, ascribed to social constitutionalism as were those of Mexico (1917) and Weimar (1919). Almost 28 years before the 1949 Constitution and 36 before the reform of 1957, it incorporated for the first time social rights, enshrined autonomous municipalities, semi-direct democracy (referendum, plebiscite and recall of mandates), and the vote to foreigners and women (to choose and be elected at local level). For the first time, it proposed a secular State. That Constitution could not be applied in 1921, and was enacted in 1932 by the Governor L. Molinas. The federal intervention of 1935 would defeat the government and would nullify the Constitution. More than 90 years after its sanction, it is an indispensable precedent for Santa Fe that sooner rather than later, will reform its current Constitution.

Palabras clave

Reforma constitucional. Política. Democracia.

Keywords

Constitutional reform. Politics. Democracy.

1. Introducción. El contexto histórico político

En los comienzos del siglo XX la crisis del capitalismo había conducido a la primera gran guerra europea. Frente a ello aparecieron

experiencias que fueron parte de una respuesta política y social a “ese capitalismo desembridado de la *belle époque*”. La revolución alemana de noviembre de 1918, así como la instauración de la república de Weimar y su Constitución un año más tarde, fueron parte de ese intento superador: la alternativa republicana intentó proyectar su vocación democratizadora a todos los ámbitos, mostrando que la parlamentarización y la democratización de las anquilosadas estructuras políticas del Imperio eran inseparables de la parlamentarización y de la democratización radical de las estructuras económicas, comenzando por la gran empresa capitalista y por las concentraciones cuasifeudales de la tierra. La conquista y defensa de la democracia política, en otras palabras, no podía entenderse al margen de la democracia económica, industrial y agraria. Y la profundización de ambas, a su vez, constituía el horizonte irrenunciable de un republicanismo socialista digno de ese nombre².

Dos años antes, se dicta la Constitución Mexicana de 1917, que fue la primera Constitución que al epíteto de política agregó el de “social” y se proyectó a la humanidad³. En una línea similar puede citarse a la Constitución soviética de 1918, considerándose, ambas, dice Pisarello, “hijas de sendos intentos de republicanización revolucionaria, las que importaban el reconocimiento de derechos sociales dirigidos a asegurar las condiciones materiales para el ejercicio de la libertad”.

A su vez, el período delimitado por las dos guerras mundiales durante el siglo XX es para la Argentina un laboratorio de intensas transformaciones. Un pasaje entre dos Argentinas signado por tres grandes portales: el de 1912, con la ampliación compulsiva de la ciudadanía política de la mano de la democracia electoral y la imposición de la obligatoriedad del sufragio; el de 1930, como epicentro de una crisis del modelo de acumulación y de la dominación política, y la coyuntura crítica alrededor del año 1945, de la que emergería un nuevo sujeto político, el peronismo⁴.

² PISARELLO, G., *La política y el Derecho frente a la crisis (en el 90 aniversario de la Constitución republicana de Weimar)*, 2009, en <http://www.rebellion.org/docs/94037.pdf>.

³ CARPIZO, J., *La Constitución mexicana de 1917*, Porrúa, México, 1986, p. 19.

⁴ MACOR, D., *Entre Dios y el César. El activismo católico en la Santa Fe de entreguerras*, comp. por Enrique Mases, 2000, en <http://cdn.fee.tche.br/jornadas/1/s11a3.pdf>.

Fruto de aquellas reformas electorales, a partir de 1911 e impulsadas por el presidente Roque Sáenz Peña –la ley de enrolamiento general, la de formación del padrón electoral y la de elecciones nacionales o ley “Sáenz Peña” propiamente dicha–, se inicia el período del radicalismo en el poder entre 1916 y 1928. Se alega que en la Argentina hasta ese entonces la actividad política había constituido “un timbre distinguido, privilegio de los menos, que dueños del poder económico y de cultura superior, regentearon la República como un bien propio”⁵.

Uno de los primeros distritos en los que la reforma política de 1912 permite el acceso del partido radical al poder político es Santa Fe. Desde esa fecha inaugural para la democracia electoral y hasta 1930 el sistema de partidos en el espacio provincial se organiza sobre la base de la centralidad del radicalismo como partido de gobierno, con características de partido predominante y una alta conflictividad interna. Esa capacidad electoral del radicalismo potencia los enfrentamientos en el seno de la organización y termina por conformar dos fuerzas electorales diferenciadas y competitivas: la Unión Cívica Radical (UCR) Santa Fe, antipersonalista, y la UCR Comité Nacional yrigoyenista. Mientras tanto, el Partido Demócrata Progresista (PDP), se afirma como partido de oposición, con un fuerte peso en la zona sur de la provincia, una interesante participación parlamentaria y un alto protagonismo en el debate político ideológico que caracteriza a la política santafesina en los primeros años de la década del veinte. Uno de los puntos más álgidos de ese debate, que desdibuja las fronteras partidarias, se constituye a partir del reconocimiento de la necesidad de reformar la Constitución provincial vigente desde comienzos del siglo⁶. Esa reforma será impulsada sustancialmente por el partido de Lisandro de la Torre y durante el radicalismo en el gobierno será sancionada en 1921, la Constitución. Sin embargo, vetada por el propio

⁵ LORENZO, C., *Manual de Historia Constitucional Argentina 3*, Juris, Rosario, 2000, p. 85.

⁶ MACOR, D., *Competitividad interpartidaria y sociabilidad política. Santa Fe, 1930-1943*, en *Estudios Sociales, Revista Universitaria Semestral*, N° 14, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, primer semestre, 1998, ps. 108 y ss. También en MACOR, D. y PIAZZESI, S., *El radicalismo y la política santafesina en la Argentina de la primera República*, en *Espacio Virtual de la Revista del Centro de Estudios Avanzado de la Universidad Nacional de Córdoba*, 2010.

gobernador radical Enrique Mosca, recién se pondrá en vigencia durante el mandato de Luciano Molinas a partir de 1932, hasta que la intervención militar de 1935 terminará con el gobierno y con la nueva Constitución.

La Constitución de 1921 se adscribe a las líneas conceptuales del llamado constitucionalismo social que inauguraron sólo unos años antes en el mundo, como fue dicho, las Cartas de México (1917) y la de Weimar (1919). Pero además, propone una reforma progresista de importancia: el cambio de relación entre Iglesia y Estado y, con él, introduce en el debate político ideológico la “cuestión religiosa”, recuperando la vieja tradición laicista inaugurada en la Provincia por Nicasio Oroño⁷.

Laicismo y cuestión social serían, en definitiva, las claves de la resistencia a la nueva Constitución y a los gobiernos que la impulsaron.

2. Convención constituyente, sanción y desconocimiento de la Constitución

El punto de partida de los reclamos reformistas de la Constitución de 1900 tiene como punto de referencia la Liga del Sur fundada por Lisandro de la Torre en 1908.

Esta agrupación representaba el reclamo de ciertas fracciones de la burguesía comercial, financiera y agraria sureñas de concluir con el marginamiento en las decisiones de poder⁸. La Liga del Sur procuraba un doble objetivo: sacudirse el peso de la sujeción política de la burocracia instalada en la capital provincial y estimular un conjunto de transformaciones en las instituciones políticas –especialmente municipales– de la Provincia⁹.

En efecto, el programa de la Liga del Sur pretendía ensanchar las bases de legitimidad política: reformando la composición del cuerpo electoral; introduciendo la representación de las minorías a través del

⁷ BONAUDO, M., *Lisandro de la Torre: una perspectiva hacia la democratización*, en *Colección “Rosario de aquí a la vuelta”*, Rosario, 1990, fasc. 7, p. 15.

⁸ BONAUDO, ob. cit., p. 6.

⁹ RINESI, E., *El último tribuno. Variaciones sobre Lisandro de la Torre*, Colihue, Buenos Aires, 1996, p. 79.

sistema de lista incompleta; reconociendo a cada distrito rural el derecho de elegir por el voto de los nacionales e incluso de los extranjeros a las autoridades policiales, a la justicia de paz, a las Comisiones de Fomento (que hasta entonces las elegía el gobernador) y al Consejo Escolar. Pero sustancialmente la Liga pretendía “romper con la estructura monolítica del poder provincial” y para ello la propuesta reconocía por primera vez “la autonomía municipal para las ciudades de Rosario y Casilda” y el “Intendente municipal electivo”. Este reclamo de descentralización, de mayor participación política exigía para su formalización, la reforma de la Constitución de 1900.

En mayo de 1920, durante el gobierno del radical Enrique Mosca (1920-1924) ingresaron a la Legislatura dos proyectos de reforma constitucional: el de minoría demócrata y el de mayoría radical. Finalmente, ambas cámaras aprueban por unanimidad el dictamen de mayoría, sancionándose el 8 de julio de 1920, la ley 2003, por la que se convoca al pueblo de la Provincia a elegir a sesenta convencionales. La ley que autoriza la necesidad de la reforma alcanza a todos los artículos de la Constitución de 1900¹⁰ –incluso del Preámbulo– a excepción de uno: el que se refería a la residencia de las autoridades, que debía seguir siendo Santa Fe.

Las elecciones de convencionales constituyentes se realizaron el 3 de octubre de 1920, siendo electos 60 convencionales: 36 radicales y 24 demócratas progresistas.

Según la ley 2003, la Convención debía instalarse en la ciudad capital y duraría 90 días de mandato. Entre el 28 de octubre y el 3 de noviembre se realizaron las sesiones preparatorias y la propia Convención dictó una resolución fijando el 15 de marzo de 1921 como fecha de iniciación de las sesiones. Esta decisión trató de salvar, al decir de Napoleón Pérez¹¹, uno de los primeros “escollos” que tuvo la Convención: el inconveniente impuesto por la ley 2003 que establecía que la misma debía instalarse “dentro de los treinta días de practicada la elección”.

¹⁰ La ley de convocatoria cita todos los artículos a reformar porque dicha enumeración era el cumplimiento del mandato del constituyente de 1900: sólo podían ser reformados los artículos expresamente designados en la ley.

¹¹ PÉREZ, N., *La verdadera Constitución de Santa Fe*, Talleres Gráficos Pomponio, Rosario, 1932, p. 111.

Finalmente, el efectivo comienzo de los debates se produjo el 18 de abril de 1921 y en la sesión del 1º de junio de ese año, ante la imposibilidad material de dar íntegro cumplimiento a la ley de reforma dentro del plazo fijado, la Convención resolvió, por unanimidad, prorrogar sus sesiones hasta el 15 de agosto. Sin embargo, las mismas culminaron dos días antes, el 13 de agosto de 1921, dándose por clausuradas las sesiones y constituyéndose en la fecha de la sanción de la Constitución. La nueva Carta provincial debía entrar en vigencia a partir del 1º de diciembre de 1921. El exgobernador de Santa Fe y presidente de la Convención, el radical Manuel J. Menchaca, al clausurar las sesiones dijo, entre otras cosas: “Hemos dado feliz término al mandato popular, dictando una nueva Constitución para la Provincia de Santa Fe. Es la más progresista que se ha dictado en el país, y la primera, donde quedan enunciados los anhelos más puros de la democracia [...] Hemos soportado un sitio doloroso. Eran la tradición y la época vieja que se reclutaban en la última desesperación y en el último reducto y hemos triunfado con el imperio y las fuerzas que dan las conquistas modernas...”¹² Y finalizaba señalando: “todos los esfuerzos conjurados para malograr esta obra resultaron estériles...”¹²

Sin embargo, el convencional Menchaca se equivocaría en reconocer ese horizonte promisorio para la nueva Constitución: “los esfuerzos para malograr la obra”, no habían sido conjurados...

Distintas voces y actitudes políticas presagiaban que la nueva Constitución tendría serios escollos para ser puesta en vigencia. El “argumento” justificatorio del rechazo fue la prórroga del mandato de la Convención. Las verdaderas razones –a las que nos referiremos más adelante– eran el carácter laicista de la nueva Constitución y las reformas democráticas y sociales de las reformas de 1921.

El “malestar” de algunos sectores políticos con la nueva Constitución era reflejado por los periódicos de la época que advertían el posible desconocimiento de la misma. El diario *El Litoral*, pocos días después de la sanción de la nueva Carta, en un artículo titulado *La Nueva Constitución* aseguraba: “Respétese pues, la voluntad popular [...] para

¹² Diario *El Litoral* de Santa Fe: el 13 de agosto publicaba que “a las 2.40 de la madrugada el Presidente de la Convención Constituyente Manuel J. Menchaca dio por clausurada la Convención”.

que no sea la fuerza quien disponga y juzgue en este pleito de honor que se ofrece a la opinión pública”¹³.

El mismo periódico santafesino adelantaba sobre el origen de la orden del posible veto a la Constitución y decía, casi con ironía, “No debe ser exacto que el doctor Irigoyen sea quien ha ordenado el veto a la Constitución nueva...”¹⁴

El 27 de agosto el gobernador Mosca, mediante un mero decreto del Poder Ejecutivo, desconoció la Constitución instigado por un telegrama conminatorio enviado –al inicio de las sesiones de la Convención– por el ministro del interior Ramón Gómez al gobernador de Santa Fe, en el que “por especial encargo del presidente de la República” (Hipólito Irigoyen), le advertía sobre los peligros del nuevo texto¹⁵.

En efecto, el telegrama del ministro del interior fue enviado en abril 1922 cuando lo único que se conocía por entonces eran los dos proyectos de Constitución y los primeros discursos relativos al Preámbulo. Claramente el “problema” y motivo de la nota era alertar sobre la llamada “cuestión religiosa”¹⁶ como forma de “presionar el ánimo de los convencionales correligionarios del presidente de la República”¹⁷.

Como fue dicho, el 27 de agosto de 1921 el gobernador Mosca “cumple” con los deseos gubernamentales nacionales y “*Resuelve*: no reconocer valor alguno a los actos realizados por la Convención con posterioridad a la fecha en la que, de acuerdo con el artículo tercero de la ley 2003, terminó su mandato”. Como sostiene Napo-

¹³ Diario *El Litoral* de Santa Fe, del 24-8-21.

¹⁴ Diario *El Litoral* de Santa Fe, del 25-8-21.

¹⁵ SANGUINETTI, H., *Lisandro de la Torre, a setenta años*, publicación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2009, p. 10.

¹⁶ El telegrama del ministro Gómez al gobernador Mosca sostiene, entre otras cuestiones, que “las luchas religiosas, que dividieron a la humanidad pertenecen a una época remota [...] renovar su discusión podría parecer inusitado [...] Las leyes no generan ni extinguen las creencias en las almas y entretanto la pública discusión de sus postulados y preceptos crea siempre antagonismos”. Culmina apelando a la “restauración de las bases esenciales de la nacionalidad” y al gobernador Mosca a “poner una vez más al servicio de tan elevados fines todos los justos prestigios de su acción ciudadana...”, en PÉREZ, ob. cit., p. 97.

león Pérez, el ejecutivo santafesino “se había convertido en abogado del desconocimiento”¹⁸.

La decisión del gobernador Mosca causó conmoción y rechazo político y social que se vio reflejado en los periódicos de la época. El diario *El Litoral*, con el sugestivo título *El 27 de agosto*, decía: “El decreto del PE santafesino colma toda medida ilegal, puesto que por él se desconoce la Constitución de la Provincia. ¿De dónde saca el doctor Mosca la facultad de interpretar el criterio jurídico que anima la cuestión? Si no es la fuerza quien lo sostiene en su capricho, ¿será el error? [...] Es pues, el 27 de agosto una fecha antiargentina; la voluntad del pueblo debe rectificarla y ojalá las consecuencias del golpe desaparezcan pronto a fin de que las actividades generales se reintegren a la hora de construcción que es necesario atender”¹⁹.

La discusión política, pero especialmente jurídica y constitucional sobre la cuestión de la prórroga del mandato de la Convención Constituyente dio origen a un arduo debate doctrinario que duró más de una década (se reprodujo nuevamente cuando el gobernador, Luciano Molinas, puso en vigencia la Constitución de 1921).

En esos debates doctrinarios incluso con constitucionalistas de renombre, Lisandro de la Torre, que fuera electo diputado nacional, se luce por la agudeza y profundidad de los argumentos sentando verdadera cátedra jurídica. Durante un debate sobre violación de los privilegios del Congreso, en la sesión del 22 de setiembre de 1922, refiriéndose al “veto” de la Constitución santafesina de 1921, De la Torre, entre muchas cosas, señalaba: “El desconocimiento de una Constitución es el atentado institucional más grande que pueda cometer un Gobernador [...] Los defensores del decreto, que podría llamar moscovita, del gobernador de Santa Fe, se han apresurado a reconocer que el Poder Ejecutivo no tiene atribuciones para vetar una Constitución, y han exclamado que no se trata de un veto, se trata de un desconocimiento de hecho; lo primero no podía hacerlo porque la Constitución se lo prohibía: lo segundo pudo hacerlo [...] Un desconocimiento de

¹⁷ PÉREZ, ob. cit., p. 97.

¹⁸ PÉREZ, ob. cit., p. 105.

¹⁹ Diario *El Litoral* de Santa Fe, del 29-8-21.

hecho, ¿qué otra cosa sería sino un veto de hecho, más extenso y decisivo que un veto de derecho? [...] No es lícito a ningún poder hacer de hecho lo que no puede hacer de derecho...”²⁰

Extraña paradoja: mientras la Constitución santafesina del 21 era anulada, el libro que contenía los discursos de Lisandro de la Torre se incorporaba, como ha sostenido Raúl Larra, a nuestras universidades como texto necesario en la enseñanza del Derecho Constitucional en nuestro país²¹.

3. Las reformas del progreso político y social en la Constitución de 1921

La discusión sobre la legalidad del procedimiento que culminó con la promulgación de la Constitución esconde en realidad el temor que generó su contenido entre los más poderosos. Es necesario pues, hacer una breve recorrida por su texto teniendo presente que debemos ubicarnos en la Santa Fe de 1921, en su contexto histórico. Sus artículos, derechos y garantías y organización de los poderes del Estado fueron considerados revolucionarios en su momento y que vistos a la luz de situaciones y legislación actual, aparecen muchas veces como metas aún incumplidas²².

Analizaremos pues, brevemente, las más notables reformas que introducía la Constitución de 1921.

En lo referido a las Declaraciones, Derechos y Garantías (Cap. I, arts. 1º a 21) elimina el Preámbulo y en consecuencia toda invocación

²⁰ LARRA, R., *Obras completas de Lisandro de la Torre*, Hemisferio, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 44.

²¹ Constituye una referencia ineludible en el Derecho Constitucional cuando se trata el tema de los poderes implícitos de las Convenciones constituyentes –en este caso de la Convención de 1921– hacer mención a los memorables debates que protagonizara Lisandro de la Torre en el Parlamento Nacional con reconocidos profesores de la materia como González Calderón, que se apoyaba en las opiniones de Manuel A. Montes de Oca. Larra dirá que “cuando el Danton rosarino comienza a hablar toda la Cámara se inmoviliza y los profesores de Derecho Constitucional enmudecen. Todos caen bajo el azote de su palabra, áspera como un látigo”.

²² LORENZO, C. y SHCOLER, R., *La Constitución santafesina de 1921*, Amsafé, Colección Nuestra Historia, Rosario, 1997, p. 10.

al origen divino, lo cual introducía el concepto de laicidad y nueva relación entre Estado e Iglesia, cuestión que traería el mayor tema de resistencia y conflicto, sobre el que nos detendremos más adelante.

Sin embargo, la Constitución consagra una sana combinación entre prescindencia religiosa del Estado y garantía para la libre profesión del culto, postura que, veremos, también se reafirma en las reglas sobre educación pública. En efecto, el artículo 6º del texto constitucional establecía que la “Legislatura no podrá dictar leyes que restrinjan culto alguno [...] y a la vez garantizaba «el derecho que todo hombre tiene para profesar su culto libre y públicamente, según los dictados de su conciencia...»”

En lo relativo a las garantías jurisdiccionales, la Constitución avanza sobre el propio artículo 18 de la Constitución de 1853, ya que además de subrayar de que para la detención de una persona se requiere orden emanada de autoridad competente debe existir “indagación sumaria que acredite indicios de su intervención en un hecho punible” (art. 7º); pero también adelantándose en décadas en la defensa y los derechos de los detenidos, estipula que “quedan abolidos el secreto del sumario y la incomunicación del acusado” y sostiene la carencia de valor probatorio de las declaraciones indagatorias tomadas por la policía (art. 11).

También la nueva Constitución introduce una de las garantías básicas de la libertad del hombre: el hábeas corpus. Dice: “Toda persona detenida arbitrariamente podrá ocurrir por medio de sus deudos, amigos o cualquier otra, al Tribunal letrado más inmediato pidiendo que la haga comparecer a su presencia, investigue la forma y causa de su detención y decrete la inmediata libertad, si resultare no haberse llenado los requisitos legales” (art. 8º).

Para evitar las “venganzas políticas” de los gobiernos mediante cesantías de los empleados nombrados por las administraciones anteriores, consagra la estabilidad del empleado público con más amplitud incluso que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional: “Ningún empleado de la Provincia o de las Municipalidades con más de un año consecutivo de servicio, podrá ser separado de su cargo mientras dure su buena conducta, su aptitud física y su contracción eficiente para la función encomendada, a excepción de aquellos para cuyo nom-

bramiento o cesantía se hayan previsto por esta Constitución o por las leyes respectivas, normas especiales” (art. 15).

Pero además, en tiempos actuales en donde se proyecta limitar la responsabilidad del Estado y sus funcionarios, la Constitución de 1921 establecía: “Cuando un funcionario o corporación de carácter administrativo impida el ejercicio de un derecho de los expresamente declarados en la Constitución Nacional o Provincial, el lesionado en su derecho tendrá acción para demandar judicialmente por procedimiento sumario la inmediata cesación de los actos inconstitucionales” (art. 17).

Por último, en este capítulo se estableció en el artículo 21 principios protectores para la Provincia ante las posibles arbitrariedades de los poderes centrales que usaban y abusaban de las intervenciones federales con meros fines políticos electoralistas (como fue la intervención a la Provincia de Santa Fe en 1935 que derogó la Constitución de 1921). Estipulaba que en caso de intervención federal, “los actos administrativos que el representante nacional practique durante el desempeño de sus funciones, serán válidos de acuerdo con la Constitución y las leyes provinciales o en virtud de normas distintas fundadas en la Constitución Nacional”.

Una de las reformas más progresistas fueron las normas programáticas introducidas en lo social que se encontraban en el Capítulo II: *Bases del Régimen Económico y del Trabajo* (arts. 22 a 34). También estaba presente una nueva concepción del rol del Estado como regulador de las políticas públicas en el ámbito económico y social.

Como dijimos, la Constitución de 1921 se adscribía al constitucionalismo social instalado por las leyes fundamentales de México (1917) y Weimar (1919). Una de las reformas más profundas consistía en que la Legislatura debería “propender a la eliminación de impuestos que pesen sobre los artículos de primera necesidad” (art. 23), tema que ni siquiera estaba previsto en las cartas provinciales y Nacional de su época y ni siquiera en la propia Constitución santafesina de 1962, que se refiere a los criterios de progresividad en materia tributaria pero no específicamente a la supresión de imposiciones sobre bienes que consumen esencialmente los sectores populares.

Debe sumarse a esto la disposición imperativa de la Provincia —en

esbozo de una reforma agraria— que debía gravar la tenencia especulativa de la tierra imponiendo cargas impositivas adicionales a los latifundios y la tierra libre de mejoras, destinando su producido a fomentar la colonización agrícola. El fundamental artículo 31 decía: “La Provincia adquirirá tierras aptas para venderlas en lotes no mayores de cincuenta hectáreas, en no menos de veinte anualidades y a precio de costo a agricultores argentinos, nativos o naturalizados, utilizando como recursos los provenientes en todo o en parte, de los impuestos al mayor valor de la tierra libre de mejoras, de un adicional a la Contribución Directa que abonarán los latifundios y los demás que creara con este fin la Legislatura. También se establecerá con el mismo objeto un impuesto adicional a la Contribución Directa que abonarán los propietarios que vivan fuera de la República”. Como se ha dicho, nadie había llegado tan lejos en esta materia...

Del mismo modo, se sientan las “Bases del Régimen del Trabajo” consagrando normas tuitivas del asalariado, que el Estado debía garantizar, entre otras: propender a mejorar las condiciones de vida; la protección de la producción, la cooperación, la mutualidad y el ahorro; fijación de jornada máxima de labor y el salario mínimo; destino de una parte de la renta fiscal para la construcción de casas para obreros; reglamentación del trabajo de mujeres y menores; aseguraba la higiene en los lugares de trabajo y propendía al establecimiento de cámaras de arbitraje con participación patronal y obrera (art. 28). También la consagración obligatoria del descanso hebdomadario, la fijación de la jornada laboral máxima para el empleado público en ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales (art. 29).

El Capítulo III se refiere al “Régimen Electoral” (arts. 35 a 39) donde se estableció que la “representación política, tiene por base la población” (art. 35), lo que dio origen en el seno de la Convención a una serie de intensos debates. Pero entre las reformas más trascendentes para su época fue reconocer el derecho electoral a “los extranjeros y las mujeres para los cargos de carácter local”.

Respecto al Poder Legislativo en el Capítulo IV (arts. 40 a 78) se contemplaba la facultad a las Cámaras legislativas de abrir por sí mismas y prorrogar sus sesiones, de autoconvocarse cuando un asunto de grave interés lo requiera (art. 44) y designar comisiones investiga-

doras con los poderes necesarios para cumplir sus funciones (art. 52). Del mismo modo, se establece un aumento de la representación en el Senado de los Departamentos más poblados.

En el ámbito del Poder Ejecutivo, el Capítulo V (arts. 79 a 108) suprimió para el gobernador y vicegobernador, el requisito de pertenecer a la religión católica en cuanto al juramento para la asunción de los cargos, el que fue reemplazado por la promesa de cumplir con la Constitución y las leyes. Los mandatos del gobernador y vice no tienen posibilidad de reelección “para ninguno de los cargos en el período siguiente a su elección” (art. 82). El sueldo de ambos funcionarios del Ejecutivo “será fijado por ley, el cual no podrá ser alterado durante el período de su mandato” (art. 88).

En cuanto al Poder Judicial, Capítulo VI (arts. 109 a 137), inicia un proceso de descentralización y entre otras importantes innovaciones: la creación de una Corte Suprema de Justicia como órgano máximo del Poder Judicial con competencia en toda la provincia (arts. 109 y 110) y la consagración del principio de “inamovilidad de los magistrados” mientras dure su buena conducta, solamente removibles a través de juicio político o de enjuiciamiento tanto para jueces como para los miembros de las Cámaras de Apelaciones (arts. 112 y 115). La sanción de los recursos de inconstitucionalidad y de casación ante la Corte Suprema, en las causas cuya cuantía supere los treinta mil pesos o se prive de la libertad a un condenado por más de diez años, respectivamente (art. 122, inc. 3°).

Una de las reformas más trascendentes e innovadoras fue todo lo relativo al “Régimen Municipal” (Cap. VII, arts. 138 a 159), estableciendo por primera vez la autonomía de los municipios e incluyendo en ese nivel, formas de participación democrática semidirecta, ambas cuestiones que aún están pendientes en Santa Fe ya que la Constitución de 1962 vigente, no las contempla. La Provincia lideró así, la consagración de la Autonomía Municipal en la Constitución y las Cartas Orgánicas dictadas en Rosario y Santa Fe fueron las primeras de toda América²³.

²³ BENVENUTI, J. M., *Una verdadera insensatez*, en diario *El Litoral* de Santa Fe, ed. Online del 13-8-2011, URL: http://www.ellitoral.com/index.php/id_um/66679.

En efecto, la Constitución de 1921 concedía a los municipios de primera categoría autonomía e inauguraba así en nuestro país la existencia de los municipios de convención, es decir, los que tienen el derecho a dictar sus propias cartas orgánicas mediante la reunión de una convención local²⁴. Así lo hicieron Santa Fe y Rosario²⁵, que dictaron sus propias “Cartas” que tuvieron vigencia durante el Gobierno de Luciano Molinas²⁶.

Las municipalidades y comisiones de fomento, decía la Constitución, “son independientes de todo otro poder” y “sus miembros responden personalmente ante los magistrados del Poder Judicial” (art. 143).

Divide los municipios en tres categorías (art. 139); los de primera categoría, con más de 25.000 habitantes, que eran los facultados para dictar sus propias cartas orgánicas; los de segunda categoría, ciudades o pueblos de menos de 25.000 habitantes y más de 3.000, gobernadas por un concejo deliberante y un intendente elegidos popularmente, y los de tercera categoría: villas de menos de 3.000 habitantes y más de 500, gobernadas por comisiones de fomento electivas regidas por una ley que se dictaría al efecto.

Otra de las cuestiones de importancia política y democrática era que los cuerpos colegiados de los municipios de primera y segunda categoría debían asegurar la representación de las minorías, en tanto que en el caso de las comisiones de fomento cuando se conforman de cinco miembros (podían ser de tres), uno debía corresponder a la minoría.

²⁴ La otra forma de organización de los municipios era por “delegación”, en donde si bien se reconocía la posibilidad de elegir a sus autoridades y facultades normativas plenas, no se les otorgaba potestad para dictar su propia organización, la que debía ser establecida por una ley provincial.

²⁵ La Carta Orgánica de la Ciudad de Rosario fue sancionada por una Convención Constituyente Municipal en su sesión del 28 de agosto de 1933 y la de Santa Fe, el 18 de setiembre de ese año.

²⁶ Pueden verse nuestros textos: *Autonomía municipal y democracia: hacia la organización de la sociedad sobre el principio legitimador de la proximidad*, en *Rosario hacia la autonomía municipal. Un asunto de todos*, Municipalidad de Rosario, Fundación Diario *La Capital*, Rosario, 2010, y en nuestro libro *Derecho y política. De la Ley de Lemas a la reforma política y constitucional en Santa Fe*, Juris, Rosario, 2002.

Se incorporan las formas semidirectas de democracia: reconocía en el cuerpo electoral los derechos de referéndum, iniciativas y revocatorios que reglamentarían las respectivas cartas y leyes orgánicas (art. 145). Adviértase que estos derechos ciudadanos aún no están contemplados en nuestra Constitución provincial y sólo a nivel nacional aparecen 73 años después, con la reforma de 1994.

Finalmente, otro de los temas más importantes –y también más polémicos– se concentró en el Capítulo VIII sobre el *Régimen educacional* (arts. 160 a 168). La Constitución estableció que la educación sería “gratuita, integral y laica” y ordenaba extender la educación en toda la geografía provincial al disponer que “en todo lugar donde hubiere, por lo menos treinta niños en edad escolar, funcionará una escuela pública” (art. 163). Además, adelantándose al debate sobre el financiamiento educativo, dispuso crear “el fondo de la educación común que estará formado por el 25%, como mínimo, de las rentas generales de la Provincia y con los demás recursos que se establezcan” (art. 166)²⁷.

4. Las resistencias político ideológicas a las reformas de la Constitución de 1921

La discusión sobre la legalidad del procedimiento que culminó con la promulgación de la Constitución esconde en realidad el temor que generó su contenido entre los más poderosos²⁸. ¿Por qué la Constitución de 1921 resultaba tan conflictiva? ¿Qué puntos despertaban tanta resistencia?

Raúl Larra, recordando las reformas especialmente en el régimen tributario, agrario y del trabajo, sintetizará: “semejante Constitución debe por fuerza suscitar la reacción de gente conservadora”. La historiadora rosarina Marta Bonaudo dirá: convertida en un proyecto de avanzada en una sociedad conmovida por fuertes tensiones, la novedosa propuesta constitucional provocará notables resistencias en el ámbito

²⁷ Durante el gobierno del Dr. Molinas, se reglamenta lo establecido en la Constitución de 1921, sancionándose el 10-8-34 la Ley de Educación Común, Normal y Especial 2369.

²⁸ LORENZO y SHCOLER, ob. cit., p. 10.

provincial produciendo a su vez un impacto en la realidad nacional. Los dos núcleos de resistencia a su sanción pueden sintetizarse en: el primero reside en el modo a través del cual la propuesta –intentando garantizar una práctica democrática amplia– atenúa las condiciones distorsionadas de representación, legitima el espacio fiscalizador de la oposición y rompe con los cánones de la “política criolla”²⁹. La segunda razón de la resistencia, sin dudas es la llamada “cuestión religiosa”: la presión de los sectores católicos, cuyas apelaciones llegan al Poder Ejecutivo nacional, parece ser uno de los factores que impidieron la vigencia de la Constitución en la década de los 20. La Constitución había recuperado la vieja tradición laicista que en la Provincia de Santa Fe tuvo su cabeza más visible en la vertiente oroñista y en ese flujo de hombres de todos los credos que venían a cumplir con la consigna civilizadora del arado [...] El laicismo entonces, se convierte en otro de los núcleos fuertes de su concepción democrática. El nudo de articulaciones trazadas entre democracia y cuestión social se despliega en plenitud en esta primera mitad de la década del veinte profundizando diferencias y perfilando acercamientos³⁰.

Se podría afirmar que el debate en torno a la Constitución de 1921 y su núcleo principal de disputa ideológica, el carácter laico de la misma, reconfigurará el alineamiento partidario e intrapartidario y también permitirá una modificación de actitudes y posicionamientos de otros actores sociales, como la prensa escrita.

En efecto, la coyuntura del 21 matrizó así el sistema político, marcó a fuego las identidades partidarias y delimitó una agenda de problemas desde entonces ineludible para los partícipes del campo de la política. Entre 1921 y 1923 se reconfiguraron las facciones radicales y el PDP cerró posiciones en torno a un liberalismo de más acentuado tono

²⁹ Lisandro de la Torre, en el ya citado debate por cuestiones de privilegios en el Congreso nacional de setiembre de 1922, explica esa “lógica” resistencia política. Dice: “¿Puede el partido que está en el poder y el gobernador desear la vigencia de la nueva Constitución que realmente independiza al Poder Legislativo, que da la facultad de prorrogar o de convocar sus sesiones extraordinarias a pedido de la cuarta parte de sus miembros? A un Poder Ejecutivo elector no le conviene que el Poder Judicial ni el comunal se independicen, mediante la inamovilidad de los jueces o mediante la elección popular de los intendentes municipales” (LARRA, ob. cit., ps. 99/100).

³⁰ BONAUDO, ob. cit., ps. 15/16.

laicista³¹. Las modalidades que asume el proceso reformista producen una redefinición del campo de conflicto político y la “cuestión religiosa” adquiere rápidamente los atributos necesarios para ordenar, oscureciendo otras cuestiones de importancia en debate que quedan subordinadas a la polarización de los actores políticos ante la propuesta reformista de una nueva relación Estado-Iglesia. A la vez, este reordenamiento impacta en la configuración de los actores colectivos: por una parte, instala al activismo católico³² como un actor principal³³; por otra, jerarquiza actores colectivos no partidarios que intervienen en nombre del reformismo liberal: se produce un fuerte incremento de la movilización callejera como instrumento de la lucha política. Y por fin, hay una jerarquización de la prensa como un actor político.

Tanto el diario *La Capital* de Rosario como el diario *El Litoral*, vespertino de la capital de la provincia, apoyaron en el década de los 20 abiertamente el proceso constituyente y sus reformas laicas. El primero, como lo admite Miguel A. De Marco (h)³⁴, “a cuyos propietarios unía

³¹ MAURO, D. A., *Liberalismo, democracia y catolicismo en Argentina. La reforma constitucional de 1921 y las identidades políticas. Santa Fe 1920-1923*, en *Boletín Americanista*, Año LVII, N° 57, Barcelona, 2007, p. 104.

³² Quien encabeza ese activismo católico es monseñor Juan Agustín Boneo, Obispo de Santa Fe hasta su fallecimiento el 29 de diciembre de 1932.

³³ Macor sostiene que la intervención del activismo católico en el espacio público santafesino se origina en ámbitos particularmente asociados al credo, que son resignificados por los contenidos que les agrega la disputa constitucional, y los líderes son los responsables jerárquicos de cada instancia de la organización eclesial, desde el obispo al cura párroco. Su participación en el debate a través de los medios de comunicación es dependiente de la máxima jerarquía, y el obispado es la voz excluyente en el territorio de la opinión, mientras los curas párrocos sólo trascienden su actividad parroquial a través de la prensa por el territorio de la información de lo acontecido en sus actividades cotidianas, que han ganado excepcionalidad como para justificar la atención de los medios precisamente por su vinculación con el conflicto político. El obispado local cuenta con órganos de difusión como el Boletín Eclesiástico y la Revista Eclesiástica, pero se trata de publicaciones cuyas características no son funcionales a las formas que ha asumido la disputa política. En ambos casos se trata de publicaciones destinadas a los miembros más firmes de la grey y, por lo tanto, su mayor utilidad puede residir en dotar a esos miembros de recursos argumentales más elaborados que los que han recibido oralmente, no tanto por la novedad de los contenidos como por el valor de la palabra impresa (MACOR, *Entre Dios y el César...* cit.).

³⁴ DE MARCO (h), M. A., *Cuando la Constitución de Santa Fe consagró su*

una estrecha afinidad ideológica y partidaria con los seguidores de Lisandro de la Torre, se puede relevar una constante prédica reformista en materia constitucional como una herramienta para adaptar a Santa Fe a los nuevos tiempos, tal como sucedía en otros Estados argentinos”.

Por su parte, el diario *El Litoral*, como lo señala su actual director, Gustavo Vítтори: “se involucró a fondo con la reforma, tanto que contó con Salvador Caputto, su director periodístico, como convencional constituyente”, y pone de manifiesto también la adhesión del diario santafesino al radicalismo: Caputto fue electo convencional en representación de esa agrupación política. Por ello, el doctor Vítтори reconoce la conmoción que causó en el periódico la decisión de desconocer la nueva constitución sancionada por parte del gobernador santafesino que cumplía las directivas del presidente de la Nación. Lo dice elocuentemente: “Un grave conflicto en las entrañas de la UCR y un nuevo rumbo para el diario *El Litoral*”, y lo explica así: “A *El Litoral* le costó recuperarse de la sorpresa. Basta recorrer las páginas de aquellos días para advertir que se resistía a dar por buena la noticia. No podía creer que Yrigoyen, a quien apoyaban, y que Mosca, decidido promotor y sustentador de *La Palabra*, primero, y *El Litoral* después, desairaran de esa manera el trabajo de la Convención y las expectativas de una importante porción de la ciudadanía. La indignación fue tan grande que produjo rupturas irreversibles [...] En rigor, Mosca cumplía con el pedido de Yrigoyen, su jefe político, quien no quería abrir otro frente de conflicto interno, y menos con un sector de poder como la Iglesia católica, mortificada por un texto constitucional que transpiraba laicidad. Sin embargo, esa decisión tuvo costos múltiples. Cumplido su mandato, Mosca se fue de Santa Fe, parte de su sector entró en dispersión y *El Litoral* amplió sus márgenes periodísticos con contenidos de interés general”³⁵.

La controversia sobre la Constitución de 1921 trajo consecuencias políticas y conflictos en el seno de los partidos que disputaban el

autonomía municipal, en *La Constitución de 1921. La verdadera Constitución progresista de Santa Fe*, Laborde, Rosario, 2014, p. 73.

³⁵ VÍTTORI, G., *La progresista Constitución de 1921, un grave conflicto en las entrañas de la UCR y un nuevo rumbo para el diario “El Litoral”*, en *La Constitución de 1921. La verdadera Constitución progresista de Santa Fe* cit., p. 67.

poder en Santa Fe. El radicalismo, que había apoyado la reforma constitucional y triunfado en las elecciones obteniendo la mayoría de los convencionales, sufre divisiones que repercutirán con posterioridad negativamente. Quien había sido presidente de la Convención, el exgobernador radical Menchaca que había defendido férreamente la Constitución, junto a un grupo de correligionarios se alejan del partido y conforman lo que se denominó “radicalismo opositor”. El PDP, en cambio, mantiene las consignas reformistas y ello se convierte en una importante bandera de lucha opositora. La Constitución de 1921 abandonada por los conflictos del radicalismo, se constituirá en un verdadero programa de gobierno demoprogresista (pese a que no era su propuesta original) que mantendrá en cada contienda electoral y pondrá vigencia en 1932, al alcanzar el gobierno provincial Luciano Molinas. Lo dice Lisandro de la Torre, en el prólogo del libro de Pérez: “estamos en vísperas de la asunción del gobierno por el partido que durante once años reclamó la vigencia de la Constitución de 1921 y su victoria permitirá implantarla”³⁶. Cuando finalmente Molinas promulgó la Constitución en el Mensaje a la Cámara de Diputados dijo: “cuando el Gobernador Mosca desconoció la reforma promulgada, el PDP, acompañado de un importante sector del Partido Radical, agitó la opinión [...] No tuvo éxito, y al ver alejarse la perspectiva de inmediata solución, contrajo ante el pueblo el solemne compromiso de aplicarla en su hora desde el Gobierno. Mantuvo su protesta durante once años, renovándola en todas las ocasiones propicias y en cada elección de Gobernador”³⁷.

5. Vigencia de la Constitución e intervención federal.

Réquiem para un gobierno y sus reformas progresistas

El 6 de setiembre de 1930 un mitin encabezado por el general José F. Uriburu, usurpa el poder y destituye al presidente Hipólito Irigoyen, comenzando el ciclo de interrupciones del orden constitucional. Cuatro días más tarde, la Corte Suprema de Justicia de la Nación justifica y convalida el golpe militar. Ambos hechos se constituyeron

³⁶ PEREZ, *La verdadera Constitución de Santa Fe* cit., p. 3.

³⁷ Mensaje a la Honorable Cámara de Diputados, 8-4-32, t. 192, Archivo Histórico Provincial de Santa Fe.

en lo que he denominado “la semana trágica” para las instituciones republicanas y democráticas en la Argentina³⁸.

La política gestada por Uriburu, detrás de cuya máscara se encubría la figura no menos amenazante de Justo y el viejo orden conservador, no sólo iba a abrir camino a mayores distorsiones de la voluntad ciudadana, con su recurrencia al fraude, la violencia y la exclusión lisa y llana de la oposición mayoritaria del radicalismo, sino que anulaba las bases de legitimidad del sistema³⁹.

Las constricciones institucionales con que la dictadura de Uriburu busca, a fines de 1931, una salida electoral para el gobierno militar, terminan por conformar un cuadro de situación política nacional con tres vértices principales: el bloque oficial de la concordancia, que reúne en el apoyo a la candidatura presidencial del general Justo a los partidos conservadores provinciales, al antipersonalismo radical y al socialismo independiente; la Alianza Civil, que potencia las fuerzas locales de socialistas y demócratas progresistas ofreciendo al electorado una alternativa opositora que llevan en la fórmula a Lisandro de la Torre y Nicolás Repetto, y el radicalismo, que ante la proscripción de la candidatura de Alvear retoma la antigua práctica de abstención electoral, que sostendría como bandera hasta mediados de la década⁴⁰.

En el territorio santafesino, este cuadro político nacional se repite aunque con algunas singularidades que definen la particularidad del distrito. Por una parte, la provincia es el territorio casi excluyente de la democracia progresista, y uno de los principales del antipersonalismo. Como consecuencia del perfil de ambas fuerzas, como dirá Macor en el texto citado, el enfrentamiento electoral de 1931 se concentra en estos dos partidos, mientras el radicalismo local acompaña la decisión de la organización nacional de no participar de las elecciones. Por otra, el antiguo arraigo del PDP en el distrito, le permite capitalizar a su favor la abstención radical y promover a su candidato, Luciano Molinas, a la gobernación. En ese cuadro local, el punto que revive

³⁸ BLANDO, O., *Derecho y Política. De la ley de lemas a la reforma política y constitucional en Santa Fe*, Juris, Rosario, 2002, p. 46.

³⁹ BONAUDO, ob. cit., p. 17.

⁴⁰ La abstención radical permitió al Partido Socialista obtener 43 bancas de diputados nacionales y dos senadores (Alfredo Palacios y Mario Bravo).

el conflicto de 1921 es la propuesta del PDP (Alianza Civil) para las elecciones de fines de 1931 de recuperar la reforma constitucional, y su efectiva puesta en vigencia cuando Luciano Molinas asume, junto a la gobernación en 1932⁴¹.

El 4 de mayo de 1932 el gobernador Molinas firmó el decreto de promulgación de la Constitución de 1921⁴² iniciando una administración caracterizada por la transparencia, la honradez y por el marcado tono progresista de su gestión en lo político y social.

Desde un comienzo aseguró la estabilidad del Poder Judicial, las garantías individuales y la equidad impositiva. Garantizó el laicismo en las escuelas del Estado y dispuso que los 292 consejos escolares⁴³ de la provincia fueran electos por la comunidad educativa y no designados a dedo por el gobierno, y elevó el presupuesto educativo al 25% del total provincial. Como lo mandaba la Constitución del 21, estableció el voto femenino y permitió el voto de extranjeros para elegir autoridades comunales. El nuevo gobierno comenzó a aplicar

⁴¹ En el mapa electoral nacional la alianza opositora sólo se impondría en dos distritos: la Capital Federal y la Provincia de Santa Fe. Por las características de las elecciones capitalinas la competencia se reducía a los cargos legislativos, mientras que en Santa Fe la elección ponía en juego a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

⁴² La puesta en vigencia de la Constitución de 1921 reaviva el conflicto por el carácter laico de la misma, y renueva también la discusión sobre su anulación once años atrás. El diputado Hildebrando Rubino, durante una de las sesiones de 1932, sostuvo que el gobernador Mosca, al firmar ese decreto cometió un “acto ilegal e inconsulto” y manifestó que en ese tiempo, “el clero católico festejó el triunfo propio” mientras “el partido radical, se prestó a la maniobra con la única excepción del Doctor Manuel Menchaca”. Expresó luego que “los que pretendieron defenderla fueron encarcelados en Rosario, el 29 de enero de 1922”. También se destacaba en la Legislatura santafesina el primer socialista electo diputado provincial: Waldino Buenaventura Maradona que insistía en que el gobernador Enrique Mosca había cumplido con lo indicado por don Hipólito Yrigoyen: “...‘que vele por la paz y la armonía para evitar todo motivo de división en el campo de las ideas y sentimientos’, con el objeto de ‘asegurar una mayor libertad para los pueblos’, y mientras esto decía, para anular la obra liberal de los constituyentes de Santa Fe, ordenaba ametrallar a las peonadas criollas en Santa Cruz”. En Junta Provincial de Estudios Históricos de Santa Fe, 1983.

⁴³ El gobierno de Molinas descentralizó el sistema educativo y otorgó participación democrática a los distintos actores de la comunidad. Crea los consejos escolares de distrito, que tenían amplias facultades de organización, propuestas de designación de maestros, fiscalización de recursos, procedimientos para determinar responsabilidades de los maestros, etc.

políticas claramente keynesianas un año antes que el presidente Roosevelt lo hiciera a través de su famoso *New Deal* en los Estados Unidos. Molinas creó el Departamento Provincial del Trabajo, que tenía facultades de mediación en los conflictos entre el capital y el trabajo y de fiscalización del cumplimiento de la novedosa legislación social que garantizaba la Constitución provincial de 1921 en su artículo 28: como el cumplimiento de la jornada de ocho horas, el salario mínimo y la reglamentación del trabajo de menores y mujeres. El Departamento creó una bolsa de trabajo para los desempleados. Toda esta labor se complementó con la creación de los tribunales de trabajo con sede en Santa Fe y Rosario. Molinas eliminó los “gastos de etiqueta” que se llevaban 1.500 pesos por mes, rebajó su sueldo de 2.500 a 1.800 pesos, suspendió el pago de la deuda externa de la provincia y ordenó las rentas provinciales, llevando adelante una prolija política financiera y fiscal que permitió que la provincia pasara en poco tiempo del déficit al superávit y estuviera en condiciones de encarar un lúcido plan de obras públicas que incluyó la construcción de caminos, canales fluviales, puertos, el dragado en los puertos de Santa Fe y Rosario, desagües y obras de saneamiento⁴⁴. Encaró una interesante reestructuración de la red ferroviaria provincial. El plan permitió además el empleo de importante cantidad de mano de obra. Santa Fe, provincia chacarera por excelencia, evidenciaba como pocas el padecimiento de los pe-

⁴⁴ El proyecto de suspensión de la deuda externa que envía el gobernador Molinas a la Legislatura se convierte en la ley provincial 2185 y constaba tan sólo de cuatro artículos. Concretamente se propuso la suspensión del pago a los acreedores externos por un lapso de tres años. La iniciativa, de siempre candente actualidad, permitió un rico e intenso debate político y económico en su época. Lisandro de la Torre apoyó claramente la postura de sus correligionarios. Diría: “creo que nunca debe anteponerse el cumplimiento de obligaciones externas a las internas. Es increíble que tenga asidero en personas informadas el argumento de presunta inmoralidad en proponer a los acreedores externos una forma de pago transitoria, distinta de la pactada originariamente”. Y en carta publicada en el Diario *La Nación* del 27-7-32 a Luciano Molinas y a su ministro de Hacienda Alberto Casella, de la Torre decía con elocuencia: “Un gobierno no puede mirar con indiferencia la agonía de los obreros desocupados aunque los reaccionarios llamen ‘demagogia’ a la preocupación de que el pueblo trabajador no se muera de hambre”. Pueden verse mis artículos *El gobierno de Luciano Molinas y la deuda externa*, publicados en el Diario *La Capital* de Rosario, ediciones de los días 2 y 3 de setiembre de 1985.

queños y medianos productores rurales. Miles ya estaban al borde de la quiebra. El gobierno de Molinas sancionó la Ley de Arrendamientos Agrícolas, que fijaba precios y condiciones justas entre propietarios y arrendatarios; puso precios mínimos para la cosecha y propició la distribución de semillas para la siembra. También se promovieron impuestos a las grandes propiedades rurales y se puso una inédita energía en cobrarles a los morosos independientemente de sus apellidos. La Ley de Colonización agrícola de 1932 intentó el reparto de tierras fiscales, pero no pudo aplicarse como deseaba Molinas por la férrea oposición de la Sociedad Rural, los conservadores y los radicales alvearistas. En cuanto a la tecnificación y la aplicación de la ciencia al campo, se creó el Instituto Experimental de Investigación Agrícola, un antecedente del INTA que recién sería fundado casi 30 años después. La Ley del Hogar prohibía el desalojo de las familias rurales y urbanas que habitaran viviendas valuadas en menos de 10.000 pesos. Encaró también una activa política de fomento de la radicación industrial, lo que llevó a un importante crecimiento de la industria en el panorama económico de la provincia⁴⁵.

Todos estos avances institucionales políticos y sociales empezaron a ser vistos con preocupación por los conservadores y por el propio gobierno de Justo. Santa Fe era “un mal ejemplo” para el resto de las provincias asoladas por las políticas recesivas, el fraude y la escandalosa corrupción. Un gobierno honesto, continúa Pigna, que favorecía a los sectores populares, que impulsaba el desarrollo, iba absolutamente en contra de los principios de los fraudulentos gobernantes que ocupaban la Rosada y contra las “arraigadas” convicciones del poder real. Había que castigar además a Lisandro de la Torre, por su “insolencia” al denunciar el negociado de las carnes que involucraba a ministros de aquel corrupto gobierno, y había que hacerlo rápido porque faltaban meses para las elecciones en Santa Fe donde se descontaba el triunfo de la Torre, por su trayectoria y por el buen gobierno que había hecho su partido. Otro tema importante era que la concordancia necesitaba garantizar su sucesión tras el final de mandato de Justo y para eso los votos de Santa Fe en el colegio electoral eran fundamentales frente a

⁴⁵ PIGNA, Felipe, *Cuando Santa Fe le dijo no al fraude*, en diario *Clarín* del 15-2-2009, URL: http://edant.clarin.com/suplementos/zona/2009/02/15/z-0185_9411.htm.

los seguros fracasos en la Capital, Córdoba y Entre Ríos. En efecto, los electores presidenciales demócratas progresistas de la Provincia de Santa Fe unidos a los electores radicales de otros distritos (Capital Federal, Córdoba, Entre Ríos y Tucumán), aun sin contar con las minorías ya existentes, aniquilaban la continuidad de la concordancia en la próxima renovación presidencial. Como dirá Félix Luna: ¡Una simple suma condenaba a Santa Fe!

Entre las muchas armas políticas utilizadas por el gobierno conservador para sostenerse en el poder (junto al fraude y la violencia política) se encontraba la intervención federal a las provincias. En los últimos días de septiembre de 1935 entra sorpresivamente al Senado un proyecto de ley para intervenir Santa Fe bajo el pretexto de que allí se estaba aplicando la Constitución de 1921, que a juicio del Ejecutivo Nacional, era nula.

En un hecho sin precedentes, el proyecto de intervención fue aprobado sobre tablas en el Senado⁴⁶ ante las airadas protestas de varios senadores, entre los que se destacaron Lisandro de la Torre⁴⁷ y Francisco Correa. La iniciativa girada a diputados no pudo ser tratada: ante la falta de quórum y la finalización de las sesiones ordinarias, Justo decide la intervención por decreto... Como dirá Pigna: “Todos los leguleyos conservadores y ‘liberales’ que criticaban a Yrigoyen por sus intervenciones federales enmudecieron de pronto”. La hipocresía llegó a su punto culminante con el ministro del Interior de Justo,

⁴⁶ El proyecto de intervención fue aprobado en la madrugada del 30-9-32 por 15 votos contra 4.

⁴⁷ Lisandro de la Torre con su habitual elocuencia dijo en el debate del Senado: “Santa Fe debe ser avasallada porque su partido mayoritario me ha proclamado a mí candidato a gobernador de la provincia; Santa Fe debe ser avasallada en revancha del debate sobre la investigación del comercio de carnes. No bastaba con dejar en pie todos los vicios revelados por la investigación, más lozanos que nunca; no bastaba con que el monopolio mantenga su dominio imperturbable de detrimento de la riqueza del país; no bastaba con que la sangre de un senador por Santa Fe haya manchado este recinto, cobardemente asesinado; no bastaba con que se le niegue a la madre del muerto el derecho de querellar; no bastaba con que la justicia no se interese en recibir los testimonios formidables que yo revelé en esta Cámara; no bastaba todo eso. ¡Era necesaria, todavía, la venganza!” El aludido senador por Santa Fe asesinado en el recinto el 23-7-35 fue Enzo Bordabehere (diario *El Litoral* de Santa Fe, 30-9-35).

el exradical, Leopoldo Melo: había dicho que antes de intervenir Santa Fe “se cortarían la mano”, pero, como replicara luego con ironía Luciano Molinas, fue él quien redactó el decreto de intervención y “no murió manco”.

El gobernador Molinas en las primeras declaraciones sería contundente: “el Congreso no tiene facultad para juzgar la legalidad de las constituciones provinciales [...] es un asunto reservado a la autonomía de la provincia. Solamente una maniobra política puede autorizar el avasallamiento de las instituciones legítimas impuestas en una provincia argentina. Las consecuencias en todos los órdenes serán muy graves, al pretender con la ilegalidad atropellar la Constitución de la Provincia de Santa Fe”⁴⁸.

La intervención produjo fuertes reacciones políticas y cívicas: movilizaciones, paralización de actividades públicas y comerciales, huelga general, fueron algunas de las expresiones de repudio⁴⁹, como lo demuestran en esos días en sus ediciones, los diarios *El Litoral* de Santa Fe⁵⁰ y *La Capital* de Rosario⁵¹.

Finalmente, el 3 de octubre de 1935, Justo envía la intervención

⁴⁸ Diario *La Capital* de Rosario, 1-10-35.

⁴⁹ Entre los episodios de repudio, hubo ofrecimientos de resistencia armada que, como señala Bernardo González Arrili (*Vida de Lisandro de la Torre*, Libros del Mirasol, Buenos Aires, 1962), fue rechazada tanto por Molinas como por De la Torre para evitar derramamientos de sangre.

⁵⁰ El vespertino santafesino, en su edición del día 30 de setiembre de 1935, titulaba: “La noticia de la intervención provocó una paralización total de actividades en la C. de Rosario. Una situación de violencia ha reinado en el día. No han circulado tranvías, ni ómnibus, no funcionaron las escuelas y los comercios cerraron sus puertas, amén de algunos actos de violencia, como el cometido contra el diario *Crónica*”.

⁵¹ El diario *La Capital* de Rosario, en la edición del 1-10-35 despliega varias páginas a la intervención con fotos de las “manifestaciones callejeras”. El principal titular a toda página refleja las reacciones cívicas a la intervención y titula: *La protesta contra el proyecto de intervención federal. Proyecciones de la huelga y cierre de los establecimientos comerciales*. En otro titular se lee: “En la plaza San Martín se realizó un mitin popular”. La información del diario *La Capital* de Rosario da cuenta también de lo ocurrido en la ciudad de Santa Fe: “En la Plaza España de la capital de la Provincia tuvo lugar ayer una asamblea pública muy concurrida”. En otro lugar titulaba: “En Santa Fe fue intensa la expectativa y la agitación popular suscitada por la resolución del Senado de la Nación. A su regreso, el Dr. Luciano Molinas fue objeto de demostraciones”.

a Santa Fe y designa comisionado a Manuel Alvarado⁵². El interventor y su ministro de gobierno Joaquín F. Rodríguez derogaron la Constitución provincial e iniciaron la cuenta regresiva para nivelar –en el peor sentido del término– a Santa Fe con el resto de las provincias⁵³.

Concluía así una administración progresista legitimada por el mandato popular que cumplió su promesa de poner en vigencia la Constitución de 1921. Con ese acto intervencionista se expresaba lo peor de un período trágico para la República –la década infame– asentado sobre el irrespeto a las instituciones democráticas, la apelación al fraude y a la violencia. Como dirá Félix Luna⁵⁴, refiriéndose a esa época: “El campeonato de la infamia lo ganaba la intervención en Santa Fe porque en ese episodio se reunieron todas las mañas del régimen gobernante: la duplicidad de Justo, la hipocresía que hacía cubrir con solemnes palabras los actos más injustificables, la frialdad en el cálculo de tiempo y oportunidad, el desprecio por la voluntad mayoritaria y la opinión pública. Fue el hecho más innoble, más irritante, más condenable de la década clausurada el 4 de junio de 1943”.

⁵² Ese día 3 de octubre, el diario *La Capital* de Rosario, bajo el título de *Santa Fe y su autonomía* criticaba el atropello institucional cometido y reivindicaba la autonomía provincial.

⁵³ PIGNA, *Cuando Santa Fe le dijo no al fraude* cit.

⁵⁴ LUNA, Félix, *Conflictos y armonías en la historia argentina*, Planeta, Buenos Aires, 1997.

LOS JÓVENES, LA PARTICIPACIÓN Y LA POLÍTICA. ANÁLISIS DE UNA ENCUESTA A ESTUDIANTES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNR*

por OSCAR M. BLANDO** y ANA MARÍA RAGGIO***

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los jóvenes, la política y la participación. 3. Los jóvenes y la confianza en sus dirigencias. 4. Los jóvenes, la política y los medios de comunicación. 5. Los jóvenes y algunos temas de actualidad política. 5.1. El voto joven. 5.2. El sistema de votación: ¿boleta partidaria o boleta única? 5.3. La reforma constitucional: nacional y provincial. 6. Conclusiones.

* La encuesta formó parte del Proyecto de Extensión Universitaria titulado *Ciudadanía y participación: de la motivación a la construcción de espacios*, radicado en la Secretaría de Extensión Universitaria, Facultad de Derecho, UNR. Director: Dr. Oscar M. Blando. Codirector: Lic. Alejandro Villalba. La contraparte u organización coparticipante en el Proyecto fue la Fundación Ejercicio Ciudadano cuya presidente es la Lic. Estela Pérez Moncunill. El coordinador del Proyecto y el diseño técnico de la encuesta estuvo a cargo de Lucas Barberis. Participaron en la recolección de datos, docentes de la Cátedra “B” de Derecho Político: Dres. Daniel Bóccoli, Ana María Raggio, Daniel Sosa; los adscriptos y ayudantes de Cátedra: Alicia Sugasti, Mariana Genaccio, Franco Gatti, Enrique de Santis y, los alumnos de los cursos regulares 2013 de dicha Cátedra. En el análisis de resultados de la encuesta participó el ayudante de la Cátedra de Derecho Político, Maximiliano Letto. También fueron parte del Proyecto de Extensión el Profesor Dr. Nicolás Gianelloni y los alumnos de la Facultad de Derecho, Camila Reynares, Sergio Chiarella, Dana Cupertino, Natalia Menna y María Emilia Barberis.

** Doctor en Derecho. Director del Departamento de Derecho Público y del “Centro de Investigaciones en Políticas Públicas, Derechos y Gobierno” (CIPPDER) de la Facultad de Derecho. Prof. Titular de Derecho Político. Director de Reforma Política y Constitucional del Ministerio de Gobierno y Reforma del Estado de la Provincia de Santa Fe.

*** Licenciada en Ciencia Política, UNR. Magister en Ciencia Política y Sociología, FLACSO. Profesora Adjunta de Derecho Político de la Facultad de Derecho de la UNR.

Resumen

El presente trabajo analiza una encuesta a los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNR que constituyó una de las actividades realizadas en el marco del Proyecto de Extensión Universitaria radicado en la Secretaría de Extensión Universitaria de nuestra Facultad, titulado: *Ciudadanía y participación: de la motivación a la construcción de espacios*. Entre los objetivos del Proyecto se encontraba el “fortalecer el vínculo entre los jóvenes y la política, incentivándolos a producir una formulación colectiva de propuestas de acción en su ambiente comunitario local”.

La encuesta a los estudiantes de la Facultad de Derecho pretendió hacer visible la relación de los jóvenes con la política y, especialmente, el grado de involucramiento y participación no sólo en los espacios e instituciones netamente políticos sino en ámbitos específicos de los jóvenes, como el centro de estudiantes y diversas organizaciones de la sociedad civil (instituciones barriales, educativas-culturales, ámbitos relacionados con la juventud, organizaciones de derechos humanos, instituciones religiosas, etc.). También se requirió opinión sobre la confianza de los jóvenes estudiantes en los dirigentes (políticos, sindicales, empresariales, judiciales, policiales, etc.) y cómo se informaban y través de qué medios de comunicación, sobre las noticias políticas. Por último, se les pidió opinión respecto a distintos temas de la actualidad política e institucional: el voto joven, los sistemas de votación (boleta única, boleta partidaria), la reforma constitucional nacional y provincial. Finalmente, este trabajo compara algunas de las respuestas y conclusiones con una encuesta de temáticas similares, realizada también a estudiantes de la Facultad de Derecho en el año 2002, es decir, con posterioridad a la grave crisis política y de representación en la Argentina.

Abstract

This paper analyzes a survey performed on students of the Faculty of Law, UNR. The survey was one of the activities made in the context of an University Extension Project radicated on the University Extension Secretariat (Faculty of Law, UNR), entitled “Citizenship

and participation: from motivation, to building spaces”. Among the objectives of the project was to “strengthen the link between young people and politics, encouraging them to produce a collective formulation of proposals for action in their local community environment”.

The survey performed on students of the Faculty of Law intended to make visible the relationship of young people with politics and, especially, the degree of involvement and participation not only in the purely political spaces and institutions, but in specific areas of youth, such as the Students’ Union and various civil society organizations (educational and cultural institutions, related to youth, human rights organizations, religious institutions, etc.). We also collected their opinion on the confidence the young students have in their leaders (political, labor, business, judicial, police, etc.) and on how they are informed, as well as the way in which they get the information (political news). Finally, they were asked about various issues of political and institutional relevance today: youth vote, voting systems (single ballot, party ballot), the national and provincial constitutional reform. To sum up, this paper compares some of the answers and conclusions with a similar thematic survey, also conducted on students of the Faculty of Law in 2002, after the serious political and representation crisis in Argentina.

Palabras clave

Política. Participación. Jóvenes. Democracia.

Keywords

Politics. Participation. Youth. Democracy.

1. Introducción

A la manera de una “ficha técnica” los datos de la encuesta son:

- 1) *Universo de la encuesta*: estudiantes de la Facultad de Derecho.
- 2) *Fecha de realización*: 20 de mayo de 2013.
- 3) *Total de la encuesta*: 711 estudiantes.

- 4) *Instrumento de recolección*: encuestas realizadas en base a un cuestionario estructurado con preguntas cerradas (salvo el caso de las reformas a la Constitución Nacional y provincial donde se sugerían las razones a favor o en contra de las mismas).
- 5) *Turnos de cursado de los alumnos*: Mañana: 35%. Tarde/Noche: 65%.
- 6) *Sexo*: M: 48,5%; F: 51,5%.
- 7) *Edades*: entre 17 y hasta un alumno de 55 años. En el 75% de la muestra la edad se encuentra entre los 17 y 24 años.
- 8) *Año de cursado*: Primero: 19,3%; Segundo: 16,9%; Tercero: 25,6%; Cuarto: 18,7%; Quinto: 10,1%; Sexto: 5,2%; NS/NC 4,2%.

La encuesta versó sobre cuatro grandes ejes:

- 1) Los jóvenes, la política y la participación.
- 2) Los jóvenes y la confianza en sus dirigencias.
- 3) Los jóvenes, la política y los medios de comunicación.
- 4) Los jóvenes y algunos temas de actualidad política (voto joven, sistema de votación –boleta única, partidaria–), reforma a la Constitución Nacional y provincial.

2. Los jóvenes, la política y la participación

El primer tema fue consultar a los alumnos de la Facultad de Derecho sobre su interés por la política y su grado de participación en los ámbitos partidarios.

Interrogados por el interés en la política, respondieron:	
1. <i>Tengo mucho interés</i>	38,1%
2. <i>Tengo algo de interés</i>	40,1%
3. <i>Tengo poco interés</i>	14,5%
4. <i>No tengo ningún interés</i>	6,6%
5. <i>NS/NC</i>	0,7%

Se advierte que, entre quienes tienen *mucho y algo de interés* por la política suman el 78,2% *de los estudiantes*. Ese porcentaje es razonablemente *alentador*, aunque cuando son consultados si están afiliados a algún partido político sólo 19,2% lo está y *más del 56,6% no tiene vinculación alguna con ellos*, mientras que el 20% manifiesta ser “simpatizante” de un partido.

¿Participa de alguna forma en un partido político?	
1. Soy afiliado y milito en un partido político	14,6%
2. Soy afiliado pero no militante en un partido político	4,6%
3. Soy simpatizante de un partido político	20,8%
4. No tengo vinculación alguna con un partido político	56,5%
5. NS/NC	3,5%

El dato actual del 56% de jóvenes que no tiene ninguna vinculación con un partido político cobra mayor relevancia si hacemos referencia y comparamos esta situación con una encuesta realizada también a los estudiantes de la Facultad de Derecho pero del año 2002¹: la diferencia no es sustancial. En esa oportunidad también *el 65,4% de los jóvenes tampoco tenía vinculación, filiación o simpatía con algún partido político, siendo que nos encontrábamos en un contexto de fuerte crisis de representación y de implosión de los partidos políticos. Podría decirse, que en este aspecto, el tiempo no ha mejorado demasiado la percepción de los estudiantes de Derecho respecto a las agrupaciones políticas.*

El tema, entendemos, es parte de la representación en crisis, o lo que Manin llama la “metamorfosis de la representación”² y esa desa-

¹ La encuesta fue realizada por la Cátedra de Derecho Político de la Facultad de Derecho y como parte del Proyecto de Investigación, Programa de Incentivos (PID), titulado: *Calidad de la democracia a nivel local y provincial: instituciones del Estado y la sociedad civil.*

² MANIN, Bernard, Los principios del gobierno representativo, Alianza, Madrid, 1998.

fección, admitimos también, no es un comportamiento exclusivo o aislado de los estudiantes de Derecho: es una tendencia, en general de la ciudadanía, inclusive a nivel mundial, y en todas las franjas etarias. Creemos, sin embargo, que una parte del problema se encuentra en la dinámica de los propios partidos políticos, especialmente en la Argentina post 2001: los mandatos incumplidos, la autorreferencialidad, el desdibujamiento ideológico, la corrupción, no es percibida como un proceso superado. Además, parece, como ha señalado recientemente José Natanson, que la representación ya no descansa, como antes, en divisiones fuertes de clase, pertenencia social o adscripción religiosa, que fueron el germen de los grandes partidos de masas del siglo XX, ni tampoco en motivos familiares, esas “«herencias ideológicas» que se transmitían de generación en generación y que se rompían sólo en ciertos momentos, como en la Argentina de los ’70, cuando muchos jóvenes contestatarios de clase media se hacían izquierdistas o peronistas para desafiar elípticamente a sus padres conservadores o gorilas”³. Más bien, agregamos, las “herencias ideológicas” más recientes –especialmente desde la década de los 90– están vinculadas a posturas individualistas, de repliegue a espacios cada vez más privados, apolíticos y desideologizados.

En el caso de los estudiantes, otra posible explicación de la desafección hacia los partidos podría deberse a que, pese a los discursos de los líderes políticos apelando a los jóvenes y convocándolos a la participación, en verdad, éstos advierten la contradicción del discurso: la falta de oportunidades que realmente ofrecen esas agrupaciones, por ejemplo, cuando los dirigentes mayores se mantienen indefinidamente en los cargos y donde prevalece la “reelección” de los mandatos antes que la participación y la apertura.

Cuando a los jóvenes de Derecho se los interroga “¿Con quién hablan habitualmente de política?”, responden: con los padres (ambos), más de un 43%, con los amigos un 33,5% y, lo que resulta un dato –a nuestro juicio preocupante–, con los “profesores” solamente un 11%.

³ NATANSON, José, *Todos los nombres*, en diario *Página/12* del 1-12-2013: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-234744-2013-12-01.html>.

¿Con quién habla habitualmente de política? (máx. 3 respuestas)

1. <i>Padre</i>	24,0%
2. <i>Madre</i>	19,4%
3. Amigos	33,5%
4. <i>Profesores</i>	11,0%
5. Pareja	9,4%
6. No hablo	2,7%

La respuesta de que *sólo el 11% de los estudiantes “habla de política” con sus profesores es especialmente relevante si esa vinculación ocurre por la falta de diálogo con los docentes de la Facultad de Derecho*. Esta impresión parece hacer cierta la percepción de que determinadas visiones “cientificistas” y “apoliticistas” adjudican al Derecho como una ciencia desvinculada de la política, cuando, como profesores de Derecho Político, sabemos –y como se ha dicho– que el Derecho *no es neutral*, está impregnado de politicidad y adquiere dirección según las formas de distribución efectiva del poder en la sociedad. El Derecho está atravesado por las relaciones de poder y por ende políticas, y expresa la correlación de fuerzas en un momento determinado de las relaciones sociales. Es más, detrás de las decisiones políticas y de las normas jurídicas que las expresan, están las *concepciones ideológicas* que prefiguran un mundo de ideas, de creencias, comprensión del mundo y una visión de la realidad⁴.

Otra de las cuestiones analizadas se refiere a que pese a que los jóvenes no participan en forma mayoritaria activamente en la vida política de los partidos, vale conocer *si, en cambio, sí lo hacen en otras instancias de su vida académica y social*. Por ello, interrogamos *sobre la participación de los jóvenes en sus ámbitos naturales, el Centro de Estudiantes, en Extensión Universitaria (es decir, la relación entre Universidad y sociedad) o en alguna organización social o no gubernamental*. Éstos fueron los resultados:

⁴ BLANDO, Oscar, *El Derecho Político. Actualidad y reformulación crítica*, en *Revista Jurídica Microjuris*, MJ-DOC-6700-AR-MJD6700, 2014, p. 5.

En cuanto a la participación en la Universidad. ¿Participa en el Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho?	
1. <i>Sí</i>	22,5%
2. <i>No</i>	75,7%
3. <i>NS/NC</i>	1,8%

¿Participa o ha participado de algún programa de Extensión Universitaria?	
1. <i>Sí</i>	8,5%
2. <i>No</i>	88,7%
3. <i>NS/NC</i>	2,8%

¿Participa o realiza alguna actividad en una organización social?	
1. <i>Sí</i>	23,6%
2. <i>No</i>	73,6%
3. <i>NS/NC</i>	2,8%

Lo que se desprende de los fríos números, es que los jóvenes estudiantes de Derecho tienen un grado de participación muy escasa en los ámbitos educativos y sociales: *el 73,6% no participa en ninguna organización social, que es algo superior incluso a la encuesta del año 2002, en donde el 62,9% tampoco participaba en institución de la sociedad alguna.*

A su vez, y más claramente en los ámbitos donde los estudiantes están insertos, *el 75,7% no participa del Centro de Estudiantes⁵, el 88,7% no lo hace en ningún programa de Extensión Universitaria.*

⁵ La participación de los estudiantes en el Centro de Estudiantes de Derecho varió, aumentando –aunque no sustancialmente– del 2002 al 2013: en aquella oportunidad participaba el 11,85% y ahora el 22,5%.

Asimismo, habiendo desglosado ese 23,6% de quienes participan en alguna institución se advierte: un 20,2% lo hacen en instituciones barriales, el 14,3% en ámbitos educativos, el 12,8% en temas relacionados con la juventud, el 10,9% en organizaciones de DD. HH., el 10,5% en cuestiones referidas a inclusión social, un 8,5% en instituciones culturales, un 7% en religiosas y un 5,8% en cuestiones ambientales, entre las más relevantes.

Estos datos invitan seguramente a un análisis muy profundo sobre las causas de esa tan notoriamente “ausencia” de los jóvenes participando política y socialmente, atento a que por un lado, muchas veces, *son ellos mismos quienes exigen mayores espacios de participación, pero por otro, cada institución política, universitaria, social, debiera interrogarse e interpelarse sobre las razones de esta ausencia juvenil tan elocuente*: pareciera que no basta abrir las puertas o invitar a la participación o al diálogo en abstracto sino que es necesario encontrar otros métodos o incentivos *que permitan una efectiva participación y un real compromiso*.

3. Los jóvenes y la confianza en sus dirigencias

Frente a la pregunta en qué medida le inspiran confianza las siguientes categorías de dirigentes, los jóvenes respondieron:

	Mucha/Alguna confianza	Muy poca/Ninguna
Políticos	39,5%	59,0%
Sindicalistas	28,5%	69,2%
Empresarios	29,9%	67,5%
Periodistas	56,4%	41,8%
Militares	18,3%	79,9%
Religiosos	38,1%	59,6%
Policías	22,9%	74,9%
Jueces	65,3%	33,4%
Diversas ONG	80,1%	17,8%

El orden en cuanto a grados de confianza (de mayor a menor y promediando los porcentajes entre mucha/alguna confianza y muy poca/ninguna confianza) determina que aparecen las ONG, jueces, periodistas, ubicados en los tres primeros lugares y luego los políticos, religiosos, empresarios, sindicalistas, policías y militares.

Una de las interpretaciones posibles sobre estos resultados podría ser que *en los tres primeros lugares promediados con más confianza (diversas ONG, jueces y periodistas) aparecen categorías que se supone imponen límites, controles o interpelan al poder (o a los poderes). Y en la otra punta de la escala, sigue habiendo una fuerte desconfianza y rechazo a quienes encarnan la fuerza o el monopolio de la fuerza en democracia (militares y policías).*

Un dato no menor surge desde otra mirada: si bien como era predecible no merecen demasiada confianza los políticos (59%, muy poca o ninguna), sorpresivamente, *esa “desconfianza” se encuentra al mismo nivel de los religiosos (59,6%)*; éste es un dato relevante y nuevo: *hasta no hace mucho tiempo, el respeto y la confianza se depositaban claramente en los representantes de las iglesias, fenómeno que en esta encuesta no se confirma.*

Pareciera, en definitiva, que existe en los jóvenes estudiantes de Derecho un grado importante de “desconfianza” en sus dirigencias en su conjunto y parece sobrevolar la explicación de Pierre Rosanvallon cuando dice: “El ideal democrático hoy no tiene rival en el mundo, pero los regímenes que lo reivindican suscitan casi en todas partes fuertes críticas. La erosión de la confianza en los representantes es por lo tanto uno de los principales problemas de nuestro tiempo [...] Es la política en la era de la desconfianza”⁶.

⁶ Rosanvallon en realidad sostiene que la erosión de la confianza en los representantes es uno de los principales problemas de nuestro tiempo. Pero, aunque los ciudadanos vayan menos a las urnas, no han devenido, por ello, en pasivos: los vemos manifestar en las calles, cuestionar, movilizarse por Internet... Este cambio radical de perspectiva lleva a explorar un continente político que pasó desapercibido durante mucho tiempo: el de la “contrademocracia”. Éste resulta de un conjunto de prácticas de control, de obstrucción y de enjuiciamiento, a través de las cuales la sociedad ejerce su poder de corrección y de presión. Junto al pueblo-elector, esto da voz y rostro a las figuras de un pueblo-vigilante, de un pueblo-veto y de un pueblo-juez. En ello está su virtud, pero también su problema. Porque, al valorar en demasía las

4. Los jóvenes, la política y los medios de comunicación

Sobre este tema preguntamos:

¿Con cuánta frecuencia se interesa por las noticias políticas?	
1. <i>Todos los días</i>	44,4%
2. <i>Entre 1 y 3 días a la semana</i>	38,5%
3. <i>Una vez a la semana</i>	12,7%
4. <i>NS/NC</i>	4,4%

¿A qué medios recurre para informarse de algún acontecimiento político, en primer lugar?	
1. <i>TV</i>	29,4%
2. <i>Internet</i>	26,4%
3. <i>Redes sociales</i>	3,4%
4. <i>Periódicos impresos</i>	2,8%
5. <i>Radio</i>	2,0%
6. <i>Más de uno</i>	35,4%
7. <i>NS/NC</i>	0,6%

Aparece como importante que los jóvenes en más de un 44% se informen sobre temas políticos “todos los días” y se hace evidente que, en general, esa vinculación se realiza a través de los “nuevos” medios de comunicación: televisión, Internet y redes sociales. Por ejemplo, es ciertamente bajo el porcentaje de alumnos que lee los periódicos impresos (2,8%).

propiedades de control y de resistencia del espacio público, puede también hacerle el juego al populismo y la “impolítica”, al impedir la formulación positiva de un mundo común (ROSANVALLON, Pierre, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires, 2007, p. 21).

Luego interrogamos sobre la lectura de noticias políticas, ya sean gráficas o digitales, en los medios nacionales y locales y ésta fue la respuesta:

¿En qué periódico gráfico/digital nacional lee las noticias políticas? (máx. 3 respuestas)	
1. <i>La Nación</i>	26,0%
2. <i>Página/12</i>	15,2%
3. <i>Clarín</i>	30,0%
4. <i>Perfil</i>	3,9%
5. <i>Tiempo Argentino</i>	4,5%
6. <i>Ámbito Financiero</i>	2,7%
7. No lee ningún periódico nacional	13,6%
8. Otros diarios	4,0%

¿En qué periódico gráfico/digital de Rosario lee las noticias políticas? (máx. 3 respuestas)	
1. <i>La Capital</i>	49,6%
2. Rosario 12 (Suplemento del diario <i>Página/12</i>)	8,7%
3. <i>El Ciudadano</i>	5,3%
4. <i>Rosario 3</i>	26,2%
5. Otros y ninguno	10,2%

Sobre este punto donde se pueden hacer interpretaciones de las más diversas (por ejemplo, inferir lecturas de diarios según la afinidad u oposición a los gobiernos, aunque con incierto grado de veracidad) lo concreto es que los estudiantes de Derecho leen periódicos gráficos y/o digitales locales al mismo nivel que los porteños. Es más, el más leído de todos es precisamente el diario “La Capital” de Rosario.

5. Los jóvenes y algunos temas de actualidad política

5.1. *El voto joven*

En su opinión, ¿deberían votar los jóvenes a partir de los 16 años?	
1. Sí, de manera obligatoria	7,5%
2. Sí, de manera opcional	32,2%
3. No	57,8%
4. NS/NC	2,5%

Es interesante advertir que más de la mitad de los estudiantes de Derecho consultados –el 57,8%– *entiende que los jóvenes no debieran votar a los 16 años y el 32,2% que lo acepta, debe serlo de manera “opcional”*. Y debe tenerse presente, como señalamos arriba, que *el 75% de la muestra se compone con edades que oscilan entre 17 y 24 años* (al analizar la diferencia por edades, se percibe que no tiene incidencia relevante respecto a la opinión sobre el voto joven).

5.2. *El sistema de votación: ¿boleta partidaria o boleta única?*

Consultado sobre qué sistema de votación prefiere:	
1. El sistema de Boleta Única de Santa Fe	65,7%
2. El sistema de Boletas Partidarias de la Nación	14,8%
3. NS/NC	19,5%

Aquí claramente se advierte que los jóvenes *optan por el sistema de boleta única instaurado en la Provincia de Santa Fe a partir de 2011*⁷, frente al sistema de boleta partidaria o sábana que se mantiene

⁷ Para un análisis detallado sobre la implementación de la boleta única en la Provincia de Santa Fe durante las elecciones de 2011, puede verse BLANDO, Oscar, *Santa Fe y la implementación de la boleta única. Una experiencia exitosa*, en L. L. Supl. Const., Sección Doctrina, del 27-9-2011.

en la Nación, en coincidencia con las percepciones ciudadanas sobre las bondades y ventajas de la boleta única.

5.3. *La reforma constitucional: nacional y provincial*

Preguntados sobre posibles reformas a la Constitución Nacional y la de la Provincia de Santa Fe, los jóvenes dijeron:

¿Está de acuerdo en reformar la Constitución Nacional?	
1. <i>Sí</i>	25,2%
2. <i>No</i>	61,5%
3. NS/NC	13,3%

Esta pregunta dejaba abierta la posibilidad de fundar la respuesta: En general las respuestas mayoritarias (que fueron las negativas en un 61,5%) se fundaron en que la Constitución de 1994 es una Constitución “nueva”, que “ya fue actualizada”, que una reforma en estos momentos sería “para beneficiar al gobierno” o “para la reelección o perpetuarse en el poder”. También sostuvieron que una reforma nacional se haría “con fines políticos”: es preferible “respetar la que existe”, “no es el momento”, “ni es oportuna ni necesaria”, “no hay motivos para reformarla”.

La misma pregunta sobre la reforma constitucional a nivel provincial:

¿Está de acuerdo en reformar la Constitución de la Provincia de Santa Fe?	
1. <i>Sí</i>	42,9%
2. <i>No</i>	36,4%
3. NS/NC	20,7%

Entre las razones a favor de una reforma (respuesta mayoritaria en un 42,9%) expresaron que era porque la actual Constitución de 1962

es “antigua, arcaica, está desactualizada”. También que “debe adaptarse a la Constitución Nacional” y a “la realidad social del siglo XXI”. Entre los temas que se debería incluir en una reforma provincial, aparece fuertemente la “ampliación de derechos” y “la autonomía municipal” como reclamos fundamentales.

6. Conclusiones

A través de la encuesta intentamos trabajar ejes temáticos como son la política, la participación y el involucramiento de los jóvenes estudiantes de Derecho como “arquitectos” de la ciudadanía.

La importancia de conocer el grado de participación que tienen los alumnos en la política, el grado de credibilidad hacia sus representantes, nos parece interesante para vehicular a través de cátedras como Derecho Político, la investigación y la reflexión conjunta docente-alumno. Ello permite el reforzamiento de instituciones a las cuales los alumnos de Derecho conocen y aprehenden teóricamente ya que el formalismo legal de sus aprendizajes los aleja, muchas veces, de la posibilidad del análisis práctico-teórico de la realidad política.

Es por esto también que se indagó sobre “cómo se informan” y “con quién hablan de política”: la informalidad de las relaciones que generan los jóvenes con sus pares, la familia, o la información que les llega acerca de la realidad política a través de los medios de comunicación no están plasmadas en ninguna norma jurídica. En este sentido, surge que sólo un 11% respondió que conversaba de estos temas con sus profesores. Este diagnóstico, que interroga críticamente hacia dentro de nuestra Facultad sobre los vínculos que reciben los estudiantes sobre la relación entre el Derecho, el poder y la política, nos hace avanzar en la conclusión acerca de que entre los jóvenes consultados se refleja la misma situación de desafección política que aqueja a la ciudadanía.

Los estudiantes encuestados dicen tener interés por la política –mucho el 38%, algo de interés el 40%–, porcentaje que se modifica cuando se advierte la escasa participación política y cuando se los interroga acerca de la confianza que les merecen los dirigentes en su conjunto, ya sean representantes políticos, sindicales, empresariales. Es evidente

que persiste un alto grado de desconfianza que se acrecienta cuando se trata de evaluar el caso de quienes tienen la posesión de la fuerza física del Estado en democracia: policías y militares y, por el contrario, se afirma una tendencia de mayor confianza sobre dirigentes que se supone imponen límites y controles al poder en instituciones o roles –en términos de Guillermo O’Donnell– de *accountability* horizontal: organizaciones no gubernamentales, jueces y periodistas⁸.

Como hemos ensayado, quizá una posible explicación sobre la desafección de los estudiantes hacia los partidos también podría deberse a que, pese a los discursos de los líderes políticos apelando a la juventud y convocándolos a la participación, en verdad, éstos advierten la contradicción: la falta de oportunidades y espacios que realmente ofrecen las agrupaciones partidarias a los jóvenes.

También es clara la tendencia que se observa en torno a la escasa participación de los alumnos no sólo en los espacios e instituciones estrictamente políticos: no se advierte involucramiento activo en los ámbitos sociales y educativos: el 73,6% no interviene en ninguna organización social, que es algo superior incluso a la encuesta del año 2002 (postcrisis de representación), en donde el 62,9% tampoco lo hacía en institución de la sociedad alguna. Del mismo modo surge que los estudiantes no participan en los ámbitos donde están insertos, como son los órganos que los representan en la propia Universidad: el 75,7% no participa del Centro de Estudiantes de su Facultad. Sin embargo, pareciera inferirse algo más general y profundo: la falta de participación quizá constituya también la expresión de un comportamiento o modelo cultural en el país que tiene una historia de años –y que parece no definitivamente abandonado– donde prevaleció el repliegue hacia lo privado, la exaltación del individualismo competitivo, el “no te metás” y la consiguiente impugnación de lo público, lo político y lo estatal.

Indudablemente el cuestionamiento hacia las dirigencias en general y especialmente a los representantes políticos en particular, sigue siendo

⁸ O’DONNELL, Guillermo, *Nuevas reflexiones acerca de la democracia delegativa*, en O’DONNELL, G.; IAZETTA, O. y QUIROGA, H., *Democracia delegativa*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2011, p. 21.

una temática en las agendas democráticas de nuestro tiempo: convive la desafección política, el sentimiento de ineficacia y falta de confianza en los políticos y sus agrupaciones (“*es la política en la era de la desconfianza*”, como sostiene Rosanvallon), junto a una aceptación, sin cortapisas de la democracia. Será quizá como explica Catalina Smulovitz, que se ha producido una modificación de la base material de lo representable. Coincidiendo con su explicación, sucede que los ciudadanos se han vuelto irrepresentables porque en realidad son otros⁹.

Las posibles y múltiples lecturas, respuestas y conclusiones, que pueden extraerse de la encuesta, demuestran a priori que pese a avances y mayores compromisos, se hace necesario que las instituciones democráticas, entre otras, la Universidad, primero se interpele sobre las razones de esta ausencia evidente de participación juvenil, y segundo, admita que no resulta suficiente “abrir las puertas” o invitar al diálogo en abstracto sino que es imprescindible encontrar otros métodos o incentivos que permitan una efectiva participación y un real compromiso, ya que aún persisten signos notorios de desconfianza y desafección política y social.

⁹ SMULOVITZ, Catalina, *El malestar de la representación*, en *Revista Iberoamericana de análisis político. El debate político*, Flacso, Universidad Torcuato Di Tella, San Andrés, FCE, año 1, N° 1, 2004, p. 24.

EL DERECHO COMO LEY DEL MÁS DÉBIL: VÍCTIMAS, TESTIGOS E INSTITUCIONES DE GARANTÍA EN LOS JUICIOS DE LESA HUMANIDAD

por DANIEL LEANDRO BOCCOLI¹

Resulta relevante traer a colación aquí los desarrollos teóricos que en el marco del discurso penal se han efectuado, a partir de la irrupción de Estados autoritarios tanto en Europa como en América Latina, durante todo el siglo XX, desarrollos que sintetizan las preocupaciones de los juristas [...] Estas preocupaciones han buscado comprender la relación entre el poder y la legalidad [...] especialmente a partir de la crisis en esta relación, puesta en evidencia con la irrupción de los regímenes autocráticos de entre guerras, en especial, el nacionalsocialismo [...] De estos desarrollos teóricos –entre los cuales se destacan los emprendidos por los

¹ Magíster en Ciencias Políticas y Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Profesor adjunto de Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Categorizado como docente investigador. Secretario de publicaciones del Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos, “Profesor Juan Carlos Gardella”. Miembro del Centro de Investigaciones en Políticas Públicas, Derechos y Gobierno. Ex Becario del Museo del Holocausto Yad Vashem de Jerusalem. Director Provincial de Programas en Derechos Humanos y del “Programa de Acompañamiento y Protección de Testigos y Querellantes en Juicios de Lesa Humanidad”, de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe (decreto 1927/2008). danielboccoli@gmail.com.

juristas europeos Alessandro Baratta y Luigi Ferrajoli y nuestro E. Raúl Zaffaroni—, surge claro que hoy en día sólo es posible comprender al Derecho Penal como una técnica de minimización de la violencia, con especial referencia a la violencia estatal.

De la sentencia dictada en la causa
14.216/03, “Suárez Mason, Carlos y
otros s/Privación ilegal de la libertad”

Y este límite (al poder) es precisamente el Derecho, el cual se configura como ley del más débil contra la ley del más fuerte que es propia del estado de naturaleza hobbesiano [...] es en efecto ley del más débil el Derecho Penal que tutela al más débil que es la parte ofendida en el momento del delito [...] Pero es precisamente con la constitucionalización de esas explícitas leyes del más débil que son los derechos fundamentales como este papel garantista del Derecho se transforma [...] en la razón social de la democracia constitucional.

FERRAJOLI, LUIGI, “*Principia Iuris*”. *Teoría del Derecho y de la democracia*,
Trotta, Madrid, 2011, tomo II

Aquello que permanezca como injusto en la memoria social ha de ser declarado injusto en la memoria jurídica, y la memoria jurídica ha de coincidir con la memoria social. La memoria pide al Derecho que su anudar, su guardar, tanto en el ámbito individual como social, se convierta de imperativo moral en imperativo jurídico.

MESUTTI, ANA, *Qué pide la memoria al
Derecho*, en *Claves de Razón Práctica*,
Nº 13, Progreso, Madrid, 2011

SUMARIO: Introducción. 1. Derecho (1): Los cambios en la teoría jurídica. 2. Derecho (2): El aporte teórico de Luigi Ferrajoli: “El Derecho como ley del más débil” y sus “instituciones de garantía”. 3. Derecho (3): Los juicios de lesa humanidad en el nuevo contexto teórico. 4. El Derecho como ley del más débil (1): Los testimonios

en juicios de lesa humanidad: memoria y justicia. 5. El Derecho como ley del más débil y sus instituciones de garantía en juicios de lesa humanidad (2): Las políticas públicas de acompañamiento y protección de víctimas y testigos. 6. A modo de conclusión. Presente y futuro del Derecho como ley del más débil en América Latina: La invisibilidad de los débiles, la demonización de los distintos y la impunidad de los privilegiados. Referencias bibliográficas.

Resumen

Este artículo describe cómo en la segunda mitad del siglo pasado surgen nuevas visiones de la relación entre poder y Derecho en la teoría jurídica y política, con especial hincapié en el aporte de Luigi Ferrajoli y particularmente en su concepción del Derecho como “ley del más débil” y del papel de las “instituciones de garantías” y su recepción en los juicios de lesa humanidad en Argentina. A partir de este contexto teórico explora cómo a través de las nuevas políticas públicas de tutela de las víctimas y testigos en nuestra experiencia local de los juicios de lesa humanidad, surge una perspectiva que privilegia a “los más débiles” y articula nuevas relaciones de lo jurídico y lo político. A este fin trabaja con las argumentaciones de magistrados y querellantes y con la normativa y las experiencias del Programa de Protección de Testigos de Santa Fe en tanto “institución de garantía” del derecho de acceso a la justicia.

Abstract

This paper describes how, in the second half of the last century, emerge new visions of the relationship between power and law, in legal theory and politics, with particular emphasis on the contribution of Luigi Ferrajoli and particularly in his conception of Law as “law of the weakest” and the role of “guarantees institutions” and its reception in procedures about crimes against humanity in Argentina. From this theoretical context explores how, through new public policies for protection of victims and witnesses in our local experience of procedures about crimes against humanity, arises a perspective that privileges the “weaker” and articulates new relationships of the legal and the political. To this end, it works with the arguments of judges and private prosecutors, and with the norms and experiences

of the Witness Protection Program of Santa Fe as “guarantees institution” of the right of access to justice.

Palabras clave

El Derecho como ley del más débil. Lesa humanidad. Instituciones de garantía y protección de testigos.

Keywords

Law as a “law of the weakest”. Crimes against humanity. Guarantee institutions and protection of witnesses.

Introducción

El párrafo cuya cita encabeza esta nota pertenece a un *leading case* que sentó precedentes acerca del papel de los centros clandestinos de detención en Argentina. En dicho fallo el juez federal Daniel Rafecas argumenta sobre la relación entre el poder y el Derecho (la legalidad) a partir de los desarrollos teóricos del Derecho Penal del siglo XX ante el Estado autoritario, mencionando a los juristas italianos Ferrajoli y Baratta y al argentino Zaffaroni, y citando las advertencias del primero acerca del peligro que hoy representan para los ciudadanos la violencia y los poderes salvajes de los Estados autoritarios.

Frente a dicho peligro, Ferrajoli formula la estilizada y bella concepción del Derecho como “ley del más débil” y como *sistema de garantías*, que constituye uno de los núcleos del prolífico desarrollo teórico que el jurista italiano sistematizara en su reciente: “*Principia Iuris*”. *Teoría del Derecho y de la democracia*.

Esta concepción del Derecho como ley del más débil y de su efectividad a través de la conformación de instituciones de garantías adquiere especial relieve a la luz de las argumentaciones jurídicas de querellantes y magistrados, los testimonios de las víctimas y las instituciones de acompañamiento y protección de las mismas en las innumerables causas de lesa humanidad en nuestro país.

A través de nuestra experiencia en dichas causas² pudimos comprobar cómo en forma reiterada el discurso jurídico de los querellantes y de los magistrados en dichos juicios recurren a este tipo de concepciones propias de las teorías del neoconstitucionalismo, que expresan Ferrajoli y otros teóricos del Derecho, como también a argumentaciones de la Filosofía política contemporánea, del tenor de las de Ana Messutti sobre la relación entre Derecho y memoria, o las de Hannah Arendt y Giorgio Agamben sobre la “banalidad del mal” y el “estado de excepción” explicitados como argumentos en el fallo mencionado de Rafecas³.

Afirmamos como hipótesis de este trabajo que este entramado entre las nuevas concepciones de la teoría del Derecho y la Filosofía política, las argumentaciones de magistrados, abogados querellantes, la acción y testimonios de víctimas, testigos y operadores de las políticas públicas que los acompañan en los juicios de lesa humanidad, constituye una de las características centrales de estos procesos y es parte de un fructífero proceso de producción de conocimiento jurídico y social, un verdadero régimen de formas de saber y dispositivos de poder en los términos de Michel Foucault.

En este artículo formulamos sólo algunos de nuestros interrogantes acerca de dicho entramado:

¿Es posible afirmar que, en nuestro país, a partir del desarrollo de los juicios de lesa humanidad y las políticas públicas de memoria, verdad y justicia y de tutela de las víctimas y testigos, surge una visión que en los términos de Ferrajoli privilegia a “los débiles” y articula nuevas relaciones de lo jurídico y lo político?⁴

² Me refiero a la experiencia de participación en los quince juicios orales por delitos de lesa humanidad desarrollados en la Provincia de Santa Fe desde el año 2009 a la fecha, a los que asistí en mi carácter de director provincial de Programas en Derechos Humanos y del Programa de Acompañamiento y Protección de Testigos y Querellantes en Juicios de Lesa Humanidad, de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe.

³ La cita de Ana Mesutti es realizada en el alegato de los abogados querellantes Nadia Schujman y Álvaro Baella en la llamada causa “Feced”, a la que nos referimos más adelante.

⁴ Lo jurídico y lo político constituyen el objeto de la disciplina que en las Facultades de Derecho se enseña bajo la denominación de Derecho Político. Nuestro colega

¿En el marco de esta tutela del Derecho de los más débiles, hay una nueva relación entre Derecho, violencia, testimonios y memoria construida en los juicios de lesa humanidad?

Y si es así, ¿en qué momento y con qué condiciones aparecieron estas articulaciones de discursos de saber, dispositivos de poder y tecnologías de subjetividad?

Como precisa el juez Rafecas en su fallo precitado, estas preguntas nos remiten a considerar la resignificación de la relación entre Derecho y poder a partir de los genocidios, desde la experiencia hoy paradigmática de la masacre de judíos en Europa bajo el régimen nazi –simbolizada en Auschwitz, en tanto eufemismo⁵ de dicha masacre– a la represión política y los centros clandestinos de Argentina objeto de estos juicios.

Pero también a partir de estas preguntas y resignificaciones de un pasado/presente que hoy tiene un nuevo sentido, podemos interrogarnos acerca de los contenidos de nuestra práctica docente en la universidad:

¿Cuál es la relación entre el Derecho que enseñamos hoy en las aulas con el poder y la violencia vivida en nuestra sociedad, en las calles de los barrios marginales, en la violencia de género y el femicidio, en la trata de personas y el narcotráfico, en los espacios públicos y privados “sin Dios y sin ley”, donde priman los “poderes salvajes” que enuncia Ferrajoli?

En el marco de estos interrogantes, en este trabajo proponemos:

1. Describir brevemente cómo en la segunda mitad del siglo pasado con las teorías neoconstitucionalistas surgen nuevas visiones de

Alejando Médici señala en este sentido: “Los términos de la relación que el Derecho Político significa entre Derecho y política son cualificados por el primero [...] De más está decir que esta tarea es difícil y problemática, que *hay una tendencia a la mutua exorbitancia entre los términos de la relación* que por momentos amenaza convertirse en un *oxímoron* y que comprenderlo así requiere de un enfoque histórico, relacional e impuro, pero sobre todo crítico para no caer en enfoques hiperrealistas, escépticos en cuanto a la capacidad regulatoria del Derecho, ni tampoco en el extremo opuesto de un idealismo jurídico distante de la tosca materia de la realidad de la política y del poder. El problema está siempre abierto y se trata de comprender los alcances, posibilidades y límites de una vinculación jurídica del poder, desde la perspectiva de los derechos y de la democracia”.

⁵ *Eupheme*, como lo no nombrable o indecible.

la relación entre poder y Derecho, con especial hincapié en el aporte de Luigi Ferrajoli y sus concepciones del Derecho como “ley del más débil” y de las “instituciones de garantías”, y como estas perspectivas son recepcionadas en las argumentaciones y en el discurso jurídico de querellantes y magistrados en los juicios de lesa humanidad en Argentina.

2. A partir de este contexto explorar cómo en la experiencia local de los juicios de lesa humanidad a través de nuevas políticas públicas de tutela de las víctimas y testigos, surge una perspectiva que privilegia a “los más débiles” y articula nuevas relaciones de lo jurídico y lo político. A este fin sintéticamente explicitamos el marco normativo y la experiencia del Programa de Protección de Testigos de Santa Fe en tanto “institución de garantía” del derecho de acceso a la justicia.
3. Como conclusión procuramos una reflexión sobre la relación entre Derecho, poder, violencia y garantías en nuestra sociedad.

1. Derecho (1): Los cambios en la teoría jurídica

Norberto Bobbio en un trabajo ya clásico de la década del sesenta⁶ señalaba que las orientaciones de la teoría del Derecho en la Italia de posguerra se inscribían en lo que llamaba “la rebelión contra el formalismo”. Según Bobbio los regímenes totalitarios y la catástrofe humanitaria de la Segunda Guerra Mundial sumados a las justificaciones jurídicas y teóricas del régimen nacionalsocialista generaron después del fin de la guerra la llamada “revuelta antiformalista”, crítica de un positivismo jurídico “ideológico” para el que toda ley es justa por el solo hecho de ser ley.

Así, desde mediados del siglo XX, buscando superar la limitación de los enfoques positivistas clásicos aparecen en la teoría jurídica visiones más integradoras que se acentuaron en las últimas décadas⁷,

⁶ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1994, ps. 11/13.

⁷ Cito algunas de dichas visiones sólo a título enumerativo: las teorías críticas del Derecho, los enfoques sistémicos y las teorías de la argumentación jurídica entre otras. Las primeras, desarrolladas entre nosotros por Enrique Marí, Carlos Cárcova

dentro de las cuales nos interesa destacar el neoconstitucionalismo y su paradigma del Estado constitucional de Derecho, sea en sus visiones positivistas críticas y no positivistas o más cercanas al iusnaturalismo. Su análisis excede a este artículo y existen trabajos ya clásicos sobre el tema, como los de Miguel Carbonell, Paolo Comanducci y J. J. Moreso⁸, entre otros.

En una apretada síntesis acerca de lo nuevo en esta teoría, Gustavo Arballo⁹ sostiene que el neoconstitucionalismo estaría integrado por: a) Nuevos textos constitucionales con nuevos derechos y garantías institucionales; b) nuevas jurisprudencias en una perspectiva activista de interpretación expansiva de los derechos constitucionales, y c) nuevas teorías: herramientas conceptuales nuevas de revisión de las teorías clásicas, con nombres propios: Alexy, Dworkin, Zagreblesky y Ferrajoli, entre otros.

Es precisamente en el entrecruzamiento entre nuevo texto constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, nuevas jurisprudencias en una perspectiva activista de los magistrados y nuevas visiones de los autores citados, con la práctica social y jurídica de los organismos de derechos humanos, las víctimas y testigos y sus abogados querellantes y la puesta en marcha de nuevas instituciones de garantía, lo que caracteriza los juicios de lesa humanidad en Argentina.

En similar sentido, Lucía Assef¹⁰ destaca que con las corrientes del neoconstitucionalismo se afirma la existencia de: “dos importantes

y Alicia Ruiz, entre otros, cuestionan la separación que formula la teoría kelseniana entre política y Derecho: “El Derecho es un discurso de poder. Es constitutivo en tanto asigna significados a hechos y palabras y esta compleja operación social dista de ser neutral, está impregnada de politicidad y adquiere dirección según las formas de la distribución efectiva del poder en la sociedad” (Cárcova, 1996).

⁸ CARBONELL, Miguel, *Constitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003; COMANDUCCI, Paolo, *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 16, Madrid, abril de 2002, ps. 90-112; MORESO, J. J., *Comanducci sobre neoconstitucionalismo*, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 19, Madrid, octubre de 2003, ps. 268-282.

⁹ *Saber leyes no es saber Derecho*, en *Saberderecho.com*, blog de Gustavo Arballo, 5-10-2006.

¹⁰ ASSEF, Lucía María, *Sobre el neoconstitucionalismo, material para Seminario de Cátedra*, inédito.

cambios relacionados entre sí [...] un cambio estructural, consistente en la ‘constitucionalización del Derecho’, y un cambio doctrinal que es la afirmación del ‘neoconstitucionalismo’ con origen en los ordenamientos jurídicos de los principales países de la Europa continental, conformándose una escuela de pensamiento que posteriormente se fue extendiendo a algunos países latinoamericanos mediante un proceso [...] en virtud de cual el Derecho es ‘impregnado’ por la Constitución condicionando la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y el comportamiento de los actores políticos”.

Entre los juristas que adhieren a esta concepción hay un consenso académico acerca de la crisis del Derecho Público, que se encuentra en una etapa de transición en la que se afirma una nueva concepción donde, a diferencia del positivismo clásico, “...la ley ya no es la reina, sino que está subordinada a la Constitución. La Constitución es la auténtica norma jurídica que rige a gobernantes y, tiene efecto directo en el ámbito de los derechos fundamentales. El Estado constitucional no es una continuación sino la superación del Estado de Derecho. La Constitución ocupa el lugar de la ley y surge un modelo de producción normativo más complejo, en el que los jueces encuentran, no un orden jurídico unívoco, sino orientaciones de sentido conflictivo que exigen ponderación...” (Kriele, 1980).

Con el neoconstitucionalismo el principio del “gobierno de las leyes” se expresaría en su forma más completa con esta sujeción de la ley a la Constitución, que expresa un cambio genético en el Derecho actual donde se ha pasado del Estado de Derecho legislativo al “Estado constitucional”. Este cambio de paradigma implica una noción de Derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo había reducido, una nueva concepción del Derecho más compleja que la anterior y llena de consecuencias (Zagreblecky, 1999: 113).

En el marco del “Estado constitucional de Derecho” las constituciones modernas han dado lugar a una serie de principios y valores constitucionales que ya no cumplen la función tradicional de cubrir lagunas sino que se aplican siempre. Anteriormente se decía que los principios cumplían una función de orientación política (normas programáticas), pero esto se deja de lado cuando se le reconoce valor

normativo a la Constitución. No es ella un mero catálogo de principios, sus preceptos son alegables ante los tribunales¹¹.

En este marco teórico de “constitucionalización del Derecho” y de valor de los principios constitucionales, al precisarse el nuevo perfil de los derechos humanos en los juicios de lesa humanidad en Argentina debe tenerse presente que los tratados internacionales en esta materia tienen base constitucional en nuestro país a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22) y son considerados como “principios constitucionales de valor normativo” alegables ante los tribunales a la par que integran el llamado “bloque de constitucionalidad”.

Concomitantemente con estos cambios en el Derecho Constitucional y la teoría del Derecho, después de los juicios de Núremberg en 1945 y de Eichmann en Israel en 1962, también se configura el nacimiento de un nuevo paradigma en el Derecho Penal que incluye el principio de jurisdicción universal, los delitos de lesa humanidad y su imprescriptibilidad y el lugar central de las víctimas y no de los perpetradores.

Al respecto Waldo Villalpando¹² destaca que “En esta dinámica de expansión jurídica aparece el *Derecho Internacional Penal*. Si bien hay antecedentes históricos de índole variada, todos los autores coinciden que la celebración de los juicios de los Tribunales de Guerra en Núremberg y Tokio inmediatamente después de la Segunda Guerra constituyó un paso decisivo para su desarrollo. Adquirió un nuevo impulso a principios de los años noventa con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Ahora debe agregarse al Tribunal Mixto Nacional Internacional de Sierra Leona creado en 2000. Este proceso, por ahora, en un entramado de Convenciones, comités y tribunales internacionales que no sólo intenta controlar la acción abusiva de los Estados u organizaciones en el poder sino que, además, pretende castigar las más graves violaciones de los

¹¹ Tal contenido sustancial se apoya en un *sistema de valores y de principios* que, con constancia implícita o subyacente, alimenta el contenido íntegro de la Constitución. En este sentido el Tribunal Constitucional de España en su STC N° 9 del 31-3-81 definió a la Constitución española como norma cualitativamente distinta que incorpora el sistema de valores esenciales.

¹² VILLALPANDO, Waldo, *De los derechos humanos al Derecho Internacional Penal*, UCES–Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

derechos fundamentales. De este modo, una parte del Derecho Internacional ha penetrado en el área el Derecho Penal nacional.

”Por otro lado se ha producido un fenómeno equivalente desde el Derecho Penal ante la necesidad de hacer valer las normas penales más allá de las fronteras. Contribuyó a este proceso la aparición de los primeros delitos extraterritoriales perseguibles por la comunidad internacional, de los que nos ocuparemos luego. Además, y dentro del ámbito de la delincuencia común, los Estados y sus tribunales nacionales, requirieron la cooperación jurídica externa, cooperación que se ha ido materializando mediante acuerdos internacionales, bilaterales o multilaterales. De esta manera el Derecho Penal también ingresó al área del Derecho Internacional bajo la denominación de *Derecho Penal Internacional*”.

Como señala Daniel Rafecas en el fallo mencionado, es en este contexto de cambios teóricos¹³ que los procesos de lesa humanidad en Argentina incorporan estas nuevas caracterizaciones del Derecho Penal.

Asimismo otros estudios destacaron la importancia de la argumentación jurídica de estos juicios cimentada en la aplicación del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como herramienta de incidencia en políticas públicas¹⁴.

Para describir este fenómeno proponemos abordar las argumentaciones y las políticas de acompañamiento y protección en la recepción de los testimonios de las víctimas y testigos en dichos juicios, con un análisis no sólo estructural del Derecho, sino considerando su funcionamiento como una serie de procedimientos discursivos de producción de sentido social¹⁵.

¹³ Estas transiciones y cambios de paradigmas en el Derecho implican también a otras teorías contemporáneas: sistémicas, críticas, argumentativas y hermenéuticas, cuyo desarrollo excede este trabajo.

¹⁴ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, ps. 102 y ss., y ANDREOZZI, G. (coord.), *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Cara o Ceca, Buenos Aires, 2011, p. 155.

¹⁵ El estudio de los aspectos argumentativos del Derecho ha ido cobrando una reciente importancia desde finales de la Segunda Guerra Mundial, en especial desde la década del setenta se ha desarrollado la llamada teoría estándar de la argumentación

2. Derecho (2): El aporte teórico de Luigi Ferrajoli: “El Derecho como ley del más débil” y sus “instituciones de garantía”

De Luigi Ferrajoli se ha afirmado que “es el filósofo del Derecho vivo más importante de Italia. Su aporte al estudio del Derecho es un verdadero universo y sus líneas investigativas más trascendentes se refieren al Derecho Penal, a la teoría del Derecho y a los derechos fundamentales [...] Sus obras más importantes son *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* de 1989 y *Principia Iuris. Teoría del Diritto e Della democrazia* de 2007”¹⁶.

Para el jurista español Manuel Atienza¹⁷, “...el objetivo último de Ferrajoli, el ideal regulativo que propone a los juristas, viene a ser éste: debe procurarse que el Derecho (nuestros Derechos del Estado constitucional) cumpla[n] sus promesas en relación con los derechos fundamentales. La obra de Ferrajoli está, pues, orientada a potenciar el lado emancipador del Derecho, pero sin olvidar tampoco (y de ahí su dimensión crítica) que en su funcionamiento real el Derecho no siempre cumple esa función”.

Partidario del positivismo jurídico y en lo tocante a la teoría del Derecho, Luigi Ferrajoli ha desarrollado una teoría general del Derecho positivo con una concepción garantista de sistema jurídico y en especial del Derecho Penal.

Sobre su aporte teórico dentro de la visión positivista, Atienza afirma que “El neopositivismo o positivismo crítico que defiende Ferrajoli supone, con respecto al anterior paradigma positivista, cambios fundamentales en relación con la manera de entender la estructura –el concepto– del Derecho, la dogmática jurídica y la jurisdicción: en

jurídica. Así como la teoría del Derecho en el siglo XX (de la cual Hans Kelsen sería el ejemplo paradigmático) fue una teoría de tipo estructural que analizaba los componentes del Derecho, la teoría de la argumentación jurídica se centra en el funcionamiento del Derecho, visto como una serie de procedimientos discursivos. ATIENZA, Manuel, *Argumentación y legislación*, Mimeo, Madrid, 2004.

¹⁶ SFERRAZA TAIBI, P., *La teoría jurídica crítica de Luigi Ferrajoli*, en *Papeles de teoría y filosofía del Derecho*, N° 11, Univ. Carlos III, Madrid, 2010, ps. 1-16.

¹⁷ ATIENZA, M., *Tesis sobre Ferrajoli*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Madrid, 2008, ps. 214/216.

efecto, el Derecho no consiste ya en un sistema unitario de fuentes, dada la posibilidad de existencia de normas formalmente válidas, pero substancialmente inválidas; la ciencia jurídica no puede entenderse en términos puramente descriptivos, sino también críticos y prospectivos (su función esencial es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la violación de los derechos), y la jurisdicción, en la medida en que ha de verse como aplicación e interpretación de las leyes en conformidad con la Constitución, incorpora también un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica”.

A los fines de este trabajo, nos interesa aquí subrayar dos cuestiones principales en su concepción de la relación del poder con el Derecho. En primer lugar Ferrajoli rechaza la idea de un “poder bueno”, y frente al tendencial absolutismo del poder que señalara Montesquieu, confiere a los derechos fundamentales y a la Constitución un papel de límite, como *ley del más débil* contra la ley del más fuerte que es propia del estado de naturaleza.

En segundo término, y en el mismo sentido de limitar el poder, frente a la crisis contemporánea del Estado de Derecho propone repensar la esfera pública, planteando como esencial más que la separación clásica de poderes, la distinción entre *instituciones de gobierno* e *instituciones de garantía*, cuya separación viene dada por sus fuentes de legitimación: la representatividad política en el caso de las instituciones de gobierno, sean éstas legislativas o ejecutivas, y la sujeción a la ley y a la universalidad de los derechos fundamentales en ella establecidos, por parte de las instituciones de garantía. En este último caso se trata no sólo de garantías secundarias o jurisdiccionales encargadas de intervenir en caso de violación de derechos, sino antes con relación a las garantías primarias (instituciones dedicadas a la satisfacción de los derechos sociales, instituciones para garantizar la paz y seguridad, defensa del medio ambiente, salud, vivienda y otros derechos fundamentales).

3. Derecho (3): Los juicios de lesa humanidad en el nuevo contexto teórico

En la década del ochenta, en plena transición democrática, en el

marco de las concepciones críticas del positivismo que anticipara Bobbio en los sesenta, el jurista argentino Carlos S. Nino¹⁸ integra y relaciona la concepción del poder y el Derecho con la moral, para avanzar sobre los complejos problemas jurídicos, morales y políticos que planteaba el juzgamiento de las violaciones masivas de derechos humanos desde el Estado.

Nino también fue un pionero en recurrir a los textos de Filosofía política de Hannah Arendt, y su concepción del totalitarismo y del “mal absoluto”, dado que estos delitos del terrorismo de Estado representaban ofensas contra la dignidad humana tan extendidas y atroces que el sentido moral normal resultaba inapropiado para comprenderlas.

En el marco social y político de las luchas que ya desde la dictadura venían librando las víctimas, sus familiares y organismos defensores de los derechos humanos, las argumentaciones de Nino junto a las de otros teóricos y académicos del Derecho fundamentaron las políticas públicas del primer gobierno democrático del doctor Raúl Alfonsín, que elaboró una estrategia sobre derechos humanos para enfrentar los crímenes de la dictadura militar, y derogó la denominada ley de autoamnistía mediante la que se pretendió clausurar los reclamos de familiares de las víctimas y la investigación de estos hechos.

En dicha estrategia jurídica, la ley 23.049 proponía la idea de la autodepuración, poniendo a cargo del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas la investigación, si bien se incluía una cláusula en el artículo 10, por la cual la Cámara Federal podía avocarse si advertía demoras injustificadas, lo que ante el fracaso de la propuesta de autodepuración derivó en el Juicio a las Juntas. El propio presidente de la República impulsó estas políticas mediante dos decretos sucesivos, el 158/83, que ordenó sólo el juzgamiento de las cúpulas militares (lo que deja implícito el criterio de obediencia debida), y el 159/83, que ordenó el juzgamiento de los jefes guerrilleros.

A su vez el decreto 187 del 15 de diciembre de 1983 dispuso la creación de la Conadep, que tenía por objetivos recibir denuncias y pruebas y remitirlas a la justicia, investigar el destino de las personas

¹⁸ NINO, C. S., *Juicio al mal absoluto*, Emecé, Buenos Aires, 1997, p. 8.

desaparecidas y la ubicación de los niños sustraídos, denunciar a la justicia todo intento de ocultar o destruir pruebas vinculadas a estos hechos y emitir un informe final.

Este informe se plasmó en el libro *Nunca más*¹⁹, el que brindó por primera vez una versión oficial de las dimensiones del sistema de desaparición de personas y la responsabilidad del Estado y tuvo un gran impacto social potenciando las luchas por la verdad y la justicia.

Así, con la conjunción de movimientos sociales, trabajos de académicos que aportaban nuevas perspectivas jurídicas y políticas públicas del primer gobierno democrático se registró un gran avance cuyos símbolos son el *Nunca más* y el Juicio a las Juntas, en este primer tramo del proceso de lucha contra la impunidad, lo que se vio interrumpido por las leyes de obediencia debida y punto final y los indultos.

Pero la continuidad de las luchas de los organismos de derechos humanos, de las víctimas y testigos sobrevivientes del horror, y de las fuerzas sociales y políticas comprometidas, en un contexto de mayor desarrollo de las nuevas concepciones garantistas del Derecho que antes mencionamos, en especial a partir de la reforma constitucional de 1994, impulsó nuevas acciones jurídicas como los llamados Juicios por la Verdad, las que impidieron la consagración legal de la impunidad.

La jurista argentina Ruti Teitel (2003), en sus trabajos acerca de la justicia transicional, enriqueció el estudio de este proceso de justicia y memoria a partir de la consideración de estos nuevos agentes del mismo²⁰.

Esta investigadora continúa los estudios de Nino acerca de los logros y fracasos de la justicia durante las transiciones, pero atribuye a la sociedad una mayor capacidad de agencia que la que reconocía Nino,

¹⁹ En un exhaustivo y documentado trabajo el sociólogo Emilio Crenzel (2008) ha analizado tanto la historia política como los usos y resignificaciones posteriores del *Nunca más*, destacando cómo rápidamente se convirtió en un éxito editorial sin precedentes y fue traducido a diferentes idiomas, llevándose vendidos 503.830 ejemplares hasta noviembre de 2007.

²⁰ SCHORR, M., *La transición a la democracia en la Argentina. La responsabilidad social en la reconstrucción democrática*, en MACÓN, C. (coord.), *Pensar la democracia, imaginar la transición (1976/2006)*, Ladosur, Buenos Aires, 2006, p. 36.

quien relataba la historia del Juicio a las Juntas desde el punto de vista de sus actores más evidentes, mientras Teitel destaca principalmente el carácter de construcción social en los procesos donde la justicia, la verdad y la memoria se encuentran en la esfera de acción de los tribunales, pero también muchos de los actores relevantes estaban asentados fuera del dominio del Derecho, incluyendo víctimas, Iglesias, y grupos defensores de los derechos humanos²¹.

Este entrecruzamiento de las luchas de víctimas y organizaciones sociales con los nuevos instrumentos teóricos del Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco del neoconstitucionalismo y políticas públicas vuelve a expresarse con fuerza en una segunda etapa de lucha contra la impunidad con el gobierno de Néstor Kirchner, la declaración por parte del Congreso nacional en 2003 de la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2005 que declaró la invalidez y la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final, Obediencia Debida y leyes de Indulto, lo que marca un momento decisivo para el mejoramiento de la calidad institucional y un paso fundamental en la búsqueda de *verdad y justicia*.

En síntesis, este cruce de teorías, prácticas sociales y activismo judicial constituye una nota central tanto en la primera como en esta segunda etapa en los procesos de lesa humanidad, donde confluyeron luchas sociales, políticas gubernamentales y nuevas miradas del Derecho.

Sólo a título de ejemplo de lo expuesto citamos al inicio de este artículo las argumentaciones de la sentencia dictada en el año 2003 en la causa “Suárez Mason, Carlos y otros”²²:

“Resulta relevante traer a colación aquí los desarrollos teóricos que en el marco del discurso penal se han efectuado, a partir de la irrupción de Estados autoritarios tanto en Europa como en América Latina, durante todo el siglo XX, desarrollos que sintetizan las preocupaciones

²¹ TEITEL, Ruti G., *Genealogía de la justicia transicional*, trad. al castellano de Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, ps. 2-5.

²² Expte. 14.216/2003, “Suárez Mason, Carlos y otros s/Privación ilegal de la libertad”.

de los juristas y pensadores provenientes no sólo del Derecho Penal sino de diversas ramas de las ciencias sociales, como lo son la sociología del castigo, la antropología jurídica y la criminología.

”Estas preocupaciones han buscado comprender la relación entre el poder y la legalidad (entendida esta última según el modelo kelseniano que se impuso durante las décadas de los ’20 y ’30 del siglo pasado), especialmente a partir de la crisis en esta relación, puesta en evidencia con la irrupción de los regímenes autocráticos de entre guerras, en especial, el nacionalsocialismo.

”De estos desarrollos teóricos –entre los cuales se destacan los emprendidos por los juristas europeos Alessandro Baratta y Luigi Ferrajoli y nuestro E. Raúl Zaffaroni–, surge claro que hoy en día sólo es posible comprender al Derecho Penal como una técnica de minimización de la violencia, con especial referencia a la violencia estatal”.

En la misma visión, en otro párrafo de dicho fallo se argumenta a partir de los conceptos antes mencionados del “Estado legal de Derecho” y “Estado constitucional de Derecho”²³:

“Dicho de otro modo, nos encontramos a partir de fines de marzo de 1976 en nuestro país con un Estado no ya constitucional sino meramente legal de Derecho, con casi todos sus espacios internos ocupados por un Estado policial liberado de toda contención y dominado por las agencias policiales (fuerzas armadas y de seguridad), y que para la Argentina en aquellos años, con todos sus aparatos verticalizados de poder (fuerzas armadas, policías, servicios penitenciarios, servicios de seguridad del Estado) alineados en una sola estructura –al estilo del Leviatán que describe Hobbes–, liberado de toda atadura o contención desde la esfera de la legalidad, aunque más no sea la legalidad formal que regiría la organización política luego del golpe de Estado y hasta la restauración del sistema democrático de gobierno.

”Es más, lo que se tuvo por probado en aquella causa 13 de la Excma. Cámara Federal, fue que desde el Estado legal de Derecho, la Junta Militar de gobierno que ocupaba el poder político del Estado argentino, le proporcionó a los detentadores del aparato de poder unificado que

²³ Se trata de dos conceptos típicos de los autores neoconstitucionalistas y que ocupan un lugar central en la sistematización teórica de Luigi Ferrajoli.

había pasado a la clandestinidad, todo lo necesario para operar impunemente y en el mayor de los secretos para negar ante la opinión pública, los Estados extranjeros y las organizaciones de derechos humanos, todo lo concerniente a la actuación de aquel Leviatán desatado”.

En el cambio de paradigmas del Derecho, además del nuevo rol de la jurisdicción que se evidencia en fallos como el que citamos, Ferrajoli destaca el rol garantista del sistema jurídico en general y del Derecho Penal en particular en resguardo de los derechos fundamentales de “los más débiles”. A continuación describiremos en primer término cómo en los juicios de lesa humanidad surgen nuevas perspectivas en los testimonios y en los derechos de víctimas y testigos, y en un segundo apartado, en qué condiciones aparecen nuevos dispositivos e instituciones de garantía destinadas a acompañar a los testigos y víctimas en los procesos de memoria, verdad y justicia.

4. El Derecho como ley del más débil (1): Los testimonios en juicios de lesa humanidad: memoria y justicia

En un trabajo sobre este tema, Carolina Varsky destaca que el testimonio es considerado uno de los aspectos centrales de la prueba judicial en este tipo de causas, ante la destrucción u ocultamiento del material documental por los perpetradores de estos delitos de lesa humanidad²⁴.

Al referirse a los testimonios judiciales en el contexto del genocidio nazi, Paz Moreno Feliu (2010: 45) reflexiona acerca de cómo “en situaciones como la de los tribunales que juzgan crímenes como los perpetrados en Auschwitz (u otros genocidios o situaciones de injusticia extrema) el testimonio de las víctimas lleva aparejado un ritual de conmemoración que en muchos casos se manifiesta como una petición de justicia, y si esto se les niega al juzgar estos crímenes inconmensurables, la noción de que se hace justicia desaparece del universo moral de las víctimas”.

²⁴ VARSKY, C., *El testimonio como prueba en procesos penales de lesa humanidad*, en Centro de Estudios Legales y Sociales y Centro Internacional para la Justicia Transicional, *Hacer justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, ps. 49-79.

En nuestro país, los testimonios judiciales han evolucionado en consonancia con el cambio de las etapas de justicia transicional que antes describimos, como podemos apreciar en una nota de la periodista Alejandra Dandán²⁵, quien al realizar una comparación entre los actuales procesos y el Juicio a las Juntas plantea como hipótesis que los actuales juicios orales sobre los crímenes en los centros clandestinos de la última dictadura parecen “estar haciendo aparecer a los desaparecidos”.

“Los testimonios de sobrevivientes y familiares construyen en las audiencias nuevos relatos que acentúan, entre otras cosas, sus identidades políticas y sus historias de vida. A contramano de lo que sucedió con la emblemática causa 13, elaborada a partir del informe Conadep, estos procesos recuperan las carnaduras cotidianas, los modos de vida, los deseos y detalles no sólo de ellos sino también de los sobrevivientes y los alejan de la idea exclusiva de las víctimas para volver a situarlos en el terreno político. Pero, además, hay nuevas aristas en las investigaciones. Intentos de comprobar paisajes hasta ahora invisibilizados, como la violencia sexual sobre varones y mujeres²⁶, aparecen cada día en los tribunales, ante un público al que todavía, sin embargo, le cuesta aparecer. En ese contexto, se advierte además la acentuación de los relatos personales. Los detalles. Las historias de vida, pero también la situación individual del secuestro, la tortura y opresión. Frente a los ochenta, años en los que se necesitaba acreditar las desapariciones, los nuevos procesos penales muestran un acento puesto en la vivencia personal”.

“La instancia del juicio oral que permite una escenificación de la justicia es otro de los elementos en juego. La posibilidad de situarse por primera vez ante el círculo de acusados, de los responsables directos, lo potencia: ‘Los relatos se singularizan’, afirma José Nebbia del

²⁵ DANDÁN, Alejandra, *Las diferencias*, en diario *Página/12*, del 31-10-2010.

²⁶ Las abogadas Ana Oberlín, Lorena Balardini y Laura Sobredo prepararon un documento para fundamentar el ingreso de este tema en las audiencias. En él recuerdan que desde la reapertura del proceso de justicia se profundizan cuestiones que hasta ahora fueron invisibilizadas: “Uno de estos temas ha sido el ejercicio de la violencia de género en sentido amplio, a través de la comisión de violaciones sexuales y de todo tipo de abusos y vejaciones a detenidos-desaparecidos, varones y mujeres alojados en centros clandestinos” (nota citada, en *Página/12*, del 31-10-2010).

CELS. El que lo hizo está sentado ahí y lo están juzgando por lo que te hizo a vos, el relato se construye desde otro lugar y eso sólo aparece como una reparación para las víctimas: todos sienten un gran alivio una vez que terminaron de hablar, se sacan una mochila gigante”²⁷.

Un ejemplo de ello lo constituyen las argumentaciones acerca de la especificidad de los hechos de violencia de género y sexual como delitos de lesa humanidad en el nuevo contexto teórico del Derecho Penal y de la jurisprudencia internacional en derechos humanos, que formularon los abogados querellantes Ana Oberlín y Lucas Ciarnello, por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación en la llamada causa “Feced”²⁸, cuyas partes más significativas transcribimos a continuación:

“Recién a partir de los llamados Juicios por la Verdad las declaraciones comenzaron a ser más detalladas porque ya estaba mucho más probado el siniestro dispositivo de la desaparición, y empezaron a exponerse cada vez con mayor frecuencia las violaciones, los abusos sexuales y las prácticas represivas diferenciales hacia las mujeres.

”También, sin dudas, gravitó un cambio en el contexto, el que se hizo más permeable a su aparición. Así, las modificaciones en la legislación penal en relación con los delitos actualmente calificados como delitos contra la integridad sexual, las extensas producciones en el campo académico, artístico y político de los movimientos de mujeres y feministas, *los cambios en la legislación internacional en relación con las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, han sido sin duda condición lógica de la posibilidad de que aquellos testimonios que fueron dichos en diferentes ámbitos hace ya décadas puedan hoy ser comprendidos de otro modo* y sea posible incluir la persecución de esos crímenes en el proceso de justicia.

”...queremos referirnos a una práctica represiva particular: la vio-

²⁷ Nota citada, en *Página/12*, del 31-10-2010.

²⁸ Una de las más significativas causas tramitadas en el ámbito de la ciudad de Rosario y su zona de influencia fue la anteriormente denominada causa “Feced” ante el Tribunal Federal Oral N° 2 de Rosario. El expediente (por la muerte de Feced) fue recaratulado: “Díaz Bessone, Ramón Genaro; Lo Fiego, José Rubén; Marcote, Mario Alfredo; Vergara, Ramón Rito; Scortechini, José Carlos Antonio y Chomicky, Ricardo Miguel (ex Feced) s/Homicidio, violación y torturas”, expte. 120/08.

lencia de género y la violencia sexual [...] Las mujeres, por su condición de tales, fueron sometidas a prácticas represivas diferenciales, como quedó establecido en este debate. Esto no fue casual, sino que tuvo el objetivo particular de disciplinarlas por haber trasgredido, con su militancia y compromiso, el lugar que la cultura machista tenía asignado para ellas en esa época, ubicándolas como amas de casa y madres. Había que castigarlas por haberse salido del estereotipo y por eso, además de someterlas a las cruentas torturas que padecieron todos y todas en los centros clandestinos también debieron vivir situaciones particulares vinculadas a su condición de mujeres, y fueron mayoritariamente víctimas de agresiones sexuales.

”Parte de esta violencia sufrida en el contexto de los centros clandestinos, quedó invisibilizada en la construcción de los testimonios en los años ’80, cuyo objetivo general versó en probar la represión ilegal y las desapariciones, lo que opacó las vivencias individuales que quedaban en un claro segundo plano frente a la dimensión amplia del plan sistemático de desaparición y exterminio. En ese momento, las y los testigos privilegiaban dar cuenta de lo ocurrido a los desaparecidos y desaparecidas. El objetivo era poder dar cuenta de quiénes estaban desaparecidos, para ayudar a las familias a reconstruir lo que había ocurrido con ellos. Los sobrevivientes, que siempre han sido un ejemplo ético para todos nosotros, se centraron solidariamente en ello y en mucha menor medida en describir sus propios padecimientos, los que dejaron en un segundo plano, priorizando a sus compañeros y compañeras que ya no estaban.

”En este sentido, consideramos que dentro del marco fáctico al que hicimos referencia, es decir frente a la ejecución de una política de represión sistemática, estas prácticas no configuraron situaciones aisladas, sino que formaron parte de este plan general de aniquilamiento y degradación de la subjetividad de las personas. Entendemos, particularmente respecto a las violaciones y abusos sexuales, que se han ejercido en forma tan sistemática como el resto de los delitos. Y al igual éstos, son delitos de lesa humanidad, lo que es ya indiscutible merced a copiosa jurisprudencia internacional”.

A su vez en esa misma causa “Feced”, los abogados Nadia Schujman y Álvaro Baella alegaron por sus querellas y como representantes de

la agrupación Hijos, y en el tema específico de la relación entre testimonios, memoria y Derecho, incorporaron la precisa argumentación de Ana Mesutti que mencionamos al principio:

“Cuando la ‘justicia de la memoria’ recurre al Derecho, le pide no sólo que no sofoque el pasado sino que se pronuncie respecto de él. La memoria pide al Derecho que establezca, declare expresamente ese ‘no debería’. Y ese ‘no debería’ es una forma de conjugar el ‘deber ser’ jurídico. Y la memoria desea que el Derecho reafirme claramente que eso que generó la ausencia del ausente no debería haber sucedido. Pero no como un acontecimiento natural, una enfermedad, a cuyo respecto el ‘no debería’ connota más bien una expresión de deseos, sino como un acontecimiento que debería haber sido evitado, que debería haber estado prohibido, y que si no ha sido evitado ni estuvo prohibido, la memoria se resiste a dejarlo caer en el abismo que tanto teme, el olvido. Si el Derecho tolerara esa caída en el abismo del olvido, el Derecho estaría tolerando el hecho que no debería haber sido hecho, porque en la configuración del presente del Derecho entra en juego su presente del pasado, es decir, su propia memoria.

”La memoria le pide al Derecho que se ocupe de ese acontecimiento que destruyó la presencia del ausente, que configuró una realidad distinta a la que hubiera sido si no se hubiese producido ese acontecimiento que se produjo a pesar de que no debería haberse producido. Y la memoria le pide al Derecho que establezca, determine, resuelva, que efectivamente aquello que sucedió no debía haber sucedido. Según Derecho”.

En este contexto, del que dan cuenta las argumentaciones por los derechos de los más débiles en los juicios de lesa humanidad, surgieron la necesidad y las condiciones para conformar dispositivos e instituciones de garantía de dichos derechos de las víctimas y testigos.

5. El Derecho como ley del más débil y sus instituciones de garantía en juicios de lesa humanidad (2): Las políticas públicas de acompañamiento y protección de víctimas y testigos

En el marco de la segunda etapa del proceso de justicia abierto a

principios de este siglo a la que antes nos referimos, se produjo el secuestro y desaparición de Jorge Julio López en el mes de setiembre de 2006, un hecho de extrema gravedad destinado a tratar de impedir el avance de los juicios. Este acontecimiento puso de manifiesto crudamente el indelegable deber del Estado de proteger a sus ciudadanos comprometidos en la búsqueda de justicia. Al mismo siguió la reiteración de amenazas y otros actos de violencia que demostraron que el riesgo se extendía no sólo a testigos y víctimas, sino también a peritos, fiscales y funcionarios judiciales.

En la conformación de las características de esta compleja cuestión también tuvo un papel central uno de los rasgos que antes señalamos, del cambio de paradigma en el Derecho Penal: la recepción de la problemática de las víctimas y los testigos en los procesos judiciales tanto en el Derecho Internacional como en el nacional, en los que además de establecerse sus derechos se ha intentado garantizarlos con programas de asistencia y protección.

En esta visión la víctima de un delito o del abuso de poder tiene individualmente un derecho reconocido en prácticamente todos los sistemas legales, de recurrir ante el órgano competente para que se haga justicia. Dicho derecho, que en los sistemas democráticos de gobierno se suele denominar “derecho a la tutela judicial efectiva”, constituye una garantía central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (derecho a un recurso efectivo), sobre el que se sostiene y garantiza el resto de los derechos reconocidos a todos los seres humanos.

En consecuencia, para el Estado nacional y provincial garantizar este derecho constituye un imperativo jurídico a partir del contexto teórico que antes describimos: el nuevo paradigma del Estado constitucional de Derecho, de la reforma constitucional de 1994 y de las recomendaciones de los organismos internacionales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en reiterados casos ha sentado que “El Estado debe combatir la impunidad por todos los medios disponibles, porque la misma propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares” (Caso “Moiwana”, 1986).

En este nuevo marco conceptual los derechos de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos encuentran hoy día un gran

respaldo en las argumentaciones de diferentes fuentes legales y jurisprudenciales²⁹, tanto de carácter internacional y regional como nacional, entre las que cabe citar:

El 24 de octubre de 2005 la Asamblea General de las Naciones Unidas sancionó la resolución A/C.3/60/L.24, que se titula: *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

Con esta resolución el organismo principal de las Naciones Unidas busca la protección integral de aquellas personas que hayan sido damnificadas de un delito de lesa humanidad, haciendo hincapié en que es necesaria una protección integral en virtud del carácter muy grave de este tipo de crímenes, por el que constituyen una afrenta a la dignidad humana.

En este camino y para hacer efectiva la obligación jurídica internacional que detentan los Estados de juzgar a los autores de delitos de lesa humanidad, aprueba los principios básicos, entre los que se encuentran:

“...V. *Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario*.

”A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del Derecho Internacional humanitario. Cuando

²⁹ Ver resolución 56/2006 del juez federal de La Plata, Dr. Arnaldo H. Corazza, del 3-1-2006, acerca de los programas de asistencia a las víctimas y de protección de testigos, ofrecidos por el Comité por la defensa de la salud, la ética profesional y los derechos humanos –Asociación Civil Codeseh– y el Centro de Protección a la Víctima –CPV– de la Provincia de Buenos Aires, el desarrollo de cuyos considerandos seguimos en lo fundamental de este apartado. En: www.codeseh_Argentina_Add_3_2008.

corresponda y en conformidad con el Derecho interno, el término ‘víctima’ también comprenderá a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro para impedir la victimización.

”VI. Tratamiento de las víctimas.

”Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias.

”El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su Derecho interno disponga que las víctimas de violencias o traumas gocen de una consideración y atención especiales, para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma (revictimización).

”VII. Derecho de las víctimas a disponer de recursos.

”11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos [...] figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto por el Derecho Internacional:

- ”a) Acceso igual y efectivo a la justicia.
- ”b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido.
- ”c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

”VIII. Acceso a la justicia.

”12. La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del Derecho Internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo conforme a lo previsto en el Derecho Internacional.

”...A tal efecto los Estados deben:

- ”a) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del Derecho Internacional humanitario;

”b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas según proceda y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas;

”c) Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos posviolaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos...”

Así, de lo expuesto surge con meridiana claridad que la protección integral de la víctima resulta una obligación impostergable de los Estados.

En tal sentido, la resolución dictada por la Asamblea General de Naciones Unidas debe considerarse como una norma interpretativa de los tratados, con relación a la protección de la víctima. Debe tenerse presente que como antes detallamos los tratados y convenciones que conforman la fuente de la mentada resolución tienen jerarquía constitucional en nuestro país y que a su vez por mandato constitucional dichos tratados deben ser aplicados en “...las condiciones de su vigencia...” –artículo 75, inciso 22, CN– por lo que el conjunto de principios y directrices formulado por la resolución A/C.3/60/L.24 no puede ser tomado de otra manera que dentro de la línea jurisprudencial establecida por la Corte Suprema en punto al valor de los informes, recomendaciones y opiniones consultivas de los tribunales internacionales.

En este camino, y en virtud del principio *pro homine* que domina la materia de los derechos fundamentales, se considera que el Estado argentino debe tomar como una obligación internacional proteger a los testigos de las causas que investigan graves violaciones a los derechos humanos, en particular en las que la naturaleza de los delitos se encuentra dentro de la especie lesa humanidad.

La garantía de estos derechos tiene dos aspectos fundamentales:

- a) Por un lado el papel de los operadores judiciales y en especial el rol de los jueces y fiscales en garantizar la protección integral y en especial de la dignidad de los testigos en los procesos. En

este aspecto se elaboró un Protocolo de Intervención para el tratamiento de víctimas-testigos en el marco de procesos judiciales, por la Secretaría de Derechos Humanos y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

- b) Por otro lado la necesidad de avanzar en la coordinación de los programas nacionales de protección de testigos y en la conformación de programas provinciales en la mayoría de las provincias. A este efecto se tomó como modelos, a propuesta del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (ACNUDH), las experiencias de los programas de protección existentes en las Provincias de Santa Fe y Córdoba.

En Santa Fe, a partir de la asunción del gobierno de Hermes Binner, se puso en marcha un proceso de diálogos y debates en la búsqueda de los necesarios consensos, que dio por fruto una nueva legislación en la materia: la sanción del decreto 1927/2008, por el que se creó el Programa de Acompañamiento y Protección de Testigos y Querellantes, que depende de la Dirección Provincial de Programas de Derechos Humanos, dentro de la estructura de la Secretaría de Derechos Humanos en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Entre otras cuestiones básicas en este nuevo programa de protección de testigos se puso especial énfasis en un trabajo junto con las víctimas, querellantes y organismos de derechos humanos interesados en la problemática, los que fueron convocados a reuniones en las ciudades de Santa Fe, Rosario y Reconquista, en las que plantearon sus inquietudes y propuestas.

En base a dichas propuestas y debates se decidió que el programa estuviera dirigido por un civil y que se contemplara desde una mirada interdisciplinaria y no exclusivamente policial, y por ello la conformación de un equipo de asistencia integral: de acompañamiento, asistencia jurídica, psicológica y de seguridad con personal especialmente capacitado para brindar contención a las víctimas que así lo solicitaren.

Las medidas que prevé son de dos tipos. El apoyo a los testigos incluye la asistencia legal, psicológica y médica, así como el apoyo en cuestiones administrativas que pueden surgir durante la vida de un testigo (como por ejemplo la autorización de ausentarse del trabajo o la recuperación de los años de detención a efectos del cálculo de la

jubilación). La presencia de un psicólogo del programa durante la declaración, quien asiste al testigo y puede incluso pedir la suspensión de la vista al juez si el testigo está bajo un severo estrés, se valora mucho por parte de los beneficiarios del programa.

Las medidas de protección incluyen la posibilidad de escoger el programa como domicilio de notificación a efectos judiciales, la prestación de transporte y medidas de seguridad desde y hacia varios lugares (sin limitarse al tribunal el día de la declaración), la custodia física, e incluso la reubicación temporal o permanente del testigo protegido. Se creó una Unidad Especializada de Protección de Testigos y Querellantes (UEPTQ) con responsabilidades para la ejecución de estas medidas de protección.

No obstante, el programa también creó las “medidas de seguridad civil”, que consisten en facilitar teléfonos móviles a los testigos que les permiten comunicarse con el personal civil del programa en caso de que surjan problemas. Estas medidas se crearon por la resistencia de los testigos a tratar con las fuerzas de seguridad, y han sido uno de los aspectos del programa de mayor éxito.

Los beneficiarios del programa son testigos, demandantes y sus abogados, así como las familias, en sentido amplio, de estas personas. La persona interesada, el fiscal o el tribunal pueden solicitar la admisión de una persona al programa. Las mismas personas, y el director del programa pueden solicitar la finalización de la protección otorgada a un testigo, una vez que no resulte necesaria.

Este programa ha intervenido en los quince juicios de lesa humanidad realizados en la Provincia de Santa Fe desde el año 2009 a la fecha y ha acompañado a cientos de testigos en dichas causas.

Un informe y relevamiento realizado en el año 2011 por un experto del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (ACNUDH) ponderó y tomó como modelos a seguir las experiencias de los programas de protección existentes en las Provincias de Santa Fe y Córdoba y destacó que “Prácticamente todas las personas entrevistadas (testigos, abogados, fiscales, activistas de derechos humanos, funcionarios gubernamentales) valoraron muy positivamente el programa”.

Además del citado Programa de Protección y Acompañamiento de Testigos y Querellantes, el gobierno provincial implementó a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos otras instituciones de garantía de los derechos de las víctimas de lesa humanidad, tales como el Área de Investigación, Apoyatura y Seguimiento de las causas judiciales, y la creación de un Registro y el otorgamiento de pensiones a lo ex presos políticos.

En el mismo sentido, y en pos de garantizar el derecho a la verdad y a la memoria, desde el Ministerio de Innovación y Cultura, a través del programa *Señal Santa Fe* dedicado a la producción de contenidos audiovisuales, se realizaron los ciclos *Los días del juicio* y *Proyecciones de la memoria*, en los que se recuperan por primera vez las imágenes de los primeros juicios por delitos de lesa humanidad que se desarrollaron entre el 2009 y el 2010 en los Tribunales Federales de las ciudades de Rosario y Santa Fe. Ambas producciones reconstruyen la trama de estos juicios incorporando como un elemento fundamental de la narración los registros audiovisuales originales tomados en la sala de audiencias.

6. A modo de conclusión. Presente y futuro del Derecho como ley del más débil en América Latina: La invisibilidad de los débiles, la demonización de los distintos y la impunidad de los privilegiados

La política del Estado autoritario de los años 70 comprendió junto a la desaparición de personas el intento de “desaparecer” al mismo tiempo los crímenes y los responsables³⁰. Sin embargo a diferencia de lo ocurrido en otros procesos similares, con enorme esfuerzo nuestra sociedad realizó un gran acto de memoria colectiva —el único de tal envergadura en América Latina— que logró el reconocimiento público del crimen, la responsabilidad del Estado y sobre todo el juicio a los culpables a partir de un contexto de emergencia de las nuevas teorías del Derecho.

³⁰ CALVEIRO, P., *Política y/o violencia*, Norma, Buenos Aires, 2005, ps. 22/25.

En este trabajo, luego de describir algunos rasgos de las teorías jurídicas contemporáneas, en especial la concepción del Derecho como ley del más débil y sistema garantista, nos referimos a esta construcción social de la lucha contra la impunidad y sus articulaciones en las argumentaciones de los magistrados y abogados querellantes en los actuales juicios de lesa humanidad y en la construcción de instituciones de garantía de derechos de las víctimas a través de las políticas públicas provinciales de memoria, verdad y justicia.

Como adelantamos en la introducción, cuando reflexionamos acerca de las relaciones entre Derecho, poder y violencia no queremos hablar sólo del pasado/presente en los juicios de lesa humanidad, sino que también queremos pensar en el nexo entre el Derecho que enseñamos y la violencia de nuestras sociedades, en el futuro/presente de la actual crisis del Estado de Derecho en América Latina en el siglo XXI, donde estudios recientes³¹ señalan cómo en un marco de creciente violencia social la ilegalidad, la pobreza y la desigualdad afectan los derechos de los más débiles.

La situación señalada por Ferrajoli de proclamada igualdad formal ante la ley pero sin garantías de acceso a la justicia en lo real para todos genera el problema de la ineficacia de la ley y aumenta los niveles de impunidad. En el trabajo señalado sobre la desigualdad y el Estado de Derecho en América Latina, Vilhena Viera describe cómo en sociedades muy fragmentadas y jerárquicas, con ineficacia de la ley e impunidad, los poderosos creen hallarse por encima de la ley, sea en delitos por violaciones de derechos humanos o en actos de corrupción, pues no hay obligaciones derivadas del derecho de los otros.

A estos caracteres se agrega la demonización, con la que nuestras sociedades desdibujan la imagen humana de sus “enemigos”, quienes no entran dentro del reino de la ley y con las que se genera la noción perversa de vidas sin valor similar a la desarrollada por los Estados autoritarios del pasado.

³¹ VILHENA VIERA, O., *Desigualdad estructural y Estado de Derecho*, coord. por César Rodríguez Garavito, *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, ps. 25/46.

La cuestión entonces es cómo desde las nuevas visiones del Derecho y las experiencias acumuladas en el proceso de verdad y justicia por los delitos de lesa humanidad del pasado, pensamos en la construcción social de la lucha contra la violencia y la impunidad y en la creación de instituciones de garantía de los derechos de los más débiles y de protección de las víctimas³², para reducir su invisibilidad y demonización y para que el sistema jurídico pueda “dar mayor valor a los que están por debajo de la ley, acabar con los privilegios de los que están por encima de la ley y recuperar la lealtad de los que están en contra o fuera de la ley”³³.

Referencias bibliográficas

- ANDREOZZI, Gabriel (coord.), *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Cara o Ceca, Buenos Aires, 2011.
- ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1998.
- ASSEF, L. M., *Argumentación jurídica y semiosis social*, Juris, Rosario, 2003.
- BLANDO, Oscar M., *Democracia y derechos humanos. Una aporía irresuelta: legalidad inválida y Estado de Derecho*, UNR, Rosario, 2010.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamarrá, México, 1994.
- BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, N., *Diccionario de política*, Siglo XXI, México, 1985.
- BOCCOLI, D., *A 25 años del “Nunca más”*, en SLAVIN, P. E. (comp.), *Octavas Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Suárez, 2008.
- BOCCOLI, D. y BLANDO, O., *Justicia, Derecho y memoria. Avances y nuevos debates en la lucha contra la impunidad*, en SLAVIN, P. E. (comp.), *Décimas Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Suárez, 2010.

³² Pensamos en instituciones de garantías del estilo de los centros de atención a la víctima que existen en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Santa Fe o en la creación de programas de protección de testigos y víctimas de delitos que representan graves violaciones a los derechos humanos como la trata de personas –sexual y laboral– o delitos relacionados a la criminalidad compleja y el narcotráfico.

³³ VILHENA VIERIA, ob. cit., p. 43.

- BOCCOLI, D. y BRUERA, M., *Derecho, poder y memoria*, en SLAVIN, P. E. (comp.), Sextas Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Suárez, 2006.
- CALVEIRO, Pilar, *Política y/o violencia*, Norma, Buenos Aires, 2005.
- CÁRCOVA, Carlos María, *Derecho, política y magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996.
- CÁRCOVA, Carlos María; MARÍ, Enrique y RUIZ, Alicia, *Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- Centro de Estudios Legales y Sociales y Centro Internacional para la Justicia Transicional, *Hacer justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- CRENZEL, Emilio, *La historia política del “Nunca más”: la memoria de las desapariciones en la Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.
- DUHALDE, Eduardo, *El Estado terrorista argentino*, Argos Vergara, Barcelona.
- ESCAMILLA, M. y SAAVEDRA, M., *Derecho y justicia en una sociedad global*, Cátedra Francisco Suárez, Granada, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- “*Principia Iuris*”. *Teoría del Derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011.
- GODOY, Cristina (comp.), *Historiografía y memoria colectiva*, Miño y Davila, Madrid, Buenos Aires, 2002.
- KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- MACÓN, C. (coord.), *Pensar la democracia, imaginar la transición (1976/2006)*, Ladosur, Buenos Aires, 2006.
- MÉDICI, Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica*, Universidad de La Plata, La Plata, 2011.
- MESUTTI, Ana, *Qué pide la memoria al Derecho*, en *Claves de Razón Práctica*, Progresar, Madrid, 2010.
- NINO, Carlos S., *Juicio al mal absoluto*, Emecé, Buenos Aires, 1997.
- PAZ MORENO, Feliu, *En el corazón de la zona gris. Una lectura etnográfica de los campos de Auschwitz*, Trotta, Madrid, 2010.

- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- SFERRAZA TAIBI, P., *La teoría jurídica crítica de Luigi Ferrajoli*, en *Papeles de teoría y filosofía del Derecho*, N° 11, Univ. Carlos III, Madrid, 2010.
- TEITEL, Ruti G., *Genealogía de la justicia transicional*, trad. al castellano de Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.
- VILLALPANDO, Waldo, *De los derechos humanos al Derecho Internacional Penal*, UCES–Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- ZAGREBLESKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999.

LA UTILIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL CONFLICTO POR EL OPERADOR DEL DERECHO

por NATALIA A. CARRIZO, MARÍA SILVIA D’OTTAVIO,
AYELÉN M. GAITÁN, MICAELA GIMÉNEZ, ISABEL
GUZMÁN, MERCEDES LESCANO y ROBERTO SANTERO¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Teoría del conflicto y operador del Derecho. 3. Teoría del conflicto: una herramienta valiosa para una adecuada comprensión y gestión del conflicto. 4. Gestión y prevención del conflicto. 5. Conflicto y proceso judicial. 6. El conflicto objeto de estudio del Derecho: Teoría de la argumentación jurídica. 7. A modo de conclusión.

Resumen

En el presente trabajo se analizará la “teoría de conflictos”, tal como ha sido desarrollada por Remo F. Entelman, haciendo una breve referencia a los conceptos y categorías a partir de los cuales debe examinarse cualquier conflicto que se presente en el mundo jurídico. Realizaremos un sucinto examen sobre el rol del operador del Derecho de nuestros días, valorando la necesidad de educar profesionales, con una mirada holística del conflicto, que asesoren para su prevención y gestión. Nos detendremos en el proceso judicial por ser el método jurídico por excelencia, destacando que el mismo no permite el ingreso

¹ Integrantes del grupo de estudios sobre teoría del conflicto perteneciente al Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. El grupo está coordinado por la Mag. Andrea Meroi.

de conflictos en los cuales las partes involucradas, se encuentran bajo la órbita de lo permitido. Finalmente, propondremos una mirada del Derecho, que entiende que para el tratamiento adecuado del conflicto, el operador jurídico debe conocer las técnicas argumentativas, al momento de elegir y utilizar los distintos métodos de solución de conflictos.

Abstract

In this paper Conflict Theory will be discussed, as has been developed by Remo F. Entelman, making a brief reference to the concepts and categories from which to examine any dispute arising in the legal world. We will have a brief discussion on the role of legal professionals, valuing the need to educate professionals with a holistic view of the conflict, advise for prevention and management. We stop in the judicial process as the legal method par excellence, emphasizing that it does not allow the entrance of conflicts in which the parties involved are under the orbit allowed. Finally, we will propose a glimpse of the Law, which means that for proper treatment of the conflict, the legal professionals must know the argumentative techniques, when choosing and using different methods of conflict resolution.

Palabras clave

Conflicto. Educación jurídica. Operadores del Derecho.

Keywords

Conflict. Legal education. Legal professionals.

1. Introducción

Nosotros entendemos al Derecho como un hacedor de paz social, no obstante, percibimos que el logro de aquel objetivo aún resulta lejano, restando entonces mucho por hacer a tal fin.

Sabemos qué es lo que queremos, es nuestra intención dirigirnos hacia allí, sin embargo, es preciso determinar, previamente, dónde nos hallamos.

La realidad que hoy nos encuentra protagonistas refleja un incremento en la conflictividad social que se evidencia, por ejemplo, en la creciente demanda de procesos judiciales y en el aparente esfuerzo para dar respuesta a esta situación mediante la implementación de los llamados “métodos alternativos de solución de conflictos”. Sin embargo, en nuestra opinión, la solución no está en el “ataque” a los métodos (léase proceso judicial vs. métodos alternativos), sino que ésta debe buscarse en el conflicto: en sus orígenes y en la concepción y análisis del mismo.

Si bien en un principio el conflicto ha sido caracterizado como algo negativo, consideramos, en coincidencia con el nuevo paradigma, que esta concepción debe ser revisada, ya que el conflicto es consustancial al ser humano, constituyendo un factor importante en la evolución de las sociedades².

En consecuencia, entendemos que el foco debe estar puesto en la *gestión* y, cuando fuera posible, en la *prevención* del conflicto.

2. Teoría del conflicto y operador del Derecho

A lo largo de la historia, se observa que, a la par del propio Derecho, la Abogacía –como actividad al servicio de la sociedad– no ha sido indemne a los cambios económicos, tecnológicos, sociales, políticos y de toda índole que se han generado con el devenir de la humanidad, encontrándose con una realidad ante la cual se debe desenvolver y desarrollar a fin de adecuarse a cada tiempo.

En consonancia con ello, se advierte que el perfil del abogado ha cambiado como consecuencia de las múltiples transformaciones que ha vivido la civilización, las que han repercutido en su profesión, potenciando su accionar a través de la asignación de diferentes funciones y nuevos roles que permiten tener una visión más amplia de la actividad jurídica.

En consecuencia, consideramos que el concepto *abogado* debe entenderse no en el sentido tradicional de litigante vinculado al posicio-

² ESQUIVEL GUERRERO, J. A.; JIMÉNEZ BAUTISTA, F. y ESQUIVEL-SÁNCHEZ, J. A., *La relación entre conflicto y poder*, en *Revista Paz y Conflicto*, Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada, N° 2002, 2009, p. 2.

namiento extremo de los intereses de los patrocinados³, sino como expresión más abarcadora; esto es, la de “operador del Derecho”, habida cuenta de que en la actualidad el egresado de la carrera de Derecho puede desempeñarse en actividades que exceden a la procuración y el patrocinio y representación en estrados judiciales.

En efecto, en los albores del siglo XXI el profesional en Derecho puede desempeñarse, entre otras, en las siguientes funciones: procuración, patrocinio y representación en estrados judiciales, administrativos y arbitrales, asesoramiento empresarial e institucional, investigación científico-tecnológica, docencia, notariado, carrera en el Poder Judicial y en el Ministerio Público. Asimismo, merecen especial mención las posibilidades que se les presentan a los operadores del Derecho a través de su actuación en métodos como la negociación, la conciliación, la mediación, el arbitraje, procurando hallar una solución pacífica de los conflictos, con resultados menos costosos –además de lo económico– para los interesados.

En tal sentido, la doctora Gladys Stella Álvarez reseña que el escenario de la práctica de la abogacía ha cambiado y la enseñanza tradicional del Derecho y la formación de los operadores jurídicos está en proceso de cambio. Las facultades de Derecho están dando respuesta a estas necesidades y se han hecho cargo de la reforma de los planes de estudio, de manera tal que el profesional que egrese en el futuro, además de tener una mirada amplia del fenómeno jurídico (comprensiva de otras disciplinas), deberá estar capacitado no sólo para conducir un litigio sino para manejar los conflictos de la manera que sea más conveniente a su cliente. En ese marco, tendrá la obligación ética de informar sobre los diversos mecanismos de solución de disputas que se ofrecen, sus ventajas e inconvenientes de acuerdo con los intereses en juego, con la certeza de que en caso de que éstos no den resultados positivos el sistema formal dará la respuesta que corresponda en Derecho⁴.

³ Al respecto, el *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española, define al “abogado” como la persona legalmente autorizada para ejercer profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico sobre las cuestiones o puntos legales que le consultan.

⁴ ÁLVAREZ, Gladys Stella, *La visión del conflicto y su resolución en el nuevo*

En este aserto, subyace el cambio de paradigma que supuso el desarrollo de la teoría del conflicto, la que altera el prototipo del abogado, quien ya no actúa sólo en procesos defendiendo a las partes o brindando asesoramiento y consejo jurídico. Además, esta teoría genera la necesidad de adquirir nuevas incumbencias a fin de que el profesional del Derecho devenga un operador o gestor de conflictos, capaz de valerse de múltiples recursos para obtener la satisfacción de los intereses de las partes conflictuantes.

Encuadrado en ella, Remo Entelman distingue dos grandes perplejidades. La primera nos muestra la crisis actual de la abogacía como resultado de nuestra visión de las relaciones sociales desde el prisma exclusivo de la teoría general del Derecho, llevando a creer y a predicar que el orden jurídico es un sistema cerrado, que prevé soluciones para todos los problemas en los que se den pretensiones incompatibles. Esta afirmación es lógicamente verdadera y no falsa. Pero nada nos dice respecto del problema que enfrentamos cuando a nuestro vecino le está permitido algo incompatible con lo que a nosotros no nos está prohibido. Porque tener derecho sólo a veces quiere decir que otro tiene obligación de satisfacer la pretensión del titular de este derecho. Otras veces, las más, tener derecho a pretender, a hacer o a omitir algo, sólo quiere decir que esa pretensión, acción u omisión no está prohibida, es decir, no está sancionada. Pero el problema es, precisamente, que coexiste con una situación análoga que, como imagen de espejo, exhibe otro⁵.

Esta primera perplejidad revela la necesidad de que el abogado se entrene complementariamente, a través de la teoría del conflicto, en el manejo de los conflictos de tipo permitido-permitido, ya que para los de carácter permitido-prohibido se halla preparado de manera suficiente. Ello, al conllevar una nueva incumbencia, abriría nuevas oportunidades laborales a los profesionales del Derecho.

perfil del abogado. El texto corresponde a un capítulo de la publicación de la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas, Departamentos de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, con el apoyo de las Facultades de Derecho de la Universidad de Guadalajara y de la Universidad Autónoma de Nuevo León (en prensa), p. 4.

⁵ ENTELMAN, Remo F., *El conflicto: dilema para abogados*, en L. L. Supl. *Resolución de conflictos (R. C.)*, del 18-12-97, p. 3.

La segunda perplejidad reside en la naturaleza violenta del sistema jurídico. Si bien el Derecho y sus tribunales pacifican la sociedad porque quitan a los particulares el uso de la violencia como método de solución de sus controversias y ello ha significado un enorme progreso en la evolución de la sociedad humana, uno de los principales efectos de esta fuerza legítima (aunque fuerza al fin ejercida por el juez) es el deterioro o la destrucción de la relación dentro de la cual surgió una disputa⁶.

En este nuevo enfoque de desjudicialización de los conflictos resulta esencial el compromiso no sólo de las políticas públicas en materia de justicia, de las instituciones formadoras de los operadores del Derecho y de los propios operadores del Derecho, sino, además, de la sociedad civil en tanto usuaria y destinataria del servicio. Ésta debe asumir un papel protagónico a fin de que el uso de los métodos adecuados de solución de disputas se conviertan en una práctica social que restituya a los individuos su poder en la decisión de los conflictos, a la par que constituya una ampliación efectiva del acceso a justicia y una nueva dimensión profesional⁷.

En conclusión, entendemos que la actualidad impone al abogado que actúe como operador dentro del conflicto, gerenciándolo en sus distintos roles, e interviniendo tanto en el área donde el Derecho se enfrenta con la obligación, como en el ámbito donde lo no prohibido confronta con lo permitido, ambos incompatibles y, por ello, objeto de conflicto. Es decir, consideramos que hoy el operador de Derecho en su labor debe bregar por impedir, reducir y/o, en su defecto, resolver de modo no confrontativo algo intrínsecamente humano como el conflicto, tratando de encauzar disputas mediante los diversos mecanismos que el sistema legal le permite.

3. Teoría del conflicto: una herramienta valiosa para una adecuada comprensión y gestión del conflicto

Consideramos necesario explicar sucintamente qué es la teoría

⁶ ENTELMAN, ob. cit., p. 5.

⁷ ÁLVAREZ, ob. cit., p. 3.

del conflicto e invitar a repensar qué nos aporta “esta región ontológica inexplorada”⁸.

Así, “la teoría de conflictos radica su quehacer en la descripción del conflicto, en el análisis de sus elementos y modos de ser, en la generación de los métodos a que da lugar la aplicación de sus conocimientos y en los desarrollos tecnológicos que realiza con auxilio multidisciplinario. Ello no sólo abarca la problemática de la resolución del conflicto, sino también la de su conducción o manejo y prevención”⁹.

Teniendo en cuenta lo expresado con anterioridad, consideramos que, ante una determinada situación conflictual, en primer lugar, se debe analizar el conflicto como tal, esto es, tanto en su rol estático¹⁰ como en su rol dinámico¹¹.

El análisis *estático* del conflicto comprende a los sujetos que intervienen en él, a quienes Entelman denomina “actores”.

Los *actores* pueden ser individuales o colectivos, y está de más decir que la colectividad de actores presenta una complejidad mayor para la gestión del conflicto, quizás por la diferencia entre los objetivos de cada uno.

El operador que gestione un conflicto, al momento de analizarlo, no sólo tendrá en cuenta quiénes son los sujetos sino que también la *conciencia* que los mismos tengan respecto del conflicto.

La conciencia del conflicto se refiere “al producto de un acto intelectual en el que un actor admite encontrarse con respecto a otro actor en una relación en que ambos tienen, o creen tener, objetivos incompatibles”¹².

⁸ ENTELMAN, Remo F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2009, Capítulo 1.

⁹ ENTELMAN, ob. cit., p. 65.

¹⁰ ENTELMAN, ob. cit. En la Segunda Parte del Libro se estudia a los actores del conflicto, y a la conciencia del conflicto por parte de éstos, los objetivos, el poder y las relaciones de poder, así como también los terceros, triadas y colisiones.

¹¹ ENTELMAN, ob. cit. A partir del décimo capítulo se estudia el rol dinámico del conflicto, su intensidad, su escalada, así como también las dimensiones del mismo y sus métodos de resolución.

¹² ENTELMAN, ob. cit., p. 89.

De esta manera, según la creencia de las partes acerca de la situación objetiva pueden existir diferentes situaciones, como ser:

- 1) *Situación conflictiva en la que:*
 - 1.1) Ambas partes creen que existe conflicto.
 - 1.2) Una de las partes lo cree un conflicto y la otra no.
 - 1.3) Ninguna de las partes cree que existe conflicto.
- 2) *Situación no conflictiva en la que:*
 - 2.1) Ambas partes creen que existe conflicto.
 - 2.2) Una de las partes lo cree un conflicto y la otra no.
 - 2.3) Ninguna de las partes cree que existe conflicto.

Sin embargo, no es suficiente que el operador del conflicto detecte la conciencia que los actores tienen respecto del conflicto, sino que además resulta de suma importancia que descubra cuáles son los *objetivos* de los actores en los conflictos.

Según el autor citado, los objetivos conflictuales pueden clasificarse en tres: concretos, simbólicos y trascendentes. Los primeros son “aquellos objetivos más o menos tangibles que además –de una u otra manera– son susceptibles de ser pensados como divisibles. Esos objetivos tienen la característica de que su obtención importa la automática satisfacción de las pretensiones de quien conflictúa por ellos. Esto es así porque en tales objetivos el valor, económico o de cualquier otra naturaleza, que la parte les atribuye es inseparable del objeto mismo”¹³. La cuestión comienza a hacerse más compleja cuando nos enfrentamos a la segunda y tercera clasificación, debido a que “los objetivos simbólicos son aquellos en los que en realidad el objetivo exhibido como tal no es la última meta deseada por el actor en el conflicto, sino más bien un representante de otra, lo cual convierte en muy difícil de definir la relación entre el objeto o situación que hace de sustrato depositario del valor y el valor mismo. El objetivo simbólico escondido detrás de uno concreto, tiene el mismo sustrato pero oculta el valor cuya satisfacción busca el actor”¹⁴. Estos conflictos son un desafío para el gestor del conflicto ya que tendrá que utilizar herramientas para desentrañar los verdaderos objetivos de las partes. Por último, encontramos los

¹³ ENTELMAN, ob. cit., p. 101.

¹⁴ ENTELMAN, ob. cit.

objetivos trascendentes donde la complejidad no radica en la posibilidad de dilucidar los objetivos, sino en lograr solucionarlos, ya que cuando nos referimos a éstos aludimos a “aquel en el que en realidad puede decirse que el valor mismo está puesto como objetivo porque no se divisa que esté anexo a un objeto tangible ni divisible”¹⁵.

Una vez detectado el objetivo de cada actor, se tendrán que estudiar las relaciones de *poder* que existen entre ellos. A tal fin, no sólo se analizarán las relaciones bilaterales entre actores sino que también la presencia de *terceros* en el esquema conflictual, y la consecuente formación de *triadas* y *coaliciones*.

El análisis *dinámico* del conflicto se refiere a la intensidad del conflicto, su escalada o desescalada, y a la dimensión del conflicto. Asimismo, aquí se estudian los modos y métodos de solución o terminación de los conflictos dentro de la etapa final de los mismos.

La *intensidad* del conflicto se relaciona con la conducta conflictiva (y no con respecto al sentimiento conflictual), teniendo en cuenta la intensidad “de los medios o recursos de poder que utilizan las partes en busca de sus objetivos”¹⁶. No sólo implica su utilización, sino que también la amenaza de su uso.

A su vez, es importante tener en cuenta los procesos de escalada y desescalada que pueden desarrollarse en la dinámica del conflicto. Al respecto, Entelman enseña que “el paso de una intensidad menor a una intensidad mayor se define como escalada mientras que la desescalada constituye el descenso de una intensidad mayor a una intensidad menor”¹⁷.

Una vez realizado este análisis, será importante lograr desentrañar cuáles son los verdaderos intereses de las partes¹⁸.

Si bien no es motivo de este trabajo desarrollar el Modelo Estra-

¹⁵ ENTELMAN, ob. cit., p. 103.

¹⁶ ENTELMAN, ob. cit., p. 166.

¹⁷ ENTELMAN, *El conflicto: dilema para abogados* cit., p. 10.

¹⁸ Al respecto, la Dra. Meroi nos enseña que “una estrategia procesal adecuada debería comenzar por establecer claramente los objetivos del cliente (actor del conflicto)...” Ver MEROI, A., *Sobre estrategia y proceso*, en *Revista Investigación y Docencia*, N° 46, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Universidad Nacional de Rosario, 2013, p. 91.

tégico de Gestión y Solución de Conflictos¹⁹, sí podemos decir que compartimos los aportes que ofrece y creemos que es justamente este Modelo el que nos permite realizar la gestión del conflicto. Teniendo en cuenta “El largo camino que siguió a la formulación a la teoría de conflictos y que hoy se enuncia como el modelo sistémico de análisis y gestión estratégica de conflictos, está proponiendo claramente esa integración operativa a través de sus ejes verticales de deconstrucción del conflicto, de reconstrucción de la relación y de la coconstrucción de la solución, atravesados por el eje horizontal que avanza en cada uno de ellos con la administración del proceso de decisión”²⁰.

Este proceso, según Calcaterra, se desarrolla en dos fases movilizadas por medio de tres ideas fuerza: una primera fase de análisis, motorizada por la idea de deconstrucción del conflicto, uno de cuyos capítulos clave es la teoría de conflictos; y una segunda fase de gestión, motorizada por las ideas de reconstrucción de la relación y de la coconstrucción de la solución. El proceso así estructurado constituye un verdadero proceso de análisis y gestión de conflictos apto para el análisis de toda especie de conflictos y para la gestión de ellos por cualquiera de los métodos de abordaje.

Una vez analizado el conflicto, el operador jurídico deberá tener en cuenta la profesionalidad que posea sobre el método de solución elegido, teniendo en cuenta la enorme exposición y la revelación de la estrategia jurídica adoptada que el mismo importa.

Al respecto, cabe recordar que la estrategia jurídica es entendida como la ordenación de los medios para lograr el objetivo general de Derecho perseguido, mientras que la táctica jurídica es advertida como los medios específicos para el cumplimiento de esa estrategia; la estrategia posee sentido “macrojurídico” y la táctica se ubica en el en-

¹⁹ CALCATERRA, R. A., *Hacia un nuevo paradigma en el sistema de administración de justicia. El modelo de análisis y gestión estratégica de conflictos*, en *Justicia y medios alternativos. Trabajos del Concurso Argenjus 2009-2010: 10 años por la justicia*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 56.

²⁰ CALCATERRA, R. A., *Estrategia de la mediación. Un punto de partida para la implementación de reformas en la administración de justicia*, en *Revista Investigación y Docencia*, N° 45, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Universidad Nacional de Rosario, 2012, p. 15.

foque “microjurídico”, siendo que uno de los puntos de vista que el Derecho debe reasumir es el macrojurídico, que ha dejado demasiado en manos de economistas y políticos, con detrimento de lo que a él le corresponde aportar²¹.

En el camino hacia la recuperación del enfoque hacia lo “macrojurídico”, entendemos que la teoría del conflicto tiene mucho que aportar en cuanto brinda a nuestra ciencia un enfoque interdisciplinario, nutriéndose de disciplinas tales como la teoría de la comunicación, teoría de los sistemas generales, teoría de la decisión, teoría de la argumentación, entre otras; las cuales constituyen instrumentos de análisis imprescindibles tanto en la teoría del conflicto como en la realización de una estrategia jurídica.

En este orden de ideas, es menester analizar el conflicto bajo el prisma de lo macrojurídico. Así, los conflictos pueden situarse en una relación regulada específicamente por el Derecho, es decir, el Derecho viene y trae la solución –“Permitido vs. Prohibido”– o, por el contrario, puede aparecer una situación donde los intereses de las partes no se encuentran prohibidos, entrando a jugar aquí el denominado “Permitido vs. Permitido”²². En este punto es sumamente valioso el aporte de la ética y la psicología ya que en el caso específico pueden marcar los límites de una determinada estrategia.

En conclusión, una vez analizado el conflicto y marcada la estrategia es que estaremos en condiciones de decidir cuál de todos los métodos existentes es el más adecuado.

4. Gestión y prevención del conflicto

Hasta aquí nos hemos referido al conflicto y al operador del Derecho en sus aspectos teóricos, lo que ha sido indispensable para acercarnos

²¹ CIURO CALDANI, M. A., *La estrategia jurídica. Una deuda del Derecho actual*, en *Revista Investigación y Docencia*, N° 46, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Universidad Nacional de Rosario, 2013, ps. 49 y ss.

²² “Muy pocos de los conflictos que a diario preocupan a los integrantes de una familia, de una sociedad o de una empresa constituyen incompatibilidades de objetivos que el sistema de Derecho haya tomado a su cargo, protegiendo a una de las partes de la relación y creando obligaciones a la otra” (ENTELMAN, ob. cit., ps. 58 y ss.).

a los conceptos inherentes a los mismos y poder desarrollar nuestra postura sobre ellos. Sin embargo, devendría incompleto el objetivo de este trabajo si no lo planteásemos desde el aspecto práctico, es decir, el uso que el operador puede hacer de esta herramienta, teoría del conflicto, en el ejercicio de su profesión.

Si bien es cierto que, tal como hemos sostenido, la terminología operador del Derecho refiere al abogado en los diversos campos de la profesión, a continuación haremos aplicación práctica de los conceptos desarrollados desde la perspectiva del profesional del Derecho en su ejercicio liberal. Ello así, para evidenciar que a partir de un primer contacto que se concrete con un cliente, valiéndose de estas categorías aportadas por la teoría, se puede comenzar un análisis que acarree la elección de los adecuados métodos de solución de conflictos o de previsión de los mismos.

La situación conflictiva es, para algunos autores, *un fenómeno social* que comprende varias realidades²³; para otros, *mes una construcción* que puede darse en las instancias del aparato psíquico (conflicto intrapsíquico) o plasmarse en la interacción de dos o más sujetos (conflictos interpersonales)²⁴. A nosotros, los profesionales del Derecho, nos competen estos últimos.

De este modo, al momento de interactuar con un cliente en búsqueda de asesoramiento legal, es fundamental diferenciar si el hecho narrado versa sobre una situación conflictiva o no, pues de ello dependerá de que se actúe como gestor de un conflicto, o como preventor de uno eventual.

Al respecto, en el caso que deba gestionarse un conflicto actual, a la llegada de una consulta a nuestro estudio debemos prestar especial atención al relato que las personas realizan, ya que ellos presentan en su esencia particularidades propias de sus protagonistas (padres e hijos, vecinos y fábricas, trabajadores y empresa, alumno y docente, contribuyente y Estado, propietarios de un consorcio, etc.).

²³ CALCATERRA, R. A., *El modelo estratégico de mediación. Supuestos y fundamentos*, en *L@ Revista de Mediadores en Red*, N° 3, en <http://www.mediadoresenred.org.ar/larevista/modeloestrategico.html>.

²⁴ ARÉCHAGA, P.; BRANDONI, F. y FINKELSTEIN, A., *Clínica de mediación*, Librería Histórica, Colección Visión Compartida, Buenos Aires, 2004, p. 36.

En tal sentido, Calcaterra²⁵ advierte que el conflicto no está en los hechos sino en cómo las partes lo perciben y lo cuentan en sus narrativas. Creemos oportuno mencionar que, a partir de Bateson (1976, 1979), Michael White descubre el método interpretativo: dado que no podemos conocer la realidad objetiva, todo conocimiento requiere un acto de interpretación²⁶. Las personas al organizar su experiencia vivida en relatos, conservan, más allá de los acontecimientos concretos, el significado que le asignan²⁷.

En nuestra labor de operadores de conflictos y profesionales del Derecho cabe preguntarse: ¿Qué aspectos tenemos que considerar –interpretar– del conflicto?

Debemos partir por recordar que los conflictos interpersonales no sólo están determinados por quienes los encarnan, sino también por el contexto en que los protagonistas se encuentran, léase una estructura vincular o una trama institucional, y por lo social-histórico en que el intercambio se vuelve significativo y conflictivo. Esto nos interpela a mirar el conflicto de manera holística.

La palabra *holístico* (integral) es originaria de la palabra griega *holos* y significa la observación de algo desde el punto de vista funcional a partir de todas sus partes e interrelacionarlas unas con otras como un todo. Se trata de un modelo funcional y no estático, integral y no dividido, incluyente y no excluyente, ampliado y no limitado, total y no aislado. Analiza los eventos desde el punto de vista de las múltiples interacciones que los caracterizan. Otros lo definen como una posición metodológica y epistemológica que postula que los sistemas (ya sean físicos, biológicos, sociales, económicos, mentales, lingüísticos, etc.) y sus propiedades deben ser analizados en su conjunto, y no a través de las partes que los componen.

En el marco de la consulta-entrevista tenemos que lograr conocer:

A. Las expectativas del cliente respecto de nuestro trabajo.

²⁵ CALCATERRA, ob. cit.

²⁶ WHITE, M. y EPSON, D., *Medios narrativos para fines terapéuticos*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 20.

²⁷ MAKUS, M., *El vibrar de las narrativas en mediación*, Paidós, Buenos Aires, 2013, p. 31.

- B. La postura que asume en relación al conflicto, esto es:
 - B.1) Obstinado en su razón o verdad: “El otro es el único responsable”;
 - B.2) reconoce su rol protagónico en la construcción del problema. Es decir, tiene la conciencia de la que hablábamos al referirnos al rol estático del conflicto;
 - B.3) pretende litigar y confrontar con la otra parte.
- C. El tipo de conflicto y su encuadre jurídico.
- D. Los recursos y medios con los que cuenta para alcanzar su pretensión.
- E. Los posibles caminos para encontrar la solución al conflicto.

A tal fin, una *herramienta clave* para comprender al consultante y su conflicto es *la escucha*. Esta tarea necesita ser atenta, interesada, desprejuiciada y dirigida a la singularidad del conflicto, al sentimiento, a la emoción, a la intención más que al reclamo, así como a la búsqueda de una definición del conflicto manifiesto.

Los instrumentos idóneos para desarrollar esa escucha lo constituyen las preguntas adecuadas a la situación, explorando de manera integral el conflicto.

En respuesta a los requerimientos actuales y tratando de hallar un enfoque simétrico a las controversias del tercer milenio, el objetivo de nuestro trabajo como operadores de Derecho debe estar encaminado al logro de un diagnóstico del conflicto.

En efecto, puede ocurrir que el conflicto que nos sea planteado para su solución pueda tener un abordaje a través del diálogo y entendimiento entre los actores del mismo, resultando el conflicto potencialmente transformador, esto es, ofreciendo a los individuos la oportunidad de desarrollar e integrar sus capacidades, tanto para fortalecerse a sí mismos como para empatizar con los demás²⁸.

Ello va a depender en cierta medida del perfil de la persona que nos consulta. Puede que esté dispuesta a transitar un proceso de mediación o negociación porque le interesa reconstruir la relación y al-

²⁸ FOLGER, J. P. y BUSH, R. A. B., *La promesa de la mediación*, cit. por FRIEDSCHNITMAN, D., *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos*, Granica, 2000, p. 74.

canzar una solución satisfactoria para ambas partes. En cambio, puede suceder también que la postura sea evitar encontrarse con el otro –“yo no tengo responsabilidad, la culpa es del otro”–, actitud definida por Aréchaga, Brandoni y Finkelstein como el “posicionamiento subjetivo de los participantes respecto de la resolución de su conflicto”²⁹, supuesto en el que los dispositivos de la mediación o la negociación no son viables.

Por otra parte, puede ocurrir que el caso que nos confían en la entrevista se trate de una cuestión de orden público, o donde se ven afectados los derechos o intereses de terceros no participantes. Los mismos requieren inexcusablemente la jurisdicción de los tribunales.

Logrado el diagnóstico del conflicto, nos vamos a encontrar ante el desafío de evaluar si la gestión esperada por nuestro cliente es compatible con la estrategia pensada por nosotros. Es decir, la idea de gestión operativa de defender sus derechos desde un encuadre puramente técnico, es acorde a la gestión estratégica elaborada desde una perspectiva integral.

Por ello, al momento de dar la respuesta al consultante, lo oportuno es brindarle la información completa de lo que pensamos acerca del caso, las ventajas de la autocomposición de intereses en un ámbito de diálogo y respeto, dándole a conocer los métodos adecuados de solución de conflictos: conciliación, mediación y/o arbitraje antes de someter el problema a la decisión judicial. Paralelamente, debemos evaluar los riesgos y beneficios de encarar la vía confrontativa (costos y duración del proceso, resultado dependiente de pruebas y criterio de la jurisprudencia, posibilidad de cumplimiento de la resolución dictada, expedición de medidas autosatisfactivas, entre otros factores).

Dado que nos conectamos con seres humanos, serán necesarias tácticas de manejo y control hacia la conducta de esas personas que viene con una gran carga emocional, para evitar la escalada del conflicto y, asimismo, la toma de decisiones imprudentes.

Habiendo desarrollado el posicionamiento frente a un conflicto actual, no menos importante aparece el rol del abogado como preventor de los mismos.

²⁹ ARÉCHAGA, BRANDONI y FINKELSTEIN, ob. cit., p. 101.

Esta tarea será útil no sólo para las partes intervinientes en el caso de que se trate, sino para la sociedad toda, pues el alto número de conflictos que se presentan en la vida jurídica, y la falta de resultados satisfactorios por los diferentes métodos de solución de conflictos, principalmente la vía judicial, tornan esencial la posibilidad de reducirlos mediante su previsión; ello será indiscutiblemente más beneficioso que tener que gestionarlos en el futuro.

En caso de actuar como preventores de conflictos, dos cuestiones fundamentales deberán tenerse en cuenta: la voluntad de las partes y el ámbito del Derecho en que las mismas actuarán.

Sobre el primer punto, es necesario darle prioridad absoluta a aquello que las partes efectivamente quieren al momento de realizar un determinado acto, plasmarlo del modo más fiel posible, sea mediante un instrumento jurídico o mediante la elección del instituto que corresponda. Debemos buscar ser concretos en sus disposiciones y no pretender subsumir forzosamente la voluntad de quienes intervengan en un clausulado que nos resulte familiar, pero tal vez inadecuado. Este modo de actuar, en que se busca la fidelidad del negocio jurídico de que se trate, es una premisa básica de partida para evitar futuras confrontaciones derivadas de términos oscuros o compromisos sobre los que no se tenga real conciencia.

En este actuar de las partes, y como segunda premisa, es importante determinar previamente en qué ámbito del Derecho se estará actuando, ya que la negociación o introducción de cláusulas en base a lo que las partes dispongan, no siempre es posible en igual condiciones, razón por la que es necesario hacer referencia a la limitación que representan las normas de orden público.

Así, el orden público puede entrar en colisión con la voluntad autónoma de los particulares y entonces ésta cede ante aquél. “Es lo que preceptúa el artículo 21 del Código Civil en los siguientes términos: ‘Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres’.

”Con esta norma, se deslindan dos sectores jurídicos importantes. En principio, los ciudadanos, en prosecución de los diversos fines que puedan proponerse, están facultados para realizar cuantos actos jurí-

dicos entiendan apropiados para la obtención de dichos fines. Así lo prevé el artículo 1197 del Código Civil según el cual ‘las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma’. De ahí surge un amplio sector de las relaciones jurídicas sustancialmente entregadas al gobierno de los propios interesados³⁰.

”Esa fórmula que pone en pie de igualdad al contrato y a la ley, muestra la estima que el pensamiento jurídico del siglo XIX tuvo por la voluntad de los particulares, a cuya libertad se dio la mayor expansión. Diversamente, en la primera mitad del siglo XX, el movimiento de las ideas siguió la dirección opuesta, subestimándose extremadamente la función de la voluntad particular frente a la autoridad avasallante del Estado. En verdad la organización jurídica apropiada debe equilibrar esos factores en juego, y superar el falso antagonismo de ‘libertad y autoridad’ para lograr un ordenamiento social en el cual el contrato llena una función que al propio tiempo que satisface el interés individual de los contratantes coadyuva al bien común de la sociedad, y a la autoridad estatal, sin dejar de respaldar el régimen contractual en que tiene de conforme con la naturaleza libre y social del hombre, resguarda eminentemente los fueros de la justicia”³¹.

No obstante ello, la previsión de conflictos es posible en temas de Derecho Económico, Comercial, Laboral, de Familia, Tributario, etcétera. Lo que variará será la intensidad con que el operador del Derecho podrá intervenir para vaticinar posibles situaciones futuras y en la gestión de las mismas.

Habiendo tomado conciencia de la voluntad de las partes y de las limitaciones impuestas por el orden público, habrá que adentrarse aún más en las particularidades del caso concreto: no es lo mismo estructurar un negocio que será regido por las normas del Derecho Privado o del Derecho Público, en que las partes intervinientes sean personas físicas o personas jurídicas, que las personas se domicilien en la misma o distinta ciudad o provincia, que intervengan en nombre propio o con

³⁰ LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, t. I, ps. 164 y 165.

³¹ LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 280.

representación, que los distintos centros de interés sean unipersonales o pluripersonales. Todas estas cuestiones, atinentes a los sujetos que puedan intervenir en un acto jurídico, serán fundamentales en caso de que se conviertan en actores de un conflicto, pues la individualización de los mismos, determinar la capacidad con que la cuentan, entre otros aspectos, es un hecho previo que debe considerarse a la concreción de cualquier acto, pues se trata de caracteres que influirán determinadamente en la evolución de cualquier relación jurídica.

Es decir, el conocimiento de las categorías desarrolladas por la teoría del conflicto permite realizar un análisis que, en definitiva, se trasluce en un asesoramiento más adecuado a los intereses de los clientes, y permite apartarnos de la idea de que la elaboración de un negocio jurídico debe ser analizado estáticamente, como si los elementos incorporados permaneciesen constantes con el transcurso del tiempo. Todo lo contrario, hay que ser conscientes de que las circunstancias cambian permanentemente. Pueden modificarse los sujetos, el objeto, los intereses de las partes, la legislación vigente, etcétera.

A modo de ejemplo, cláusulas comunes que suelen utilizarse para una eventual gestión de conflictos son las relativas a la competencia de los tribunales que intervendrán, la posibilidad de pactar los domicilios en caso de realizar notificaciones atinentes a dicho negocio, fijar mecanismos de notificaciones fehacientes para las partes, la posibilidad de que, ante contingencias de gran envergadura, puedan suspenderse el cumplimiento de las prestaciones, los plazos que demande una negociación, etcétera.

Es responsabilidad del abogado prever, en base a su experiencia y adecuado conocimiento de las normas legales, las contingencias que puedan presentarse, cubriendo de manera más eficaz dichas variables.

5. Conflicto y proceso judicial

Como mencionáramos anteriormente, la teoría del conflicto nos invita a repensar el conflicto desde un enfoque “macrojurídico”. En este contexto teórico, el proceso judicial aparece como una de las tantas formas de solución de un conflicto, así nos dice Entelman, citando el trabajo de Galtung: “En 1965 Galtung pudo ofrecer como

resultado de sus investigaciones históricas un inventario de doce métodos –violentos y pacíficos– de resolución de conflictos: juegos de azar, ordalías, oráculos, combate sin limitaciones, guerra limitada, duelos verbales, debates judiciales, debates, mediación y arbitraje, tribunales y votaciones”³².

Ahora bien, y retomando la idea de repensar el conflicto en relación al sistema jurídico, más específicamente nos interesa pensar en la vinculación que existe entre el conflicto, tal cual lo hemos estado viendo, y el proceso judicial.

Desde la teoría de conflictos, Entelman nos señala cuestiones no consideradas en general, no observadas, tanto respecto del conflicto como del proceso judicial, en particular. “Ahora bien, acostumbrados como estamos a pensar el derecho de uno frente a la obligación del otro, nos resulta difícil comprender cómo, en situaciones de enfrentamiento o confrontación de pretensiones incompatibles no prohibidas (conflictos), resulta que podemos sin embargo decir que uno tiene derecho frente al otro que también tiene derecho [...] Por eso cuando ocurre la confrontación de pretensiones igualmente permitidas pero incompatibles, nos encontramos frente a un problema que carece de solución en el ordenamiento jurídico y en la ciencia del Derecho”³³.

Resultan entonces como emergentes del proceso judicial, desde la perspectiva propuesta, los siguientes aspectos:

La estructura del proceso judicial indica la presencia de dos sujetos en conflicto, enfrentados, ante el órgano judicial, donde uno presenta una pretensión y el otro resiste a esa pretensión.

El proceso judicial no admite la estructura pretensión/pretensión –el “permitido vs. permitido” en términos de Entelman–, salvo lo relativo a la reconvencción, que es un mecanismo muy limitado.

La estructura a nivel de las partes en conflicto es bipolar. Salvo lo previsto respecto de terceros en el proceso, no incluye la presencia de terceros en el conflicto, tema ampliamente tratado desde la teoría objeto de este trabajo.

³² ENTELMAN, *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma* cit., p. 62.

³³ ENTELMAN, ob. cit., p. 65.

Consecuencia de esa estructura bipolar y de pretensión vs. resistencia, el resultado es un ganador y un perdedor. La teoría del juego, que trata esta cuestión, asociada a la teoría del conflicto enseña otras soluciones posibles.

Otra consecuencia que consideramos muy grave desde el punto de vista social, es que la estructura bipolar, el enfrentamiento entre las partes, no reconoce, en los casos que corresponden, la estructura común a la que pertenecen las mismas. Esta estructura común, que en términos de teoría social identificamos como “instituciones”, “organizaciones” o “grupos”, puede referirse tanto a la familia como a una empresa, como a otras tantas formas. Es decir, esta relación planteada entre dos, siempre los concibe como “separados”, “distintos”, “no pertenecientes a una misma unidad”, no ve la realidad que está en la base; por ello cuando la realidad indica la pertenencia común de las partes en conflicto, éste no constituye un dato que altere la estructura del proceso ni de la decisión judicial que es su consecuencia, pudiendo producir de este modo grietas o rupturas que afectan esa unidad de base.

Con lo dicho, vemos que el conflicto que está fuera del sistema judicial, ingresa al proceso sólo cuando pueda atravesar el “tamiz” que le indica qué estructura debe presentar y con el riesgo que, aun habiéndolo atravesado, en los casos en que las partes pertenezcan a una misma unidad social, ésta se resquebraje o desintegre.

El análisis de Entelman va un poco más allá, y pone blanco sobre negro respecto a cómo es, en última instancia, la solución del conflicto transformado en litigio, y en relación a ello nos dice que la solución nunca es pacífica, debido a que toda decisión judicial, siempre está en relación directa con el uso de fuerza “monopolizada” por el Estado, ya sea que se la use efectivamente o se amenaza con el uso de la misma³⁴.

De este modo, cuando repensamos el conflicto judicial desde la teoría del conflicto, surge la incógnita acerca de si la resolución del “litigio” es coincidente con la solución del conflicto; en otros términos, esta perspectiva de análisis deja abierta la cuestión de saber si con la resolución judicial se pone fin o se supera el conflicto que es anterior al proceso o, por el contrario, éste puede en algunos casos subsistir.

³⁴ ENTELMAN, *El conflicto: dilema para abogados* cit., p. 5.

Todo lo dicho no constituye una crítica negativa al proceso judicial, ya que reconocemos que el mismo representa uno de los mecanismos más importantes de solución de conflictos, sino que se trata de “de-construir”, en términos de Jacques Derrida, partiendo de utilizar las ideas y categorías mencionadas; se busca poner en claro qué estructura debe adoptar un conflicto que es social, para ingresar como conflicto judicial o “litigio” al sistema judicial.

Planteada así la cuestión, nos preguntamos qué sucede con el resto de los conflictos que no pueden amoldarse a esta estructura y quedan en el entorno del sistema; qué pasa cuando el conflicto ingresa al sistema judicial y pone en peligro o destruye la unidad común de pertenencia de las partes; qué ocurre cuando el proceso no resuelve, en verdad, el conflicto de base.

Las respuestas posibles, desde un punto estrictamente lógico, importan aceptar que hay conflictos fuera del sistema, los que, o bien, ingresan al mismo bajo las condiciones o estructuras existentes, o requieren la búsqueda de otras estructuras que, partiendo desde la realidad que plantea el conflicto, amplíen las existentes o que trabajen fuera de ellas, dentro del sistema judicial o fuera de él.

Consideramos, por último, que para afrontar esta situación debemos aceptar que las estructuras sociales, instituciones u organizaciones son simplemente formas cristalizadas de lo social, que pueden, y de hecho ha ocurrido así, reformularse, resultando el “sistema judicial” una institución u organización social, que como tal, es pasible de reformulación o adaptación a las necesidades sociales, lo que en el caso que nos ocupa se traducen en el tratamiento, gestión y solución de los conflictos.

6. El conflicto objeto de estudio del Derecho: Teoría de la argumentación jurídica

Como explicamos anteriormente, el modelo estratégico de gestión de conflicto se desarrolla en dos fases movilizadas por medio de tres ideas fuerza: una primera fase de análisis, motorizada por la idea de deconstrucción del conflicto, y una segunda fase de gestión, motorizada por las ideas de reconstrucción de la relación y de la de coconstrucción de la solución. El modelo así estructurado constituye un verdadero

proceso de análisis y gestión de conflictos apto para el análisis de toda especie de conflictos y para la gestión de ellos por cualquiera de los métodos de abordaje.

Con respecto a la segunda fase y, particularmente a la idea de coconstrucción de la solución, es que se encuentran a disposición del operador del Derecho distintos métodos de solución de conflictos; sobre los mismos compartimos el siguiente análisis: “En todos ellos se desarrolla un campo retórico de confrontación argumentativa, con macro o micro institucionalización, y el desenvolvimiento de prácticas procedimentales que pueden estar regulados con mayor o menor rigor y prolijidad. En todos ellos, el proceso comunicativo gira tópicamente alrededor del Derecho, de lo justo e injusto concreto. A mayor institucionalización corresponde menor espacio retórico de persuasión y consentimiento. A mayor burocratización, menor protagonismo de los involucrados. En el foro tribunalicio el cruce de discursos se refiere a la materia subsumible en la hipótesis normativa en juego, que suele no reflejar el núcleo del conflicto mismo”³⁵.

En decir, cuanto más nos acercamos al proceso judicial más nos alejamos de la solución del conflicto a través de la participación activa de los involucrados y de la erradicación del mismo en el plano social.

A pesar de ser conscientes de este escenario, el método utilizado por excelencia, por los operadores jurídicos fue y es el proceso judicial. Históricamente esto se debe a que en las Universidades de Derecho la concepción metodológica jurídica más instruida para la solución de conflictos jurídicos se denomina técnica forense, la cual “está orientada fundamentalmente a la defensa de intereses particulares ante los organismos jurisdiccionales, lo que supone, además de un conocimiento del Derecho, el manejo de la dialéctica jurídica o arte de la argumentación”³⁶.

Esta idea principalmente normativa y jurisdiccional de solución de conflictos está ligada fundamentalmente a la seguridad jurídica que presenta el proceso judicial y la aplicación estricta de éste por el juez.

³⁵ BANDIERI, Luis María, *La mediación tópica*, El Derecho, Buenos Aires, 2007, p. 47.

³⁶ HERRERA, Enrique, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 14.

“Pues bien: la confianza radica en el estudio preciso del problema, en el conocimiento profundo del Derecho en la investigación del hecho o acto acaecido (directa o indirectamente causado por la acción o conducta humana) que da lugar a esa situación jurídica. Con esos elementos se encuentran habilitados los abogados para resolver el problema y suponer que los jueces han de razonar ante el caso concreto, de idéntica o similar manera. En otras palabras, interesa, por sobre todo, la conclusión de la sentencia judicial. Acudimos siempre, en abstracto o en la realidad, al modo de razonar de los jueces. Y sabemos también que nuestra profecía tiene una base apenas probable”³⁷.

La tradición de recurrir al proceso judicial radica en la previsibilidad que se puede llegar a tener con el estudio de la jurisprudencia y además que, al delegar el problema en el juez, el operador jurídico descansa su responsabilidad en el sistema judicial, debido a que el magistrado es quien resolverá el conflicto.

La misma técnica forense orientada en la defensa de intereses ante los organismos jurisdiccionales nos aconseja el manejo de la dialéctica jurídica, y partiendo del conflicto notamos que los elementos metodológicos de solución comprenden *los siguientes principios*:

1. *Aparición y conciencia de un problema (esto es un punto que genera discusión y opiniones encontradas).*
2. *Necesidad de dos contendientes, cada uno de los cuales sostiene una razón distinta.*
3. *Necesidad de un árbitro (o juez) para dirigir o moderar la discusión.*
4. *Acuerdo sobre las reglas a las cuales todos deben someterse (ambos contendientes y el árbitro)*³⁸.

Los distintos elementos que aporta la dialéctica jurídica, en relación al proceso judicial, pueden ser utilizados por el operador del Derecho llamado árbitro o juez, y desde nuestra concepción también mediador, conciliador o abogado de ejercicio profesional, entre otros. Es decir, una vez que las partes reconocen el conflicto, y justifican las distintas

³⁷ GHIRARDI, Olsena, *Lógica del proceso judicial. Dialógica del Derecho*, Marcos Lerner, Córdoba, 1987, p. 29.

³⁸ GHIRARDI, ob. cit., p. 18.

razones, delegan en un tercero (operador de Derecho) la gestión del problema, quien conforme al Derecho, determinará las reglas a las que deben someterse para alcanzar una posible solución. Este operador desde el arte de la argumentación deberá conducir, manejar o prevenir el conflicto jurídico desde el modelo estratégico de gestión de conflicto utilizando los distintos métodos de solución y a través de las técnicas que aporta la teoría de la argumentación jurídica, como la dialéctica, la retórica, la lógica y la tópica.

El Derecho, desde este enfoque, resulta ser un arte de la gestión y composición de conflictos. Esta concepción práctica del Derecho tiene su origen en Aristóteles, que funda las “distintas esferas de actividad de la vida humana, a las que correspondían distintos tipos de saberes. Así distingue entre conocimientos teoréticos, que apuntan a la verdad, y conocimientos prácticos, que apuntan a la acción. Quien se propone como objetivo la búsqueda de la verdad, atento al tipo de objeto que persigue, sólo puede considerarse, literalmente, un espectador de las relaciones causa-consecuencia entre aquello que busca, y es y será independiente de su acción, de su realización o no en la vida ordinaria. El objetivo del conocimiento práctico, en cambio, es la acción y las modificaciones que el actuar produce en el tipo de objetos que permiten ser modificados en la misma vida ordinaria”³⁹.

Cuando nos referimos a que el operador jurídico decide el método de gestión más adecuado entendemos que intenta modificar el actuar de los actores frente al conflicto, utilizando para ello las distintas técnicas que ofrece la teoría de la argumentación. Asimismo, éste operador jurídico se responsabiliza de la elección del método, a través del razonamiento jurídico, conocido como argumentación.

Uno de los autores contemporáneos más importantes de esta teoría es Manuel Atienza, quien en su libro *El Derecho como argumentación* explica: “este libro se inspira en una concepción amplia de la argumentación jurídica, que tiende a conectar la actividad argumentativa con los procesos de toma de decisión, de resolución de problemas jurídicos [...] de manera que podría decirse que el enfoque argumen-

³⁹ BANDIERI, ob. cit., p. 47.

tativo del Derecho aquí propuesto consiste esencialmente en considerar los problemas del método jurídico desde su vertiente argumentativa”⁴⁰.

La teoría de la argumentación considera que el Derecho es esencialmente argumentación. “El tema de la argumentación, tiene una noble antigüedad, ya que desde los logógrafos griegos, como nos lo enseña el profesor Olsen A. Ghirardi, que fueron algo así como los antecedentes remotos de los abogados, tuvieron clara conciencia de la importancia que los aspectos lógicos tenían para la ciencia del Derecho [...] la antigua retórica aristotélica, intenta construir una teoría de la argumentación en base a razonamientos dialécticos, con la finalidad de persuadir sobre la legitimidad de la tesis defendida”⁴¹.

Lo que el enfoque del Derecho desde la teoría de la argumentación jurídica o como argumentación trata de hacer es conectar los conceptos retóricos-dialécticos-tópicos a partir de una noción dinámica, instrumental y “comprometida” del Derecho que arranca de la noción de conflicto.

“El conflicto es, en efecto, el origen del Derecho, lo que lleva a verlo como un instrumento, una técnica (no necesariamente neutral), de tratamiento (lo que no siempre implica solución) de problemas de cierto tipo. Además, una característica del Derecho contemporáneo, como se ha visto, es que las tomas de decisión en relación con los conflictos tienen que estar sustentadas por razones de cierto tipo, por argumentos. El Derecho puede verse por ello (aunque no sea la única perspectiva posible) como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos por medios argumentativos y en las diversas instancias de la vida jurídica”⁴².

7. A modo de conclusión

Es notorio y unívoco el interés por generar espacios que permitan

⁴⁰ ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006, p. 13.

⁴¹ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Lecciones de epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las Ciencias Jurídicas*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004, ps. 183 y 184.

⁴² ATIENZA, ob. cit., p. 13.

la reflexión de manera general acerca de cuál es el lugar adonde el Derecho debe llegar y, de manera específica, a la formación del operador jurídico y su consecuente práctica profesional.

Nosotros no nos conformamos con lograr la excelencia en la formación⁴³, sino que consideramos que debemos ir subordinándola a los fines que el Derecho persigue. Compartimos con Entelman la necesidad imperante de incluir en la formación actual de los profesionales del Derecho nuevos conocimientos y técnicas indispensables que le otorguen al operador herramientas adecuadas para el contexto que lo rodea y, sumado a lo dicho por el autor de la teoría del conflicto, es nuestra intención transformar esa necesidad en desafío y contribuir, con nuestro pequeño grano de arena, en ese verdadero cambio de paradigma.

Tal como dijimos al comienzo, consideramos que el estudio de la teoría del conflicto es un punto de partida valioso para comenzar a recorrer el camino de la manera que queremos ejercerlo, ya que si gestionamos el conflicto eficazmente y con el fin de que se produzca una transformación en la realidad social, lograremos que la concepción peyorativa que se tiene del conflicto cambie y así vaya emergiendo el diálogo, el consenso y, consecuentemente, la paz social.

No encontramos mejor manera de concluir que citando al doctor Entelman, quien al hacer referencia a la enseñanza de esta disciplina dice: “...no deben emerger meros profesionales competentes, sino profesionales comprometidos además con la construcción de una sociedad más pacífica”⁴⁴.

⁴³ Al respecto, la Dra. Gladys Álvarez explica: “La formación del futuro abogado requiere de éste la habilidad para conocer y leer el mapa de un conflicto. El campo de estudio es vasto, el currículo debe incluir los aspectos específicos que se deben conocer y manejar para prevenirlo o resolverlo. El profesional del Derecho de este siglo XXI, debe ser un agente que contribuya a la paz social, especialista en el manejo de las disputas a fin de que puedan ser resueltas en forma no adversarial”. Párrafo extraído del texto *La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado*, perteneciente a un capítulo de la publicación de la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas, Departamento de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, con el apoyo de las Facultades de Derecho de la Universidad de Guadalajara y de la Universidad Autónoma de Nueva León (en prensa).

⁴⁴ ENTELMAN, ob. cit., p. 15.

Bibliografía consultada

- ÁLVAREZ, Gladys Stella, *La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado*, capítulo de la publicación de la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas, Departamentos de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, con el apoyo de las Facultades de Derecho de la Universidad de Guadalajara y de la Universidad Autónoma de Nuevo León (en prensa).
- ÁLVAREZ, Graciela; NADALINI, Gustavo y ZANETTI, María, *Manual teórico-práctico de escritura judicial*, Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho de la UNR, Rosario, 2012.
- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Lecciones de epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las Ciencias Jurídicas*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004.
- ARÉCHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia y FINKELSTEIN, Andrea, *Clínica de mediación*, Librería Histórica, Colección Visión Compartida, Buenos Aires, 2004.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006.
- BANDIERI, Luis María, *La mediación tópica*, El Derecho, Buenos Aires, 2007.
- CALCATERRA, Rubén A., *El modelo estratégico de mediación. Supuestos y fundamentos*, en *L@ Revista de Mediadores en Red*, N° 3, en <http://www.mediadoresenred.org.ar/larevista/modeloestrategico.html>.
- *Estrategia de la mediación. Un punto de partida para la implementación de reformas en la administración de justicia*, en *Revista Investigación y Docencia*, N° 45, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Universidad Nacional de Rosario, 2012.
- *Hacia un nuevo paradigma en el sistema de administración de justicia. El modelo de análisis y gestión estratégica de conflictos*, en *Justicia y medios alternativos. Trabajos del Concurso Argenjus 2009-2010: 10 años por la justicia*, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- CIURO CALDANI, Miguel A., *La estrategia jurídica. Una deuda del Derecho actual*, en *Revista Investigación y Docencia*, N° 46, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Universidad Nacional de Rosario, 2013.
- ENTELMAN, Remo F., *El conflicto: dilema para abogados*, en *L. L. Supl. Resolución de conflictos (R. C.)*, del 18-12-97.
- *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2009.

- ESQUIVEL GUERRERO, José A.; JIMÉNEZ BAUTISTA, Francisco y ESQUIVEL-SÁNCHEZ, José A., *La relación entre conflicto y poder*, en *Revista Paz y Conflicto*, Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada, N° 2002, 2009.
- FOLGER, Joseph P. y BUSH, Robert A. B., *La promesa de la mediación*, cit. por FRIEDSCHNITMAN, D., *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos*, Granica, 2000.
- GHIRARDI, Olsena, *Lógica del proceso judicial. Dialógica del Derecho*, Marcos Lerner, Córdoba, 1987.
- HERRERA, Enrique, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- MAKUS, Miriam, *El vibrar de las narrativas en mediación*, Paidós, Buenos Aires, 2013.
- MEROI, Andrea, *Sobre estrategia y proceso*, en *Revista Investigación y Docencia*, N° 46, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Universidad Nacional de Rosario, 2013.
- WHITE, Michael y EPSON, David, *Medios narrativos para fines terapéuticos*, Paidós, Barcelona, 1993.

LAS DISCUSIONES ACTUALES SOBRE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA, LA CRISIS Y PROPUESTAS. ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS SUJETOS EN LA DEMOCRACIA LOCAL

por SOLANGE DELANNOY, ADRIANA MACK
y JULIO LLANÁN NOGUEIRA¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las discusiones actuales alrededor de la teoría democrática y sus propuestas. a) Malestar en las democracias. b) Democracia y Estado-Nación. c) El problema de la representación. d) Marco metodológico. 3. Bibliografía.

Resumen

En esta comunicación nos proponemos poner en discusión los temas centrales que en la actualidad interpelan la teoría de la democracia desde la perspectiva de los sujetos sociales en las democracias locales o de proximidad. Recuperar las narrativas de los sujetos en sus contextos nos permitirá develar sus percepciones invisibilizadas e interpelar de este modo las problemáticas de la democracia desde sus propias percepciones, recuperando sus voces. La ausencia de estas voces o narrativas como punto de anclaje del análisis teórico sobre el tema ha

¹ Mg. Solange Delannoy: Prof. Titular Derecho Político. Directora Centro Renato Treves; Mg. Adriana Mack: Prof. adjunta Derecho Político. Secretaria Centro Renato Treves, y Prof. Julio Llanán Nogueira: Prof. adjunto Derecho Constitucional II, miembro Centro Renato Treves.

excluido de las discusiones los planteos que los sujetos en la vida cotidiana realizan a partir de sus percepciones de relacionamiento con el Estado, corroyéndose la relación de la sociedad con el Estado.

Abstract

In this paper we propose to put into discussion the central topics that currently occupy the theory of democracy from the perspective of social subjects in local democracies, or of proximity. Recovering subjects' narratives in their contexts allows us to uncover their (made invisible) perceptions and challenge the problems of democracy from their own perceptions, regaining their voices. The absence of these voices or narratives, as an anchor of theoretical analysis on the topic, excludes from the discussions, the proposals made by subjects in daily life, from their perceptions of relationship with the State, corroding the relationship between society and State.

Palabras clave

Democracia. Local. Sujetos. Ausencia. Estado.

Keywords

Democracy. Local. Subjects. Absence. State.

1. Introducción

En investigaciones anteriores² pudimos detectar o poner de manifiesto algunos de los obstáculos que desde la percepción de los sujetos se manifestaban: a) la percepción de falta, insuficiente o inadecuada representación de sus demandas en las instituciones de gobierno local; b) el alto nivel de desconocimiento por parte de los pobladores y vecinos de la ciudad de Rosario respecto de las formas y modos de participación en la toma de decisiones sobre aspectos que inciden en su cotidianeidad; c) la necesidad de ser escuchados para sentirse partícipes de lo institucional; d) la percepción de la falta de participación como consecuencia de obstáculos burocráticos administrativos en los

² PID, *Ciudadanía, comunicación y derecho*, 2007-2010.

dispositivos institucionales y políticos propuestos por el Estado municipal, y e) la necesidad de adecuar las instituciones a los sujetos sociales y políticos.

En continuidad con nuestra línea de investigación³, este trabajo tiene como objetivo poner en evidencia hiatos existentes entre la vivencialidad de los sujetos sociales y su relación con la democracia local. Estas grietas entre Estado y Sociedad ponen en conflicto las teorías de la democracia e interpelan las formas de representación y el espacio de lo público estatal. Para superar estas limitaciones epistemológicas nos propondremos un análisis de los aportes teóricos de la teoría de la democracia con un anclaje en el contexto donde desarrollamos nuestra investigación desde una lógica cualitativa a los efectos de poder analizar las percepciones de los sujetos en la relación con la democracia local.

2. Las discusiones actuales alrededor de la teoría democrática y sus propuestas

Desde los años 80 del siglo pasado existe una amplia bibliografía en las ciencias políticas y sociológicas que plantean o analizan las crisis de las democracias occidentales. Una de las más conocidas en nuestro país en esa década, es el libro del destacado filósofo político y jurídico Norberto Bobbio, *Las promesas incumplidas de la democracia*. Hoy podemos citar otras más recientes, como Dahl, Warren, Rosanvallon⁴, Galli; incluso hay quienes hablan sobre el fin de la de-

³ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación en curso “La construcción de ciudadanía, incidencia de dispositivos institucionales de participación en la ciudad de Rosario”.

⁴ “La historia de las democracias reales es indisociable de una tensión y un cuestionamiento permanentes. Desde un comienzo ha estado continuamente en discordancia aquello que la teoría de los gobiernos representativos democráticos había ligado en el mecanismo electoral: la legitimidad y la confianza [...] La legitimidad es entendida aquí como una cualidad jurídica, estrictamente procedimental, es producida por modo perfecto por la elección. La confianza es mucho más compleja. Constituye una especie de ‘institución invisible’. Esto constituye para Rosanvallon lo que él denomina la ‘contrademocracia’, tal desconfianza se expresa y se organiza de múltiples formas, para él hay tres modalidades principales, los poderes de control, las formas de obstrucción y la puesta a prueba a través de un juicio [...] ‘La organización de la des-

mocracia, como Guehenno⁵ y Crouch⁶, de la posdemocracia entendida ésta como la transformación interna del poder económico en político, la creación paraestatal de políticas públicas por empresas transnacionales.

a) *Malestar en las democracias*

Todos coinciden en el reconocimiento de un malestar, la inadecuación de la democracia para cumplir con sus propias promesas. Desde abajo se ven la sociedad y la política cada vez como más ajenas. A

confianza mina el supuesto de una confianza surgida de las urnas. El campo político de este modo tiende estructuralmente a ser puesto en posición de exterioridad respecto de la sociedad'. Este entramado de poderes implica una cierta atrofia e incluso una parálisis del campo político, vale decir que es una 'democracia impolítica'. Esta política negativa origina una democracia de rechazo que tiende a sustituir la democracia de proyecto. «La contrademocracia tiene una cara sombría: la impolítica. De ahí surge el tenaz malestar de la democracia, acompañado paradójicamente por una sociedad civil más activa, más informada, interviniendo más en la vida de la polis» (ROSANVALLON, Pierre, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires, 2007, ps. 37 a 39 y 242, 245 y 294).

⁵ «La era posnacional en la que entramos puede también calificarse de imperial en la medida en que, como el Imperio romano, su frontera ya no es una línea que divide un espacio y separa a unos hombres –los que ejercen soberanía y los que no la ejercen–, sino más bien un margen inseguro [...] Como el ciudadano romano de la época de Caracalla, el ciudadano de la era imperial relacional se define cada vez menos por su participación en el ejercicio de la soberanía y cada vez más por la posibilidad que tiene de desplegar una actividad en un marco en el que los procedimientos obedecen a reglas claras y previsibles. Éstas varían [...] A cada función, a cada problema, corresponde una geografía específica, y los espacios de Derecho pueden, pues, no tener la misma extensión, pero la compatibilidad es la regla» (GUEHENNO, Jean Marie, *El fin de la democracia*, Paidós, Buenos Aires, 1995, p. 71).

⁶ En este modelo (posdemocracia) donde por supuesto las elecciones existen y pueden cambiar gobiernos, el debate electoral se limita a un espectáculo que está estrechamente controlado y gestionado por equipos rivales de profesionales expertos en técnicas de persuasión, y que se centra solamente en una pequeña gama de cuestiones escogidas por estos equipos. La mayor parte de los ciudadanos desempeñan un papel pasivo, inactivo e incluso apático, y responde únicamente a las señales que se lanzan. Más allá del juego electoral, la política se desarrolla entre bambalinas mediante la interacción entre los gobiernos elegidos y una elite que, se forma abrumadora, representan los intereses de las empresas (CROUCH, Colin, *Posdemocracia*, Taurus, España, 2004, p. 11).

pesar de que los valores democráticos no son puestos en cuestión, sí se impugnan sus reglas e instituciones, como Galli afirma, lo que equivale a decir que aunque estén presentes algunos de los prerequisites de una democracia, ésta no remonta vuelo o más bien sus prestaciones son decepcionantes para un número mayor de personas.

Por cierto, se la invoca donde falta, y se la persigue como aspiración esencial de los pueblos, pero allí donde hace tiempo que está consolidada sus instituciones van perdiendo su aliento vital y cada vez con menos frecuencia se hacen cargo de la política real, que se manifiesta, en sus flujos de poder, por vías y con modalidades que poco tienen de democrático y mucho del “dominio oligárquico”... “La democracia se ha opacado y su supervivencia es larval, aunque todavía no se haya extinguido”⁷. Este malestar parece ser el producto de “la combinación del individualismo, el desencanto técnico y pérdida de libertad que constituye la traición al ideal moderno de autenticidad de la plena capacidad de expresión del individuo”⁸.

Es evidente que las democracias occidentales consolidadas y las más recientes no están funcionando bien, el interrogante entonces puede ser: “¿será porque se espera de ellas más liberalismo que democracia?” Sin embargo, Offe sostiene que no existen propuestas alternativas normativamente respetables de la democracia liberal. La declinación ampliamente observada de la política democrática, así como de las políticas de Estado bajo las democracias, ofrece motivos de preocupación. ¿Cuáles son las características y los resultados esperados de la democracia liberal para que hoy en día siga siendo considerada la forma más conveniente de régimen político?

b) *Democracia y Estado-Nación*

Offe sostiene que la democracia sólo puede ser posible dentro del marco del Estado-Nación, aun “cuando algunos aboguen por una democracia global”⁹. Si sólo los Estados pueden ser democráticos, éstos deben conservar su capacidad de gobierno, de maniobra y control frente

⁷ GALLI, Carlo, *El malestar de la democracia*, FCE, Buenos Aires, 2013, p. 11.

⁸ Ídem, p. 12.

⁹ Ídem, p. 47.

a “los poderes fácticos o bandas de ladrones, mafias, movimientos étnicos separatistas, fuerzas armadas, guerras civiles, elites políticas externas, movimientos religiosos hostiles”¹⁰. Offe denomina a aquellos Estados que no pueden hacerlo “Estados fallidos”. Estos Estados son incapaces de garantizar la estabilidad y la cohesión social, es decir, son incapaces de gobernar. El autor citado resalta tres ausencias que tienen que ver con la deficiente capacidad de gobernar:

- 1) De fronteras, (control de flujos de personas y mercancías);
- 2) de recursos financieros para financiar todas las variantes de los bienes públicos;
- 3) de puestos de trabajo que permita a toda la población en edad de poder hacerlo, participar en la distribución de los bienes económicos. Es ampliamente conocido que los países desarrollados están en una total inanición financiera y en una retracción burocrática y de regulación del Estado, y suscribiendo a las doctrinas del liberalismo económico de mercado. Quienes toman las decisiones están fuera de los Estados, se toman en la UE sustraídos de quienes toman las decisiones a la rendición de cuentas que implica la democracia. “El universalismo de los Derechos Políticos contrasta cada vez más con las limitaciones crecientes que tiene cada ciudadano para realmente hacer valer sus derechos, dadas las limitadas funciones que los Estados debilitados financieramente son capaces de realizar y que las elites (poderes fácticos de mercados, mercado financiero global, poderes militares, etc.) están dispuestas a llevar a cabo”¹¹. Este contraste aleja cada vez más al ciudadano de la democracia.

Los dos criterios convencionales de la fortaleza y estabilidad de los Estados democráticos son la legitimidad y eficacia. Es decir, el título del poder para hacer que sus decisiones se cumplan y hacer que las cosas se hagan. Estamos ante una pérdida de legitimidad y de la capacidad de gobernar.

En este sentido Galli sostiene que hoy en día se registra un pro-

¹⁰ Ídem, p. 47.

¹¹ Ídem, p. 49.

gresivo desalineamiento entre Estado, mercado, Nación y partidos; sus lógicas, que se habían encontrado y cooperado entre sí en una fase de la historia occidental, hoy se dispararon hacia diferentes destinos y los conflictos de la democracia estallan. El capitalismo... “exige independencia de la política y del Derecho y rechaza como un costo intolerable las conquistas del Estado Social: la oferta debe prevalecer por sobre la demanda, la competencia por sobre las políticas de ocupación y de rédito y el trabajo debe ser flexible, precario, subalterno, desarticulado, dividido, aislado, carente de derechos ante la única exigencia legítima, es decir, el desarrollo y el provecho del capital: es el pasaje del fordismo al toyotismo, y de allí a la financiarización de la economía”¹².

La democracia del trabajo, fundada sobre la ciudadanía política y la participación de los trabajadores activamente en la producción, es un recuerdo del siglo XX, reemplazada por la democracia del libre comercio orientada hacia el mercado, es decir, una democracia donde prevalecen “...el dominio de los poderes privados, a veces oscuros e ilegales, capaces de hacer frente a las contradicciones del capitalismo desplazándolas, desubicándolas, en otras palabras reproduciendo en el espacio global las condiciones del trabajo ya experimentadas en el pasado: al lado del Occidente democrático se encuentra un resto del mundo con una democracia debilitada, que retroactúa sobre la democracia occidental, obligándola a rebajar sus propios estándares para frenar los nuevos desafíos”¹³. Mientras que el Estado se debilita cada vez más, la sociedad se divide cada vez más en pocos muy ricos, y muchos cada vez más pobres, la posibilidad de que el individuo se proyecte su propio futuro y de autogobernarse es cada vez más quimérica, los estratos medio y los obreros ya disgregados buscan su identidad, no ya en los partidos políticos o en el Estado-Nación, sino en comunidades culturales, reales o fictas.

Diagnosticamos el fracaso democrático y la necesidad de una innovación democrática, tanto en los países centrales, como en los que

¹² GALLI CARLO, ob. cit., p. 60.

¹³ OFFE, Claus, *Crisis e innovación de la democracia liberal*, en *Debates y Combates*, N° 3, FCE, Tucumán, junio-julio de 2012, p. 60.

superaron el socialismo de mercado, ya que la democracia liberal no les permitió aún mejorar internamente la *performance* de las propuestas autoritarias. El proceso democrático implica la confrontación electoral, la lucha por el poder entre las elites, el momento de la votación y su posterior recuento, pero también se construye en el proceso en que los ciudadanos forman juicio, intereses, opiniones, preferencias entre los asuntos que los afectan a ellos y la comunidad política como un todo¹⁴. La política democrática procede conforme estas dos etapas. Previo al depósito del voto hay una etapa de formación de la voluntad política de los ciudadanos. Entonces la interpretación de la realidad basada en una buena información, argumentos y razones puede desempeñar un papel decisivo.

Pero también pueden jugarlo los estereotipos, los prejuicios, el resentimiento, la aceptación irreflexiva de mensajes estratégicos diseñados y enviados a las masas electorales por elites políticas. La mayor parte del tiempo casi la totalidad de las personas no tienen una opinión política prefijada. Tampoco son creaciones exclusivamente internas del individuo, las opiniones y preferencias son constructos sociales o producto de su propia capacidad de observar, aprender, razonar conjuntamente, de sus relaciones sociales, las coacciones expectativas, oportunidades. No hay preferencias exclusivamente individuales porque siempre se forman en relación con otras opiniones.

Hay dos explicaciones que están en los extremos: una que sostiene que no es posible la formación de la opinión sin coacciones y la otra la del modelo “deliberativo” que sostiene desde los ’90 que existen situaciones igualitarias, abiertas, estimulantes y desafiantes en las cuales los individuos son libres de considerar racionalmente, conociendo y evaluando los puntos de vista de los demás, qué preferencias eligen, formulan o adoptan.

En la etapa de expresión de la voluntad todo está perfectamente delimitado, institucionalizado, no así durante el proceso de formación de las opiniones. Para Offe hay un patrón de desigualdades socio-económicas y educativas que condiciona el acceso a los recursos comunicativos y asociativos pertinentes. Ni siquiera hay una igualdad no-

¹⁴ Ídem, p. 59.

minal cuando se trata de la formación de opiniones. Esta desigualdad de aquellos que viven en una situación de incertidumbre estructural en cuanto a sus propios intereses, se ve contrastada con aquellos más seguros económicamente, por lo tanto menos afectados por la incertidumbre cognitiva y las presiones y motivaciones cruzadas; los primeros posiblemente se abstengan de participar en la vida política, los segundos están más dispuestos a hacer oír sus voces.

No hay intereses más verdaderos que otros, y el voto es un procedimiento para resolver, según la teoría epistémica de Coleman y Frejohl, para quienes la búsqueda de la verdad es más eficiente cuando es la mayoría la que decide. Ciertas versiones de la democracia deliberativa son intentos de rebajar la tesis más fuerte de la teoría epistémica. Las teorías deliberativas son confusas, oscilan entre procedimiento deliberativo e imparcial y el consensualismo. Sin embargo, también estas teorías pasan por alto que muchas veces los conflictos de intereses parciales o partidistas impiden el consenso, que sólo se puede entonces resolver mediante el voto¹⁵. La deliberación es un requisito necesario para decisiones sin fundamento democrático; en especial, se les exige a los jueces o los reguladores, porque su poder no es representativo ni procede del voto, entonces se les exige la deliberación. En cambio, la decisión de votar una alternativa u otra no se acompaña de razones, nadie se ve obligado a ofrecer explicaciones sobre la orientación de su voto.

c) *El problema de la representación*

Hemos creído en las instituciones, en las fuerzas de las leyes para organizar y controlar el poder... era la limitación del poder por medio del poder, la multiplicación de los polos del poder cuidándonos de evitar cualquier colusión entre ellos¹⁶. En el presente estamos asistiendo a una profunda transformación del Estado-Nación; más concretamente, siguiendo a Vallespín, estamos ante una crisis del Estado en su capacidad de dirección y de integración normativa simbólica, así como un

¹⁵ SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio, *Más democracia, menos liberalismo*, Katz Editores, Madrid, 2010.

¹⁶ GÉHENNO, ob. cit., p. 12.

cansancio y desorientación de la política democrática misma¹⁷. La ciudadanía no está unida como para que grupos y organizaciones desarrollen identidades y formulen demandas basadas en intereses que transmitan luego al sistema político¹⁸. El ciudadano se relaciona a través del sistema electoral con el gobierno solamente, y tampoco se vincula con el mercado. Además, no se observa que exista movilización de nuevas identidades que le den vitalidad a la democracia.

La elección de los representantes por los representados tiene sentido, en tanto expresión de demandas, reacciones y protestas originadas en la sociedad civil¹⁹; a lo que habría que agregar que la “cualidad de democrático de un sistema político descansa en su capacidad de resolver los problemas de la representación y la mediación”²⁰. Las relaciones entre Estado y sociedad son así mediadas por la representación. Cuando se habla de una “crisis” o “metamorfosis” de la representación, hay que comprender que se pone en entredicho a uno de los rasgos fundamentales de la política moderna.

La consecuencia más inmediata es, o bien el activismo en movimientos sociales plurales y heterogéneos, o la “fatiga civil” ...la apatía política y el “retorno a lo privado” ...En definitiva, un paisaje marcado por el pluralismo, la diversidad y la fragmentación, que proyecta una sombra difusa sobre todo el escenario de la política²¹.

Es imposible dejar de constatar que esta nueva cultura política se asienta sobre un nuevo espacio que ya no es el mismo desde que el desarrollo tecnológico ha posibilitado y potenciado un sistema económico *globalizado* de alcances políticos, ideológicos, sociales, comunicacionales, financieros, culturales. El Estado ya no puede ser el actor “único y racional” a la hora de la toma de decisiones en la medida

¹⁷ VALLESPÍN, Fernando, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, p. 10.

¹⁸ CROUCH, *Posdemocracia* cit.

¹⁹ TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1995, p. 79.

²⁰ GROSSI, María y DOS SANTOS, Mario, *La concertación social. Una perspectiva sobre instrumentos de regulación económico-social en procesos de democratización*, en *Concertación político-social y democratización*, Biblioteca de Ciencias Sociales, Clacso, Buenos Aires, 1987.

²¹ VALLESPÍN, ob. cit., p. 10.

que nuevos actores entran en escena transformando la política, sus alcances, sus límites y la manera de hacer política.

Aparece como remedio para llenar el hueco de la democracia representativa, la democracia deliberativa o participativa. Para Laporta el problema parece ser muy grave porque no se trata de la desconfianza hacia alguno de los representantes, sino a la idea misma de representación y a la noción misma de partidos políticos, están en jaque el sentido mismo del juego y de las reglas que lo organizan²².

La crítica a la democracia representativa tiene los siguientes puntos de referencia; en primer lugar la insatisfacción con la idea de “representación”, lo que lleva a algunos a propugnar una democracia “participativa”: la fórmula paritaria como método de corregir los errores del proceso de representación, y a otros los lleva a apelar la virtualidad los movimientos sociales o fenómenos similares como formas “supletorias de la actividad política”, y por último la llamada “apertura a la sociedad” de los partidos actuales²³. La ficción de la democracia representativa imagina una sociedad efervescente, en plena y constante deliberación, habitada por ciudadanos pertrechados de gran vocación cívica.

Pero las virtudes de este modelo se desvanecen cuando nos preguntamos: ¿Cómo se participa? ¿Quién lo hace? ¿Dónde se debate? ¿Cómo se toma parte de la deliberación? ¿Cómo en las decisiones? Como es ampliamente sostenido en la teoría política, si no se trata de comunidades pequeñas y de problemas no demasiados complejos... “no parece posible articular participación alguna en el proceso de toma de decisiones que no esté mediada por algún tipo de organización, sea ésta política, profesional, social, cultural, o de cualquier otra índole”²⁴. Laporta añade una cuestión fundamental para la construcción de las opiniones: lo que mal se llama hoy opinión pública es en realidad conformada por los medios de comunicación, que son los que constituyen la agenda de los temas que ellos consideran relevantes. En

²² LAPORTA, Francisco, *El cansancio de la democracia*, en *Ensayos sobre la democracia contemporánea*, comp. por Juan Carlos Corbetta y Ricardo S. Piana, Edulp, La Plata, 2009, p. 51.

²³ Ídem, ps. 52, 53.

²⁴ Ídem, p. 53.

consecuencia, “...para que tengamos una verdadera democracia deliberante en la que los ciudadanos acuden a las urnas con conocimiento de causa, tiene que pasar algo importante en la regulación de los medios de comunicación y el diseño del sistema educativo”²⁵.

d) *Marco metodológico*

Nuestro enfoque metodológico es cualitativo y tiene por objeto analizar las percepciones de actores sociales de la democracia local en la ciudad de Rosario.

En esta primera etapa exploratoria nuestro trabajo se enfocó en delimitar los indicadores que dieran cuenta de las percepciones de los sujetos. La elección del marco metodológico privilegió la centralidad que adquiere para nuestro estudio la narrativa de los sujetos. Analizamos a los sujetos en su contexto de anclaje y la construcción de percepciones. De este modo la investigación rescata una narrativa de primer grado (desde la propia voz de los actores) para su aplicación en el campo teórico y su reinterpretación en nuevas categorías y aparatos conceptuales de investigación. A tal efecto se utilizaron como técnicas de recolección de datos, entrevistas estructuradas que fueron administradas en forma aleatoria a los informantes. Estas entrevistas contaban en la matriz de diseño con dos instancias, a saber: una instancia de respuestas cerradas y una segunda de preguntas abiertas, lo cual permite que el informante incorpore, al indicador presentado en forma cerrada, sus propias narrativas, historias de vida e inscriba su discurso permitiéndonos así poder capturar en primer grado una narrativa ampliada en la indagación sobre los niveles de percepciones contruidos por los sujetos.

Las entrevistas estructuradas cerradas tienen como objetivo relevar del informante los primeros indicadores de percepción y opinión. Se complementaron, como se dijo, habilitando preguntas abiertas que fueron administradas inmediatamente a las entrevistas cerradas a los mismos informantes, permitiéndonos en el proceso metodológico el control interno de la lógica de las propias narrativas y la coherencia lógica instrumental. Esta estrategia nos permite un espacio de corroboración,

²⁵ Ídem, p. 55.

control, reformulación, factibilidad y validación de una respuesta sobre la otra a los fines de confrontar y evaluar la correspondencia o no de las opciones elegidas por los sujetos en las respuestas cerradas. Esto otorgó otro nivel de control a la narrativa primaria que hace de insumo básico a nuestra investigación.

En la etapa de diseño de las entrevistas fueron puestas a prueba diversas matrices de relevamiento para probar la efectividad de las mismas. Esto exigió en la puesta a prueba –antes de la administración definitiva– un proceso teórico-metodológico que consistió en el desgranamiento de las categorías e indicadores teóricos que los investigadores queríamos relevar. El objetivo de ello era traducirlo a un lenguaje cotidiano para que los informantes pudieran comprender y no producir obstáculos ni confusión en sus respuestas. Las preguntas tenían que ser formuladas en lenguaje claro pero que a su vez respondieran a los estándares teóricos que se intentaban indagar. Asimismo, en este primer proceso de sistematización se produjeron muestras de entrevistas en profundidad a informantes calificados.

Se realizaron entrevistas aleatorias semiestructuradas cerradas y abiertas tomando como referencia territorial los cinco distritos de la ciudad de Rosario, con el objeto de producir un muestreo según zona y respetando la organización política de la ciudad. Se utilizó la misma frecuencia por distrito que en investigaciones y producciones anteriores para poder producir luego un análisis comparativo.

En el protocolo (matriz) de trabajo se han desagregado –de cada informante– datos específicos para la interpretación: género, ocupación, pertenencia o no a instituciones, que son utilizados como indicadores de contexto de producción de narrativas en el proceso de interpretación de las respuestas.

El criterio epistemológico y la metodología se enmarcan –como se dijo– dentro de la lógica cualitativa de investigación referida, entre otros, por Taylor S. y Bogdan R. (1987). Se utiliza el Método Comparativo Constante (Glaser, B. y Strauss, A. [1967]) articulando los pasos y los criterios de corroboración y validación en la producción de la narrativa así como los criterios de “saturación epistemológica” de una categoría indagada. Las decisiones de investigación nos per-

mitieron la triangulación metodológica y la opción por una epistemología del sujeto cognoscente (Vasilachis de Gialdino, I. [2006]).

Análisis: Total del universo: 60 informantes a quienes se les administraron entrevistas estructuradas con preguntas cerradas y abiertas, distribuidas porcentualmente según los distritos de la ciudad de Rosario:

Distrito Sur	17.24%
Distrito Noroeste	17.24%
Distrito Norte	17.24%
Distrito Centro	27.59%
Distrito Oeste	20.69%
Distribución de población entrevistada según género	55% Femenino
	45% Masculino

Las respuestas cerradas se encuentran sistematizadas en los gráficos que se encuentran en el presente texto, desagregado por indicador y por género.

PRIMERA SISTEMATIZACIÓN DE NARRATIVAS Y CATEGORÍAS PARA EL ANÁLISIS HERMENÉUTICO

Percepción del impacto de la democracia local en la vida cotidiana de los sujetos

Narrativa	Frecuencias y significación
“y... sí... yo mucho no sé cuando nació ya era así... sé que uno tiene libertad. ”Acá nos permite vivir... en otra época era difícil, algunos no sabían pero se enteraron después... en lo que cambió y se siente el cambio es en la vida de mis hijos en la escuela en las posibilidades que tienen... y ellos ya no se dan cuenta”.	“libertad”. – Memoria de la dictadura. Se habla de la idea de democracia en contraposición con la vivencia transmitida de dictadura. – “Ellos ya no se dan cuenta”.

Narrativa	Frecuencias y significación
“En mi vida... yo voy a todas las reuniones que me invitan y lo que dicen es que antes no se podían hacer reuniones políticas. Nadie te da nada pero vos podés decir lo que quieras...” “¿Por qué vienen cuando hay elecciones... sería eso...?” “Muy bien no sé ... Sé que es mejor que la dictadura, si no fijense la cosa como era en esa época todavía buscan los nietos y los hijos de desaparecidos. “Libertad, poder decir, disentir... eso es lo que me sale... pero tendrían que hacer algo para que todos sintamos que formamos parte de esto, porque si no seguimos así y se acaba en poder votar...” “Acá hay que andar mucho para llegar a la democracia como yo la entiendo porque hay hambre todavía y le falta a la educación y salud. Yo puedo pensar que es mejor la democracia... pero si bien elegimos a intendente y los concejales no las cosas me parecen igual te ponen muchos trámites para poder llegar a los que toman decisiones y no tenés tiempo y te cansa...”	Participación y libertad (alto nivel de frecuencia en entrevistas). – Se reitera con alta frecuencia discursiva la presencia de “partidos políticos en épocas de campaña electoral”. – Reiteración de la categoría de libertad. <i>Única entrevista en la que referencia la categoría de participación real democrática por parte de los sujetos.</i> – Obstáculos que vivencian en la idea de democracia local. Toma de decisiones.

Percepción de la representación de intereses propios o grupales en el sistema democrático local.

Narrativa	Frecuencias y significación
“Lo que pasa es que lo que les interesa dicen que es lo mismo que a vos, pero después terminan con todo para otro lado.	Saturación frecuencia 9

Narrativa	Frecuencias y significación
”qué pregunta... los propios... más o menos, a veces sí cuando hacen algo que mejora las cosas pero en general tienen sus propios intereses y de vez en cuando se agregan a los tuyos, por lo menos a nosotros... ” y... sí a veces se dedican a nuestros problemas o por lo menos a lo que nos interesa. Acá nos juntamos en el distrito después de las inundaciones... más o menos nos acompañaron pero no nos dieron respuesta, dijeron que no y no... ”para que se dediquen a tus intereses tenés que hacer un lío importante porque si no no te tienen en cuenta y eso pasa en cualquier lado. ”El grupo nuestro nos juntamos ahora que están en campaña sí te reciben pero después tenés que esperar otros años para que tomen decisiones que a vos te interesen. ”La verdad que sí, han mejorado mucho y están haciendo cosas, acá están mejorando bastante el centro. Con el turismo a nosotros no ha ayudado mucho porque vienen y la ciudad está mostrable... pero también se sabe que es acá nomás. ”Sí los intereses nuestro sí... ”Nosotros acá estamos caídos del mapa, y la verdad ni se acercan, vamos y reclamamos en distrito y presentamos notas y no les interesa, por ahí alguno de los políticos sí, y vienen y te acompañan pero después no llegás a que se concreten las cosas... o se olvidan.	

Narrativa	Frecuencias y significación
”Mis intereses, no... nosotros no tenemos voz ni voto... no. Nosotros somos insistentes y por ahí cuando viene alguna organización de afuera pedimos ayuda, si no tenés que llamar a la prensa. Y los intereses de la gente del barrio menos... fijate que estamos con las zanjas tapadas desde enero... ”Ellos se arreglan entre ellos y si estás cerca de alguno por ahí tenés suerte... y nosotros aprovechamos a todos y así logramos algunas cosas... vivir acá no es para cualquiera y eso que ahora hay trabajo. ”Mirá... recién se van... y estamos pidiendo que haya medicamentos en el dispensario municipal, los médicos y la gente aunque quiera no puede hacer nada si ellos no se deciden a hacer algo [...] eso sí para votar te buscan y te traen [...] acá no tenés guardia [...] de noche pasa algo y no entra ni la policía”. “...nuestros intereses [...] Los cuida cada uno, cuando puede...”	

Percepción de la representación de intereses de otros grupos en el sistema democrático local

Narrativa	Frecuencias y significación
“Ellos tienen una propaganda bárbara, eso sí es cierto, si no mire la televisión o la radio, claro los intereses que cuidan son los propios y los de los que más tienen.	Saturación frecuencia 5

Narrativa	Frecuencias y significación
”...no podés negar que han hecho cosas en la ciudad pero hay grupos que tienen más privilegios que nosotros y ellos gobiernan juntos y eso que nosotros somos clase media... mirá cómo han dejado el río... todos edificios para los que tienen mucho... ”Para mí ellos están de acuerdo con los intereses de los que tienen y los que les pagan las campañas, mire la empresa donde yo trabajo pone plata en todas la campaña políticas de todos y los favores se pagan después. ”Y no sé... tiene que haber negocios mas allá de los que uno ve. ”Yo no les creo pero lo que no ponen acá en el barrio de clase trabajadora lo tienen que poner en otro lado... eso son intereses... ”Hay grupos fuertes acá en Rosario, si no no sacarían algunas ordenanzas que les permiten hacer cosas que estaban ante prohibidas, vio lo de los edificios... ”...sí... los intereses de los otros se nota, lo que tienen lo pasan muy bien... si no hay que mirar cómo tienen cuidada las calles, las plazas y los lugares donde viven. Acá en el distrito no tenemos ni cloacas y tenés que ver de cuándo lo venimos pidiendo... ”...defienden los intereses propios y de los que los sostienen a ellos... el resto se acuerdan para las elecciones”.	

*Percepción de la presencia del Estado
en la vida cotidiana o de sector*

Narrativa	Frecuencias y significación
“En nuestra vida... Noooooo... ”A veces sí cuando nos toca la policía y te la mandan... ”No... acá en el centro no existe tenés que buscarte hasta seguridad privada... ”En la vida del barrio... no... y si los llamás no vienen...”	Frecuencia saturada

Han recurrido al Estado por demandas propias o de sector, para resolver conflictos, presentar iniciativas

Narrativa	Frecuencias y significación
“No... para qué es perder el tiempo. ”Una vez pedimos audiencia... y así nos fue estamos igual, ni nos recibieron teníamos que hacer un expediente. ”Cuando tenemos alguien mal, ahí sí lo llevamos al hospital y lo metemos como sea porque siempre te dicen que no hay lugar y de dónde sos”.	Saturación frecuencia 5

Percepción de la respuesta del Estado

Narrativa	Frecuencias y significación
“...cuando pedimos algo... te dicen que lo tienen que ver... y aquí lo seguimos esperando... como dicen otros vecinos uno se cansa de estar perdiendo el tiempo... ”...Una vez que vas tenés que hacer expedientes y expedientes. Nunca te	Saturación frecuencia 6

Narrativa	Frecuencias y significación
atiende el que decide... tenés de darle papeles y nada más y esperar días y días... lo mismo pasa en el tribunal... ”...Hasta la mesa de entrada llegás y luego te dicen que no están y que vengas otro día... que hagas los papeles que te dan y luego te contestarán... Los distritos dicen que te solucionan las cosas en realidad estamos igual o peor son pura burocracia y las cosas las hacen cuando quieren no cuando lo necesitás. ”...lo que sí funciona... es el dispensario y los empleados intenta hacer cosas por vos, pero si fuera por los que trabajan ahí y en los Centros de Salud... respuestas de quién si no se la dan ni a ellos. Ya le dije acá estamos caídos esto no es el centro de Rosario. Eso sí cuando aparecen con algo intentamos aprovecharlo... mire lo que es festejo el día del niño tres veces, porque no se ponían de acuerdo los de cultura, los de salud y el Distrito... y aprovechamos las tres”.	

Interés o desinterés en la participación en el Estado local

Narrativa	Frecuencias y significación
“...por lo que le dije yo interés tengo pero no me meto en los líos de los partidos político me cansaron ya fui y no hicieron nada del presupuesto participativo... ”...no yo trabajo.	Saturación frecuencia 5

Narrativa	Frecuencias y significación
”...Yo, no me interesa... es lo de siempre... ”...Acá hacen las cosas para que la gente no vaya... y la gente se cansa... Mucho... es para los que están siempre y tenés que cuidarte de estar con unos porque si no te dan una mano los otros...”	

Percepción de la relación entre los actores y los representantes electos

Narrativa	Frecuencias y significación
“...según con quiénes... generalmente en la época de elecciones vienen y después desaparecen... y los buscás por algo y te toca la secretaria y nunca llegás. A no ser algunos que tienen contacto directo y sí los reciben... ”Por acá no vienen y cuando viene algún secretario o empleado le mandás cosas y por ahí te contestan... pero no es como debiera... ”Relación noooo. ”Yo tengo más posibilidades con la gente de mi partido pero la gente está muy hinchada de que los traigamos sólo cuando hay elecciones o cuando pasa algo que a ellos les interesa... al concejo no van nunca la gente... y tendría que ser de otra manera y así cambiarían muchas cosas... ”Acá vamos seguido... a buscarlos, los tenemos en el centro y los podemos ir a buscar y tenemos amigos que trabajan con ellos así que logramos que te atiendan...”	Saturación frecuencia 4

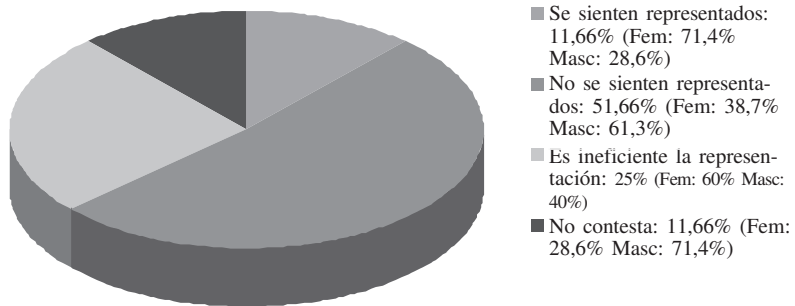
*Percepción de la relación de los
representantes hacia los actores*

Narrativa	Frecuencias y significación
“creo que ven poco...” ”...coordinan entre ellos, miran para afuera y salen cuando necesitan, pero a diferencia de otros años hay varios partidos que están trabajando todo el año, son jóvenes los chicos que están y tienen muchas ganas... lo que no aparecen es luego en las listas de los partidos...” ”...No tiene relación... a veces vienen a ver...”	Saturada

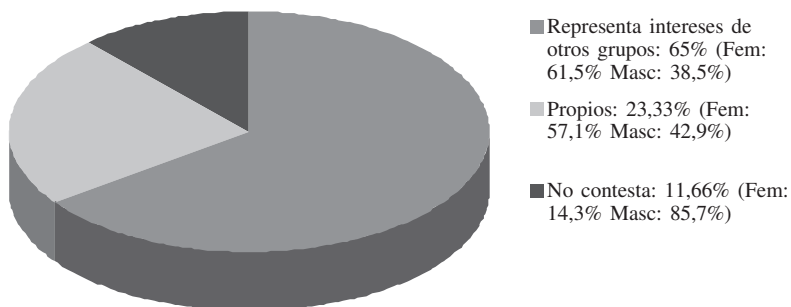
¿Cómo perciben la relación externa entre representantes?

Narrativa	Frecuencias y significación
“...No sé...” ”...Se matan pero arreglan... si no mirá cómo funciona...” ”...Mirá lo que pasa entre los que llegan hay de todo, pero ahí dentro... son todos iguales se ponen igual... Son muy pocos te puedo nombrar los que siguen igual...” ”...Entre ellos allá, se acomodan y no cambian las cosas... siguen lo mismo, recién ahora se está viendo gente nueva si no siempre son los mismos...” ”...patética.” ”...se dicen de todo, se denuncian y después todos terminan haciendo acuerdos y arreglando entre ellos y todos terminamos igual”.	Saturación frecuencia 5

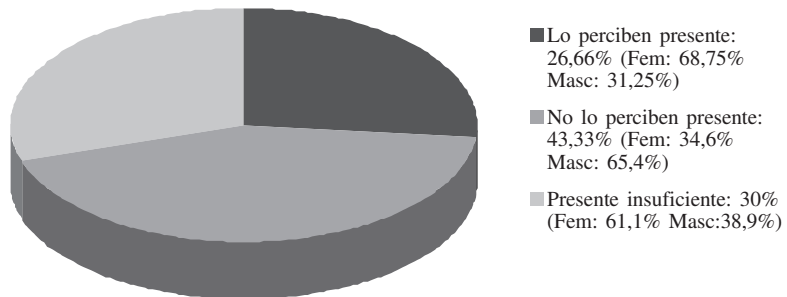
Percepción de la representación de intereses propios o grupales en el sistema democrático local



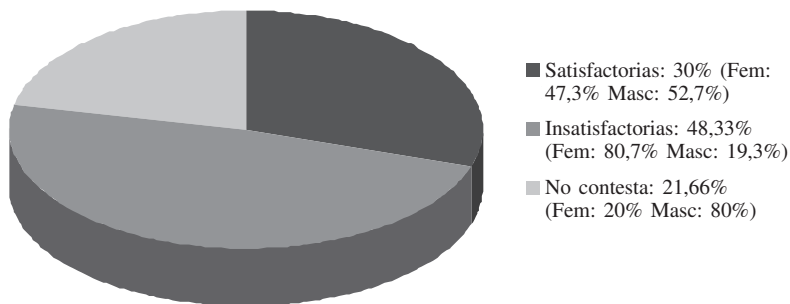
Percepción de la representación de los intereses de otros grupos en el sistema democrático local



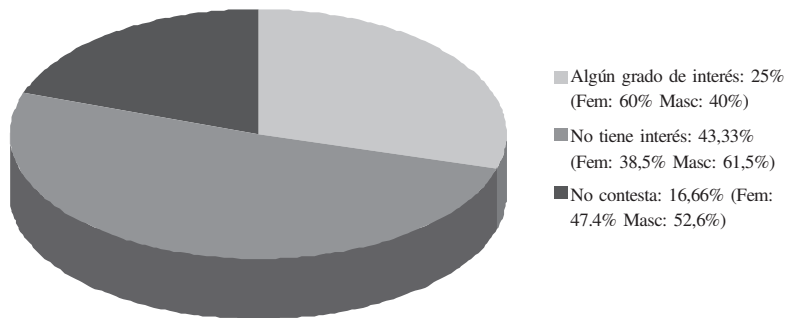
Percepción de presencia del Estado en la vida cotidiana o de sector



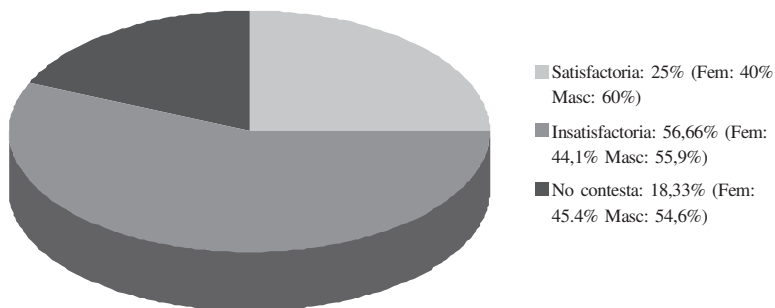
Percepción de respuestas del Estado local ante demandas



Grado interés/desinterés de participación en el Estado local



Percepción de los actores de la relación de los representantes hacia ellos



3. Bibliografía

- AGAMBEN, Giorgio, *El estado de excepción*, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2003.
- ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Seix, Barcelona, 1974.
- BAUMAN, Zygmunt, *La globalización .Consecuencias humanas*, FCE, Buenos Aires.
- CORBETTA, Juan Carlos y PIANA, Ricardo Sebastián (comps.), *Ensayos sobre la democracia contemporánea*, Universidad de La Plata, La Plata, 2009.
- CROUCH, Colin, *Posdemocracia*, Taurus, Madrid, 2004.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Nuestra América. Reinventando un paradigma subalterno de reconocimiento y redistribución*, El siglo europeo-americano (2001), en [www.lzln.org/revistachiapas/De Sousa12.html](http://www.lzln.org/revistachiapas/De_Sousa12.html). Disponible: 18-10-2007.
- GALLI, Carlo, *El malestar de la democracia*, FCE, Buenos Aires, 2013.
- GLASER, B. y STRAUSS, A., *The Discovery of Grounded Theory: strategies for qualitative research*, Aldine Publishing Company, New York, 1967 (traducción propia).
- GROSSI, María y DOS SANTOS, Mario, *La concertación social. Una perspectiva sobre instrumentos de regulación económico-social en procesos de democratización*, en *Concertación político-social y democratización*, Biblioteca de Ciencias Sociales, Clacso, Buenos Aires, 1987.
- GUEHÉNNO, Jean Marie, *El fin de la democracia*, Paidós, Buenos Aires, 1995.
- LAPORTA, Francisco, *El cansancio de la democracia*, en *Ensayos sobre la democracia contemporánea*, comp. por Juan Carlos Corbetta y Ricardo S. Piana, Edulp, La Plata, 2009.
- MARCHANT, Oliver, *El pensamiento político posfundacional. La diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*, FCE, Buenos Aires, 2009.
- MOUFFE, Chantal, *El fin de la política y el desafío del populismo de derecha*, en *El populismo como espejo de la democracia*, comp. por Francisco Panizza, FCE, Buenos Aires, 2009.
- *En torno a lo político*, FCE, Buenos Aires, 2007.
- OFFE, Claus, *Crisis e innovación de la democracia liberal: ¿Puede ser institucionalizada la deliberación?*, en *Debates y Combates*, N° 3, Año 2, Universidad de San Pablo, Tucumán, FCE, junio-julio de 2012, ps. 39 a 82.

- ROSANVALLON, Pierre, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires, 2007.
- SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio, *Más democracia, menos liberalismo*, Katz, España, 2010.
- TAYLOR, S. y BOGDAN, R., *Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados*, Paidós, Barcelona, 1987.
- TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1995.
- VALLESPÍN, Fernando, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000.
- VASILACHIS DE GIALDINO, I., *Estrategias de investigación cualitativa*, Gedisa, Barcelona, 2006.
- WHITEHEAD, Laurence, *Democratización. Teoría y experiencia*, FCE, México, 2011.

¿ES CONVENIENTE SUPRIMIR LA VICEPRESIDENCIA DE LA NACIÓN?

por RICARDO ANDRÉS FERNÁNDEZ*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes históricos nacionales. a) La Constitución Nacional de 1853. 3. El tema en la Constitución de Estados Unidos. 4. La *vicepresidencia* en el Derecho Comparado. 5. Países americanos que cuentan con *vicepresidente*. 6. La integración del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional. a) Los *vicepresidentes* que no completaron su mandato. b) Los *vicepresidentes* que ejercieron el Poder Ejecutivo nacional. c) Los *vicepresidentes* de facto. 7. El *vicepresidente* y la acefalía. a) Posibilidad de cubrir el cargo en elección separada. 8. La Ley de Acefalía 252. a) La aplicación de la ley 252. b) La ley 20.972. c) La ley 25.716. 9. Intentos de suprimir la *vicepresidencia* de la Nación. 10. Nuestra propuesta de sucesión presidencial. 11. Bibliografía general.

Resumen

Se aborda la hipótesis de la conveniencia de suprimir en una futura reforma constitucional la institución del vicepresidente de la Nación, debido a que a lo largo de nuestra historia, no estimamos satisfactorio su accionar por los continuos roces con el titular del Poder Ejecutivo, que más que una figura de recambio, en un supuesto de acefalía, ha sido un opositor, encubierto o visible, y que ocupa un lugar incierto entre el Ejecutivo, del que no forma parte, y el Legislativo, en el que sólo preside el Senado, sin ser senador ni durar el mismo período, y que no tiene voz en los debates y únicamente voto en caso de empate.

* El autor es abogado, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, profesor titular en la Facultad de Derecho, UNR.

En lo que hace a la necesidad de contar con un funcionario cierto para reemplazar al presidente de la Nación, proponemos al presidente del Senado, elegido por sus pares, como ocurre en muchos países del mundo.

Abstract

This paper analyzes the hypothesis of the convenience on suppressing the institution of the vicepresidency of the Nation in a future constitutional reform, because throughout our history, we have not considered it satisfying in its actions by the continuous friction with the head of the executive power. More than a replacement figure in a leaderless situation, has been an opponent, concealed or visible and occupies an uncertain place between the executive, of which it is not part, and the legislature, in which only presides over the Senate, without being senator, or lasting the same period, and as one who have no voice in the debates, and one who votes only in case of a tie.

In regard to the need for some certain official person to replace the President of the Nation, we propose the president of the Senate, elected by their peers, as in many countries around the world.

Palabras clave

Innecesario. Conflictivo. Ambiguo.

Keywords

Unnecessary. Conflict. Ambiguous.

1. Introducción

Los sistemas jurídicos deben ser adecuados al temperamento, carácter y tradición histórica de los pueblos, porque de lo contrario se corre el riesgo de no ser cumplidos por considerarlos inútiles o poco valiosos.

En este orden de ideas observamos que la institución del *vicepresidente de la Nación* en pocas oportunidades ha funcionado satisfactoriamente, lo que nos ha motivado a plantear la hipótesis de la conveniencia

de suprimirla al entender que no existe la identidad necesaria entre la Constitución formal y la real.

El tema ofrece un amplio campo para examinar desde la perspectiva histórica cómo la sociedad argentina ha ido desarrollando su cultura jurídica, fijando parámetros que permiten conocer el grado de inserción de sus componentes en la vida ciudadana.

La *vicepresidencia de la Nación* no fue contemplada en los cuerpos legales anteriores a la Constitución de 1853 ni tampoco en el Proyecto de Alberdi. Pese a ello las posteriores reformas la mantuvieron, dejando intacta esta institución tan devaluada en las prácticas políticas argentinas.

Los hechos producidos en julio de 2008 con el voto del *vicepresidente* en contra del Poder Ejecutivo coinciden con nuestra posición respecto de que la institución en vez de aportar al sistema, lo debilita cuando el otro integrante de la fórmula presidencial actúa separadamente y en contradicción con la política del presidente.

La pertinencia de este análisis se refuerza porque en general queda un opaco recuerdo de los *vicepresidentes* (si es que verdaderamente se tiene alguno) aun en los pocos casos en que han completado sus mandatos.

La institución *vicepresidencial* fue creada en Estados Unidos y modificada en diversas oportunidades, y la circunstancia de que allí funcione no es óbice para que en el caso argentino ocurra lo contrario, como suele suceder cuando se introducen normas sin tener en cuenta los antecedentes nacionales y la idiosincrasia del país en que se aplican.

La incorporación del pasado debe vincularse a la posibilidad de cuestionarlo, a fin de no caer en un dogmatismo tan rígido que haría innecesarios nuevos análisis, lo que conduciría a enervar todo avance científico y la Constitución Nacional, con todo el respeto que merece, no debe verse como algo pétreo e inmutable. Su interpretación va cambiando con el transcurso del tiempo y su texto requiere ser actualizado cuando queda anacrónico para regular situaciones impensadas en 1853.

Con el transcurso del tiempo el paradigma de la *vicepresidencia* como institución útil comenzó a conocer significativas excepciones,

que al multiplicarse a través de los años, cabe hoy preguntarse si no ha llegado el momento de suprimirla porque no debemos seguir repitiendo mecánicamente arcaicas disposiciones, sino analizarlas y actualizarlas a la luz de estos tiempos.

Aunque la mayoría de los constitucionalistas han estudiado a la *vicepresidencia* de la Nación sin controvertirla, lo ocurrido en el año 2008 indica que el *vicepresidente* es más un opositor (o al menos así se ve a sí mismo o lo cree la población) que un fiel compañero de fórmula del titular del Poder Ejecutivo.

En el siglo y medio que va desde 1853 a 2003 el sesenta por ciento de los presidentes argentinos ejercieron el Poder Ejecutivo sin contar con *vicepresidente*, al menos en algún momento de sus gobiernos, sin perjuicio notable para el país.

2. Antecedentes históricos nacionales

Durante la etapa hispánica el virrey de ninguna manera cumplía las funciones atribuidas por la Constitución Nacional al *vicepresidente* ni es su antecedente. Era designado y removido a su arbitrio por el rey y como su representante en América debía ser obedecido sin réplica, so pena de incurrirse en desacato al monarca a quien no suplía ni reemplazaba, sino que gobernaba en su nombre. Las facultades de nombramiento y remoción eran exclusivas de la corona, que a su vez se transmitía en forma hereditaria.

El sistema indiano no permitió la existencia de instituciones depositarias de la representación popular. Luego de 1810 se ensayaron diversas formas de gobierno hasta encontrar la que parecía más adecuada, aunque la intolerancia política demoró la organización definitiva del país por cinco décadas.

La conformación del Poder Ejecutivo fue cambiando de la colegiada a la unipersonal, previéndose siempre formas de suplencia en caso de ausencia del titular, sin la existencia de un *vicepresidente* hasta la Constitución de 1853.

Así la Primera Junta de Gobierno formada el 25 de mayo de 1810 podía cubrir por sí sola cualquier vacante que se produjera por renuncia, muerte, ausencia o enfermedad de sus miembros, mientras el Ca-

bildo de Buenos Aires quedaba facultado para remover a los vocales que faltaran a sus deberes.

En 1811 esta Junta ampliada en su composición con la incorporación de los diputados del interior, creó un Poder Ejecutivo colegiado llamado Triunvirato y se estableció que aquélla quedaría como cuerpo legislativo con el nombre de Junta Conservadora y nombraría a los miembros del Poder Ejecutivo en caso de muerte o renuncia de los mismos.

El Segundo Triunvirato, surgido de la revolución del 8 de octubre de 1812, se comprometió a convocar a una Asamblea General que, entre otros asuntos, debía dictar la Constitución y, en consecuencia, designó a una Comisión Oficial que redactó un proyecto que disponía que el Poder Ejecutivo residiría en un Directorio compuesto de tres individuos elegidos por seis años, los que no podrían ser de una misma provincia y removibles por terceras partes cada dos años y preveía la incorporación de un solo suplente, sin ninguna función gubernativa, para todos los miembros de ese Triunvirato.

Por su parte la Sociedad Patriótica presentó otro proyecto que se refería al Poder Ejecutivo unipersonal, al que denominó presidente e introdujo la novedad al disponer que debía nombrarse un *vicepresidente* para los casos en que por muerte u otra causa accidental se acabara el gobierno del presidente y que su elección sería practicada en acto continuo a la del presidente y actuaría como presidente nato del Senado.

Aparentemente ambos proyectos fueron complementados por otro, que según Ravignani “podría considerársele un texto definitivo de la Comisión antedicha, con refundiciones del de la Sociedad Patriótica”, que establecía un Poder Ejecutivo colegiado, también llamado Directorio, elegido por el cuerpo legislativo, el cual nombraría en caso de muerte, renuncia o separación de algún miembro del Directorio Ejecutivo, al que habría de sustituirlo¹.

Además hubo un cuarto proyecto, de carácter federal, cuyo autor se desconoce aunque es atribuido a Felipe Santiago Cardozo, diputado artiguista que no llegó a incorporarse a la Asamblea, que disponía que

¹ RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Peuser, Buenos Aires, 1936, t. VI, 2ª Parte, p. 613.

el Poder Ejecutivo de las Provincias Unidas estaría desempeñado por el presidente sin prever la posibilidad de su reemplazo.

La Asamblea de 1813 había dictado el Estatuto del Poder Ejecutivo delegado que confirmaba que el gobierno sería ejercido por las mismas tres personas que ya lo integraban, debiendo cesar cada uno en orden inverso a su antigüedad, cada seis meses.

La presidencia se turnaría cada mes y la Asamblea nombraría al vocal encargado de cubrir la vacante en caso de impedimento para ejercerla por más de seis días y juzgaba o removía a los miembros del Triunvirato en los casos de traición, cohecho o malversación de fondos públicos.

En 1814 la Asamblea creó el Poder Ejecutivo unipersonal, estableciendo el cargo de director supremo de las Provincias Unidas, quien duraría dos años en su cargo. En caso de muerte, renuncia o impedimento absoluto se procedería a una nueva elección. Si el impedimento era transitorio, el director supremo sería reemplazado por el presidente del Consejo de Estado que se creaba como órgano consultivo.

Disuelta la Asamblea en enero de 1815, el director supremo Carlos María de Alvear debió renunciar y el Cabildo de Buenos Aires asumió provisoriamente el poder y sin consultar a las provincias creó un Poder Ejecutivo provisorio, también llamado Directorio que duraría un año en sus funciones y una Junta de Observación que tendría funciones legislativas. En caso de impedimento transitorio por más de ocho días, la Junta de Observación y el Cabildo se harían cargo del despacho de los negocios públicos y si la acefalía era permanente, resolverían ambos organismos lo que correspondiera.

El Congreso instalado en Tucumán en 1816 designó al nuevo director supremo titular y el 3 de diciembre de 1817 dictó el Estatuto Provisorio que regiría hasta la sanción de la Constitución y que en materia del Poder Ejecutivo no innovó mayormente.

Finalmente en 1819 se sancionó la Constitución que estableció el Poder Ejecutivo a cargo de un director de Estado que sería suplido por el presidente del senado, quedando entretanto suspenso de las funciones de senador.

Fracasada esta Constitución y disueltas las autoridades nacionales en 1820, recién se formará un Congreso Constituyente en diciembre de 1824, que en febrero de 1826 dictó la ley de presidencia, encargando el Poder Ejecutivo nacional a un presidente de las Provincias Unidas del Río de la Plata y nada se estableció sobre su reemplazo, por ser materia de la próxima Constitución a sancionarse.

Sólo el diputado Vidal planteó la conveniencia de prever quién sustituiría al presidente por enfermedad, ausencia o muerte, por medio de un *vicepresidente* o por el Congreso y cuerpo de ministros, debiendo estar prevista la persona que entraría a desempeñar el cargo de Poder Ejecutivo. Según sus palabras, lo único que deseaba era “que no haya un momento en que quede el Estado sin persona que lo dirija”².

El diputado Gómez reconoció como bien fundadas las razones expuestas, pero opinó que debía dejarse la discusión para más adelante, cuando se debatiera la Constitución y fuera el momento de fijar las bases de suplir la ausencia, por un consejo o por un *vicepresidente*. En el mismo sentido se expresó el diputado Agüero, y en definitiva se suspendió la discusión hasta que Vidal presentara en términos más precisos su propuesta, cosa que finalmente no hizo³.

El texto definitivo de la Constitución estableció el Poder Ejecutivo a cargo de una sola persona bajo el título de presidente de la República Argentina y que en caso de enfermedad o ausencia, o mientras se proceda a nueva elección por su muerte, renuncia o destitución, el presidente del Senado lo suplirá y ejercerá las funciones anexas al Poder Ejecutivo; quedando entre tanto suspenso de las de senador.

Aquí se produjo un breve debate cuando el diputado Gómez aclaró que la Comisión había considerado innecesario crear el cargo de *vicepresidente* de la República y que la *vicepresidencia* podría establecerse en el presidente del Senado.

El diputado Campana opinó que podía recaer en el ministro de gobierno, pero aquél le objetó que la responsabilidad del ministerio y del gobierno quedaría en la misma persona y que él entendía que el *vicepresidente* debía ser un empleado independiente.

² RAVIGNANI, ob. cit., t. II, p. 607.

³ RAVIGNANI, ob. cit., t. II, p. 607.

El diputado Frías dijo que el presidente del Senado sólo podría suplir en una enfermedad u otro caso de poca duración, por lo que encontraba más conveniente que las mismas provincias nombrasen un *vicepresidente*.

Gómez contestó que el presidente del Senado, que debía llenar los mismos requisitos que el presidente de la República, naturalmente sería elegido teniendo en vista la consideración de que podría tener eventualmente este último destino. Puesto a votación, el artículo 72 fue sancionado tal cual como lo había redactado la Comisión por cuarenta y cinco votos contra dos⁴.

La nueva Constitución aceleró la caída del gobierno unitario, y luego de la efímera presidencia de Vicente López y Planes no existió el gobierno nacional hasta 1852. La Confederación que de hecho se formó comenzó a reglarse por el Pacto federal de 1831 que no dispuso la instalación de un Poder Ejecutivo nacional, cuyas funciones en cierto modo desempeñó Rosas, por estar encargado de las relaciones exteriores y debido al gran ascendiente que tenía sobre los gobernadores que en general respondían a sus iniciativas.

Derrocado en 1852, el 6 de abril de ese año Urquiza reunió en la residencia de Palermo a los gobernadores de Buenos Aires y de Corrientes y al representante de Santa Fe, que resolvieron designarlo para dirigir las relaciones exteriores hasta que se reuniera un Congreso nacional que establecería definitivamente a quién le competiría el ejercicio del cargo.

Dado que la reinstalación de la Comisión Representativa postergaría la convocatoria al Congreso Constituyente, Urquiza dispuso reunirse con los gobernadores en San Nicolás, donde el 31 de mayo de 1852 firmaron el Acuerdo que lo designaba como director provisorio de la Confederación Argentina y nada se estableció sobre la posibilidad de reemplazarlo.

Para interpretar las razones de la inclusión en la Constitución Nacional del cargo de *vicepresidente*, que carecía de antecedentes nacionales, analizaremos brevemente las fuentes doctrinarias y legislativas que tradicionalmente se cree que tuvieron en cuenta los convencionales de 1853.

⁴ RAVIGNANI, ob. cit., t. III, ps. 1050 y 1051.

Según la versión de Pelliza, el diputado Juan María Gutiérrez le comentó que durante las sesiones preparatorias había hojeado un ejemplar de *El Federalista* de Hamilton, pero que cuando llegó el momento de proyectar la Constitución aquel libro no estaba ya en el Congreso. Tal pérdida se consideraba irremplazable en Santa Fe, cuando llegó a manos de los diputados el libro de Alberdi: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, y Gutiérrez hizo que se solicitara a Alberdi un proyecto de Constitución, quien no tardó en enviar una segunda edición de su libro seguida del proyecto que debía servir de guía a la Comisión encargada de preparar los trabajos⁵.

Sin embargo, Ernesto Quesada, que de niño frecuentó el trato con Juan María Gutiérrez y José Benjamín Gorostiaga, amigos de su padre, ha contrariado la opinión corriente sobre la influencia de Alberdi, al sostener que Gutiérrez fue el que redactó la parte general, declaraciones y derechos y que Gorostiaga se encargó del resto y que tomaron las obras de constitucionalistas norteamericanos, franceses y suizos, entre los que se destacaba Pellegrino Rossi, de modo que contra lo que comúnmente se cree, la influencia de Alberdi fue sólo un elemento de juicio completamente secundario en la Constitución de 1853⁶.

De todas formas el proyecto de Constitución de Alberdi no contemplaba la inclusión del cargo de *vicepresidente* en el sentido actual. El artículo 81 disponía que “en caso de muerte, dimisión o inhabilidad del Presidente de la Confederación, será reemplazado por el presidente del Senado, con el título de *vicepresidente* de la Confederación, quien deberá expedir inmediatamente, en los primeros casos, las medidas conducentes a la elección de nuevo presidente, en la forma que determina el artículo anterior”⁷ que establece que el presidente es elegido por electores, siguiendo el sistema de Estados Unidos.

Es decir que el cargo no existe con anterioridad a la vacancia del presidente. Si éste completa su mandato, no se habrá conocido la

⁵ PELLIZA, Mariano, *La organización nacional, la cultura argentina*, Buenos Aires, 1923, p. 67.

⁶ QUESADA, Ernesto, *La argentinidad de la Constitución*, Lajouane, Buenos Aires, ps. 23 y 24.

⁷ ALBERDI, Juan B., *Bases*, CEAL, Buenos Aires, 1979, p. 21.

institución del *vicepresidente*. Solamente existiría por muerte o dimisión del presidente, pero únicamente para procederse inmediatamente a una nueva elección de éste, y nunca para completar el lapso presidencial.

En lo que respecta a *El Federalista*, Hamilton explicaba que “el hecho de que se nombre a una persona especial para el puesto de *vicepresidente*, ha sido objetado como superfluo si no ya perjudicial. Se sostiene que hubiera sido preferible autorizar al Senado para que eligiera dentro de sí mismo a un funcionario que ocupara ese cargo. Pero hay dos consideraciones que parecen justificar las ideas de la convención acerca del asunto. Una es que para asegurar en todo tiempo la posibilidad de una resolución definida en ese cuerpo, es necesario que el presidente tenga únicamente voto de calidad. Y sacar al senador de un Estado de su curul, para ponerlo en la del presidente del Senado, sería cambiar respecto de ese Estado un voto fijo por un voto eventual. La consideración restante consiste en que como el *vicepresidente* puede substituir ocasionalmente al presidente en la suprema magistratura ejecutiva, todas las razones que apoyan al modo de elección prescrito para uno se aplican con gran fuerza a la manera de designar al otro”⁸.

Pese a haber tenido en cuenta la doctrina de *El Federalista*, los congresales de 1824/27 no se dejaron influenciar por esa opinión y no instituyeron el cargo de *vicepresidente* en la Constitución de 1826.

Por el contrario, en el Congreso de 1852/53 es evidente que sirvió a sus integrantes para convencerlos de la bondad de los argumentos allí expuestos y volcarlos en el nuevo texto constitucional.

En junio de 1852 Pedro de Angelis, el antiguo hombre de confianza de Rosas, había publicado un proyecto de Constitución, con un presidente de la República Argentina y también con un *vicepresidente*, que lo reemplazaría en caso de muerte, destitución, impedimento físico o moral y que sería el gobernador de la Provincia de Buenos Aires.

Este proyecto según Luis R. Longhi carecía de originalidad propia y “no fue sometido a consideración de los miembros del Congre-

⁸ LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, t. IX, p. 232.

so, según se deduce de una breve referencia del secretario del cuerpo, doctor Zuviría”⁹.

Con respecto a la obra de Pellegrino Rossi, a la que Ernesto Quesada le da tanta importancia como fuente de nuestra Constitución Nacional, Longhi afirma que “corresponde dejar establecido que no existe prueba perfecta acerca de si el proyecto de Constitución elaborado por Rossi para los cantones de Suiza –Proyecto de Acta Federal del 17 de julio de 1832– fuese del conocimiento directo de los constituyentes o solamente a través de las referencias de Alberdi”¹⁰.

De todas formas, es indudable que la historia nacional determinó muchas de sus disposiciones, independientemente del conocimiento que los constituyentes tuvieran del Derecho Comparado.

En este sentido recordamos el discurso de Zuviría en la sesión del 20 de abril de 1853, cuando sostuvo que “la ciencia del legislador no está en saber los principios del Derecho Constitucional y aplicarlos sin más examen que el de su verdad teórica, sino en combinar esos mismos principios con la naturaleza y peculiaridades del país en que se han de aplicar con las circunstancias en que éste se halle, con los antecedentes y acontecimientos sobre que se deba y pueda calcular; está en saberse guardar de las teorías desmentidas por los hechos, ya sea por la falsedad de ellas, o su mala aplicación. Está también en conocer todos los elementos materiales y morales que encierra la sociedad sobre que va a legislar. Está, finalmente, en saber juzgar y combinar todas las pretensiones e intereses discordantes de los pueblos que constituyen dicha sociedad”¹¹.

En definitiva, cuando la Comisión de Asuntos Constitucionales presentó el 18 de abril de 1853 el proyecto de Constitución, manifestó que estaba “vaciado en el molde de la Constitución de Estados Unidos” según la expresión de los miembros informantes Gorostiaga y Gutiérrez, y podríamos deducir que los constituyentes conocían mejor de lo que suele creerse la Constitución norteamericana y enmendaron el proyecto

⁹ LONGHI, Luis R., *Génesis del Derecho Constitucional*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946, p. 554.

¹⁰ LONGHI, ob. cit., ps. 546 y 547.

¹¹ ZUVIRÍA, Facundo, en Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina (Sesión de 1852-1854), Imprenta del Orden, Buenos Aires, 1871, p. 110.

de Alberdi, si es que tuvo la importancia que tradicionalmente se le atribuye, o que para incluir al *vicepresidente* prescindieron deliberadamente de los antecedentes nacionales y de las Constituciones de 1819 y 1826.

a) *La Constitución Nacional de 1853*

El Congreso Constituyente sancionó en la sesión del 27 de abril el artículo 45 que disponía que “el *vicepresidente* de la Confederación será presidente del Senado, pero no tendrá voto sino en caso que haya empate en la votación”. Y por el artículo 46 se estableció que “el Senado nombrará un presidente provisorio que lo presida en caso de ausencia del *vicepresidente*, o cuando éste ejerza las funciones de presidente de la Confederación”.

El acta de esta sesión sólo registra, luego de referirse a la aprobación del artículo 44 por unanimidad de sufragios, que “igual sanción tuvieron los artículos 45 y 46”¹².

En el artículo 71 se estableció que “el Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de Presidente de la Confederación Argentina”. Y el artículo 72 preveía que “en caso de enfermedad, ausencia de la capital, muerte, renuncia o destitución del Presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el *Vicepresidente* de la Confederación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y *vicepresidente* de la Confederación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo”.

Los artículos 70 a 72 fueron aprobados por unanimidad en la sesión del 29 de abril (es la única referencia del acta)¹³.

En los artículos siguientes se instituían los requisitos para ser elegido presidente o *vicepresidente*, la duración de sus mandatos, sueldos, fórmula de juramento y la forma y tiempo de su elección.

En el artículo 73 sólo se discutió si el presidente y el *vicepresidente* debían pertenecer a la religión católica apostólica romana y resultó en

¹² RAVIGNANI, ob. cit., t. VI, p. 526.

¹³ RAVIGNANI, ob. cit., t. VI, p. 532.

segunda votación aprobado por unanimidad, al igual que los artículos del 74 al 82, todos en la sesión del 29 de abril¹⁴.

A su vez, completando la institución *vicepresidencial* se dispuso en el artículo 41 que sólo la Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar ante el Senado, entre otros funcionarios, al *vicepresidente* por delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución u otros que merezcan penas infamantes o de muerte, después de haber conocido de éstos, a petición de parte o de alguno de sus miembros y declarada haber lugar a la formación de causa por mayoría de las dos terceras partes de sus miembros.

Del análisis de la sesión del 29 de abril de 1853, surge que se sancionaron rápidamente los artículos del 65 al 90, con ligeras enmiendas y breves debates. Si bien es cierto que el proyecto de la comisión ya había sido aprobado en general el día 20 de abril, es evidente que el tiempo apremiaba para la discusión en particular porque el 30 finalizaba la labor del Congreso y los artículos referidos al *vicepresidente* de la Nación no tuvieron grandes discusiones.

En ninguna de las reformas constitucionales se objetó que el *vicepresidente* presidiera el Senado sólo durante seis años mientras que los senadores duraban nueve, con renovación por tercios cada trienio. O cuatro años según la de 1994, con mandato senatorial de seis y renovación bienal. Esto requiere que para poder desempeñar su tarea deba tejer continuas redes de lealtades entre sus miembros, que se renuevan de tal forma que podría ocurrir que el *vice* al asumir su cargo ni siquiera cuente con un tercio de senadores políticamente afines, con su consiguiente debilidad, agravada porque tampoco tiene voto en las deliberaciones, salvo caso de empate.

Las reformas de 1949 y de 1972 fueron más congruentes al igualar la duración de los mandatos de los senadores y del *vicepresidente*, aunque lo anteriormente expresado también podría ocurrir debido a que la elección directa permite, al menos en teoría, ingresar a senadores de partidos políticos diferentes del que gobierna en sus provincias.

Asimismo el argumento tantas veces esgrimido, y que Pablo Ramella resumió diciendo que “la práctica institucional ha demostrado

¹⁴ RAVIGNANI, ob. cit., t. VI, ps. 533 y 534.

la utilidad del cargo de *vicepresidente*, pues éste sucede sin solución de continuidad al presidente y se evita una nueva elección sorpresiva, fuera de las épocas regulares”¹⁵, casi nunca se ha cumplido, como lo demuestra la historia nacional.

3. El tema en la Constitución de Estados Unidos

En la Convención convocada en 1787 en Filadelfia, Pennsylvania, que redactó la Constitución definitiva, respecto de la forma de elección presidencial, el convencional Morris propuso que los Estados designasen electores, en número igual a los senadores y representantes de cada Estado, quienes reunidos en sus respectivos Estados, votarían por dos personas, una de las cuales no debía ser habitante del Estado. Las boletas se enviarían a la capital y serían escrutadas en el Senado. El que recibiere la mayoría de los votos sería elegido presidente, el que resultare segundo *vicepresidente*. Según el constitucionalista norteamericano Charles Herman Pritchett, se “creó la *vicepresidencia* en una etapa avanzada de la Convención. El despacho de la comisión de redacción había previsto en la sesión del 6 de agosto que el presidente del Senado ejercería las atribuciones y deberes del presidente en caso de remoción, muerte, renuncia o incapacidad. Dicha comisión propuso al *vicepresidente* con este fin y también lo hizo *ex officio* presidente del Senado. Esto último ocasionó un debate el 7 de setiembre. Gerry y Mason consideraron que se trataba de una mezcla inapropiada de Legislativo y Ejecutivo. Pero Sherman puso de relieve que si el *vicepresidente* no fuese presidente del Senado, se encontraría sin ocupación”¹⁶.

La Convención de Filadelfia sostuvo la conveniencia de crear el cargo permanente de *vicepresidente* que además presidía el Senado, sin que hubiera mayores debates sobre el tema.

En Estados Unidos la institución ha ido evolucionando debido a la experiencia recogida a través del tiempo. El sistema originario de elección fue modificado por la 12ª Enmienda, ratificada en 1804, que

¹⁵ RAMELLA, Pablo A., *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 743.

¹⁶ PRITCHETT, C. Hermán, *La Constitución americana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 41.

requiere que los electores voten por los cargos de presidente y *vice* separadamente, para evitar situaciones como la ocurrida en el año 1800 cuando Jefferson y Burr recibieron la misma cantidad de votos.

El mandato del presidente puede concluir por renuncia, muerte, juicio político o incapacidad y será suplido por el *vicepresidente*.

Con el tiempo, las funciones ejecutivas del *vicepresidente* aumentaron por delegación de los presidentes que en muchos casos se evitaban tediosos viajes y cansadoras jornadas para asistir a funerales de Estado o cambios de gobiernos en países poco significativos para la política exterior norteamericana.

La 20ª Enmienda, ratificada el 23 de enero de 1933, dispuso que “si en la fecha señalada [se refiere al 20 de enero] para que se inicie el período presidencial muriese el presidente electo, lo suplirá en sus funciones el *vicepresidente*. Si no se hubiere elegido presidente antes del día indicado para que se inicie su período oficial, o si el presidente electo no llenare los requisitos pertinentes, actuará en su lugar el *vicepresidente* hasta que aquél los satisfaga y en el caso de que tanto el presidente como el *vicepresidente* electos, no cumplieren con esas formalidades, el Congreso podrá declarar legalmente a quién debe investirse con el cargo de presidente, o bien la fórmula para seleccionar a la persona que debe ocupar el puesto, la cual actuará en ese carácter hasta que el presidente o el *vicepresidente* hubieren satisfecho los requisitos correspondientes”.

Por su parte, la 25ª Enmienda, ratificada el 23 de febrero de 1967, establece que en caso de destitución, muerte o renuncia del presidente, el *vicepresidente* se convertirá en presidente. Y “cuando la *vicepresidencia* quede vacante, el presidente nombrará a un *vicepresidente*, quien asumirá sus funciones una vez confirmado por el voto de la mayoría de ambas Cámaras del Congreso”.

Este sistema es más congruente con las funciones que se le asignan al *vicepresidente* y permite una mayor unidad de criterio con el Ejecutivo.

Finalmente la Constitución norteamericana establece que el Congreso declarará qué funcionario actuará como presidente, en caso de que ni el presidente ni el *vicepresidente* vivan o sean aptos para la función.

En 1792 se sancionó una ley que estableció que en primer lugar lo haría el presidente *pro tempore* del Senado y en ausencia de éste, el presidente de la Cámara de Representantes, quien en su caso llamaría a elecciones del colegio electoral para que cubriera la vacante y eligiera un nuevo presidente por un período completo de cuatro años.

Si la vacante se producía simultáneamente en la presidencia y la *vicepresidencia*, el secretario de Estado debía notificarlo a los gobernadores para que se efectuara una nueva elección, pero únicamente en caso de que esa notificación se hubiera cursado por lo menos con dos meses de anticipación al primer viernes de diciembre y dentro de los tres primeros años del término presidencial.

Esta ley, que nunca fue aplicada, se modificó en 1886, cuando el Congreso dispuso que los integrantes del gabinete del Poder Ejecutivo, comenzando por el secretario de Estado, constituyeran la línea de sucesión, después del *vicepresidente*.

El funcionario que se hiciera cargo del Ejecutivo debía comunicarlo inmediatamente al Congreso o dentro de los veinte días si éste se hallaba en receso, para que dispusiera la elección de un nuevo presidente si lo consideraba apropiado.

En 1945, al morir Franklin D. Roosevelt, el *vicepresidente* Harry S. Truman dirigió un mensaje especial al Congreso para modificar nuevamente la ley, porque entendió que no era democrático que fuera él quien designara a su sucesor, teniendo en cuenta que faltaban tres años y nueve meses para completar el período de Roosevelt.

Así se estableció que el presidente de la Cámara de Representantes (que debe renunciar a ese cargo y a su banca de representante) actuaría como presidente. En caso de que no pudiera serlo, lo hará el presidente *pro tempore* del Senado, también previa renuncia a sus cargos, y en ambos casos concluirán el período, con excepción de que la incapacidad fuere temporaria. Los ministros del gabinete siguen en la línea de sucesión únicamente hasta que se designe un presidente de la Cámara de Representantes o *pro tempore* del Senado. En todos los casos será designado como “presidente en ejercicio”.

Desde la 25ª Enmienda constitucional de 1967 se prevé que en caso de vacancia del *vicepresidente*, el presidente deberá designar a

uno, que aunque luego necesita ser confirmado por la mayoría de ambas Cámaras, supone una relación con el Poder Ejecutivo más estrecha.

Se ha visto la necesidad de delimitar con mayor precisión el marco funcional del *vicepresidente* que cada vez se inserta más en el Poder Ejecutivo debido a que en la Nación más poderosa del mundo el presidente debe tener la seguridad de que faltando su compañero de fórmula, el sucesor continuará su política, por lo que desde las últimas décadas la *vicepresidencia* participa mucho más de la estructura presidencial.

El presidente asume un rol fundamental en la designación del *vicepresidente* en caso de vacancia del cargo. Si bien necesita la ratificación del Congreso, su nombramiento lo acerca al Ejecutivo, transformándose en el segundo del presidente, lo que no se lograba en el esquema constitucional originario.

Sin embargo, en el país del Norte, la *vicepresidencia* tampoco ha escapado a su imagen negativa, y fueron notorios los cruces entre Clinton y su *vicepresidente* en ocasión del “*affaire* Mónica Lewinsky”: mientras Al Gore señaló que el presidente le había mentado y que su comportamiento había puesto en crisis al gobierno, Clinton se sintió sumamente molesto por la actitud de distanciamiento y crítica de su *vicepresidente*, considerándola un acto de ingratitud, rayano en la deslealtad¹⁷.

También es preciso destacar, a la luz de lo sucedido en nuestro país, que aunque en más de dos siglos de vida política norteamericana se produjeron alrededor de doscientos empates en el Senado, jamás el *vicepresidente* de Estados Unidos votó en contra de un proyecto del Ejecutivo, y en todos los casos en que tuvo que hacerlo siempre fue a favor del presidente.

4. La *vicepresidencia* en el Derecho Comparado

Los países del Caribe integrantes de la Commonwealth mantienen un nexo con Gran Bretaña constituido por el gobernador general que

¹⁷ Confr. diario *La Nación*, del 27-6-99, Buenos Aires, p. 4.

es la máxima autoridad y representante del monarca inglés, quien también cuenta con la facultad de removerlo o reemplazarlo y de designar a la persona que cumpliría tales funciones en ese caso.

Además poseen un Parlamento con un primer ministro como jefe de gobierno y generalmente dos cámaras legislativas, sin *vicepresidente*.

En Haití, bajo la influencia de su pasado colonial, el jefe del Estado es el presidente, que designa al primer ministro entre los miembros del partido que obtuvo la mayoría en el Parlamento y preside el Consejo de Ministros. El primer ministro es el jefe del gobierno y puede ser destituido si una de las dos cámaras del Parlamento (diputados o senadores) le retira su apoyo.

Como no hay *vicepresidente* en caso de vacancia temporaria de la presidencia ocupa el cargo el Consejo de ministros. Si la vacante es definitiva lo ocupa el presidente de la Corte de Casación o alguno de sus miembros, por orden de edad.

Por su parte Canadá mantiene el esquema de gobierno constituido por la soberana inglesa que sigue designando al gobernador general, un Parlamento compuesto por las cámaras de senadores y de los comunes, un primer ministro y el gabinete federal, pertenece a la Commonwealth británica y en realidad con todas las naciones que integran la misma forman un solo bloque político con Gran Bretaña, por lo que sus instituciones nacionales no difieren demasiado de las de ésta.

Los países de Europa de tradición monárquica (algunos transformados en repúblicas) tampoco han receptado la institución del *vicepresidente*, con excepción de Suiza, debido a que el sistema parlamentario supone la diferenciación entre el jefe del Estado y el del gobierno.

La existencia del primer ministro, como jefe de gobierno y responsable ante el Parlamento, hace innecesaria una figura preestablecida de recambio, porque el primer ministro puede ser reemplazado adelantándose las elecciones si correspondiere y así se mantiene la ejecutividad del cargo, y la ausencia del presidente en la mayoría de los casos es cubierta por el presidente del Senado.

En España, en 1873 se declaró la República, que aunque duró menos de dos años tuvo cuatro presidentes y ningún *vicepresidente*, por no haberlo instituido.

Restaurada la monarquía, desaparece en 1931 y se establece el sistema republicano, cuya Constitución tampoco contempló la *vicepresidencia*.

Cuando finalizó la guerra civil, en 1939 cesó la Segunda República y el generalísimo Francisco Franco asumió en su persona todos los poderes del Estado. Ratificado en 1947 como jefe vitalicio del Estado, en 1969 anunció, alterando la línea sucesoria del trono, que el príncipe Juan Carlos de Borbón, nieto del exrey Alfonso XIII, sería su sucesor.

A su muerte en 1975 le sucedió como jefe del Estado, a título de rey, Juan Carlos I de Borbón, con poderes casi idénticos a los del generalísimo, quien inició la transición hacia un régimen democrático y España quedó constituida formalmente en monarquía constitucional con la reforma política que culminó en 1978 con el referéndum que aprobó la nueva Constitución.

El rey es el jefe del Estado pero no del gobierno español. El gobierno se compone del presidente, de dos *vicepresidentes*, de los ministros y demás miembros que establezca la ley.

El presidente del gobierno, en caso de renuncia o muerte, no es reemplazado por el *vicepresidente*, sino que debe llamarse a elecciones generales para constituir un nuevo gobierno. En realidad el llamado “presidente” cumple todas las funciones del primer ministro de los demás países parlamentarios.

En Francia el presidente de la República es el jefe del Estado, con algunas funciones ejecutivas, existe un primer ministro pero no hay *vicepresidente*.

Por vacancia, el presidente del Senado ejerce provisionalmente todas las funciones del presidente hasta una nueva elección, pero sin derecho a recurrir al referéndum, a disolver la Asamblea Nacional o a tomar la iniciativa que permitiera una revisión de la Constitución.

En Italia, constituida en República después de la Segunda Guerra Mundial, el presidente es elegido por el Parlamento y en caso de que no pueda cumplir sus funciones, éstas serán ejercidas por el presidente

del Senado. Si el impedimento es permanente o por muerte o dimisión del presidente de la República, el presidente de la Cámara de Diputados convocará la elección del nuevo presidente dentro de los quince días siguientes.

En lo que respecta a Alemania, concluida la Primera Guerra Mundial, en 1919 se sancionó la Constitución de Weimar que organizaría al país bajo un sistema republicano y parlamentario en el que el poder político estaba en manos de un primer ministro denominado “canciller”, designado por el presidente. No existía el cargo de *vicepresidente*.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial el 12 de mayo de 1949 los gobernadores militares de las potencias aliadas de ocupación: Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, sancionaron en Bonn la “Ley Fundamental” de la República Federal alemana, pensada como una Constitución provisoria que perdería su vigencia con la reunificación alemana.

Por su parte en la zona oriental se constituyó la llamada República Democrática Alemana bajo la influencia soviética y se instituyó un gobierno socialista con un presidente, sin *vice*, hasta que en 1960 fue reemplazado por un Consejo de Estado compuesto por el presidente, seis *vicepresidentes*, otros miembros y un secretario.

Con la caída del muro de Berlín, y la posterior reunificación del país, en 1990 la Ley Fundamental de la República Federal fue ratificada como Constitución de toda Alemania, aunque con numerosas modificaciones.

Dentro del sistema republicano sigue el modelo parlamentario común a los países europeos, el jefe del Estado es el presidente federal, que tiene la representación formal de la Nación. Tampoco existe el cargo de *vicepresidente*.

En caso de impedimento o de terminación prematura del mandato, las funciones del presidente serán desempeñadas por el presidente del *Bundesrath* (consejo federal) que está compuesto por los miembros de los gobiernos regionales.

El *Bundesrath* no es una segunda cámara como el Senado argentino o el de Estados Unidos. En realidad es una institución *sui generis*: sus integrantes son elegidos por el gobierno de los *länder* (provincias)

y reemplazados inmediatamente cuando cambia aquél y tienen una limitada participación en el proceso legislativo.

El presidente del *Bundesrath* ejercerá la presidencia interinamente hasta que sea elegido un nuevo presidente, que deberá designarse en el plazo de un mes.

En el resto de Europa tampoco tienen *vicepresidente*: Portugal, Irlanda, Austria, Finlandia, Polonia, Rumania, Hungría, Letonia, Lituania, Estonia, Grecia ni Turquía.

La excepción es Suiza, en donde el Parlamento de la Confederación Helvética elige por el término de un año al presidente y al *vicepresidente*. A su vez los mandatos no pueden ser renovados por el próximo año y el presidente no puede ser elegido como *vicepresidente* al año próximo. Aunque existe el cargo de *vicepresidente* no tiene mayor relevancia dado que si falta el presidente, sólo lo suplirá hasta que sea elegido uno nuevo, pero como su cargo dura un año resultará breve el período durante el cual continuará la gestión del presidente.

5. Países americanos que cuentan con *vicepresidente*

En el grupo minoritario de países americanos que han instituido la *vicepresidencia* situamos a la República Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y Surinam.

Surinam, que estuvo en poder de los Países Bajos desde 1667 con el nombre de Guayana Holandesa, se constituyó en República independiente en 1975 y en su Constitución de 1987 instituyó un presidente y un *vicepresidente* elegidos por la Asamblea Nacional por cinco años y siguiendo el esquema tradicional de los países presidencialistas, en caso de ausencia del presidente, lo suple el *vicepresidente*.

México ensayó la *vicepresidencia* en los comienzos de su historia. La Constitución federal de 1824 consagraba el sistema presidencialista, acompañado por un *vicepresidente*. En 1836 suprimió el cargo de *vicepresidente* por considerárselo el eterno rival vencido del presidente y, por ende, su permanente adversario.

En 1857 luego de la invasión norteamericana, se sancionó una nueva

Constitución que estableció el sistema unicameral, bajo la forma de Estado federal. No hay *vicepresidente* y en el supuesto de ausencia del titular del Ejecutivo, lo sustituirá el presidente de la Corte Suprema de Justicia.

En 1917 fue promulgada otra Constitución, rígidamente presidencialista, sin instituir la figura del *vicepresidente*, como tampoco lo hizo la reforma constitucional de 1977. El caso de México da por tierra el argumento de algunos autores sobre la necesidad de la *vicepresidencia* en los Estados federales.

En Chile, ni la Constitución provisoria de 1818, ni las de 1822 y 1823, como tampoco el proyecto constitucional de 1826 establecieron la *vicepresidencia*.

Recién en la Constitución de 1828, que crea el cargo de presidente de la República, se instituye por vez primera al *vicepresidente*.

Con la Constitución de 1833 se crea un Ejecutivo fuerte, sin *vicepresidente*. En 1925 se sancionó otra Constitución que establecía la duración del Ejecutivo en seis años, también sin *vice*.

La Constitución vigente, sancionada en 1980, establece en el artículo 28 (modificado en 1989), y según el texto refundido, coordinado y sistematizado en el año 2005, que “si el presidente electo se hallare impedido para tomar posesión del cargo, asumirá, mientras tanto, con el título de *vicepresidente* de la República, el presidente del Senado, a falta de éste, el presidente de la Corte Suprema y a falta de éste, el presidente de la Cámara de Diputados. Con todo, si el impedimento del presidente electo fuere absoluto o debiere durar indefinidamente, el *vicepresidente*, en los diez días siguientes al acuerdo del Senado adoptado en conformidad al artículo 49, N° 7ª, expedirá las órdenes convenientes para que se proceda, dentro del plazo de sesenta días hábiles, a nueva elección en la forma prevista por la Constitución y la ley de elecciones. El presidente de la República así elegido asumirá sus funciones en la oportunidad que señale esa ley, y durará en el ejercicio de ellas hasta el día en que le habría correspondido cesar en el cargo al electo que no pudo asumir y cuyo impedimento hubiere motivado la nueva elección”.

Por su parte, Honduras en algunas de sus múltiples constituciones instituyó la *vicepresidencia* y en otras no.

En las constituciones de 1824, 1825, 1835 y 1848 existe un *vicepresidente*, mientras que en las de 1865, 1873 y 1880 no se prevé tal cargo.

En la Constitución de 1894 se recrea la *vicepresidencia*, mientras que en las de 1898 y 1904 se suprime. En 1908 se vuelve a la Constitución de 1894 y en la de 1921 el Poder Ejecutivo es ejercido por un Consejo Federal, que en caso de acefalía es reemplazado por el delegado del Consejo que por ley se designe.

Nuevamente se reforma la Constitución en 1924 y se vuelve a incluir al *vicepresidente*, al igual que en la de 1936. Desde la Constitución de 1939 desaparece definitivamente la institución en análisis. Las Constituciones de 1957 y 1965 no la contemplan, como tampoco la de 1982, que rige actualmente con las modificaciones efectuadas en 1999.

En Cuba, luego de la guerra entre Estados Unidos y España en 1898 la ocupación norteamericana propició la reunión de una Asamblea constituyente que sancionó la primera Constitución en 1901, que incluía al *vicepresidente*, pero al año siguiente cuando comenzó realmente a regir, se suprimió el cargo. En 1906 estalló la guerra civil y los Estados Unidos gobernaron en Cuba hasta 1909.

La Ley Constitucional del 3 de febrero de 1934 bajo la influencia de Fulgencio Batista, tampoco contempló la *vicepresidencia* aunque sí lo hizo la Constitución de 1940, también con el gobierno de Batista.

Producida la revolución que lo derrocó y asumido el poder por Fidel Castro e instaurado el comunismo, se modificó el texto constitucional en 1959 transformándolo en un sistema parlamentario con un gobierno bicéfalo, donde el jefe del Estado era el presidente de la República y el jefe del gobierno el presidente del consejo de ministros, también llamado primer ministro.

La necesidad de cubrir la vacante del jefe del Estado no estaba personalizada a priori, sino que quedaba en manos del consejo de ministros.

En 1976 fue sancionada otra Constitución que concentraba en una misma persona (Fidel Castro) la presidencia del consejo de Estado y del consejo de ministros. Introduce la figura *vicepresidencial* al establecer el Consejo de Estado, integrado por un presidente, un primer *vicepresidente*, cinco *vicepresidentes*, un secretario y veintitrés miembros más. El presidente del Consejo de Estado es jefe de Estado y jefe de gobierno.

El extenso número de *vicepresidentes*, seis en total, en las casi cinco décadas que Fidel Castro ejerció el poder absoluto, en realidad eran cargos ejecutivos. El *primer vicepresidente*, Raúl Castro, hermano menor de Fidel, también era ministro de defensa y jefe de las fuerzas armadas y cuando ante la enfermedad de éste lo reemplazó el 31 de julio de 2006, retuvo también sus otros cargos.

El 24 de febrero de 2008, debido a la renuncia formal de Fidel Castro a la presidencia, fue electo Raúl por la Asamblea Nacional, con lo que se produjo un corrimiento en las *vicepresidencias*. El 26 de junio de 2002 se dictó la Ley de Reforma Constitucional que en este tema no altera lo anteriormente expuesto.

El primer texto constitucional del Brasil de 1891 establecía que el *vicepresidente* era elegido juntamente con el presidente de la República, presidiría el Senado y lo sustituía en caso de impedimento.

Las Constituciones de 1934 y 1937 no contemplaban el cargo de *vicepresidente*. La de 1946 nuevamente introduce la figura del *vicepresidente*. En 1961 se sancionó la Enmienda Constitucional N° 4, que suprimió el cargo de *vicepresidente* y creó un sistema parlamentario. Esta enmienda fue rechazada en el plebiscito celebrado el 6 de enero de 1963, por lo que no se institucionalizó el sistema parlamentario de gobierno en Brasil.

Luego del golpe militar de 1964, en 1967 se dictó la nueva Constitución de la “República Federativa do Brasil” incorporando nuevamente la *vicepresidencia*. La actual, promulgada en 1988 y que rige con algunas enmiendas, mantiene la figura del *vicepresidente* con características especiales que lo colocan como colaborador del presidente, quien puede convocarlo para misiones especiales.

Venezuela adoptó la Constitución que Simón Bolívar le había dado

al Perú y Bolivia, al frente del Estado se encontraba un presidente vitalicio, que elegía al *vicepresidente*, quien era también su futuro sucesor. Este cargo debía confiarse a un hombre joven para tener la ventaja de que el sucesor se hubiera podido ejercitar en el gobierno durante varios años.

Sin embargo, Bolívar consiguió consagrarse a sí mismo como Jefe Supremo del Estado, con el título de Libertador Presidente y eliminó el cargo de *vicepresidente* que hasta ese momento ocupaba Santander.

El gobierno de Bolívar duró poco porque renunció en setiembre de 1830. Inmediatamente se disolvió la confederación por la que tanto había luchado y se separaron Colombia, Venezuela, Perú y Ecuador. Ese mismo año el Congreso de Valencia dictó una nueva Constitución para Venezuela.

Las Constituciones de 1864, 1947 y 1961 no incluyeron al *vicepresidente*. Sí lo hace la Constitución de la “República Bolivariana de Venezuela” de 1999.

La República Oriental del Uruguay dictó en 1830 su Constitución, que establecía un presidente de la República y que en caso de acefalía o imposibilidad de ejercer el cargo era reemplazado por el presidente del Senado.

En 1919 se dictó una nueva Constitución, que creó un Poder Ejecutivo bicéfalo a cargo del presidente de la República y del Consejo Nacional de Administración, compuesto por nueve miembros.

Luego del golpe de Estado de 1933, al año siguiente se modificó la Constitución, que introdujo al *vicepresidente*, elegido juntamente con el presidente en forma directa y presidía el Senado.

En 1936 se aprobó una ley constitucional que dispuso que el *vicepresidente* no integrara el Senado ni lo presidiera. Producido el golpe de Estado de 1942 se le devolvieron al *vicepresidente* sus funciones en el Senado.

El sistema colegiado de gobierno siempre despertó gran interés en el Uruguay y así en 1952 se volvió a modificar la Constitución estableciendo un Poder Ejecutivo ejercido por el Consejo Nacional de Gobierno compuesto por nueve miembros, correspondiéndole seis cargos a la mayoría y tres a la primera minoría.

En 1967 se dictó la nueva Constitución, que las fuerzas armadas mantuvieron suspendida hasta el 1º de marzo de 1985.

Esta Constitución establece que el Senado, compuesto por treinta miembros, es presidido por el *vicepresidente*, con voz y voto.

El *vicepresidente*, en casos de vacancia definitiva de la Presidencia, deberá completarla hasta la finalización del mandato. Desempeña la Presidencia de la Asamblea Legislativa y de la Cámara de Senadores. Es elegido juntamente con el presidente en forma directa por el Cuerpo Electoral, por simple mayoría, con sistema de doble vuelta simultánea.

La situación en el resto de los países hispanoamericanos no es uniforme. Tienen un *vicepresidente* Bolivia, Colombia, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay y la República Dominicana.

Costa Rica y Panamá han instituido dos *vicepresidentes*, como también lo disponía la Constitución de Perú de 1979.

En Colombia el presidente le confía misiones o encargos especiales y puede designarlo en cualquier cargo de la rama ejecutiva. En la República Dominicana preside el Senado y eventualmente reemplaza al presidente.

En Ecuador cuando no reemplaza al presidente ejerce las funciones que éste le asigna, en El Salvador sólo sustituye al presidente, en Guatemala coordina la labor ministerial participando en las deliberaciones del Consejo de Ministros y es el representante del presidente y colabora con él en la fijación de la política de Estado.

En Nicaragua desempeña las funciones que le delega el presidente y en Paraguay representa al presidente y coordina las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Reemplaza al presidente, pero si ocupare definitivamente el Poder Ejecutivo durante los dos últimos años del mandato, ambas Cámaras eligen a su reemplazante.

6. La integración del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional

Pese a la confusión que podría darse por la integración de una fórmula presidencial, la Constitución Nacional en su artículo 87 establece que “El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de «Presidente de la Nación Argentina» y

siguiendo el modelo norteamericano, el *vicepresidente* está incluido en esta sección correspondiente al Poder Ejecutivo, aunque éste es un cargo y una función unipersonal.

El *vicepresidente* no integra el Poder Ejecutivo, aunque en apariencia, está conformado por una “fórmula” compuesta por el presidente y el *vicepresidente* de la Nación.

La Constitución Nacional regula el cargo de *vicepresidente* juntamente con el de presidente, por lo que no hay normas claras acerca de dónde debe ubicarse jurídicamente al *vice*. Rigen las mismas en lo que hace a los requisitos para ser elegido, duración en sus funciones, posibilidad de reelección, retribución y juramento al tomar posesión del cargo. Pero el artículo 87 lo excluye totalmente del Poder Ejecutivo, que será desempeñado por un solo ciudadano, sin posibilidad de compartirlo con su *vicepresidente*.

Los principales tratadistas de fines del siglo XIX y gran parte del XX trataron la ubicación del *vicepresidente* con un cerrado dogmatismo. Para ellos la letra de la Constitución era clara: si establecía ese cargo sería necesario, y se apoyaban en la doctrina y antecedentes norteamericanos de la época.

Así, Manuel Augusto Montes de Oca sostenía que al *vicepresidente* se “lo supone un ciudadano de grande estatura moral, de grande experiencia política, de vastos conocimientos, porque si así no fuera, el pueblo de la Nación no lo hubiera hecho presidente eventual”. Y reproducía la conocida opinión de Story referida a que al presidir el Senado no le quitaba un asiento a ninguna provincia. Ardoroso defensor de la institución *vicepresidencial*, Montes de Oca refutó al constitucionalista francés Boutmy, quien por la misma época sostenía que el *vicepresidente*, al que denominaba dignatario parásito, era una traba para el presidente nombrado junto con él y de quien se constituía en un obstáculo para su gestión¹⁸.

Obviamente no conoció a ignotos *vicepresidentes* de los siglos siguientes que justamente fueron ungidos por sus carencias personales para que no empalidecieran al presidente al que acompañaban.

¹⁸ Confr.: MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2ª ed., La Facultad, Buenos Aires, 1926, ps. 402 y ss.

El expresidente Carlos Menem tampoco comparte la idea de la existencia de la *vicepresidencia*, según sostuvo en un artículo publicado en el diario *La Nación* de Buenos Aires en el que propuso la eliminación de la figura del *vicepresidente* por carecer, a su juicio, de utilidad efectiva, dado que la “historia argentina es suficientemente ilustrativa de la sucesión de deslealtades, desconfianzas (ante la eventualidad de una traición), desinteligencias y discontinuidad de políticas pragmáticas y programáticas en un ente concebido para funcionar sólo como eventual sustituto para situaciones de verdaderas y profundas crisis institucionales”¹⁹.

Entendemos que las palabras de quien gobernó durante diez años y cinco meses ininterrumpidamente el país, y vivió la experiencia de ejercer el poder con *vice* y sin él, tienen peso suficiente para ilustrar el tema.

a) *Los “vicepresidentes” que no completaron su mandato*

Tres *vicepresidentes* fallecieron en ejercicio de su cargo: Marcos Paz, Pelagio Luna y Hortensio Quijano. Dos fueron electos y no llegaron a asumir porque murieron antes: Francisco Beiró y Hortensio Quijano en su segundo mandato, y cuatro renunciaron antes de finalizar sus respectivos períodos: Juan Esteban Pedernera, Alejandro Gómez, Eduardo Duhalde y Carlos Álvarez. Además dos *vicepresidentes* renunciaron juntamente con el presidente: Vicente Solano Lima y Víctor Martínez. Otros dos en ejercicio definitivo del Ejecutivo fueron destituidos por un golpe militar: Ramón S. Castillo y María Estela Martínez de Perón, y uno, Enrique Martínez, en ejercicio provisorio también fue derrocado por las fuerzas armadas.

b) *Los “vicepresidentes” que ejercieron el Poder Ejecutivo nacional*

Desde la jura de la Constitución de 1853 el primer presidente que renunció fue Santiago Derqui el 6 de noviembre de 1861 y se hizo cargo del Ejecutivo el *vicepresidente* Juan E. Pedernera, que renunció el 12 de diciembre del mismo año, disolviendo también el Congreso nacional.

¹⁹ MENEM, Carlos, *Acerca de una futura reforma constitucional*, en *La Nación*, del 8-3-2001, Buenos Aires, p. 11.

Ya formada la Nación Argentina el presidente Mitre fue sustituido temporariamente por el *vicepresidente* Marcos Paz, hasta que el fallecimiento de éste determinó el regreso de Mitre desde los campos de batalla del Paraguay.

El 6 de agosto de 1890 asumió el *vicepresidente* Carlos Pellegrini hasta completar el período por renuncia del presidente Miguel Juárez Celman. No sólo cambió el gabinete sino que se diferenció de su antecesor, aun siendo un hombre del *Régimen*.

El 22 de enero de 1895 ocupó el Ejecutivo el *vicepresidente* José Evaristo Uriburu ante la renuncia de Luis Sáenz Peña. Poco pudo hacer debido a estar gravemente enfermo, lo que le obligaba a pedir extensas licencias, siendo reemplazado por el presidente provisional del Senado.

Y el 12 de marzo de 1906 por fallecimiento del presidente Manuel Quintana se hizo cargo el *vicepresidente* José Figueroa Alcorta. Resentido con Quintana porque no había querido negociar con los secuestradores del *vicepresidente* en la revolución radical de 1905, apenas asumió cambió el gabinete.

Por su parte al morir Roque Sáenz Peña, el 9 de agosto de 1914 asumió su *vice* Victorino de la Plaza, de quien se sospechaba que derogarí la ley electoral por no conformarlo, aunque no fue así.

Hipólito Yrigoyen en su primera presidencia (1916-1922) gobernó sin *vicepresidente* desde el 25 de junio de 1919 por fallecimiento de Pelagio Luna y en la segunda (1928-1930), antes de que el Congreso verificara el escrutinio y lo proclamara como *vicepresidente*, falleció el electo Francisco Beiró y el colegio electoral volvió a reunirse y designó a Enrique Martínez, a quien luego se le atribuyó responsabilidad por el golpe de Estado, atribuyéndosele no sólo incapacidad sino complicidad.

La postulación del general Agustín P. Justo a la presidencia en 1932 tuvo la particularidad de ser acompañada por dos candidatos a *vicepresidente*: Julio Argentino Roca (h) y José Nicolás Matienzo, triunfando el primero en comicios fraudulentos.

El presidente Roberto M. Ortiz, debido a la enfermedad que lo aquejaba, en 1940 tuvo que delegar el mando provisoriamente en el

vicepresidente Ramón Castillo, y en forma definitiva el 24 de junio de 1942. Castillo no compartía las políticas del presidente y en cuanto pudo las contrarió reinstalando el fraude, la corrupción y una política exterior favorable al Ejecutivo.

Finalizado el primer mandato de Perón, y habiendo triunfado la misma fórmula en la reelección, el *vicepresidente* Hortensio Quijano falleció el 3 de abril de 1952 antes de asumir su cargo.

Dos años después se llamó a elecciones para cubrir la vacante y ésta fue la única vez que se efectuó una elección separada para *vicepresidente* de la Nación, en la que resultó electo el 25 de abril de 1954 el contraalmirante Alberto Teissaire.

Derrocado Perón, su *vice* fue presentado como desleal en una declaración que los golpistas entregaron a la prensa en la que presuntamente sostenía que la conducta del líder había sido vergonzosa.

A pocos meses de asumir Arturo Frondizi, el *vicepresidente* Alejandro Gómez renunció el 19 de noviembre de 1958, por no estar de acuerdo con el giro político dado por el presidente respecto a las leyes de asociaciones profesionales, de enseñanza libre y de exploración y explotación petrolífera por empresas extranjeras.

Destituído Frondizi se hizo cargo el presidente provisional del Senado doctor José María Guido hasta las elecciones de 1963, invocando erróneamente la Ley de Acefalía 252 aunque aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los militares golpistas.

El 13 de julio de 1973, ante la renuncia del presidente y del *vicepresidente* de la Nación, doctores Héctor José Cámpora y Vicente Solano Lima, asumió el Poder Ejecutivo el presidente de la Cámara de Diputados Raúl Lastiri, quien en virtud de la Ley de Acefalía llamó a elecciones.

Al año siguiente, cuando el 1º de julio de 1974 falleció el presidente Juan Domingo Perón, asumió la *vicepresidente* y también su viuda, María Estela Martínez, quien fue derrocada el 24 de marzo de 1976 por una nueva junta militar.

Concluido el “Proceso de reorganización nacional”, el 10 de diciembre de 1983 asumieron la presidencia de la Nación el doctor Raúl

Alfonsín y la *vicepresidencia* el doctor Víctor Martínez. Aunque no fue comprobado, se le atribuyó al *vice* oposición a la política presidencial.

El 8 de julio de 1989, ambos renunciaron a sus cargos y asumió el presidente electo Carlos Saúl Menem juntamente con el *vicepresidente* Eduardo Alberto Duhalde, quien renunció a sus funciones a partir del 10 de diciembre de 1991 por haber sido elegido como gobernador de la Provincia de Buenos Aires y la *vicepresidencia* quedó sin cubrir.

El 10 de diciembre de 1999 asumieron Fernando de la Rúa y Carlos “Chacho” Álvarez. Al poco tiempo de iniciada la gestión, su relación se deterioró a tal punto que culminó con la renuncia del *vicepresidente* el 6 de octubre de 2000 y cuando el presidente Fernando de la Rúa hizo lo mismo el 21 de diciembre de 2001, el gobernador de la Provincia de San Luis, Adolfo Rodríguez Saá lo suplantó en virtud de la Ley de Acefalía 20.972. Fue elegido por la Asamblea Legislativa sin *vicepresidente*, al igual que cuando presentó su renuncia a los pocos días y la nueva Asamblea Legislativa designó el 2 de enero de 2002 al senador por la Provincia de Buenos Aires Eduardo Alberto Duhalde, quien debería completar el período que dejaron vacante De la Rúa y Rodríguez Saá hasta el 10 de diciembre de 2003, también sin *vicepresidente*, aunque luego presentó su renuncia anticipada para dejar el cargo el 25 de mayo de 2003.

Pese a que faltaban dos años para concluir el mandato presidencial, no se mencionó en ningún momento la necesidad de cubrir la *vicepresidencia*.

Asumida la presidencia y *vicepresidencia* por Néstor Kirchner y Daniel Scioli, respectivamente, anticipadamente en virtud de la Ley de Acefalía 25.716, los desencuentros entre ambos fueron notorios.

c) Los “vicepresidentes” de facto

Cuando Bartolomé Mitre fue encargado del Poder Ejecutivo nacional por parte de las provincias en abril de 1862, careció de *vicepresidente* hasta ser designado presidente constitucional con Marcos Paz como *vice* para el período comprendido entre el 12 de octubre de 1862 y el 12 de octubre de 1868.

Pero producido el primer golpe de Estado del siglo XX en 1930 apareció una institución hasta entonces desconocida, la *vicepresidencia* de facto. El general Uriburu designó para tal cargo a Enrique Santamarina, que renunció el 23 de octubre del mismo año, disponiéndose que por delegación o acefalía de las funciones ejecutivas, se haría cargo el ministro del Interior, lo que en rigor significó la supresión del cargo.

En el golpe de 1943 se volvió a cubrir la *vicepresidencia* de facto, al designarse para tal cargo al contraalmirante Sabá H. Sueyro, quien murió el 17 de julio de ese año y fue reemplazado recién el 14 de octubre por el general Edelmiro J. Farrell.

A su vez, cuando éste ocupó la presidencia el 10 de marzo de 1944, dos meses después lo reemplazó como *vicepresidente* Juan Domingo Perón, quien retuvo sus cargos de ministro de Guerra y secretario de Trabajo y Previsión.

Conociendo la actuación de Perón en el ámbito de las relaciones obreras, como su inquietud por aumentar su poder entre los miembros de las fuerzas armadas, esta acumulación de cargos nos da la idea de que sus funciones como *vicepresidente* no le insumirían mucho tiempo o no tendrían mayor importancia. En realidad, la única actuación efectiva en su rol de *vicepresidente* la ejerció en agosto de 1945, en ocasión del viaje de Farrell al Paraguay, y cuando debió renunciar el 9 de octubre de 1945 el cargo fue ocupado por el general Juan Pistarini.

Producido el golpe de 1955 las fuerzas armadas designaron al contralmirante Isaac Francisco Rojas como *vicepresidente* para acompañar al general Lonardi, y cuando éste fue reemplazado por el general Aramburu, se mantuvo en el cargo hasta que ambos entregaron el gobierno al doctor Frondizi el 1º de mayo de 1958.

Fue el único caso de un *vicepresidente* militar “fuerte”, porque aun dentro del régimen de facto este cargo no tuvo relevancia, al mejor estilo de los *vicepresidentes* civiles. Sin embargo, en el sistema iniciado en setiembre de 1955, el *vicepresidente* Rojas no sólo subsistió sino que colaboró con el derrocamiento de Lonardi, y acompañó a Aramburu en el gobierno siguiente, refrendando las decisiones de mayor importancia que debían tomarse en conjunto, porque el *vicepresidente* cum-

plía un rol similar al de los ministros en el sistema constitucional, en el que el refrendo de los actos del Ejecutivo es imprescindible para su validez.

El golpe de Estado del 28 de junio de 1966 tuvo connotaciones distintas de los anteriores. La Junta de Comandantes en Jefe, atribuyéndose el ejercicio del poder constituyente, otorgó la presidencia de la Nación al general Juan Carlos Onganía, con todas las facultades legislativas que corresponden al Congreso.

En cuanto al supuesto de acefalía, en caso de ausencia del país del presidente, el Poder Ejecutivo sería ejercido por el ministro del Interior. Para el caso de incapacidad, remoción o muerte del presidente, su sucesor era designado de común acuerdo por los comandantes en jefe de las fuerzas armadas y cuando las propias fuerzas armadas depusieron a Onganía, sus sucesores Levingston y Lanusse tampoco fueron acompañados por un *vicepresidente*.

Iniciado el 24 de marzo de 1976 el último régimen de facto, el esquema político anterior volvió a repetirse. La sustitución temporaria por parte del ministro del Interior fue suficiente y adecuada para el sistema, que otorgaba a la junta militar la potestad de nombrar o remover al presidente y reemplazarlo cuando las circunstancias lo aconsejaran.

Dado que la existencia de este tipo de gobierno presupone la disolución del Poder Legislativo y su concentración en el Ejecutivo, el *vice*, cuya única actuación estando en funciones el presidente consiste en presidir el Senado o reemplazarlo por pocos días si se ausentara del país, en los regímenes militares solamente se transforma en una figura decorativa sin posibilidad de ejercer rol alguno, salvo el caso excepcional del gobierno de la “revolución libertadora” ya mencionado.

Y el paso del tiempo demostró su inutilidad porque aun dentro de este tipo de gobiernos también se produjeron roces y desinteligencias entre presidente y *vice*, como en el caso de Ramírez y Farrell o de Lonardi y Rojas, y probablemente por ello los gobiernos de facto de 1966 y de 1976 no incluyeron al *vicepresidente* entre los cargos a cubrir.

7. El vicepresidente y la acefalía

El artículo 88 de la CN dispone que “En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el *vicepresidente* de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y *vicepresidente* de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo”.

Pueden plantearse tres situaciones posibles de acefalía. La del presidente, la del *vicepresidente* o ambas.

El segundo supuesto puede ocurrir porque el *vicepresidente* haya asumido el Ejecutivo por las causales previstas en la CN o porque el cargo quedara vacante por destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del propio *vicepresidente*.

En este caso la acefalía será doble y el Congreso deberá determinar qué funcionario público desempeñará la presidencia hasta que haya cesado la causa de inhabilidad o que un nuevo presidente sea electo.

La vacancia del Poder Ejecutivo puede ser transitoria o definitiva. En ambos casos se aplica la Ley de Acefalía, con la diferencia de que en el primer supuesto, removido el obstáculo que impedía al presidente o al *vicepresidente* ocupar el Ejecutivo, vuelve a su cargo, mientras que en el segundo se procede conforme a lo que dispone dicha ley.

a) Posibilidad de cubrir el cargo en elección separada

La Constitución Nacional nada dice respecto del supuesto de que quedara vacante la *vicepresidencia* por alguno de los motivos expuestos.

La cuestión tiene gran trascendencia, porque si como sostenemos es una institución innecesaria, no cabría plantearse qué solución corresponde ante el silencio de la Constitución. Sin embargo, ante cada caso en que ha ocurrido la acefalía de la *vicepresidencia*, a nivel doctrinario se han sustentado diversas opiniones, casi siempre en el sentido de que debe cubrirse el cargo, quedando sólo como ejercicio intelectual porque la realidad histórico-política demuestra que nunca se hizo, con excepción de 1954.

8. La Ley de Acefalía 252

La sanción de la Ley de Acefalía fue tachada de inconstitucional por algunos autores que entendieron que el Congreso no debió dictar una ley de carácter general sino en cada caso determinar qué funcionario se haría cargo del gobierno.

Sin embargo, como bien sostiene Vanossi, “la Ley de Acefalía 252 fue constitucional por cuanto el artículo 88 de la Constitución Nacional, encierra un marco de posibilidades que es susceptible de interpretación y de definición por la autoridad de aplicación, que es el Congreso nacional” y “la solución dada al problema por el Congreso al dictar la citada ley 252 escapa a cualquier posibilidad de control judicial de constitucionalidad. Esta afirmación ha quedado demostrada en todas las ocasiones en que ha tenido lugar la aplicación de esta ley. Por lo tanto, el sistema de la ley 252 no puede atacarse desde el punto de vista constitucional, sólo cabe discutir el acierto o la conveniencia de las previsiones contenidas en ella (por ejemplo, el orden de prelación establecido)”²⁰.

Y fue criterioso haber preestablecido un orden sucesorio en caso de vacancia presidencial, por lo que se debería prestar mayor atención sobre la persona en quien habrá de recaer la tarea de conducir los cuerpos a los que se refiere la ley, dado que será un presidente potencial del país.

a) *La aplicación de la ley 252*

Cuando en 1962 fue derrocado por un golpe militar el presidente Arturo Frondizi, pese a la aceptación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a lo que algunos pocos autores han sostenido, el gobierno del doctor Guido no surgió por aplicación de la Ley de Acefalía 252.

La Corte, como último intérprete de la Constitución Nacional, debió analizar si se daban los supuestos previstos en ésta, para convalidar los actos posteriores. Solamente con la renuncia de Frondizi o con el acta de su destitución por parte del Senado (única posibilidad legal

²⁰ VANOSSI, Jorge R. A., *Ley de Acefalía: un tema de actualidad*, en *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, N° 180, Buenos Aires, 2001, p. 16.

de destitución del presidente) a la vista, la Corte podría haber procedido a tomar juramento a Guido en los términos de la ley 252.

Al no hacerlo así y adoptar la fácil posición de presumir que porque Guido era el presidente del Senado y faltaba el titular del Ejecutivo y el *vicepresidente*, automáticamente se cumplía con la Ley de Acefalía, la Corte Suprema de Justicia, como ya lo había hecho en 1930, volvió a convalidar un nuevo golpe de Estado, con el inconsistente argumento de que se preservaba la legalidad constitucional, cuando realmente había ocurrido lo contrario. Aun admitiendo por vía de hipótesis que la CN no se refiriera únicamente a la destitución a través del juicio político, sino a la que se produjera por cualquier otra causa (como el golpe militar de 1962), el gobierno de Guido ni cumplió con el artículo 3° de la ley 252, que disponía que a los treinta días siguientes a su instalación debía convocar al pueblo de la República a nueva elección de presidente y *vicepresidente*, ni permitió la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso nacional, que en definitiva fue disuelto el 6 de setiembre de 1962.

La ley 252 fue aplicada correctamente sólo en el año 1973, cuando el presidente Héctor José Cámpora y el *vicepresidente* Vicente Solano Lima presentaron conjuntamente sus renunciaciones al Congreso, las que fueron rápidamente aceptadas por la asamblea legislativa.

El sucesor natural doctor Alejandro Díaz Bialek en su calidad de presidente *pro tempore* del Senado no pudo asumir porque días antes había sido comisionado para representar a nuestro país en la Cumbre del Movimiento de Países No Alineados que se celebraría en Argelia.

En consecuencia, asumió el Poder Ejecutivo el presidente de la Cámara de Diputados Raúl Lastiri, quien conforme a lo dispuesto por la Ley de Acefalía convocó a elecciones para elegir presidente y *vicepresidente* de la Nación para el día 23 de setiembre de 1973.

b) *La ley 20.972*

Esta ley se aplicaba en los casos en que faltaren el presidente y el *vicepresidente* de la Nación y pese a que se dictó en 1975, en el contexto histórico de ausencia de *vice*, no previó que se cubriera ese cargo si la vacante era definitiva.

c) *La ley 25.716*

Sancionada a fines de 2002 y promulgada el 7 de enero de 2003, modifica la anterior y dispone que por acefalía del presidente y del *vicepresidente*, si ya estuvieran electos ambos funcionarios, éstos asumirán los cargos vacantes.

9. Intentos de suprimir la *vicepresidencia* de la Nación

Reencauzado el sistema democrático a fines de 1983, el gobierno del doctor Alfonsín intentó reformar la Constitución Nacional para limitar el presidencialismo, virando hacia un régimen semiparlamentario. En 1985 fue creado el Consejo para la Consolidación de la Democracia que al año siguiente presentó un dictamen recomendando al Poder Ejecutivo que pusiera en marcha los mecanismos legales para la reforma de la Constitución, puntualizando los temas de la misma y sugiriendo en cada caso la modificación a introducir.

En lo que hace al tema de la *vicepresidencia* de la Nación propuso que la presidencia del Senado estuviera a cargo de un senador, suprimiendo el cargo de *vicepresidente*, con la siguiente redacción: “El Senado nombrará un presidente, un vicepresidente primero y un vicepresidente segundo de su seno, los que durarán dos años en sus funciones no pudiendo ser reelegibles. El presidente o quien lo sustituye momentáneamente en la presidencia tendrá doble voto en caso de que haya empate en la votación”, y que en “caso de temporaria enfermedad o ausencia del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el presidente del Senado, o quien ocupe en ese momento la presidencia y en el orden establecido. En caso de destitución, muerte, dimisión, inhabilidad del presidente de la Nación, asumirá sus funciones el actuante presidente del Senado, el que convocará a elecciones, las que deberán realizarse en el plazo de noventa días. Para los casos no contemplados por esta Constitución el Congreso nacional sancionará una ley que establezca la sucesión presidencial”²¹.

²¹ Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Dictamen preliminar sobre la Reforma Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, ps. 132 y 134.

La Unión Cívica Radical y el justicialismo convinieron en el sistema propuesto, pero el triunfo de Carlos Saúl Menem en las elecciones internas del Partido Justicialista enfrió el entusiasmo, sobre todo por la inclusión del primer ministro, del que no era partidario.

10. Nuestra propuesta de sucesión presidencial

De acuerdo a lo expuesto en el sentido de que debiera suprimirse el cargo de *vicepresidente* de la Nación, explicamos la forma en que podría efectuarse la sucesión presidencial, en caso de ser necesaria.

La institución *vicepresidencial* dentro del ordenamiento constitucional no sólo confunde a los profanos, sino en muchos casos también a los expertos.

Etimológicamente *vice* es el prefijo que significa que la persona de quien se habla hace las veces de la expresada por la segunda parte del compuesto.

Si tenemos en cuenta las funciones del vicepresidente del directorio de una empresa, éste forma parte del órgano ejecutivo y reemplaza al presidente en los casos previstos por los estatutos o por la ley de creación si es un ente estatal. Integra el órgano ejecutivo y muchas veces está habilitado a firmar, indistinta o juntamente con aquél, la documentación necesaria para la marcha de los establecimientos citados.

En el mismo orden de ideas, el vicedirector de una escuela asiste al director o lo sustituye cuando corresponde. Es el segundo del director, quien es su superior jerárquico.

El *vicepresidente* de la Nación no depende del Ejecutivo, ni lo comparte, ni es su inferior jerárquico. Estando en ejercicio el presidente, no tiene ninguna función dentro del Poder Ejecutivo. Debe permanecer en el Senado, presidiéndolo con las limitaciones analizadas, porque tampoco es senador.

Dado que el mandato del *vicepresidente de la Nación* se extiende a cuatro años y el de los senadores a seis, cuando el nuevo *vicepresidente* asume su cargo, dos tercios de los senadores ya conocen perfectamente los mecanismos de la Cámara, han tejido alianzas entre ellos, han designado personal en la misma y el *vicepresidente* deberá encontrarse con estos hechos consumados, lo que mengua aún más su poder.

En nuestra opinión, el Senado debiera ser presidido por uno de sus integrantes, con renovación anual como es de práctica en la Argentina. Dirigiría los debates, votaría en las cuestiones sometidas a la resolución de la Cámara y en caso de empate, su voto decidiría el resultado.

En este caso no cabría ningún reproche si el presidente del Senado votara en contra de un proyecto del Poder Ejecutivo, porque no habría sido elegido juntamente con aquél. No se podría alegar traición de su parte hacia su compañero de fórmula, porque simplemente no existiría tal fórmula. Ni se denominaría *vicepresidente* ni estaría atado al presidente de la Nación, y no le debería más lealtad que la normal como corresponde entre los funcionarios de alto rango del país.

Quien presidiera el Senado integraría el cuerpo durante el mismo período y con la misma forma de elección que determina la Constitución Nacional para los senadores y sería elegido por sus propios pares.

Proponemos cubrir la acefalía presidencial temporaria por el presidente del Senado. Si fuera permanente, el presidente del Senado debería llamar a elecciones dentro de los treinta días de producida la vacante definitiva. Los comicios se efectuarían dentro de los sesenta días posteriores y la entrega del poder se haría a los treinta días de aquéllos, o de cuarenta y cinco en el supuesto de doble vuelta.

Mientras el presidente del Senado se encontrara a cargo del Poder Ejecutivo, el cuerpo sería presidido por el presidente segundo, que no podría pertenecer a la misma provincia que aquél representare.

Este corto período a cargo del Ejecutivo no interferiría mayormente en las funciones normales de la Cámara alta y evitaría muchos de los conflictos que ha sufrido nuestro país en tantas oportunidades.

Para cubrir la acefalía también debería preverse que ante la ausencia del presidente del Senado, se hiciera cargo del Poder Ejecutivo nacional el presidente de la Cámara de Diputados y si faltare éste, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, tal como ocurre en la actualidad.

Esta propuesta se justifica porque al ser reemplazado por el presidente de la Cámara de Diputados, se cumpliría el objetivo de suplir

al presidente de la Nación por otro funcionario ya designado de antemano, de suficiente rango y representante del pueblo, y por último si se produjera el supuesto de que tampoco pudiera asumir éste, la vacante sería cubierta por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyo nombramiento en definitiva deriva de una elección de segundo grado, puesto que los ministros del alto tribunal son designados por el Ejecutivo con acuerdo del Senado y, a su vez, ellos eligen a su propio presidente.

De tal manera, se mantendría la división de poderes tan difundida por el liberalismo decimonónico y se volvería al espíritu original de la Ley de Acefalía, más acorde con la Constitución.

Simultáneamente se respetaría la tradición histórica del país y se simplificaría el sistema presidencial, acentuando la división de poderes y previéndose su reemplazo por los miembros propios del Poder Legislativo, y eventualmente del Poder Judicial, que son las máximas autoridades de la Nación.

11. Bibliografía general

- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1979.
- ALFONSÍN, Raúl R., *Pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.
- ÁLVAREZ, Carlos y MORALES SOLÁ, Joaquín, *Sin excusas*, Sudamericana-La Nación, Buenos Aires, 2002.
- Asambleas Constituyentes Argentinas*, seleccionadas, coordinadas y anotadas por Emilio Ravignani, Peuser, Buenos Aires, 1936/1939, ts. II, III y VI.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1992, t. II.
- BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. IV.
- BIELSA, Rafael, *Régimen de facto y Ley de Acefalía*, Depalma, Buenos Aires, 1963.
- BRENTSWISHER, Carl, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, t. II.

- BRYCE, James, *The American Commonwealth*, MacMillan and Co., Edinburgh, 1889.
- BURKE, John P., *The Institutional Presidency*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1992.
- CASTRO, Nelson, *La sorprendente historia de los vicepresidentes argentinos*, Vergara, Buenos Aires, 2009.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Eudeba, Buenos Aires, 1988.
- DELEIS, Mónica; DE TITTO, Ricardo y ARGUINDEGUY, Diego, *Los presidentes argentinos del siglo XX*, Aguilar, Buenos Aires, 2000.
- DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- GÓMEZ, Alejandro, *Un siglo... una vida. De la soberanía a la dependencia*. Editores de América Latina, Buenos Aires, 2001.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 1930.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, t. IX.
- LONGHI, Luis R., *Génesis del Derecho Constitucional*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946.
- LUNA, Félix, *Historia integral de la Argentina*, Planeta, Buenos Aires, 1997.
- PELLIZA, Mariano A., *La organización nacional*, Suelo Argentino, Buenos Aires, 1951.
- PRITCHETT, C. Hermán, *La Constitución americana*, Tea, Buenos Aires, 1965.
- QUESADA, Ernesto, *La argentinidad de la Constitución*, Lajouane, Buenos Aires, 1918.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional latinoamericano*, Universidad Autónoma de México, México DF, 1991.
- RAMELLA, Pablo A., *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- Reforma Constitucional*, Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Eudeba, Buenos Aires, 1986.

SABSAY, Fernando, *Los presidentes argentinos*, El Ateneo, Buenos Aires, 2001.

SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

SAMPAY, Arturo E., *Las constituciones de la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1975.

SERRAFERO, Mario D., *El poder y su sombra: Los vicepresidentes*, De Belgrano, Buenos Aires, 1999.

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

por SILVANA MABEL GARCÍA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conceptos preliminares. 3. Dimensión normológica. a) Las normas y sus funciones. Origen de las mismas. a.1) Cese de la inhabilitación. a.2) Efectos del cese de la inhabilitación. b) Funcionamiento de las normas. c) Su inserción en el ordenamiento normativo. 4. Dimensión sociológica. a) Estructura, clases y orígenes del reparto. b) Límites al funcionamiento. c) Su inserción en el régimen de repartos. 5. Dimensión dikelógica. a) Los valores ínsitos. Las clases de justicia. b) Consideraciones de axiología dikelógica. c) Consideraciones de axiosofía dikelógica. 6. Valoración propia. 7. Bibliografía consultada.

Resumen

El trabajo aborda el tema de la rehabilitación del fallido y sus efectos (arts. 235 a 238, LCQ), bajo la perspectiva propuesta por la teoría trialista y su metodología: desde la norma, la realidad social y los valores. Propone superar ciertos vacíos legislativos –relativos a la liberación patrimonial del deudor consecuencia de la rehabilitación– recurriendo a una interpretación integradora del Derecho. Formula también un análisis crítico de la normativa vigente y consideraciones para su superación futura.

Abstract

This paper addresses the issue of rehabilitation in relation to the person of the insolvent and its effects (arts. 235-238, LCQ), under the perspective proposed by the Trialist Theory and its methodology: norms, social reality and values. This theory proposes to overcome certain legislative gaps –related to the debtor's patrimonial discharge

resulting from the rehabilitation– using an integrated interpretation of the Law. This paper also formulates a critical analysis of current regulations and considerations for its future improvement.

Palabras clave

Quiebra. Rehabilitación del fallido. Efectos.

Keywords

Bankruptcy. Rehabilitation. Effects.

1. Introducción

En otra oportunidad, realizamos una investigación de la inhabilitación falencial (arts. 234 a 238, ley 24.522) estrictamente desde lo normativo¹.

Como culminación de las materias del doctorado *Teoría General del Derecho y Metodología de la investigación en las Ciencias Jurídicas*, nos pareció enriquecedor integrar nuestro enfoque anterior con reflexiones que tuvieran en cuenta, además, otras perspectivas. Elegimos entonces la teoría trialista y su metodología para abordar cierto aspecto del tema investigado.

Analizamos pues, en este trabajo, el cese de la inhabilitación y sus efectos, desde la norma, la realidad social y los valores (fundamentalmente la justicia), aplicando las categorías de análisis del trialismo, principalmente en sus despliegues aislados sin descuidar algunas referencias de conjunto.

A medida que avanzamos en nuestro desarrollo, fuimos descubriendo facetas que no habíamos tenido en cuenta antes, lo cual nos hace concluir que pensar el Derecho sólo desde la norma, “mezquina” el aporte que los juristas (perdónesenos este pecado contra la humildad) podemos hacer al progreso del orden jurídico.

Debemos reconocer las dificultades que a nuestra habitual “práctica positivista” presentó un análisis –como el emprendido– que requiere

¹ Producto de esa investigación, fue la obra de nuestra autoría: *Régimen de inhabilitaciones por quiebra*, La Ley, Buenos Aires, 2002.

despegarse por momentos de los textos de las normas, a las que estamos acostumbrados y que nos dan la seguridad de lo conocido. Sin embargo, desde el trialismo advertimos bien que el Derecho no está *sólo* en la norma, y su metodología nos ayudó a propiciar una solución a un interrogante que nos habíamos formulado y para el cual hasta ahora no teníamos respuesta adecuada². Para nosotros, ese resultado justifica de por sí todo el esfuerzo de este trabajo, que seguramente es aún perfectible. Vaya al menos, como un intento superador de lo hasta hoy expresado.

2. Conceptos preliminares

La sentencia de quiebra instala a la persona fallida en una nueva situación jurídica. Ese *status* de fallido, o condición de fallido, implica en relación al sujeto que atraviesa la situación falencial, un cúmulo de efectos particulares que se proyectan no sólo en relación al patrimonio y relaciones jurídicas en las que aquél interviene, sino también sobre los atributos propios de su personalidad, sobre la persona considerada en sí misma, limitando todos ellos su esfera de actuación.

Siguiendo la clasificación tradicional, se habla así, de “efectos patrimoniales” (el que sobresale como característico es el desapoderamiento) y “efectos personales”. La última categoría refiere al conjunto de restricciones, incapacidades, inhabilidades y prohibiciones que pesan sobre la persona fallida, con relación a las cuales es posible realizar, a su vez, una distinción. Por un lado, aquellas dispuestas en función del proceso de quiebra: el fallido debe cooperar con el síndico y el tribunal en la reconstrucción de la gestión de su patrimonio, se le limita el derecho a salir libremente del país en función del deber de colaboración, se intercepta su correspondencia, etcétera. Por otro lado, las tendientes a restringirlo en su actividad y en su vida civil, profesional y política posterior a la declaración de quiebra.

Los efectos personales referenciados en último término son implementados a través del régimen de inhabilitación de la persona fallida (arts. 234 a 238 de la ley 24.522) y de numerosas normas dispersas en otros ordenamientos.

² Referimos a la integración de la norma que regula ciertos efectos de la inhabilitación falencial (ver más adelante, en la tarea de “integración” de las normas).

El cese de la inhabilitación, de su lado, intenta poner fin a la vigencia de las restricciones personales que eran su consecuencia y agrega también un efecto patrimonial: que los bienes que el fallido adquiera con posterioridad, no quedarán sujetos al desapoderamiento y liquidación de la quiebra, es decir, no serán desapoderables (art. 107, LCQ).

Estamos en condiciones, luego de estas ideas introductorias, de sumergirnos en el análisis del tema propuesto desde la teoría trialista. Como nuestro enfoque es científico (pretende serlo), recorremos el orden: normo-socio-axiológico.

3. Dimensión normológica

a) Las normas y sus funciones. Origen de las mismas

Según el enfoque trialista, la norma es la captación lógica de la realidad social, de un reparto proyectado, hecha desde el punto de vista de un tercero (por lo tanto “neutral”). La norma es así, un juicio (es lógica) que capta la realidad del reparto y de la vida, con lo que a partir del mismo concepto de norma, se inicia la integración de dos de las dimensiones (la normosociológica) que conforman el fenómeno jurídico.

Nuestra primera tarea, como juristas o científicos del Derecho, a fin de abordar “la norma” desde la perspectiva que ensayamos es, pues, “construir” esa captación lógica normativa de la realidad del modo más completo posible para así reflejar adecuadamente la adjudicación que emerge de la conducción repartidora.

Debemos señalar que dicha construcción estará dirigida a la *norma general* (esto es, a la que refiere a casos futuros supuestos, y por lo tanto “hipotética”) que se infiere de los textos legislativos que regulan el cese de la inhabilitación (o rehabilitación) y sus efectos, y como tal realizadora del valor predecibilidad.

La construcción de la estructura lógica de la norma puede ser hecha con un método más analítico (particularizando) o de un modo más sintético (generalizando), reconociéndose que las normas generales realizan un mayor grado de abstracción y por tanto son de más difícil redacción que las normas individuales (que tratan casos pasados, y

por lo tanto “categóricas”)³, situación que se nos pone en notoria evidencia en este intento, lo que a su vez, da cuenta de la complejidad del reparto.

Pretendiendo una construcción lo más analítica posible, redactamos seguidamente las normas objeto de nuestro análisis, señalando las características positivas (que deben estar presentes) como negativas (que no deben verificarse), tanto del antecedente (que describe el sector social supuesto) como de la consecuencia jurídica (que capta la solución o reglamentación).

Debemos aclarar, a fin de establecer los límites concretos de nuestro trabajo, que construiremos las normas que hacen referencia al cese de la inhabilitación y efectos respectivos con relación a la *persona física fallida*, pues la construcción variaría de enfocarse las mismas normas con respecto a los demás sujetos que conforme a la LCQ (art. 235) son pasibles de inhabilitación falencial: los administradores a la fecha de la quiebra y exadministradores de la persona jurídica fallida y la persona jurídica misma.

Asimismo, trataremos el supuesto normal o habitual de duración de la inhabilitación (y consecuente cese de la inhabilitación), esto es, la que tiene una vigencia de un año, ya que es posible también, de modo excepcional, que la rehabilitación se obtenga antes del año (art. 236, 2º párr., LCQ, supuestos de reducción o cese anticipado). No referiremos tampoco al cese de la inhabilitación cuando ésta ha sido prorrogada o reconducida (restablecida, art. 236, LCQ, último párrafo), pues este supuesto también implicaría la construcción de otra norma distinta.

Cabe resaltar asimismo, que tanto la norma sobre cese de la inhabilitación, como la que establece los efectos que de ella derivan, se construye a partir de varias disposiciones de la LCQ (algunas no incluidas en el Capítulo *Inhabilitación del fallido*), como también de disposiciones que surgen de otros textos normativos a la que la propia LCQ remite en este tema.

³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, p. 68.

a.1) *Cese de la inhabilitación*

“Si transcurre un año de la fecha de la sentencia de quiebra y no existe sometimiento a proceso penal, será el cese de pleno derecho de la inhabilitación de la persona física fallida, a no ser que la misma sea prorrogada, o retome su vigencia (por sometimiento del fallido a proceso penal)”.

Aclaremos aquí, que el sometimiento a proceso penal aparece en nuestra construcción tanto en el antecedente como en la consecuencia jurídica porque dicha característica negativa –de verificarse– impide llegar al reparto (obtener el cese de la inhabilitación) o una vez realizado éste, impide su mantenimiento.

a.2) *Efectos del cese de la inhabilitación*

“Si es el cese de la inhabilitación (rehabilitación) de la persona física fallida, será:

”– El cese de los efectos personales previstos en el artículo 238 de la LCQ;

”– el cese de los efectos personales previstos en leyes especiales;

”– el cese del desapoderamiento falencial;

”A no ser (para cualquiera de los casos precedentes) que el fallido sea posteriormente sometido a proceso penal (en cuyo caso los efectos ‘recobran vigencia’ por reconducción de la inhabilitación)”.

No hemos podido hallar una característica negativa para el antecedente aplicable a *todos* los efectos que derivan del cese de la inhabilitación. Ello porque supuestos habituales como la muerte o la incapacidad, en el caso del fallido persona física, no impedirán que los efectos del cese de la inhabilitación igualmente se produzcan. Y en cuanto a las características negativas de la consecuencia jurídica, la indicada es la que *genéricamente* se aplica a *todos* los efectos, aunque podrían agregarse otras respecto de *cada efecto* en particular. Como dijimos, estas dificultades ponen en evidencia la “complejidad” del reparto.

Analizaremos más adelante, en las tareas de interpretación y aplicación que exige el funcionamiento de las normas, si las así construidas a partir de las disposiciones legales vigentes describen (*función des-*

criptiva) fielmente la voluntad de su autor y si tal descripción resulta exacta en orden a su cumplimiento. Desde ya adelantamos, que en el caso de las normas abordadas, dicho funcionamiento evidencia una importante tensión entre el autor y el encargado del mismo, que según creemos verlo, se resuelve por una decisión de este último que no nos parece del todo leal, demostrándose, así, un protagonismo en cierto modo inadecuado.

Desde el punto de vista de la *función integradora* de las normas, y los conceptos y materializaciones por ellas engendrados que dan nitidez y agregan sentido a la realidad, es importante destacar el *concepto* de “inhabilitación” que la norma utiliza.

“Inhabilitar”, conforme la noción que brinda el *Diccionario*, consiste en “declarar a uno inhábil o incapaz para ejercer u obtener cargos públicos o de ejercitar derechos civiles o políticos”, también es “la imposibilidad de hacer una cosa”⁴.

En nuestro Derecho positivo, el término es aplicado en diversos campos⁵. En todos los casos, aunque no con idénticos efectos, se hace alusión a la consecuencia de un estado que imposibilita el ejercicio de ciertos derechos o el desempeño de determinada actividad⁶. A esa idea básica responde también la inhabilitación falencial, que implica con relación al sujeto, una limitación para el ejercicio de ciertos cargos o el desempeño de determinadas actividades profesionales. Sin em-

⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 18ª ed., Espasa Calpe, Madrid.

⁵ Así existe la “inhabilitación” en el Derecho Penal, como una forma de pena (art. 5º, Cód. Pen.); en el Derecho Administrativo, también como una forma de pena consecuente al ejercicio del poder de policía administrativo; en el Derecho Civil, como un régimen especial de asistencia para determinados sujetos: ebrios, drogadictos, disminuidos mentales y pródigos (art. 152 bis, Cód. Civ.); en el Derecho Comercial, como impedimento para el ejercicio de determinadas profesiones por carecer de las condiciones exigidas (ej.: martilleros, ley 20.266 con las reformas de ley 25.028).

⁶ ALBERTALLI, Jorge Luis, *Rehabilitación implícita en la ley 24.522. Diversas órdenes de inhabilitaciones. Nociones de la inhabilitación en la quiebra. Necesidad de establecer afinidades*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 11, *Concursos y quiebras – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 92. Cabría asimismo, establecer las diferenciaciones entre “inhabilitaciones”, “incapacidades” e “incompatibilidades”. A los efectos de tal diferenciación, remitimos al lector a DIEUZEUDE, Juan J., *Apuntes acerca de la incapacidad e inhabilidad del fallido*, en E. D. 121-798.

bargo, por lo general, las inhabilitaciones son establecidas en atención a la situación en que un sujeto se halla, a la conducta desarrollada previamente, o a su falta de idoneidad (por ej.: al funcionario que ha cometido abusos en el desempeño de su cargo se le sanciona privándole del ejercicio del mismo).

En el régimen concursal anterior (ley 19.551), la noción de la inhabilitación podía ser aprehendida con mayor facilidad, pues la misma guardaba relación con la conducta desplegada previamente por el sujeto (casual, culpable o fraudulenta), lo que no sucede en el sistema actual en el que tal restricción de derechos es consecuencia de la apertura misma de la quiebra. De cualquier modo, ello no impide calificar las restricciones al fallido emergentes del artículo 238 de la LCQ como inhabilitaciones.

Creemos así, que la integración de la realidad social mediante el concepto “inhabilitación” sirve a los objetivos de los autores de la norma, y resulta por tanto *adecuada*.

Señalamos también aquí, que las disposiciones legales de la LCQ (no así las demás leyes que integran el conjunto de inhabilitaciones por quiebra a las que el propio ordenamiento concursal remite) no emplean el término “rehabilitado” y el *concepto* “rehabilitación” (sólo en el art. 107 de la LCQ se menciona la rehabilitación para delimitar la extensión temporal del desapoderamiento). Se ha explicado que ello es consecuencia de la eliminación por el legislador de la 24.522 del incidente de calificación de conducta al que se vinculaba el procedimiento de rehabilitación que también fue derogado y reemplazado por el nuevo régimen de inhabilitación.

Sin embargo, dicho concepto “rehabilitado”, para hacer referencia a la *materialización personal* de la norma, esto es, al sujeto cuya inhabilitación ha cesado y que por lo tanto “recupera” el pleno ejercicio de sus derechos, tiene una vigencia social efectiva y perdura en la realidad de la vida más allá de que el legislador no la emplee (*¿integración de la norma “por” la realidad social?*).

En punto al *origen de las normas* (fuentes), en su *realidad material*, habremos de analizar más adelante (dimensión sociológica), a fin de evidenciar su origen, quiénes son los repartidores (quienes pusieron las normas), los beneficiarios que quisieron favorecer o perjudicar,

qué les quisieron adjudicar, cómo llegaron a establecerlo, por qué lo hicieron y cuáles fueron los resultados⁷.

Desde la perspectiva de las *fuentes formales*, es decir, las “autobiografías” de los repartos hechas por los propios repartidores, en el tema abordado existen diferentes tipos de fuentes que reclaman su aplicación: códigos, leyes nacionales, leyes provinciales, constituciones provinciales, decretos nacionales y provinciales, las que aparejan numerosos conflictos a la hora de establecer su jerarquía, cuestión a la que nos referiremos al emprender la tarea de “reconocimiento” de las normas.

Nos interesa señalar también, tal como lo pondremos de manifiesto al reflexionar sobre el funcionamiento de las normas, que la pretensión de acaecimiento “de pleno derecho” del cese de la inhabilitación incluida en la fuente formal (art. 236 de la LCQ), puede ser considerada “un mero espectáculo” destinado a aparentar y no a cumplirse.

Por último, en cuanto a las *fuentes de conocimiento* de las normas, que constituyen la “ciencia jurídica”, es posible hallar una profusa labor doctrinal⁸ respecto del tema en análisis.

b) *Funcionamiento de las normas*

Nos enfocaremos en lo que sigue, el *funcionamiento de las normas*, esto es, las tareas que se requieren para que el “reparto proyectado” en la norma pase a ser un “reparto realizado”. Dicho funcionamiento se produce en un despliegue “real” y “conjetural”.

La primera tarea que según la visión trialista se debe emprender es la del *reconocimiento* de la normatividad a través de sus fuentes, analizando cuestiones relativas a si las normas son consideradas vigentes, si son aplicables o resultan desplazadas por otras, etcétera⁹. Veremos que algunos de estos problemas se vislumbran en el funcionamiento de las normas que estudiamos.

⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Lecciones de teoría general del Derecho*, p. 51.

⁸ A fin de ilustrarse sobre ella y obtener sus referencias es posible remitirse a nuestra obra antes citada, ps. 105 a 109.

⁹ CIURO CALDANI, *Lecciones...* cit., p. 61.

La tarea de *reconocimiento* de las fuentes formales presenta en este tema una dificultad especial, pues a la inhabilitación regulada por la LCQ se agregan un sinnúmero de otras restricciones, limitaciones, prohibiciones e inhabilidades, que respecto de cargos, funciones o derechos en general el legislador ha esparcido en constituciones, leyes, decretos y reglamentos, nacionales y provinciales, a modo de “desprolijo censor”. Esta dispersión normativa torna impracticable cualquier intento de exhaustividad, y la enumeración que se implemente, resulta irremediablemente incompleta. Para dar una idea cabal de lo que decimos, hemos personalmente relevado más de ciento cincuenta inhabilidades en nuestro Derecho positivo vigente¹⁰.

Otra cuestión relativa a las inhabilitaciones que emergen de otras leyes a las que la propia LCQ remite, es la de su efectiva *vigencia*. Ello así, pues teniendo en cuenta que gran cantidad de las disposiciones que establecen inhabilitaciones envían sus regímenes o hacen referencia a la calificación de conducta, se plantea el problema de si, al haberse reformado el sistema de inhabilitación, esas restricciones no han perdido vigencia efectiva aunque literalmente permanezcan en los preceptos legales.

En tal sentido, se ha postulado que esas disposiciones debieron quedar automáticamente derogadas con la fuerza prioritaria que la ley de quiebras tiene respecto de todos los otros ordenamientos particulares¹¹.

Por nuestra parte, pensamos que frente a la remisión que aún hoy realiza la LCQ a “leyes especiales” (art. 238, LCQ), es necesario realizar una compatibilización de normas. Examinando en su conjunto los textos de las disposiciones existentes, es posible intentar una clasificación en tres grupos distintos: a) las que presuponen para su funcionamiento la existencia de una calificación de conducta anterior; b)

¹⁰ El listado de las restricciones referidas consta en la obra de nuestra autoría antes mencionada, ps. 83 a 100. La búsqueda la emprendimos en el año 2000, y trabajamos sobre la base de datos del SAIJ (Sistema Argentino de Informática Jurídica dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación) consultando por la voz *fallido y quebrado*.

¹¹ DASSO, Ariel, *Quiebra, concurso preventivo y “cramdown”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, t. 1, p. 589.

las que relacionan su operatividad con la rehabilitación, y c) las que en su aplicación sólo aluden a la condición de fallido del sujeto.

Entendemos que si bien la LCQ tolera los efectos de leyes especiales, ello será así en tanto esas normas no resulten incompatibles en su aplicación con el nuevo régimen de inhabilitación por quiebra, que no contempla la calificación de conducta. Por lo tanto, cuando un precepto legal presuponga en su funcionamiento la existencia de una conducta casual, culpable o fraudulenta, (supuesto a) la misma deberá considerarse tácitamente derogada y carente de operatividad por ausencia o supresión de la norma de envío¹². En cambio, si la norma respectiva sólo relaciona la inhabilitación con la existencia de rehabilitación o con la condición de “fallido” del afectado, no vemos en estos supuestos (b, y c) que sea imposible compatibilizar los diferentes regímenes (de la LCQ y las otras leyes), puesto que por “rehabilitación” debe entenderse hoy el cese de la inhabilitación y la condición de “fallido”, antes y ahora, subsiste hasta la conclusión de la quiebra.

Sin embargo, para evitar estos inconvenientes interpretativos, susceptibles de opinión diversa en su solución, hubiera sido preferible que la propia LCQ adecuase esas normas a los preceptos sobre el nuevo régimen de inhabilitación por quiebra.

Interesa analizar también en este punto, cuestión que hace a la *jerarquía* de las fuentes, cómo se compatibilizan esas inhabilitaciones para el ejercicio de diversas actividades y profesiones impuestas por leyes especiales, con la disposición del artículo 104 de la LCQ que permite al fallido el desempeño de tareas profesionales, artesanales o en relación de dependencia. Se plantea así el conflicto entre la LCQ y los ordenamientos especiales a los que ella misma reenvía.

Pero antes de ello, es necesario aclarar que al fallido le está permitido el ejercicio de esas tareas, siempre y cuando no se trate de aquellas a su vez prohibidas por el artículo 238 de la LCQ (con lo que, por ejemplo, el fallido no podrá ser factor en relación de dependencia, o agente de comercio en tal condición), o que impliquen el

¹² Conf. DASSO, ob. cit.; CONIL PAZ, Alberto, *Conclusión de la quiebra según ley 24.522*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 169.

desenvolvimiento de la profesión bajo una organización empresaria, pues ello significaría el ejercicio del comercio que le está prohibido.

Una interpretación conciliadora de la normativa concursal y las leyes mencionadas, propone entender que al fallido le está permitido el ejercicio de toda profesión u oficio, salvo cuando en virtud de otra ley (cuya aplicación la LCQ tolera en virtud del art. 238) se establezca alguna inhabilidad por quiebra¹³.

Creemos que ello es discutible y que la solución debe ser otra: las normas inhabilitantes del ejercicio profesional por razón de quiebra, no deben prevalecer frente a la normativa concursal. La LCQ, si bien permite la aplicación de inhabilitaciones que surjan de otras leyes, en el caso particular del ejercicio profesional vendría a establecer una excepción: esto es, que sin perjuicio de las inhabilidades de esas leyes, en general, no puede ser causa de inhabilidad para la profesión, la condición de fallido¹⁴. Por la especificidad de la LCQ en la materia de que se trata debe ella prevalecer sobre cualquier otra norma de igual o inferior jerarquía que contraría sus preceptos. Decimos, entonces, que la LCQ *desplaza* a tales otros preceptos normativos incluidos en leyes especiales pese a la remisión genérica que como regla impone.

Aun cuando ello no se compartiera, habría que analizar la constitucionalidad de esas restricciones en función de su razonabilidad. Nos

¹³ FARINA, Juan M., *Contratos que puede celebrar el fallido después de la declaración en quiebra*, en Zeus 11-D-62.

¹⁴ Entendemos que tampoco puede invocarse como justificativo de las inhabilidades para el ejercicio profesional con fundamento en la condición de fallido la circunstancia de tratarse de normas que hacen al poder de policía de las autoridades nacionales o provinciales (según la jurisdicción respectiva). Ello así, pues aunque la habilitación para el ejercicio profesional mediante la inscripción en las matrículas respectivas, se halla dentro de la llamada “policía profesional”, ese poder de policía (uno de los más comprensivos e indeterminados que las provincias han retenido para sí) reconoce limitaciones. Así se ha afirmado que no puede concebirse que el Código Civil o el de Comercio (la LCQ se halla incorporada a este último), al organizar las instituciones privadas para toda la República, lo hayan hecho subordinando su contenido al examen y revisión de los gobiernos respectivos para declarar si tal como se encuentran legisladas, comprometen o no sus poderes de policía. Podría sostenerse, entonces, que so pretexto del ejercicio del poder de policía, no es viable restringir, mediante inhabilidades fundadas en la situación de quiebra del sujeto, el ejercicio de una profesión.

parece que muchas de las restricciones impuestas al fallido por las leyes que regulan las respectivas profesiones, pueden ser cuestionadas en función de su falta de razonabilidad (vayan como ejemplos, la ley 3966 de Chubut sobre ejercicio de la podología –que es impedido al fallido–, o la ley 7742 de Córdoba del ejercicio como maestros mayores de obra y técnicos en ingeniería y arquitectura).

La siguiente tarea que reclama el funcionamiento de las normas es su *interpretación*.

Para dejar bien claro quién conduce, la interpretación debe desarrollarse en la mayor medida posible según la auténtica voluntad del autor de la norma. Enseña el *trialismo*, que el supremo principio de toda interpretación consiste en la lealtad del intérprete con el autor de la norma a interpretar¹⁵. Para ello resulta apropiado consultar el elemento literal y el histórico, luego comparar ambos y, de surgir discrepancias, adaptar la norma a la auténtica voluntad de su autor. Ello así, pues la interpretación tiene como objetivo averiguar si la norma describe fielmente esa voluntad (*fidelidad de la norma*).

A fin de descubrir la voluntad del autor, podemos recurrir a manifestaciones extranormativas¹⁶, en nuestro caso, el mensaje de elevación que acompañó al proyecto de reforma de la Ley de Concursos, los debates parlamentarios, discursos que tuvieron lugar ante el parlamento en la discusión del proyecto de reforma y también otras normas hechas por el mismo autor (*elemento sistemático*).

Existen dos expresiones utilizadas por las normas que analizamos (la que establece el cese de la inhabilitación y la de sus efectos) que adquieren trascendencia en el funcionamiento de ellas y sobre las cuales la doctrina ha centrado su labor interpretativa.

En primer término, la expresión “de pleno derecho” que utiliza el autor de la norma como modo de operar el cese de la inhabilitación.

Dicha expresión se utiliza en la comunidad jurídica para significar que un efecto no depende de la voluntad del interesado, ni de un tercero, y sin necesidad de declaración judicial se produce por ministerio de la

¹⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 263.

¹⁶ GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 258.

ley¹⁷. Así, la inhabilitación, según se regula, finalizará por el solo transcurso del tiempo, es decir, de modo tan automático como tuvo lugar¹⁸.

De la compulsa de los antecedentes parlamentarios de la ley 24.522¹⁹ parece surgir que la intención del legislador fue reemplazar el incidente de calificación de conducta y de rehabilitación, que insumían tramitaciones lentas y engorrosas, muchas de las cuales quedaban sin resolver, por un sistema de inhabilitación y cese de la misma “automático”, es decir, que no dependiera de un trámite judicial y sucediera por el solo transcurso del tiempo.

Así entonces, lo que quiso el legislador fue que el cese de la inhabilitación no dependiera de trámite previo alguno ni de resolución judicial que así la declarara, como ocurría en el régimen derogado²⁰. Parece pues, que en este aspecto, en su descripción de la voluntad del legislador, la norma *es fiel*.

La otra expresión que da lugar a cuestiones interpretativas es la de “sometimiento a proceso penal” que se establece como presupuesto para la prórroga o reconducción (nueva vigencia) de la inhabilitación (art. 236, LCQ, último párrafo), y por tanto impide el cese de la inhabilitación o la restablece si había sido conferida.

Si bien no será suficiente la simple denuncia, no existe acuerdo acerca del momento en que debe considerarse que un sujeto está “sometido a proceso penal”, lo cual, además, depende de los particulares ordenamientos procesales. Algunos sostienen que se está sometido a proceso penal desde el llamado a indagatoria del juez (convocatoria a prestar declaración respecto de un sujeto con relación al cual existen

¹⁷ MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio, *Diccionario jurídico*, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 548.

¹⁸ 2º JPConc. de Mendoza, 18-12-95, “Banco Aconcagua Coop. Ltda. s/Calif. Cond.”, *Rev. Voces jurídicas* 1996-2-125.

¹⁹ *Antecedentes Parlamentarios. Ley 24.522. Concursos y quiebras*, La Ley, Buenos Aires, 1995. Pueden consultarse las opiniones del senador Branda (p. 199), Lanari (p. 220), diputado Polino (p. 379), la exposición del Dr. Rivera (p. 416), del Dr. Bergel (p. 425).

²⁰ Conf. RIVERA, Julio C.; ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel R., *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 372; DI TULLIO, José, *Nuevo sistema sancionatorio de la quiebra*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 11, *Concursos y quiebras – II*, p. 69.

motivos suficientes para sospechar su participación en la comisión de un delito); otros afirman que recién se está en esa condición posteriormente, cuando tiene lugar el dictado de un auto de procesamiento, momento a partir del cual existe una legitimación pasiva plena por parte del sujeto²¹.

En apoyo de la primera tesis, recurriendo a la norma que fija la duración de la inhabilitación cuando es reconducida o prorrogada (que emerge del mismo párrafo del art. 236, LCQ, más adelante), y en cierto modo a *la suposición de la razonabilidad del legislador*, se trae a cuenta que no sería congruente sostener, por un lado, que la inhabilitación se prorroga o retoma vigencia con un auto de procesamiento, y por el otro, que cesa con el sobreseimiento (art. 236, últ. párr.), ya que generalmente ambas decisiones constituyen diversas formas de resolver la situación del imputado en la instrucción, por haber sido *antes* de ello sometido a proceso penal, concretamente con el llamado a indagatoria. También, recurriendo al *elemento sistemático*, se invoca la norma del artículo 67 del CP, pues se entiende que la determinación del primer acto de sometimiento a proceso a los fines de la Ley de Quiebras, no puede dejar de coincidir con la del primer acto al que se pueda asignar virtualidad interruptiva de la prescripción de la acción penal. Tal acto, conforme jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, es el llamado a prestar declaración indagatoria, que se muestra como el primero, que por estar sostenido en el estado de sospecha judicialmente declarado, compromete con el proceso al imputado, sometiéndolo al enjuiciamiento y generándole el derecho a obtener un pronunciamiento que resuelva su situación²².

²¹ En *primer sentido* opinan ERBETTA, Daniel, *Proyecciones jurídico penales del nuevo régimen de la insolvencia*, en BARAVALLE, Roberto; GRANADOS, Ernesto y ERBETTA, Daniel, *Ley de Concursos y Quiebras*, Liber, Rosario, 1995, t. 2, p. 378; ROMERA, Oscar E., *La eliminación de la calificación de conducta y sus consecuencias en la legislación concursal y el Derecho Penal*, en revista *Derecho y Empresa*, N° 4, 1995, p. 267. En el *segundo sentido*: LORENTE, Javier A., *Inhabilitación y rehabilitación en la ley concursal (primera parte)*, en E. D. 175-693; DI TULLIO, ob. cit., p. 69; VÍTOLO, Daniel Roque, *Comentario a la Ley de Concursos y Quiebras 24.522*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 376.

²² Así lo afirman MARTORELL, Ernesto E. y PINTO, Hugo J., *Problemática concursal-penal. ¿En qué consiste el sometimiento a proceso penal que permite mantener la inhabilitación del fallido? (art. 236, ley 24.522)*, en L. L. 1997-E-1350, p. 1,

No consideramos que respete más la intención del legislador recurrir a la regla (*corolario del elemento sistemático*) de elegir entre las diversas interpretaciones aquella que asegure a la norma su conformidad con la Constitución²³, en este caso, la que resulta más coherente con la presunción de inocencia (art. 18, CN), como propone algún autor²⁴, quien en función de tal principio afirma que es el auto de procesamiento firme el que inicia el sometimiento a proceso penal. Nos parece que poco ha preocupado al legislador, en materia de inhabilitación, el principio de inocencia. Prueba de lo que afirmamos es que se autoriza al juez comercial a “presumir un delito” (art. 236, LCQ, 2º párr.)²⁵.

En definitiva, en este aspecto, el autor de la norma no ha sabido plasmar lingüísticamente su voluntad inferible según lo explicado, y lo ha hecho de un modo equívoco, no preciso, por lo que la norma *no resulta fiel*. Debe pues adaptarse, y entendemos (junto con la doctrina antes citada) que ello hay que hacerlo interpretando que el “sometimiento a proceso penal” tiene lugar con el “llamado a indagatoria”.

Tenemos dudas respecto de si la expresión antes señalada (“sometimiento a proceso penal”), como otras que contiene la disposición legal (art. 236, LCQ, últ. párr.)²⁶, no implican en cierto modo la necesidad de la *tarea de determinación*, pues es evidente que la norma concursal que regula la inhabilitación y sus efectos deberá ser determinada con el auxilio de la ley penal (Código Penal y códigos procesales penales que resulten aplicables). La precisión de esas nociones deberá ser hecha por el encargado del funcionamiento con arreglo a

quienes citan jurisprudencia de la sala I, en “Percunte, Mario”, reg. 422/95; sala II, en “Andrada, Nicolás”, reg. 402/95; sala III, en “Patat, Juan”, reg. 3/95 y sala IV, en “Ruisánchez Laures, Ángel”, reg. 613/96.

²³ GODLSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 258.

²⁴ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. II, p. 320.

²⁵ El precepto que referimos dispone que el plazo de la inhabilitación puede ser reducido o dejado sin efecto por el juez si “verosímilmente, el inhabilitado –a criterio del magistrado– no estuviera prima facie incurso en delito penal”.

²⁶ Nos referimos a las expresiones “sobreseimiento”, “absolución”, “condena”, “cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez penal”, todas las cuales refieren a la duración de la inhabilitación que ha sido prorrogada o reconducida (restablecida), y que no incluimos expresamente en nuestro análisis por formar parte de otra norma: la que establece la duración de la inhabilitación en esos casos.

las normas penales, función en la que cobrará importancia la labor interpretativa y su lealtad al autor, conforme lo pusimos de manifiesto en párrafos anteriores.

Nos proponemos abordar en lo que sigue, el punto que se nos ocurre más relevante dentro del funcionamiento de las normas que son objeto de nuestro trabajo. Más precisamente, de la norma que establece los efectos del cese de la inhabilitación (o rehabilitación). Como se pondrá de resalto, entre los efectos que se suceden al fin de la inhabilitación no existe actualmente en nuestro Derecho positivo precepto alguno que imponga, tras la rehabilitación, la liberación del fallido respecto de los saldos que quedare adeudando en la quiebra. Adoptando la perspectiva trialista, consideramos que ello significa una carencia de norma (que es “laguna” en el ordenamiento normativo) y por tanto se impone la *tarea de elaboración* de una norma (“integración” desde el punto de vista del ordenamiento).

Explicamos, en primer término, el efecto no previsto (la “norma ausente”).

Al cese de la inhabilitación se vinculan consecuencias de dos órdenes: personales y patrimoniales.

Desde el punto de vista *personal*, con el cese de la inhabilitación, se pone fin a la vigencia de las restricciones que eran su consecuencia²⁷. De este modo, el sujeto antes inhabilitado recupera, desde que la inhabilitación deja de operar, el ejercicio todos los derechos de que fuera privado según el artículo 238, LCQ.

También cesan el resto de las inhabilidades especiales a que se sometió al exinhabilitado²⁸, siempre y cuando éstas no dispusieran un plazo mayor de duración (por aplicarlo en forma adicional al cese de la inhabilitación) y sin perjuicio de que, como expusimos antes, hoy sea necesario verificar si es posible la compatibilización de las inha-

²⁷ Conf. ROUILLON, Adolfo, *Régimen de concursos y quiebras*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 300; DI TULLIO, José A., *Nuevo sistema sancionatorio de la quiebra* cit., p. 70. En ese sentido: 2º JPConc. de Mendoza, 18-12-95, “Banco Aconcagua Coop. Ltda. s/Calif. Cond.”, *Rev. Voces Jurídicas* 996-2-125.

²⁸ CONIL PAZ, *Conclusión...* cit., p. 204. Así: CCCom. de Posadas, sala III, 22-4-97, “Banco Río de la Plata: Lilleskold SA s/Quiebra”, L. L. Litoral 1997-243.

bilidades establecidas por las leyes especiales con el actual régimen de inhabilitación por quiebra.

Por otra parte, y desde el punto de vista *patrimonial*, tal como lo dispone el artículo 107 de la LCQ, el fallido queda desapoderado de sus bienes existentes a la fecha de la quiebra y de los que adquiera con posterioridad, hasta la “rehabilitación”. Dijimos antes, que en la ley actual ha desaparecido tal instituto como regulación autónoma. Sin embargo, la doctrina es conteste en afirmar que debe interpretarse que la disposición referida hace alusión al cese o final de la inhabilitación²⁹.

Consecuentemente, la conclusión de la inhabilitación tiene un importante efecto sobre el patrimonio, y es que los bienes que el fallido adquiera con posterioridad, no quedarán sujetos al desapoderamiento y liquidación de la quiebra³⁰.

Hasta la sanción de la ley 24.522, la normativa concursal confería al fallido por vía de la rehabilitación, un beneficio patrimonial extra a los ya analizados, consistente en su liberación respecto de las deudas que no quedaran satisfechas en la quiebra.

Este efecto liberatorio no implicaba extinción de las deudas, sino una reducción de la garantía general que representaba el patrimonio del fallido como prenda común de todos los acreedores³¹. De este modo, el fallido rehabilitado, por las deudas de la masa pasiva que no pudieran satisfacerse en el procedimiento falencial, seguía respon-

²⁹ ROUILLON, *Régimen...* cit., p. 300; BONFANTI, Mario, *Inhabilitación y rehabilitación en la quiebra*, en *Rev. Derecho y Empresa*, Universidad Austral, 1995, N° 4, p. 261.

³⁰ ROUILLON, *Régimen...* cit.; DI TULLIO, *Nuevo sistema...* cit., p. 70; PLANA, Carlos H., *Efectos de la conclusión del procedimiento sobre los créditos no insinuados en la ley 24.522*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 11, *Concursos y quiebras – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 141; CONIL PAZ, *Conclusión...* cit., p. 150; CCCom., sala E, 23-2-99, “Fernández, María Verónica s/Quiebra”, E. D. 27-9-99, quien resolvió que “el embargo trabado sobre el salario de la fallida debe ser levantado luego de su rehabilitación, ya que el art. 107 de la ley 24.522 presupone la subsistencia del desapoderamiento sólo respecto de los bienes existentes a la fecha de la declaración de quiebra y los adquiridos hasta su rehabilitación”. En igual sentido, la misma sala, en “Forster, Néstor L. s/Quiebra”, L. L. del 20-4-99, p. 569.

³¹ TONON, Antonio, *El derecho del acreedor una vez finalizada la quiebra*, en E. D. 92-928.

diendo, pero únicamente con los bienes que hubiera adquirido antes de la rehabilitación, quedando excluidos de la agresión de los acreedores los bienes adquiridos con posterioridad, y por tanto, liberado el fallido de responder con ellos.

Esto era lo que establecía el artículo 253 de la LC cuando al regular los efectos de la rehabilitación, disponía en su 2º párrafo: “Los efectos patrimoniales del concurso siguen aplicándose, pero el fallido queda liberado de los saldos que quedare adeudando en el concurso, respecto de los bienes que adquiriera después de la rehabilitación”³².

Este efecto liberatorio significaba, en los hechos, el desdoblamiento del patrimonio del fallido en dos: el patrimonio sujeto a desapoderamiento, integrado por los bienes adquiridos por el deudor antes de la rehabilitación, y el patrimonio no sujeto a desapoderamiento, integrado por los bienes adquiridos con posterioridad a la rehabilitación.

Su importancia práctica se advertía recién con la conclusión de la quiebra. En ese momento, el acreedor insatisfecho recuperaba el ejercicio de sus acciones individuales y podía intentar hacer valer su crédito, que conforme lo entendía la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, no se extinguía en virtud de la conclusión de la quiebra³³. Sin embargo, por el efecto liberatorio de la rehabilitación obtenida ante-

³² Cabe reiterar que la liberación no implicaba extinción del crédito (o el saldo insatisfecho del mismo) aunque se afirmaba que ello podía ocurrir por vía indirecta, cuando el fallido no hubiera adquirido nuevos bienes antes de la rehabilitación, caso en el que esos créditos quedarían extinguidos por imposibilidad de hacerlos efectivos sobre bienes que no existen.

³³ Por la *no extinción* se manifestaban, entre otros: GALÍNDEZ, Oscar, *Verificación de créditos*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 311; TONON, *El Derecho...* cit., p. 927; MAFFÍA, Osvaldo J., *Cumplimiento de concordato y supervivencia de los créditos no insinuados*, en E. D. del 7-4-89, p. 2. En la posición contraria, por la *extinción*: MARTORELL, Ernesto, *Breves estudios sobre concursos y quiebras ¿El crédito no verificado, se extingue o no se extingue?*, en L. L. 1993-D-733; TORNE, Héctor R., *Quiebra sin acreedor*, en L. L. 151-1065. Por su parte la jurisprudencia se pronunció, en la mayoría de los casos, por la supervivencia del crédito. Así: CCom. de Rosario, sala 2ª, 21-12-89, “Moore c/Lemmo”, Ac. 70/89; SCJ de Mendoza, 12-12-86, “Banco de los Andes c/Gabriel Nozar”, L. S 197-208; CNCom., sala A, J. A 1990-I-297; íd., J. A. 1989-II-342; sala C, J. A. 1990-I-314; sala D, 26-9-90, “Cotramex SA”, J. A. 1991-IV-78; íd., 28-5-91, “Luccini, Carlos A. c/Araujo, José”, J. A. 1991-B-2162.

riormente, no podía atacar y cobrarse de los nuevos bienes que hubiera adquirido el exfallido luego de su rehabilitación³⁴.

Pero la disposición a la que hacemos referencia (ex art. 253, ley 19.551) no aparece en la actual redacción de la LCQ.

Cabe entonces preguntarse: los acreedores concursales no satisfechos (parcial o totalmente), una vez que recuperan el ejercicio de sus acciones individuales tras la conclusión de la quiebra, ¿podrán agredir los bienes que el exfallido adquiriera con posterioridad al cese de la inhabilitación?

Quienes se han detenido en fundamentar razonadamente la subsistencia del efecto liberatorio, lo hacen recurriendo a interpretaciones en base al juego de las normas de los artículos 107 y 104, 2ª parte³⁵.

Entendemos, por nuestra parte, que de las disposiciones vigentes no puede derivarse el mismo efecto que establecía la norma suprimida. Así:

- No es suficiente el artículo 104, LCQ, 2ª parte (ex art. 108, LC): porque esa norma señala qué bienes pueden atacar los acreedores (“nuevos”) posteriores a la quiebra. Estos acreedores sólo pueden ejecutar los bienes adquiridos después de la rehabilitación (cese de la inhabilitación) y los remanentes de la quiebra (si existieran).

³⁴ SCJBA, 22-9-81, “Banco Popular de La Plata SA”, D. J. B. A. 121-345 y E. D 97-614. Conf. GALÍNDEZ, *Verificación...* cit., p. 310. Es necesario aclarar que, durante la vigencia de la norma citada, se entendió que este efecto de la rehabilitación y su operatividad práctica tenía lugar únicamente en los supuestos de quiebras “liquidativas”, no resultando aplicable cuando la quiebra concluía por un modo no liquidativo, supuesto en que se entendía clara la posibilidad de agresión de los bienes “nuevos”. CCCom. de Rosario, sala 1ª, 12-11-91, “Malfasi, Celso c/Deninotti, José”, J. A. 1992-IV-247. Conf. TONON, *El derecho...* cit., p. 390, quien afirma: “Es nuestro criterio que la conclusión de la quiebra por avenimiento o por falta de acreedores verificados [...] imposibilita la liberación patrimonial del fallido a través de su eventual rehabilitación”.

³⁵ Ver en tal sentido: LORENTE, *Inhabilitación y rehabilitación...* cit., p. 683; quien realiza una interpretación *a contrario sensu* de las normas citadas; Comisión de Derecho Comercial y Económico de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, *Efectos del cese de la inhabilitación concursal*, ponencia presentada en las VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, San Martín de los Andes, noviembre de 1998, p. C-140.

- Tampoco el artículo 107 de la LCQ (ex art. 111, LC): porque tal dispositivo sólo determina con relación a qué bienes (temporalmente) el fallido queda “desapoderado”, esto es, privado de las facultades de administración y disposición (eso es desapoderamiento) para ser liquidados en la quiebra. Así, lo que la norma dispone es que el fallido resultará privado de la administración y disposición de todos los bienes que adquiriera hasta su rehabilitación. Y esos bienes desapoderados son los que se destinan a la liquidación y al pago de los acreedores concurrentes (“viejos”). Resulta obvio decir que –a contrario– la norma implica que los nuevos bienes no son “desapoderables” (con lo que el fallido tiene su libre administración y disposición), y por ende no liquidables en la quiebra.

“Pero que los bienes nuevos no puedan ser desapoderados, no implica que no puedan ser agredidos *a título individual, luego de la conclusión* de la quiebra, por los acreedores viejos, porque no se prevé (como antes) la liberación de los saldos que no se pagaron en la quiebra”.

De ninguna de las dos disposiciones es posible inferir, según interpretamos, que exclusivamente los bienes desapoderados quedan afectados a la satisfacción de los acreedores anteriores (“viejos”), o desde otro lado: que los bienes que el fallido adquiriera luego de la rehabilitación no pueden ser atacados por los acreedores (insatisfechos) anteriores a la situación falencial. En definitiva, que con estos nuevos bienes, el fallido quede liberado de responder frente a su pasivo falencial insatisfecho.

Justamente, el ex artículo 253 de la LC era el que impedía que los acreedores “viejos” pudieran atacar los bienes “nuevos” (los adquiridos con posterioridad a la rehabilitación) por la liberación que allí consagraba.

“Podría existir entonces, una ‘permeabilidad’ de los bienes nuevos a la agresión de los acreedores viejos susceptible de ponerse en práctica tras la conclusión de la quiebra”.

Tal es así, que en la ley anterior, e incluso en las que la precedieron, estaban previstas las tres normas citadas (ex arts. 108, 111 y 253, ley 19.551) de cuya interpretación conjunta derivaba la intangibilidad de

las distintas masas (activas y pasivas) entre sí. Refuerza estas ideas, la circunstancia de que el mismo Poder Ejecutivo, al elaborar apenas sancionada la 24.522, un proyecto de ley de “fe de erratas” por el que se buscaba corregir algunas equivocaciones de la LCQ apuntadas por la comunidad jurídica, preveía la reincorporación en el texto legal de la norma hoy faltante³⁶.

Entendemos, por lo tanto, que existe en lo atinente a este efecto de “liberación de las deudas” tras la quiebra, *un vacío, una carencia de norma*, que conforme a la teoría trialista requiere de la *tarea de elaboración*.

Somos de la opinión de que esta carencia obedece a una supresión involuntaria del legislador de la ley 24.522, a raíz de la eliminación –tras la reforma– del capítulo referido a la rehabilitación del fallido, en el que se situaba el artículo 253 de la LC ahora inexistente. El legislador se ha olvidado de reglamentar el supuesto³⁷. Se trata pues, de una *carencia histórica de norma*.

A fin de *elaborar la norma*, enseña el trialismo que puede recurrirse a la autointegración (recurso a la justicia formal respecto de lo que ya está consagrado en el ordenamiento normativo) o a la heterointegración (referencia a la justicia material de lo que se considera justo)³⁸.

Según entendemos, es posible en este supuesto elaborar una norma por el procedimiento de la *autointegración* mediante el empleo de los *principios generales del Derecho*. Cuando el artículo 16 del Código Civil se refiere a los principios generales del Derecho, alude principalmente a los principios del Derecho positivo argentino³⁹, aunque también, como ha sido señalado, a los “principios que se consideran valiosos no positivizados”⁴⁰.

³⁶ El proyecto, elaborado por el Ministerio de Economía, no llegó a sancionarse. Incorporaba al art. 238 un 2º párrafo en el que disponía: “cesada la inhabilitación, se extinguen los efectos personales de la quiebra, y el fallido queda liberado de los saldos que quedara adeudando en el concurso respecto de los bienes que adquiriera con posterioridad”.

³⁷ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 289

³⁸ CIURO CALDANI, *La conjetura...* cit., p. 72.

³⁹ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 297.

⁴⁰ CIURO CALDANI, M. Ángel, *Bases para la interpretación de la ley 25.561*, en L. L. Supl. esp. *Emergencia económica*, abril de 2002, p. 28.

En este orden de ideas, en virtud de la ley 24.967 conocida como *Digesto Jurídico Argentino*⁴¹, se establece que “Para la integración e interpretación del ordenamiento jurídico argentino, el derecho histórico tiene valor jurídico equivalente a los principios generales del Derecho en los términos del artículo 16 del Código Civil” (art. 4º) y al “derecho histórico” la ley establece “lo integran las leyes nacionales derogadas o en desuso y su respectiva reglamentación” (art. 3º, inc. b).

Así, es posible recurrir a la ley 19.551 (derogada por la 24.522) como “derecho histórico” que contiene la norma (emergente del art. 253 hoy ausente) que integra, con valor jurídico equivalente a un principio general del Derecho (art. 4º de la ley 24.967) el vacío al que hemos hecho referencia, y afirmar así, que *es un principio general de nuestro Derecho Concursal* que el fallido rehabilitado se libera de los saldos que quedare adeudando en su quiebra con relación a los bienes que adquiriera después de la rehabilitación.

Algún autor, en razonamiento parecido (aunque sin alusión a principio o norma alguna), sin dejar de reconocer que “sorpresiva e inexplicablemente” la ley ahora no lo dice, afirma que es “nuestra tradición legislativa” la que impone la afirmación de la existencia del efecto de liberación del fallido⁴².

Puede asimismo recurrirse a *otros principios*.

Hoy nadie niega que en la quiebra, junto al interés de los acreedores a quienes debe satisfacerse, existen otros intereses que merecen protección: el interés del deudor, el de los trabajadores, el de la economía regional y nacional (a causa de la Ley de Encadenamiento del Crédito, etc.). Después de las últimas reformas incorporadas a la ley 24.522, este “crisol” de intereses en juego se hace más notable.

Al ponerse junto al interés de los acreedores el del deudor como posible centro de atención de la legislación, se considera factible y hasta conveniente que el deudor pueda remontar su insolvencia y reintegrarse a la actividad económica. Vemos entonces, que al contem-

⁴¹ Mediante la cual se ha emprendido –por intermedio del Poder Ejecutivo y con el seguimiento del Congreso– una tarea –en plena ejecución– de ordenamiento de nuestra legislación a fin de permitir la sanción de la ley de consolidación legislativa.

⁴² CONIL PAZ, *Conclusión...* cit., ps. 150 y 167.

plarse la posibilidad de tutelar al deudor, también emerge como principio el de la “salvaguarda de la integridad patrimonial del deudor”. De ello derivan no sólo los mecanismos reorganizativos (como es el caso de la conversión de la quiebra en concurso), sino también la rehabilitación personal y patrimonial, los límites temporales al desamparamiento, la exclusión de ciertos bienes, y también, según creemos, el de la liberación patrimonial por la rehabilitación.

También mediante el recurso a la justicia material (de lo que consideramos justo *–heterointegración–*) es posible obtener la norma que queremos elaborar.

Conforme al *principio supremo de justicia* que propone el trialismo, hay que adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente y se convierta así en persona⁴³.

Desde esta perspectiva, no parece dudoso que contribuye a la “personalización”, conferir al fallido la pronta recuperación de su aptitud patrimonial de modo tal que tras la quiebra no pueda verse perseguido por los viejos acreedores insatisfechos, y así a “comenzar de nuevo”, progresar económicamente, etcétera.

Es conocido el efecto liberatorio de las deudas que el Derecho norteamericano confiere al fallido a través del instituto de la *discharge* (descarga). Mediante la “descarga”, el deudor (persona física, pues no se confiere el beneficio a las personas jurídicas) es desobligado de determinados débitos reconocidos en el procedimiento, y en consecuencia los acreedores quedan sometidos a una prohibición de ejercitar una acción u otro medio extrajudicial dirigido a obtener el pago de los créditos alcanzados por la “descarga”. Así, las deudas beneficiadas no se convierten en una “carga” prolongada para el fallido y por lo tanto puede después de la “orden de descarga” encarar negocios y adquirir propiedad sin estar constreñido para la satisfacción de los débitos anteriores⁴⁴.

⁴³ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 416.

⁴⁴ Siempre existe cierta valoración de la conducta del fallido en el conferimiento del beneficio (están excluidos los que han incurrido en determinadas conductas dolosas o fraudulentas; recientemente los tribunales han referido al *honest but unfortunate debtor* como paradigma del beneficiado por la liberación) que puede sujetarse a condiciones (que haya transcurrido determinado plazo, pago de un porcentaje del crédito descargable

Se afirma que la *discharge* es un propósito muy significativo en la Ley de Bancarrotas⁴⁵, y que el deudor (persona física) tiene derecho a “poner el pasado detrás y avanzar con su vida”, a obtener un “fresco y nuevo comienzo” (*fresh start*), y que la liberación del deudor constituye el presupuesto psicológico para su reinserción en la sociedad, aun cuando el costo sea pagado por los acreedores y la sociedad en general, pues se estima que en el largo plazo, esos costos serán recuperados, no en términos monetarios, sino en términos de una sociedad humanamente más válida⁴⁶.

También a la reforma de la inhabilitación falencial por la ley 24.522 se le atribuye idéntico propósito. Así se ha señalado que la filosofía que inspiró el nuevo régimen de inhabilitación apunta a una rápida reinserción del fallido en la economía, permitiéndole un fresco y nuevo comienzo (*fresh start*), siendo la idea de una rápida rehabilitación del fallido uno de los tantos aspectos de la ley 24.522 tributario de la Ley de Bancarrotas norteamericana⁴⁷.

De este modo pensamos que se garantiza la *adecuación* de las normas a *los fines* de los repartidores.

o de los reconocidos en el procedimiento, inexistencia en un determinado tiempo anterior de otra “descarga”, etc.). Existen, además, numerosas deudas “no descargables”, entre ellas: créditos por impuestos, los obtenidos por maniobras fraudulentas (ej.: haber obtenido cosas a crédito por medio de engaño o falsa representación), los no denunciados oportunamente, las deudas por alimentos, préstamos estudiantiles, etc.

⁴⁵ Sin embargo, es de destacar, que acaba de entrar en vigencia una reforma al B. C. denominada “ley para la prevención de abusos en las quiebras y la protección del consumidor”, que viene a limitar aún más la posibilidad de acceso al beneficio (se exige la llamada “prueba de medios” para poder acceder a un procedimiento de liquidación del Capítulo 7) y que, según se explica, busca proveer un equilibrio más adecuado entre los derechos de los deudores y los acreedores, controlando el abuso de aquellos deudores que al amparo de la legislación concursal pretenden eludir el cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, sobresale el hecho de que esta reforma no ha recibido el beneplácito de la doctrina.

⁴⁶ GROSS, Karen, *Failure and Forgiveness*, Yale University Press, 1977, cit. por ALEGRIA, Héctor, *Los llamados pequeños concursos. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos*, en L. L. Supl. *Concursos y quiebras*, octubre de 2005, p. 2.

⁴⁷ Conf. LORENTE, *Inhabilitación...* cit., 1ª parte, p. 683, quien señala que filosóficamente la idea de una rápida rehabilitación del fallido es uno de los tantos aspectos de la ley 24.522 tributario de la Ley de Bancarrotas norteamericana.

La vinculación entre normas y casos, se produce en definitiva a través de la *aplicación*, tarea mediante la cual se pretende realizar la exactitud de la norma.

Corresponde nuevamente aquí, un “salto” de la fuente formal a la material a fin de apreciar el nivel de exactitud de las normas y corroborar, entonces, si la promesa que la norma describe como un pronóstico⁴⁸, se cumple.

Abordaremos pues, cómo son aplicadas por los encargados del funcionamiento las normas que venimos enfocando, tal como lo observamos en nuestra práctica profesional y asimismo desde los precedentes jurisprudenciales que existen sobre este tema.

A este nivel, pueden señalarse algunos “desajustes” entre la voluntad de los repartidores descripta en la norma y el cumplimiento de esa voluntad por los encargados del funcionamiento.

El primero de ellos, se relaciona con el acaecimiento “de pleno derecho” del cese de la inhabilitación.

Podemos afirmar sin hesitaciones, que el cese de la inhabilitación operado en la práctica nunca tiene lugar sin que medie una resolución judicial previa que así lo establezca obtenida luego de un procedimiento –no regulado– implementado por los jueces a tal fin.

En parte, esa “inexactitud” de la norma relativa al cese de la inhabilitación (en cuanto a que en los hechos siempre hay una resolución judicial) tiene su justificación: resulta difícil entender cómo podrá demostrarse y hacerse oponible el cese de un estado (la inhabilitación) sin una decisión judicial que así lo tenga por acaecido⁴⁹.

Pero además, en la práctica profesional (por lo menos la que nos toca vivir), la realidad de las cosas es muy diferente a la querida por el legislador. Así ante el pedido del afectado de que se tenga por cesada a su respecto la inhabilitación, es frecuente comprobar que los

⁴⁸ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 198.

⁴⁹ Alberto A. Conil Paz (*Conclusión...* cit., p. 163) sostiene que si bien de pleno derecho, es necesario un auto judicial que así lo establezca; elementales razones de seguridad, exigen, para el perfeccionamiento de ese importante efecto (cese inhabilitación), certeza y publicidad, aunque ello no significa reconocerle al tribunal discrecionalidad en orden al otorgamiento del beneficio. La resolución judicial tiene como función, simplemente, la de certificar el cumplimiento de un plazo.

magistrados disponen, cuanto menos, la tramitación del pedido con la sindicatura, y en algunos casos, hasta la formación de un “incidente de cese de la inhabilitación”. En todos los supuestos, aun en el genérico de cumplimiento del año, requieren previo a toda resolución, el diligenciamiento de oficios a los distintos juzgados de instrucción (o al Registro Nacional de Reincidencia) a fin de que informen sobre la existencia de procesos penales en trámite. Diligencia que debe impulsar el mismo inhabilitado, en su propio interés.

Por eso, la opinión de un autor que caracteriza este modo de operar del instituto como una “rehabilitación implícita”, resulta, en el foro al que pertenecemos, una expresión de deseos⁵⁰. Existe pues, a nuestro entender, un “derecho espontáneo” judicial (*usus fori*) que es seguido por los jueces quienes consideran esta forma de obtener el cese de la inhabilitación como digna de seguimiento.

Otra cuestión que evidencia cierta “inexactitud” de la norma que dispone el cese de la inhabilitación se relaciona con la clausura del procedimiento falencial por falta de activo que los encargados del funcionamiento han configurado en la práctica como circunstancia obstativa del cese de la inhabilitación.

Así, en la realidad de los casos, no sólo es condicionante del cese de la inhabilitación el “sometimiento a proceso penal” sino que, además, si el proceso de quiebra se clausuró por no existir activo, aun cuando estén dadas las demás condiciones legales para el cese de la inhabilitación, ésta no es conferida por el juez, y la misma resulta de hecho “prorrogada”⁵¹.

⁵⁰ Nos referimos al fuero civil y comercial de la ciudad de Rosario.

⁵¹ Conocemos un caso, en el que el juez resolvió denegar la petición del fallido (cuya quiebra se había clausurado por falta de activo) de que se declare el cese de su inhabilitación, sosteniendo que no se había instruido el proceso penal por la clausura (ni siquiera se había efectivizado la remisión del expediente a sede penal) y, por lo tanto, hasta que no mediara resolución del juez penal, no le era posible pronunciarse sobre la petición formulada. Ante tal resolución, y la falta de impulso de la remisión pertinente que permitiera obtener un pronunciamiento sobre la cuestión, el propio fallido decidió instar el proceso penal acompañando los antecedentes y solicitando se ordenaran las medidas que por derecho correspondieran. Lo paradójico de la cuestión es que la Fiscalía dictaminó que no era posible encuadrar la conducta del fallido en ninguno de los tipos de los arts. 176, 177 y 179 del CP, en razón de que no se trataba

El problema tiene su raíz en la incorrecta aplicación –según entendemos fundada en una errónea interpretación– del artículo 233 de la LCQ (que dispone que la clausura del procedimiento por falta de activo importa presunción de fraude y el juez comercial debe comunicarla al juez penal para la instrucción del sumario pertinente).

El equívoco comienza por asimilar “presunción de fraude” a “presunción de delito”. A la luz de los principios que rigen un sistema penal con base realista, la pretensión de acudir a ficciones o presunciones resulta absolutamente insostenible. Los jueces en lo penal no necesitan, ni les resulta útil, la presunción de fraudulencia de la ley mercantil pues tal presunción no alcanza para configurar un ilícito penal, dado que la falta de activo objetivamente considerada nunca podría satisfacer por sí sola y necesariamente el contenido de “sospecha bastante” para la imputación de un delito al fallido. Pero además, la presunción de fraude derivada mecánicamente de la falta de activo, no supone una apreciación subjetiva, no indaga en la conducta del fallido, y sabido es que para tener por configurado un delito, resulta imprescindible la prueba de la culpabilidad. El principio de inocencia de la Constitución Nacional, impide cualquier presunción en tal sentido.

Pero más allá de cualquier interpretación contraria⁵², lo que debe categóricamente rechazarse es la posibilidad de que con base en tal conclusión se disponga de hecho la prórroga de la inhabilitación fallencial.

No puede resolverse en tal sentido porque la remisión de los antecedentes a la justicia penal no implica automática ni necesariamente el sometimiento del sujeto implicado a proceso penal, lo que dependerá

de un comerciante, y además porque conforme al dictamen de la sindicatura su conducta había sido configurada como culpable, lo que obstaba también al encuadramiento. Así el juez decidió, finalmente, luego de dos años de “idas y vueltas”, declarar el cese de la inhabilitación (“Sánchez, Clarisa c/Temporelli, Gabriel s/Quiebra”, expte. 728/93, JCCom. de la 10ª Nom. de Rosario, resolución firme).

⁵² Interpretan “presunción de fraude” como “presunción de delito”, ESCUTI, Ignacio A. y JUNYENT BAS, Francisco, *Concursos y quiebras. Reforma del régimen concursal (ley 24.522)*, Advocatus, Córdoba, 1995, p. 213, y BARBIERI, Pablo, *Nuevo régimen de concursos y quiebras*, Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 430; RIVERA, *Instituciones...* cit., p. 275.

de que el juez penal, una vez recibidos los antecedentes del trámite concursal y luego de una ponderación de los elementos concretos del caso, estime que existe un hecho con relevancia penal que justifique la persecución. No es posible entonces, adjudicar a dicha presunción de delito carácter vinculante o habilitante de la instancia penal en forma automática –y en virtud de ello, no conferir el cese de la inhabilitación–, pues sólo será el juez penal quien disponga eventualmente el llamado a indagatoria del fallido y con ello su sometimiento a proceso penal (si se entiende de ese modo, ya que incluso algunos piensan que todavía no existirá)⁵³.

Por último, afecta a la exactitud de la norma que establece el cese de la inhabilitación, el precepto contenido en el subordenamiento fiscal provincial (Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe, art. 36, inc. 3º) que impone el pago de un sellado especial de justicia por el pedido de rehabilitación, el que es exigido con carácter previo al dictado de la resolución de cese de la inhabilitación, a fin de evitar las responsabilidades que implica para los funcionarios judiciales su falta de cumplimiento. Se agrega así, un requisito más a la obtención de la rehabilitación.

Las cuestiones señaladas evidencian, en lo concreto, un divorcio (tensión) entre el autor de la norma y el encargado del funcionamiento que impide, en los casos en que así se hace funcionar, que el reparto proyectado (norma) se convierta en reparto realizado.

⁵³ En aplicación del criterio sustentado, en el sentido de que no basta la presunción de delito para prorrogar la inhabilitación, la Cámara Comercial, sala D, resolvió: “La circunstancia de que el juez comercial ordene librar oficio a la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional para que se dé intervención a juez de Instrucción que corresponda, no es obstativo para hacer lugar al pedido de levantamiento de la inhabilitación, dado que, como en el caso, ha transcurrido sobradamente el plazo de un año a partir de la fecha de quiebra. Dicho plazo retomaría su vigencia si el inhabilitado es sometido a proceso penal”. En el caso, el juez de 1ª instancia había resuelto ordenar oficios a la justicia penal formulando denuncia contra los exadministradores inhabilitados, por presunta comisión del delito del art. 176, 2º del CP (“Tomisco SA s/Inc. de calificación de conducta”, del 7-6-96, BJCCom. Ficha Nº 24.790). En idéntico sentido: CNCom., sala B, 26-12-97, “Compapel SRL s/Quiebra”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 2000-1, sec. Jurispr., área Concursos, p. 470, nota a pie 17.

Debemos señalar, que no conocemos hasta ahora, ningún caso en que se haya hecho aplicación de la norma elaborada relativa a la liberación del fallido, encontrándose el problema que hemos indicado como de carencia de norma en un estadio “doctrinario”.

Debe señalarse la escasa *argumentación* que acompañó la sustancial reforma del instituto de la inhabilitación operada en virtud de la ley 24.522. El mensaje de elevación y los antecedentes parlamentarios dedican escuetas referencias al nuevo régimen implementado (que eliminó la anterior calificación de conducta del fallido), intentando convencer de su necesidad por tratarse de “un requerimiento largamente procurado por parte de la doctrina y la jurisprudencia”⁵⁴, aunque no se hace alusión en ningún momento a la consulta de la voluntad de la comunidad en orden a la reforma proyectada. También se adujo que no correspondía que un juez comercial deba encarar cuestiones penales, las que deben ser dilucidadas en el ámbito respectivo. Se utilizó asimismo como argumento el de la “inexactitud” de las normas sobre calificación de conducta⁵⁵.

En otro orden de ideas, la tarea de *argumentación* –del encargado del funcionamiento y del beneficiario– cobrará relevancia en los casos en que se pretenda impedir el cese de la inhabilitación o limitar sus efectos.

También pensamos que será necesaria una labor de *síntesis* a fin de “ajustar” las diversas normas emergentes de leyes especiales que con relación a un mismo sujeto fallido pueden reclamar aplicación en un caso concreto (ej.: un fallido, de profesión contador, que quiere ser síndico en procesos falenciales, quien puede verse afectado por inhabilidades emergentes de la normativa que regula la profesión de contador por un lado, y la función de síndico concursal por otro)⁵⁶.

⁵⁴ Mensaje de Elevación del Proyecto, luego sancionado como ley 24.522. Punto I, *Consideraciones generales*, ítem 10. Asimismo, las exposiciones de los legisladores citados en nota 19.

⁵⁵ *Antecedentes parlamentarios...* cit., exposición del senador Aguirre Lanari, párrafo 184, quien argumentó: “En lo que refiere a la calificación de conducta, la práctica ha demostrado su falta de efectividad”.

⁵⁶ El caso fue resuelto por la SCJ de Mendoza, sala I, 11-7-2003, “Granjeros del Este Coop. s/Conc. prev.” (J. A. del 7-1-2004, p. 71; L. L. Gran Cuyo, marzo de 2004, p. 97).

En el despliegue *conjetural* del funcionamiento de las normas sobre cese de la inhabilitación y sus efectos, podemos destacar la conjetura –observable en la práctica profesional– que los fallidos (como futuros beneficiarios) realizan en punto a la aplicación de dichas normas cuando existe la posibilidad de que su proceso falencial concluya por falta de activo. Así, es posible advertir que ante la suposición de que tal clausura impedirá obtener el cese de la inhabilitación, los fallidos procuran “evidenciar” algún activo que, aunque insuficiente para satisfacer a sus acreedores, permita excluir la aplicación por el juez concursal del precepto del artículo 233 de la LCQ. De este modo las normas surten efectos por vía conjetural: no se “esconden” los activos porque se conjetura que ello significará el dictado de una norma perjudicial: la sentencia que deniega la rehabilitación.

c) *Su inserción en el ordenamiento normativo*

Reflexionamos, por último, sobre la inserción y el impacto de las normas que enfocamos en el *ordenamiento normativo*.

Al haberse derogado el régimen de calificación de conducta de la ley 19.551 (reemplazado por la inhabilitación automática) sin tenerse en cuenta la infinidad de efectos especiales (establecidos por normas no concursales) dispersos en el ordenamiento que en su operatividad dependían de una previa calificación, las normas analizadas no se engrazan armónicamente con las demás vinculadas a los efectos de la inhabilitación falencial, provocando contradicciones, y restándole *coherencia* del sistema. De este modo, las nuevas normas y las anteriores no se relacionan entre sí adecuadamente, dando lugar a los problemas que hemos puesto en evidencia.

El ordenamiento normativo se rige a través del funcionamiento de las normas⁵⁷, pero se señala como efecto propio sobre aquél, el caso de la elaboración de normas en supuesto de carencia, dado que la elaboración de una norma configura la integración de una laguna del ordenamiento normativo. Al abordar el funcionamiento de la norma que establece los efectos del cese de la inhabilitación falencial, evidenciamos que existe

⁵⁷ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 342.

una carencia de norma, y propusimos la elaboración de una para rellenar el vacío, *integrando* de ese modo el ordenamiento.

Cabe preguntar, finalmente, si las normas estudiadas describen con acierto *la voluntad colectiva con respecto al orden de repartos deseado*, contribuyendo así la *fidelidad del ordenamiento normativo*.

Y respondemos que esa voluntad no parece haber sido consultada por el legislador.

Así lo puso en evidencia el doctor Rouillon en su exposición ante el Parlamento en las jornadas organizadas por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados vinculadas al tratamiento del Proyecto de Reforma a la Ley de Concursos, luego ley 24.522:

“Si de la legislación concursal sale la calificación de conducta, creo que el debate –*que aún no está agotado porque ni siquiera se ha iniciado*– consistirá en si *la sociedad* quiere o no mantener algún tipo de represión para aquellos que han provocado la insolvencia en ciertos casos, en determinadas circunstancias y con ciertas conductas. Dicho debate será primero político y podrá o no instalarse en la comunidad...”⁵⁸

Motivados por esas palabras, emprendimos hacia fines de 1999 una encuesta de opinión⁵⁹ a fin de sondear la sensibilidad social en torno a la problemática de aplicación de sanciones y/o restricciones a la persona física fallida (y los demás sujetos pasibles de inhabilitación). Al evaluar sus resultados, pudimos comprobar que la sociedad requiere aún sanciones o restricciones para el fallido, pero la mayoría de los encuestados cree que para aplicarlas es necesario diferenciar entre las distintas conductas desplegadas por los implicados con anterioridad a la situación falencial, de manera que no debe tratarse a todos con igual parámetro (como ocurre hoy con la ley 24.522). Asimismo, que en cuanto a la duración de las sanciones o restricciones, sólo un ínfimo porcentaje de respuestas se pronuncia por su aplicación en tiempo menor a un año, mientras que la mayoría entiende que la extensión

⁵⁸ ROUILLON, *Antecedentes...* cit., p. 432.

⁵⁹ Efectuada en la ciudad de Rosario en los meses de setiembre, octubre y noviembre de 1999 y llevada a cabo por alumnos de la cátedra de Derecho Comercial III de la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, de la UNR. La encuesta y sus resultados puede consultarse en nuestra obra antes citada, ps. 113 y ss.

de la inhabilitación debe oscilar entre uno y cinco años, esto es, por un lapso genérico *mayor* al actual.

Parece así, que el sentir social (*la voluntad colectiva con respecto al orden de repartos deseado*) se veía reflejado más fielmente en el régimen de calificación de conducta derogado que en el sistema actual de inhabilitación (y posterior rehabilitación), que no diferencia supuestos y que reduce temporalmente las restricciones.

4. Dimensión sociológica

Enfocaremos ahora, los *repartos* –adjudicaciones de potencia e impotencia atribuible a seres humanos determinados o determinables– que las normas captan.

a) *Estructura, clases y orígenes del reparto*

A fin de reconocer un reparto, se debe apreciar su *estructura*, atendiendo a quiénes reparten (repartidores), quiénes reciben (recipiendarios), qué se reparte (objeto del reparto), de qué manera se llega a la decisión (forma) y cuáles son las razones respectivas, distinguiendo entre móviles, razones alegadas y razones sociales⁶⁰. Será también relevante aludir a los alcances del reparto.

La rehabilitación (cese de la inhabilitación) y los efectos que de ella derivan son asignados por el legislador (*repartidor*), aunque por el modo en que las normas operan en la práctica (tal como relatamos en la tarea de aplicación), quien termina siendo repartidor en los hechos es el encargado del funcionamiento, que como hemos visto, no siempre lo hace conforme el legislador lo previó.

El *recipiendario beneficiado* directo es la persona física fallida pero el alcance del reparto es mayor, pues la potencia que se adjudica llega también a la familia del recipiendario, a su entorno laboral, a los entes o asociaciones a los que pertenece y a la sociedad entera. Esto se comprende cuando se alcanza a ver que las consecuencias negativas de la quiebra (que en parte se quieren relevar mediante el cese de la inhabilitación) “no inciden solamente sobre la persona del deudor sino

⁶⁰ CIURO CALDANI, *La conjetura...* cit., p. 58.

generalmente sobre toda la familia [...] y repercuten en particular sobre los niños”⁶¹, y que dichas consecuencias “interfieren en la calidad de vida y en muchos aspectos pueden acarrear serias consecuencias para el deudor y para su familia y su proyecto de vida (*way of life*). Él concluye aislado socialmente o retraído sobre sí mismo”⁶².

El *objeto* del reparto es, genéricamente, una *potencia*: “la rehabilitación”, es decir, el restablecimiento para el fallido del goce y ejercicio de todos los derechos de que fue privado en virtud de la inhabilitación falencial. Es innegable que ello favorece y enaltece la vida. El fallido es así “reinstalado” en su habilidad plena. También significa la *impotencia* para la sociedad en general de no poder impedir, a partir del cese de la inhabilitación, que el sujeto “rehabilitado” se conduzca como tal, es decir, de igual modo que lo hacía antes de la quiebra. Aunque como explicamos oportunamente, pueden existir efectos que no cesen en virtud del desajuste entre el nuevo sistema y las normas anteriores no modificadas.

Teniendo en consideración los efectos (patrimoniales) de la rehabilitación, aunque se asigna también la potencia de reiniciar la administración y disposición de los bienes, ello será así pero sólo con relación a los que el fallido adquiriera luego del cese de la inhabilitación (art. 107, LCQ), por lo que la potencia asignada en este punto no es plena en sus alcances.

En cuanto a la *forma* en que se llega al reparto, hemos visto que las normas indican una: “de pleno derecho” (por lo tanto una imposición), pero que la realidad demuestra –mal que le pese al legislador– que para obtener el cese de la inhabilitación y sus efectos, debe transitarse un proceso.

Importa conocer las *razones* del reparto. En tal sentido se diferencia entre las razones alegadas, los móviles y las razones sociales.

Las *razones alegadas* por el legislador para imponer el cese de la inhabilitación de modo automático transcurrido un año sin calificación

⁶¹ MIMOLA, A. Carlo, *Per una breve storia della riforma delle procedure concorsuali*, cit. por ALEGRIA, ob. cit., p. 2.

⁶² Costumer Debt Report, *Report of findings and recommendations*, Insol International, Londres, mayo de 2001, cit. por ALEGRIA, ob. cit., p. 5.

de conducta han sido las siguientes: que la reformulación del régimen sancionatorio era una exigencia largamente postulada por la doctrina y jurisprudencia⁶³; que debía trasladarse la cuestión de las posibles sanciones personales derivadas de ilícitos económicos al ámbito respectivo (penal) y que el régimen de inhabilitación automática (y consecuente cese automático) sería más eficaz que el anterior⁶⁴.

Cabe preguntarnos si tal vez los *móviles* no pudieron ser otros. El legislador concursal era plenamente consciente de las falencias de la justicia penal en orden a la persecución de los llamados “delitos económicos”. Ello fue puesto en evidencia por algunos de los legisladores y otros expositores a la hora de discutir el proyecto, quienes manifestaron su preocupación por la posible desincriminación de conductas ilícitas a la que podría llevar la reforma de no ser acompañada de una de reformulación de los delitos por quiebra y de la justicia en lo penal económico⁶⁵. ¿Pudo ser el móvil, no confesado, mayor impunidad para los delitos de quiebra?

En punto a las *razones que atribuye la sociedad* al reparto, es posible entender que ellas radican en que se considera valioso que el fallido se reinerte plenamente en la sociedad. Sin embargo, no parece que las razones de los repartidores coincidan exactamente con las razones sociales, por lo menos en cuanto al modo de operar del cese de la inhabilitación y su extensión temporal, tal como lo pone en evidencia las conclusiones de la encuesta que más arriba citamos.

El cese de la inhabilitación (o rehabilitación) y los efectos que de ella emergen configuran un *reparto autoritario* del legislador, ya que el reparto se desenvuelve sin que importe la conformidad o disconformidad del beneficiario. Desde el trialismo se pone en claro, sin embargo, que por lo general, el reparto autoritario ordenancista (es decir el contenido, tal el caso, en un mandamiento general como la ley) es inimaginable sin repartos autónomos enquistados, pues siempre

⁶³ Punto 10 del mensaje de elevación del Proyecto de Reforma, luego ley 24.522.

⁶⁴ *Antecedentes parlamentarios...* cit., exposición del miembro informante del dictamen de mayoría, senador Branda, párrafs. 42 y 43, p. 199; senador Aguirre Lanari, párragr. 184, p. 220.

⁶⁵ *Antecedentes parlamentarios...* cit., exposición del diputado Polino, párragr. 372, p. 379; Dr. Manóvil, p. 423; Dr. Bergel, p. 425.

existe un margen de libertad para su cumplimiento; la concesión de libertad o facultades y su aceptación por el destinatario al hacer uso de ella configuran un reparto autónomo⁶⁶.

El *origen* del reparto del legislador puede ser encontrado en un proceso que se inició con el *reconocimiento* de una realidad problemática: el atosigamiento de los tribunales por los trámites de calificación de conducta (sociológica); la falta de aplicación concreta de las normas respectivas (normológica) y la injusticia (axiológica) causada por la sumisión del fallido a un lapso de inhabilitación que (al no concretarse el incidente de calificación del cual pendía la rehabilitación) terminaba superando al máximo previsto. Se tomó así la *decisión* de reducir la inhabilitación y aplicarla sin necesidad de trámite alguno, al igual que el cese de la misma, con la finalidad de obtener mayor eficacia⁶⁷; *efectivizándose* finalmente el reparto a través del proyecto convertido en ley.

b) *Límites al funcionamiento*

El funcionamiento del reparto tropieza con algunos *límites* fundamentalmente en lo relacionado con los efectos patrimoniales asignados al cese de la inhabilitación.

En tal sentido, subsiste cierta resistencia en el ámbito negocial a tener por plenamente restablecido en sus capacidades al “rehabilitado”. Ello porque pese a tal rehabilitación sigue siendo “fallido”, condición que sólo redime la conclusión de la quiebra. Y aunque en principio no debieran existir límites a su capacidad de obrar (la que únicamente se restringe a su actuación respecto de los bienes desapoderados), lo cierto es que a la hora de “hablar de negocios” el rótulo de “fallido” (aun rehabilitado) influye negativamente. Pareciera así, que el restablecimiento de la confianza en la persona que quebró (puesto en crisis por la misma quiebra) no se asocia con el cese de su inhabilitación.

Pueden existir otros límites, derivados de la concreta *situación socioeconómica* del fallido. Así el reapoderamiento que la rehabilitación

⁶⁶ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 69.

⁶⁷ *Antecedentes parlamentarios...* cit., exposición del Dr. Rivera, p. 416.

asigna podrá ser tal si en definitiva el fallido tiene alguna capacidad económica para generar nuevos bienes, ya que los “viejos” continúan desapoderados.

Creemos que también constituye un límite la ausencia del Registro Nacional de Concursos⁶⁸ que permitiría hacer público de modo extenso (en todo el territorio nacional) el cese de la inhabilitación. Piénsese que contrariamente, respecto de la quiebra en sí misma y la inhabilitación por ella provocada, existen innumerables registros que la anuncian (públicos y privados) al alcance de cualquier interesado. También implicaría un límite al cese del desapoderamiento que la rehabilitación causa, la imposibilidad de escindir en el Registro de la Propiedad la inhibición general de bienes. Siendo que el cese del desapoderamiento significa la facultad de administrar y disponer de los bienes que se adquiriera en lo sucesivo, los que no son objeto de liquidación en la quiebra en la que se es rehabilitado, debiera poder disponerse de ellos libremente, pero la inhibición general que subsiste hasta la conclusión de la quiebra impide que ello ocurra. Para que la administración y disposición de los bienes “nuevos” fuera ampliamente ejercitable sería necesario que el Registro General “diferenciara” en la inhibición general de la quiebra el período pre y postrehabilitación, lo cual hasta el momento es impracticable.

Estos límites *frustran* en alguna medida la plenitud del reparto.

c) *Su inserción en el régimen de repartos*

Desde la perspectiva del *régimen*, los repartos que analizamos se engarzan dentro de un *plan de gobierno* cuyos *criterios de reparto* pueden leerse en el Mensaje de Elevación que acompañó el Proyecto de Reforma, hoy ley 24.522. Así, la modificación operada en la inhabilitación falencial, responde a los criterios de “flexibilización de los procedimientos”, “acotamiento de poderes decisorios del magistrado”, “abreviación de los plazos y simplificación de los procedimientos en el régimen de quiebra”, “economía en los costos concursales”⁶⁹. Es

⁶⁸ La creación de este Registro está prevista por el art. 295, LCQ pero hasta la fecha no tenemos noticia de su puesta en funcionamiento.

⁶⁹ Mensaje de Elevación del Proyecto de Reforma.

interesante señalar que según los legisladores los repartos plasmados en la normativa que se proyectaba, tenían su origen y fundamento “en la consideración de una realidad fáctica nacional que revela un pleno proceso de transformación económica”⁷⁰.

Pensamos, sin embargo, que esos criterios están cambiando en parte, y existe cierta *evolución* puesta de manifiesto por las reformas ya operadas en la ley 24.522 (a raíz de la crisis sufrida en el año 2002) y también por los proyectos de reforma que están en tratamiento legislativo actualmente⁷¹, los que a nuestro entender no reflejan los mismos criterios de reparto que los imperantes en el momento de sanción de la ley 24.522. Así, el *plan de gobierno en marcha* hoy, no parece ser idéntico al que sustentó la reforma de 1995. En otro orden de ideas, la práctica judicial de someter como regla al cese de la inhabilitación a trámite y resolución previa, ha sido consecuencia de un “seguimiento” por *ejemplaridad*.

5. Dimensión dikelógica

a) *Los valores ínsitos. Las clases de justicia*

Desde la perspectiva trialista, los repartos y las normas que los captan son valorados por la justicia, máximo valor que ha de realizar el Derecho⁷².

Interesa además, para enriquecer el análisis desde el punto de vista axiológico, vislumbrar qué otros valores entran en juego en las normas que estudiamos.

El cese de la inhabilitación y sus efectos evidencian como valores implicados: el de “reinserción” del fallido en los diferentes ámbitos de los cuales se vio excluido; el de “utilidad” que tal reinserción implica tanto para el propio fallido como para la sociedad; el de “celeridad” en cuanto a la desaparición de las restricciones en un tiempo relativamente breve (por lo menos, en la pretensión del legislador); “ex-

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ Uno de los cuales acaba de ser sancionado: ley 26.086 modificatoria de la ley 24.522.

⁷² CIURO CALDANI, *Lecciones...* cit., p. 70.

culpación” por no vincularse la rehabilitación y sus efectos a una conducta culpable o dolosa; “confianza” en que el fallido podrá “comenzar de nuevo”; “liberación” por la redención definitiva de las deudas que –según la integración que propusimos– la rehabilitación significa; etcétera.

Desde la perspectiva de las *clases de justicia*, atendiendo a quienes reparten, se reconoce la justicia *extraconsensual* proveniente de un repartidor infrautónomo (el legislador), y en atención a quienes reciben, se realiza justicia *sin acepción de personas* ya que el cese de la inhabilitación y sus efectos beneficia a todos los sujetos fallidos por igual, sin consideración especial de personas. También se reconoce la justicia *espontánea* (no dependiente de contraprestación). Por otro lado y en vinculación con el orden de repartos, se vislumbra una justicia *gubernamental, sectorial* (ya que refiere a un sector del régimen: los fallidos) y, según lo entendemos, tanto *particular* como *general*, pues las potencias que mediante el cese de la inhabilitación se asignan miran tanto al bien de los individuos como al bien de la sociedad en general, a quien no beneficia tener en su seno a una persona restringida en sus facultades.

b) Consideraciones de axiología dikelógica

La rehabilitación y sus efectos implican, como toda justicia humana, recurrir a “fraccionamientos” productores de seguridad jurídica. La pantonomía de la justicia no es obtenible por el hombre.

Es evidente en este caso, el *fraccionamiento del complejo temporal*, ya que se ha elegido un término preciso (un año) como tiempo para considerar al fallido “rehabilitado” sin que ello tenga otro sustento que el mero transcurso de un tiempo designado por arbitrio del legislador.

Aunque no hemos referido al supuesto (por no ser objeto de nuestro trabajo), sí tenemos en cuenta que el cese de la inhabilitación se aplica, no sólo al fallido persona física sino también a los administradores y exadministradores de la persona jurídica fallida también inhabilitados (art. 235, LCQ); se evidencia un *desfraccionamiento del complejo personal*, pues se amplía el espectro de personas alcanzadas.

Si bien la imposición de la inhabilitación significa un fraccionamiento del complejo real y de los antecedentes, pues se trata de una restricción que se aplica por el solo hecho de la quiebra⁷³ sin tener en cuenta la faceta subjetiva⁷⁴, por el contrario, el cese de la inhabilitación al relacionarse en su operatividad con una posible conducta delictual significa un *desfraccionamiento del complejo real*.

El legislador ha resuelto no beneficiar con el cese de la inhabilitación y los efectos de ella derivados, a la persona jurídica (art. 237, LCQ), si no media conversión o conclusión de la quiebra, por lo que en este aspecto existe un *fraccionamiento del complejo personal* y también de *las consecuencias* que no alcanzan al ente jurídico.

La posibilidad de “restablecer” la inhabilitación ya cesada (por la rehabilitación) a consecuencia del sometimiento del fallido a proceso penal con posterioridad, significa un *desfraccionamiento del porvenir*.

c) *Consideraciones de axiosofía dikelógica*

Conforme enseña el trialismo, el *principio supremo de justicia* consiste en asegurar a cada persona una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona⁷⁵.

Y desde ese principio supremo, analizaremos ahora, cómo *deben ser* los repartos que hemos abordado para poder ser considerados justos: quién debe repartir, quién debe recibir, qué se debe repartir, cuáles deben ser las razones y la forma del reparto.

Con relación a la *legitimidad de los repartidores*, siendo que estamos en presencia de repartos autoritarios (llevados a cabo por repartidores poderosos), que al decir de Goldschmidt “cuestan una injusticia”⁷⁶, pues constituyen una intervención en la esfera de libertad

⁷³ FERNÁNDEZ MOORES, Javier, *Las inhabilitaciones en la ley 24.522*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 11, *Concursos y quiebras – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 101; LORENTE, *Inhabilitación...* cit., p. 683.

⁷⁴ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 411: “En numerosos casos, el derecho no enfoca sino el aspecto objetivo de un acto, sin tener en cuenta para nada, o sin contemplar suficientemente, la faceta subjetiva”.

⁷⁵ Ídem, p. 417.

⁷⁶ Ídem, p. 420.

de los interesados, lo deseable sería un reparto autónomo en el que el propio interesado (el fallido) se adjudicara las potencias que conlleva la rehabilitación cuando lo considerara necesario y sin depender de otro requisito que su propia decisión. Sin embargo, existe un acercamiento a los repartidores autónomos al tratarse de un repartidor infautónomo (el legislador) que goza de una “autorización inferior” de los interesados.

En orden a la *justicia de los beneficiarios* y el mérito o el merecimiento que legitimaría su carácter, pensamos que podrían existir razones en justicia para fundar el cese de la inhabilitación y sus efectos tanto en uno como en otro. Es una cuestión discutible (y el debate ocupó al propio legislador) si puede considerarse más justa una rehabilitación fundada en “merecimientos” (vinculados a la necesidad) o en “méritos” (fundada en la conducta). Lo que no nos parece legítima, en orden al respeto del principio supremo de justicia, es la vinculación del cese de la inhabilitación y sus efectos con una conducta de índole penal como la que ha consagrado la ley 24.522.

Debemos analizar también la *justicia del objeto del reparto*, reflexionando acerca de si el mismo es “repartidero”, o sea, si merece ser repartido, ya que en definitiva lo que hay que repartir son potencias e impotencias justas, en última instancia valiosas. Y como se ha dicho, el análisis se esclarece y se modifica cuando las potencias e impotencias se consideran a la luz de todos los valores a nuestro alcance y todos los sentidos del material estimativo de la justicia en el Derecho⁷⁷.

Pensamos así, que la potencia que significa la “rehabilitación” es repartidera. Lo es a la luz del valor *libertad*, pues el cese de la inhabilitación permite un ejercicio más pleno de ella y desde el valor *conducción*, ya que la conducción ajena (el reparto que asigna la rehabilitación) permite al fallido “reconducirse” a sí mismo y por ello ser más libre. Es repartidera adjudicarla en referencia al valor *utilidad*, tanto desde la perspectiva individual como de la sociedad en su conjunto. La misma conclusión resulta con referencia al valor *creatividad* que la potencia asignada estimula.

⁷⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Sistematización trialista de los objetos repartideros*, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR*, N° 16, p. 45.

En definitiva, es repartidera la rehabilitación desde la atalaya del valor *humanidad*, pues el restablecimiento para el fallido del goce y ejercicio de los derechos de que fue privado por la inhabilitación, le ayuda a realizar el “deber ser cabal de su ser: el de «ser humano»”.

Enriquece las posibilidades de la justicia, adjudicar al sujeto fallido el derecho a participar, a través del restablecimiento de sus prerrogativas (como consecuencia de la rehabilitación), de la totalidad de las adjudicaciones, y fundamentalmente es repartidero que cada sujeto cuente con su presente y participe en el de la humanidad toda, así como en su porvenir.

Es repartidero que cada hombre pueda proyectarse al complejo real, de modo que alcanza su máxima expresión en la propiedad⁷⁸. El cese del desamparamiento que la rehabilitación implica, facilita el ejercicio de ella.

A iguales conclusiones se arriba al reflexionar con referencia a la “liberación” de deudas que el cese de la inhabilitación genera, si se comparte la integración normativa que propusimos al desarrollar el funcionamiento de las normas. Remitimos a las consideraciones axiológicas formuladas en esa oportunidad.

Fundamentalmente creemos que la “liberación” significa un fraccionamiento del pasado que resulta justo si se mira el porvenir. Como dijimos antes, el deudor tiene derecho a “poner el pasado detrás y avanzar con su vida”.

Desde la óptica de la *forma del reparto*, y tratándose como hemos visto de un reparto autoritario, su forma justa es el proceso, con la debida audiencia del interesado. Ello no es lo que previó el legislador, quien como camino para el reparto utiliza la imposición. Sin embargo, la aplicación de la norma por los encargados del funcionamiento, aunque extralimita la voluntad del legislador, viene a justificar el reparto autoritario al instaurar como camino para obtener el cese de la inhabilitación un proceso con posibilidad de audiencia del fallido. Es así que la inexactitud de la norma contribuye sin quererlo a su justicia.

En cuanto a *las razones*, el reparto del legislador denota, según pensamos, un discurso de escasa fundamentación. Habría sido más

⁷⁸ Ídem, p. 50.

justo un debate mayor y una fundamentación más adecuada a la trascendencia de la reforma que se proponía. De todos modos, la poca fundamentación brindada tiene en sí misma justicia.

En su inserción en el *régimen*, el cese de la inhabilitación y sus efectos vienen a restablecer la *igualdad*, la *unicidad*, la *libertad* y la *vida en comunidad*, afectadas por la inhabilitación previa, haciendo al régimen más humanista, aunque no por ello deja de ser *intervencionista paternalista*, pues en definitiva resuelve en lugar del propio interesado lo que le conviene.

La rehabilitación significa también un medio de protección del individuo contra *los demás individuos*, procurando evitar que en adelante se le nieguen oportunidades económicas y de desempeño de roles diversos en el seno de la comunidad. En cierta medida también se intenta protegerlo contra *los demás*: la miseria en que podría caer si a su desafortunada situación falencial se le agrega la imposibilidad de “comenzar de nuevo”.

6. Valoración propia

¿Significa lo hasta aquí expuesto que entendemos plenamente justo el reparto del legislador?

No.

La valoración del cese de la inhabilitación y sus efectos ha despertado en nosotros un *sentimiento de justicia* que nos urge explicitar pero que intentaremos encauzar dentro de las enseñanzas de la teoría trialista.

Si de alguna manera hemos legitimado el cese de la inhabilitación y sus efectos, es porque constituye el modo de poner fin a otro reparto (presupuesto del analizado) que en función de lo que diremos estimamos injusto (aunque *justificado*): la inhabilitación que es consecuencia de la quiebra.

Entonces, para no caer en una “mera admisión de la voluntad de repartir”⁷⁹ pero al mismo tiempo evitar que nuestras conclusiones aparezcan como simples opiniones personales, nos valemós también aquí

⁷⁹ CIURO CALDNI, *La conjetura...* cit., p. 86.

de las categorías de análisis del trialismo en su evolución posterior a Goldschmidt, que nos permiten expresar esas ideas fundadamente.

Así, entendemos que desde una perspectiva de “justicia dinámica”, “con miras a un mundo mejor” (*justicia de llegada*) y para “incrementar las condiciones de personalización”, “la persona física fallida no debe ser sometida a restricción personal alguna, ni debe ser privada de la facultad de administración y disposición de los bienes que adquiriera *luego* de la quiebra”.

Bien se ha dicho que “es ilegítima toda impotencia que pueda evitársenos, la justicia diacrónica requiere que en la llegada se alcance el máximo de incremento de nuestras potencias y de disminución de nuestras impotencias. El progreso exige que los seres humanos, muchas veces desjerarquizados, seamos cada vez más beneficiarios beneficiados y cada vez menos beneficiarios gravados”⁸⁰.

Y en ese orden de ideas, pensamos que la impotencia que la inhabilitación falencial conlleva puede ser evitada y que *la legislación concursal debe progresar en aras de una mayor personalización del fallido*.

Es que cuando se analiza el fundamento de las inhabilitaciones por quiebra hoy vigentes, se descubre que muchas de las restricciones que se imponen al sujeto quebrado en nuestros días, son las mismas que se regulaban en las leyes del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Ello así, no sólo porque algunas de ellas aún subsisten, sino también porque las disposiciones más nuevas, o bien recogen las inhabilitaciones previstas por las normas a las que sustituyen, o en definitiva son manifestaciones concretas de las establecidas con carácter general por las antiguas.

Es indudable que existe en ellas un resabio del carácter sancionatorio e infamante con que nació el procedimiento de quiebra. Resuena todavía en varias de las inhabilitaciones que se aplican al fallido, la sentencia de Baldo: “*est decoctor, ergo fraudator*”, lo cual puede corroborarse en el hecho de que muchas de las inhabilidades especiales que se regulan, colocan al fallido junto a otros sujetos condenados por determinados delitos.

⁸⁰ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)*, en D. T. 123-724.

Profundizando en el significado de las inhabilitaciones, podemos señalar que siempre se consideró que la quiebra de un sujeto con el incumplimiento general de las obligaciones que la determina, revela la pérdida del crédito por el deudor, pérdida que se reflejará en todas las esferas de la actuación humana en la que el crédito sea un elemento importante⁸¹.

El crédito, entendido como la confianza (*credere*) en que el deudor pagará al vencimiento las obligaciones, puede basarse tanto en bienes patrimoniales como en calidades personales (honorabilidad, capacidad profesional, etc.). La desconfianza que acarrea la quiebra, será así el fundamento para imponer la prohibición de ejercer el comercio: el fallido no ha hecho honor a la confianza depositada en él y ha perturbado las relaciones comerciales, por lo que es excluido del tráfico hasta que recupere el crédito. Asimismo, también la pérdida de confianza en su capacidad de administrar sus propios bienes, será la razón de impedírsele la de bienes ajenos.

Pero además, para el legislador del siglo XIX y principios del XX, el crédito es también un elemento integrante del honor, de la buena reputación y de la fama del sujeto, y por consiguiente, la pérdida de ese bien tendrá como consecuencia ineludible la exclusión de todos los derechos, cargos y funciones cuyo desempeño exija honorabilidad, buena reputación, dignidad, etcétera. Se coloca así, al sujeto incumpliente, en una situación de inferioridad moral frente al resto de los ciudadanos, valorándose no sólo jurídica sino también moralmente el hecho de la quiebra.

Puede concluirse pues, que en líneas generales, el fundamento de las inhabilitaciones por quiebra gira en torno a la pérdida del crédito, a un juicio de indignidad moral acerca de la quiebra y a una concepción infamante y deshonrosa de la misma que todavía subyace como sustrato ideológico en las normas vigentes, y que no ha podido ser destruido.

Pero hay que destacar, además, que lo expuesto guarda estrecha relación con las distintas concepciones que pueden señalarse en el

⁸¹ MARTÍNEZ FLOREZ, Aurora, *Las interdicciones legales del quebrado*, Civitas, Madrid, 1993, p. 86.

Derecho Comparado en torno al problema de la quiebra: la de “quiebra-persona” y la “quiebra-patrimonio”⁸².

Así, en los sistemas donde prevalece una concepción patrimonialista de la quiebra (germánico y anglosajón) donde la atención está centrada en la ejecución de los bienes y la superación de la insolvencia para reinsertar al sujeto en la vida económica, las interdicciones que sufre el fallido se limitan a la pérdida de la gestión patrimonial, sin perjuicio de perseguir penalmente aquellas conductas delictivas.

En cambio, en los sistemas latinos (francés, italiano)⁸³ prevalece la concepción personalista de la quiebra, que apunta más a la sanción, y por tal motivo el fallido es pasible de esa serie de inhabilitaciones que hemos señalado, que lo afectan en varios planos de su vida civil, comercial, profesional y política.

Por nuestra parte, estamos convencidos de que es hora de evolucionar hacia una concepción netamente patrimonialista de la quiebra, que significa, a la luz de las enseñanzas trialistas, una opción más justa.

El fallido es hoy, desde el punto de vista sociológico, un ser humano limitado en sus capacidades creativas, psicológicamente frustrado, laboralmente restringido, económicamente desprestigiado e improductivo. Desde lo normológico, deja de ser centro de imputación de normas: no puede ser contribuyente, no es apetecible como parte contractual (ej.: cuentacorrentista, titular de tarjetas de crédito, tomador de créditos, etc.). Axiológicamente: es una persona minusvalorada en general, el exitismo de nuestra época, condena al hombre o mujer que fracasó en el orden económico.

Pensamos así, que hay que “arrancar de raíz la enfermedad” que la quiebra significa –mediante las medidas de redención de la insolvencia que se estimen adecuadas (liquidación de bienes, arreglo con los acreedores, etc.)– pero “recuperar” la persona que padece el mal, permitiendo su inserción inmediata y plena en todos los ámbitos de

⁸² BONFANTI, Mario, *Rehabilitación del fallido. Reflotamiento de la empresa*, en RDCO, 1982, vol. 15, p. 162.

⁸³ También nuestro Derecho se adscribió desde sus comienzos a este sistema, aunque luego de la reforma de la ley 24.522 se ha intentado morigerar las consecuencias de índole personal que acarrea la quiebra.

la vida. “*Rehabilitar* desde el instante mismo de la quiebra para *personalizar* al fallido y beneficiar también a la sociedad”, que contará entonces con un sujeto dispuesto a “comenzar de nuevo”, “poniendo su pasado atrás”: un sujeto “repotenciado”.

Se nos dirá que a la luz de las respuestas que hemos colectado en la realidad social (mediante la encuesta que citamos) no es ésta la solución que prefiere la comunidad. Sin embargo, interpretamos que ello es así por dos motivos: por un lado, porque la comunidad no encuentra en la esfera penal la adecuada tutela contra las “picardías” de ciertos sujetos insolventes, y por otro, porque como vimos, aún quedan resabios de las primitivas concepciones en torno a las cuales la quiebra fue desarrollándose.

Pero nos parece que ya es hora de progresar.

Mientras tanto, la solución legal vigente (el reparto del legislador) resulta, con relación al anterior régimen de calificación de conducta, un paso (un avance, “lo más justo que pudo hacer”) en pos de esa *justicia de llegada* y como tal un progreso que no debe ser frustrado.

7. Bibliografía consultada

Teoría trialista

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Bases para la interpretación de la ley 25.561*, en L. L. Supl. esp. *Emergencia económica*, abril de 2002, p. 28.
- *Hacia una comprensión dinámica de la justicia (Justicia y progreso)*, en E. D. 123-715 y ss.
- *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, p. 68.
- *La determinación (precisión y reglamentación de normas y desarrollo de principios)*, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR*, N° 21, ps. 52 y ss.
- *Lecciones de Teoría General del Derecho* (cuadernillo de la carrera de Postgrado de Doctorado en Derecho de la UNR).
- *Perspectiva trialista de la axiología dikelógica*, en E. D. 86-915 y ss.
- *Sistematización trialista de los objetos repartideros*, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR*, N° 16, ps. 45 y ss.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1983.

Derecho Concursal

ALBERTALLI, Jorge Luis, *Rehabilitación implícita en la ley 24.522. Diversos órdenes de inhabilitaciones. Nociones de la inhabilitación en la quiebra. Necesidad de establecer afinidades*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 11, *Concursos y quiebras II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.

ALEGRIA, Héctor, *Antecedentes parlamentarios. Ley 24.522 de Concursos y Quiebras*, La Ley, Buenos Aires, 1995.

Los llamados pequeños concursos. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos, en L. L. Supl. *Concursos y quiebras*, octubre de 2005.

BONFANTI, Mario, *Inhabilitación y rehabilitación en la quiebra*, en *Revista Derecho y Empresa*, Universidad Austral, 1995, N° 4, p. 261.

— *Rehabilitación del fallido. Replotamiento de la empresa*, en RDCO, 1982, vol. 15, p. 162.

CONIL PAZ, Alberto, *Conclusión de la quiebra según ley 24.522*, Ábaco, Buenos Aires, 1996.

DASSO, Ariel, *Quiebra, concurso preventivo y “cramdown”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, t. 1.

DI TULLIO, José, *Nuevo sistema sancionatorio de la quiebra*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 11, *Concursos y quiebras – II*, p. 69.

DIEUZEUDE, Juan J., *Apuntes acerca de la incapacidad e inhabilidad del fallido*, en E. D. 121-798.

ERBETTA, Daniel, *Proyecciones jurídico penales del nuevo régimen de la insolvencia*, en BARAVALLE, Roberto; GRANADOS, Ernesto y ERBETTA, Daniel, *Ley de Concursos y Quiebras*, Liber, Rosario, 1995, t.2, p. 378.

FERNÁNDEZ MOORES, Javier, *Las inhabilitaciones en la ley 24.522*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 11, *Concursos y quiebras – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 101.

LORENTE, Javier A., *Inhabilitación y rehabilitación en la ley concursal (primera parte)*, en E. D. 175-693.

MARTÍNEZ FLOREZ, Aurora, *Las interdicciones legales del quebrado*, Civitas, Madrid, 1993, p. 86.

- MARTORELL, Ernesto E. y PINTO, Hugo J., *Problemática concursal-penal. ¿En qué consiste el sometimiento a proceso penal que permite mantener la inhabilitación del fallido?* (art. 236, ley 24.522), en L. L. 1997-E-1350, p. 1.
- PLANA, Carlos H., *Efectos de la conclusión del procedimiento sobre los créditos no insinuados en la ley 24.522*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 11, *Concursos y Quiebras – II*, p. 141.
- RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. II.
- RIVERA, Julio César; ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel R., *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
- TONON, Antonio, *El derecho del acreedor una vez finalizada la quiebra*, en E. D. 92-928.
- VÍTOLO, Daniel Roque, *Comentario a la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1996.

CERTIFICADOS CON RESERVA DE PRIORIDAD¹

por MIGUEL ÁNGEL LUVERÁ²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Certificados con reserva de prioridad. 3. Actos para los que debe solicitarse. 4. Casuística. a) Instrumentaciones simultáneas. b) Modificación de reglamento. c) Compra en gestión.

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo analizar el principio de prioridad registral, uno de los principios de mayor trascendencia dentro del sistema registral argentino, el cual permite la determinación de

¹ Ponencia presentada por el Dr. Miguel Ángel Luverá, XVI Congreso Nacional de Derecho Registral, San Salvador de Jujuy, 13 al 15 de junio de 2011.

² Profesor titular de Derecho Registral y profesor asociado de Derecho Civil IV en la Facultad de Derecho (UNR); profesor estable de Derecho Registral en la Carrera del Notariado en la Facultad de Derecho (UNR) y profesor adjunto de Derecho Registral en la Carrera del Notariado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (PUCA); profesor estable en Carrera de Especialización en Derecho Inmobiliario, Urbanístico y de la Construcción en Facultad de Derecho (UNR); profesor invitado en diversas facultades y universidades del país; presidente del Instituto de Derecho Registral del Colegio de Abogados de la 2ª Circunscripción; director del Instituto de Derecho Inmobiliario y Registral en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (PUCA); miembro activo del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Jurídicas de Córdoba; miembro activo del Instituto de Estudios Legislativos (IDEL), Federación Argentina de Colegios de Abogados de Buenos Aires (FACA); miembro correspondiente del Instituto Notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata; miembro titular del Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina (UNA), y director y organizador de sendos cursos sobre Derecho Registral efectuados en la ciudad de Rosario (SF).

preferencias y rangos registrales, admitiendo que las registraciones subsistan o se excluyan, por ser oponibles o incompatibles.

Abstract

This paper aims to analyze the principle of priority of registration, one of the principles of greater importance in the Argentine registration system, which allows the determination of preferences and registry ordination, permitting the registrations to remain or to be excluded, on the grounds of being opposable or incompatible.

Palabras clave

Principio de prioridad registral. Certificado. Sistema registral.

Keywords

Principle of priority of registration. Certificate. Registration system.

1. Introducción

El principio de prioridad registral constituye uno de los principios de mayor trascendencia dentro del sistema registral argentino, el cual permite la determinación de preferencias y rangos registrales, admitiendo que las registraciones subsistan o se excluyan, por ser oponibles o incompatibles³.

Prioridad en consecuencia resulta ser un concepto de orden cronológico, y el Registro aplica esa regla en un sentido muy especial: será considerado primero quien acude antes al Registro, y no quien muestra el título de fecha más antigua⁴.

En doctrina se distinguen dos clases de prioridad: la de carácter excluyente o de superioridad, y la no excluyente o de rango o jerarquía.

La preferencia de *superioridad o excluyente* se configura cuando estamos en presencia de derechos reales incompatibles entre sí, por

³ MAZZEI, Beatriz, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Juris, Rosario, t. IV-B.

⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO DE REBULLIDA, Francisco, *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1968, p. 151.

ejemplo: venta del mismo inmueble a dos personas (arts. 2508⁵ y 2509⁶ del Cód. Civ.). La preferencia –en este caso– trae como consecuencia el rechazo del documento ingresado con posterioridad. Mientras que la de *rango o no excluyente* conduce a la prelación del derecho inscripto en primer término, cuando ingresan al Registro documentos que instrumentan derechos compatibles, por ejemplo: hipoteca y constitución de usufructo; dos hipotecas sobre el mismo inmueble.

La prioridad registral debe ser enfocada desde dos puntos de vista: material y formal. La *material* se exterioriza por la preferencia de una situación jurídica sobre la otra, sea por incompatibilidad, sea por oponibilidad. Es decir: fija prelación el que ingresa primero. Mientras que la *formal* constituye la prohibición para el registrador de inscribir derechos incompatibles con otros derechos reales de igual o anterior fecha y la obligación de practicar los asientos por orden cronológico de presentación de los documentos. En este sentido se ha señalado que “la prioridad formal se refiere a la forma de proceder en la práctica registral según que el título presentado sea o no incompatible”⁷.

En nuestro sistema registral tiene prioridad el documento que ingresa primero al Registro, quedando dicha prioridad establecida por la fecha y número de presentación asignados en el “sistema de ordenamiento de entrada diaria” adoptado (art. 19, ley 17.801⁸ y conc.

⁵ Art. 2508, Cód. Civ.: “El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener”.

⁶ Art. 2509, Cód. Civ.: “El que una vez ha adquirido la propiedad de una cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que faltase al título por el cual la había adquirido”.

⁷ FALBO, Miguel N., *El principio de prioridad registral en la Argentina*, en *Revista del Notariado*, N° 811, p. 1259.

⁸ Art. 19, ley 17.801: “La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40. Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida”.

art. 34, ley 6435⁹); denominado principio de prioridad directa, y si nos encontramos frente a actos otorgados en forma simultánea, la prioridad surgirá del mismo documento.

El artículo 19 de la ley registral nacional 17.801 (conc. art. 34 de la ley local 6435) señala las excepciones a este principio (conc. arts. 17, LN y 32, LP), a saber: a) *De carácter convencional*: reserva de rango (art. 3135, 2º párr. del Cód. Civ.), posposición de rango, permuta de rango, y coparticipación de rango (art. 19, LN; art. 34, LP), y b) *de carácter legal*: la reserva de prioridad (arg. arts. 17, 22, 25, LN; arts. 32, 40, 42, LP), y el efecto retroactivo de la inscripción (arts. 17, 5º, LN; arts. 32, 8º, LP). Examinaremos en este trabajo la denominada reserva de prioridad indirecta.

2. Certificados con reserva de prioridad

La reserva de prioridad constituye el efecto jurídico que produce la certificación registral plasmada en el artículo 23 de la ley 17.801 (conc. art. 40, ley 6435), que se materializa a través de su anotación en el folio respectivo, produciendo una garantía de inmutabilidad de la situación registral –durante el plazo legal–, respecto del documento para el que se la solicitó.

Por tanto, los negocios jurídicos no consumados o en gestión obtienen una oponibilidad condicionada (revocable), a través de la mencionada reserva de prioridad indirecta emanada de las citadas certificaciones registrales.

El documento que se otorgue –de constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles– para gozar de dicha garantía debe autorizarse dentro del término de vigencia de la certificación (art. 24, ley 17.801 y conc. art. 41, ley 6435), y presentarse en el plazo

⁹ Art. 34, ley 6435: “A los efectos registrales, la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble, quedará establecida por la fecha y el número de presentación asignados a los documentos en el sistema de ordenamiento de entrada diaria que se adopte, salvo lo dispuesto en el artículo 32. Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. No obstante, las partes podrán por expresión de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los principios establecidos precedentemente, otorgando otro orden de prelación para sus derechos”.

que le concede la ley (45 días –corridos– contados desde su otorgamiento si es una escritura pública, o dentro del plazo de vigencia de la certificación, 180 días corridos –para los demás documentos– jurisdiccionales o administrativos)¹⁰.

Cabe aclarar que dicha inmutabilidad es aplicable no sólo respecto de los nuevos documentos que ingresen, a los que se les advertirá de la constancia del certificado, sino respecto del propio Registro. Es decir, el certificado registral será oponible a los terceros y a la entidad registral, quien no puede invocar –a posteriori– una registración que ha omitido informar –por ejemplo: un embargo– o que ha publicitado defectuosamente.

Si bien en doctrina se habla de “cierre registral” o “bloqueo registral”, ello no implica que se impida el acceso de otros documentos respecto del inmueble objeto del negocio jurídico, sino que ingresan y son anotados por el Registro con carácter condicional a las resultas de la presentación en término del documento autorizado.

Si el documento no ingresa, o lo hace fuera de tiempo, retoma todo su vigor la registración condicionada, la que adquiere preferencia y plena validez desde la fecha de su ingreso, convirtiéndose en inscripción definitiva pura y constituyéndose, a su vez, en oponible para los posteriores documentos que ingresen.

3. Actos para los que debe solicitarse

El artículo 23 de la ley 17.801, ubicado en el Capítulo V, *Publicidad registral. Certificaciones e informes*, reza: “Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación”.

¹⁰ LUVERÁ, Miguel Ángel, *La reserva de prioridad y las medidas cautelares*, en *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, enero/febrero/marzo 2006, N° 883, Año CIX.

Tal como lo expresa la norma, los documentos para los cuales debe solicitarse certificación registral serán los que: constituyan, transmitan, modifiquen o cedan derechos reales sobre inmuebles, no encontrándose comprendidos los documentos que extingan derechos reales inmobiliarios. En ese sentido, la Dirección General al referirse a la formalización de la renuncia al usufructo sobre inmuebles, y en especial a la necesidad de solicitar certificación registral para su otorgamiento, ha expresado que “atento a la importancia de la cuestión, resulta conveniente fijar un criterio al respecto”, que “a tenor de lo prescripto en el artículo 23 de la ley 17.801 (conc. art. 40, ley 6435), para los supuestos de extinción no sería necesaria la certificación registral”, y que “el usufructo no se extingue en sí mismo sin que, en sustancia, se extingue en la esfera de intereses de otro. Ciertamente es que no siempre queda evidente en su nuevo destino, pero de una manera o de otra está allí, como ocurre cuando se amalgama con la nuda propiedad consolidando el dominio”, que “esa extinción para la esfera de intereses del renunciante al usufructo del inmueble se ajusta en nuestra opinión al sentido del artículo 872 del Código Civil. El Codificador se refiere a la renuncia del usufructo en su nota al artículo 2931 (cuando nos dice que la extinción por consolidación del dominio en cabeza de un tercero se llama generalmente renuncia del derecho de usufructo), y en el artículo 2933 (y su nota) que reconoce a los acreedores el ejercicio de la acción revocatoria (vedada en cambio, por el art. 2969, si se trata de la renuncia del usuario)”, “de tal manera, si el usufructuario: a) renuncia sin determinación de beneficiario, se opera una transmisión al nudo propietario que así consolidará su dominio (art. 2928 del Cód. Civ., y arg. de salvedad del art. 875), y b) renuncia con determinación del beneficiario, habrá consolidación si lo hace a favor del nudo propietario, o cesión del ejercicio (art. 2870), si lo hace a favor de un tercero. Esa posibilidad de retractación de la renuncia al usufructo introduce otro elemento que sustenta lo que dijimos sobre que no hay en rigor extinción del derecho en sí, sino su traslación desde la esfera de intereses del renunciante a la de otro”, y “en consecuencia y en síntesis: la renuncia al derecho de usufructo resulta según el caso en una transmisión o en una

cesión de ese derecho, supuestos ambos para los que sí es necesaria la certificación registral previa”¹¹.

Por su parte, Felipe Villaró¹², al referirse a otro de los actos que menciona la precitada norma, afirma que “si bien la misma resulta clara y determinante, puede ofrecer algunas dificultades, cuando se debe precisar el concepto de ‘modificación’ de tales derechos reales. Así recuerda, que en todo derecho real se tienen dos elementos básicos: el sujeto-titular y el objeto-inmueble, por tanto, toda alteración en la titularidad y toda alteración en el objeto, significan modificación en el derecho real”. Sin embargo, seguidamente el autor aclara, “pero se ha dicho alteración en la titularidad y no en el sujeto, así el cambio de nombre de una sociedad no será modificación en la titularidad, como así tampoco la rectificación del nombre de un sujeto individual. Y al referirse a la alteración en el objeto, manifiesta que no deberá entenderse variación de los elementos parcelarios –superficie, linderos y medidas–, sino alteración en su integridad, ya sea por desmembración o unificación, o en los supuestos de sometimiento al régimen de la propiedad horizontal, ley 14.005 o 19.724”.

4. Casuística

a) *Instrumentaciones simultáneas*

Conforme lo establece el artículo 19 de la ley 17.801, “Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos”. Con relación a este tema, no existen dudas al respecto, atento a que al registrador al momento del ingreso de los documentos que han sido otorgados en forma simultánea sólo le bastará comprobar la situación conforme surge del respectivo título de constitución, transmisión y/o modificación del derecho real de que se trate (ej.: compraventas simultáneas, venta y constitución de hipoteca, venta y constitución de usufructo, y/o derecho de uso y habitación, etc.).

¹¹ Registro General Rosario, DTR N° 1, 26-11-98.

¹² VILLARÓ, Felipe, *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, Editora Notarial, La Plata, 1980.

Debemos precisar que el certificado registral deberá consignar en el rubro respectivo los actos simultáneos que se pretenden autorizar, conforme lo prevé expresamente el artículo 26 de la ley 17.801 al decir: “En los casos de escrituras simultáneas o cuando deban mediar referencias de expedientes, la relación que se hará respecto a los antecedentes del acto que se instrumenta, se podrá verificar directamente en los documentos originales o en sus testimonios. En lo que se refiere a las constancias de la certificación registral en escrituras simultáneas, la que se autorice como consecuencia podrá utilizar la información que al respecto contenga la que antecede”. Por tanto, atento la constancia formulada por el funcionario autorizante del documento –notarial, jurisdiccional o administrativo–, el registrador deberá plasmar la misma en el Registro, confeccionándose a ese efecto el pertinente asiento registral, que evidencie claramente los actos que se otorgarán.

Ahora bien, ¿cuál sería la consecuencia si el solicitante no deja expresa constancia de los actos simultáneos en la certificación respectiva? La respuesta emerge por sí sola: no le brindaría a los actos que se otorguen la protección querida por la norma registral, y, en consecuencia, frente al ingreso de una inhibición general de bienes sobre el adquirente en el primer acto, transmitente en el segundo, no se encontraría suficientemente protegido, y esa medida cautelar ingresaría con prioridad con relación al acto instrumentado en segundo término, por no constar este último con la debida protección que le hubiera concedido la certificación registral.

En lo que se refiere a los documentos de carácter jurisdiccional y/o administrativo, los términos de protección registral –por las características propias de los mismos y de los funcionarios intervinientes– han sido extendidos por las reglamentaciones locales, permitiéndosele al autorizante del documento mayores posibilidades de examinar concienzudamente el documento a otorgar, y en especial las condiciones subjetivas y objetivas del acto de que se trate.

En ese sentido, la ley registral de la Provincia de Santa Fe prescribe: “La vigencia de los certificados previos para la declaratoria de herederos, demás actos jurisdiccionales y administrativos será de ciento ochenta días corridos, debiendo ser actualizados en todos los casos

cuando hubiere vencido el plazo establecido”¹³. Todo lo cual evidencia sobremanera que se cumple acabadamente con la manda propuesta por la misma ley registral nacional 17.801, al decir su artículo 24, último párrafo: “Queda reservada a la reglamentación local determinar la forma en que se ha de solicitar y producir esta certificación y qué funcionarios podrán requerirlas. Asimismo, cuando las circunstancias locales lo aconsejen, podrá establecer plazos más amplios de validez para las certificaciones que soliciten los escribanos o funcionarios públicos del interior de la provincia o territorio”.

b) *Modificación de reglamento*

Los supuestos que debemos examinar en este punto se refieren a situaciones en que habiendo oportunamente pactado determinados derechos en el reglamento, posteriormente se pretende materializar el derecho de sobreelevar y/o de ampliar las unidades. Como consecuencia de ello, surge la necesidad de autorizar la respectiva escritura de modificación, y a ese efecto se solicita la respectiva certificación registral.

Existen reglamentaciones locales que exigen al notario el pedido de certificados registrales que acrediten sólo la titularidad de las unidades que participan de la pretendida modificación; otras, la exigencia del pedido se refiere a todas las unidades que conforman el edificio; otras van más allá, y requieren la integración completa de la certificación registral, al exigir que el Registro informe sobre la constancia del dominio de las unidades, así como también la existencia de medidas cautelares anotadas sobre las mismas, e inhibición general de bienes en cabeza de sus titulares.

Depende del camino que se siga conforme las exigencias de cada reglamentación, nos encontraremos con obstáculos que podremos salvar o no; dado que la pretendida modificación podrá implicar una variación en los porcentajes exclusivos y/o comunes del resto de las unidades; si ello es así –varían los porcentajes exclusivos de las unidades–, será necesaria la previa conformidad de todos y cada uno de los integrantes del consorcio, y de su libre afectación y/o disponibilidad, ya que si

¹³ Art. 41, último párr., ley 6435/68.

existen medidas cautelares anotadas sobre alguna de las unidades, sus acreedores tendrían la facultad de oponerse si la pretendida modificación afectase sus derechos, al producir una disminución de porcentual en la unidad afectada. De igual forma, los acreedores inhibientes podrían oponerse para el supuesto en que el titular de alguna de las unidades, al autorizar la variación postulada, afectase el derecho que poseen.

También a fin de consensuar y permitir la modificación de que se trate, esta última deberá efectuarse con la conformidad de las mayorías legales, sin perjuicio de lo acordado por las partes en el respectivo reglamento. En ese sentido resulta sumamente contundente la norma emergente del artículo 7° de la ley 13.512 al prescribir: “El propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos...”, y como podemos apreciar en este supuesto el ordenamiento legal positivo exige la unanimidad, lo que implica la comparencia de todos los integrantes del consorcio –salvo otorgamiento previo de poder especial irrevocable–, al momento de efectuar la correspondiente escritura de modificación.

Al respecto, cabe aclarar que en algunas provincias de nuestro país la doctrina ha considerado que existen normas procesales que implican claros impedimentos para su completa conformación, en ese sentido el artículo 506 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe prescribe: “Salvo la existencia de privilegios o concursos, los embargos o inhibiciones fijan por su fecha de anotación el orden de preferencia”. Esto ha sido interpretado como un claro obstáculo a la conformación del pertinente instrumento de modificación, en los supuestos en que, como paso previo, el notario solicita al Registro los certificados registrales, y surge la existencia de embargos sobre la unidad, o inhibición general de bienes que afectan a su titular. Los criterios son variados y resultaría aconsejable lograr una concordancia de criterios que permita a todos los operadores jurídicos una mayor comprensión de la situación, y la posibilidad –para cada uno de los participantes– de lograr la tan ansiada seguridad jurídica, acompañada de la celeridad del tráfico inmobiliario.

c) *Compra en gestión*

A diario encontramos documentos notariales que acceden a los Registros de la Propiedad Inmueble, en los cuales se deja expresa constancia de que la adquisición se realiza para otra persona, sin que exista representación legal o convencional al respecto.

A efectos del otorgamiento de la pertinente escritura pública de aceptación por aquel para quien se declaró hacer la adquisición y que pretende asumir la titularidad del dominio, entendemos que sólo bastará que en el documento notarial respectivo comparezca sólo aquel en cuyo favor se estipuló.

En ese sentido las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, al tratar el tema *Estipulación a favor de terceros* y considerar su naturaleza jurídica, expresaron que “constituye una figura técnica de naturaleza contractual cuya particularidad consiste en que por la autonomía de la voluntad de las partes, se acuerda una prestación en beneficio de un tercero”, agregando que “...puede ser sólo una cláusula del contrato pero puede también ocupar íntegramente el acto básico”¹⁴. Y de una forma sumamente clara el decreto nacional 2080/80 (t. o. 1999), reglamentario de la ley 17.801 para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 89 dispone: “Registrado el dominio o condominio [...] la persona para quien se declaró hacer la adquisición podrá asumir la titularidad del asiento de declaración unilateral manifestada por escritura pública, en la que se cumplirán los requisitos exigidos por el artículo 23 de la ley 17.801 y sus modificatorias...”

Como se podrá apreciar, la citada norma revalida aquel criterio del título unilateral, y en consecuencia la posibilidad de que la manifestación en la escritura pública la formule únicamente aquel en cuyo favor se efectuó la adquisición, materializándose la correspondiente registración.

A continuación, el segundo párrafo del artículo 89 (citado), al mencionar los efectos que produce la registración de la aceptación, reza: “La asunción de titularidad del asiento se efectuará en el estado de plenitud o limitación en que ésta se encuentre a la fecha de la escritura

¹⁴ VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Recomendación N° 1, tema: *Estipulación a favor de terceros*, ítems 2 y 3, Comisión N° 3, Buenos Aires, 1979.

respectiva, siendo aplicable a tales efectos lo dispuesto en los artículos 5º, 17, 23, 25 y concordantes de la ley citada...”

La norma transcrita ubica este supuesto dentro de la normativa prescripta por los artículos 5º, 17, 23, 25 y concordantes de la ley 17.801; encontrando apoyatura en nuestro régimen legal santafesino, en los preceptos vertidos en los artículos 8º, 32, 40, 42 y concordantes de la ley 6435, y las medidas cautelares anotadas sobre el bien que consta registrado a nombre del titular aparente, al producirse la aceptación por parte del tercero en cuyo favor se efectuó la adquisición –no obstante que dicha aceptación importa el cumplimiento de la condición a la que siempre estuvieron resolutoriamente condicionados–, la misma se efectuará en las condiciones de limitación que producen las citadas cautelas. Es decir, la anotación de la aceptación formulada por parte del tercero en la pertinente escritura se efectuará en la medida en que se deje expresa constancia de las cautelas que pesan sobre el mismo; por tanto conforme lo dispone el artículo 90 (decreto citado)¹⁵, hasta que se registre la manifestación, aquel que figure en el Registro como adquirente en el negocio estará facultado para otorgar cualquier acto de transmisión y/o constitución de derecho real.

Con similar criterio, sobre el respectivo bien inmueble se anotarán las pertinentes medidas cautelares ordenadas sobre el mismo, y al momento de pretender registrar la escritura de aceptación –al igual que la facultad de disposición que la ley otorga al titular aparente–, los acreedores estarán facultados para hacer valer sus derechos, solicitando al tribunal correspondiente disponga la anotación de las medidas cautelares que faculta la ley procesal respectiva. Resultando un complemento integrativo lo previsto en el artículo 91 del decreto citado, el cual, al referirse a los asientos de dominio o condominio que se prac-

¹⁵ Art. 90, decreto 2080/80: “Hasta que se registre la manifestación a que se refiere el artículo anterior, el titular del asiento estará legitimado registralmente para otorgar cualquier acto de transmisión o constitución del Derecho, pero no podrá reemplazar la persona física o jurídica para la que originariamente expresare adquirir, salvo que el reemplazo se dispusiera judicialmente, o tratándose de sociedades, éstas se hubieren transformado, escindido o fusionado, en cuyo caso deberán relacionarse claramente las circunstancias respectivas”.

ticen en el Registro, sean éstos de carácter revocable o fiduciario, expresa: “El cumplimiento de tales cláusulas, plazos y condiciones –condiciones o plazos resolutorios o cláusulas de revocación–, sólo tendrá efecto registral a partir de la anotación que los interesados peticionen al respecto...” Es decir, hasta tanto los interesados no soliciten al Registro dejar expresa constancia en la matrícula respectiva, de las cláusulas que condicionan la adquisición del bien inmueble, quien figure como titular del bien asumirá dicho carácter en toda su extensión y consecuencias.

Al respecto, Mario Antonio Zinny, al mencionar los supuestos de estipulación a favor de tercero, aclara: “cuando se realiza a través de una cláusula expresa se evitan dificultades en la interpretación del contrato, ya que en la estipulación a favor de tercero, el dominio recae en cabeza del titular aparente en forma imperfecta (dominio fiduciario). Por tanto, las medidas precautorias anotadas a nombre del referido titular aparente, se condicionan al hecho de la no aceptación por parte del tercero; vale decir que las medidas en cuestión sólo adquieren eficacia si el tercero no acepta la estipulación. Lo que sí podrían hacer los acreedores del titular aparente en defensa de sus derechos –antes de formalizarse la aceptación por parte del tercero–, sería subrogarse en sus derechos, y revocar la estipulación de referencia”¹⁶.

Entendemos que la presente situación deberá ser examinada en cada caso en particular, teniéndose en cuenta las distintas variantes que se podrían plantear a tenor de los diversos requerimientos, en fiel concordancia con el razonable criterio del tribunal actuante, quien al estar investido del atributo de la jurisdicción se encuentra en condiciones suficientes a fin de evaluar el destino que se le deberá otorgar a las medidas cautelares de que se trate¹⁷.

Como se podrá apreciar, si bien la normativa registral prescribe una manda con relación a los documentos para los cuales debe soli-

¹⁶ ZINNY, Mario A., *Casos notariales*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 75, aconseja la obra de ORELLES, José María, *Compra por y para terceros*.

¹⁷ LUVERÁ, Miguel Ángel, *Consecuencias registrales de la compra en gestión*, en *Zeus*, Año XXIX, 9-9-2002, t. 90, N° 7008.

citarse certificación registral, existen numerosos casos puntuales que se develan en los Registros de la Propiedad Inmueble, los cuales ameritan un examen profundo y serio, que permita la aplicación del Derecho positivo vigente, en relación con la salvaguarda del principio de seguridad jurídica que debe reinar en el ámbito registral inmobiliario.

**SOBRE LA GARANTÍA DE SER
JUZGADO EN PLAZO RAZONABLE**
APLICACIÓN AL DERECHO PENAL TRIBUTARIO

por CAROLINA LAURA MAFFIOLI*

El tiempo que pasa es la verdad que huye.

EDMOND LOCARD

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve referencia sobre la naturaleza de las contravenciones tributarias. III. Pronunciamientos de tribunales de derechos humanos. IV. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. V. Corolario. VI. Bibliografía.

Resumen

En el presente trabajo se analiza el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas –contenido implícitamente

* Abogada (1999, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario). Especialista en Derecho Tributario (2012, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina). Magister en Asesoramiento Jurídico de Empresas (2004, Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral). Docente adscripta a “Derecho Tributario y Aduanero” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Vocal del “Centro de Estudios Tributarios” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Docente adjunta de “Derecho Tributario” de la Carrera de Derecho de la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. Docente invitada en las carreras de posgrado de especialización en Derecho Tributario y en Derecho Laboral (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina) y de especialización en Tributación (Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Rosario). Secretaria del Instituto de Derecho Tributario y Aduanero del Colegio de Abogados de Rosario.

en la Constitución Nacional y, explícitamente, en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Carta Magna–, y su aplicación a los ilícitos tributarios (delitos y contravenciones). Dada la inexistencia de normas infraconstitucionales que reglamenten el citado derecho humano (con excepción de los plazos de prescripción de la acción penal), fuente fundamental del mismo han sido los fallos de los tribunales internacionales de derechos humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que han delineado sus alcances y requisitos. Consecuentemente, se examina la aplicación del precepto convencional, conforme el abordaje jurisprudencial, a la materia penal tributaria contravencional y delictual.

Abstract

In this paper we analyze the right to be judged within a reasonable time and without undue delay –implicitly contained in the National Constitution and, explicitly, in international human rights treaties incorporated into the Magna Carta–, and its application on tax illegal actions (crimes and misdemeanors). Given the lack of infra-constitutional norms that regulate the aforementioned human right (except the prescription of criminal action), a fundamental source of it have been the sentences of international human rights courts and the Supreme Court, who have outlined its scope and requirements. Consequently, we review the application of conventional provisions, according the jurisprudential approach, to the criminal tax law: crimes and misdemeanors.

Palabras clave

Debido proceso legal. Plazo razonable de juzgamiento. Sanciones tributarias.

Keywords

Due process. Reasonable time. Tax penalties.

I. Introducción

Es indudable el poder que tienen los Estados de enjuiciar y sancionar

los comportamientos que atentan contra los bienes jurídicos tutelados por las leyes penales, específicamente, los protegidos por la ley penal tributaria (24.769, B. O.: 15-1-97), y por las normas que tipifican las denominadas contravenciones, infracciones o sanciones fiscales (ley 11.683, B. O.: 12-1-33; Códigos Fiscales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; ordenanzas tributarias municipales y comunales).

Sin embargo, tal potestad encuentra una limitación con relación al *plazo de duración* de los procedimientos administrativos y/o judiciales en los cuales se sustancian los ilícitos, en orden a que la prolongación del juzgamiento no sea en sí misma una pena y que la materia probatoria no se vea perjudicada por el inevitable transcurso del tiempo.

La garantía constitucional que opera entonces es la del *debido proceso legal y la inviolabilidad de la defensa en juicio* (arts. 18 y 75, inc. 22, Const. Nac.; arts. 7.5 y 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; art. XXVI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 10 y 11, inc. 1º, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que se integra con el *derecho a ser juzgado en un plazo razonable* (arts. 7.5 y 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica¹; art. 9.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²),

¹ “Art. 7º – *Derecho a la libertad personal* [...] 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y *tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable* o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. “Art. 8º – *Garantías judiciales*. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

² “Art. 9º [...] 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y *tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable* o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada

y *sin dilaciones indebidas* (art. 14.3.c, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)³.

En el Derecho infraconstitucional, si bien las normas establecen plazos para la sustanciación y el dictado de resoluciones en procedimientos que proyectan sanciones penales⁴, no prevén –en caso de inobservancia de los términos– la desvinculación del imputado de la causa (administrativa o judicial), quien continúa sometido al enjuiciamiento, excepto que hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones y así sea declarado (arts. 59, inc. 3º y ss., Cód. Pen.; arts. 56 y ss., ley 11.883).

Dada la ausencia de regulación al respecto, ha sido y es misión de los tribunales de justicia, nacionales e internacionales, delinear los alcances de la citada garantía en materia penal, así como también los efectos que su violación acarrea en el procedimiento y en la persona del enjuiciado.

II. Breve referencia sobre la naturaleza de las contravenciones tributarias

Mucho se ha discutido y se discute sobre la naturaleza jurídica de las infracciones fiscales que no constituyen delitos penales (infracciones, faltas o contravenciones). Esto es, si son ilícitos penales, administrativos o tributarios, si derivan del *ius puniendi*, del poder de policía, o de la potestad tributaria, o si poseen carácter mixto.

a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

³ “Art. 14 [...] 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] c) A ser juzgada *sin dilaciones indebidas*”.

⁴ Ley 11.683: arts. 17, 41, 72, 74, 77, 188 y 190. Código Procesal Penal de la Nación: arts. 125, 127, 207, ss. y concs. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: arts. 34, inc. 3º, y 167. Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe: arts. 69, 80, 81, 93 y 94. Ley 11.330: art. 23. Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe (ley 12.734): arts. 1º, 3º, 14, 139, 156, 157, 158, 331 y 402. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe: arts. 109 a 123, 372 a 374, 380, 381, 407, 412 y 413.

La primera postura⁵, con la cual coincido plenamente, afirma que las infracciones tributarias son ilícitos penales y que la adjetivación de “administrativas” es solamente en función del órgano que las impone (organismo fiscal, tribunal fiscal, Poder Ejecutivo). Sostiene la unidad del Derecho Penal, siendo el Derecho Penal Tributario una parte de aquél (no tiene autonomía), teniendo la pena con que se conmina ambos ilícitos idéntica naturaleza represiva, pues implica un menoscabo a un bien jurídico del infractor. Específicamente, la sanción tributaria le infringe al autor un sacrificio “con la finalidad correctora, represiva e intimidatoria que caracteriza a las sanciones del Derecho Penal”⁶.

En reiterados pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la naturaleza penal de las infracciones fiscales (CSJN, 1946, “Castellani, Ermani”, *Fallos*: 205:173; 2-9-68, “Parafina del Plata”, *Fallos*: 271:297; 6-10-72, “Rozembaum, Moisés A. e Hijos SA”, *Fallos*: 284:42; 29-8-74, “Bigio, Alberto”, *Fallos*: 289:336⁷; 8-6-93, “Wortman, Jorge A.”, *Fallos*: 316:1315; 28-4-98, “Lapiduz, Enrique”, *Fallos*: 321:1043; 23-6-2009, “Fizman y Compañía SCA”, *Fallos*: 332:1492⁸), declarando que “las infracciones y sanciones tributarias integran el Derecho Penal especial y les son aplicables las

⁵ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, Madrid, 1985, t. II, ps. 603 y ss., citado por DÍAZ SIEIRO, Horacio D.; VELJANOVICH, Rodolfo D. y BERGROTH, Leonardo, *Procedimiento tributario. Ley 11.683*, Macchi, Buenos Aires, 1993, ps. 317 y ss.; SPISSO, Rodolfo R., *Derecho Constitucional Tributario*, 2ª ed. act. y ampl., Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 594 y ss.

⁶ DÍAZ SIEIRO, VELJANOVICH y BERGROTH, ob. cit., ps. 319 y ss. En este sentido, Soler no admitía diferencias sustanciales entre delito y contravención, y sostenía que entre ambas categorías de ilícitos existe sólo una diferencia cuantitativa: la contravención reproduce en pequeño todas las cualidades o características de los delitos (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, t. 1, ps. 291 y ss.; íd., *Fallos*: 205:173).

⁷ Donde sostuvo: “Que la circunstancia de que pueda existir un interés de tipo fiscal en la percepción de las multas aduaneras no les confiere carácter indemnizatorio [...] puesto que la indemnización del daño causado por el delito es una consecuencia civil del ilícito penal, totalmente independiente de la especie de la pena con que se sanciona el hecho punible” (consid. 7º).

⁸ Oportunidad en la que afirmó que la multa del art. 46 de la ley 11.683 (evasión fiscal a nivel contravencional) es una “sanción punitiva” (consid. 4º).

disposiciones generales del Código Penal, salvo disposición expresa o implícita en contrario”⁹.

Conclusión lógica de esta tesis es que a las infracciones fiscales (y también a las aduaneras) les son aplicables los principios, derechos y garantías que rigen la materia penal, entre ellos, la garantía de ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas (art. 18, Const. Nac.; arts. 7.5 y 8.1, Pacto de San José de Costa Rica; arts. 9.3 y 14.3.c, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En la vereda de enfrente se ubica la tesis *administrativista*. Parte de la concepción de que existe una diferencia sustancial entre delito y contravención (el *delito* constituye una agresión directa e inmediata a los derechos naturales y sociales de los individuos, mientras que la *contravención* importa una desobediencia, una transgresión a una norma creada en razón de mera utilidad social), estima que la infracción tributaria está dentro del campo contravencional (derivación del *poder de policía*, según nuestras nociones), pues importa una obstrucción ilícita a la formación de las rentas públicas, una omisión de ayuda que el Estado requiere para la actividad que desarrolla, encontrándose los derechos de los individuos afectados sólo de manera mediata¹⁰. Consecuentemente, para esta postura los principios del Derecho Penal (y las garantías tuitivas) no serían de aplicación *necesaria* a las infracciones tributarias, sino sólo cuando las normas fiscales se refieran a ellas.

Entre las tesis penalista y administrativista, se ubican aquellos que consideran a la sanción fiscal dentro del “Derecho Penal Administrativo” (rama paralela al Derecho Penal), sosteniendo que tiene un doble carácter: cumple una función reparadora y persigue un propósito pre-

⁹ CSJN, 15-10-81, “Usandizaga, Perrone y Juliarena SRL”, *Fallos*: 303:1548.

¹⁰ VILLEGAS, Héctor B., *Régimen penal tributario argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 37 y ss. El autor varió su postura a raíz de la sanción de las leyes penales tributarias, y, poniendo tino en lo que motiva esta discusión no meramente dogmática, que es la autonomía e independencia de las infracciones tributarias (tanto respecto de la materia como del sujeto legisferante), afirmó que “todo ilícito tributario (delictual o contravencional) se incluye dentro de un Derecho Penal tributario de más amplia concepción, que es básicamente penal pero que tiene de tributario el hecho de que los ilícitos están referidos a tributos” (VILLEGAS, Héctor B., *Derecho Tributario Penal*, en GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. [dir.]; DÍAZ, Vicente O. [coord.], *Tratado de la tributación*, Astrea, Buenos Aires, 2004, t. I, vol. 1, p. 434).

ventivo especial (propio de las sanciones penales), por lo que le son aplicables las garantías que rigen para la legislación penal¹¹.

Finalmente, la tesis *tributarista* entiende que, si bien en esencia los ilícitos tributarios son de naturaleza penal (en sentido genérico, no circunscripto a la ilicitud del Código Penal), su fundamento radica en el poder de imperio del Estado (no punitivo), en la soberanía “financiera” (no política)¹². Por tanto, consideran inaplicables ciertos principios generales del Derecho Penal común, excepto cuando las normas tributarias a ellos refieran.

La discusión antes expuesta, de gran actualidad, tiene influencia decisiva a la hora de posicionarse no sólo sobre la aplicación directa de la garantía bajo análisis, sino también sobre las potestades normativas de las provincias y municipios en materia sancionatoria, la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas, la exigencia de culpabilidad (en sentido lato) y la utilización de presunciones para la aplicación de sanciones, la efectiva vigencia de la garantía de la no autoincrimación, etcétera, cuestiones todas sumamente interesantes pero que exceden los lineamientos del presente trabajo.

III. Pronunciamientos de tribunales de derechos humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en reiterada jurisprudencia la vigencia de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas dispuesta en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso “Suárez Rosero” afirmó que el principio de “plazo razonable” al que hacen referencia dichas cláusulas constitucionales tiene como propósito “impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”¹³.

¹¹ MARCONI, Ana Clara, *La responsabilidad de las personas jurídicas en la nueva ley penal tributaria*, en L. L. Supl. Práctica Profesional 2012-160, 29-2-2012, p. 24, quien cita en este punto a Zaffaroni (ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 6ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1991, ps. 110/111).

¹² GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho Financiero*, Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 589/590.

¹³ Sent. del 12-11-97, Serie C, Nº 35, párr. 70.

Que tal “lapso” *comprende todo el procedimiento*, hasta el dictado de la sentencia firme y definitiva que agota la jurisdicción, y que incluye las instancias recursivas que pudieran presentarse¹⁴.

En cuanto a los *recaudos* que deben analizarse para vislumbrar si un proceso ha superado el plazo de duración razonable, punto sumamente importante en el análisis de la violación a la garantía, expresó –en consonancia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– que resulta necesario tener en cuenta “tres elementos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales”¹⁵.

Respecto de la carga de la prueba, ha dicho que corresponde al Estado en cuestión alegar y probar la razón del exceso del tiempo en que sería razonable –en principio– dictar sentencia definitiva en un caso particular, de conformidad con los criterios indicados¹⁶.

En “Tribunal Constitucional vs. Perú”¹⁷, la Corte Interamericana clarifica el campo de aplicación de la garantía, oportunidad en la que sostuvo “que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de ca-

¹⁴ “Caso Suárez Rosero”, sent. del 12-11-97, Serie C, N° 35, párr. 71; “Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, sent. del 21-6-2002, Serie C, N° 94, párr. 143. Ver asimismo MORABITO, Mario R., *El derecho a un plazo razonable de duración del proceso*, en D. J. del 5-1-2011, p. 13.

¹⁵ Corte IDH, “Caso Suárez Rosero”, sent. del 12-11-97, Serie C, N° 71, párr. 72; “Caso Genie Lacayo”, sent. del 29-1-97, Serie C, N° 30, párr. 77; “Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, sent. del 1-3-2005, Serie C, N° 67; “Caso Tibi vs. Ecuador”, sent. del 7-9-2004, Serie C, N° 114, párr. 175; “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, sent. del 31-8-2004, Serie C, N° 111, párr. 141; “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname”, sent. del 15-6-2005, Serie C, N° 124, párr. 160; “Caso Gómez Palomino vs. Perú”, sent. del 22-11-2005, Serie C, N° 136, párr. 85; “Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago”, sent. del 21-6-2002, Serie C, N° 94, párr. 143.

La Corte IDH cita expresamente los siguientes fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos: “Motta vs. Italy”, sent. del 19-2-91, Serie A, N° 195-A, párr. 30, y “Ruiz-Mateos vs. Spain”, sent. del 23-6-93, Serie A, N° 262, párr. 30, entre otros.

Ver, asimismo, referencia jurisprudencial realizada por Cúneo Libarona en: CÚNEO LIBARONA, Mariano, *Plazo razonable y detención sin orden judicial. Las garantías constitucionales*, en L. L. 2012-D-486.

¹⁶ “Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago”, sent. del 21-6-2002, Serie C, N° 94, párr. 143.

¹⁷ Sent. del 31-1-2001, Serie C, N° 71.

rácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana” (párr. 71), entre las que se incluye el ser oída “en plazo razonable” (art. 8.1, Pacto de San José de Costa Rica).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (similar al art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)¹⁸, ha expresado que el carácter razonable de la duración de un proceso se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias del caso y, en particular, la complejidad del asunto, el comportamiento de los demandantes y el de las autoridades competentes, así como también “lo que está en juego en el litigio para los interesados”¹⁹.

En consonancia con el criterio de la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo considera que la garantía del plazo razonable rige para todo tipo de procesos, aun los civiles²⁰.

Como puede observarse, ambos tribunales internacionales que entienden en materia de derechos humanos se han expedido favorablemente en el sentido de proteger la garantía bajo análisis, estableciendo pautas o criterios para analizar su violación o conculcación.

¹⁸ Art. 6.1, Convención Europea de Derechos Humanos: “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella*”.

¹⁹ TEDH, 27-6-2000, “Frydlender c/Francia”, Nº 30.979/96, párr. 43. Según Miller, Gelli y Cayuso, el TEDH ha elaborado siete criterios para determinar la existencia o no de exceso del “plazo razonable”: la duración de la detención; la naturaleza del delito y la pena que tiene señalada; los efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros; la conducta del acusado; las dificultades de la instrucción del proceso; la manera en que éste ha sido llevado por las autoridades judiciales, y la actuación de las mismas durante todo el procedimiento (MILLER, Jonathan M.; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana y GULLCO, Hernán, *Garantías constitucionales en el proceso penal. Constitución, poder político y derechos humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2002, t. III, p. 232).

²⁰ TEDH, 8-11-2012, “Portugal y Correa de Barros c/Portugal”, Nº 44.230/10, párrs. 13 a 16. La causa versaba sobre una demanda de responsabilidad civil contra una entidad bancaria, cuyo plazo de duración se extendió de manera irrazonable según criterio de la Corte.

Es de destacar que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “deben seguir de guía” para la interpretación de las cláusulas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos²¹; siendo de aplicación obligatoria para los órganos jurisdiccionales (administrativos y judiciales) federales, nacionales y locales, en función de lo dispuesto en el artículo 68.1 del Pacto²².

IV. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El primer fallo relevante del tribunal cimero nacional sobre la vigencia –en los enjuiciamientos penales– de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas recayó en una causa donde se imputaba el delito de contrabando, denominada “Mattei” (CSJN, 29-11-68, *Fallos*: 272:188).

En el citado precedente, el alto tribunal sostuvo que: a) la garantía constitucional de defensa en juicio del imputado incluye el derecho a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más breve posible, a la situación de incertidumbre y de restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal; b) los valores que entran en juego en el juicio penal obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del *derecho* que tiene toda persona a *liberarse del estado de sospecha* que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal (consid. 10), y c) *la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma de que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro* (consid. 16)²³.

²¹ CSJN, 2-4-2007, “Marchal”, votos de los Dres. Fayt y Zaffaroni, *Fallos*: 330:1427.

²² CSJN, 23-12-2004, “Espósito”, *Fallos*: 327:5668.

²³ En el caso el imputado fue absuelto y el tribunal de alzada (ante la apelación del Ministerio Público) anuló de oficio todas las actuaciones por deficiencias en la prueba de cargo hasta el cierre del sumario, habiendo transcurrido más de cuatro años

En el mismo sentido se pronunció el alto tribunal en las causas “Pileckas” (12-5-77, *Fallos*: 297:486, la Alzada declaró en tres oportunidades la nulidad de la sentencia condenatoria por discrepancias en el encuadre jurídico), “Aguilar Argentina de Ediciones SA” (9-6-77, *Fallos*: 298:50, la Alzada anuló la sentencia absolutoria por omitir el sentenciante pronunciarse sobre las costas), “Kłosowsky” (7-7-77, *Fallos*: 298:312, la Alzada anuló la sentencia condenatoria por incompetencia territorial, retrotrayendo la causa a su inicio), “Bartra Rojas” (14-7-83, *Fallos*: 305:913, el Superior Tribunal de la Provincia del Chaco revocó la sentencia absolutoria y anuló el fallo por insuficiencia en la enunciación del hecho imputado debiendo sustanciarse nuevamente la audiencia de prueba) y “Casiraghi” (22-11-84, *Fallos*: 306:1705, la Alzada declaró la nulidad del auto de clausura del sumario)²⁴.

En esas causas, como bien señala Borinsky, la Corte revocó los pronunciamientos que declaraban nulidades procesales basadas en razones rituales insuficientes (y no en inobservancia de las formas sustanciales del juicio penal: acusación, defensa, prueba y sentencia), retrogradando los procesos a etapas ya superadas, aparejando con ello su duración indeterminada en perjuicio del imputado (sin falta de su parte, se lo obliga a volver a soportar todas las penosas contingencias propias de un juicio penal), ordenando al tribunal correspondiente el dictado de una sentencia definitiva (sólo en “Pileckas” dictó sentencia condenatoria).

La cuestión toma un giro importante en “Mozzatti” (CSJN, 17-10-78, *Fallos*: 300:1102, la causa se inició el 20 de agosto de 1953 y duró más de un cuarto de siglo)²⁵, donde la Corte Suprema *relaciona*

y nueve meses desde la indagatoria (18-2-64). La Corte revocó la decisión del a quo y ordenó la remisión de la causa para el dictado de sentencia definitiva.

²⁴ BORINSKY, Carlos, *El derecho constitucional a una pronta conclusión del proceso penal*, en L. L. 1990-C-300.

²⁵ Versó sobre la presunta comisión de delitos de defraudación. Sustanciada ante la justicia provincial del Chaco, se inició a raíz de una denuncia formulada el 20-8-53. Diez años después se dictó la sentencia condenatoria (el 7-3-63), contra la cual se interpusieron numerosos recursos hasta que, finalmente, el 17-10-78, la Corte Suprema dictó el fallo que referenciamos. Vale aclarar que durante el proceso se restringió la libertad de los imputados (detenidos y excarcelados).

la garantía bajo análisis con la prescripción de la acción penal. En dicha oportunidad declaró que el proceso –de inusitada duración– constituyó una “tergiversación” de todo lo instituido por la Constitución Nacional respecto de los derechos de la personalidad vinculados a las declaraciones y garantías concernientes a la administración de justicia (consid. 2º). Que en el juicio resultaron agraviados “hasta su práctica aniquilación” el propósito de afianzar la justicia (Preámbulo de la Carta Magna), el principio de inocencia, la inviolabilidad de la defensa en juicio y el debido proceso legal, que se integran “por una rápida y eficaz decisión judicial” (con cita expresa de la doctrina de “Pileckas” y “Klosowsky”, consid. 3º).

Ahora bien, como en el caso existió privación de la libertad de los imputados (finalmente excarcelados), el tribunal cimero señaló que, bajo esas circunstancias, el sometimiento a un proceso penal cuya prolongación es insólita y desmesurada es equiparable a una verdadera pena no derivada de una sentencia condenatoria firme, pues se hace padecer física y moralmente al individuo, no porque haya delinquido, sino para saber si ha delinquido (consid. 4º).

Sin embargo, a diferencia de los precedentes anteriormente citados, donde la Corte declaró nulidades y efectuó el reenvío de la causa para que el a quo dicte la sentencia definitiva (excepto “Pileckas”), en “Mozzatti” el máximo tribunal pone punto final al proceso, *declarando la insubsistencia de lo actuado*, la invalidez de los actos procesales posteriores al auto de prisión preventiva (28-12-53), y la consecuente *extinción de la acción penal por prescripción* (dado el tiempo transcurrido desde esa resolución, consid. 8º).

En “Sudamericana de Intercambio SACIyF c/Administración General de Puertos s/Repetición” (CSJN, 31-10-89, *Fallos*: 312:2075), la Corte *emparenta más claramente la injustificada duración de un proceso con la prescripción*, al afirmar que el pronunciamiento garantizador del derecho constitucional a obtener un pronunciamiento en un plazo razonable “puede consistir naturalmente en la declaración de prescripción de la acción penal” (consid. 5º)²⁶.

²⁶ En el mismo sentido se pronunció en “Amadeo de Roth” (CSJN, 4-5-2000, *Fallos*: 323:982), caso en el que se juzgaba el delito de lesiones culposas y transcurrieron más de 20 años desde la presunta comisión del injusto (febrero de 1979).

Esa postura de la Corte (declaración de prescripción de la acción penal ante violación del plazo razonable) es criticada por cierta postura que la considera una ficción²⁷, ya que la acción penal continúa vigente sin que a su respecto se observen cumplidos los fundamentos del instituto de la prescripción liberatoria (desinterés de la sociedad y del ordenamiento jurídico en castigar un hecho punible dado el transcurso del tiempo). Afirma que, en rigor, se trata de una limitación “procesal” para continuar legítimamente con el enjuiciamiento para no vulnerar mandatos constitucionales.

En “Barra” (9-3-2004, *Fallos*: 327:327)²⁸, el alto tribunal sienta criterios generales con los que resolverá en el futuro la cuestión relativa a la injustificada demora en el juzgamiento de ilícitos penales. En el citado precedente, el voto mayoritario de la Corte remitió directamente al voto en disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano pronunciado en el fallo “Kipperband” (16-3-99, *Fallos*: 322:360)²⁹, de impecable factura técnica, donde se declaró que la prescripción de la acción penal “...constituye la vía jurídica idónea para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal por el transcurso del tiempo y salvaguardar de este modo el derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas” (consid. 22).

²⁷ Ver voto del ministro de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, Dr. De Lázari, recaído en la causa “L., P.”, del 17-3-2010, en L. L. AR/JUR/9163/2010, quien sigue y cita a Daniel Pastor (PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el proceso en el Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 541).

²⁸ Causa sobre administración fraudulenta en la cual transcurrieron 11 años y 5 meses desde su inicio hasta la acusación fiscal.

²⁹ Caso que versaba sobre estafas reiteradas por falsificación de documentos (pagarés), cuya tramitación hasta la acusación fiscal demoró 11 años. El voto mayoritario rechaza el recurso extraordinario (incoado contra la resolución que rechazara la excepción de prescripción de la acción) por ausencia de sentencia definitiva o equiparable a tal. El ministro Dr. Vázquez (según su voto) consideró que no cabía hacer excepción a tal recaudo porque no había existido una injustificada demora en la tramitación de la causa. Los ministros Dres. Bossert y Fayt, en disidencia y en enjundioso voto, sostienen que se ha verificado la violación a la garantía de ser juzgado en plazo razonable y sin dilaciones indebidas, afirmando en la parte resolutive que se hace lugar al remedio federal y “se declara la insubsistencia de la acción penal”. El voto en disidencia de los ministros Petracchi y Boggiano, en el mismo sentido del anterior, difiere en que declara “extinguida por prescripción la acción penal”, sin referir a la “insubsistencia” de la acción.

No obstante, y a diferencia de “Mozzatti”, “Amadeo de Roth” y del propio voto en disidencia de “Kipperband”, en “Barra” la Corte *no pone fin al pleito* con la correspondiente declaración de extinción de la acción penal, sino que revoca la sentencia recurrida (que confirmara, en el caso, el rechazo del planteo defensivo de prescripción) y ordena la remisión de los autos al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a sus dichos.

Esa autocontradicción de la Corte entre lo que dice (proceso de duración irrazonable) y lo que hace (reenvío al a quo para que declare su finalización por prescripción) es criticable –en algunos casos– por cuanto la garantía que pretende preservar continúa siendo conculcada³⁰. Obsérvese que la remisión de los autos al inferior no es a fin de analizar y resolver circunstancias fácticas cuyo conocimiento les compete a aquéllos (ej.: verificación de circunstancias que pueden incidir en el curso de la prescripción), o de que previamente trate la cuestión federal involucrada (violación de la garantía) a los fines de la eventual revisión en la instancia extraordinaria (conforme la doctrina de “Di Nunzio”, CSJN, 3-5-2005, *Fallos*: 328:1108)³¹, sino de declarar directamente el fin del proceso por extinción de la acción, *pronunciamiento que la Corte puede perfectamente dictar*.

En esa misma línea se enmarcan los fallos recaídos en “Egea” (9-11-2004, *Fallos*: 327:4815, el proceso –relativo a la presunta comisión de delitos de defraudación– duró 18 años), “Santángelo” (8-5-2007, causa S.2491.XLI, llevaba 16 años de trámite, la imputación era administración fraudulenta reiterada), “Cabaña Blanca SA” (7-8-2007, se imputaba la apropiación indebida de tributos y el proceso se inició en mayo de 1992), y “Acerbo” (21-8-2007, *Fallos*: 330:3640, el juicio –donde se imputaba contrabando agravado– se había dilatado por más de dieciséis años).

³⁰ En el mismo sentido: BADENI, Gregorio, *El caso “Kimel”: libertad de expresión y despenalización de la injuria*, en L. L. 2008-C-664, punto IV (señala que la tramitación del caso que comenta ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos demoró casi 8 años, plazo irrazonable).

³¹ CSJN, 20-4-2010, “Bouer”, *Fallos*: 333:433. En el mismo sentido, ver voto de la ministra Dra. Argibay en disidencia en *Fallos*: 331:600. Tal exigencia podría ser considerada un exceso ritual manifiesto, en caso de que sea requerida para que la Corte atienda el recurso extraordinario.

En cambio, el alto tribunal *sí declaró la extinción del proceso por prescripción poniendo fin al pleito, sin efectuar el “reenvío”*, preservando la garantía que declara proteger, en el ya citado “Mozzatti” (CSJN, 17-10-78, *Fallos*: 300:1102), en “Podestá” (CSJN, 7-3-2006, *Fallos*: 329:445)³², en “Bonafini” (CSJN, 10-4-2007, *Fallos*: 330:1369)³³ y, más recientemente, en “Bossi y García SA” (CSJN, 8-11-2011, *Fallos*: 334:1264) y en “Losicer” (CSJN, 26-6-2012, *Fallos*: 335:1126).

Respecto de los recaudos para considerar vulnerada la citada garantía constitucional, la Corte efectúa un *análisis pormenorizado de los requisitos exigidos* por los tribunales internacionales, en el fallo “Cuatrín” (CSJN, 8-4-2008, *Fallos*: 331:600, causa donde se imputaba el delito de contrabando –por la introducción indebida al país de un vehículo con franquicia para discapacitados–, cuya duración superó los 15 años)³⁴.

En ese sentido, el tribunal es conteste en declarar que el derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas se encuentra limitado a la *demonstración por el justiciable de lo irrazonable de la prolongación*³⁵.

Con relación al plazo “razonable” de duración de los procesos, específicamente al *quantum*, la Corte tiene dicho que *la garantía bajo*

³² El proceso versaba sobre diversos fraudes en perjuicio de la Administración Pública y prevaricato, duró 14 años, 11 el proceso recursivo, aunque un tanto complejo.

³³ Causa en la cual se imputó inicialmente a la presidente de las Madres de Plaza de Mayo el delito de desacato contra el expresidente Carlos Saúl Menem y, ante la derogación de dicha figura –ley 24.198, B. O.: 3-6-93–, continuó imputándose el delito de injurias, durando su tramitación más de 13 años.

³⁴ En el fallo decidió que el caso en cuestión no revestía ninguna complejidad y que la demora injustificada no era atribuible a ningún acto del imputado, por lo que consideró prescripta la acción penal, aunque efectuó el reenvío al inferior. En este sentido, aunque fallando en contra de las pretensiones extintivas del imputado, ver fallos de la CFed.Cas.Pen., sala IV, 4-4-2012, “Legaspi”, L. L. 2013-D-398, y sala I, 30-8-2013, “Deuscht, Gustavo A.”, Reg. 21.884. En el último precedente citado, en el cual se imputaban varios hechos de evasión agravada y simple, el tribunal sostuvo que “la actividad procesal en la causa fue continua y sostenida, no existiendo demoras innecesarias en la actividad llevada adelante por las autoridades judiciales, sino que el tiempo que duró la investigación obedeció a cuestiones inherentes a la complejidad de la misma”.

³⁵ CSJN, 23-10-2007, “Moyal”, *Fallos*: 330:4539; 23-6-2009, “Salgado”, *Fallos*: 332:1512.

*análisis no puede traducirse en un mínimo fijo de días, meses o años*³⁶, sino que –a fin de verificar su cumplimiento– es necesario analizar las pautas establecidas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, la complejidad del caso, la actividad procesal del imputado, la conducta de las autoridades y el análisis global del procedimiento³⁷.

Parte de la doctrina sostiene³⁸ que el Informe N° 35/07 elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el caso “Fondo, Jorge José y Dante Peirano Basso” (1-5-2007, N° 12.553), sobre razonabilidad del plazo de la prisión preventiva, importa un “criterio rector indiciario” en la materia, oportunidad en la cual la Comisión consideró “bastante el *cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado*. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presuma que el plazo será razonable. En todo caso habrá que justificar debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía”.

Siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema, el doctor Pablo Garbarino, juez del Tribunal Fiscal de la Nación (sala F, Vocalía de la Decimosexta Nominación), fija en *cinco (5) años* el plazo razonable de duración del *procedimiento recursivo ante el Tribunal Fiscal de la Nación*, contado a partir de la fecha de interposición del recurso de apelación (arts. 76 y 159, ley 11.683; art. 1025, Cód. Aduanero), criterio aplicable a las causas en las cuales se observen lapsos prolongados de inactividad procesal atribuibles al tribunal y cuyo contenido probatorio no sea altamente complejo, alcanzando la “conclu-

³⁶ CSJN, 28-7-87, “Firmenich”, *Fallos*: 310:1476; 12-9-96, “Bramajo”, *Fallos*: 319:1840.

³⁷ CSJN, 26-6-2012, “Losicer”, *Fallos*: 335:1126. Ello en función de lo dispuesto en CSJN, 2-4-2007, “Marchal”, votos de los Dres. Fayt y Zaffaroni, *Fallos*: 330:1427.

³⁸ MARTÍNEZ, Santiago, *El plazo razonable. Algo más sobre sus alcances y consecuencias*, en L. L. AR/DOC/6800/2011; MORABITO, ob. cit.

sión extintiva” únicamente a las sanciones impuestas (acción penal) mas no al aspecto tributario³⁹.

En materia contravencional tributaria, se destaca el pronunciamiento dictado por la Corte en “Fizman y Compañía SCA c/DGI” (23-6-2009, *Fallos*: 332:192). En la causa, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró la nulidad de la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación, que confirmara una resolución del organismo fiscal que determinaba tributos (impuesto a las ganancias, período fiscal 1979) y aplicaba la sanción de multa (art. 46, ley 11.683), ordenando se dictara un nuevo pronunciamiento que refiera al acogimiento por parte del contribuyente a una regularización impositiva. La Corte revocó el fallo –consideró a la Cámara habilitada para pronunciarse sobre ese punto (en función del art. 253, 2º párr. del CPCC)– y ordenó el reenvío (correcto en el caso), no sin “advertir” al a quo que, en el supuesto de que declarare la procedencia del tributo impugnado por el contribuyente, respecto de la sanción punitiva (multa del art. 46 de la ley 11.683), se pronuncie sobre la afectación de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable a la luz de la doctrina de la Corte, pues el procedimiento insumió más de 27 años (consid. 5º)⁴⁰.

Y, en lo que respecta a las infracciones aduaneras, resulta relevante el pronunciamiento del alto tribunal recaído en la causa “Bossi y García SA” –fallo breve, conciso y contundente–, donde expresó que la prolongada duración del proceso (23 años) en el que se investigaba la posible comisión de una declaración inexacta (art. 954, inc. 1º, ap. a, del Cód. Aduanero) excede todo parámetro de razonabilidad, y que el reenvío de la causa al inferior a los fines de la tramitación del incidente

³⁹ TFN, sala F, 11-7-2013, “Carossio Vairiolatti & Cía. SRL c/Dirección General de Aduanas s/Apelación”, expte. 16.915-A. Ver voto del Dr. Garbarino, al cual adhiere el Dr. González Palazzo.

⁴⁰ Cuestión que no sucedió, pues devuelta la causa a la sala I, ésta declaró que el tributo reclamado se encontraba incluido en el plan de facilidades de pago alegado por el contribuyente y que el saldo cuya compensación negara el Fisco se encontraba prescripto. Contra esta decisión ambas partes interpusieron sendos recursos extraordinarios (CSJN, F.410, L.XLVII), que se encuentran pendientes de resolución por el tribunal cimero, habiendo el procurador general –Dra. Laura Monti– efectuado el dictamen (de fecha 9-8-2012, ver en página web del Ministerio Público Fiscal, <http://www.mpf.gov.ar>).

de prescripción “...no haría más que continuar dilatando el estado de indefinición en que se ha mantenido a esa parte, en violación de su derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas”, por lo que puso fin a la causa declarando la extinción de la acción penal por prescripción (consid. 5°).

Para despejar toda duda sobre la vigencia de la herramienta constitucional bajo análisis a la materia contravencional o infraccional y a los procedimientos administrativos, la Corte se pronunció recientemente en el ya referido fallo “Losicer”⁴¹, donde, en consonancia con el criterio de los tribunales de derechos humanos, sostuvo que *la garantía del “plazo razonable” es de aplicación aun a los procedimientos administrativos tendientes a la aplicación de sanciones disciplinarias y no penales*. Citando expresamente lo resuelto por la Corte Interamericana en “Tribunal Constitucional”⁴² y “Baena”⁴³, recordó que cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión abarca a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas, por lo que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8° de la Convención Americana” (consid. 8°).

Finalmente, la Corte concluye sobre los alcances de la citada garantía constitucional señalando que “el ‘plazo razonable’ de duración del proceso al que se alude en el inciso 1°, del artículo 8°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye una garantía exigible en toda clase de procesos”, restando a los jueces determinar en cada caso particular “si se ha configurado un retardo in-

⁴¹ CSJN, 26-6-2012, *Fallos*: 335:1126. En la causa se impugnaba una resolución del BCRA que impusiera sanciones por infracciones al régimen financiero (art. 41, inc. 3°, ley 21.546), alcanzando el sumario administrativo una duración de 15 años. Consideró que la garantía del plazo razonable había sido vulnerada y dejó sin efecto la sentencia recurrida.

⁴² Sent. del 31-1-2001, Serie C, N° 71.

⁴³ Sent. del 2-2-2001, Serie C, N° 72.

justificado de la decisión”, dada la ausencia de pautas temporales indicativas de la duración razonable, para lo cual deberán atender a los “criterios fijados por los tribunales internacionales de derechos humanos, esto es, la complejidad del asunto, la conducta procesal de los interesados, el comportamiento de las autoridades y el análisis global del procedimiento” (consid. 10).

V. Corolario

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas se encuentra consagrado en los artículos 18 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional; en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; en el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en los artículos 10 y 11, inciso 1º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tal herramienta resulta directamente aplicable a los procedimientos administrativos y judiciales en los que se imputa una infracción o contravención tributaria (o aduanera), o un delito penal.

De la jurisprudencia relevada se desprende que los tribunales de derechos humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores y administrativos realizan un adecuado control de convencionalidad y constitucionalidad de los casos traídos a su conocimiento, a fin de observar el fiel cumplimiento de la citada garantía, verificando los recaudos exigidos por las Cortes internacionales (duración del proceso con relación a la complejidad del caso, conducta del imputado y de las autoridades administrativas o judiciales).

Lo que resulta criticable es que, en algunas causas, los tribunales no fallen en definitiva, sino que realicen el reenvío al inferior a los fines de que dicte un nuevo pronunciamiento, circunstancia que no hace más que agravar la violación de la garantía que el mismo tribunal declara proteger.

Consecuentemente, cuando se den casos de evidente *morosidad en el juzgamiento de infracciones o delitos tributarios*, que impliquen una lesión al derecho constitucional a obtener resolución firme en un

plazo razonable, pero no han transcurrido los plazos de prescripción de la acción, corresponde no obstante aplicar tal instituto de Derecho de fondo y declarar la extinción de la persecución penal dada su irrazonable duración, no haciendo aplicación de las normas relativas a la interrupción y/o suspensión de la persecución penal por actos del procedimiento (art. 67, Cód. Pen.; arts. 65 y ss., ley 11.883; arts. 936 y ss., Cód. Aduanero).

Ello, siempre y cuando estemos frente a *demoras injustificadas* por parte de las autoridades ante las cuales los procesos se sustancian, que se presenten como *exageradas con relación a los hechos* (complejidad de la causa) y que *no se deriven de claras maniobras dilatorias del imputado* (nos referimos a una conducta procesal *abusiva*, no a la regular interposición de recursos o impugnaciones previstos en las normas de rito), de conformidad a las pautas establecidas por la jurisprudencia internacional y nacional citada a lo largo del presente trabajo.

Todo en aras de que una exagerada duración del enjuiciamiento penal no constituya *per se* una pena para el imputado, de que tal circunstancia no cercene su derecho de defensa por el probable deterioro del material probatorio, y no se vea menoscabado –asimismo– el derecho del Estado de sancionar la violación de los bienes jurídicos tutelados por las normas penales tributarias.

VI. Bibliografía

- BADENI, Gregorio, *El caso “Kimel”: libertad de expresión y despenalización de la injuria*, en L. L. 2008-C-664.
- BORINSKY, Carlos, *El derecho constitucional a una pronta conclusión del proceso penal*, en L. L. 1990-C-300.
- CÚNEO LIBARONA, Mariano, *Plazo razonable y detención sin orden judicial. Las garantías constitucionales*, en L. L. 2012-D-486.
- DÍAZ SIEIRO, Horacio D.; VELJANOVICH, Rodolfo D. y BERGROTH, Leonardo, *Procedimiento tributario. Ley 11.683*, Macchi, Buenos Aires, 1993.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho Financiero*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

- MARCONI, Ana Clara, *La responsabilidad de las personas jurídicas en la nueva ley penal tributaria*, en L. L. Supl. Práctica Profesional 2012-160, 29-2-2012, p. 24.
- MARTÍNEZ, Santiago, *El plazo razonable. Algo más sobre sus alcances y consecuencias*, en L. L. AR/DOC/6800/2011.
- MILLER, Jonathan M.; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana y GULLCO, Hernán, *Garantías constitucionales en el proceso penal. Constitución, poder político y derechos humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2002, t. III.
- MORABITO, Mario R., *El derecho a un plazo razonable de duración del proceso*, en D. J. del 5-1-2011, p. 13.
- PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el proceso en el Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, t. 1.
- SPISSO, Rodolfo R., *Derecho Constitucional Tributario*, 2ª ed. act. y ampl., Depalma, Buenos Aires, 2000.
- VILLEGAS, Héctor B., *Derecho Tributario Penal*, en GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. (dir.) y DÍAZ, Vicente O. (coord.), *Tratado de la tributación*, Astrea, Buenos Aires, 2004, t. I, vol. 1, p. 434.
- *Régimen penal tributario argentino*, Depalma, Buenos Aires.

LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL

JUSTIFICACIÓN RACIONAL DEL GARANTISMO

por **SERGIO ADRIÁN MARTYNIUK***

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho subjetivo como fundamento. III. El principio de incertidumbre. IV. El principio de verificación. V. Bibliografía.

Resumen

Este ensayo trata sobre los fundamentos del Derecho Procesal. Para su establecimiento, el autor propone un concepto lógico del derecho subjetivo, entendido éste como fundamento normativo de los enunciados emitidos por los destinatarios de las normas jurídicas. De esa manera demuestra que tales enunciados resultan significativos. Como consecuencia de lo anterior demuestra que los enunciados sobre el Derecho positivo, como así también las proposiciones relativas a derechos subjetivos y deberes jurídicos, son inciertos y, como tales, requieren de verificación a través de un proceso jurisdiccional establecido al efecto.

Abstract

This essay discusses the basics of Procedural Law. In order to be established, the author proposes a logical concept of the Subjective law, understood as the normative foundation of the statements issued by the recipients of legal norms. In that way it shows that such sta-

* Profesor adjunto de la cátedra B de Derecho Procesal I, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

tements are significant. As a result of what has been mentioned above, it is evident that statements about the Positive law, as well as the proposals regarding subjective rights and legal duties, are uncertain and, as such, they require verification through a judicial process established for that purpose.

Palabras clave

Fundamentos del Derecho Procesal.

Keywords

Basics of Procedural Law.

I. Introducción

El principio de razón suficiente reza: “nada es sin fundamento”. Según este principio, establecido por Leibniz, nada ocurre sin una causa o una razón determinante.

En el ámbito de la ciencia del Derecho falta, precisamente, el establecimiento de sus principios fundamentales.

De ello da cuenta Kant, en su *Crítica de la razón pura*:

Es un antiguo deseo que acaso se realice un día, pero quién sabe cuándo, el de que, en vez de la infinita diversidad de las legislaciones civiles, se averigüen sus principios, pues sólo en ellos puede consistir el secreto de simplificar, como se dice, la legislación¹.

En el limitado marco de este ensayo, trataré de establecer cuál es el fundamento del Derecho Procesal.

El Derecho, si ha de ser normativo, no es concebible sin el concepto de libertad.

El terreno del derecho es lo espiritual, su lugar más preciso y su punto de partida es la voluntad, que es libre, de modo tal que la libertad constituye su sustancia y determinación, y el sistema del Derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu que se produce a sí mismo como una segunda naturaleza...

¹ KANT, I., *Crítica de la razón pura*, Losada, Buenos Aires, 2003, p. 420.

La libertad de la voluntad se puede explicar mejor con una referencia a la naturaleza física. La libertad es una determinación fundamental de la voluntad del mismo modo que el peso lo es de los cuerpos. Cuando se dice que la materia tiene peso, se podría creer que este predicado es contingente, pero no es así, porque carece de peso en la materia, ella es, por el contrario, el peso mismo. El peso constituye el cuerpo y es el cuerpo. Lo mismo ocurre con la libertad y la voluntad, pues lo libre es la voluntad. Voluntad sin libertad es una palabra vacía, y a su vez la libertad sólo es real como voluntad, como sujeto...²

Bajo el título *No hay sino un derecho innato*, Inmanuel Kant expresa:

La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad, la igualdad innata, es decir, su independencia, que consiste en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que también recíprocamente podemos obligarles, por consiguiente, la igualdad del hombre de ser su propio señor (*sui juris*) de igual modo, la de ser un hombre íntegro (*iusti*) porque no ha cometido injusticia alguna con anterioridad a todo acto jurídico, por último, también la facultad de hacer a otros lo que en sí no les perjudica en lo suyo, si ellos no quieren tomarlo así, como por ejemplo comunicar a otros el propio pensamiento, contarles o prometerles algo, sea verdadero y sincero o falso y doble (*veriloquium aut falsiloquium*) porque depende de ellos solamente querer creerle o no...³

Se objeta que la libertad humana (por ej.: David Hume, en su *Tra-tado de la naturaleza humana*, Tecnos, ps. 552 y ss.) no es verificable empíricamente.

Semejante cuestionamiento no resulta admisible desde el punto de vista de la ciencia moderna.

Así, por ejemplo, jamás encontraremos en la naturaleza, tal cual se nos presenta, las condiciones descriptas por Isaac Newton en su

² HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, Sudamericana, Buenos Aires, 2004, ps. 31 a 32.

³ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, ps. 48 a 49.

ley de la inercia: “Todo cuerpo persevera en su estado de reposo o de movimiento uniformemente rectilíneo, en tanto en cuanto no esté forzado por fuerzas impresas a cambiar aquel estado”.

Respecto de esta ley, Albert Einstein y Leopold Infeld expresan:

A esta conclusión se ha llegado imaginando un experimento ideal que jamás podrá verificarse, ya que es imposible eliminar toda influencia externa. La experiencia idealizada dio la clave que constituyó la verdadera fundamentación de la mecánica del movimiento...

Acabamos de ver que la ley no puede inferirse directamente de la experiencia, sino mediante una especulación del pensamiento, coherente con lo observado. El experimento ideal no podrá jamás realizarse, a pesar que nos conduce a un entendimiento profundo de las experiencias reales...⁴

Por otra parte, la libertad humana hace inteligible (concebible) el concepto del “deber ser” metafísico (distinto del propuesto por Kelsen, al que denominó positivo).

Bajo el título *Explicación de la idea cosmológica de una libertad en combinación con la necesidad universal de la naturaleza*, Immanuel Kant, en su *Crítica de la razón pura*, expresa:

...El deber ser expresa una especie de necesidad y enlace con causas, que no se presenta en otros casos en toda la naturaleza. El entendimiento sólo puede conocer de ésta (la naturaleza) lo que es, fue o será. Es imposible que en ella algo haya debido ser de otro modo que como es de hecho en todas estas relaciones de tiempo; más aún, el deber ser, si sólo se contempla la marcha de la naturaleza, no tiene el menor significado. Ni siquiera podemos preguntar qué debe suceder en la naturaleza, como tampoco qué propiedades debe tener un artículo sino qué sucede en ella o qué propiedades tiene el último.

Pero este deber-ser expresa un acto posible cuyo fundamento no es otra cosa que mero concepto; en cambio, el fundamento de un mero acto natural debe ser siempre un fenómeno. Ahora bien, el acto tiene que ser posible en todo caso en las condiciones de la naturaleza, si a él se encamina el deber-ser, pero estas condiciones de la naturaleza no

⁴ EINSTEIN, A. e INFELD, L., *Física, la aventura del pensamiento*, Losada, Buenos Aires, ps. 11 y 12.

afectan la determinación de la voluntad misma, sino sólo su efecto y resultado en el fenómeno...⁵

Hasta la filosofía práctica de cuño materialista se sirve del concepto de libertad, veamos:

...Adoptamos la tradicional entre libertad negativa (o pasiva) y positiva (o activa), entre estar libre de limitaciones y ser libre para actuar (véase Berlín, 1969). Tómese como ejemplo, las famosas Cuatro Libertades listadas por Roosevelt en su discurso sobre el Estado de la Unión de 1941: libertad de expresión y culto, libertad de vivir sin padecer necesidades y sin temor. Las primeras dos son positivas; las restantes negativas.

Sin embargo, lejos de ser mutuamente independientes, los dos tipos de libertad, activa y pasiva, están íntimamente relacionados: La libertad activa o poder para actuar, incluye la capacidad de eliminar ciertas limitaciones, como cuando alguien escapa de la cárcel o desconecta el teléfono móvil. En otras palabras, la libertad activa supone la libertad pasiva. Además, los dos conceptos se pueden subsumir en el de auto-determinación o autonomía. Así pues, un individuo es máximamente libre si puede forjar su propio “destino” (su vida, claro), pero por supuesto que para hacerlo necesita la ayuda de los demás, no conseguirá su libertad en la cueva de un ermitaño sino incorporándose a una o más redes sociales que le presten su apoyo, las cuales, a su vez, le requerirán ciertas cosas. En resumen, el precio de la libertad es la vinculación social...⁶

El axioma según el cual todo hombre es libre, equivale a atribuirle a cada uno idéntica dignidad.

Todo hombre tiene un legítimo derecho al respeto de sus semejantes y también él está obligado a lo mismo, recíprocamente, con respecto a cada uno de ellos.

La humanidad misma es una dignidad porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto

⁵ KANT, *Crítica de la razón pura* cit., ps. 592 a 593.

⁶ BUNGE, M., *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, Gesida, Buenos Aires, 2012, p. 160.

consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y si es que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre...⁷

Como consecuencia de ello, todo hombre es persona (no era así en el Derecho antiguo, donde se admitía la esclavitud, el estado de servidumbre o, entre hombres “libres”, que algunos tuvieran determinados privilegios sobre otros).

Recién con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, la libertad e igualdad (dignidad) del hombre quedó plasmada como Derecho positivo.

Con el establecimiento de aquellos derechos humanos fundamentales se fijaron límites concretos al poder estatal.

Dicho poder ya no será concebido como ilimitado, sino que los órganos del Estado también deben someterse al Derecho (Estado de Derecho).

Este acontecimiento histórico explica, como probaremos en este ensayo, el surgimiento tardío del Derecho Procesal como rama autónoma.

II. El derecho subjetivo como fundamento

La doctrina procesal se atribuye el mérito de haber concebido a la acción como un derecho autónomo del derecho subjetivo material.

Sostienen que, en caso de lesión o desconocimiento de un derecho subjetivo, su titular, mediante el ejercicio de otro derecho (al que denominan acción), promueve la actividad jurisdiccional del Estado, por cuanto le está vedado “hacerse justicia por mano propia”.

⁷ KANT, *La metafísica de las costumbres* cit., ps. 332-336.

La aceptación acrítica de la doctrina del derecho subjetivo fue la causa del extravío conceptual que se verifica en las teorías creadas en torno del derecho de acción.

A título ejemplificativo: me remito a las teorías de la acción como derecho concreto de obrar (o a la sentencia favorable), la necesidad de sustituirlas por otra que concibe a la acción como un derecho abstracto, lo que a su vez exige su complementación con la pretensión (concebida esta última como un hecho).

Una somera investigación nos revela que la locución “derecho subjetivo” se incorporó de manera subrepticia al vocabulario jurídico (no existe consenso sobre su origen y significación).

Sobre el derecho subjetivo se formularon una serie de teorías que intentaron definir su concepto (las más célebres son las que propusieron Bernard Windscheid, Friedrich Karl Von Savigny y Rudolf Von Ihering).

Por resultar sus postulados abstractos (en cuanto indeterminados, imprecisos y genéricos) dichas teorías fueron seriamente objetadas.

Desde el positivismo jurídico, León Duguit expresó:

...El sistema jurídico de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y del Código de Napoleón descansa en la concepción metafísica del derecho subjetivo. El sistema jurídico de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a los individuos y a los grupos. El sistema jurídico civilista era de orden metafísico: El nuevo sistema que se elabora es de orden realista...

Me explicaré. Diré, ante todo, que la noción fundamental que sirve de base al sistema de 1789 y 1804 y de todas las legislaciones positivas que en él se han inspirado, es la del derecho subjetivo: el derecho subjetivo del Estado personificando la colectividad, el derecho subjetivo del individuo. Diré que esta noción es de orden meramente metafísico, lo que está en contradicción indudable con la tendencia de las sociedades modernas y con el realismo; digamos la palabra: con el positivismo de nuestra época...

¿Qué es pues un derecho subjetivo? Las controversias sin fin que se suscitan sobre la verdadera naturaleza del derecho subjetivo, son la

prueba mejor de todo lo que tiene de artificial y de precaria esta concepción...⁸

Despojado del componente ideológico, que se advierte en la obra de Duguit, cierto sector del realismo jurídico llega a idénticas conclusiones:

...Si se reconoce claramente la naturaleza ficticia del poder llamado derecho (subjetivo) se comprende con facilidad cómo el título legal –emergente de la ley– puede ser imaginado como constituyendo un derecho. Si el derecho se identificase con un poder efectivo no podría afirmarse infaliblemente que surge o se establece cuando ocurre cierto hecho definido en la ley. Lo único que podría decirse es que si la ley fuese concienzudamente aplicada por los jueces, etcétera, se seguirían ciertas consecuencias. Los “si” serían muchos, incluyendo la posición económica del tenedor del título, la competencia del abogado, etcétera, totalmente distinta es la situación si se concibe el derecho como un poder ficticio, pues entonces nada impide a la gente imaginar que la ley es capaz de determinar, con infalibilidad absoluta, cómo ha de llegar a ser, ya que solamente existe en la imaginación...⁹

La superación de esta antinomia la insinuó un autor de cuño realista, me refiero a Alf Ross, al concebir el derecho subjetivo en un sentido lógico (como función).

...Podemos concluir entonces que en todos los contextos que hemos considerado los enunciados referentes a derechos subjetivos cumplen la función de describir el Derecho vigente o su aplicación a situaciones específicas concretas. Al mismo tiempo, sin embargo, hay que afirmar que el concepto de derecho subjetivo no tiene referencia semántica alguna. No designa fenómeno alguno de ningún tipo que esté insertado entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas, únicamente es un medio que hace posible –en forma más o menos precisa– representar el contenido de un conjunto de normas jurídicas, a saber, aquellas que conectan cierta pluralidad disyun-

⁸ DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, 2ª ed. corre. y aumentada, Francisco Beltrán, Madrid, 1920, ps. 24 a 36.

⁹ OLIVECRONA, K., *El derecho como hecho*, Depalma, Buenos Aires, 1959, ps. 74 a 75.

tiva de hechos condicionantes con cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas...¹⁰

Tomando como base esta concepción del derecho subjetivo, y para una mejor comprensión de lo que diré infra, debo señalar que Immanuel Kant, en la introducción de su *Crítica de la razón pura*, expresa: “Constituyen pues los elementos de nuestro conocimiento: la intuición y los conceptos, de tal modo que no existe conocimiento por conceptos sin la correspondiente intuición o por intuiciones sin conceptos”¹¹.

En otro tramo de su obra, al tratar el concepto de sensibilidad, Kant concluye que el derecho no es fenómeno de un objeto:

...Se desnaturalizan los conceptos de sensibilidad y de fenómeno y se inutiliza y destruye toda doctrina del conocimiento cuando, se hace consistir toda nuestra sensibilidad en la representación confusa de las cosas, representación que contendría todo lo que ellas son en sí, aunque bajo la forma de un amontonamiento de caracteres y representaciones parciales, que no distinguen claramente unos de otros. La diferencia de una representación oscura y otra clara, es puramente lógica, y no se refiere a su contenido. Sin duda, el concepto del derecho, empleado por la sana inteligencia común, contiene todo lo que la misma especulación puede desarrollar del mismo, aunque en el uso práctico y común, no se tiene conciencia de las diversas representaciones contenidas en ese concepto. Pero no puede decirse por eso que el concepto común del derecho sea sensible y que contenga un simple fenómeno, “*pues el derecho no puede ser fenómeno de ningún objeto*”, sino que su concepto existe en el entendimiento y presenta una cualidad (la moral) de las acciones, que es de ellas mismas...¹²

Se objeta a la Filosofía Kantiana el haber mantenido incólume el abismo que separa a la filosofía teórica de la práctica.

Recién con Hegel se logró –al menos formalmente– la superación de aquella distinción, al subsumir el uso práctico de la razón en el pensamiento:

¹⁰ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963, p. 166.

¹¹ KANT, *Crítica de la razón pura* cit., p. 225.

¹² KANT, *Crítica de la razón pura* cit., p. 216.

...Respecto de la conexión entre la voluntad y el pensamiento, hay que observar lo siguiente: El espíritu es el pensamiento y el hombre se diferencia del animal por medio del pensamiento. Pero no hay que representarse que el hombre por una parte piensa y por la otra quiere, que en un bolsillo tiene el pensamiento y en el otro el querer, porque sería ésta una representación vacía. La diferencia entre pensamiento y voluntad es la que existe entre el comportamiento teórico y el práctico, pero ellos no son dos facultades, sino que *la voluntad es un modo particular del pensamiento*. El pensamiento: el pensamiento en cuanto se traduce en la existencia, en cuanto impulso de darse la existencia. Esta diferencia entre el pensamiento y la voluntad puede expresarse de la siguiente manera: Cuando pienso un objeto, lo llevo al pensamiento y le quito lo sensible, lo convierto en algo que es esencial e inmediatamente mío. En efecto, recién en el pensamiento estoy conmigo mismo, sólo el concebir es la penetración del objeto, que ya no está más frente a mí, y al que le he quitado lo propio, lo que tenía por sí contra mí: Del mismo modo como Adam le dijo a Eva “eres carne de mi carne, y hueso de mis huesos”, así dice el espíritu “es espíritu de mi espíritu” y lo extraño ha desaparecido. Toda representación es una universalización y ésta le pertenece al pensamiento. Hacer algo universal quiere decir pensarlo [...] *El comportamiento práctico comienza, por el contrario, con el pensamiento*, con el propio yo y aparece en primer lugar como contrapuesto porque establece inmediatamente una separación. Al ser práctico activo, me determino y determinarme quiere decir precisamente poner una diferencia. Pero las diferencias que pongo son a su vez más, las determinaciones me pertenecen, lo mismo que los fines a los que soy impulsado. *Aunque deje salir estas determinaciones y diferencias, es decir, las ponga en el llamado mundo exterior, siguen siendo sin embargo más*: son lo que yo he hecho, construido, llevan la huella de mi espíritu.

...Lo teórico está esencialmente incluido en lo práctico. Esto se dirige en contra de la representación de que ambos están separados, pues no se puede tener voluntad sin inteligencia. Inversamente, la voluntad contiene en sí lo teórico, la voluntad se determina y esta determinación es en primer lugar algo interno, *lo que quiero me lo represento, es objeto para mí...*¹³

¹³ HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho* cit., ps. 32 a 33.

Según esto, *el Derecho es*, esencialmente, *el pensamiento* de un objeto.

¿Y cuál es ese objeto? Las conductas humanas que el legislador se representa como permitidas o prohibidas (normas jurídicas).

En función de lo expuesto, concibo al Derecho positivo como *el pensamiento práctico objetivado (exteriorizado a través del lenguaje) del legislador*.

Cabe preguntarse entonces: ¿puede comunicarse el pensamiento? ¿puedo conocer el pensamiento de otros?

La respuesta afirmativa al primer interrogante se encuentra implícita en la noción de Derecho positivo que hemos dado.

De hecho, sabemos que el legislador comunica sus pensamientos a través del uso del lenguaje (el Derecho positivo consiste en una serie de enunciados, al que denominamos normas jurídicas).

En cuanto al segundo interrogante, también se impone una respuesta afirmativa.

...Puedo saber lo que el otro piensa, no lo que yo pienso. Es correcto decir: “Sé lo que piensas”, y falso “Sé lo que pienso” (Toda una nube de filosofía se condensa en una gotita de gramática)...¹⁴

Pero este “conocimiento” se encuentra mediado (en el caso del Derecho positivo) por un lenguaje natural, no formalizado o deficientemente formalizado (las disputas en torno al significado de las palabras utilizadas por el legislador, son su prueba más palmaria).

La necesidad de un “conocimiento” práctico del Derecho positivo se encuentra establecida en el siguiente axioma: “La obligatoriedad del Derecho exige que las normas sean conocidas por sus destinatarios”.

...La finalidad del lenguaje es expresar pensamientos. Así, pues, la finalidad de cada oración sería expresar un pensamiento. ¿Qué pensamiento expresa, por ejemplo, la oración “¡lueve”?...

La pregunta por el sentido. Comparece:

¿Esta oración tiene sentido? ¿Cuál?

¿Esta serie de palabras es una oración? ¿Cuál?

¹⁴ WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 2004, p. 507.

Cuando le doy una orden a alguien, es completamente suficiente para mí hacerle signos. Y yo no diría nunca esto sólo son palabras, tengo que traspasar las palabras. Asimismo, cuando yo le pregunto algo a alguien y me da una respuesta (o sea, un signo), estoy satisfecho –esto era lo que yo esperaba– y no objeto: Esto no es sino una mera respuesta. Pero si se dice: ¿Cómo he de saber qué quiere decir él, si sólo veo sus signos?, entonces contesto: ¿Cómo ha de saber él que quiere decir, si también él tiene solamente sus signos?
*¿Tengo que entender una orden antes de poder actuar de acuerdo con ella? –Claro: de lo contrario no sabrías lo que tienes que hacer– ¡Pero del saber al hacer hay de nuevo un salto!...*¹⁵

Para *comprender* una norma jurídica debo *interpretarla* (establecer su sentido).

De esa manera, hago mío el pensamiento del legislador (pienso lo previamente pensado por aquél).

Mediante este nuevo pensamiento *me represento las conductas descriptas* en las normas jurídicas *como derechos subjetivos y deberes jurídicos*.

Este pensamiento lo expreso mediante enunciados del tipo “de acuerdo al Derecho vigente, estoy autorizado a realizar determinada conducta”, etcétera.

Asimismo, *concibo al derecho subjetivo como un concepto*.

La ambigüedad del uso de la palabra “concepto”, me obliga aclarar que *la utilizo en un sentido lógico*.

La palabra “concepto” se utiliza de manera distinta en parte en un sentido psicológico, y en parte en un sentido lógico, y en parte, quizás, en una mezcla confusa de ambos. Esta libertad presente de momento halla su limitación natural en la exigencia de que se mantenga siempre el mismo uso, una vez fijado éste...

*El concepto –tal como entiendo la palabra– es predicativo. Un nombre de objeto, por el contrario, “un nombre propio”, es totalmente inadecuado para ser utilizado como predicado gramatical...*¹⁶

El derecho subjetivo, en cuanto concepto, denota el “fundamento”.

¹⁵ WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas* cit., p. 533.

¹⁶ FREGE, G., *Estudios sobre semántica*, Orbis, Madrid, 1985, ps. 105 a 107.

Cuando en un enunciado se afirma que alguien “tiene” o “es titular” de un derecho subjetivo, significa que “tiene” un fundamento normativo.

Decimos que *derecho subjetivo* y *fundamento* son lo mismo.

¿En qué nos apoyamos para pronunciar semejante aserto?

La palabra griega *logos* fue traducida al latín como *ratio*, la que a su vez deriva del verbo *reor*, que significa “rendir cuentas”, “dar cuenta de algo”.

El uso práctico de la razón (al igual que su uso teórico) nos exige que rindamos cuentas, que expresemos el fundamento.

Concibo al “fundamento” en un sentido amplio. Esto es, como justificación (no como causa) de la conducta humana, desde que el Derecho positivo de ningún modo suprime el libre albedrío.

...A menudo, el contenido de la proposición, que en forma abreviada, reza: “nada sin fundamento” es, incluso, conocido sólo en la versión siguiente: *Nihil fit sine causa*, nada acontece sin causa. Ahora bien, toda causa es por cierto una suerte de fundamento. Pero no todo fundamento efectúa algo, en el sentido de ser acción causal de ello. Así, por ejemplo, el enunciado universalmente válido “todos los hombres son mortales” contiene ciertamente el fundamento “o razón” de *que nos sea inteligible* que “Sócrates es mortal”. Pero este enunciado universalmente válido no produce el efecto, no es la causa de que Sócrates muera...¹⁷

Desde el punto de vista gramatical, tenemos que la locución “derecho subjetivo” podemos descomponerla en sus dos elementos: “derecho” como sustantivo y “subjetivo” como adjetivo.

Etimológicamente la palabra “sustantivo” proviene del latín *substantia*, que a su vez la componen otras dos: *sub* y *stare*, cuya traducción significa *estar debajo* (propiamente lo que no se ve, pero que es fundamento).

A poco que se analice la etimología de la palabra “subjetivo” se advierte que designa lo mismo que “derecho” como sustantivo (esto es, el fundamento).

¹⁷ HEIDEGGER, M., *La proposición del fundamento*, Odós, Barcelona, 1991, ps. 183 a 184.

El diccionario define la palabra “subjetivo” como perteneciente o relativo al “sujeto”.

A su vez, la palabra “sujeto” designa aquello que “subyace” (en cuanto fundamento).

...Todo queda bien distante de un mero juego etimológico señalando que “λέγειν” si bien significa decir, el decir es para los griegos esencialmente un poner...

Al dis-poner o pro-poner algo, lo colocamos en posición de yacer. Entonces es un subyacente. Pero es el caso que algo pueda yacer delante de nosotros sin que nos acerquemos previamente para ponerlo. Yacer se dice en griego “κελοθάν”. *Lo que subyace* [...] en latín *subiectum*...¹⁸

El *sujeto* es lo que se interpreta (en nuestro caso el Derecho positivo) partiendo de nosotros mismos (de ahí la subjetividad, lo subjetivo).

“Sujeto”: lo que se interpreta partiendo de nosotros mismos, de suerte que el yo pasa por ser la sustancia, la causa de toda acción, el “agente”...¹⁹

El derecho subjetivo, en cuanto concepto, no es el nombre propio de ningún objeto.

Desde la semántica se nos informa (como lo hace Gottlob Frege) que *los enunciados imperativos tienen sentido* (pensamiento), *mas no referencia* (de un objeto).

El concepto, que es la parte no saturada de un enunciado afirmativo, requiere de complementación mediante un “argumento” (entendido éste como el nombre propio de un objeto o un término conceptual).

Según la tesis Fregeana, si bien el “argumento” no forma parte del “concepto” (función), entre ambos constituyen un todo completo.

...Ya no hay que admitir tan sólo números, sino objetos en general, *teniendo que contar también a las personas entre los objetos*...

Al haber admitido así objetos sin limitación como argumentos y como valores de función, lo que se pregunta entonces es a qué llamamos aquí

¹⁸ HEIDEGGER, M., *Qué significa pensar*, Agebe, Lanús Oeste, 2012, p. 175.

¹⁹ NIETZSCHE, F., *La voluntad de poder*, Biblioteca EDAF, Madrid, 2006, p. 483.

objeto. Considero que es imposible una definición académica, puesto que en este caso tenemos algo que, por su simplicidad, no permite una descomposición lógica. Tan sólo es posible aludir a lo que se quiere decir. Brevemente, aquí sólo se puede decir: objeto es todo lo que no es función, la expresión de lo cual, por tanto, no lleva consigo un lugar vacío.

Un enunciado afirmativo no contiene ningún lugar vacío, y por eso hay que considerar que su referencia es un objeto. Esta referencia, empero, es un valor veritativo. Por lo tanto, ambos valores veritativos son objetos...²⁰

Para una mejor comprensión del tema que nos ocupa, digamos que el argumento (nombre propio) completa el sentido de un enunciado afirmativo y, paralelamente, le otorga la referencia de un objeto que le faltaba.

...Los enunciados afirmativos en general pueden concebirse, lo mismo que las ecuaciones y las expresiones analíticas, descompuestas en dos partes; una de las cuales está completa en sí misma, mientras que la otra precisa de complemento, es no saturada. Así, por ejemplo, el enunciado:

“César conquistó las Galias”

Puede ser descompuesto en “César” y “conquistó las Galias”. La segunda parte es no-saturada, lleva consigo un lugar vacío y únicamente cuando se llena este lugar por medio de un nombre propio o de una expresión que represente un nombre propio, aparecerá un sentido completo. También ahora llamo función al significado de esta parte no-saturada. En este caso, el argumento es César...²¹

La cita precedente nos permite comprender otra cuestión fundamental del derecho subjetivo.

Hemos afirmado que Derecho positivo es, esencialmente, un pensamiento del legislador;

Por tal motivo, cuando los juristas deducen de aquél otros derechos a los que denominan “subjetivos”, sólo expresan otro pensamiento:

...De ahí puede desprenderse que la relación del pensamiento con lo verdadero no puede compararse a la del sujeto con el predicado.

²⁰ FREGE, *Estudios sobre semántica* cit., ps. 33 a 35.

²¹ FREGE, *Estudios sobre semántica* cit., p. 33.

Efectivamente, sujeto y predicado (entendidos en sentido lógico) son partes del pensamiento; para el conocimiento, se hallan en el mismo nivel. *Ensamblando sujeto y predicado siempre se consigue únicamente un pensamiento, pero no se pasa nunca de un sentido a su referencia, de un pensamiento a su valor veritativo. Nos movemos en el mismo nivel, no se pasa de un nivel al siguiente. Un valor veritativo no puede ser parte de un pensamiento, como no puede serlo el sol, porque no es un sentido, sino un objeto...*²²

Distinto es el caso cuando alguien (una persona determinada, en un lugar y tiempo también determinados) emite el siguiente enunciado: Yo, en mi calidad de vendedor de una cosa, “tengo” el derecho (subjetivo) de percibir, del comprador, el precio pactado en el contrato de compraventa.

...La forma lingüística de las ecuaciones es un enunciado afirmativo. *Un tal enunciado contiene como sentido un pensamiento* o, por lo menos, pretende contener alguno; y este pensamiento es, en general, verdadero o falso; esto es, tiene en general un valor veritativo que puede concebirse asimismo como referencia del enunciado...²³

La referencia del enunciado es un pronombre o nombre propio de una persona y tiene la forma de un entimema.

El entimema es un silogismo incompleto, donde una de las premisas se da por sobreentendida.

El silogismo completo podría expresarse de la siguiente manera:

- Hay una norma jurídica positiva que confiere al vendedor el derecho de percibir el precio pactado en un contrato de compraventa;
- hay un contrato de compraventa (fáctico), el cual celebré en calidad de vendedor de una cosa;
- luego, yo tengo el derecho (subjetivo) de percibir el precio pactado en el contrato de compraventa.

La verdad o falsedad de las premisas y, consecuentemente, de la conclusión, dependerá de que pueda verificarse o no lo afirmado en ellas.

²² FREGE, *Estudios sobre semántica* cit., ps. 63 a 64.

²³ FREGE, *Estudios sobre semántica* cit., p. 35.

No resulta autocontradictorio que alguien niegue lo afirmado, por mí, en las premisas del silogismo.

De ello da cuenta Hegel en el siguiente párrafo:

Cada parte se basa en sus derechos y acusa a la otra de lesión de un derecho. El derecho de un estado A resulta lesionado, en el derecho a que le pertenece, por un estado B, pero el estado B afirma que él sostiene su derecho B y que esto no se puede considerar como lesión del derecho de A. El público toma partido, cada partido afirma que tiene el derecho de su parte; resulta así que ambos partidos tienen derecho y que son precisamente los mismos derechos los que se encuentran en oposición a uno y a otro...²⁴

Ciertamente, no basta con distinguir entre el mundo inteligible del “deber-ser” (en el cual se refugian los idealistas) y los hechos que los contradicen (bastión inexpugnable de los realistas).

La ciencia del Derecho nos exige un fundamento racional que nos permita conectar lógicamente ambos mundos.

Y la conexión se logra cuando nuestras proposiciones sobre los derechos subjetivos o los deberes jurídicos tienen sentido (un pensamiento) y referencia (de un objeto).

III. El principio de incertidumbre

No es casual que Michel de Montaigne haya inscripto, en una de las vigas de su biblioteca, el siguiente enunciado: “no hay nada más cierto que la incertidumbre”.

Para comprender el origen de su escepticismo, debe tenerse presente su formación profesional (licenciado en leyes) y, fundamentalmente, el hecho de haberse desempeñado, durante largos años, como magistrado en la ciudad de Budeos.

Es que la ciencia del Derecho no brinda una explicación satisfactoria de las siguientes cuestiones:

Desde el formalismo jurídico, Hans Kelsen sostuvo:

...Si no es atinada en general, la idea de perfección de los hombres, tampoco puede ser sostenida para lo que se refiere a los órganos de

²⁴ HEGEL, G. W. F., *La Constitución de Alemania*, Aguilar, Madrid, 1972, p. 106.

aplicación del Derecho (aun cuando se hacen intentos tales en la teoría del Derecho natural). Seguramente la constitución de tales órganos es acertada, porque son más objetivos y técnicos que las partes interesadas en la decisión; porque aun no siendo perfectos, por lo menos respecto de la decisión del caso concreto son más perfectos que el pretensor y el obligado. Sólo que el momento decisivo está en que la fijación del hecho a realizar por el órgano no se dirige tanto a establecer la “verdad” como a poner fin a un litigio...

El que se realice el Derecho, sea positivo o natural, no depende tan sólo de que en el caso concreto se produzca la consecuencia “acertada” normada por el precepto jurídico sino ante todo de que esta consecuencia sea anudada al hecho “adecuado”, estatuido por el precepto jurídico y no a otro; por eso hay también en la fijación individualizadora del hecho condicionante un acto de creación jurídica, y no una simple “subsunción” lógica. El tránsito del procedimiento jurídico desde la norma general a la individual significa: que en lugar del estatuido en aquélla se coloca el hecho fijado por ésta. En la posibilidad reconocida por el principio de fuerza del Derecho de una discrepancia insuperable de ambas se acredita la fuerza creadora del Derecho de la llamada aplicación del Derecho, ya que no tiene tan sólo una función complementaria de la norma general sino también una función supletoria y hasta suplantadora. Y esto demuestra también en qué alto grado entra en juego la positividad del Derecho, precisamente en la individualización de la norma general. Cuando alguien es condenado con eficacia jurídica por un robo que en realidad no ha cometido, no se realiza ciertamente la norma general de Derecho positivo “quien roba debe ser castigado”, y sin embargo, se ha creado derecho...

Esta posibilidad de una contradicción del grado individual de la ordenación jurídica con el grado general, igualmente fatal cuando se trata de la realización del Derecho positivo como del Derecho natural, encuentra su razón ineliminable en la insuficiencia del hombre, que puede ser equivocado y malo. Pero el necesario proceso de individualización, tanto del Derecho natural como del positivo, tiene que cumplirse a través de ese hombre...²⁵

Desde el realismo jurídico, Karl Olivecrona sostuvo:

²⁵ Kelsen, H., *La idea del Derecho natural*, Imprinta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1943, ps. 33 a 36.

...Queda por ver si el derecho de propiedad es equivalente a la posición favorable del propietario con relación a la maquinaria jurídica, es decir, si el derecho se identifica con la posibilidad efectiva de poner en marcha esa maquinaria jurídica para proteger sus propios intereses. Sin duda esta posibilidad está íntimamente vinculada con la ideal del derecho, pero sería un gran error confundir el derecho, como lo concibe nuestra mente, con tal aptitud.

En primer término, el derecho es anterior a la aptitud de poner en movimiento la maquinaria legal. El reclamo del demandante se apoya en un derecho y, cuando se dicta sentencia a su favor ella se apoya en que ha demostrado tener ese derecho. Por ejemplo, si el demandante alega ser propietario de una cosa que está en posesión del demandado, según la opinión corriente debe establecer su derecho de propiedad a fin de triunfar en el litigio. Por lo tanto, su derecho no se identifica con el hecho de que él esté en posesión de obtener una decisión favorable; en cambio, ese derecho es considerado como una condición de tal sentencia, como algo que debe ser verificado por el tribunal.

En segundo lugar, no siempre se obtiene una sentencia favorable aunque el actor, según la teoría legal, tenga el derecho en cuestión. La carga de la prueba que le incumbe puede despojarlo del éxito, el tribunal puede formarse una impresión errónea de los hechos, etcétera. Por lo contrario, un demandante que realmente carece por completo de derecho puede ganar su caso. Es obvio que el éxito en los litigios depende de muchos factores además de aquellos que determinan, con arreglo a la ley, la existencia de un derecho. Por lo tanto, el éxito en un litigio puede o no coincidir con el derecho invocado...²⁶

En lugar de dilucidar el enigma descripto, los realistas circunscribieron el ámbito de sus investigaciones científicas a las decisiones judiciales (único criterio objetivo, según ellos, para el establecimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico positivo).

En tal sentido, Alf Ross, en su obra *Sobre el derecho y la justicia* sostuvo lo siguiente:

...De acuerdo con esto, un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el *conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez*, porque éste las

²⁶ OLIVECRONA, *El derecho como hecho* cit., ps. 62 a 63.

vive como efectivamente obligatorias y por eso las obedece. El test de la vigencia es que sobre la base de esta hipótesis, esto es, *aceptando el sistema de normas como un esquema de interpretación*, podamos comprender las acciones del juez (las decisiones de los tribunales) como respuestas con sentido a condiciones dadas y, dentro de ciertos límites, *seamos capaces de predecir esas decisiones*, de la misma manera que las normas del ajedrez nos capacitan para comprender las movidas de los jugadores como respuestas con sentido, y para predecirlas.

La acción del juez es una respuesta a un número de condiciones determinadas por las normas, verbigracia, que se haya celebrado un contrato de venta, que el vendedor no haya entregado la cosa vendida, que el comprador se la haya reclamado oportunamente, etcétera...

Sin embargo los fenómenos jurídicos en sentido restringido –la aplicación del Derecho por los tribunales– son decisivos para determinar la vigencia de las normas jurídicas. En contra de las ideas generalmente aceptadas, es necesario insistir que el Derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares...²⁷

Contra la posibilidad de predecir las decisiones judiciales, se alzó Jerome Frank en su célebre ensayo: *Derecho e incertidumbre*.

...Uno de esos problemas que, en tanto permanezca sin solución, provocará dramas diarios es el de obtener un conocimiento correcto de los hechos en la etapa probatoria de los pleitos judiciales. Cuando, hace unos veinte años un fiscal dijo, muy ufano, que los hombres inocentes nunca eran condenados como criminales, Borchard le replicó, en 1932 con la publicación de su gran libro *Convicting the innocent (Condenando al inocente)*, donde reveló que muchos hombres fueron a la cárcel por delitos que no habían cometido, debido a que los tribunales de primera instancia (*trial courts*) habían incurrido en errores en la apreciación de los hechos –defectos presentes tanto en litigios civiles como penales–, resulta que los hombres no sólo pierden su libertad, sino también a menudo su propiedad, ahorros, trabajo o reputación por causa de fallos fundados en el “hallazgo” judicial de hechos que nunca han ocurrido realmente. He aquí un problema moral de primera magnitud...²⁸

²⁷ ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia* cit., ps. 34 a 35.

²⁸ FRANK, J., *Derecho e incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, ps. 25 a 26.

Confieso, como lo hizo Immanuel Kant en sus *Prolegómenos* respecto de David Hume, que la indicación de Jerome Frank interrumpió mi adormecimiento dogmático, dando a mis investigaciones una dirección completamente distinta, la que expondré a continuación.

La teoría pura del Derecho, establecida por Hans Kelsen, describe el objeto de la ciencia del Derecho en estos términos:

...Después de haber establecido que la ciencia del Derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el Derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

Desde el punto de vista estático, el Derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar ese sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos. Hablamos también de su validez...²⁹

Seguidamente, Kelsen distingue entre normas jurídicas y reglas jurídicas.

Respecto de las primeras sostiene que son imperativos (actos voluntarios) que, como tales, no pueden ser ni verdaderos ni falsos (en el mismo sentido, aunque superando la concepción imperativista de la norma, Alf Ross, en su obra *Sobre el derecho y la justicia*, expresa: “La regla jurídica no es verdadera ni falsa, es una directiva”).

En cuanto a las reglas de Derecho sostiene que son juicios hipotéticos de los que se vale el jurista para conocer el derecho y describirlo:

...En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de Derecho no puede tener tal efecto. Sólo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo se puede considerar justa o injusta, pero no tiene

²⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 4ª ed., 3ª reimpresión, Eudeba, Buenos Aires, 2004, p. 31.

ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esa norma un jurista formalizara una regla de Derecho que dijera: “El que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión”, esta regla de Derecho es falsa...³⁰

En función de todo ello, el autor citado, concluye:

...Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de Derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas...³¹

La distinción precedente excluye de la consideración del científico una cuestión fundamental: ¿cuál es el rol o función que tiene la persona destinataria de los mandatos jurídicos?

Según las teorías tradicionales, a los destinatarios de las normas jurídicas sólo les cabe obedecer o no.

En caso de no ajustar su conducta al precepto legal (desobediencia) deberá atenerse a las consecuencias establecidas en la norma.

Según esta tesis “el mundo del Derecho” se circunscribe a lo que hagan los legisladores (normas jurídicas) y lo que digan los juristas o decidan los jueces (sobre dichas normas).

El defecto de una teoría, así concebida, no radica en su monismo objetual, sino en la insuficiencia de la investigación del objeto que dice estudiar.

Si se admite que los destinatarios de las normas jurídicas son las personas comunes y que son ellos quienes deben ajustar su conducta al precepto legal, también debe admitirse que el Derecho positivo les asigna, a dichas personas, la función de individuación de la norma jurídica general al caso particular.

Mediante ese proceso de individuación (que temporalmente es anterior a la decisión y que se exterioriza, “se hace patente”, a través de una acción u omisión determinadas), las personas (destinatarios) cumplen la función de interpretación de la norma jurídica (el texto legal debe ser “comprendido” en algún sentido).

³⁰ Kelsen, *Teoría pura del Derecho* cit., p. 38.

³¹ Kelsen, *Teoría pura del Derecho* cit., p. 39.

Mediante dicha función la persona crea una regla de derecho individual (y, como tal, subjetiva), que determina su conducta.

El establecimiento de esta regla (contrariamente a lo que sucede con las reglas de Derecho creadas por los juristas) tiene consecuencias jurídicas concretas.

Imaginemos que una persona intima a otra diciéndole “pagame” y la otra le contesta “no te pago”.

En tal caso, suponemos que los interlocutores “conocen”, “comprenden” de lo que están hablando (que entre el requerimiento y la respuesta existe un contexto –el cual desconocemos– que hace comprensible el diálogo entre ellos).

En este plano imaginario, supongamos que la persona que emitió el requerimiento me dice: “no me quiere pagar, ¿le parece bien eso?”

Si soy un hombre sensato le diré que no puedo contestar su interpelación porque desconozco las cuestiones de hecho y de derecho de las que están hablando (las que puedo suponer, pero resultan infinitas).

Sigamos imaginando que, ante mi respuesta, esa persona me explica pormenorizadamente todos los detalles del caso: me dice que le vendió a su anterior interlocutor una cosa y que a la fecha no recibió el pago que, en concepto de precio, habían estipulado en la convención.

Seguramente le diré que su discurso me resulta coherente, además de posible, pero que, en todo caso, solamente me permite comprender el porqué del requerimiento de pago, pero no me permite concluir que la respuesta dada a su requerimiento pueda resultar antijurídica.

Finalmente, supongamos que mi interlocutor convoca a la otra persona (que todavía se encontraba en el lugar) para que me explique el porqué de su negativa a pagarle.

Es posible que esa persona, si accede a explicarme el caso, me manifieste: que no existió un contrato de compraventa, que pagó y que el acreedor le vuelve a reclamar injustamente el precio, que el pago no es exigible hasta la fecha, que no debe pagar, porque según la norma vigente, el vendedor no le entregó la cosa adquirida y no le da seguridades de hacerlo en el futuro, y así hasta el infinito.

Con lo expuesto queda demostrado que las conductas de los destinatarios de las normas jurídicas quedan reducidas a proposiciones

(no interesa la forma gramatical que utilicen), las que –como tales– pueden ser verdaderas o falsas.

También queda demostrado que la mayor parte de los enunciados emitidos por los juristas, en torno al Derecho subjetivo y al deber jurídico, *no son verdaderas proposiciones*.

...La mayor parte de las proposiciones e interrogantes que se han escrito sobre cuestiones filosóficas no son falsas, sino absurdas. De ahí que no podamos dar respuesta en absoluto a interrogantes de este tipo, sino sólo constatar su condición de absurdas. La mayor parte de los interrogantes y proposiciones de los filósofos estriban en nuestra falta de comprensión de nuestra lógica lingüística (son del tipo del interrogante acerca si lo bueno es más o menos idéntico que lo bello).

Y no es de extrañar que los más profundos problemas no sean problema alguno.

Toda filosofía es “crítica lingüística” (en todo caso, no en el sentido de Mauthner). Mérito de Russell mostrando que la forma aparente de la proposición no tiene por qué ser su forma real...³²

Para una mejor comprensión de lo expresado hasta el momento, resulta necesario distinguir, como lo hace Gottlob Frege, entre sentido y referencia de los enunciados significativos (la relación del sentido es con el pensamiento, mientras que la referencia se relaciona con el objeto).

...Es natural considerar entonces que a un signo (nombre, unión de palabras, signo escrito), además de lo designado que podría llamarse la referencia del signo, va unido lo que yo quisiera denominar el sentido del signo, en el cual se halla contenido el modo de darse. Según esto, en nuestro ejemplo, la referencia de las expresiones “el punto de intersección de a, y b” y “el punto de intersección de b, y c” sería ciertamente la misma, pero no sería el mismo sentido. La referencia de “lucero vespertino” y de “lucero matutino” sería la misma, pero el sentido no sería el mismo.

Del presente contexto se desprende que con “signo” y “nombre” he entendido cualquier designación que represente un nombre propio, cuya referencia sea, pues un objeto determinado (tomada esta palabra

³² WITTGENSTEIN, L., “*Tractatus Lógico Philosophicus*”, Alianza, España, 2002, ps. 31 a 61.

en su extensión más amplia), pero no un concepto ni una relación, sobre los cuales se tratará con más detenimiento en otro ensayo. La designación de un único objeto puede estar compuesta de varias palabras u otro tipo de signos. Para abreviar, llamaremos nombre propio a cada una de tales designaciones.

El sentido de un nombre propio lo comprende todo aquel que conoce el lenguaje o el conjunto de designaciones al que pertenece, pero con ello, la referencia, en caso de que exista, queda sólo parcialmente iluminada. Un conocimiento completo de la referencia implicaría que, de cada sentido dado, pudiéramos indicar inmediatamente si le pertenece o no. Esto no lo lograremos nunca.

La conexión regular entre el signo, su sentido y su referencia es tal, que al signo le corresponde un determinado sentido y a éste, a su vez, una determinada referencia, mientras que a una referencia (a un objeto), no le corresponde solamente un signo. El mismo sentido puede expresarse en diferentes lenguas, e inclusive en la misma, de diversas maneras. Naturalmente, hay excepciones a esta situación regular. Es verdad que en un conjunto perfecto de signos, a cada expresión debería corresponderle un sentido determinado, pero las lenguas naturales a menudo no cumplen este requisito, y hay que darse por satisfecho si, sólo en un mismo contexto, tiene la misma palabra siempre el mismo sentido...³³

Con el rigor lógico que lo caracteriza, Gottlob Frege expresa:

...Éste es el caso también de los enunciados adverbiales de finalidad con “para que”; pues evidentemente la finalidad es un pensamiento; por eso, referencia indirecta de las palabras, subjuntivo.

El enunciado subordinado con “que” después de “mandar”, “pedir”, “prohibir” aparecería, en estilo directo, en forma de imperativo. Tal enunciado no tiene referencia, sino sólo sentido. Una orden, un ruego, no son ciertamente pensamientos, pero, con todo, están al mismo nivel del pensamiento. De ahí que, en las subordinadas que dependan de “mandar”, “pedir”, etcétera, las palabras tienen su referencia indirecta. La referencia de estos enunciados no es, pues, un valor veritativo, sino una orden, un ruego u otros similares...³⁴

³³ FREGE, G., *Estudios sobre semántica*, Orbis, Madrid, 1985, ps. 53 a 54.

³⁴ FREGE, *Estudios sobre semántica* cit., p. 69.

Todo lo concerniente a los derechos subjetivos y los deberes jurídicos, puede reducirse a enunciados afirmativos (que, como tales, podrán ser verdaderos o falsos).

Si se admite lo anterior, también debe admitirse –lógicamente hablando– que toda proposición requiere ser probada (no basta con su estructura gramatical), *máxime si las proposiciones son antitéticas, como el caso del ejemplo dado (el principio de contradicción nos señala que nada puede ser y no ser al mismo tiempo y desde un mismo punto de vista)*.

Con el relato precedente queda demostrada cuál es la función que le cabe a los destinatarios de las normas (según su propia estructura).

Tal vez por su simplicidad y cotidianeidad, los juristas no repararon en la importancia del lenguaje para expresar o describir cuestiones de hecho o de derecho.

...Los aspectos de las cosas más importantes para nosotros están ocultos por su simplicidad y cotidianeidad (se puede no reparar en algo, porque siempre se tiene ante los ojos). Los fundamentos reales de su indagación no le llaman en absoluto la atención a un hombre. A no ser que eso le haya llamado la atención alguna vez. Y esto quiere decir: lo que una vez visto es más llamativo y poderoso, no nos llama la atención...³⁵

Con lo dicho, estamos en condiciones de establecer el *principio de incertidumbre*, como el fundamento del Derecho Procesal (en el plano teórico) y del proceso jurisdiccional (en el plano práctico), el que enunciamos de la siguiente manera: “Las proposiciones sobre el Derecho positivo son inciertas, como así también los enunciados sobre derechos subjetivos y deberes jurídicos, hasta tanto no se emita una decisión jurisdiccional definitiva”.

Este principio contradice la representación habitual que los juristas teóricos tienen del Derecho positivo vigente (como ordenamiento o sistema jurídico).

A todos ellos les cabe lo expresado por Georg W. F. Hegel, en su obra la *Constitución de Alemania*:

³⁵ WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas* cit., p. 35.

La publicación de los pensamientos que contiene este escrito no puede tener otra finalidad ni otro efecto que la comprensión de aquello que es, para fomentar así la opinión serena, y la capacidad para soportarlo con moderación, tanto en las palabras como en el trato real (con los asuntos). *Pues lo que nos arrebató y nos hace sufrir no es lo que es, sino lo que no es como debiera ser*, pero si reconocemos que es como tiene que ser, es decir, no según la arbitrariedad y el acaso, entonces reconocemos también que debe ser así. Sin embargo, a los hombres les resulta difícil, generalmente, asumir el hábito de intentar reconocer la necesidad y pensarla. Pues entre los sucesos y la libre interpretación de los mismos ponen un montón de conceptos y de fines y exigen que lo que acontece esté de acuerdo con éstos; pero cuando pasa de otra manera, como, sin duda, sucede casi siempre, se disculpan de sus conceptos, como si en éstos dominase la necesidad en tanto que en los acontecimientos solamente dominase el azar; pero se debe a que sus conceptos son tan limitados como su punto de vista sobre las cosas, que sólo interpretan como acontecimientos singulares, no como un sistema de sucesos dirigidos por un espíritu; no obstante, bien sufran por ello, o bien solamente lo encuentren en contradicción con sus conceptos, de todas maneras encontrarán, reafirmando sus conceptos, la razón de reprochar amargamente lo sucedido...³⁶

La incertidumbre del Derecho positivo no es algo contingente, sino que es una determinación fundamental del mismo.

Concretamente, no es que la incertidumbre del Derecho positivo sea un defecto, algo extraño o ajeno a la norma jurídica (nada tiene que ver con el aspecto ideológico que quiso exorcizar el formalismo de Hans Kelsen).

La primera prueba de nuestra afirmación la encontramos en el modo del verbo utilizado por el legislador.

Me refiero al modo subjuntivo del verbo de las normas jurídicas primarias (Hans Kelsen), o las normas de conducta (Alf Ross), y finalmente, el denominado Derecho justicial de la doctrina alemana.

El modo subjuntivo se utiliza principalmente para indicar incertidumbre, subjetividad o posibilidad.

³⁶ HEGEL, *La Constitución de Alemania* cit., p. 11.

Más precisamente, en la legislación se emplea el futuro imperfecto del subjuntivo. Por ejemplo, el artículo 79 del Código Penal de la República Argentina establece: “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que *matare* a otro, siempre que en este Código no se *estableciere* otra pena”.

Otra prueba de la incertidumbre del Derecho positivo la aportan doctrinas filosóficas claramente antitéticas.

Desde el idealismo alemán, su máximo expositor expresa:

...El tribunal [...] El miembro de la sociedad civil tiene el derecho de recurrir al tribunal, así como el deber de presentarse ante él y sólo ante él reivindicar un derecho controvertido.

Ante los tribunales el derecho asume la determinación de tener que ser demostrable. El procedimiento jurídico pone a las partes en condiciones de ratificar sus medios de prueba y sus fundamentos jurídicos, y al juez tomar conocimiento del caso. Estos pasos son asimismo derecho; su procedimiento debe por tanto determinarse de manera legal, lo cual constituye también una parte esencial de la ciencia del Derecho...

...Puede resultar indignante saberse en posesión de un Derecho que no se reconoce por ser indemostrable...³⁷

A la misma conclusión se arriba desde el realismo jurídico:

...Antes de la sentencia podía existir una razonable duda sobre la interpretación de la ley, sobre los hechos o sobre la posibilidad de probarlos. Toda duda de esa índole es ahora eliminada. En condiciones normales, el litigio no podrá reproducirse. Sea correcto o no la interpretación del tribunal o su juicio sobre los hechos, la sentencia no será alterada...³⁸

Afirmamos que el Derecho positivo lleva consigo el germen de la incertidumbre.

Cabe entonces interrogarnos: ¿Por qué esto es así?

En primer lugar, porque para el establecimiento de un precepto jurídico el legislador utiliza (generalmente) un lenguaje natural.

³⁷ HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho* cit., p. 209.

³⁸ OLIVECRONA, *El derecho como hecho* cit., ps. 82 a 83.

Bajo el título: *Sobre la interpretación en el Derecho*, Genaro Carrió expresa:

...Espero que se me conceda sin necesidad de una elaborada demostración, que las normas jurídicas, en cuanto autorizan, prohíben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto suministran a los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellas.

Ésa no es una circunstancia meramente accidental, tampoco debe ser vista como un defecto grave ni como una insuficiencia remediable de la técnica de control social que llamamos Derecho. El uso eficaz de otra técnica reclama que las reglas jurídicas sean comprendidas por el mayor número posible de hombres. La función social del Derecho se vería hoy seriamente comprometida si aquéllas estuvieran formuladas de manera tal que sólo un grupo muy pequeño de iniciados pudiese comprenderlas. Por ello es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, tienen que hacerlo...³⁹

En segundo lugar, porque la misma norma jurídica supone que cualquier juicio (proposición) que haga una persona sobre la existencia de determinados hechos (configurativos de un derecho subjetivo o un deber jurídico), resulta unilateral y, como tal, inoponible a cualquier otro sujeto de derecho.

Sólo en un Estado de Derecho, donde todos los hombres son reconocidos como personas, es posible esto.

La abolición de los privilegios posibilita que nadie pueda imponer a otros su opinión sobre el derecho o su propia versión de los hechos.

También el Estado se somete al principio de incertidumbre, cuando posibilita la revisión judicial de los actos administrativos, la impugnación por inconstitucionalidad de sus leyes (si alguna norma jurídica, dictada conforme al procedimiento establecido, vulnera alguna garantía de la persona consagrada en la Carta Magna) y, finalmente, la revisión de los fallos por un tribunal superior al que los dictó.

³⁹ CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ª ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, ps. 49 a 55.

El principio de incertidumbre justifica racionalmente el estado de inocencia, establecido a favor de los imputados en el proceso penal.

También otorga fundamento racional a la posibilidad de que el Estado (representado por el ministerio fiscal) acuerde con el imputado la imposición de penas (de otro modo repugnaría al sentido común una solución legal de este tipo).

En el ámbito del Derecho Procesal Civil, el principio de incertidumbre otorga sustento al instituto de la transacción (entendida como concesiones recíprocas que realizan las personas sobre derechos litigiosos).

Finalmente, si los derechos subjetivos materiales no fueran inciertos, no se justificaría racionalmente la obligación, establecida en algunas legislaciones, de que las partes sometan sus disputas a mediación extrajudicial.

Como corolario digamos que el principio de incertidumbre concibe a las reglas individuales, establecidas por los destinatarios de las normas, como “proposiciones” relativas a cuestiones de hecho y de derecho.

Cuando el fiscal, en un proceso penal, formula la acusación (pretensión punitiva) contra un imputado, lo hace mediante un enunciado o proposición que, como tal, es susceptible de ser verdadera o falsa.

Lo mismo sucede en el proceso civil cuando el actor formula una pretensión (utilizo la palabra en el sentido que le da Hegel, como derecho aún no declarado) ante los tribunales ordinarios.

...Las pretensiones [jurídicas] (*ansprüche*) constituyen derecho sin decidir...⁴⁰

Mediante el principio de incertidumbre se intenta explorar un aspecto no tratado por los filósofos del Derecho (cuál es la función que cumplen los destinatarios de las normas jurídicas).

Concretamente intenta constituirse en un puente entre la norma jurídica positiva y su aplicación por el órgano jurisdiccional del Estado.

Paralelamente, intenta conciliar las construcciones teoréticas con la realidad efectiva (los hechos tal como suceden).

⁴⁰ HEGEL, *La Constitución de Alemania* cit., p. 109.

Desde esa perspectiva es posible una reformulación de los conceptos de acción (como expresión realizativa) y pretensión procesal (como enunciado o proposición).

Igualmente dichas categorías nos permiten diferenciar entre la impugnación (incidentes o recursos) y los argumentos en que se fundan (que no son otra cosa que enunciados o proposiciones).

También hace comprensible la función jurisdiccional del Estado, desde que “jurisdicción” significa decir o declarar el derecho.

Finalmente, el principio de incertidumbre propuesto completa la tesis del profesor James Goldschmidt, magistralmente descrita en la cita que se transcribe a continuación:

La teoría que utiliza categorías jurídicas propias es la tesis de la situación jurídica, debida a James Goldschmidt. Ella opone la consideración estática del Derecho material al enfoque dinámico del proceso. ¿En qué consiste la auténtica oposición entre el método estático y el dinámico en el Derecho? El Derecho material trata de normas vigentes y de hechos jurídicos existentes. Las normas que no están en vigor y los hechos jurídicos inexistentes constituyen meros conceptos límites, desempeñando un papel semejante al de una persona sin entrada que en vano intenta ingresar en el teatro. Las normas se aplican a los hechos. La aplicación dudosa es de índole psicológica y ajena a la estructura conceptualista del Derecho material. La aplicación de las normas a los hechos engendra una serie de configuraciones. Las principales son: la persona, la cosa, la conducta, la relación jurídica, el derecho subjetivo y la obligación. Algunas de ellas están sometidas a parejas de valoraciones contradictorias. Una conducta, por ejemplo es lícita o ilícita, una relación jurídica es válida o nula. Los derechos subjetivos suelen ser capaces de una satisfacción extrajudicial privada del deudor sobre el cual pende la necesidad normativa de llevar normalmente a cabo una prestación so pena de incurrir en una sanción.

Un mundo nuevo se nos abre en el proceso. Nos encontramos con pretensiones en el sentido de súplicas, de pedimentos, basadas sobre afirmaciones referentes a la existencia de normas y de hechos y a la aplicabilidad de las primeras a los segundos. También presenciamos la proposición y la práctica de pruebas para aseverar las diferentes afirmaciones o, al menos, parte de ellas. Las pretensiones están sometidas a las valoraciones de admisibles o inadmisibles (en apariencia), por un

lado, y a las de fundadas o infundadas (en apariencia), por el otro. El proceso está envuelto en una nube de incertidumbre. Las pretensiones y afirmaciones tienen un grado mayor o menor de verosimilitud, la decisión del pleito puede ser o no acertada; por ello se permite un nuevo examen de la misma cuestión, pero como este nuevo examen tampoco sale de la esfera de la inseguridad fáctica y normativa y una repetición ilimitada de revisiones es imposible o indeseable, la última decisión tiene el efecto de vincular a ciertas personas para lo por venir, como si fuera la verdad auténtica.

En este mundo de inestabilidad y apariencia sólo existen posibilidades y expectativas, así como cargas, puesto que no se sabe quién tiene el derecho y por ello se especula con la esperanza mayor o menor de vender; tampoco se sabe quién falta a su obligación, sino sólo quién va a incurrir en desventaja comportándose de determinada manera.

En resumen, el Derecho material es un conjunto de entes irreales y constituidos a semejantes de los de la matemática pura; el proceso es el mundo real de las pretensiones y afirmaciones, pruebas y resoluciones, esperanzas e incertidumbres...⁴¹

Decimos que la completa porque le otorga el fundamento racional que le faltaba para ser aceptada (sin reparos) por la comunidad científica.

IV. El principio de verificación

Lo cierto o incierto se predica de un conocimiento.

El nombre que le hemos asignado a este otro principio, denota o refiere al conocimiento.

...Verdad es propiedad objetiva del conocimiento; el juicio por el cual es representado como verdadero –la relación con un entendimiento y, por tanto, con un sujeto particular– es subjetivamente tener por verdadero.

El tener por verdadero es, en general, de dos tipos: cierto o incierto, un tener por verdadero cierto o la certeza va unido a la conciencia de la

⁴¹ GOLDSCHMIDT, W., *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 555 a 556.

necesidad; el incierto o la incertidumbre, va unido, en cambio, a la conciencia de la contingencia o de la posibilidad de lo contrario⁴².

Bajo el título: *Acerca de la diferencia entre conocimiento teórico y conocimiento práctico*, Kant expresa:

Un conocimiento se llama práctico en oposición al teórico, pero también en oposición al conocimiento especulativo.

Los conocimientos prácticos son, a saber, o bien:

1) Imperativos, y como tales opuestos a los conocimientos teóricos, o bien contienen:

2) los fundamentos de posibles imperativos, y se oponen en cuanto tales a los conocimientos especulativos.

Se entiende por imperativo en general toda proposición que enuncia una posible acción libre mediante la cual debe realizarse un cierto propósito. Todo conocimiento que contiene imperativos es por consiguiente práctico y ha de ser denominado práctico, precisamente por contraposición al conocimiento teórico. Puesto que los conocimientos teóricos son tales los que enuncian no lo que debe ser, sino lo que es, tienen por objeto, por lo tanto, no un hacer sino un ser...⁴³

Si analizamos la estructura de las normas de conducta (según Half Ross) o las normas primarias (establecidas por Hans Kelsen) o el Derecho justicial material (de la doctrina alemana), tenemos que el deber ser de la decisión jurisdiccional, se encuentra supeditado a la demostración de determinados presupuestos de hecho.

En el ámbito del proceso el ser y el deber ser se exigen recíprocamente.

El juez está obligado (constreñido) a obrar (decidir la causa en el sentido establecido en la norma jurídica primaria, de conducta, etc.), siempre y cuando haya adquirido el conocimiento sobre la existencia de los presupuestos de hecho descriptos por el Derecho positivo.

Así por ejemplo, para el juez no es suficiente el creer meramente que el

⁴² KANT, I., *Lógica*, Akal, Madrid, 2000, p. 124.

⁴³ KANT, *Lógica* cit., p. 140.

acusado por un delito ha cometido efectivamente ese delito. Tiene que saberlo (jurídicamente) o de lo contrario obra sin conciencia⁴⁴.

Cuando afirmamos que *la pretensión* deducida en juicio *es una proposición* (que como tal puede ser verdadera o falsa), lo hacemos con fundamento en la tradición filosófica.

Aristóteles utilizó, como título de uno de sus tratados sobre lógica, una palabra con significación jurídica, me refiero al término “categoría”.

De ello da cuenta Jorge Mittelman, cuando, en su introducción al tratado de Aristóteles *Categorías*, expresa lo siguiente:

...La palabra griega *Kategoria* se analiza en dos componentes. En ella está presente el verbo *agorein* (que significa tomar la palabra en la plaza pública o Ágora) al que se ha antepuesto la preposición *Katá* que añade a la significación básica del verbo un matiz de hostilidad. *Originalmente, en contextos judiciales, “Kategoría” significaba “acusar”, en el sentido preciso de “atribuir algo a alguien”, imputar a una persona un tipo de acto delictivo, encuadrado bajo una cierta figura jurídica...* Aristóteles privó al término de su matiz jurídico, reteniendo únicamente su sentido atributivo: enunciar algo de algo. En este nuevo empleo, el “declarar” o “decir contra” se transforma en un mero “decir de”...⁴⁵

De lo expuesto, se deduce que la elucidación del concepto “proceso jurisdiccional” no es ontológica, sino lógica.

En la introducción de su *Lógica*, Martín Heidegger expresa:

Si queremos obtener un concepto más vivo de la “lógica”, esto significa que estamos preguntando con más énfasis acerca de aquello de lo cual la lógica es ciencia –aquí dejamos ahora aparte la consideración de la lógica como una disciplina entre otras–: ciencia del hablar, es decir, ciencia del lenguaje. De este modo, la auténtica ciencia del “*λογος*”, sería la ciencia lingüística. La gramática en sentido amplio. De hecho también la lógica se desarrolló entre los griegos en conexión con la

⁴⁴ KANT, *Lógica* cit., p. 128.

⁴⁵ MITTELMANN, J., *Introducción al libro de Aristóteles. Categoría. Sobre la interpretación*, Losada, Barcelona, 2009, ps. 14 a 15.

gramática, con la reflexión sobre el hablar. Dicho con más precisión: en un primer momento las dos disciplinas estaban indisolubles, hasta el punto de que los griegos no tenían ninguna designación para el lenguaje. Pero a propósito del primer estadio de la captación del “*λογος*”, eso significa que habla y lenguaje no se tomaban por separado, y que la designación para habla absorbió en sí la designación para lenguaje. Por otro lado “*λογος*”, la emisión verbal era a su vez la manera más inmediata en que el habla se hacía accesible en la experiencia. Por tanto, el habla se concibió en primer lugar en atención a las diferencias en la formación de las palabras y a las formas de las conexiones posibles de palabras. Pero al mismo tiempo, y de modo igualmente primario, el “*λογος*” se entiende también como hablar de algo, hablar sobre algo. Ello implica que en el habla se vio que su logro fundamental consiste en hacer visible aquello de lo cual se habla, aquella acerca de lo cual se habla en ella, en hacerlo manifiesto.

En este hacer manifiesto se muestra lo mentado, se hace perceptible, y lo percibido se determina en el hablar sobre ello. Este determinar lo experimentado y lo percibido haciéndolo manifiesto no es otra cosa que lo que comúnmente llamamos pensar y reflexionar.

Resumiendo, hay que decir que la primera experiencia natural de la manera que tienen los hombres de estar juntos capta el lenguaje como un hacer manifiesto hablando como un pensamiento determinante y regulador. Lenguaje –habla– pensamiento: los tres se identifican en algo único como el modo de ser del hombre en el que hace manifiesto para sí mismo y para los demás el mundo y la propia existencia...

La lógica investiga el hablar –el pensamiento determinante– en tanto que éste descubre: su tema es el habla, y concretamente con relación a la verdad...⁴⁶

De acuerdo con ello, estamos en condiciones de afirmar que *la pretensión es un enunciado declarativo*.

En su tratado *Sobre la interpretación* Aristóteles expresa:

...Ahora bien, absolutamente todo enunciado es significativo, pero no al modo de una herramienta, sino (como hemos aclarado ya) en virtud de una convención. Sin embargo, no todo enunciado es declarati-

⁴⁶ HEIDEGGER, M., *Lógica, la pregunta por la verdad*, Alianza-Ensayo, Madrid, 2004, ps. 25 a 26.

vo, sino [sólo] aquel en que se da el ser verdadero o falso. Y esto no ocurre en todos los enunciados; la plegaria, por ejemplo, es un enunciado, pero no es ni verdadera ni falsa...

El primer enunciado declarativo que constituye una unidad es la afirmación, luego viene la negación (los demás enunciados, son unidades en virtud de una conexión). Pero es necesario que todo enunciado declarativo conste de un verbo o de la flexión [de un verbo], pues incluso la definición de “hombre” si no se añade “es”, “será”, “era” o algo similar, no constituye aún un enunciado declarativo [indicar] por qué [la secuencia] “animal pedestre bípedo” conforma algo uno y no una multiplicidad, es materia de otra consideración, pues ciertamente no será algo uno por proferirse [sus partes] consecutivamente.

En consecuencia, sean el nombre y el verbo únicamente locuciones, dado que no es posible que quien indica algo por medio de la voz se exprese de tal manera que formule una declaración, ya sea cuando alguien lo interroga, ya sea cuando eso no ocurre, sino que él mismo decide [expresarse]...

Y la afirmación es la declaración [que enuncia] algo de algo, en tanto que la negación es la declaración [que remueve] algo de algo. *Pero puesto que es posible tanto declarar que lo que es, no es y que lo que no es, es, como declarar que lo que es, es y que lo que no es —y lo mismo vale para los tiempos [verbales] distintos del presente—, será posible tanto negar todo lo que alguien afirmó, como afirmar todo lo que alguien negó.* De manera que es evidente que para toda afirmación existe una negación que le es opuesta, y para toda negación existe una afirmación [que se le opone]. Y llamamos a esto (o sea, a una afirmación y a una negación opuestas [entre sí]) una “contradicción” (*antiphasis*)...⁴⁷

Por tal motivo, la pretensión, concebida como enunciado, exige el establecimiento de otro principio, al que denominamos *principio de verificación*.

Este principio, que tomamos del positivismo lógico, reza: *toda pretensión debe ser verificada, en cuanto a su verdad o falsedad, por el juez llamado a decidir la causa.*

Bajo el título *Adopción de la verificabilidad como un criterio para*

⁴⁷ ARISTÓTELES, *Categoría. Sobre la interpretación*, Losada, Barcelona, 2009, ps. 156 a 158.

probar la significación de las declaraciones putativas de hecho, Alfred, Jules Ayer, expresa:

...El criterio que utilizamos para probar la autenticidad de aparentes declaraciones de hecho es el criterio de verificabilidad. Decimos que una frase es factualmente significativa para toda persona dada, siempre y cuando esta persona conozca cómo verificar la proposición que la frase pretende expresar; es decir, si conoce qué observaciones le inducirán, bajo ciertas condiciones, a aceptar la proposición como verdadera, o rechazarla como falsa. Por otra parte, si la expresión putativa es de tal carácter que la admisión de su verdad o de su falsedad está conforme con cualquier admisión relativa a la naturaleza de su experiencia futura, entonces, en la medida en que la persona está interesada, la frase es, si no una tautología, sí una simple pseudo-proposición. La frase que lo expresa puede ser emocionalmente significativa para la persona, pero no es literalmente significativa. Y respecto a las cuestiones, el procedimiento es el mismo. En cada caso, investigamos qué observaciones nos impulsarían a formular la cuestión, de un modo, o de otro, y, si no puede ser descubierta ninguna, debemos concluir que la frase que estudiamos no expresa, hasta donde nosotros estamos interesados, una auténtica cuestión, aunque su apariencia gramatical pueda sugerir que lo hace muy intensamente⁴⁸.

Si la pretensión procesal es un enunciado afirmativo, en el proceso judicial se debe “verificar” el acaecimiento de aquellos hechos (acontecimientos) descriptos por el tipo legal.

La convicción del juez (o lo que es lo mismo su creencia) es el resultado de su actividad cognitiva, indispensable para adoptar una decisión estimatoria o desestimatoria de la pretensión.

...Convinimos que “verdadero” y “falso” son primeramente predicados de creencias y, por derivación, de oraciones. Yo pretendo que “verdadero” es un concepto más amplio que “verificable” y de hecho no puede ser definido en términos de verificabilidad.

Cuando una creencia empírica es verdadera, lo es en virtud de cierto acontecimiento que yo llamo su “verificador”. Yo creo que César

⁴⁸ AYER, A. J., *Lenguaje, verdad y lógica*, Orbis, Buenos Aires, 1984, p. 38.

fue asesinado; el verificador de esta creencia es el acontecimiento real que tuvo lugar hace mucho tiempo en el Senado⁴⁹.

En función de lo expuesto, se encuentra acreditada la estrecha relación que existe entre la lógica y el Derecho Procesal.

...La lógica trata de la corrección de los enunciados contruidos –acerca de la solidez de los cimientos que elaboramos para apoyarlos, acerca de la firmeza del respaldo que somos capaces de darles– o, modificando la metáfora, del tipo de caso que presentamos en defensa de nuestras afirmaciones. La analogía jurídica implicada en esta última manera de presentar este punto podría ser, por una vez, de verdadera ayuda. “Así, pues dejémonos de psicología, sociología, tecnología y matemáticas; pasemos por alto los ecos de la ingeniería estructural y de *college* en los vocablos ‘cimientos’ y ‘respaldo’, y tomemos como modelo propio la disciplina de la jurisprudencia. *La lógica, podríamos decir, es una jurisprudencia generalizada*”. Los argumentos pueden compararse con las demandas judiciales, y las afirmaciones que se realizan y argumentan en contextos extralegales, con afirmaciones hechas ante los tribunales, mientras que los casos presentados para apoyar cada tipo de afirmación pueden ser comparados entre sí. Una de las tareas capitales de la jurisprudencia es caracterizar los elementos esenciales del proceso legal. Los procedimientos o trámites por medio de los cuales las demandas se presentan ante la ley, se debaten y se determinan, así como las categorías en que esto se lleva a cabo. Nuestra propia investigación es paralela: nuestra finalidad es, análogamente, caracterizar lo que podría llamarse “el proceso racional”, los trámites y categorías que se emplean para que las afirmaciones en general puedan ser objeto de argumentación y el acuerdo final sea posible.

Hay una virtud especialmente destacada en el paralelo entre lógica y jurisprudencia, que contribuye a mantener en el centro del cuadro la función crítica de la razón. Puede que las reglas de la lógica no consistan en recomendaciones, pero así y todo se aplican a los hombres y sus argumentos, no de la manera que lo hacen las leyes de la psicología o las máximas de un método, sino como estándares de éxito que miden si se ha logrado el objetivo propuesto, que un hombre al argumentar puede haber alcanzado o no, y a partir de los cuales se

⁴⁹ RUSSEL, B., *Investigación sobre el significado y la verdad*, Losada, Buenos Aires, p. 266.

puede juzgar sus argumentos. Un argumento sólido, una afirmación bien fundamentada y firmemente respaldada, es el que resiste la crítica, aquel para el que se puede presentar un caso que se aproxima al nivel requerido, si es que ha de merecer un veredicto favorable. Cuántos términos legales encuentran aquí su extensión natural. Surge entonces la tentación de añadir que las pretensiones extrajudiciales deben ser justificadas, no ante los jueces de Su Majestad, sino ante “el Tribunal de la Razón”...⁵⁰

Finalmente, debo señalar que concibo al proceso jurisdiccional, como un método escéptico, establecido para la verificación de la verdad o falsedad de los enunciados (pretensiones y excepciones) propuestos por las partes.

La reseña precedente demuestra que las garantías al debido proceso legal y la defensa en juicio sólo son concebibles, lógicamente hablando, a partir del establecimiento de los principios de incertidumbre y verificación propuestos, los cuales explican, además, la estructura del proceso jurisdiccional.

Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Categoría. Sobre la interpretación*, Losada, Barcelona, 2009.
- AYER, Albert Julius, *Lenguaje, verdad y lógica*, Orbis, Buenos Aires, 1984.
- BUNGE, Mario, *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, Gesida, Buenos Aires, 2012.
- CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ª ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, 2ª ed. corregida y aumentada, Francisco Beltrán, Madrid, 1920.
- EINSTEIN, Albert e INFELD, Leopold, *Física, la aventura del pensamiento*, Losada.
- FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

⁵⁰ TOULMIN, S., *Los usos de la argumentación*, Península, Barcelona, 2007, ps. 24 a 25.

- FREGE, Gottlob, *Estudios sobre semántica*, Orbis, Madrid, 1985.
- GOLDSCHMIDT, W., *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1985.
- HEGEL, Georg W. F., *La Constitución de Alemania*, Aguilar, Madrid, 1972.
- *Principios de la Filosofía del Derecho*, Sudamericana, Buenos Aires, 2004.
- HEIDEGGER, Martín, *La proposición del fundamento*, Odós, Barcelona, 1991.
- *Lógica, la pregunta por la verdad*, Alianza-Ensayo, Madrid, 2004.
- *Qué significa pensar*, Agebe, Lanús Oeste, 2012.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Losada, Buenos Aires, 2003.
- *La metafísica de las costumbres*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2002.
- *Lógica*, Akal, Madrid, 2000.
- KELSEN, Hans, *La idea del Derecho natural*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1943.
- *Teoría pura del Derecho*, 4ª ed., 3ª reimp., Eudeba, Buenos Aires, 2004.
- MITTELMANN, J., *Introducción al libro de Aristóteles. Categoría. Sobre la interpretación*, Losada, Barcelona, 2009.
- NIETZSCHE, F., *La voluntad de poder*, Biblioteca EDAF, Madrid, 2006.
- OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, Depalma, Buenos Aires, 1959.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963.
- RUSSEL, Bertrand, *Investigación sobre el significado y la verdad*, Losada, Buenos Aires, 2003.
- TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, Península, Barcelona, 2007.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 2004.
- *Tractatus Lógico Philosophicus*, Alianza, Madrid, 2002.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS QUEHACERES DE FILOSOFÍA Y CIENCIAS SOCIALES EN LA FORMACIÓN PROFESIONAL DE ESTUDIANTES DE ABOGACÍA

por PABLO M. MENGASCINI, LILÉN S. YUSTE,
MALCON E. PERUCCA y ALDANA FERREYRA TUAN

SUMARIO: I. 1. ¿Qué es la Filosofía? 2. Del conocimiento superior a un saber provisorio y sin supuestos. a) La historia oficial de Occidente. b) Dios ha muerto. c) ¿Dios ha muerto o está vivo y hay que matarlo? d) La asesina de Dios. II. 1. Doxa y Episteme: una mixtura. 2. Lecturas del mundo y de las palabras. 3. Latinoamérica diacrónica y sincrónica. 4. Era de la comunicación massmediática. 5. Certezas inconclusas. III. 1. Filosofía en primer año de Abogacía. ¿Para qué? Bibliografía.

Resumen

Algunos comentarios sobre nuestro posicionamiento en nuestra praxis. Una aproximación a lo que podría ser la Filosofía. Una lectura histórica de la Filosofía: de la sabiduría superior al saber provisorio. El sentido común como punto de partida de la reflexión filosófica. Lectura del mundo, lectura de la palabra. Una mirada diacrónica y sincrónica de Latinoamérica. La denominada Era de los Medios Masivos y el rol de la educación. Filosofía en primer año de Abogacía: ¿Para qué?

Abstract

Some comments about our positioning in our praxis. An approximation to what Philosophy could be. A historical reading of Philosophy:

from the superior wisdom to the temporary knowledge. The Common Sense as the first step for philosophical reflection. Reading the World, reading the Words. Diachronic and synchronous outlook of Latin America. The so called Mass Media Era and the role of education. Philosophy in the first year of Law: what for?

Palabras clave

Filosofía. Abogacía. Formación profesional.

Keywords

Philosophy. Law. Job training.

Como educadores de la Cátedra III de Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales y miembros del Instituto de Investigaciones Paulo Freire, en la Facultad de Derecho de la UNR, apostamos, en nuestra tarea docente-investigativa, a una Pedagogía de la Pregunta enmarcada en el paradigma teórico (epistemológico-político) de la investigación participativa.

En docencia-investigación, partir de una pregunta nos exige problematizar nuestra cotidianeidad antes de abordar un objeto o tema de estudio. Partimos de situarnos e interrogarnos. ¿Qué nos interpela?

“Problematización no quiere decir representación de un objeto pre-existente, ni tampoco creación por medio del discurso de un objeto que no existe. Es el conjunto de las prácticas discursivas y no discursivas lo que hace entrar a algo en el juego de lo verdadero y de lo falso, y lo constituye como objeto de pensamiento (ya sea bajo la forma de reflexión moral, del conocimiento científico, de análisis político, etc.)”¹.

La institución es un lugar donde se ponen en juego el poder y el deseo. En la institución educativa, la Pedagogía de la Pregunta y las modalidades participativas de investigación requieren un uso democrático de la relación de poder que se establece entre educandos y educadores. Un uso democrático que, sin desconocer reglas de juego

¹ FOUCAULT, 1991-B, ps. 231 y 232.

ni banalizar la autoridad, dé lugar a los discursos que encarnan el deseo y cuestionan el poder.

“Por más que en apariencia el discurso sea poca cosa, las prohibiciones que recaen sobre él revelan muy pronto, rápidamente, su vinculación con el deseo y el poder. Y esto no tiene nada de extraño, pues el discurso –el psicoanálisis nos lo ha mostrado– no es simplemente lo que manifiesta (o encubre) el deseo; es también el objeto del deseo; pues –la historia no deja de enseñarnoslo– el discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual, se lucha; aquel poder del que quiere uno adueñarse”².

Vivimos en un mundo multicultural y diverso que nos exige trascender la tolerancia para enriquecernos y aprender de las diversidades. Educarnos deviene resistir y reinventar, en las praxis universitarias, otro sentido acorde con un perfil profesional comprometido socio-políticamente. Resignificación que rearme el debate y cree lugares hacia el inédito viable, que es aquello que está más allá de “situaciones límite: es algo del orden del sueño, algo que reside en la Esperanza, comprendida ésta como categoría histórica, no como mera ilusión utópica”.

El lugar de la palabra, como propio del ciudadano, conlleva cultura democrática, mientras que la Cultura del silencio deriva y se sostiene en la opresión.

“...la vinculación entre una pedagogía de la voz de los estudiantes y un proyecto de posibilidad que permita que los estudiantes reafirmen y celebren el interjuego de voces y experiencias diferentes, al tiempo que reconocen que esas voces deben ser siempre cuestionadas por los diversos intereses ontológicos, epistemológicos, éticos y políticos que representan. Como forma de construcción histórica, textual, política y sexual, la voz de los estudiantes debe estar enraizada en una pedagogía que permita que los alumnos hablen [...] [y tomen la] diferencia como parte de una tolerancia democrática y condición fundamental del diálogo crítico, de un desarrollo de formas de solidaridad

² FOUCAULT, 1996, p. 15.

enraizadas en los principios de confianza y el compartir y del compromiso de mejorar la calidad de vida”³.

“Si se parte de la capacidad de preguntarnos como modalidad de vida, el acto de conocer la praxis en Freire, su testimonio, resulta una acción transformadora sobre la realidad, una búsqueda constante: invención y reinención; una reflexión crítica de uno sobre el acto gnosológico. Aquello que generamos no son meros contactos sino que son lazos que nos constituyen como sujetos sociales, al unísono creativos y contradictorios. Esta concepción del conocimiento como ‘construible’, como no acabado, a-construir-entre, toma como eje relevante el vínculo educador-educando como espacio solidario de diálogo. Aprendemos, conocemos, en una relación dialéctica de mutua transformación entre sujetos y mundos”⁴.

Este trabajo continúa en tres momentos. En el primero tratamos de explicar qué entendemos por (o cómo comprendemos) una parte de nuestra asignatura: la Filosofía. En el segundo, vinculamos Filosofía y Ciencias Sociales con Educación y Derecho. En el tercero, planteamos la necesidad de la reflexión filosófica en la formación profesional en Abogacía.

En nuestra praxis docente-investigativa, los momentos aparecen entramados, superpuestos, sus límites se tornan difusos y sus vinculaciones se vuelven reales. Jorge Luis Borges, como autor y protagonista de *El Aleph*, dice: “Lo que vieron mis ojos fue simultáneo: lo que transcribiré, sucesivo, porque el lenguaje lo es. Algo, sin embargo, recogeré”.

I

1. ¿Qué es la Filosofía?

Se dice (“discurso”, ¿no es “lo que *se dice*”?), que el filósofo es el amigo del saber, el amante de la sabiduría. Este topos, que intenta definir la Filosofía, nos traslada al campo semántico de la poética

³ FREIRE, 1989, p. 44.

⁴ LÓPEZ, 1998.

literaria: ¿Qué es “amigo”? ¿qué es “amante”? No hay conceptos como respuestas sino fragmentos de discursos amorosos:

“El lenguaje es una piel: yo froto mi lenguaje contra el otro. Es como si tuviera palabras a guisa de dedos, o dedos en la punta de mis palabras. Mi lenguaje tiembla de deseo. La emoción proviene de un doble contacto: por una parte, toda una actividad discursiva viene a realzar discretamente, indirectamente, un significado único, que es ‘yo te deseo’, y lo libera, lo alimenta, lo ramifica, lo hace estallar (el lenguaje goza tocándose a sí mismo); por otra parte, envuelvo al otro en mis palabras, lo acaricio, lo mimo, converso acerca de estos mimos, me desvivo por hacer durar el comentario al que someto la relación.

”Hablar amorosamente es desvivirse sin término, sin crisis; es practicar una relación sin orgasmo. Existe tal vez una forma literaria de este *coitus reservatus*: es el galanteo”⁵.

La Filosofía, se dice, surgió con Thales de Mileto y con el denominado *Paso del Mito al Logos*. Se consolidó con la Escuela Pitagórica (el número y la matemática es la única mediación que nos permite conocer la Realidad) y con la Escuela Eleática (el “Logos” es, lo demás no es; si la comunicación es asimétrica porque la transmisión es imposible, entonces “nada existe”). Más adelante, el *Organon* aristotélico aparecerá como el primer (monumental) corpus teórico de la Lógica Formal y los fundamentalistas del paso del mito al Logos ya casi quedarán sin palabras: las esencias y los absolutos provenientes del Logos permanecerán exhibiendo un universo completo, inamovible, pobre, miserable... hasta que la Antropología Estructural y el Existencialismo filosófico nos aporten que aquello que se operó en la Grecia Clásica fue un Mito del Paso al Logos.

Los intentos de reducir la Filosofía a la Lógica Formal resultaron impotentes. Homero sigue diciendo... ¿Cuántas veces lo citamos? ¿Cuántas veces acudimos a su obra para explicarnos? Platón, ¿no despreciaba a los mitos al mismo tiempo que acudía a ellos en su tarea educativa?

La incorporación del Logos también es incuestionable: allí están la Episteme y la Ciencia como sus productos.

⁵ BARTHES, p. 92.

El Positivismo del siglo XIX postuló que el único conocimiento válido era el proveniente de las ciencias y redujo a la servidumbre a la Filosofía. Pero, las Ciencias Sociales, ¿no son tecnologías filosóficas?, ¿no son filosofías disfrazadas de ciencia para obtener ciudadanía en la Polis de la Episteme? Por otro lado, los mitos, la literatura, ¿no tienen pretensiones filosóficas?, ¿es una exageración afirmar que Dostoievski es el filósofo existencialista de la Rusia del siglo XIX?

Entre mito y Logos, la Filosofía es el discurso hermafrodita, andrógino, travesti, que algunos días aparece vestido de ciencia social y algunas noches, de literatura. El filósofo es quien galantea con esa entidad imprecisa, sin candores ni romanticismo: el objetivo del amor nunca es él mismo: siempre hay intereses: “valores”; deseo; poder; ética; historia... en fin: *Cultura*.

2. Del conocimiento superior a un saber provisorio y sin supuestos

En los círculos académicos actuales, la Historia comienza en la Grecia Clásica, con alguna eventual mención de la Mesopotamia asiática y del Egipto de las dinastías faraónicas. De etapas anteriores, tanto de la Humanidad como del mundo físico-natural, se conoce muchísimo, pero esos conocimientos quedan relegados a *guetos* intelectuales, porque no resultan de utilidad para la *Sociedad del conocimiento*, o aparecen como curiosidades en noticieros, revistas de variedades o canales de cable con programación específica, porque sirven como entretenimiento para la sociedad massmediática. La actual y hegemónica civilización del conocimiento valora algunos conocimientos, relega o banaliza otros, y construye una Historia Universal que es...

a) La historia oficial de Occidente

Una filosofía, la de las Escuelas de Parménides, Platón y Aristóteles, inventó Occidente y un Estado, la Roma imperial, lo perfeccionó: Grecia nos enseñó qué son las Artes, dónde hay *Civilización* y dónde *Barbarie*, y que en todo pueblo hay *aristos* que tienen que gobernar trabajando con las ideas y otras personas a las que no les queda otra

que ser gobernadas y trabajar con sus manos; Roma nos enseñó cómo hay que gobernar y qué es el Derecho.

En el siglo V d. C. los bárbaros derrotan a la Civilización y sobreviene La Gran Noche de la Humanidad: varios siglos en los que no pasó nada porque los bárbaros mandaban, y tan bárbaros eran que ni siquiera se preocuparon en establecer una administración generalizada y jerárquica: entonces, el Feudalismo.

En la Alta Edad Media, la Escolástica anunciará la aurora. Rescata a Aristóteles, limpiándole la mácula de haber sido pagano y, con él, empieza a reivindicar la *Razón*, ese regalo que Dios nos dio sólo a los hombres. La Teología, asistida por El Filósofo, nos explicó cómo conocer a Dios, por vías naturales. Y, sobre todo, nos tranquilizó al enseñarnos que no estamos desamparados en el valle de lágrimas: tenemos dos jefes supremos (porque somos cuerpo y alma, como decía Platón; porque cada uno de nosotros pertenece a dos ciudades, como decía Agustín): el Papa y el Emperador.

Pero la Escolástica había cometido un error: había subordinado la Filosofía a la Teología, y, en la Teología, la Razón no podía desarrollar todo su potencial. Los bárbaros habían encarcelado a la Razón. La Escolástica la liberó, bajo un régimen de libertad controlada.

Después renacerá Occidente con el Racionalismo y el Empirismo, que destronarán a la Teología, y con el Idealismo Alemán, que coronará nuevamente a la Filosofía, hasta que, por fin, el Positivismo haga evolucionar a la Humanidad y coloque a la Razón, ya libre y omnipotente, donde debe estar: en las ciencias físico-matemáticas. A esta altura, Europa tendrá una cultura tan floreciente que la derramará a vastas zonas del planeta y entonces sí: nuevamente será de día en Occidente, aunque no faltarán agoreros que pretendan eclipsar la luz del mediodía de la Razón con esa noticia de que...

b) *Dios ha muerto*

Muerto Dios, habrán de morir también los parásitos que se mantenían con vida adheridos a él. Ya no habrá más ideas innatas, claras y distintas. Se habrá terminado la “armonía preestablecida” de Leibniz. El sistema de Platón se habrá quedado sin la idea de Bien. El de Kant,

sin Imperativo Categórico. Las religiones, sin lo Sagrado. El Jusnaturalismo se habrá quedado sin Derecho Natural y el positivismo jurídico, sin *Norma Hipotética Fundamental*. El Liberalismo económico podrá decir muchas cosas, pero no que una mano invisible regula el mercado. El horizonte ya no tendrá algo que no tenemos pero que podemos alcanzar para lograr armonía y perfección. En el horizonte ya no estarán la Ilustración, ni el Espíritu Absoluto, ni el Comunismo, ni el Estadio Positivo, ni el Fin de la Historia... *El horizonte* siempre estará en el horizonte y a nuestra Razón conquistadora le deberemos extirpar los atributos de omnipotencia y omnisciencia. Pero...

c) *¿Dios ha muerto o está vivo y hay que matarlo?*

La idea de la existencia de algún absoluto lleva a la concepción de que hay un saber superior que es el que alcanza ese absoluto. Ejemplos clásicos de saberes considerados superiores son el de la Filosofía en la Grecia Clásica y el de la Teología en el Medievo europeo. Esos ejemplos generalizan tanto que hasta ocultan más de lo que dicen.

En la Grecia Clásica, los conocimientos superiores eran las filosofías hegemónicas, las de Platón y Aristóteles, y no las de Demócrito y los sofistas. En la Edad Media, la *Summa Teológica* de Santo Tomás y los *Evangelios* aceptados eran considerados conocimientos superiores y sagrados, respectivamente, pero también en esa época se conocían los Evangelios denominados apócrifos y hubo teólogos que fueron condenados a la hoguera y teologías que, más que un conocimiento superior, eran un conocimiento prohibido.

En tiempos actuales se recurre a la misma generalización al decirse que lo más útil para saber es, por ejemplo, Derecho, Economía Política o Marketing Publicitario. En realidad se hace referencia a una determinada concepción del Derecho que resulta de utilidad a un Orden Financiero Global, o a una economía política de corte liberal-utilitarista, o a técnicas semiológicas puestas al servicio de instalar mercaderías o candidatos políticos en la preferencia de, principalmente, telespectadores.

La generalización de distintas concepciones de una disciplina o área de conocimiento bajo un nombre que las engloba a todas oculta

la dimensión ética que cada una de esas concepciones conlleva. No hay Filosofía sino filosofías. No hay Teoría del Derecho sino teorías del Derecho. Las facultades garantizan la libertad de cátedra cuando garantizan que de las distintas materias se dictan clases que manifiestan posturas ético-políticas diferentes.

Una Razón consciente de sus limitaciones, que sepa que no hay un conocimiento superior que alcance algún absoluto y que advierta que las teorías revelan más una postura ético-política que Verdades en términos de correspondencia con los objetos de estudio será...

d) *La asesina de Dios*

La Razón Moderna le quitó validez a la Teología, pero no se desprendió de la idea de Dios. Retomó la Metafísica de la Grecia Clásica, con un giro revolucionario: pasó de una metafísica realista a una idealista. La reflexión filosófica ya no iba de la realidad al sujeto cognoscente, sino que partía del sujeto cognoscente para proyectarse a la realidad. Inventó el individuo: un ser monolítico, pura consciencia, en cuya razón instaló los atributos de Dios: a condición de un “correcto uso”, la Razón era omnisciente, omnipotente, igual y la misma en todos los individuos. El larguísimo ciclo metafísico iniciado por Parménides, con su opción por el Ser y su rechazo al No Ser, culmina con Hegel y su síntesis de la dialéctica Realismo-Idealismo: lo real es racional y lo racional es real. Se plantea al fin de la Filosofía, muy probablemente por consunción y porque simplemente se creía que la Filosofía había llegado a conquistar su Fin. Pero ya Nietzsche, Marx y Kierkegaard sospechaban que eso era solamente el final de un ciclo filosófico, que eso era, únicamente, la conclusión de una filosofía.

Mario Bunge compara las filosofías metafísicas con caballos desbocados que corren ciegos hacia el fracaso o el agotamiento. Quizá haya que extender la comparación a todos los saberes que se presentan como sistemas cerrados y acabados.

Esos sistemas, a simple vista o apenas presentados, ofrecen una gran seguridad pero, a la larga, terminan siendo más opresivos que liberadores. La Lógica Formal aristotélica expulsó un Tercero de nuestro pensamiento y erigió un principio que algunos lógicos y matemá-

ticos consideran el más endeble de la Lógica. También en el campo de la Lógica Formal, pero ya en la Modernidad, uno de sus fundadores, Leibniz, no hizo lugar a lo azaroso y fortuito, instituyendo el principio de razón suficiente.

La Razón conquistadora necesitaba creer que podía conocer todo y que nada podía escapársele. En el siglo XX, las filosofías de la existencia van a proponer que, entre el Origen y lo Eterno-Universal de la Metafísica, lo Absurdo es el único predicado posible de la Existencia.

El Individuo era esencialmente narcisista. Freud nos anunció su muerte, por las heridas que le provocaron él, Darwin y Copérnico. Muerto el Individuo, también murió el Dios que moraba en su Razón. Lo sucedió el Sujeto-sujetado, un ser que no es definitivamente, sino que es a medida que va siendo. En Latinoamérica, ese Sujeto-sujetado está sujeto a un continente conquistado y expoliado. Su reflexión filosófica no comienza con las preguntas “¿qué es? ¿qué soy?” de la metafísica realista o idealista, sino con las preguntas “¿cómo me libero? ¿qué cultura produzco y reproduzco en mi comunidad?” de la Filosofía de lo Latinoamericano.

Las filosofías de la cultura aludidas en el párrafo anterior nos permiten decir, generalizando, que sólo la Filosofía tiene el derecho de matar a Dios, porque también fue ella quien le dio existencia. En este sentido, quizás la Filosofía se asemeja a un creador de ficciones literarias: todo novelista tiene el derecho de matar a sus personajes.

La Razón de los individuos modernos buscaba desesperadamente firmezas o seguridades desde las cuales desarrollarse. Las encontró, primero, en los axiomas de la geometría, en Francia, y después, en Inglaterra, en las evidencias empíricas. Un poco más tarde, en Prusia, las halló en categorías trascendentales o en el desarrollo dialéctico de un *espíritu ideal* que conciliaba contradicciones y alcanzaba lo Absoluto. Con el advenimiento del Positivismo filosófico, las únicas certezas o seguridades empezaron a provenir de las ciencias físico-matemáticas y las voluntades de poder de las producciones de conocimiento empezaron a buscar semejanzas y parecidos con esas ciencias para que los Aduaneros del Saber les permitieran el ingreso al Reino de la Verdad.

Estamos, a esta altura, en el contexto de surgimiento de las Ciencias Sociales, esas hijas bastardas de la Razón que eran admitidas con lástima en las Academias debido a sus débiles estatutos epistemológicos.

Las filosofías de Nietzsche, Marx y Freud hicieron en el campo del conocimiento algo parecido a lo que antes había hecho Copérnico con los astros del universo: cambiaron de lugar algunas cosas y hubo que empezar a pensar todo de nuevo. *Los maestros de la sospecha* pusieron los a prioris, las esencias, las ideas y las categorías trascendentales adentro de la Historia y de la Cultura, dejándolas tan *demasiado humanas*, provisorias y cambiantes como éstas. La pregunta ¿qué es ciencia? o la calificación de “científicamente comprobado” ya no tienen sentido, perdieron el poder o la facultad de ser quienes separaban lo verdadero de lo falso, la Verdad del Error. Ese poder o facultad pasará a las Disciplinas.

Filosofía y Ciencias Sociales refieren hoy a un amplio campo de conocimientos solidarios entre sí y de los cuales ninguno puede aislarse y ganar autonomía. Quizá sólo pueda diferenciarse un poco de otro campo: el de las ciencias duras, naturales y/o exactas, aunque no totalmente, porque estas últimas también quedaron dentro de una Historia determinada, dentro de una Cultura peculiar. Tomás Abraham propone volver a la muy renacentista denominación de *Humanidades*. Habrá que esperar a ver qué pasa: el cambio ya se produjo y todavía no tiene nombre la novedad.

II

1. Doxa y Episteme: una mixtura

En nuestra Facultad de Derecho circulan, como formando parte de un *Sentido Común* de los estudiantes de grado, fórmulas discursivas que enuncian que, por ejemplo:

- Las materias codificadas son las más importantes;
- en primer año, Derecho Civil I es la materia prioritaria. Las Historias (Constitucional y del Derecho) y las Introducciones (al

Derecho y a la Filosofía y Ciencias Sociales) son materias para adaptar al ingresante a la Educación Superior;

- las materias de Derecho Privado son técnicas y específicas; las de Derecho Público están más “contaminadas” por “lo político”;
- aprobar Derecho Civil III marca, de hecho, la división entre los estudiantes que están empezando la carrera y los que van camino a recibirse, con el único fundamento de que “lo que sigue se hace más rápido”;
- Derecho Procesal I y II son las materias que muestran realmente en qué consiste la profesión;
- el abogado se hace en la práctica, la formación de la Facultad es demasiado teórica...

El Sentido Común que manifiestan estos discursos encuentra enlaces y correspondencias con una planificación institucional que tiende a la formación de profesionales técnicos, en el sentido de que los conocimientos técnicos específicos son los más valorados: abogados litigantes que reproduzcan el orden de los tribunales del Poder Judicial o que estén al servicio de empresas comerciales privadas o públicas.

El paradigma pedagógico hegemónico hacia la formación de ese perfil profesional mantiene la división dicotómica teoría-práctica y halla fundamento en la concepción del Sistema Educativo como proveedor de Recursos Humanos valiosos para la Economía.

“El sentido común no es una concepción única, idéntica en el tiempo y en el espacio: es el ‘folklore’ de la filosofía y, al igual que ésta, se presenta en innumerables formas. Su rasgo fundamental y más característico es el de ser una concepción (incluso en cada cerebro individual) disgregada, incoherente, inconsecuente, conforme a la posición social y cultural de las multitudes de las que constituye la filosofía. Cuando se forma en la historia un grupo social homogéneo, se elabora también, contra el sentido común, una filosofía homogénea, es decir, coherente y sistemática”⁶.

Más allá de preguntarnos si cabe hablar de homogeneidad al analizar grupos sociales, tomamos esta cita de Gramsci para plantearnos que el Sentido Común no es un saber despreciable o falso sino que es uno

⁶ GRAMSCI, p. 11.

de los elementos inevitables para situarnos en la Historia, para analizar críticamente, desde lo que podríamos denominar Grado Cero de la reflexión filosófica, nuestra cotidianeidad como estudiantes de Derecho. También nos sirve la cita para vislumbrar que los saberes “coherentes y sistemáticos” son aquellos que han sido dotados de la “coherencia” que le otorgó un Sistema determinado que, como toda producción humana vinculada al poder, no puede ocultar absolutamente sus incoherencias.

2. Lecturas del mundo y de las palabras

No hay acto educativo sin un vínculo inmediato entre docentes y estudiantes. No hay pedagogía crítica sin estudio crítico. No hay “teoría y práctica”. Leer no es absorber algo dado sino actualizar un sistema de representaciones, y ninguna persona que hable, o que esté empezando a hablar, tiene la mente en blanco ni, mucho menos, virgen. No hay objetividad ni neutralidad en el conocimiento, sin que importe a este respecto si afirmamos eso desde las ciencias sociales o desde las ciencias duras, desde las formales o naturales, desde las experimentales o no experimentales. En el conocimiento siempre hay ideología y opción ética. Gramsci se pregunta, retóricamente: “¿No es la ciencia ‘actividad política’ y pensamiento político, en la medida en que transforma a los hombres, los hace distintos a lo que eran antes?”⁷

“Como preparación del sujeto para aprender, estudiar es en primer lugar un quehacer crítico, creador, recreador, no importa si yo me comprometo con él a través de la lectura de un texto que trata o discute un determinado contenido que me ha sido propuesto por la escuela o si lo realizo partiendo de una reflexión crítica sobre cierto suceso social o natural, que como necesidad de la propia reflexión me conduce a la lectura de textos que mi curiosidad y mi experiencia intelectual me sugieren o que me son sugeridos por otros.

”Siendo así, en el nivel de una posición crítica que no opone el saber del sentido común a otro saber más sistemático o de mayor exactitud, sino que busca una síntesis de los contrarios, el acto de

⁷ GRAMSCI, p. 180.

estudiar siempre implica el de leer, aunque no se agote en éste. *De leer el mundo, de leer la palabra y así leer la lectura del mundo hecha anteriormente.*

”Nadie lee o estudia auténticamente si no asume, frente al texto o al objeto de la curiosidad, la forma crítica de ser o de estar siendo sujeto de esa curiosidad, sujeto de lectura, sujeto del proceso de conocer en el que se encuentra”⁸.

“...la lectura del mundo precede siempre a la lectura de la palabra y la lectura de ésta implica la continuidad de la lectura de aquél”⁹.

3. Latinoamérica diacrónica y sincrónica

Como estudiantes de Abogacía, nos planteamos la exigencia de pensar el Derecho desde Latinoamérica: una región de Estados oprimidos (vigilados...), por la vigente Mundialización Neoliberal, y opresores, por haber internalizado, en sus procesos constitutivos, los mandatos ideológicos de los conquistadores renacentistas y de los colonizadores modernos.

“No hay verdades universales y eternas, sino con relación a un determinado tipo de hombres, y a una época. En haber creído en ellas, en mirarse con los ojos del conquistador, está el pecado de América, la causa de las distorsiones que durante tanto tiempo le cerraron el camino a la plenitud. Leopoldo Zea destacaba por esto que América no ha hecho aún su propia historia, sino que ha pretendido vivir la historia de la cultura europea, o sea, como su eco y su sombra”¹⁰.

En la actualidad, Latinoamérica, como región, está alcanzada por una planificación política transnacional que se presenta como universal y fatalmente única: nos referimos a un Sistema Capitalista financiero y depredador de recursos naturales, que opera en la llamada Sociedad del Conocimiento y del Espectáculo, en una época histórica que Umberto Eco denomina “Era de la Comunicación” (massmediática).

“...para Michel Foucault, filosofar no ha de entenderse como camino ascendente hacia ningún lugar de verdad eterna e inmutable, sino como

⁸ FREIRE, 2010, p. 47.

⁹ FREIRE, 2008, p. 105.

¹⁰ COLOMBRES, p. 17.

recorrido que busca averiguar cómo llegamos a ser lo que somos, y qué es lo que nos convierte en los sujetos en que nos hemos ido constituyendo.

”La tarea de la filosofía, en este sentido, es diagnosticar el presente con relación al pasado. ‘Posiblemente si existe hoy una actividad filosófica autónoma [...] se la podría definir del modo siguiente: una actividad de diagnóstico’ (M. Foucault).

”Se trata de pensar lo impensado no para identificar y fijar los fundamentos de la realidad, sino para producir efectos sobre ella. La teoría surge a partir de la necesidad de explicar los campos de problematicidad en el presente y por tanto, ha de ser crítica y antinormativa. Es una práctica, local y regional, de lucha contra y en oposición al poder, es el instrumento para poner en evidencia los modos de circulación del poder y por tanto debe funcionar como caja de herramientas”¹¹.

La inexistencia de esencias trascendentales y la impotencia, para explicar lo verdadero, de la relación de correspondencia entre sujeto cognoscente y objeto conocido, no nos dejan en un mundo de relativismo absoluto sino que desplazan o, mejor dicho, posicionan la Verdad en “el conjunto de reglas según las cuales se discrimina lo verdadero de lo falso y se ligan a lo verdadero efectos políticos de poder”¹².

4. Era de la comunicación massmediática

“No hace mucho tiempo que para adueñarse del poder político en un país era suficiente controlar el ejército y la policía [...] Basta que un país haya alcanzado un alto nivel de industrialización para que cambie por completo el panorama [...] Hoy, un país pertenece a quien controla los medios de comunicación”¹³.

“Como ha sugerido el profesor McLuhan, la información ha dejado de ser un instrumento para producir bienes económicos, para convertirse en el principal de los bienes. La comunicación se ha transformado en

¹¹ PAPONI, p. 14.

¹² FOUCAULT, p. 188.

¹³ ECO, p. 177.

industria pesada. Cuando el poder económico pasa de quien posee los medios de producción a quienes tienen los medios de información, que pueden determinar el control de los medios de producción, hasta el problema de la alienación cambia de significado”¹⁴.

“...existe un instrumento extremadamente poderoso que ninguno de nosotros llegará jamás a regular; existen medios de comunicación que, a diferencia de los medios de producción, no son controlables ni por la voluntad privada ni por la de la colectividad. Frente a ellos, todos nosotros, desde el director de la CBS y el presidente de Estados Unidos, pasando por Martin Heidegger, hasta el campesino más humilde del delta del Nilo, somos el proletariado”¹⁵.

Los medios de comunicación se transformaron en *medios de producción (de sentido)* y se perfilan como los educadores más importantes, en términos de efectividad, juntamente con los ámbitos educativos no formales. Muy probablemente porque los medios masivos sean protagonistas calificados de esos ámbitos no formales o quizá porque utilizan los métodos de la educación no formal: se proponen educar (crear sentidos) mediante la apariencia de estar haciendo otra cosa.

Los medios dicen entretener pero educan; manejan mejor (con mayor efectividad) que la educación formal o informal, aunque perversamente, los deseos de los espectadores-educandos, marketing mediante. *Educar es desencadenar*, para una pedagogía crítica, liberadora. Para una pedagogía opresiva, encadenar también es educar y, quizá, también sea la mejor forma de gobernar. La pregunta sería: ¿Queremos desencadenarnos? ¿Qué libertad queremos? Abordar el planteo de las filosofías existencialistas es inevitable para una educación liberadora.

En la Era de la Comunicación massmediática, los educadores y educadoras críticos nos encontramos con que nuestro quehacer está más fuertemente vinculado a qué hacer con sujetos “informados” y formados en lo no formal que a qué hacer para superar o perfeccionar los logros de los ámbitos educativos formales o informales por los que esos sujetos ya hayan transitado. No es una posición de desventaja:

¹⁴ ECO, p. 178.

¹⁵ ECO, p. 185.

“...la batalla por la supervivencia del hombre como ser responsable en la Era de la Comunicación no se gana en el lugar de donde parte la comunicación sino en el lugar a donde llega”¹⁶.

En la Era de la Comunicación massmediática, los discursos/mensajes que circulan, artísticos, científicos, filosóficos, religiosos, no son una explicación de la Realidad. Son la Realidad. En el capitalismo de los *mass media*, el fetichismo de las mercancías mutó hacia el fetichismo de los significantes/signos. O tal vez los discursos/mensajes que se ponen en circulación a través de los medios masivos sean las mercancías actuales que fundamentan el capitalismo vigente, porque son esos discursos/mensajes los que lo mantienen vivo, al producir los sentidos que le dan sentido.

En la Era de la Comunicación massmediática la “ciencia” más peligrosa para el *Establishment* no es tanto la Teoría Política crítica como la Semiología crítica.

5. Certezas inconclusas

El estudio del Derecho es una tarea tan ideológica como el Derecho, y la tarea de estudiar transforma tanto al estudiante como a lo estudiado. Una función nuestra, como estudiantes críticos, es constituir elementos de un Otro Derecho (Derecho del Oprimido-*Inédito viable*) que aporte a una configuración cultural propia latinoamericana.

En la Era de la Comunicación massmediática, el rol de la educación es estratégico porque se sitúa en el lugar a donde llega la comunicación y es allí donde se presenta la posibilidad de resignificar las significaciones de los medios masivos de comunicación.

Los educadores y las educadoras que asumen una posición crítica utilizan un mecanismo de poder que no es tan diferente al que usan los *mass media*, aunque se distinguen mucho en sus propósitos.

Los Leviatanes posmodernos y los intelectuales representan en la actualidad un poder: el poder ideológico, un poder que “no se ejerce sobre los cuerpos como el poder político, nunca dissociable del poder militar, ni sobre la posesión de bienes materiales, de los que se dispone

¹⁶ ECO, p. 185.

para vivir y sobrevivir, como el poder económico, sino que se ejerce sobre las mentes a través de la producción y la transmisión de ideas, de símbolos, de visiones del mundo y de enseñanzas prácticas, mediante el uso de la palabra”¹⁷. Quienes rechazamos la idea de Evolución como motor de la Historia tenemos que empezar a considerar que las soñadas revoluciones bien pueden elaborarse con los perezosos ritmos de los supuestos procesos evolutivos, si se las sostiene cotidianamente.

En la Sociedad del Espectáculo, la Cultura que producen las Academias se ha transformado también en espectáculo. Pero “no queda dicho que la cultura como espectáculo de la que hemos hablado sea producto de una sociedad del espectáculo, puede ser más bien su alternativa. Un modo de huir de los espectáculos organizados para crear-nos otros”¹⁸.

III

1. Filosofía en primer año de Abogacía. ¿Para qué?

El posicionamiento desde Latinoamérica nos exige la elaboración de preguntas propias para *problematizar* nuestra realidad. “*La filosofía, como problematización de las evidencias, no consiste en encontrar ‘soluciones de un problema en la solución de otro problema que otra gente alcanzó en otro momento’* (M. Foucault)”¹⁹.

En la carrera de Abogacía, la formación en Filosofía y Ciencias Sociales es tan necesaria como la formación técnica específica de la legislación positiva. Una Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales es inevitable en el primer año de la carrera para desnaturalizar que el Derecho (en el sentido del fenómeno de lo jurídico) es algo dado o un dato a aprehender. Desde las Teorías Críticas del Derecho, tanto el Derecho Positivo como el Natural (proveniente de Revelaciones o del uso de la Recta Razón Humana) quedaron dentro de la Historia y de la Cultura y, consecuentemente, no contienen nada que no pueda ser (o hacerse) de otra manera.

¹⁷ BOBBIO, p. 74.

¹⁸ ECO, p. 233.

¹⁹ PAPONI, p. 16.

Como educadores de la Cátedra III de Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales, pensamos que la función de nuestra asignatura es desnaturalizar tanto la neutralidad del Derecho como la posibilidad de constituir perfiles profesionales objetivos o puramente técnicos. Esta imposibilidad de objetividad y neutralidad enfrenta al profesional y al estudiante con la dimensión ética y política de su quehacer.

La Ética no es un plus sino algo inexorable que debe ser asumido con autenticidad: su desconsideración no es objetividad ni neutralidad, sino autoengaño o “mala fe”, en términos de las filosofías existencialistas.

Si pensamos que un abogado debe ser un técnico hipercalificado en alguna rama del Derecho (porque, humanamente, no podría conocerlas todas), que esté al tanto de las últimas previsiones legales, que adelante de qué manera resuelve la ley un determinado conflicto, o que presente las alternativas que establece la legislación para llevar adelante determinadas empresas, la respuesta a la pregunta del título es simple y terminante: la Filosofía es innecesaria en la formación de tal abogado. Es más, con los adelantos de la informática aplicada, en algunos años, para cumplir esa función, ni siquiera será necesario un ser humano. Nuevas computadoras y nuevos programas podrán cumplir perfectamente esas exigencias, hasta quizá superando la limitación humana de no poder abarcar todas las ramas del Derecho.

Si pensamos, quizás, que a un abogado, además de la formación teórica, técnica y práctica específica, no le vendría nada mal un plus de erudición y de cultura general, entonces podemos tomar por Filosofía a alguna nutrida Crónica histórica de la Filosofía y exigirle que la incorpore a su memoria tanto como le sea posible.

Si pensamos que la formación de un abogado es la formación de un sujeto de la Cultura, de una persona que está sujeta a una cultura y que también, desde ingresante, cuenta con elementos que le permiten transformar esa cultura, la formación filosófica se revela como una necesidad. Pero Dios ha muerto y no hay absolutos ni sistemas cerrados que agoten la reflexión filosófica. Nos permitimos decir que las filosofías que colaboran con la formación de profesionales del Derecho son las que buscan más preguntas y problemas que respuestas y soluciones, las que cuestionan lo obvio; las que desnaturalizan y permiten

identificar prejuicios; las que exhiben una posición ético-política sin intentar ocultarla con un disfraz de objetividad o neutralidad. Entre otras, la Filosofía de lo Latinoamericano y lo que Gramsci llamaba Filosofía de la Praxis. En las palabras de un abogado que desde allí aboga:...

“América es antes que nada vida joven, sangre en movimiento, y ni Aristóteles, ni Kant, ni Hegel pueden hablarnos de la vida. Se agotaron en las telarañas de la causalidad, de la razón analítica o dialéctica –que es quizá la razón analítica puesta en marcha–, esa fastuosa herencia de la civilización”²⁰.

“En la enseñanza de la filosofía dedicada, no a informar al discípulo sobre el desenvolvimiento de la filosofía pasada, sino a formarlo culturalmente, a ayudarlo a elaborar críticamente su propio pensamiento para participar de una comunidad ideológica y cultural, es preciso partir de lo que el discípulo ya conoce, de su experiencia filosófica (después de haberle demostrado que tiene tal experiencia, que es ‘filósofo’ sin saberlo). Y dado que se presupone cierta media intelectual y cultural en los discípulos, que seguramente sólo han tenido informaciones inconexas y fragmentarias, y carecen de toda preparación crítica y metodológica, no se puede sino partir del ‘sentido común’, en primer lugar; en segundo lugar, de la religión, y sólo en tercer lugar de los sistemas filosóficos elaborados por los grupos intelectuales tradicionales”²¹.

La reflexión filosófica de docentes e ingresantes en torno a la búsqueda de problemas y preguntas exige dejar de lado esa metodología de la educación tradicional que Paulo Freire denominó *Educación Bancaria* y sumergirse críticamente en lo que él llamaba El Proceso de Enseñar-Aprender. Un proceso que implica mutuas transferencias y que interroga problemas concretos y cotidianos para construir, desde el mundo y desde las palabras de cada protagonista del acto educativo (que siempre será político y colectivo), saberes muy probablemente particulares y provisorios, pero siempre nuevos y compartidos, que nos permitan ir constituyéndonos éticamente como Sujetos de la Cultura.

²⁰ COLOMBRES, p. 18.

²¹ GRAMSCI, p. 17.

En esas reflexiones filosóficas en torno al Derecho, también resulta fundamental situarnos desde Latinoamérica: como decía, hace unos años, un lienzo expuesto a manera de mural en el Centro Cultural La Toma de nuestra ciudad: “tenemos que pensarnos para que no nos piensen”.

Bibliografía

- ABRAHAM, Tomás, exposición pública en el marco del concurso para profesor titular (renovación del cargo) de la materia Filosofía CBC-UBA, <http://tomabra.wordpress.com/2008/09/25/la-filosofia-y-las-ciencias-sociales/>.
- BARTHES, Roland, *Fragmentos de un discurso amoroso*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2002.
- BOBBIO, Norberto, *La duda y la elección. Intelectuales y poder en la sociedad contemporánea*, Paidós, Barcelona, 1998.
- BORGES, Jorge Luis, *El Aleph*.
- BUNGE, Mario, *Borges y Einstein, en la fantasía y en ciencia*, en AA. VV., *Borges científico, cuatro estudios*, Biblioteca Nacional-Página/12, Buenos Aires, 1999.
- COLOMBRES, Adolfo, *La colonización cultural de la América indígena*, 2ª ed., Del Sol-Cehass, Buenos Aires, 1987.
- ECO, Umberto, *La estrategia de la ilusión*, Sudamericana, Buenos Aires, 2013.
- FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, La Piqueta, Madrid, 1996.
- *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1991.
- *Saber y verdad*, La Piqueta, Madrid, 1991.
- FREIRE, Paulo, *Cartas a quien pretende enseñar*, 2ª ed., Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010.
- *La importancia de leer y el proceso de liberación*, 1ª ed., 18ª reimp., Siglo Veintiuno, México, 2008.
- FREIRE, Paulo y MACEDO, Donaldo, *Alfabetización, lectura de la palabra y lectura de la realidad*, Paidós, Barcelona, 1989.
- GRAMSCI, Antonio, *La política y el Estado moderno*, Sol 90, Buenos Aires, 2012.
- LÓPEZ, Lilians M., *De su participación como invitada al Primer Foro Paulo Freire*, Brasil, San Pablo, 1998 (inédito).
- PAPONI, M. Susana, et ál., *Subjetivación en los límites*, 1ª ed., Educo, Universidad Nacional del Comahue, Neuquén, 2006.

LA CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y EL ESTADO: VOLVER A EMPEZAR

por ANA MARÍA RAGGIO*

Ninguna Nación podrá emitir un
juicio si antes no es capaz de juzgarse
a sí misma, pero a esta posición tan
ventajosa suele llegar muy tarde.

GOETHE

Resumen

El tiempo posmoderno, el desencanto por las instituciones, la pérdida de certezas, hacen muy difícil reunificar la fragmentación social, los intereses se formulan cada vez más individualmente, y en ese panorama las instituciones han ido perdiendo sentido. Las transformaciones que se vienen dando en la sociedad, y en la política en particular, afectan a distintas instituciones de la democracia, entre ellas la representación y la concepción misma del Estado.

Abstract

The postmodern time, disenchantment with the institutions, the loss of certainties, make it very difficult to reunify the social fragmentation,

* Licenciada en Ciencia Política, UNR. Magister Ciencia Política y Sociología, Flacso. Docente-Investigadora, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesora adjunta de Derecho Político, Facultad de Derecho UNR. Profesora asociada Derecho Político y Sociología de la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, UCEL.

interest is increasingly formulated individually, and in that scenario the institutions have lost meaning. The transformations that are taking place in society, and in politics in particular, affect different institutions of democracy, including the representation and the conception of the State.

Palabras clave

Representación. Política. Estado.

Keywords

Representation. Politics. State.

Para introducirnos en el tema a desarrollar, nos es útil hacer referencia a la ya clásica diferenciación entre antiguos y modernos; realizada por Thomas Paine cuando se refería a que la democracia de los antiguos era directa y la de los modernos era representativa, la representación era una institución desconocida para los antiguos, la forma republicana de gobierno está asociada a la cosa pública, al bien público, y está asociada a la forma representativa de gobierno¹.

La irrupción de la modernidad introdujo diferentes cambios, en especial respecto de la diferencia entre lo público y lo privado. Los ciudadanos comenzaron a ejercer de manera activa el poder. La participación de modo directo, de la concepción antigua acerca del ideal de la participación total en la polis, se concibe la necesidad de un gobierno representativo. Los individuos habilitados en función de la propiedad privada, en primera instancia, recorriendo un largo camino de revoluciones cívico-políticas, llegarán al sufragio universal, eligiendo libremente en igualdad de voto quiénes los representen para el manejo de la cosa pública.

La democracia aparece, así, como una forma de gobierno que combina el principio de soberanía del pueblo, la garantía de las libertades elementales de los ciudadanos, la supresión de las jerarquías sociales y la formación del gobierno a través del sufragio universal y secreto.

¹ PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre. Parte II*, en *Escritos políticos*, FCE, México, 1986, p. 187.

Junto a estos conceptos, se forma la ciudadanía como una categoría que implica la lucha por la pertenencia a y la participación en la comunidad, indispensable a la democracia moderna.

Sigue siendo, a pesar de los cambios de temporalidad, esta lucha la que caracteriza al mundo posmoderno, donde son cada vez más numerosos los sectores que, en lugar de ingresar a la categoría de ciudadano o de mantenerse en ella, se ven excluidos del goce de derechos considerados fundamentales.

El problema a futuro sigue siendo cómo organizarnos en la vida social y la vida política para que no haya nadie que tenga que pedir permiso diariamente para sobrevivir.

Nuestras actuales democracias representativas siguen adoleciendo en muchas oportunidades de respuestas a la vida en comunidad, dominada por el mercado, el cual ha hecho aguas nuevamente en el mundo entero, generando desigualdad.

La sociedad civil aparece amenazada una y otra vez, frente a la indolencia y el individualismo, donde poderes privados se presentan con capacidad para disputar con éxito aquello que les compete a gobiernos democráticos, cual es la capacidad o derecho para decidir sobre el bien público. Se nos hace presente aquí una de las llamadas “falsas promesas de la democracia” de Norberto Bobbio, cuando se refería a que todavía estaba ausente en las democracias actuales la derrota del poder oligárquico².

Dentro de las actuales democracias representativas persiste, tomando el lenguaje del maestro Norberto Bobbio, “una promesa incumplida”, la falta de compromiso de los intereses de los representantes con los de los representados, la eliminación en la representación del mandato revocable ha incidido de manera importante, aun hasta nuestros días, en el imaginario político de la representación política³.

Carlos Strasser señala respecto al tema de la representación política teniendo en cuenta las consideraciones precedentes que es necesario distinguir tres tipos de representación política: a) la representación por

² BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, ps. 13-23.

³ *Ibíd.*

mandato, la misma es imperativa y vinculante; b) la representación fiduciaria, la cual entrega al representante electo la libertad y la ejecución de la voluntad así como la ejecución de la voluntad y los intereses del representado, y por último c) la representación por afinidad, conocida como sociológica o especular, la misma reúne las características del fiduciario, pero se le agrega la condición de ser representante en función de la misma condición social, laboral. Esa condición de par supone la posibilidad del más fiel cumplimiento de la representación⁴.

El tipo de representación que rige en las actuales democracias es la de tipo fiduciario, siguiendo la postura del autor citado, la democracia representativa no puede ser otra cosa, al menos la mayor parte del tiempo y en la mayor parte de los asuntos, que la concepción de un gobierno efectivo por los representantes⁵.

La representación se presenta como una sustitución legítima, en virtud de la cual una persona está autorizada a obrar en nombre de otra y desde este punto de vista representa una legitimación de la autoridad que actúa representativamente⁶.

La representación política se configura en la piedra fundamental de las democracias modernas, la cual se construye sobre un tipo de Estado, el Estado liberal de Derecho.

El poder fiduciario lleva al representante a actuar con cierta libertad, en nombre de y por cuenta de los representados, en cuanto goza de su confianza y puede por lo tanto interpretar a discreción los intereses de los representados. No existe obligación de mandato, así es como se interpretará desde del liberalismo político en adelante la relación representante-representado en las democracias occidentales.

Nuestro sistema constitucional adherirá a dicha forma de representación política, los órganos de gobierno son instituciones de representación por excelencia.

⁴ STRASSER, Carlos, *Para una teoría de la democracia posible. Idealizaciones y teoría política*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1999, p. 56.

⁵ Ídem, p. 60.

⁶ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios de teoría política*, Alianza, Madrid, 1978, p. 227.

Sin embargo, como afirma Roberto Gargarella, el Congreso de la Nación es el órgano donde se aloja la representación paradójicamente, ya que el mismo sufre una incapacidad estructural para representar a la diversidad de las mayorías existentes en la sociedad⁷.

El autor en el trabajo citado plantea el problema que atraviesan las instituciones contemporáneas, en cuanto a la falta de identificación entre la voluntad de la ciudadanía y la voluntad de los órganos políticos⁸.

Nuestro país, así como la mayoría de las sociedades occidentales, se encuentra dentro de un proceso de cambio, caracterizado por un fuerte desencanto por las instituciones, el cual en términos políticos se traduce en la falta de correspondencia entre la voluntad o aspiraciones de los electores/ciudadanos y las decisiones de los elegidos/representantes.

Dentro de este panorama, la política como actividad destinada a la “búsqueda del bien común”, en sentido plenamente aristotélico, se encuentra plagada de paradojas, por un lado, se espera que ella apacigüe la ansiedad por controlar los peligros y miedos que afligen al ciudadano y por otro la misma ciudadanía observa, denuncia, su incapacidad e impotencia para imponerse sobre una sociedad crecientemente autorregulada y un espacio transnacional, donde la acción política de los Estados es de dudosa eficacia⁹.

En este marco de desconcierto, la relación del ciudadano con el Estado, así como la cultura de mediación política, han cambiado.

Esta situación que atraviesa a todas las sociedades actuales se retrotrae a los años setenta, época en la que el modelo de Estado intervencionista comienza a decaer, los indicadores económicos comenzaron a demostrar cierta depresión económica, conocida como crisis de acumulación y concomitantemente el movimiento neoconservador o llamado neoliberal sostendrá el argumento de que esta crisis se debe a

⁷ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Buenos Aires, 1996, p. 188.

⁸ Ídem, p. 233.

⁹ QUIROGA, Hugo, *La democracia posible. Un entrecruzamiento entre procedimientos, valores y políticas*, en *Políticas e instituciones de las nuevas democracias latinoamericanas*, Paidós, Buenos Aires, 2001, p. 17.

la acción del Estado de bienestar, dudando de su capacidad de intervención para alcanzar los objetivos perseguidos¹⁰.

Esta crisis llevará a descentrar la figura del Estado, y la unidad de análisis ya no será la Nación, sino el mundo entero, y si lo extendemos hacia un análisis socioeconómico la respuesta, la solución, estará en el “mercado”.

La aparición de un nuevo orden mundial, separando la economía de la política, eximiéndola de toda acción reguladora, mermó la capacidad de decisión de los Estados¹¹.

Dentro del marco de la denominada globalización, término que de acuerdo a Fernando Vallespín se ha convertido en un concepto “refugio”, una metáfora de nuestra época, y que como todas las metáforas no es neutra, es por ello que no se trata de un proceso unívoco, ni uniforme¹².

Se constituye así un proceso caracterizado por la ambivalencia, el pluralismo y las lógicas contradictorias. La complejidad que provoca dicho fenómeno se debe a: a) la presencia en la sociedad de diferentes criterios de racionalización; b) el problema del pluralismo social organizado corporativamente cuya representación y poder es desproporcionada en comparación con el ciudadano común; c) la descentralización y fraccionamiento creciente de los órganos estatales y de autoridades y la aparición de cuerpos políticos en distintos niveles; d) la interdependencia y encadenamiento existentes entre “partes” –individuos, grupos– y “el todo” –la sociedad, el Estado–¹³.

Dentro de esta línea argumental, el desinterés por la política cotidiana es explicado por un cambio profundo, concretado en una “crisis del Estado” cuestionando su capacidad de dirección y de integración

¹⁰ Dentro de dicha línea argumental podemos encontrar en el ámbito académico nacional vasta literatura, de distinta extracción político-ideológica, como Atilio Borón, Isidoro Cheresky, Daniel García Delgado, Marcos Novaro, Carlos Strasser, quienes coinciden en la descripción y causas del fenómeno. Mientras que en el ámbito internacional existe una línea argumental interesante que es la que he tomado para realizar este artículo, entre ellos, Zigmunt Baumann, Ulrich Beck, Peter Berger, Collin Crouch, Thomas Luckmann, Alain Touraine, Fernando Vallespín, entre otros.

¹¹ TENZER, Nicolás, *La sociedad despolitizada*, Paidós, Buenos Aires, 1991.

¹² VALLESPÍN, Fernando, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, p. 134.

¹³ Ídem, p. 136.

normativa y simbólica, ello se percibe en la creencia generalizada de que al mundo no lo mueven las decisiones de los ciudadanos, sino unas lógicas o imperativos más profundos.

Una de las consecuencias políticas que se conectan con la representación es la aparición de la denominada “fatiga civil” traducida en lo que podríamos caracterizar apatía política, con un consiguiente retraimiento hacia lo privado¹⁴.

Esta descripción, analizada desde una mirada de largo plazo, da cuentas de que el modelo de Estado, y por ende de representación política que se correspondía con la modernidad industrial clásica, donde las categorías de Estado nacional, clases, verdad científica, creencia en la técnica, y la relación amigo-enemigo de lo político tenían un parentesco interno, que ya no lo poseen¹⁵.

Las instituciones dentro de esta crisis que provoca la posmodernidad han perdido el depósito de sentido histórico que solían tener, generando una crisis de sentido¹⁶.

La representación política como institución de las modernas democracias también ha entrado en una crisis de sentido, que se manifiesta en un desencanto por la política, en la credibilidad hacia los representantes, ya que los individuos perciben que sus demandas no serán satisfechas por un Estado que está en retracción.

La caída del Estado de bienestar en el mundo, y ahora es literal, porque también los países europeos asisten azorados, violentos, indignados, desocupados, a la caída definitiva del sistema, donde al igual que nosotros los países latinoamericanos, vivíamos hacia la década de los noventa privatizaciones, desregulaciones, flexibilidad laboral, despidos masivos, pérdida de derechos a la salud, jubilaciones, “hoy merodea el fantasma” de lo que los europeos han dado en llamar “*Badfare State*”.

Entre los años 2001 y 2002, se dio en nuestro país una profunda crisis del sistema de representación política, fueron impugnados dis-

¹⁴ VALLESPÍN, ob. cit., p. 15.

¹⁵ BECK, Ulrich, *La invención de lo político*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1999, p. 225.

¹⁶ BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas, *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido*, Paidós, Barcelona, 1995.

tintos sectores de la realidad política, sindical y empresarial. Sin embargo se daba una paradoja, mientras la ciudadanía criticaba arduamente a la clase política y a los partidos políticos, no extendía su protesta a la democracia como régimen político. Este comportamiento denominado desafección política, es entendido como un sentimiento subjetivo de ineficacia y falta de confianza en el proceso político y en los políticos, pero no cuestiona la legitimidad del régimen¹⁷.

Esta postura, que podemos denominar ciudadana, no implica una crítica radical al régimen político, podemos encontrarnos con la coexistencia de altos niveles de apoyo a la democracia y paralelamente una profunda crítica de las estructuras partidarias o de gobierno.

Se comparte con los países latinoamericanos que la democracia supone un conjunto de derechos y obligaciones mucho más amplio que el puesto en juego en una elección, y que forman parte de la médula de la ciudadanía. En décadas anteriores, parecía aceptarse en América Latina que la democracia se había conquistado en la medida en que existían procesos electorales competitivos y recurrentes¹⁸. La búsqueda de un mayor fortalecimiento institucional consiste en buscar una salida al problema de la representación. Es más, si pensamos en que el largo camino de la consolidación democrática se ha visto acompañada de la organización de un sistema institucional partidario, que, pese a sus defectos, dio cuerpo e hizo posible la expresión política institucional.

Hoy más que nunca aquello que se impugna es lo que se necesita reformular porque la representación política es viable sólo a través de los partidos políticos. La historia de la República Argentina es la historia hecha por los partidos políticos, desde los conservadores, anarquistas, socialistas, radicales, peronistas. Si bien hoy los términos han perdido o al menos alterado su significado, los partidos en transformación de sus simbologías, como de su organización interna, siguen monopolizando los mecanismos de representación democrática.

¹⁷ MUTTI, Gastón, *Crisis del sistema político argentino: una oportunidad. Los partidos políticos en Santa Fe*, Ciudad Gótica, Rosario, 2007, p. 12.

¹⁸ Informe del PNUD, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008.

El rol protagónico en la representación política de las actuales democracias lo siguen teniendo, pese a sus defectos, los partidos políticos. La representación política partidaria sigue en pie, y continúa dando batalla.

Es importante recordar que los partidos políticos no son sólo instituciones de representación, ella es sólo una de sus funciones. Los partidos políticos tienen también funciones de liderazgo, de conducción y de convocatoria, de elaboración de propuestas, de administración de gobierno o de oposición, de agregación de demandas y de canalización de conflictos, de reclutamiento de la clase política para los puestos del Estado o de la función pública. Ninguna de estas funciones la cumplen exclusivamente los partidos políticos, pero ellos son la única institución en la sociedad actual que puede cumplir todas estas funciones¹⁹.

Pese a sus defectos, es muy difícil para las democracias representativas encontrar sustitutos satisfactorios para los partidos políticos. En este punto nos parece oportuno señalar que, pese a los intentos de reformas, y a la búsqueda de consensos, le ha sido muy difícil a los distintos actores político-partidarios consolidar sistemas de alianzas fuertes, que pudieran contribuir a fortalecer las críticas situaciones por las que han atravesado.

La posibilidad de conformar alianzas políticas supone, por un lado, la renuncia a la hegemonía de un partido y, por otro, al bipartidismo tradicional. Lo cual dadas las condiciones señaladas se hace muy complejo.

La importancia de encontrar la forma justa de gobierno desvelaba a los clásicos, siglos más tarde se coincide en que la mejor forma de gobierno pese a sus defectos es la democracia. La misma sigue estando en una encrucijada por develar, cómo conciliar los intereses de todos.

Como se mencionó, el resquebrajamiento del Estado plantea la reformulación de su rol, el dilema de hoy no es la interpelación a las democracias representativas, sino qué Estado es el que puede garantizar la igualdad de oportunidades para todos. Aquí se encuentra el eje de

¹⁹ GARRETON, Manuel Antonio, *Política y sociedad entre dos épocas*, Colección *Politeia*, Homo Sapiens, Rosario, 2000, p. 122.

la discusión. Toda investigación acerca del rol del Estado está teñida de connotaciones valorativas e ideológicas, se torna muy difícil contestar objetivamente a la pregunta acerca de cuál debe ser el rol del Estado, sin perjuicio de que el conjunto de sus actuaciones apunte a una cierta dirección político-ideológica.

La reflexión acerca del Estado es esencial, la cuestión pasa por cómo utilizar la potencialidad de la democracia para volver a imponer un principio de equidad política, económica y social. En la medida de que el Estado asegure esa capacidad se incrementará la calidad de la vida democrática.

Se trata de enfocar el análisis, nuevamente, luego de más de treinta años de estabilidad democrática, desde la íntima relación que se genera entre Estado y democracia, ya que la interpelación de las sociedades actuales se realiza hacia el desempeño estatal. Se configura en un obstáculo al afianzamiento democrático, la debilidad del Estado, pero no cualquiera, sino el Estado constitucional de Derecho.

A principios del siglo XX, las principales corrientes en la Ciencia Política concebían a la democracia como un tema que se correspondía con los regímenes políticos, el centro de la discusión eran el elector y el ejercicio de derechos políticos. Se dejó de lado la cuestión relativa al ejercicio de derechos sociales, económicos, culturales y obviamente al Estado. La crisis que sumergiera a las sociedades posmodernas ha llevado a replantearse ese rol que debe desempeñar el Estado, además de volver a pensar en la íntima relación de la democracia y el Estado. No hay democracia sin Estado.

Guillermo O'Donnell sostenía que el Estado está ligado al régimen democrático, al menos por tres razones: primero porque el Estado es la entidad que delimita territorialmente a la ciudadanía electoral; segundo comprende al sistema legal que sanciona las libertades para que sea posible la democracia, y tercero se manifiesta en la estructura burocrática que le da continuidad y certidumbre a los procesos políticos²⁰.

Se debe, respecto al tema del Estado, recuperar una mirada crítica,

²⁰ O'DONNELL, Guillermo, *Estado y democracia, ¿Cómo avanzar en la construcción institucional que requiere una democracia de ciudadanía?*, ponencia presentada en el Seminario Internacional *Democracia, Estado y ciudadanía en América Latina*, México, 2008.

que reconozca que se está frente a una institución compleja, fragmentada, sometida a procesos constantes de construcción, reconstrucción y destrucción. Por eso es necesario reformular, revalorizar el concepto y el valor del Estado, como referente importante en la lucha por la construcción de las principales variables del orden social. Esto es, la institución indispensable para llevar adelante políticas efectivas.

Bibliografía

- BECK, Ulrich, *La invención de lo político*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1999.
- BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas, *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido*, Paidós, Barcelona, 1995.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- Informe del PNUD, 2008.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Buenos Aires, 1996.
- GARRETON, Manuel Antonio, *Política y sociedad entre dos épocas*, Homo Sapiens, Rosario, 2000.
- MUTTI, Gastón, *Crisis del sistema político argentino: una oportunidad. Los partidos políticos en Santa Fe*, Ciudad Gótica, Rosario, 2007.
- O'DONNELL, Guillermo, *Democracias delegativas*, en *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Paidós, Buenos Aires, 1997.
- PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre. Parte II*, en *Escritos políticos*, FCE, México, 1986.
- TENZER, Nicolás, *La sociedad despolitizada. Ensayos sobre los fundamentos de la política*, Paidós, Buenos Aires, 1991.
- STRASSER, Carlos, *Para una teoría de la democracia posible. Idealizaciones y teoría política*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1999.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios de teoría política*, Alianza, Madrid, 1978.
- QUIROGA, Hugo, *La democracia posible. Un entrecruzamiento entre procedimientos, valores y políticas*, en *Política e instituciones de las nuevas democracias latinoamericanas*, Paidós, Buenos Aires, 2001.
- VALLESPÍN, Fernando, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000.

METODOLOGÍA DEL DERECHO

por DANIELA SOSO y LAURA R. A. PORTERO

SUMARIO: 1. Fundamentación de sentencias. a) ¿Qué es primero, la argumentación o la decisión?, ¿se argumenta para fundar una decisión previamente adoptada o se decide como corolario de una argumentación razonable? b) ¿La justicia del juez? c) ¿Por qué es necesario fundamentar las sentencias? d) ¿A qué clase de fundamentos puede recurrir el juez?

Resumen

El presente artículo explora algunos aspectos con incidencia directa en la fundamentación y argumentación de los fallos judiciales, estableciendo lineamientos que debe seguir el magistrado al momento de elaborar una sentencia.

Abstract

This article explores some aspects with direct impact on the basis and argumentation of Court decisions, establishing guidelines to be followed by the judge at the time of the elaboration of the sentence.

Palabras clave

Metodología del Derecho. Argumentación. Fallos judiciales.

Keywords

Legal methodology. Argumentation. Court decisions.

1. Fundamentación de sentencias

- a) *¿Qué es primero, la argumentación o la decisión?, ¿se argumenta para fundar una decisión previamente adoptada o se decide como corolario de una argumentación razonable?*

Con el objeto de comenzar a efectuar algunas consideraciones sobre la argumentación y la decisión judicial, resulta necesario conocer de qué se habla cuando se fundamenta una sentencia. Como tantos vocablos, el término *fundamentar* es polisémico y ambiguo.

Por el momento, bastará con tener presente que aquello que para una persona resulta una fundamentación suficiente puede no serlo para otra, ya que lo que se presenta como fundamento no es más que un juicio axiológico que puede no tener aceptación universal.

Entonces partamos en acordar que *fundamentar un fallo* es dar argumentos o razones plausibles para justificar por qué se toma una decisión y no otra, de ese modo Sauvel dice: “Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio [...] Los motivos invitan (al que pierde un caso) a comprender la sentencia y le piden que no se abandone durante demasiado tiempo a «maldecir a los jueces»”¹. Buscar un fundamento es pretender que las afirmaciones estén respaldadas en razones, y no es más que pedir un porqué para aceptar cierto juicio.

En este sentido el tema de la fundamentación se relaciona con el inconveniente de la verdad, concretamente con la aceptación social de las sentencias y hasta podría pensarse con los fines de la vida humana.

El hombre en cada minuto de su vida toma decisiones y cuanto más, los operadores del Derecho, que en la mayoría de los supuestos lo efectúan por otras personas. Lo que resulta extraño es que cuando mayor es la categoría de quien decide, con más pasión cuestionamos sus argumentos.

La explicación de esta reacción radica en que, mayor sea la jerarquía más serán las personas que dependerán de su decisión y, pre-

¹ Citado por PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, monografías Civitas, Madrid, 1979, p. 202.

cisamente, el juez es uno de ellos. Entre las herramientas con las que cuenta para aproximarse a su cometido se halla la norma, mas ésta no siempre logra presentársele estricta, unívoca, consistente, sistemática, con ausencia de ambigüedades.

Entonces, al no revestir la normativa esas características pasa a convertirse en alguna de las diferentes dificultades a la que habrá de enfrentarse el juez en gran cantidad de casos, a lo que ha de adicionarse tanto la cantidad como la disonancia que presentan las leyes.

Estas cuestiones afectan algunos aspectos, toda vez que muchos de los niveles de racionalidad están sujetos a las estipulaciones normativas que señalan las normas en *su* lenguaje, generando lo que Atienza estimó llamar “problemas de interpretación”² que repercuten en su funcionamiento.

Ahora bien, cuando el sentenciante dispone de reglas sobre las que puede razonar, su primera conducta será valerse de la lógica entendida como: “La lógica es el arte de pensar”³, la que coetáneamente funcionará como una suerte de control de calidad de las argumentaciones.

En este orden de ideas es que “...la disposición de razonar correctamente en el campo de la acción humana es una de las partes integrantes de la prudencia”⁴, y relacionándoselo con la racionalidad puesto que “La racionalidad, como la moralidad, tiene un peso normativo y concierne a lo correcto, lo apropiado, las formas inteligentes de hacer las cosas y no al curso de acontecimientos meramente usuales o habitual”⁵.

Lo cierto es que en el mundo del Derecho considerar que algo es lógico no necesariamente implica que sea acertado, como así tampoco, a la inversa.

² ATIENZA, Manuel, *Para una teoría de la argumentación jurídica*, en rev. *Doxa*, N° 8, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, 1990, p. 53.

³ CATENACCI, Imerio Jorge, *Introducción al Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 321.

⁴ KALINOWSKY, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 1973, p. 179.

⁵ RESCHER, Nicolas, *Rationality. A Philosophical Inquiry into the nature and the rationale of reason*, Oxford University Press, 1988, trad. de Susana Nuccetelli: *La racionalidad*, 1ª ed. en español, Tecnos, Madrid, 1993, p. 217.

Bien sabemos que para hacer cumplir el Derecho en un ordenamiento jurídico ni siquiera es necesario un proceso judicial sino que igualmente puede lograrse con el uso de la fuerza, pero ello hoy en día debería ser impensado en un Estado de Derecho, donde se conjugan en el marco del sistema jurídico con el fin de poner en práctica las normas jurídicas, medios que son compatibles con determinados valores éticos y con ciertos derechos fundamentales.

Dado que la diferencia entre un sistema jurídico autoritario y uno basado en la legalidad radica en la erradicación de la fuerza y en la utilización de los medios técnicos con los que cuenta la burocracia judicial, se hace imprescindible la legitimidad de la sentencia judicial que depende de cómo ésta sea fundamentada. Allí está el punto de conexión: que la motivación sea el instrumento para la racionalidad de los fallos, a la par que resulte el modo para ejercer el control de la actividad de los jueces.

Si bien la sentencia es una representación del proceso mental de su autor –que antecede al fallo–, sólo es una ínfima pauta de dicho proceso, puesto que no siempre logra evidenciar las verdaderas razones que condujeron al juzgador a decidir en algún sentido.

La argumentación se ocupa justamente de ese proceso mental del juez que le permite arribar a una decisión.

Pretender efectuar un análisis de un fallo a partir de la argumentación puede llevar a descubrir algunos indicios de que las premisas que parecen ser sustento de una decisión se encargan de ocultar los verdaderos motivos y razones que obran en la psiquis del juzgador, quien tiene sus propias razones para no plasmarlas en el plano material de la sentencia.

Bien es sabido que en ausencia de razones que justifiquen las decisiones, sencillamente se estará frente a una decisión arbitraria, lo que aparejará que los perjudicados se valgan de los instrumentos formales de control –recursos, apelaciones, control de constitucionalidad– tendientes a suprimirlas o revocarlas.

A partir de la aplicación del Derecho, Atienza⁶ subraya cuatro ca-

⁶ ATIENZA, Manuel, *Argumentación y legislación*, 3ª ed., Ariel, Alicante, 2006, p. 80.

racterísticas modélicas del juez y desde una perspectiva ideal, presentes en el razonamiento judicial que lo diferencian del razonamiento legislativo:

- Los jueces son funcionarios independientes –expertos en Derecho–, no responsables políticamente y que están regidos por el principio de imparcialidad;
- cuando actúan en órganos colectivos, los mismos están formados por pocos miembros, por lo que la mayoría de sus decisiones logran consenso por la vía deliberativa;
- el modelo de toma de una decisión judicial supone una reducción de la complejidad mediante el mecanismo de subsunción, y
- la argumentación judicial parece estar dirigida a obtener una respuesta correcta al caso y la coherencia su rasgo distintivo.

b) *¿La justicia del juez?*

Las decisiones judiciales están conformadas por un conjunto de enunciados y argumentos que el juez va conectando para llegar a una determinación, la que está limitada por el objeto del litigio, sin perjuicio de que él es libre de elegir las razones jurídicas que avalen su decisión. Lo cierto es que no puede recurrir a cualquier argumento, sino a aquellos que estén referidos a los hechos, afirmaciones y alegatos que hayan sido controvertidos y al derecho que él estime aplicable. “Sus límites son los hechos afirmados por las partes y la ley”⁷.

La decisión judicial no debe verse como algo aislado y oficioso, sino que el actuar de las partes debe estar íntimamente vinculada, el “contradictorio” debe asumir un papel relevante, no sólo como la fase adversarial, sino también como un instrumento operativo del juez, a fin de lograr la formación de su convencimiento.

Las partes dejan de ser objetos del pronunciamiento judicial, pudiendo defender sus razones ante la decisión.

“De tal suerte, rechazándose la investigación solitaria del juez, el contradictorio se presenta como la contrapartida del diálogo, recomendado como el método dialéctico, que amplía el cuadro de análisis,

⁷ RENGEL-ROMBERG, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano*, Arte, Caracas, 1995, t. I, p. 121.

obliga a la comparación, atenúa el peligro de opiniones preconcebidas y favorece la formación de un juicio más abierto y ponderado”.

La vigencia del paradigma del Estado Constitucional debe priorizar el absoluto respeto al contradictorio, a fin de delimitar la discrecionalidad del juez y el control de sus decisiones.

“Desde nuestra perspectiva, el juez debe hacerse cargo de las pretensiones –también de subsunción normativa– de las partes en el proceso. Si las condiciones de aplicabilidad de la norma están indeterminadas, si la propia consecuencia jurídica constituye un abanico de opciones para el juez, entonces los protagonistas del debate procesal deben tener la posibilidad de decir algo al respecto y si ése es el caso, el juez debe incluir estos argumentos en su decisión, ora asumiéndolos como propios, ora refutándolos adecuadamente.

”Nuestra propuesta es que la justificación de este tipo de decisiones judiciales depende fuertemente de la participación procesal de los litigantes en el debate normativo. Copiando a Damaska diremos que cuando más fuerte sea la voz de las partes en el proceso, más cerca estaremos de la decisión correcta...”⁸

Así pues, al juez no le está permitido imponer su propia justicia, ni tampoco adoptar en ejercicio del *iuria novit curia* una alternativa jurídica si con ella cambiara el objeto de la controversia.

Aunque la aceptación o no de las partes respecto del fallo en nada modifica su validez formal y material, es el pronunciamiento de otro órgano jurisdiccional el que puede cuestionar la eficacia de ese fallo.

Por ello es que la perpetuidad del respeto tanto al órgano como a la decisión tomada se logra siempre que la entidad del fallo sea reconocida como tal por la comunidad.

En este orden de ideas es que, la justificación de la sentencia debe hallarse en la misma sentencia, de modo que, por mejores que puedan resultar las razones ocultas, aun cuando sean sobreentendidas, no puede aceptarse una sentencia que viole las reglas de inferencias tanto deductivas como inductivas.

⁸ CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea A., *¿Es el Derecho un juego de los jueces?*, disponible en línea en: www.acadere.or.ar/doctrina/art//principio-de-bilateralidad, en fecha 6-5-2014.

Son las normas, los hechos y las afirmaciones efectuadas por las partes los que resultan valorables para el juez al momento de confeccionar el fallo y que se advertirán en la motivación. Justamente, es en la motivación donde el discurso pretende ser persuasivo y justificativo de la estructura de la conclusión a la que arriba el juez, a este silogismo llega –en muchos supuestos– por el mecanismo de subsunción de los hechos en la norma.

En el modelo de subsunción, la sentencia se infiere deductivamente de la argumentación que efectúan los operadores jurídicos a partir de los hechos relevantes y luego las normas en las que es posible enmarcar esos hechos hasta llegar lógicamente al fallo.

Sin descartar que, con mucha frecuencia el juzgador llega primero a la conclusión en su fuero íntimo, lo que hace que luego tenga que justificar su criterio en lo formal. Así es que, el juez empieza con una conclusión previamente adoptada, y posteriormente busca la justificación adecuada en las distintas normas del ordenamiento jurídico.

Todo ese recorrido mental que no se observa en la sentencia es producto de un conjunto de dispositivos internos en los que se confrontan valores, creencias, deseos, ideologías, conocimientos; podría decirse que logró su sentencia por un proceso inverso. Se trata de las escuelas realistas del Derecho, en las que la fundamentación es sólo un proceso de racionalización psicológica de una decisión adoptada a priori.

En tanto que, para una tercera concepción sobre hechos y normas hasta llegar a la sentencia judicial –de carácter ecléctico– conocida como la teoría del “ir y venir de la mirada entre la premisa normativa mayor y el supuesto fáctico”, no se puede hablar de un criterio metodológico único para arribar a la sentencia, sino que va recurriendo permanentemente a la norma y a los hechos.

De este modo lo ilustran los doctores Chaumet y Meroi en sus palabras sobre el método: “...El método se convierte en pieza significativa del sistema. El ‘garantismo’ desconfía que el juez pueda conocer la meta o, mejor dicho, supone que todo lo que afirma en cuanto a ésta, está ligado a su conciencia, depende de ésta [...] Por ello, desconfía del protagonismo del juez. Supone que la plena conciencia en saber la verdad jurídica es imposible, porque en realidad

la solución justa que el juez cree haber encontrado, no es independiente de su conciencia, de sus categorías...”⁹

No es menos cierto que si el expediente no ofrece las premisas razonablemente aceptables conformes al ordenamiento jurídico, no puede el juez forzar artificialmente su elaboración para hacer su propia justicia, por más que lo aconseje su intuición.

No puede soslayarse la eterna disyuntiva si en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces se limitan sólo a decir el sentido y alcance de la norma, o bien, realizan una labor de creación del Derecho, porque aquí surge la llamada “justificación interna” en términos de Jerzy Wróblewski, “que obedece al carácter deductivo, pasar de las premisas a la conclusión, y la ‘justificación externa’ que atiende a la justificación de las premisas”¹⁰.

Coincidentemente lo expresa Robert Alexy, al decir: “en los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones, las decisiones jurídicas, donde pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación interna [...] y la justificación externa [...] En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas”¹¹.

La teoría argumentativa jurídica encuentra en la figura del juez al funcionario público como al decisor por excelencia, así lo llama Aarnio: “...vamos a considerar al juez como ‘un decisor racional’, que bajo condiciones de incertidumbre procura maximizar la certidumbre legal”¹².

⁹ CHAUMET, Mario E. y MEROL, Andrea A., *Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina*, publicado en página web www.academiaderecho.org.

¹⁰ ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 68.

¹¹ ALEX, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 213/214.

¹² AARNIO, Aulis, *One right answer and the regulative principle of legal reasoning*, *International Seminar of legal theory*, Universidad de Alicante, 1989, cit. por BARRAGÁN, Julia, *La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica*, en rev. *Doxa*, N° 8, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, 1990, p. 65.

Este decisor va a intentar comprimir al máximo todas las alternativas de elección, dado que de la pluralidad de respuestas posibles sólo habrá de elegir una sola de ellas, demostrando una preferencia por ella, llevando a cabo una valoración tanto de factores externos –sociales, reglamentarios–, como internos; jurídicos como no-jurídicos, eligiendo lo que mejor se adecue a su interés particular.

Dicho interés personal es el objetivo, y da origen a los motivos que son móviles psicológicos, que traen aparejados decisiones, concretamente, actos voluntarios razonados que luego serán justificados.

El doctor Chaumet sostiene que “Por un lado, se postula una separación tajante por la que la justificación no guarda ni debe guardar ninguna relación con el procedimiento mental. Los motivos del juez para tomar la decisión no son racionales. Pero también se critica el criterio opuesto –que pretende señalar que la justificación debe ser un espejo–, el fiel reflejo del proceso decisorio, haciendo explícito el *iter mental*”¹³, al tiempo que “...de las valoraciones que conlleven las decisiones se van formando criterios generales que orientarán, a su turno, futuras valoraciones. En este sentido las valoraciones deberán hacer referencia a un criterio general de universalidad, lo que quiere expresar que deberá ser ‘necesariamente’ tenido en cuenta en nuevas situaciones en las que sean iguales todos los aspectos relevantes del caso”¹⁴.

c) *¿Por qué es necesario fundamentar las sentencias?*

Durante casi doce siglos se estimó innecesario que el juez fundamentara exponiendo las razones de sus fallos, en consonancia con el aforismo latino: *Si cautus sit iudex, ¿nullam causam exprimet?* –Si el juez es cauto, ¿no expresará la causa de su decisión?–, lo que demuestra que motivar sentencias está ligado a las contingencias ideológicas de la época. En nuestros días, la carencia de argumentos daría

¹³ CHAUMET, Mario E., *Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial: El caso de los intereses supraindividuales*, p. 6, en http://www.derecho-azul.org.ar/filosofia/documentos/17_chaumet.doc.

¹⁴ CHAUMET, ob. cit., p. 28, en http://www.derecho-azul.org.ar/filosofia/documentos/17_chaumet.doc.

lugar a una decisión arbitraria, dado que la fundamentación cumple cuatro funciones:

- Una de carácter endoprosesal, que habilita un mecanismo interno que permite que los tribunales superiores puedan ejercer el control de alegatos por los tribunales de instancias inferiores;
- tarea de racionalidad jurídica;
- legitimación del poder del Estado sobre los ciudadanos;
- legitimar la administración de justicia frente a distintos foros de la sociedad, entre los que se hallan:
 - Las partes involucradas. Para el ganador no hay necesidad en conocer las razones que lo beneficiaron ya que satisfizo su pretensión –totalmente independiente de si el fundamento es justo o injusto–. Para quien resultó perdedor, no habrá argumentos válidos que lo convenzan, como lo ha dicho Nieto: “...Porque nadie ‘escucha razones’: el vencedor porque no las necesita y el perdedor porque nunca podrá ser convencido...”¹⁵
 - Los tribunales superiores, puesto que ningún juez ve con agrado que sus sentencias sean revocadas por las instancias de Alzada;
 - la doctrina;
 - la opinión pública.

d) *¿A qué clase de fundamentos puede recurrir el juez?*

El ámbito de discrecionalidad judicial se incrementa de manera notoria en el Estado Constitucional de Derecho, por el cual las normas constitucionales contienen una estelaridad a la hora de fallar, y configuran un parámetro esencial para determinar qué se debe fallar y qué no, implicando una mayor actividad del juzgador.

Al ser de carácter abstracto abarcarán mayor cantidad de situaciones, y muchas veces los principios colisionarán entre sí poniendo al juzgador en una encrucijada cuando deban emitir un fallo.

Ante ello, pueden no justificar sus opciones al momento de valorar ignorando la indeterminación de los principios, como si subsumieran

¹⁵ NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, p. 187.

la decisión a reglas con claras condiciones de aplicación, cuando en realidad no se caracterizan por su claridad.

Como también pueden, por otro lado, echar mano al del sistema de ponderación, denominados comúnmente como *balancing test*, o sistema de balances, considerando que hay una jerarquización entre los principios en juego, a los fines de hacer prevalecer el que a criterio del juzgado tiene más que peso.

Sistema este último, que atenta contra la imparcialidad, por depender total y absolutamente de un juicio de valor subjetivo, sin ningún tipo de justificación, por ende, impidiendo un debido control, en base a que todos los principios contenidos en la Constitución, poseen la misma fuerza vinculante, todos son igualmente exigibles y ejecutables, y tutelados.

Al ser indivisibles y complementarios, todos están íntimamente relacionados entre sí, formando parte de un sistema armónico que garantiza y protege la vida digna, libre y autónoma de la persona humana, y si se estableciera un nivel jerárquico entre ellos se pondría en peligro el ejercicio de los derechos humanos.

Cabe destacar que, nuestra Carta Magna contiene derechos progresivos y acumulativos, y con el transcurso de los siglos la humanidad avanza en pos del reconocimiento de nuevos derechos que deben ser incorporados y, si existiera un rango de derecho preestablecido, no podrían incorporarse nuevos o al hacerlo la jerarquía se modificaría de una manera constante afectando el principio de la seguridad jurídica.

Autores como Serna y Toller ponen en cabeza de los magistrados la tarea de armonizar los diversos derechos, teniendo como principal objetivo salvaguardar el legítimo ejercicio de los mismos, determinar los límites internos de los que están en coalición, el bien jurídico tutelado y la finalidad del ejercicio.

Debiendo diferenciar entre derechos fundamentales y normas de Derecho fundamental, tendiente a la armonización en el nivel de los derechos y no de las meras normas.

“En realidad el conflicto se da aparentemente entre derechos, porque el antagonismo verdadero se presenta entre las pretensiones y los intereses individuales de cada una de las partes en litigio. Lo que

existe son derechos que poseen entre sí puntos de contacto, no conflictos propiamente dichos”¹⁶.

Para algunos supuestos es válido que el juez en su fundamentación recurra casi exclusivamente a las normas relevantes del ordenamiento jurídico, dado que el sentenciante entiende que cuenta con las disposiciones normativas para subsumir la cuestión fáctica y de ese modo llegar al fallo que ponga fin al conflicto.

Al respecto: “No existe, en materia jurídica, una única forma de fundamentar las sentencias, ello puesto que el concepto mismo de ‘fundamentación’ es muy ambiguo. Todo fundamento requiere a su vez, otro fundamento que lo justifique y así sucesivamente *ad infinitum*. Lo que el jurista (o el juez) debe hacer, finalmente, es escoger aquellos argumentos que él quiere utilizar para fundamentar jurídicamente sus fallos. Esta elección no es sólo una cuestión lógica, sino, y esencialmente, valorativa (política). Esto hace del problema de la fundamentación un problema de carácter moral que involucra la responsabilidad personal y social de los juristas”¹⁷.

Esto es lo que se conoce como fundamentación normativa de las sentencias judiciales; vale decir que, la solución de los problemas prácticos está dada por la aplicación del Derecho como sistema jurídico, se trata de una solución intrasistemática. Lo cierto es que dichas normas no advierten las consecuencias sociales, políticas y económicas que tienen las decisiones judiciales.

Como parte de la fundamentación normativa, el juez suele también recurrir a criterios de raigambre ético-ideológicos, que si bien pueden tener consenso no necesariamente tienen acuerdo racional.

Asimismo, la fundamentación normativa puede echar mano a parámetros prereflexivos de argumentación incursionando en la fundamentación intuitiva, toda vez que sin dar a conocer las razones explícitas de una decisión se vale de recursos retóricos-formales tales como la

¹⁶ SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 37.

¹⁷ SALAS, Minor E., *¿Qué significa fundamentar una sentencia?, O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica*, 1ª ed., Revista de la Universidad de Costa Rica, 2003, p. 15.

“justicia”, la “equidad”, la “igualdad”, los “principios generales del Derecho”, generando de este modo una insospechada creación del Derecho y un ejercicio ilimitado del poder judicial.

Resulta destacable que toda la fundamentación normativista alberga un gran sentido utilitario social, ya que logra –aunque más no sea de manera idílica– cubrir los deseos de la comunidad e imprimirles sensaciones de satisfacción, tales como: que los tribunales trabajan con criterios objetivos y racionales, que la justicia es igual para todos, que no hay arbitrariedad judicial, que el juez es imparcial, que la ley se aplica mecánicamente, y desde ese lugar continuar legitimando la actividad de Poder Judicial.

COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA

por ANA MARCELA WOLKOWICZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Comienzo de la existencia de la persona humana (antecedentes de su regulación). III. Concepción. IV. Legislación especial. Técnicas de reproducción humana asistida.

Resumen

El presente trabajo aborda el análisis jurídico del comienzo de la existencia de la persona humana para establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad. Analiza el significado de la palabra “concepción” vinculándolo con la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, año 2012, y su incidencia en nuestro Derecho interno. Analiza el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretación.

Abstract

This paper approaches the legal analysis of the beginning of the existence of the human person to establish the legal effects, which find source in that personality. Analyzes the meaning of the word “conception” linking it with the interpretation given by the Inter-American Court of Human Rights on the leading case “Artavia Murillo vs. Costa Rica” in 2012, and its impact in our domestic law. Analyzes Article 19 (Civil Code and Commercial Draft 2012) and its amendments made by the Senate of the Nation. It presents a proposed regulation of said article 19.

Palabras clave

Comienzo de la persona humana. Concepción. Código Civil y Comercial.

Keywords

Existence of the human person. Conception. Civil Code and Commercial.

I. Introducción

Uno de los elementos esenciales de la relación jurídica es el sujeto de derecho; para analizar el “comienzo de la existencia de la persona humana” entendemos necesario comenzar por precisar el concepto de sujeto de derecho, esto es, qué entiende el Derecho por “persona”. Nuestro Codificador apartándose del Código de Napoleón y siguiendo a Freitas definía a la “persona” disponiendo en el artículo 30 del Código Civil: “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones”, esta definición al utilizar los vocablos “adquirir derechos” vinculaba el concepto de persona al de capacidad jurídica entendida no solamente como la aptitud de ser titular de derechos, sino también de ejercerlos por sí misma, así el artículo 31 del Código Civil determinaba que las personas pueden adquirir los derechos o contraer las obligaciones que el Código regla. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados les conceden o niegan las leyes.

Desde la teoría general del Derecho la concepción de persona no es la misma para las teorías iusnaturalistas o positivistas. Los positivistas, con su exponente Hans Kelsen y entre nosotros, entre otros, Alfredo Orgaz, han sostenido que el concepto de persona proviene del Derecho y no de la naturaleza: “...Persona es, por tanto, quien tiene la aptitud de poder ser titular de derechos y deberes. Como se trata de una aptitud ‘jurídica’, es claro que ella emana del Derecho y sólo tiene sentido y validez dentro del Derecho. La personalidad por consiguiente, no es una cualidad ‘natural’, algo que existe o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es

una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el Derecho construye para sus fines particulares”. “El hombre es persona para el Derecho sólo en cuanto es capaz de adquirir derechos y deberes, en cuanto tiene aptitud para ser titular de unos y otros. Esta aptitud como que es ‘jurídica’ no le viene de la naturaleza, sino del ordenamiento jurídico”. “La personalidad no es en sí un derecho subjetivo, sino la condición previa o el presupuesto necesario de toda adquisición de derechos y deberes, por ser la personalidad una cualidad jurídica y no un derecho subjetivo, aquella –como la capacidad jurídica, que es su equivalente– no puede ser vulnerada por los demás sujetos (servidumbre, vasallaje, etc.) ni renunciada válidamente por el propio sujeto ni ampliada ni disminuida convencionalmente; tampoco puede producirse ninguno de estos efectos en razón de leyes extranjeras, las cuales serían, en tales casos, inaplicables en el país como contrarias al orden público y al espíritu de nuestra legislación (art. 14, Cód. Civ.)”¹.

A diferencia de la postura antes detallada, las concepciones iusnaturalistas, partiendo del Derecho natural, sostienen en grandes líneas y en lo que a este respecto nos interesa señalar que “El Derecho no es una creación del legislador, sino una disciplina instrumental al servicio de los fines humanos, de suerte tal que el ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer en todo hombre la calidad de persona o sujeto de derecho valiéndose de consideraciones que, enderezadas al ‘bien común’, reproducen los argumentos de universalidad, absolutez e inmutabilidad que inspiraron, en gran medida, a aquellos que vieron en estas manifestaciones parte del contenido ficcional del Derecho”².

El rico debate que sucintamente introducimos excede en mucho el objeto de nuestro trabajo, pero nos sirve de marco conceptual para puntualizar que en el estado actual de la evolución jurídico-filosófica y en línea con el respeto de los derechos humanos, ya no es posible escindir el concepto jurídico de persona del de ser humano, todo hombre

¹ ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, Assandri, Buenos Aires, 1961, ps. 12 y ss.

² RODENAS, Alejandra, *Los conceptos jurídicos fundamentales hacia un punto de inflexión: La implicancia actual de la definición del sujeto de derecho*, en AA. VV., *Las fuentes del Derecho y otros textos de teoría general*, comp. por Lucía María Aseff, Juris, Rosario, 2005, ps. 90 y ss.

es persona pues está en juego la dignidad humana y el respeto por los derechos humanos garantizados por tratados internacionales, que además tienen en nuestro país jerarquía constitucional, artículo 75, inciso 22 de la CN. El artículo 1º, apartado 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, preceptúa: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, en el artículo 3º expresa: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”; el artículo 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; en igual sentido se expresa el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, estableciendo: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derecho y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”³.

Reconocer la personalidad jurídica implica necesariamente el reconocimiento de la capacidad jurídica como un derecho que permite al sujeto constituirse como tal. Si se impide el ejercicio de los derechos se afecta la autonomía, se impide la efectividad jurídica de las propias decisiones, sujetándola al poder de otros –representante–, afectándose así la dignidad, la calidad de sujeto de derecho, y ello es violatorio de lo dispuesto en los tratados de derechos humanos que son ley suprema de la Nación⁴.

Por lo expuesto hasta aquí, entendemos vinculado el concepto de persona al de capacidad jurídica como derecho y garantía que hace a la autonomía del sujeto y a su desarrollo en el ámbito social permitiéndole relacionarse jurídicamente con otros para crear acuerdos vinculantes y hacer efectivas las decisiones que adopta. *Desde esta perspectiva, ¿por qué se justificaría otorgar la categoría de persona al embrión concebido*

³ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, “A. M. y O. c/Costa Rica”, APJD del 28-12-2012, Abeledo-Perrot N° AP/JUR/3754/2012.

⁴ VILLAYERDE, María Silvina, *Ejercicio de la capacidad jurídica. ¿Incapaces o personas con apoyo? El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ante la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en www.villaverde.com.ar (8-9-2014).

y aún no nacido?, ¿por qué, si es posible otorgar protección jurídica sin considerarlo persona? A este análisis nos abocamos.

II. Comienzo de la existencia de la persona humana (antecedentes de su regulación)

El comienzo de la existencia de la persona humana es un tema que ya generaba grandes debates y divergencias en doctrina aun antes de que se conocieran o fueran tan usuales las prácticas que involucran técnicas de reproducción humana asistida; desde el nacimiento de Louise Brown allá por 1978, primer ser humano desarrollado a partir de una fecundación lograda fuera del útero materno, el debate acerca del comienzo de la existencia de la persona humana se profundiza y genera nuevos interrogantes éticos, morales, filosóficos, religiosos, revelando las dificultades y obstáculos que ha tenido y tiene el Derecho para dar un marco normativo a los avances científicos.

El Derecho Romano disponía que la existencia de la persona comenzaba desde el momento del nacimiento, este sistema fue seguido por muchos códigos decimonónicos, como el de Napoleón, el alemán o el italiano. En nuestro país también lo propició el Anteproyecto de reforma al Código Civil argentino de Bibiloni, y así lo dispone la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 1º, aunque con la respectiva reserva para nuestro país, la propuesta surgida durante el seminario dictado en el anexo de la Cámara de Diputados de la Nación con conferencia de cierre a cargo de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, en la que la doctora Marisa Herrera propició que a los efectos civiles la existencia de la persona como titular de derechos y obligaciones comienza con el nacimiento con vida, sin perjuicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico durante el período de gestación⁵, sugerencia que finalmente como seguidamente desarrollaremos no fue admitida; actualmente así se regula en el Derecho italiano, español, en América Latina, el Código Civil de Brasil, el de la República Oriental del Uruguay, este último al disponer que son personas todos los individuos de la especie humana.

⁵ Ver nota *Una polémica civil*, en *Página/12*, del 16-3-2014, p. 14.

Vélez Sársfield se apartó del Derecho Romano y siguiendo a Freitas disponía en el artículo 70 del Código Civil: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”. El artículo 74 por su parte disponía: “Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido”. A este respecto ha sostenido Orgaz que “establecida la inútil ficción de la personalidad del feto, la ley no podía salir de ella naturalmente, sino mediante otra ficción: la de que naciendo muerto se considerará como si nunca hubiese existido. La ficción es, en efecto, doble: cuando está concebido, se lo reputa ya nacido y si nace muerto se lo considera no ‘concebido’. Antes del nacimiento el concebido no adquiere derechos puesto que no es aún persona. Estos derechos quedan simplemente reservados para el momento del nacimiento si nace vivo, la adquisición se produce con efecto retroactivo, si nace muerto, se frustra la adquisición por falta de sujeto y los derechos que estaban reservados pasan a las otras personas designadas o revierten a sus anteriores titulares. Ésta es también la doctrina aceptada por la mayor parte de los juristas. Ella no entraña el contrasentido –que se le ha impuesto– de consagrar aquí un caso de derechos que carecen de sujeto⁶: lo que ocurre es que

⁶ *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dir. por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Infojus, Buenos Aires, arts. 1º a 400, *Título Preliminar y Parte general*. “Por su parte, la CSJN en el caso ‘F., A. L. s/Medida autosatisfactiva’ –en el que se interpreta el supuesto de aborto no punible que regula el art. 86, inc. 2º, Cód. Pen. (CP)– mantuvo la noción de concepción que incorpora la ley 23.849, que ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CdN). En tal sentido sostuvo que el art. 2º de la ley 23.849, que establece que el art. 1º de la Convención ‘debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción’, no constituye una reserva que en los términos del art. 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño –rige en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución–. Esto porque como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado argentino efectuó una reserva con relación al art. 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, *Anuario de la Comisión de Derecho*

el sujeto está momentáneamente indeterminado: son derechos que esperan un momento futuro y próximo para la determinación del titular...”⁷ Observamos la incongruencia que acarrea la regulación del Código de Vélez. Esta incongruencia hubiera quedado resuelta si se hubiera continuado sosteniendo, como lo hacían los romanos, que el comienzo de la existencia de la persona a los efectos jurídicos lo es desde el nacimiento, sin perjuicio de los derechos que el ordenamiento jurídico pueda reconocer en el período de gestación⁸.

Volviendo al análisis de nuestra regulación, el artículo 70 del Código Civil disponía que la existencia de la persona comenzaba desde la concepción en el seno materno. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75, inciso 22 por la reforma del año 1994, dispone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En la época de la sanción del Código Civil, era impensable que la ciencia avanzara a punto tal que pudiera formarse un embrión fuera del útero materno, es por ello que la doctrina comenzó a interpretar la norma y aportando perspectivas sobre lo que debía entenderse por “concepción” pues el significado, en consonancia con las técnicas de reproducción médicamente asistida y los avances tecnológicos, sin duda alguna ha cambiado.

El flamante Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 19 dispone: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”, la regulación vigente fue objeto de mucho debate y modificación desde su presentación por la Comisión Redactora del Proyecto al Poder Ejecutivo hasta su definitiva redacción y sanción; en efecto, el artículo 19 presentado por la Comisión inicialmente siguiendo la

Internacional, 1999, vol. II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones, N° 51 –1.2; 1.3–”.

⁷ ORGAZ, ob. cit., ps. 37 y ss.

⁸ Puede consultarse: TOBIAS, José W., *La persona humana en el Proyecto*, en L. L. del 25-6-2012, p. 1; L. L. 2012-D-743; DFyP del 1-7-2012, p. 261; AR/DOC/2764/2012; PÉREZ RÍOS, José Luis, *El concepto jurídico de “persona” y el Proyecto de Código Civil y Comercial*, en DFyP del 23-1-2014, p. 155; AR/DOC/4115/2013.

redacción del Código velezano, a diferencia de lo regulado por el Proyecto del año 1998, disponía que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno”, agregaba que, en caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado. Fundamenta el Código esta solución expresando que: “...dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el Derecho Penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, el Anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en el seno materno, como ocurre en el Derecho vigente [...] La posición en el Código Civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que tal como sucede en el Derecho Comparado, corresponde que esa importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales...”

La regulación dada por el Proyecto, además de adecuarse al Derecho Comparado, al remitir la regulación en materia de embriones no implantados a una legislación especial, permitía adaptar la protección a los avances científicos y tecnológicos, de otra manera y si se considerara “persona” al embrión no implantado, se impediría el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, la transferencia de embriones, la criopreservación, afectándose el derecho a la integridad personal, a la autonomía, el principio de no discriminación, el derecho a la salud sexual y reproductiva y el acceso a nuevas tecnologías provenientes de los avances científicos que deberán respetar límites éticos y adecuarse al marco que establezca la ley.

El Senado de la Nación aprobó una redacción distinta del artículo 19 disponiendo que la existencia de la persona humana comienza con la concepción. El 1º de octubre del 2014 se ha sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación por ley 26.994 –promulgada el 7 de octubre del 2014–; el artículo 19 ha quedado finalmente redactado de la forma propuesta por el Senado de la Nación:

“La existencia de la persona humana comienza con la concepción”;

el artículo 9º de la ley 26.994 como norma transitoria de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación dispone: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial (corresponde al art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación)”.

De acuerdo a la redacción vigente resulta fundamental establecer qué debe entenderse por “concepción”.

III. Concepción

La teoría de la fecundación sostiene que, tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos encuentran los otros tantos cromosomas maternos, toda la información genética necesaria suficiente para especificar cada una de las calidades innatas del nuevo individuo se encuentran reunidas⁹. Con la fecundación del óvulo por el espermatozoide surge una realidad nueva: el huevo o cigoto, que, sin duda, constituye “un sistema complejo autoorganizativo, que se configura a partir de elementos propios y de otros que obtiene por su interrelación con el medio, y que conlleva procesos y funciones, que permiten mantener ese sistema, y que se desarrolle en el ciclo evolutivo-temporal que lo caracteriza”¹⁰. Estas teorías presentan hoy en día aristas que dan lugar a cuestionamientos y discusiones.

La *American Fertility Society*, a través de su comité de ética, emitió un informe en 1986 en donde distingue el preembrión del embrión. La etapa preembrionaria se extiende hasta el día catorce, contado desde la fertilización, momento en que se forma el surco neural y se produce la anidación en el útero. Recién aquí habría un individuo humano, ya que se sostiene que antes de ese plazo la individualidad no se encuentra asegurada. En similar sentido se expidió la Comisión Warnock (Inglaterra) y la propuesta del Consejo de Europa. Para esta postura se parte de considerar el caso de gemelos monocigóticos que

⁹ Quien desee ampliar, KAISER, Pierre, *Documentos sobre el embrión humano y la procreación médicamente asistida*, en J. A. 1990-III-681, el autor citado refiere a su vez la opinión vertida por LEJEUNE, Jerome, *Le Médicis FACE aux Nouvelles Techniques de Procreation. La vie prénatale, biologie, moral et droit, Actes du colloque nacional de juristas catholiques*, p. 58.

¹⁰ Ídem.

se forman por la división de un solo embrión, lo que puede suceder recién a los catorce días. De ello se desprende que antes de tal fecha no se puede predicar la característica de individualidad. Estas corrientes se incluyen en lo que genéricamente podemos denominar teorías de la anidación. A este respecto, los científicos han analizado que la primitiva masa celular no está integrada exclusivamente por el material biológico que originará al embrión (embrioblasto) sino también por aquel que dará lugar a las membranas extraembrionarias, a la placenta y al cordón umbilical (trofoblasto), lo que ha llevado a los partícipes de la teoría de la anidación a sostener que “los derivados trofoblásticos están vivos, son humanos y tienen la misma composición genética que el feto y son expulsados en el momento del nacimiento. ¿Son una persona?”¹¹

Estas teorías han servido a legislaciones más permisivas en cuanto a la posibilidad de abortar dentro del término antes referido o que posibilitan la realización de investigaciones científicas con los preembriones, por ejemplo, la ley española sobre técnicas de reproducción asistida, en la cual se acepta esa categorización y se dispone la posibilidad de investigación o experimentación en preembriones humanos vivos hasta catorce días después de la fecundación del óvulo. En igual sentido se expide la *Human Fertilization and Embriology Act* de Gran Bretaña del año 1990, la que autoriza la investigación con los preembriones.

Se ha desarrollado también la teoría de la formación del sistema nervioso central, que tiene en cuenta el momento en que se inicia la transmisión de la información genética correspondiente a la formación del sistema nervioso central, puesto que estima que éste es el punto determinante en la ontogénesis del ser humano, la verdadera instancia diferenciadora¹².

¹¹ MARTÍNEZ, Stella María, *Técnicas de fecundación asistida, el incomprensible silencio de la ley*, en J. A., noviembre de 1999, N° 6166 (*Bioética*).

¹² Ídem. Quien desee ampliar ver WOLKOWICZ, Ana Marcela, *Comienzo de la existencia de la persona humana, técnicas de reproducción asistida, fecundación “in vitro”, status jurídico del embrión extracorpóreo. Algunas pautas para su regulación*, en Libro de Ponencias, t. I, XIX Jornadas Nacionales de Derecho, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 339 y ss.

Nuestra Constitución Nacional, en el artículo 75, inciso 23, ordena “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”, con lo que parecería indicarse también que el momento de la concepción es el comienzo de la preñez, que implica todo un proceso en el cuerpo de la mujer.

El 15 de marzo del 2000, la Sala Constitucional de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad del decreto del 3 de febrero de 1995, emanado del Poder Ejecutivo de esa Nación, que autorizaba las prácticas de la FIV, sólo entre cónyuges prohibiendo la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento, disponiendo que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento debían ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando prohibido desechar o eliminar embriones o preservarlos para transferencias en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras mujeres. Asimismo, por el decreto quedaban prohibidas las maniobras del código genético del embrión así como toda forma de experimentación sobre el mismo; la sala declaró la inconstitucionalidad y prohibió la FIV por violar el derecho a la vida. El caso fue apelado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en diciembre del año 2012 se expidió en un extenso fallo que centralmente resolvió que el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico no pueden ser vulnerados sin afectar estándares consagrados en los tratados de derechos humanos.

En punto a la concepción, la Corte resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: La fecundación y la implantación. El tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe concepción. Lo cierto es que si el embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. La Corte entiende que la concepción no puede ser comprendida como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, “por lo que la concepción se produce desde el momento

en que ocurre la implantación”, razón por la cual considera que antes de ese evento no procede aplicar el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La expresión “en general” allí contenida permite inferir excepciones a una regla y, en los Estados en donde se permite la FIV, se ha sostenido que la protección del embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida, dicha práctica está asociada al principio de protección gradual y no absoluta de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona¹³.

“La Corte resaltó también que el derecho absoluto a la vida del embrión como base para la restricción de los derechos involucrados no tiene sustento en la Convención Americana, ha puesto también de manifiesto la necesidad de reinterpretar algunos conceptos jurídicos como el de concepción, persona, a la luz de los nuevos avances científicos, fenómenos como la fertilización asistida en general y la fecundación in vitro en particular ponen en crisis la idea de que el Derecho puede construir y sostener conceptos inmutables que puedan mantenerse al margen de la evolución científica. Por el contrario la sentencia resalta que en concreto, el alcance de la voz ‘concepción’ no puede tener el mismo significado que el asignado hace décadas”¹⁴.

El fallo citado interpreta y resuelve la cuestión en punto a lo que debe entenderse por concepción, ¿cuál es la operatividad de este fallo en nuestro Derecho interno? La adecuación inmediata del Derecho interno a lo dispuesto por los tratados internacionales y a la interpretación que de ellos realicen los tribunales internacionales implica un desarrollo exhaustivo vinculado al Derecho Internacional Público y al Derecho Procesal Constitucional sobre control de convencionalidad que excede en mucho el marco de este trabajo, de todos modos nos

¹³ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, “A. M. y O. c/Costa Rica”, APJD del 28-12-2012; AP/JUR/3754/2012. Sobre los efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. c/Ejército Argentino”, J. A. 2013-II, fasc. 4, p. 18.

¹⁴ ARGANÁRAZ, Mariancel y MONJO, Sebastián, *La fecundación “in vitro” a la luz del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: La sentencia CEDH en autos: “Artabia Murtillo y otros vs. Costa Rica, 28-11-2012”*, en RDFyP, 2013, Año V, N° 2, p. 223.

permitimos señalar que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, incorporada al Derecho nacional por ley 19.865, dispone: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (art. 26), y que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (art. 27), en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, del 26 de septiembre del 2006, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los poderes judiciales del sistema interamericano deben tomar en cuenta no sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino también la interpretación que de ella misma hace ese tratado por ser su intérprete.

En este sentido se ha pronunciado últimamente en nuestro país la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Rodríguez Pereyra, Jorge y otro c/Ejército Argentino”, del 27 de noviembre de 2012, como lo viene haciendo desde el año 1992, causa “Ekmekdjian”, en la que se sostuvo que “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CADH sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Los órganos judiciales que han ratificado la CADH están obligados a ejercer de oficio el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado¹⁵.

Los antecedentes expuestos implican la operatividad de las cláusulas convencionales en el Derecho interno, como así también que la interpretación del pacto deba hacerse en esta temática de acuerdo a la jurisprudencia de la CIDH, autorizando la intervención de los organismos internacionales para tutelar los derechos reconocidos en las convenciones.

Aída Kemelmajer de Carlucci, citando también los fallos de la Corte Suprema en los casos “Giroldi” (1995) y “Bramajo” (1996),

¹⁵ CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c/Ejército Argentino”, J. A. 2013-II. Quien desee ver texto a cuerpo completo en www.abeledoperrotonline2.com (8-9-2014).

expresa que “Al prologar el libro *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, Sergio García Ramírez escribió: ‘La verdadera trascendencia de los pronunciamientos radica en la influencia que tienen en la orientación de leyes, decisiones judiciales, programas administrativos y prácticas nacionales’. ‘Comienza a establecerse el indispensable puente entre la jurisdicción nacional y la internacional. Esto constituye uno de los datos más positivos y definitorios de la actual etapa’. Este impacto no parece lejano si se piensa que desde hace dos décadas la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostiene que ‘la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció su competencia para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos’. Más aún afirma que «la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales»”¹⁶.

Volviendo entonces al análisis del alcance que debe darse a la “concepción”, luego del fallo “Artavia Murillo” de la CIDH y a la luz de lo arriba expuesto, nos parece que no es posible interpretar que la concepción comienza con la fecundación ni que todo embrión es persona a los efectos del artículo 4.1 de CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando el mentado artículo 4.1, resolvió otra cosa. Los embriones son pasibles de una protección gradual e incremental pero no absoluta, cualquier otra interpretación sería violatoria de lo dispuesto por la CADH y la interpretación que de ella realizó la CIDH.

El avance de la ciencia, las normativas referenciadas y sobre todo el fallo de la Corte Interamericana “Artavia Murillo vs. Costa Rica” impiden otorgar la categoría de persona al embrión no implantado. Considerar persona al embrión no implantado implicaría un retroceso en la igualdad de derechos que se vienen consagrando en leyes como

¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en J. A. 2013-I, fasc. 10; puede consultarse en CSJN, 7-4-95, “Giroldi” J. A. 1995-III-571, y 12-9-96, “Bramano”, L. L. 1996 E-409.

la de matrimonio igualitario, identidad de género, ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos de técnicas de reproducción médicamente asistida, además de vulnerar derechos humanos consagrados en tratados internacionales con jerarquía constitucional e impedir el acceso a los avances tecnológicos en garantía del derecho a la autonomía personal, la autodeterminación en materia de salud sexual y reproductiva, sin perjuicio de lo expuesto claro está que el embrión extracorpóreo tiene una calidad ontológica diferenciada que requiere de regulaciones especiales para su protección.

IV. Legislación especial. Técnicas de reproducción humana asistida

Como detallamos arriba, el artículo 9º de la ley 26.994 dispone que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial; al tiempo de la sanción del Código Civil y Comercial se encontraba vigente la ley 26.862 –publicada el 26 de junio del 2013–, que regula el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, asimismo el nuevo Código regula dichas prácticas disponiendo, incluso, en los artículos 560 y siguientes, las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

Con fecha del 12 de noviembre del 2014 (por 205 votos a favor y 11 en contra), la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción al proyecto de ley surgido de la fusión de los proyectos de las diputadas María del Carmen Bianchi y Mara Brawer –con giro a las comisiones de Acción Social, Salud Pública, Presupuesto y Hacienda, Legislación General, Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia–, que tiene por objeto regular el alcance, los derechos y relaciones jurídicas derivados del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado, en consonancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la ley 26.862 y su reglamentación vigente. Actualmente el proyecto se encuentra girado para su estudio en el Senado de la Nación, de no tratarlo antes del 30 de noviembre perderá estado parlamentario.

La regulación en una ley especial de los alcances de los derechos y obligaciones derivados del uso de las TRHA, en línea con lo dispuesto por el artículo 9º de la ley 26.994, implica entender que el embrión no implantado no es persona para el Derecho ya que su protección se encuentra en una ley especial atento su calidad ontológica particular. Refrenda también esta interpretación lo dispuesto por el artículo 21 del nuevo Código: “Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida”, como así también el artículo 561 *in fine* al regular las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida dispone que “El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”, de la normativa surge el necesario requisito de que el embrión sea implantado en el cuerpo de la mujer, va de suyo entonces que el embrión no implantado no puede ser considerado persona para el Derecho¹⁷.

Ahora bien, sin descuidar la protección del embrión no implantado, la regulación viene a garantizar –en consonancia con los tratados de derechos humanos y lo resuelto por la CIDH en el caso “Artavia Murillo”– el derecho de todas las personas a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, el derecho a la salud integral y reproductiva, a la intimidad de la vida familiar, a la diversidad, igualdad, no discriminación, en un todo de acuerdo con los principios pilares de un Estado democrático, inclusivo y justo.

No haremos aquí un análisis exhaustivo de la ley 26.862, su decreto reglamentario 956/2013, ni del proyecto citado pues excede en mucho nuestro objetivo, sólo nos permitimos efectuar las siguientes consideraciones: en primer lugar debe tenerse presente que el proyecto de ley

¹⁷ Para ampliar puede consultarse: LABOMBARDA, Pablo M., *El Código Civil argentino y el comienzo de la existencia de las personas*, en DFyP del 7-5-2014, p. 184; AR/DOC/957/2014; CERRUTTI, María del Carmen y PLOVANICH, María Cristina, *Persona humana: Comienzo de la existencia*, en DFyP del 7-5-2014, p. 199; AR/DOC/874/2014; LAMM, Eleonora, *El comienzo de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial, estatus, alcance y protección del embrión “in vitro”*; RABÍ-BALDI CABANILLAS, Renato y FLEMING CÁNEPA, Eugenia, *La sentencia de la CADH en el caso “Artavia Murillo”, su influencia en el Derecho argentino*.

es un complemento de la Ley de Fertilización Asistida (ley 26.862) que garantiza el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida de baja y alta complejidad, con independencia del estado civil y orientación sexual de los usuarios. El proyecto establece los requisitos que deben cumplimentar estos últimos para acceder a las mismas y los que deben cumplir los donantes del material genético. Las personas que se sometan a estas técnicas pueden aportar su propio material genético o recibir gametos femeninos o masculinos aportados por terceros, con precisos requisitos que establecerá la autoridad de aplicación para prestar un detallado consentimiento informado, el que es revocable con los recaudos que determina la ley. Establece el derecho a la confidencialidad y la reserva de la información para los aportantes, de acuerdo al artículo 564 del Código Civil y Comercial unificado, quienes deberán formalizar un convenio escrito con el centro de salud con su declaración de voluntad informada. El proyecto dispone sobre la crioconservación del material genético, sus plazos y modalidades. Se prohíbe la comercialización de embriones y gametos crioconservados, toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia y la utilización de embriones viables para experimentación o investigación que no respete los parámetros fijados por la autoridad de aplicación.

El proyecto regula la preservación de la fertilidad, el plazo máximo para mantener criopreservados óvulos, esperma y embriones en los centros de salud y bancos debidamente autorizados y su destino de utilización para posterior tratamiento, donación o investigación –previo consentimiento informado–. Regula con minuciosidad las responsabilidades y controles a los que serán sometidos los centros médicos autorizados para efectuar los procedimientos de fertilización, creando a este efecto el organismo estatal de control. En caso de crioconservación de gametos o embriones obtenidos de quienes se constituyan como beneficiarios de técnicas de reproducción humana asistida, transcurridos diez años desde la obtención del material genético, cesará la crioconservación, con los requisitos establecidos en el referido proyecto. Ese artículo, además, exceptúa a aquellas personas o parejas beneficiarias de técnicas de reproducción humana asistida que manifestaren de modo expreso –previo al vencimiento del plazo– la decisión

de crioconservar su material genético para someterse a un procedimiento en el futuro. Se regula el régimen de autorización para diagnóstico preimplantatorio, sus requisitos, finalidad en los términos que establezca la reglamentación. Finalmente se establece la necesidad de la actualización periódica de la ley para revisar su texto a fin de actualizar y armonizar con los avances del desarrollo científico (proyecto de ley, iniciado: Diputados, expte.: 4058-D-2014, publicado en: *Trámite Parlamentario*, N° 53, fecha: 27-5-2014, en <http://www.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-132/132-1003.pdf> 19-12-2014)¹⁸.

Nos ocuparemos del análisis detallado de esta normativa en otro trabajo, destacando aquí que celebramos la regulación especial¹⁹, la que entendemos debe ser abierta y permeable a la incorporación de los avances tecnológicos y científicos. Se pretende que el tema que nos ocupa sea tratado dentro de los principios de un Estado democrático, plural, que admita la diversidad, resolviendo la cuestión desde la perspectiva laica, obsérvese por ejemplo que en países como Brasil, donde hay una importante población católica, se considera el comienzo de la persona desde el nacimiento, como corresponde a una regulación civil. “La sociedad secularizada no espera que las normas que la rigen tengan origen en una idea religiosa o en una filosofía particular, antes bien, como dice Habermas, ese origen está en el actuar comunicacional; así nació la ética de la discusión, del compromiso, del consenso”²⁰. En efecto, desde hace más de treinta años las TRHA son utilizadas en Latinoamérica sin una regulación integral que las reglamente, con la ausencia de las garantías que ello trae consigo y la constante judicialización de sus problemáticas, como da cuenta abundante jurisprudencia (v. gr.: últimamente, SCJ de Mendoza, sala I, 30-7-2014, “L. E. H. c/OSEP s/Acción de amparo”, L. L. Gran Cuyo 2014 [noviembre], p. 1096; Supl. Const. 2014 [noviembre], p. 71).

¹⁸ Para ampliar puede leerse KRASNOW, Adriana N., *A un paso de concretarse el reconocimiento pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida*, en DFyP del 9-3-2015, p. 132; AR/DOC/4628/2014.

¹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto nacional 191/2011.

²⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Bioética y religión*, en J. A. N° esp. de *Bioética*, IV, 2013.

Para concluir nos gustaría que se tenga presente en esta temática lo propiciado por Luigi Ferrajoli en *La cuestión del embrión entre Derecho y moral*: “...el primer corolario de la separación entre Derecho y moral es, por ello, el pluralismo moral que hemos de admitir y tolerar en la sociedad. Todos estamos y debemos estar sujetos al mismo Derecho, es una condición de igualdad y antes aún de la certeza y del mismo papel normativo del Derecho. En cambio, no todos tenemos –y tanto menos debemos tener, en una sociedad liberal– las mismas opiniones, creencias o valores morales. En esta asimetría se funda la laicidad del Estado y del Derecho moderno, que no puede privilegiar a ninguna de las diversas concepciones morales que conviven en una sociedad [...] Frente a leyes precipitadas, aptas más que para resolver los problemas para exorcizarlos y a menudo agravarlos con fáciles e inútiles prohibiciones será obviamente preferible, en estas materias, una simple legislación de garantía, dirigida a asegurar la ausencia de discriminaciones, la dignidad y los derechos fundamentales de todas las personas implicadas, la transparencia y la competencia profesional en las aplicaciones tecnológicas”²¹.

²¹ FERRAJOLI, Luigi, *La cuestión del embrión entre Derecho y moral*, trad. de Prof. Andrés Ibáñez, en *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nº 44, Edisa, Madrid, julio de 2002, ps. 3 y ss.

UNIONES CONVIVENCIALES

por VERÓNICA CASTRO

SUMARIO: 1. Desarrollo. 2. Registración de las uniones. 3. Pactos de convivencia. 4. Distribución de bienes. 5. Cese de la convivencia. 6. Competencia económica. 7. Atribución de la vivienda familiar. 8. Atribución de la vivienda en caso de muerte. 9. Filiación extramatrimonial.

Resumen

Para abordar el tema “uniones convivenciales”, sería pertinente considerar si las personas tienen derechos que el ordenamiento jurídico debe reconocer o si por el contrario los derechos que ellas poseen se circunscriben a los que el ordenamiento ya les ha otorgado.

El reconocimiento jurídico de derechos subjetivos familiares presupone la calidad o no de un determinado status del individuo frente a su familia, imprimiéndole una posesión de estado determinada, otorgando contenidos al derecho subjetivo, reconociendo su génesis en el Derecho objetivo.

La unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación destaca la valoración a la autonomía de la voluntad (libertad para casarse), y a su vez, por otro lado, marca el respeto al orden público (valores mínimos de solidaridad familiar), reconociendo efectos a la convivencia de pareja.

Es procedente considerar la positividad, o no, de haberse efectivizado la regulación de las mentadas uniones; con las consiguientes exigencias impuestas; que si bien conllevan derechos para los convivientes, traen como contracara de igual moneda, requisitos a ser cumplimen-

tados, y que podríamos decir resultan “invasivos” de la privacidad de los concubinos que hasta el momento disfrutaban de entera libertad, dejando en manos de ellos el modo en que quieren resolver las cuestiones atinentes a su convivencia; con aplicación acabada de la “autonomía de la voluntad”, por sobre el “orden público”, que impera por sobre dicha voluntad ante la puesta en marcha de la nueva legislación.

Durante mucho tiempo, parte de la doctrina habló de *uniones de hecho*, aludiendo a una cuestión eminentemente fáctica entre los integrantes de una pareja no unida en matrimonio. Hoy sería paradójico denominarla de ese modo si se está ante su regulación legal.

Abstract

To deal with the issue of common-law couples (“de facto unions”), we should consider whether people have rights that the legal ordering must recognize or whether the rights they possess are within the ordering already bestowed.

The legal acknowledgement of subjective family rights presupposes a certain quality, or not, of a certain status of the person in front of his family, giving him a possession of a determined state. This way the subjective right is given a content and its genesis in the objective right is recognized.

Unifying the Civil and Commercial Codes of the country highlights the value given to the will autonomy (freedom to get married), and a respect for the public order (minimum issues of family charity), recognizing effects to the couples living together.

It is, thus, essential to consider the positive, or not, aspect of putting into practice the regulation of such unions with the demands imposed. Even though they bring about rights for the subjects, they also bring about certain requisites to be fulfilled and that may be said are invasive for the privacy of the couples in question that so far enjoyed absolute freedom, leaving in their hands the way to solve issues related to their living together, bearing in mind the “will autonomy”, and above all public order that rules over such will, when the present legislation is enforced.

For a long time, part of the doctrine spoke about “de facto unions” referring purely to a factual issue between the members of the couple not joined by marriage.

Today it would be highly paradoxical to call it like that if we are confronted with its legal regulation.

Palabras clave

Uniones convivenciales. Autonomía de la voluntad. Orden público.

Keywords

De facto unions. Will autonomy. Public order.

1. Desarrollo

Para abordar el tema que nos ocupa, sería pertinente preguntarse, previo a cualquier análisis ulterior, lo siguiente: ¿El Derecho está destinado a reglar la conducta humana? Si resulta afirmativa la respuesta, tenemos ante nosotros una primera consideración: Si la persona tiene derechos que *el ordenamiento jurídico debe reconocer*, o si los derechos son sólo aquellos que *el ordenamiento jurídico le otorga a la persona*¹.

Tomo como propias las palabras del párrafo anterior, pertenecientes a Vidal Taquini, con la finalidad de aplicar la idea, corresponda o no, al tema en análisis, sobre la “pertinencia” de la regulación, de lo que hasta hoy llamamos peyorativamente *concubinato*, o conceptualizado como *uniones convivenciales*, en la unificación de Códigos Civil y Comercial.

Siguiendo al autor ut supra mencionado, podemos aseverar que “el reconocimiento u otorgamiento de derechos subjetivos familiares provoca la calidad de miembro de la familia. Mas esta calidad no surge por sí sola, sino que es necesaria e imprescindible la existencia del Derecho objetivo no sólo para dar contenido al derecho subjetivo, sino además porque el Derecho objetivo es el calificador del vínculo biológico, de tal manera que el derecho subjetivo familiar guarda con-

¹ VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Derecho de Familia. El derecho subjetivo familiar*, en L. L. 1979-B-1001.

cordancia con la calificación que produce el vínculo jurídico, que torna a los vínculos familiares en matrimoniales o legítimos, extramatrimoniales o ilegítimos, y adoptivos”².

La unificación actual de los Códigos Civil y Comercial de la Nación destaca la valoración a la autonomía de la voluntad (libertad para casarse), y a su vez, por otro lado, marca el respeto al orden público (valores mínimos de solidaridad familiar), reconociendo efectos a la convivencia de pareja.

Creo oportuno considerar la positividad o no de efectivizar la regulación de las mentadas uniones; con las consiguientes exigencias que seguidamente esbozaré; que si bien conllevan derechos para los convivientes, traen como contracara de igual moneda requisitos a ser cumplimentados, y que podríamos decir resultan “invasivos” de la privacidad de los concubinos que hasta el momento disfrutaban de entera libertad, dejando en manos de las partes el modo en que quieren resolver las cuestiones atinentes a su convivencia; con aplicación acabada de la “autonomía de la voluntad”, por sobre el “orden público”. En el nuevo Código Civil y Comercial, dicha regulación representa un atisbo de intromisión del Estado en cuestiones de neto corte privado.

Por lo que nos avocaremos a considerar a las uniones convivenciales haciendo alusión a la pertinencia o no de la ya existente regulación.

Nuestro Código Civil original y sus posteriores reformas han mantenido un criterio ciertamente abstencionista en lo que al tema se haga referencia. No obstante, es dable aclarar que existieron aisladas y esporádicas disposiciones que mencionaban al concubinato, como ya dijéramos, con cierto matiz peyorativo y sancionatorio.

Se ha llegado a sostener que se configuraba como un “simple hecho”, que como regla no producía efecto jurídico alguno, constituyendo una simple posesión de estado que no puede asimilarse jamás a la celebración del matrimonio³.

Las regulaciones mencionadas en el primer párrafo estuvieron plasmadas, como evocáramos precedentemente, en ciertos y contados ar-

² *Ibidem*.

³ C. Civ., Com. y Cont. Adm. de Río Cuarto, 26-10-2012, Abeledo-Perrot, AP/JUR/3375/2012.

títulos del Código Civil veleziano, tales como los artículos 210 y el 218, al disponer entre los efectos de la separación personal y divorcio vincular, respectivamente, que si uno de los cónyuges estuviere recibiendo alimentos, los perdería si *viviese en concubinato*, entre otras cuestiones.

Al mismo tiempo los artículos 222, inciso 3° y 223, al prescribir los efectos del matrimonio putativo, daban una triple opción al cónyuge de buena fe en cuanto al reparto de los bienes, constituyendo una de esas opciones la división de ellos entre la pareja, considerando los aportes de cada uno como si se tratara de una sociedad de hecho, siempre y cuando se logren probar. Y a su vez, al matrimonio celebrado de mala fe por ambos cónyuges lo reputa como un concubinato, y por lo tanto considera que no produce efecto civil alguno.

Otra arista del tema abordado estaba plasmada en el artículo 257 del Código de mención, consignando la presunción de paternidad en la unión de hecho, estableciendo que el concubinato de la madre con el presunto padre a la época de concepción haría presumir su paternidad, salvo prueba en contrario⁴.

A modo de síntesis el artículo 3573 rescataba el tema que nos ocupa, y lo receptaba en un agregado de la ley 17.711 al considerar que si un matrimonio se celebraba para *regularizar una situación de hecho preexistente*, habría derecho sucesorio de uno de los cónyuges, si su consorte fallecía dentro de los treinta días de celebrado el matrimonio de una enfermedad grave que ya padecía antes de la celebración.

Estos dos últimos artículos receptados, palabras más, palabras menos, se mantienen en la actual legislación unificada.

Es dable citar ciertas leyes que abordaron y acogieron la unión concubinaria, aun cuando el digesto civil ni preveía su recepción.

Entre ellas, dignas de mención, dado lo precursoras de sus disposiciones, lo representan el Derecho Previsional (derecho a la pensión), y el Derecho Laboral (que contempla la indemnización por la muerte del trabajador), situaciones ambas en que el concubino supérstite debe acreditar cierto tiempo de convivencia inmediata anterior al falleci-

⁴ CNCiv., sala I, 6-10-98, L. L. 1999-D-429.

miento de su compañero para poder gozar de los privilegios legales que allí se plasman y protegen.

Tras la reforma constitucional de 1994 se han aceptado y receptado diversas *formas de organización familiar*, surgiendo nuevos paradigmas en la interacción entre derechos humanos y Derecho de Familia, incluyendo su tratamiento doctrinario y jurisprudencial.

Continuando con esa línea de pensamiento, en la actualidad lo que llamamos “familia” ha experimentado una alteración profunda de carácter universal, que “la hace irreconocible en su entidad presente, al cotejarla con el concepto y la visión anteriores, y la muestra en toda su realidad relativa y precaria, impotente para el cumplimiento de muchas de las funciones que tradicionalmente se le asignaron” (Hinestrosa, Fernando, *Diversas formas familiares*, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, t. 1, p. 210).

Hoy, en la mayor parte del mundo, han surgido controversias varias en cuanto a la conformación de lo que se entiende por familia.

Por un lado encontramos a los defensores de los “valores familiares tradicionales”, y por el otro a los partidarios de “las nuevas formas familiares”, que defienden mayores cuotas de elección personal.

Independientemente de elegir una u otra posición, lo cierto es que existe un marcado cambio paradigmático en lo que a la idea de familia se haga referencia.

Siguiendo a Macionis y Plummer, podemos hacer cinco predicciones acerca de las familias:

En primer término, la continua elevación de la tasa de divorcios, especialmente en países occidentales, ha llevado a desnaturalizar lo que entendíamos, tiempo atrás, como la indisolubilidad del matrimonio, base primigenia de la familia de otrora.

En la actualidad, muchas parejas que no ven colmadas sus expectativas en el matrimonio llegan a un divorcio temprano.

No obstante hay países en los cuales si bien el índice divorcista se ha mantenido estable, resulta improbable que el matrimonio recupere la durabilidad que tenía en el siglo pasado.

Los factores que coadyuvan a ello son varios. Los principales, y dignos de mención: la independencia económica de la mujer, lo poco

atractiva que les resulta a ciertas mujeres la idea del casamiento, la búsqueda por parte de los hombres de relaciones más satisfactorias. Esto nos lleva a elaborar la idea de que muchos varones reinciden, contrayendo nuevas nupcias; por lo que ha de considerarse que no estamos ante una institución obsoleta. No obstante ello, es alto el índice de los divorciados que deciden iniciar una nueva pareja “sin papeles de por medio”.

Esto nos lleva a ejemplos dignos de mención que hacen a la “des-naturalización” del concepto de familia y aceptación de otras conceptualizaciones, como las uniones de hecho hétero y homosexuales, familias ensambladas, monoparentales, entre otras, también receptadas en la legislación actual.

Por lo expuesto, y continuando con la idea de familia posmoderna, se documenta un notorio aumento de personas que cohabitan con un único progenitor, como ejemplificáramos en el párrafo anterior, así como las familias reconstituidas.

Podríamos aseverar que la nueva concepción de vida familiar es una cuestión de elección.

Algo a tener presente es el rol actual del varón. Existen dos variantes al respecto. Por un lado, el hombre, por lo general mayor, que ha logrado estabilidad económica, que le permite “distraer” más tiempo de lo laboral, para concentrarlo en la crianza activa de sus hijos. Siendo hasta el momento un rol casi privativo de la mujer.

Por el otro, todo lo contrario, hombres que no logran insertarse en el mercado laboral, incrementado por el alto índice de mujeres que ocupan cargos que hasta tiempo atrás les competían en forma exclusiva a ellos; que da como resultas, el aporte dinerario de ella, y el rol de “amo de casa” de él.

No debemos omitir, una vez más, que los cambios económicos continuarán afectando al matrimonio y a la familia. Esto lleva al modelo tipo de nuestros tiempos, en que ambos integrantes de la pareja tienen la necesidad de trabajo; representando “la familia” una interacción entre dos adultos, bastante cansados por cierto, que intentan atender a sus hijos lo mejor que pueden, que por lo pronto se traduce en una relación que dista considerablemente de ser satisfactoria.

Sumada, y a modo de corolario, la implementación de las nuevas técnicas reproductivas, en aumento constante, que ven alterada la conformación del tradicional significado de maternidad y paternidad⁵.

Nuestro Código Civil de 1869 convalidó jurídicamente el modelo tradicional de familia canónica. Reconoció por sobre cualquier otra forma de organización familiar a aquella constituida a través del matrimonio religioso indisoluble.

Más allá de las reformas de la Ley 11.357/26 sobre Derechos Civiles de la Mujer, y la reforma Borda 17.711/68; debió correr mucho agua bajo el puente para concebir a la familia que se considera en la actualidad, pasando por la Ley Filiatoria 23.264/85 y de Divorcio Vincular 23.515/87.

Sin embargo, existen aún muchas cuestiones, de neto corte familiar, que no han encontrado recepción en nuestro ordenamiento y que buscan conseguirlo. Resultando positiva o negativa su concreción; habiendo al respecto posiciones encontradas.

El primer interrogante que se plantearon los elaboradores del Proyecto del Código Civil y Comercial, convertido en Derecho positivo, lo constituyó la denominación del instituto a ser regulado y receptado por el cuerpo legal de mención.

A modo de ejemplo podríamos citar al Derecho francés, que lo llamó *concubinage*; *famiglia di fatto*, en el italiano; parejas estables, en el español, o uniones concubinarias, en el uruguayo, entre otros.

Durante mucho tiempo, ha sido costumbre en nuestro país llamarla *unión de hecho*, aludiendo a una cuestión eminentemente fáctica, hoy sería paradójica denominarla de ese modo si se está ante su recepción y regulación consiguiente.

En el actual Código, se decidió llamar al instituto en tratamiento *Uniones convivenciales*, considerándolo como una consolidación social y jurídica.

El artículo 509 define al instituto como: “la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y per-

⁵ MACIONIS, John J. y PLUMMER, Ken, *Sociología*, 4ª ed., Pearson Education, Madrid, 2011.

manente de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, cualquiera sea su orientación sexual”.

Como bien preceptúa Marcos Córdoba, en nuestro sistema jurídico no existe salvedad alguna, en cuanto a estar obligados a aceptar, como única unión convivencial valedera la de una pareja intersexual, y no aquellas que hagan a la solidaridad propia de hermanos, amigos o convivientes que cimentan su relación en cuestiones ajenas a intereses meramente sexuales, tomando como hito la asistencia recíproca.

Resultando “ese aspecto reservado a la consciencia de las personas por imperio constitucional”. La pregunta que siguiendo al autor citado debemos hacernos sería: “¿Por qué proteger sólo a quienes invoquen un interés, como dijéramos precedentemente, sexual, desatendiendo a quienes lo hagan por necesidad de asistencia o cualquier otra que sea lícita y conveniente para la sociedad?”⁶

Seguidamente se hace mención de una serie de requisitos a saber, y que han de cumplimentarse para que dichas relaciones generen efectos jurídicos:

- Ser mayores de edad.
- Un plazo mínimo de duración convivencial de 2 años.
- No exista entre ellos parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el 2º, ni en afinidad en línea recta.
- No haya impedimento de ligamen, ni registrada otra convivencia simultánea.

Se hace referencia a que la pareja debe ser mayor de edad. Es decir ambos convivientes deben haber cumplido los 18 años de edad, al menos, para que pueda considerarse unión convivencial. Esto conlleva por un lado, a pensar que menores de edad no podrían registrar su unión, y ser considerados como tales. Y, por el otro, la legislación actual sólo prevé la capacidad fincada en la edad. No así en la capacidad mental. Cuestión que sí se tiene en cuenta en la institución matrimonial.

Otro de los requisitos que los convivientes han de respetar es la inexistencia de impedimentos de parentesco, amén del impedimento de ligamen.

⁶ CÓRDOBA, Marcos, *Consideraciones generales del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto de ley. Convivencias asistenciales*.

Este requisito fue largamente debatido en doctrina y jurisprudencia, con resultados diversos para poder validar la existencia de relaciones concubinarias ante planteos concretos, pretendiendo ser beneficiarios de derechos, que algunas leyes específicas regulan a favor de los convivientes.

2. Registración de las uniones

La registración no representa un requisito para la existencia de la unión. No obstante será prueba suficiente de ella. Podrá también acreditarse la unión por cualquier medio de prueba, si se encuentran cumplimentados los requisitos de procedencia.

Para poder inscribir una nueva unión convivencial deberá cancelarse la anterior. Caso contrario no podrá efectivizarse.

Si se pretende la registración de la unión, con plenos efectos, se deberá respetar la singularidad de la misma. Es decir, jamás podrán verse registradas más de una unión para ver surgir los derechos que a los convivientes les otorga la legislación unificada.

A contrario sensu, y observando que no representa un requisito *sine qua non* la mentada registración de la unión, podría burlarse el requerimiento de singularidad, y no obstante gozar de beneficios, quedando inmerso un determinado individuo en dos relaciones de este tipo simultáneamente, sin que ambas se encuentren registradas. U otra posibilidad, una registrada, y otra no.

3. Pactos de convivencia

Se faculta a la pareja a inscribir pactos que aborden los temas que a continuación se enuncian:

- Contribución a las cargas del hogar durante la unión.
- La atribución del hogar conyugal ante el caso de ruptura.
- División de los bienes obtenidos por el esfuerzo común.

Es admitida la modificación o extinción de esos pactos en cualquier momento a decisión de ambos convivientes, y ante el cese de la convivencia se extinguen de pleno derecho para el futuro.

Los límites a esos pactos están dados en el respeto al *orden público* y a la *igualdad de los convivientes*, manteniendo incólumes los derechos básicos de los mismos.

Por lo recién expuesto, cada integrante de la unión ejercerá libremente la administración y disposición de los bienes de su titularidad con ciertas restricciones a considerarse seguidamente:

- a) Deber de asistencia entre los convivientes durante la vigencia de la unión (art. 519 del CCyCN).
- b) Contribución a los gastos del hogar por parte de ambos integrantes de la pareja (art. 520 de igual legislación).
- c) Responsabilidad por deudas frente a los terceros (art. 521 de igual cuerpo). Al igual que el punto precedente implican principios de solidaridad familiar.
- d) Protección de la vivienda familiar en las *uniones inscriptas* (art. 522 del digesto). La mentada disposición reza, palabra más, palabra menos, que “...ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda [...] Si no media (autorización judicial si el interés familiar no se encuentra comprometido), el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de seis (6) meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia...”

El precedente artículo es pasible de considerables críticas a tener en cuenta:

1. Afecta la seguridad jurídica de los terceros que contraten con los integrantes de la unión, actuando de buena fe y a título oneroso.
2. Entraña especial problemática en cuestiones en que el objeto sean bienes muebles.
3. Traerá una especie de paralización de índole negocial.
4. Para la seguridad del tercero contratante, al momento de adquirir algún bien alguno de uno de los integrantes de la pareja deberá previamente requerir un informe al Registro de uniones convivenciales correspondiente a la jurisdicción del bien.

Como bien acota Famá⁷, deberíamos preguntarnos: ¿Qué sucedería si la unión está inscrita en jurisdicción diferente a la correspondiente al bien?

El legislador ha querido prever la protección de los terceros, estableciendo que los pactos referidos ut supra, así como su cese o extinción, serán *oponibles* a esos terceros a partir de *la inscripción* de los mismos en el Registro mencionado. Por lo que además sus efectos extintivos también son oponibles con la sola acreditación de la inscripción en el registro de cualquier instrumento que acredite la ruptura.

Cuando nada hayan pactado los convivientes, podrá cada integrante de la unión, en forma supletoria, administrar y disponer libremente de los bienes de su titularidad, con las restricciones propias en materia de *protección de la vivienda* y los *muebles indispensables* que allí se encuentran.

Además, reiterando, queda expresamente consignado que los convivientes se deben mutuamente *asistencia*. Con total independencia de la existencia o no de pactos, los miembros de la pareja tienen la *obligación de contribuir a los gastos domésticos al igual que un matrimonio*; manteniendo entre ellos una responsabilidad solidaria en cuanto a las deudas contraídas por uno de ellos en atención a los gastos de referencia.

En la legislación veleziana, y en referencia a los bienes, las uniones convivenciales, si bien presuponían la existencia de una comunidad de intereses, resultaban insuficiente para considerar presumida la existencia de una sociedad de hecho; como muchas veces se ha pretendido demostrar.

Para probar la mentada existencia societaria debía haber, y de ese modo probarse, un propósito en la unión, encaminado a la obtención de beneficios económicos para dividir entre ambos, representando la exigencia de *animus societatis*, que traía aparejada una gran dificultad en la praxis⁸.

⁷ FAMÁ, María Victoria, *Uniones convivenciales: Efectos personales y patrimoniales*, disertación UNR, Rosario, mayo de 2013.

⁸ CNCiv., sala H, L. L. 2000-D-810, con nota de redacción.

La existencia de la sociedad de hecho requiere la prueba no sólo de los aportes, sino que éstos estén destinados a desarrollar una gestión económica con miras a obtener una utilidad traducible en dinero. Reitero, participando ambos en las ganancias y en las pérdidas, que la empresa común pudiera producir⁹.

Se ha sostenido que la comunidad de vida, que presume el concubinato, sólo atañe a los asuntos personales, pero no alcanza a los patrimoniales¹⁰.

Por otro lado para que los aportes de trabajo tengan la entidad suficiente para considerar la existencia de una sociedad de hecho, deben reunir las características de presencia y colaboración permanentes, siendo insuficientes las labores esporádicas más en carácter de ayuda circunstancial que un efectivo aporte en la marcha del negocio común¹¹.

En las nuevas disposiciones, ya analizadas, uno de los integrantes de la unión debe contar con el *asentimiento* del otro para poder disponer sobre *derechos de la vivienda familiar* y de los *muebles indispensables que allí se encuentren*. Facultando al conviviente que no prestó el asentimiento requerido a solicitar la nulidad del acto violatorio de sus derechos. Para ello contará con un plazo de caducidad de *seis meses* desde que tuvo conocimiento del mismo, y siempre que no se haya producido el cese de la convivencia.

Del mismo modo en cuanto a lo legislado en el régimen matrimonial se prevé que *la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial*, excepto que esas deudas hayan sido contraídas por ambos o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

4. Distribución de bienes

Sintetizando lo ya expresado, el artículo 518 del actual Código unificado dispone que las *relaciones patrimoniales* entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia, los bienes adquiridos durante la unión convivencial se mantienen en el

⁹ SCJ de Mendoza, sala I, L. L. 1991-C-378, D. J. 1992-I-256.

¹⁰ D. J. 2002-I-471, L. L. 2002-B-418.

¹¹ L. L. C. 2000-1146, con nota.

patrimonio del adquirente, sin perjuicio de tener presente el principio rector del enriquecimiento sin causa para casos que se susciten al respecto.

5. Cese de la convivencia

Las causales que llevan a la finalización de la unión están taxativamente enunciadas en la norma que seguidamente se transcribe:

- Mutuo acuerdo.
- Voluntad unilateral con notificación fehaciente al otro.
- Fallecimiento de alguno de ellos.
- Sentencia de ausencia con presunción de fallecimiento.
- Matrimonio o unión convivencial de uno de sus miembros con un tercero.
- Matrimonio entre los convivientes.

Es digno de mención que la unión convivencial, de acuerdo a la ley, cesa, entre otras causales, por voluntad unilateral de uno de los integrantes de la pareja, notificada fehacientemente al otro, o por el transcurso por más de un año del cese de la convivencia. Esto nos lleva a pensar que no hay necesidad de que tal hecho quede registrado. Trayendo aparejados posibles problemas en el futuro.

Amén de lo ya mencionado subsidiariamente se darán también los siguientes efectos:

6. Compensación económica

Se extiende a las parejas convivientes la posibilidad de que el integrante que sufre un *desequilibrio manifiesto* que signifique un empeoramiento de su situación por *causa de la convivencia o de su ruptura* sea compensado al igual que un divorciado.

Dicha compensación puede ser una *prestación única* o una *renta* que no puede ser mayor que la unión de la relación convivencial.

El juez para la determinación de la *procedencia* y *monto* evaluará:

- El estado patrimonial de los convivientes al inicio y finalización de la unión.

- La dedicación a la familia y crianza de los hijos.
- Capacidad laboral y acceso laboral.
- Edad, estado de salud.
- Atribución de la vivienda.

La acción de reclamación de compensación caduca a los *6 meses* de haberse producido la finalización de la convivencia cualquiera fuere la causa.

7. Atribución de la vivienda familiar

El uso de la vivienda que fuera asiento del hogar familiar puede serle atribuido a uno de los convivientes. Para ello el juez meritará a cargo de quién *quedan los hijos menores o incapaces* y las *necesidades que tienen de una vivienda* o la posibilidad de procurársela.

El plazo máximo de atribución es de *2 años* a contar desde el cese del vínculo, que nunca puede ser mayor al tiempo de convivencia.

Además, a pedido de parte el juez puede establecer una *renta compensatoria* por el uso del inmueble a favor del que no se le atribuye la vivienda. Amén de solicitar que el bien no sea enajenado, partido o liquidado por un plazo. Tendrá efectos frente a terceros a partir de la inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuarla hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías originarias. Esto ya se encontraba legislado en el artículo 9º de la hoy derogada Ley 23.091 de Locaciones Urbanas.

8. Atribución de la vivienda en caso de muerte

Además queda fehacientemente incorporado que el conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable, o bienes que aseguren su acceso, puede invocar el *derecho real de habitación gratuito* por un plazo máximo de 2 años, sobre un inmueble del causante que constituyó el último domicilio de la pareja, y que a la apertura del sucesorio no se encontraba en condominio con otras personas.

Este derecho será inoponible a acreedores del causante, extinguiéndose el mismo si el sobreviviente constituye una *nueva unión, contrae matrimonio o mejora su situación* económica.

9. Filiación extramatrimonial

El artículo 585, del Código Civil y Comercial, como mencionáramos al comienzo de este análisis, dispone: “La convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada”.

Esta disposición es casi idéntica a la regulada en el artículo 257 del Código Civil, en cuanto hace alusión a la presunción de paternidad en el concubinato.

Cabe hacerse una pregunta: ¿Es aplicable lo preceptuado tanto a las uniones convivenciales registradas como a las uniones no registradas?

A su vez el artículo 599 de igual cuerpo legal prevé la adopción por una pareja de convivientes, contemplando la adopción denominada integrativa.

Dispone por un lado *quiénes pueden ser adoptantes*: “El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, *por una pareja de convivientes* o por una persona sola...”

La derogada ley 24.779, sobre adopción, hacía viable la adopción por parte de dos personas, únicamente si están unidas en matrimonio. Caso contrario será factible la adopción por una sola de ellas. Por lo que podríamos decir que la familia formada mediante adopción indetectiblemente estaba asociada, en el Código Civil veleziano, a la unión matrimonial de los progenitores adoptantes. Algunos autores sostenían que dicha disposición vulneraba la igualdad de oportunidades y el desarrollo pleno del derecho de la persona cuya adopción se pretendía.

Hay quien sostuvo, en su momento, que no parecería equitativo imponer contraer matrimonio en contra de las convicciones personales para hacer viable la adopción¹².

¹² Ibídem.

El artículo 672 del Código unificado adopta la idea del *progenitor afín*, considerándolo como tal al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

Seguidamente preceptúa los deberes de dicho progenitor al que insta a cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizando los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y a adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor (art. 673, CCyCN).

Por otro lado faculta al progenitor inicial a delegar en su cónyuge o conviviente el ejercicio de responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista posibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor. También puede haber un ejercicio conjunto de ambos, requiriendo para ello la homologación judicial, excepto acuerde el otro progenitor fehacientemente (art. 674 de igual cuerpo legal).

Este ejercicio se extingue con la ruptura de la unión (art. 675 del Código unificado).

Es dable aclarar que la obligación alimentaria del progenitor afín será subsidiaria, cesando, en principio, con la disolución de la unión convivencial.

No obstante, si el cambio puede llegar a ocasionar un grave daño en el menor, y el conviviente asumió el deber durante la convivencia, puede fijarse judicialmente en forma transitoria una cuota de acuerdo a la fortuna del obligado, las necesidades del alimentado, y el tiempo de convivencia del progenitor y el alimentante (art. 676).

Esta relación entre el padre solidario y el hijo afín, que se da a partir de la posesión de estado familiar entre ellos, surge de la omnipresente solidaridad familiar.

Otra cuestión debatida en doctrina la constituye el reclamo del daño moral y material por parte de un concubino ante un acto ilícito cometido contra su conviviente acaeciendo el fallecimiento de este último. Ante la laguna legal existente sobre el tema planteado, hasta la actual legislación, se ha resuelto jurisprudencialmente, aplicando analógicamen-

te los artículos 1079 (daño material), y 1078 (daño moral) del Código Civil veleziano. Aceptándose casi unánimemente el resarcimiento del daño material¹³, pero mayoritariamente rechazado el reclamo del daño moral, dado que el cuerpo legal premencionado facultaba a hacerlo en forma exclusiva a los herederos forzosos, y los convivientes, lejos de ser forzosos, ni siquiera revestían ni revisten la calidad de herederos.

Es digno de ser destacado que desde cierto tiempo atrás ha comenzado a vislumbrarse un nuevo paradigma al respecto en la jurisprudencia, aceptando, aún en vigencia del Código Civil, el reclamo de mención, ante particulares situaciones, hoy zanjado por la entrada en vigencia del nuevo digesto unificado.

Se hablaba de la “reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto”, resultando tal disposición en contradicción con el artículo 1078 del Código Civil derogado, y su posibilidad de facultar el reclamo de daño moral limitado, por entonces, sólo a los herederos forzosos.

Tal vez la legislación argentina pecó de insensible, ya que no puede llegar al extremo de desconocer el dolor de quien, al igual que un cónyuge, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual.

El doctor Galdós, en fallo plenario de la Cámara de Apelaciones de Azul, se expidió del siguiente modo:

“Debe buscarse un análisis de compatibilidad y armonización entre el texto de la ley y los derechos reconocidos en la Carta Magna: Para cumplir ese cometido, se ha de buscar una interpretación ‘valiosa’ que atienda a la realidad del precepto y a la voluntad del legislador, en función integradora de esa ley con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías de la Constitución Nacional y provincial, reparando en su razonabilidad e inteligencia”¹⁴.

Legitimar a los concubinos a efectuar tal reclamo es la tesitura imperante en el Derecho Comparado de estos tiempos.

Por ello, es importante mencionar que la unificación de Códigos no ha considerado, una vez más, al conviviente supérstite como heredero del premuerto, del mismo modo que lo hizo el Código Civil

¹³ CNCiv., sala I, L. L. 1997-E-208, D. J. 1997-3-206.

¹⁴ “Credi Paz SA c/Foulkes, Mariana s/Ejecución”, del 22-11-2000, B. J. N° 24.437, 24.438, 24.439, 24.440.

veleziano, careciendo de norma que haga alusión alguna al tema, pero sí ha considerado procedente la legitimación activa del conviviente ante el daño moral.

La legislación ut supra mencionada (CCyCN), en sus artículos 1741 y 1745, recoge la idea indemnizatoria de las *consecuencias no patrimoniales* como la *indemnización por fallecimiento* permitiendo, reiteramos, a los convivientes incoar acción por resarcimiento de ambos tipos dañosos al preceptuar textualmente:

Art. 1741: Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y *quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible...*

Art. 1745: En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:

- a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;
- b) lo necesario para alimentos del cónyuge, *del conviviente*, de los hijos menores...

Se ha regulado además, en la unificación de Códigos, la Sección 3ª, que los legisladores consideraron pertinente titular *Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva*. Dentro de la sección de mención, el Capítulo 3: *Vivienda*, y más específicamente el artículo 244, prescribe la posibilidad de afectación al régimen previsto en el presente capítulo, de un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Dicha afectación se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble según las formas previstas en las reglas locales, rigiéndose la prioridad temporal por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

Hasta allí, palabras más, palabras menos, estamos ante el viejo, pero siempre actual, bien de familia.

Lo novedoso, y aplicable al tema que nos ocupa, “uniones convivenciales”, es lo prescripto en el artículo 246 al mencionar entre los beneficiarios de dicha afectación en el punto a) “...el propietario cons-

tituyente, su cónyuge, *su conviviente*, sus ascendientes o descendientes...” Regulando el beneficio, que en el Derecho derogado existía, a favor de los convivientes.

A modo de síntesis, y continuando con la línea de pensamiento ya expuesta, concluimos en la idea de que la regulación del tema en tratamiento nos lleva a considerar que la consiguiente regulación de las uniones convivenciales en el Código vigente produce indefectiblemente un cercenamiento o coartamiento de la tan defendida y omnicomprensiva autonomía de la voluntad por varias razones, entre otras, a tener presentes:

- Han de cumplimentarse los caracteres: *Singularidad, publicidad, notoriedad y permanencia* para validar la existencia de la unión.
- Deben reunirse los requisitos descriptos al comienzo de este trabajo, y de no cumplimentarse, la unión no genera efecto jurídico alguno.
- La registración de las uniones convivenciales, que si bien no es considerada un requisito *sine qua non*, surte efecto frente a terceros si se cumplimenta lo descripto. Del mismo modo sucede con los pactos de convivencia a celebrarse entre los integrantes de la pareja.
- Existen entre los convivientes restricciones a la libre administración y disposición de la vivienda asiento del hogar familiar, y de los muebles indispensables que allí se encuentren; necesitando el titular del bien el asentimiento del otro para disponer de esos bienes.
- Al hacerse mención de una responsabilidad solidaria en lo que a gastos domésticos se haga referencia, coloca a la unión convivencial a la misma altura que al matrimonio.
- Cuando se habla de asistencia mutua entre convivientes. Debería evaluarse la obligación alimentaria entre ellos, ya que guarda un correlato de género (asistencia) a especie (alimentos), previendo la posibilidad de demandarse mutuamente en razón y a causa de ellos.
- Surge la figura del progenitor afín con todas las obligaciones e implicancias ya descriptas.

ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

por MIRTA HEBE MANGIONE MURO
y JUDITH GALLETTI

Los derechos no son un don sino que hay
que luchar por ellos.

CHARLES EPP, *La revolución de los derechos*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Qué significa comunicarse? 3. Breves notas del sistema de capacidad de las personas: Principio de autonomía progresiva de niños y niñas. 4. El derecho del niño a expresarse. 5. El niño, niña y adolescente en el proceso judicial. 6. Cuestiones relativas a la designación de un abogado por parte de niños/as/adolescentes. 7. La Corte Suprema de Justicia y el abogado del niño/a. 8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia respecto de la participación de niños, niñas y adolescentes. 9. Código Civil y Comercial. 10. Conclusiones.

Resumen

La historia de los derechos humanos en los dos últimos siglos en el mundo occidental es la historia de la extensión del concepto mismo de sujeto de derecho. Con relación a los niños y adolescentes, a pesar de que en teoría se encontraban comprendidos dentro de los instrumentos generales por el hecho de ser personas, su protección no lograba alcanzarlos en forma efectiva, por lo que se fue concibiendo en la comunidad internacional la necesidad de consagrar en diversos instrumentos específicamente los derechos de este grupo particular de personas.

La rápida ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) por los países de América Latina constituyó un mojón inédito en la región. La CDN y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos de los niños surgidos de la comunidad internacional conforman actualmente lo que se ha dado en llamar “la doctrina de la protección integral”, cuyo paradigma es la concepción del niño como sujeto de derecho, con la cual se supera y destierra la doctrina tutelar, que partía de la noción de los niños como incapaces y meros objetos de la tutela del mundo adulto.

Abstract

The history of human rights in the last two centuries in the Western world is the history of the extension of the concept of subject of Law. In relation to children and adolescents, although in theory they were included within the general instruments for the fact of being people, their protection could not reach them effectively, so it was conceived in the international community the need to enshrine the rights of this particular group of people.

The fast ratification of the Convention on the Rights of the Child (CRC) by countries of Latin America, was an unprecedented event in the region. The CRC and other international instruments on children's human rights which emerged from the international community constitute nowadays what has been called “the doctrine of comprehensive protection”. Its paradigm is the comprehension of the child as a subject of Law, this idea is several steps higher from the tutelary doctrine. The tutelary doctrine was based on the notion of children as incapable persons, and mere objects of the guardianship of the adult world.

Palabras clave

Derechos del Niño, Niña y Adolescentes. Protección integral. Convención.

Keywords

Rights of the children and adolescents. Comprehensive protection. Convention.

1. Introducción

La historia de los derechos humanos en los dos últimos siglos en el mundo occidental es la historia de la extensión del concepto mismo de sujeto de derecho: desde la concepción del hombre que subyacía en el individualismo liberal racionalista, imperante en el mundo occidental hasta muy entrado el siglo XIX, que veía al varón blanco, adulto, cabeza de familia y propietario como el único ser con verdadera autonomía de voluntad como para ser sujeto de derecho, se ha evolucionado hasta la concepción actual comprensiva de los trabajadores, de las mujeres y de los niños.

El siglo XX, en particular, se ha destacado por una verdadera expansión de los derechos humanos. Con relación a los niños y adolescentes, a pesar de que en teoría se encontraban comprendidos dentro de los instrumentos generales por el hecho de ser personas, su protección no lograba alcanzarlos en forma efectiva, por lo que se fue concibiendo en la comunidad internacional la necesidad de consagrar en diversos instrumentos específicamente los derechos de este grupo particular de personas.

La rápida ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) por los países de América Latina constituyó un mojón inédito en la región. La CDN y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos de los niños surgidos de la comunidad internacional conforman actualmente lo que se ha dado en llamar “la doctrina de la protección integral”, cuyo paradigma es la concepción del niño como sujeto de derecho, con la cual se supera y destierra la doctrina tutelar, que partía de la noción de los niños como incapaces y meros objetos de la tutela del mundo adulto.

La doctrina de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, indica que éstos “no serán considerados ni menores ni incapaces ni carentes, sino como personas totales, seres humanos completos y respetados, poseedores de un conjunto de recursos y potencialidades y titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales...”¹

¹ MINYERSKY, Nelly, *El niño como sujeto de derechos*, en www.econ.uba.ar/

2. ¿Qué significa comunicarse?

A fin de poder analizar el derecho de niñas, niños y adolescentes en el proceso judicial, lo primero que debemos investigar es sobre la comunicación. El vocablo comunicar surge del latín *comunicare*, compartir, tener comunicación (con alguien)².

Vicente Blanco García traduce el término *comunico, as, are (communis)*, que *significa* hacer participar, repartir, hacer común (la ganancia o la pérdida), consultar, relacionarse con, participar, significados todos que importan que la comunicación presupone pluralidad. No existe la comunicación con uno mismo. Ya que, por definición, comunicar es “1. Hacer a otro partícipe de lo que uno tiene. 2. Descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo. 3. Conversar, tratar con alguien de palabra o por escrito. 4. Transmitir señales mediante un código común al emisor y al receptor...”³

En otros términos, el comunicarse requiere lo que en la filosofía se denomina la “otredad”, es decir, la condición de ser otro, la comunicación necesariamente requiere una pluralidad de individuos que se relacionan.

Más aún, “la comunicación no es un privilegio humano. Existe también, indudablemente, entre los animales” y así se ejemplifica con una clase de marsopa que, al ser herida por el hombre, avisa a sus congéneres del peligro que los acecha y, desde otra faceta, el caso de la abeja que al danzar indica a los miembros de su colmena dónde hay flores, a qué distancia se encuentran y cuál es la calidad de su polen⁴.

Pero existe una diferencia entre el lenguaje animal y el lenguaje humano. El primero es innato y únicamente ligado a la situación posible, ya que no pueden transmitirse sus descubrimientos, como sí lo

planfenix/docnews/III/Derechos%20de%20la infancia/minyersky...N...el...nino...como... sujeto...de...derecho pdf (15-12-2013).

² *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3ª ed., Aguilar, Madrid, 1948, p. 60.

³ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Madrid, 2001, t. 4 A-G, p. 609.

⁴ SILLAMY, Norbert, voz *Comunicación*, en *Diccionario de la psicología*, 5ª ed., Plaza y Janés, Barcelona, 1976, p. 69.

hacen los humanos. Por otra parte los humanos debemos aprender nuestro lenguaje, lo que se logra mediante la adquisición progresiva condicionada por su maduración y por el hecho de estar integrados dentro de un grupo humano, requisitos necesarios para el aprendizaje de la palabra.

La palabra es un verdadero condicionante de la vida social, ¿pero cómo funciona? La comunicación implica la transmisión, intencional o no, de informaciones destinadas a instruir o influir en un individuo o grupo de receptores, produciendo una acción sobre el sujeto receptor y un efecto retroactivo sobre la persona emisora, que es influida a la vez⁵.

Esta información se transmite en un sistema de signos que cabe descifrar al receptor y, así, se ha encontrado que en este intercambio “entre mentes o personas, mediante el que las sensaciones o procesos imaginarios o conceptuales son transmitidos recíprocamente” se van a ver involucrados con “la comunicación ordinaria por medio de los sentidos, expresados por el lenguaje, la palabra escrita, el gesto, la expresión facial y la actitud corporal” y “el contacto supuestamente directo entre las mentes por telepatía mental y otros medios ocultos”⁶. Estas dos últimas formas de comunicación debemos aclarar que se trata de fenómenos que han sido y son sumamente discutidos y que, rechazados en algún momento, no han dejado de ser objeto de investigación como fenómenos paranormales y expresión de percepciones extrasensoriales.

3. Breves notas del sistema de capacidad de las personas: Principio de autonomía progresiva de niños y niñas

A pesar de las reformas realizadas a nuestro Derecho, las que en muchas oportunidades conmovieron los cimientos en los que se encontraba asentado, las referidas a la capacidad de las personas, establecidas por el Codificador, se han mantenido inalterables. En cuanto

⁵ SILLAMI, voz *Comunicación* cit., ps. 67 y 70.

⁶ WOOD, Ledger, voz *Comunicación*, en RUNES, Dagoberto D. (dir.) y SACRISTÁN, Manuel (dir. versión castellana), *Diccionario de Filosofía*, 3ª ed., Grijalbo, Barcelona, 1985, p. 64.

a la capacidad de hecho, hoy continuamos encontrando un sistema rígido, eminentemente binario y excluyente: así es que se distingue entre los sujetos capaces, quienes ejercen por sí sus derechos y obligaciones que el orden normativo para ellos reserva, y los incapaces, los que lo hacen a través de la figura de sus representantes legalmente designados. Las personas menores de edad integran esta última categoría.

Como podemos observar, la legislación positiva vernácula plantea un esquema que explícitamente uniforma las distintas instancias vitales que transitan las niñas/os y adolescentes hasta llegar a la vida adulta, sin siquiera hacer un esfuerzo por discernirlas. Sin embargo, la realidad demuestra ser mucho más compleja y nos muestra que en ese recorrido van adquiriendo escalonadamente herramientas simbólicas que les permiten insertarse con lentitud en el plano social, conformando su propio ser y su personalidad, como bien dan cuenta los estudios provenientes del campo de la psicología evolutiva y de la sociología. En efecto, existe una gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan en la menor edad, pues la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años⁷.

Lo dicho plantea un interrogante central: Desde el plano de la ley, ¿cómo podemos receptor las distintas habilidades y aptitudes con las que cuentan aquéllos en orden al ejercicio de los derechos de los que son titulares?

La Convención sobre los Derechos del Niño trae en el artículo 5º la noción de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes. Este potente principio otorga una verdadera regla para dar cuenta del conflicto arriba presentado, que puede sintetizarse en una máxima de carácter general: el aumento del desarrollo autónomo de los niños, niñas y adolescentes determina el decrecimiento del ámbito reservado a la actuación de sus representantes legales, hasta llegar a constituir una herramienta excepcional y ciertamente marginal que finalmente se diluye por completo al alcanzar el hijo/a la vida adulta.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28-8-2002, Opinión Consultiva 17/2002, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 101.

Muñiz sostiene “...que resulta imposible trazar una pauta rígida y apriorística por la cual se señala qué potestades pueden ejercitar por sí las personas en la menor edad basada en un criterio exclusivamente etario, pues si lo hiciéramos caeríamos nuevamente en esta suerte de laberinto borgeano que el plexo normativo aplicable pone ante nosotros. Por el contrario, corresponde pensar una pauta lo suficientemente flexible –mas no por ello indeterminada e imprecisa– para poder aprehender ese sendero lleno de aprendizaje y de adquisición paulatina de habilidades y aptitudes, conciliándolo con la imprescindible intervención de sus progenitores en los primeros años de su vida”⁸.

Concluyendo, se debe dar una respuesta que armonice las crecientes necesidades y demandas de todo niño, niña y adolescente de acuerdo con su distinta capacidad de entendimiento y comprensión, pudiendo expresar su opinión y decidir respecto de aquéllas, siempre que evidencie un grado de madurez suficiente para tales menesteres. Corresponderá evaluar cada caso en concreto y fijar pautas específicas para dar a cada una de ellas. Sólo así nuestro Derecho infraconstitucional logrará ajustar su contenido a las pautas instauradas por los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que nuestro país se encuentra vinculado y, lo que es más importante aún, es que a partir de esa inteligencia es que se respetará la personalidad de los niños como seres diferenciados de sus progenitores, con requerimientos y pensamientos propios que deben ser atendidos⁹.

4. El derecho del niño a expresarse

Uno de los principios que inspiran el sistema de protección integral es el denominado “principio de autonomía progresiva”, que indica que las niñas, niños, a medida que vayan adquiriendo mayor grado de desarrollo y evolución, irán ejerciendo automáticamente sus derechos. Pero antes de continuar vamos a determinar qué se entiende por niño:

⁸ MUÑIZ, Javier, *Participación de niñas, niños y adolescentes en el proceso de adopción. Un camino largo y lleno de contradicciones, que se allana desde la doctrina de los derechos humanos*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 58, p. 165.

⁹ *Ibidem*.

“todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”, conforme el artículo 2º de la ley 23.849, lo que comprende el tramo inicial de la adolescencia, que por definición es la época que sigue a la infancia y que se extiende desde los primeros signos de la pubertad hasta que el individuo ha adquirido toda su madurez psicofísica¹⁰, es decir, hasta el completo desarrollo del organismo, período que ha sido abarcado por las leyes 26.061 y 12.967, ambas de Protección Integral.

Volviendo al principio de autonomía progresiva, éste impacta en el rol que los adultos despliegan en relación con las niñas/os. El artículo 5º de la Convención de los Derechos del Niño determina que la función de los representantes legales será la de impartirles dirección y orientación para que, acorde con su evolución, vayan ejerciendo ellos sus derechos personalmente. Asimismo, imparte reglas de participación e integración de niños y niñas a los mecanismos de tutela de derechos, entre los cuales se encuentra la contienda judicial. El artículo 12 de la CDN prevé específicamente el derecho de ser oído y de participar en todo aquel procedimiento judicial y extrajudicial que lo afecte. En términos similares se expresan la ley 26.061 y la provincial 12.967. Dentro de las garantías judiciales expresadas estas leyes prevén la asistencia técnica especializada y el derecho a que las opiniones de niños/as deban ser debidamente consideradas a la hora de decidir asuntos que les conciernan.

Tiene, por tanto, el niño/a, un amplio derecho de expresión que puede hacer público por cualquier medio cierto (a través de un panfleto, un opúsculo, un libro, un periódico, por la prensa oral, radial o televisiva) en asuntos que los afectan (educación escolar, recreación, ámbito familiar, social, comunitario, deportivo, cultural, religioso, científico). En tal sentido, esta facultad debe necesariamente conectarse con las dos siguientes: el enunciado en el artículo 13 (libertad de expresión) y la del artículo 14 (libertad de pensamiento).

La Observación General N° 12, formulada por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su quincuagésimo primer

¹⁰ Voz *Adolescencia*, en *Diccionario terminológico de ciencias médicas*, 12ª ed., Salvat, México, 1990, p. 22.

período de sesiones en Ginebra, del 25 de mayo al 12 de junio de 2009, fechada el 27 de julio de 2009, denominada *El derecho del niño a ser escuchado*, en su apartado III, B, 5, N° 88, expresó: “Esta concepción amplia de la participación del niño se hace patente en el documento final aprobado por la Asamblea General en su vigésimo séptimo período extraordinario de sesiones y titulado *Un mundo apropiado para los niños*”. Los Estados Partes prometieron “elaborar y aplicar programas para fomentar la genuina participación de los niños, incluidos los adolescentes, en los procesos de adopción de decisiones, incluso en las familias, en las escuelas y en los planos nacional y local” (párr. 32, ap. 1°). En la Observación General N° 5 sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité declaró: “Es importante que los gobiernos establezcan una relación directa con los niños, y no simplemente una relación por conducto de ONG o de instituciones de derechos humanos”.

Anteriormente, en el N° 86 se había referido a que “la mayor parte de los demás artículos de la Convención exigen y promueven la intervención de los niños en los asuntos que los afectan. Para abarcar estas múltiples intervenciones, se utiliza constantemente el concepto de participación” y, a continuación, en el N° 87 abunda en señalar que “la práctica de la aplicación del artículo se refiere a una amplia gama de asuntos, como la salud, la economía, la educación o el medio ambiente, que son de interés no solamente para el niño como individuo sino también para grupos de niños y para los niños en general. Por consiguiente, el Comité siempre ha interpretado la participación de manera amplia para establecer procedimientos no sólo para los niños considerados individualmente y grupos de niños claramente definidos, sino también para grupos de niños, como los niños indígenas, los niños con discapacidades o los niños en general, que resultan afectados directa o indirectamente por las condiciones sociales, económicas o culturales de la vida en su sociedad”.

A continuación, en el apartado C, enumera los diferentes ámbitos y situaciones en que debe ser observado el derecho a ser escuchado, y allí se mencionan: 1. la familia; 2. en las modalidades alternativas de acogimiento; 3. en la atención a la salud; 4. en la educación y la escuela; 5. en las actividades lúdicas, recreativas, deportivas y cultu-

rales; 6. en el lugar de trabajo; 7. en las situaciones de violencia; 8. en la formulación de estrategias de prevención; 9. en los procedimientos de inmigración y asilo; 10. en las situaciones de emergencia, y 11. en ámbitos nacionales e internacionales.

En las “Condiciones básicas para la observancia del derecho del niño a ser escuchado” (ap. D, N° 132), el Comité explicita que “insta a las partes a evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de las opiniones de los niños o que permitan que se escuche a los niños pero no que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones”.

En cuanto a la interpretación del artículo 12 de la Convención, el Comité explicita en el apartado N° 20: “los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad”, y en el N° 21: “El artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión [...] Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente”; la N° 22: “El niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado”; en el N° 27: “Una interpretación amplia de los asuntos que afectan al niño y a los niños contribuye a incluir al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad. Así, los Estados Partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones”; en los N° 29 y 30: “El artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica: se ha demostrado en estudios que la información; la experiencia; el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión: por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”. “Madurez hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un acto determinado”; en el N° 32: refiriéndose a la disposición del artículo 12, párrafo 2° que es “aplicable a todos los

procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño sin limitaciones [...] la mediación o el arbitraje”; en el artículo 34: “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de la información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuada para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas del tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”.

Es importante la relación entre los artículos 12, 13 y 17 de la CDN, que aparece en el numeral, N° 80-83, donde aclara que el derecho a la libertad de expresión no se debe confundir con el artículo 12, ya que aquélla se relaciona con el derecho a tener y expresar opiniones y a recabar y recibir información por cualquier medio, afirmando el derecho de los niños a que el Estado parte no limite las opiniones que tienen o expresan, en tanto que el artículo 12 “se relaciona con el derecho a expresar opiniones concretamente acerca de asuntos que afectan al niño y su derecho a participar en las medidas y decisiones que afectan su vida”, y que “recuerda también a los Estados Partes que los medios de comunicación constituyen un recurso importante tanto para fomentar la conciencia del derecho de los niños a expresar sus opiniones como para brindarles la oportunidad de expresar esas opiniones públicamente”.

El derecho del niño, niña a ser escuchados forma parte del orden público internacional argentino, en virtud del artículo 14 del Código Civil y el 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Su fuente es la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3.1, 9.3, 12.1) incorporada al texto de la Constitución de la Nación Argentina por la reforma de 1994 en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2°, y normas nacionales (arts. 1°, 3°, 5°, 24, 27, 29 y conchs., ley 26.061) y locales concurrentes (12.967 de Santa Fe). También la Observación General N° 12 del Comité sobre los Derechos del Niño, que reconoce tal obligatoriedad a partir de la consideración del menor como persona moral y sujeto de derecho.

El juez tiene la obligación de conocer y escuchar al menor, como garantía mínima en todo procedimiento. Pettigiani sostiene: “El niño no reviste el carácter de parte procesal en tales procedimientos, pero si éstos se muestran susceptibles de generar –actual o potencialmente– efectos directos sobre su persona, derechos, garantías, intereses y vida futura, resultando protagonista central de esos asuntos, conocerlo y escuchar su opinión importa devolverle su subjetividad moral preservando su interés con exclusión de todo otro interés individual que se le oponga. Por el contrario, no hacerlo significa cosificarlo, violar sus derechos fundamentales, resolver sus diversas situaciones prescindiendo de su mismísima entidad como ser humano involucrado en tales procesos”¹¹.

5. El niño, niña y adolescente en el proceso judicial

La consideración del niño, niña y adolescentes como sujetos de derechos y sujetos sociales y el derecho al reconocimiento de los derechos a expresar libremente sus opiniones y a que éstas sean debidamente tenidas en cuenta en función de su edad y grado de madurez, como asimismo a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, tuvieron un impacto enorme en los ámbitos relativos a niñez y adolescencia. El cambio de paradigma –de niños sujetos de tutela a sujetos de derechos y sujetos sociales– tornó imprescindible redefinir el lugar que ocupaban en el proceso.

Fue necesario replantear las reglas de juego en los procedimientos en que se encontrasen involucrados sus derechos e intereses, lo que implicó incluir nuevas figuras y volver a pensar el modo en que los operadores de justicia existentes se relacionaban con los niños y llevaban a cabo su tarea.

En esa dirección, las leyes 26.061 y 12.967 (Santa Fe) profundizaron aspectos del derecho a ser oídos y avanzaron en la participación activa de los niños en el proceso. Sumaron a los derechos contemplados en la Constitución Nacional, la CDN, los tratados internacionales ratifi-

¹¹ PETTIGIANI, Eduardo, *¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo?*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 62, p. 13.

cados por la Argentina y las leyes dictadas en consecuencia, otras garantías de procedimiento para todo proceso judicial o administrativo que los afecte. Enumeran el derecho a ser oídos ante la autoridad competente cada vez que así lo soliciten, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte, a participar de manera activa en el procedimiento, a recurrir ante el superior y a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya (cfr. arts. 27, ley 26.061, y 25 de la ley 12.967).

Lo expresado nos lleva a preguntarnos cómo funciona el abogado del niño/a, es decir, preguntarnos si un niño puede estar en juicio por sí con asistencia de un abogado. El abogado del niño tiene por fin proporcionarle asistencia profesional y no sustituir su voluntad, en el marco de la base de garantías a procurar.

Es facultad de la persona menor de edad decidir si desea contar o no con patrocinio letrado, pero para que pueda hacerlo con libertad debe poder comprender en qué consiste esta figura, cuál es su función en el proceso y las implicancias de una u otra opción.

Designar un abogado es un derecho y no un deber para el niño, quien puede encontrar innecesario o no desear realizar actuaciones procesales. Inversamente, sí es una obligación para el juez dar trámite a las presentaciones que, con patrocinio letrado, hagan aquellos niños que se encuentren en condiciones de designar un abogado, y para el Estado, proveerle patrocinio gratuito si aquél no cuenta con los recursos económicos para solventar los honorarios de un profesional particular.

Este reaseguro procesal está al servicio del interés del niño –no a la inversa–, y esto es lo que mejor se compadece con el reconocimiento de su condición de sujeto de derecho.

6. Cuestiones relativas a la designación de un abogado por parte de niños/as/adolescentes

La posibilidad de que el niño, niña o adolescentes puedan contar con un abogado particular abrió un debate doctrinario presentando diversas corrientes de las que surgen por lo menos tres posturas.

La primera de ellas entiende la figura del abogado del niño como garantía del debido proceso y, por ende, exigible siempre, cualquiera fuera la edad del niño involucrado.

En este sentido, Mizrahi¹² al hablar de la intervención del niño en el proceso manifiesta: “...en relación a la intervención activa en el procedimiento no se exige bajo ningún concepto el requisito de la madurez, el desarrollo del niño o el ‘juicio propio’, como lo dice el artículo 12 de la Convención, y que cierta interpretación lo vislumbra como un requisito indispensable para concretar su audición. Así las cosas, un niño con pocos días de vida tiene derecho a participar en el proceso, tras la actuación de un abogado que lo represente”, continúa: “...en lo atinente al desempeño procesal no juega lo de la intervención directa o indirecta ya que dicha participación será tal cual lo determinen las normas adjetivas para cualquier justiciable [...] La garantía que tiene de participar en el proceso debe verificarse cualquiera fuese su edad [...] La intervención del abogado del niño implicará, como bien se ha dicho, que su posición se considere de manera distinta y sin que sea arrastrada por las otras, ya que sobreviene ‘un nuevo interés autónomo y de directa atención por el órgano jurisdiccional’. El sentido de su admisión reside en que, de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído «si no puede ejercer de modo útil y eficaz»”.

En segundo término, se advierte una corriente que podemos llamar intermedia, cuyo eje principal está dado porque el abogado del niño lo patrocina y no lo representa, es decir, actúa como patrocinante de acuerdo con los intereses y derechos del propio niño sin sustituir su voluntad, su intervención no es obligatoria y, en consonancia con el principio de autonomía y de capacidad progresiva, sin establecer una edad determinada en forma arbitraria. Esta corriente destaca especialmente la no obligatoriedad del niño a tener un abogado, es decir, enfatiza el derecho a contar con un abogado. Aspecto éste que, pese a no estar ausente en la primera corriente, sin embargo no es destacado por aquélla con tanta claridad. Diferente es la obligación del Estado

¹² MIZRAHI, Mauricio L., *La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en contexto de la ley 26.061*, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, ps. 78-79.

de procurar los recursos necesarios en caso de que el niño, niña o adolescente requieran asistencia letrada.

A fin de consolidar el ejercicio de este derecho, los jueces en todos los procesos en que participen niños, niñas o adolescentes deberían informarles a ellos y sus familias su derecho a contar con un abogado que los asista y, de esta manera, constituirse en parte en dicho proceso.

Esta postura considera imprescindible destacar la importancia del principio de capacidad progresiva, puesto que el niño debe poder recibir y entender la información que se le está transmitiendo cuando le es posible hacerlo. En este sentido, es necesario recalcar que el abogado del niño debe articular el decir de éste, encuadrándolo en el plexo jurídico, y que el decir de un niño puede muchas veces apelar a recursos preverbales que requerirán la colaboración interdisciplinaria de profesionales capacitados que formen parte de instituciones que pertenecen a la órbita del niño.

Se contradice con esta postura el nombramiento de oficio de un abogado que represente al niño sin haber sido informado el propio niño, como también sus referentes afectivos más cercanos y prestado su consentimiento de recibir dicha asistencia. Este actuar de los jueces desnaturaliza el rol del abogado del niño y convierte el derecho en una carga.

La tercera tesis sostiene que la intervención del abogado del niño dependerá, tanto en procesos judiciales como administrativos, de que haya cumplido catorce años (hasta entonces no tiene capacidad para contratar ni otorgar mandato). Por lo tanto, el abogado deberá ser funcionario público.

La designación de un abogado por menores de 14 años originó controversias que llegaron a la Corte Suprema de Justicia¹³.

En un pronunciamiento reciente (27-11-2012, “P., G. M. y P., C. L. s/Protección de personas”, letra P, N° 195, t. 47, tipo REX) la Corte Suprema adoptó el criterio de discernimiento cronológico del actual

¹³ Cfr. CSJN, 26-10-2010, letra G, N° 1961, t. 42; 26-6-2012, “M., G. c/P., C. A. s/Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.”, letra M, N° 394, 2008, t. 44, RHE.

Código Civil y, siguiendo la tradicional distinción entre menores impúberes y adultos, estableció dos soluciones: quienes hayan cumplido 14 años pueden designar por sí un abogado para que los patrocine y, por debajo de esa edad, la designación deberá ser hecha por el juez. Pareciera entonces que no existiría óbice para la actuación del abogado del niño por debajo de la edad de discernimiento para los actos lícitos (arts. 127 y 921, Cód. Civ.) y la cuestión quedaría reducida a determinar quién efectúa la designación¹⁴.

El Ministerio Público de la Defensa adopta el criterio de discernimiento real por sobre el discernimiento cronológico. En la resolución DGN 1234/2006, se recomendó a los defensores de menores arbitrar los medios tendientes a la provisión de un letrado, consignando “...el criterio de supeditación del ejercicio de ese derecho a edades cronológicas determinadas –sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo– no responde al principio de ‘capacidad progresiva’ o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño/adolescente”.

La Cámara Nacional Civil, sala G, en un fallo de fecha 13 de diciembre de 2012¹⁵ expresó: “La figura del ‘abogado del niño’ y la asistencia que brinda en los términos del artículo 27, inciso c, de la ley 26.061 no puede ser considerada en forma aislada de las garantías mínimas de procedimiento que el propio precepto tiende a asegurar; esto es, a ser oído cada vez que así lo solicite, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión, a su activa participación en el proceso y a utilizar la vía recursiva cuando una decisión lo afecte.

”En suma, lo que la norma contempla es la participación de la persona menor de edad en el pleito por su propio derecho y con patrocinio letrado a fin de proporcionarle asistencia profesional y no de sustituir la voluntad, en el marco de la base de garantías a procurar (ser oído, etc.).

¹⁴ ITALIANI, María Inés, *El abogado del niño y el rol del Ministerio Público de la Defensa*, en *Revista Derecho de Familia*, N° 62, ps. 157 y ss.

¹⁵ *Revista Derecho de Familia* 2013-IV-52.

”No se trata de incorporar una representación más a las que ya tiene con motivo de su minoridad (padres, tutores, promiscua del Ministerio Público o propia del tutor ad litem que puede designar el juez en supuestos específicos).

”A poco que se repare en que la participación personal prevista en el citado artículo 27, inciso c, está vedada por el Código Civil a los denominados menores impúberes (art. 127) habida cuenta su incapacidad absoluta para realizar actos jurídicos, no es dificultoso que en el caso de la edad de los niños en conflicto, 9 y 5 años de edad no habilita tal tipo de participación”.

El criterio cronológico impuesto por el Código Civil como supuesto límite tajante a la participación dotada de las mínimas garantías (arts. 27, ley 26.061, y 25, ley 12.967) desconoce que aquélla debe ejercerse con amplitud. Debemos desterrar prácticas impropias que dejan a la vista resistencias arraigadas en las profundidades de un modelo tutelar en retirada, y técnicamente dejar de pensar que en el caso de los menores impúberes la representación procesal agota de manera absoluta y cierra herméticamente las posibilidades jurídicas serias, aptas o idóneas para acarrear consecuencias jurídicas en la intervención procesal del sujeto niño en el siglo XXI. La idea de que la edad determina el derecho a elegir un abogado, consideramos que es sesgada pues vacía de contenido la vigencia de la garantía del abogado del niño, convocado por su función a materializar la elemental defensa técnica de los derechos humanos del niño, independientemente de su edad. La “asistencia letrada” favorece la inserción del niño, niña en forma eficaz y plena en el proceso.

La doctrina entiende que la designación de un abogado por parte del juez en el caso de los menores impúberes, dependería circunstancialmente de las particularidades del caso, en lo relacionado con las dificultades o complejidades que presente.

Entendemos que esta postura, en lugar de disipar dudas, las profundiza. Los artículos 27, inciso c, de la ley nacional y el 25, inciso e, ley 12.967, no condicionan la garantía de manera alguna al requisito de que el juez la considere procedente. Por el contrario, lo manda imperativamente y en forma contundente sin admitir dilaciones de ningún tipo a garantizarla *“desde el inicio” en todo proceso que lo “in-*

cluya”. Por otro lado, atenta contra la igualdad jurídica, ya que no todos los menores impúberes con derechos en conflicto tendrán acceso a esta garantía, sino solamente algunos, dependiendo de la mayor o menor complejidad a luz de los ojos del juez. Debemos partir de lo que dice la ley: los artículos 27 de la ley 26.061 y 25 de la ley 12.967 se refieren a las niñas, niños y adolescentes en general, sin efectuar distinción alguna que autorice a excluir a algún grupo de sus previsiones. Paralelamente, los artículos 28, ley nacional, y 7° de la provincial establecen en forma contundente el principio de igualdad y no discriminación, por lo cual las disposiciones de la ley deben aplicarse por igual a todas las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna.

Recordamos a Kielmanovich quien indica al referirse a la ley nacional 26.061: “...autoriza a menores impúberes y púberes a participar activamente en los procedimientos que los afecten, por sí o por intermedio de mandatarios judiciales, sin distinguir entre unos y otros, máxime que ello no supone soslayar la representación de los padres, tutores o curadores, ni la promiscua del defensor público de menores (arts. 59, Cód. Civ. y 54, ley 24.946) y que las leyes procesales de ordinario imponen el patrocinio letrado obligatorio (art. 56, CPCCN), con lo que esa participación no debería ir en desmedro de la buena tramitación de la causa”. Para que no queden dudas, al tratar el principio del interés superior del niño dice: “la aplicación de los referidos derechos y garantías no se limita a aquellos procesos en que las niñas, niños y adolescentes sean partes procesales, sino que aprehende a todos los que los afecten; y la ley tampoco distingue en cuanto a la naturaleza de los procedimientos en los que esos derechos y garantías deben inexcusablemente observarse, con lo que comprende naturalmente tanto a los administrativos como a los judiciales, y dentro de éstos, a los civiles (*latu sensu*) y a los penales”¹⁶.

Continuando con el autor citado, recordamos que sostiene que “el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia en el procedimiento judicial que lo incluya (art. 27, inc. c, ley 26.061) es consecuencia, diríamos que casi fatal, de

¹⁶ KIELMANOVICH, Jorge, *Derecho Procesal de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 59.

su derecho a participar activamente en los procedimientos (art. 27, inc. d, ley 26.061)”¹⁷.

7. La Corte Suprema de Justicia y el abogado del niño/a

En el fallo del 26 de junio de 2012, en el caso “M., G. c/P., C. A.”, la Corte rechazó la admisibilidad de la figura del abogado del niño y sostuvo: “...Las disposiciones del Código Civil sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos [...] como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante”¹⁸.

En el pronunciamiento del 27 de noviembre de 2012, en la causa “P., G. M. y P., C. L. s/Protección de personas”, la Corte tuvo oportunidad de conocer en un recurso extraordinario interpuesto por dos niños –al que adhirió la defensora de menores e incapaces de cámara–. En dicho recurso cuestionaron la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil que confirmó la resolución de primera instancia que había rechazado la presentación hecha por los menores –de ocho y nueve años– con el patrocinio de un abogado.

Para fundar el recurso, señalaron que se vulneró su derecho de defensa en juicio y su capacidad progresiva reconocida en normas con jerarquía constitucional al aplicar normativa civil de inferior jerarquía; que nada se hizo para conocer su grado de discernimiento real, que es el que se compadece con lo dispuesto por el artículo 5º, CDN, ya que tanto el magistrado de primera instancia como la cámara se atuvieron al criterio de discernimiento cronológico del Código Civil, pese a resultar de jerarquía inferior a la Convención. Agregaron también que, ignorando lo solicitado por la defensora de menores, los jueces no arbitraron medio alguno para demostrar que carecían de capacidad suficiente para comprender los alcances de su presentación¹⁹.

¹⁷ KIELMANOVICH, ob. cit., ps. 7 y 8.

¹⁸ CSJN, 2012, “M., G. c/O., C. A.”

¹⁹ Cfr. CSJN, 27-11-2012, “P., M. S. y P., C. L. s/Protección de personas”, consid. 4º.

La Corte advirtió que la CDN reconoció que el niño es un sujeto de derecho pleno, pero que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de valores, principios y normas que posibilitan la convivencia pacífica en sociedad.

Señaló que la ley 26.061 no debe interpretarse en forma aislada sino junto con el resto del plexo normativo aplicable, y que ésta no derogó las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de las personas menores de edad, tanto impúberes como adultos, que no conculcan los estándares internacionales en la materia. Destacó que los menores impúberes son incapaces absolutos de hecho y, por ende, no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos como la designación o remoción de un letrado patrocinante, lo que sería un acto nulo de nulidad absoluta. En función de tales consideraciones confirmó la sentencia cuestionada.

Sin embargo, aludió seguidamente al artículo 12, CDN, que le reconoce el derecho a ser escuchado de un modo directo o por medio de un representante u órgano adecuado. Teniendo en cuenta que los niños se hallaban institucionalizados y que en la presentación puesta en crisis peticionaban su externación y diversas ayudas sociales que posibilitaran poder reanudar la convivencia con su madre, se refirió a la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, que insta a que se adopten medidas para garantizar que los niños que se hallen bajo modalidades de acogimiento puedan expresar sus opiniones y que éstas sean debidamente tenidas en cuenta en lo relativo a su situación de residencia. Manifestó también que en dicho documento se destaca que debe prestarse atención a la provisión de un apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios y resalta que el representante del niño debe tener experiencia en trabajo con niños, ser consciente de que representa exclusivamente los intereses de éstos y ser capaz de transmitir con fidelidad las opiniones del niño al responsable de adoptar las decisiones. Por las razones expuestas hizo saber al juez de primera instancia que debía designar a los niños un letrado especializado en la materia para que los patrocine, a fin de que sean escuchados y puedan hacer efectivos sus derechos.

De lo expresado por la Corte se puede concluir que ésta adoptó el

criterio del discernimiento cronológico del actual Código Civil y, siguiendo la tradicional distinción entre menores impúberes y adultos, estableció dos soluciones: quienes hayan cumplido catorce años pueden designar un abogado por sí que los patrocine y, por debajo de esa edad, la designación deberá ser hecha por el juez. Es decir, pareciera que no existiría impedimento para la actuación del abogado del niño por debajo de la edad de discernimiento para los actos lícitos (cfr. arts. 127 y 921, Cód. Civ.) y la cuestión quedaría reducida a determinar quién efectúa la designación. Esta conclusión plantea un inconveniente adicional: “El hecho de que sea el juez o, como sucede en algunos casos, el órgano administrativo de aplicación de la ley 26.061, quien designe el abogado del niño puede llegar a dar lugar a una situación problemática si se da el caso que el niño desee cuestionar una resolución judicial o una decisión administrativa emanada de dicho órgano administrativo”²⁰.

8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia respecto de la participación de niños, niñas y adolescentes

Vamos a realizar un recorrido sobre la jurisprudencia de la Corte, debido a que, según nuestra Corte Suprema, ha sostenido que tiene carácter vinculante²¹.

La opinión consultiva 17 en el párrafo 96 sostiene: “Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en las que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento. *En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las con-*

²⁰ ITALIANI, ob. cit., ps. 156 y ss.

²¹ CSJN, 23-12-2004, “Espósito, Miguel A.”, L. L. 2005-C-1, con nota de Guillermo Yacobucci, D. J. L. L., p. 508; L. L. 2005-B-161; L. L. 2005-B-803, con nota de Germán Campaña; L. L. 2005-E-569, con nota de Alfredo A. Elosú Larumb.

diciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías (el destacado nos pertenece). Evidentemente, hay una gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de tres años no es igual a la de una adolescente de dieciséis años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”²².

En el párrafo 242 de la causa “Furlán” dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Además, la Corte reitera que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de niñas y niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. El tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor”²³. Se refiere a la “representación coadyuvante”, y “coadyuvar” es contribuir, asistir, ayudar a la consecución de algo.

En caso “Atala Rizzo y niñas vs. Chile”²⁴, citando la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, el artículo 12, CDN, no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino que el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, sus opiniones tienen que tomarse en consideración

²² Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva, OC 17/2002 del 28-8-2002.

²³ Corte IDH, 31-8-2012, caso “Furlán y familiares vs. Argentina”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

²⁴ Corte IDH, caso “Atala Rizzo y niñas vs. Chile”, fondo, reparaciones y costas, sent. del 24-2-2012.

seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de tomar decisiones debe tomar en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Y sobre el grado de desarrollo en una medida para mejor proveer dictada en esas actuaciones, quedó en claro que no queda atado a una determinada edad cronológica. En efecto, el 29 de noviembre de 2011, en “Atala Riffo e hijas vs. Chile”, dispuso como medida de mejor proveer que las tres niñas de doce, trece y diecisiete años declaren ante esta Corte y observó que para poder ejercer dicho derecho se necesita estar debidamente informado, por lo cual ordena que las niñas sean informadas, precisamente, de que titularizan este derecho a ser oídas que incluye como un todo inescindible el hacerles saber “las consecuencias que el ejercicio de ese derecho implica (consid. 11); por ende, dispone la designación de personal de la Secretaría para llevar adelante esa manda «en el lugar, fecha y modalidad que se determine en su momento»”. Textualmente afirmó que “la Corte considera que el derecho de las niñas a ser oídas puede ser ejercido directamente por ellas, sin necesidad de un representante legal, a menos que ellas así lo manifiesten”, agregando que “hay una gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que posee cada niño o adolescente”; en ese caso, las hijas cuentan con doce, trece y diecisiete años, o sea, tienen diferente desarrollo madurativo, por lo cual podrían “existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una” (consid. 12).

En definitiva, la persona que debe aplicar el derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos.

9. Código Civil y Comercial

En el Código Civil y Comercial se observan esfuerzos significativos por adecuar disposiciones propias del Derecho Privado a los estándares

del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde las primeras disposiciones, en su título preliminar, se consignó que una de las fuentes de interpretación de la ley son las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos (cfr. art. 2º).

Esto se verifica en la aplicación del principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Al regular los principios generales que rigen la responsabilidad parental, contempla “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos” (cfr. art. 639.b).

Sin embargo, en el artículo 24.b, enumera entre las personas incapaces de ejercicio a aquellas que no cuentan “...con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección la 2ª de este Capítulo”. A su turno, en el artículo 26 parte de la representación legal de las personas menores de edad, pero deja a salvo que “...la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. La fórmula se repite, por ejemplo, en el articulado relativo al juicio de guarda con fines de adopción, al juicio de adopción, a la responsabilidad parental, a la representación, disposición de los bienes del hijo menor de edad, y a la participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad (cfr. arts. 613; 617, a, y b, 639, c, 679 y 707). La doctrina se preocupa por el uso de la palabra “edad”, ya que puede conducir a interpretaciones restrictivas de derechos, contradictorias con la capacidad progresiva –máxime, al reputarse involuntario el acto lícito realizado por una persona menor de trece años (cfr. art. 261)–, no obstante los principios que inspiraron el proyecto y las disposiciones especiales que contiene²⁵.

En cuanto a las garantías de procedimiento para niñas, niños y adolescentes, el aludido artículo 26 refiere al derecho a ser oídos en todos los procesos judiciales que les conciernen y a participar en las decisiones sobre su persona.

El Código Civil y Comercial se refiere a la figura del letrado pa-

²⁵ ITALIANI, ob. cit.

trocinante, tanto en situaciones de conflicto de intereses entre el menor de edad y sus representantes legales en que aquélla pueda intervenir con asistencia letrada (cfr. art. 26), como para el patrocinante del adolescente (cfr. art. 677), y cuando la trascendencia de las cuestiones en debate hacen relevante que el niño/a participe por sí con un letrado que lo asista. Tal es el caso del juicio de adopción y el de alimentos a favor del hijo (cfr. arts. 617, a, y 661, b).

10. Conclusiones

Las disposiciones de la CDN y de las leyes 26.061 (nacional) y 12.967 (provincial) fortalecieron la autonomía personal de las personas menores de edad, en su calidad de sujetos plenos de derechos.

La capacidad de ejercicio no debe estar ligada a parámetros de edad sino a la ponderación de su posibilidad de discernimiento, sobre la base del desarrollo y madurez de cada niño/a en particular.

Se debe incorporar al niño o niña a los procesos judiciales y administrativos cuando en ellos se refieran a sus derechos desde el inicio, en cumplimiento de la garantía expresada en el artículo 27, inciso c, ley 26.061, y el 25, inciso e, ley 12.967.

Si no se cumple con esta garantía se está violando el orden público, el derecho de defensa en juicio y las reglas del debido proceso. Además impide que las opiniones de los niños/as sean “tenidas en cuenta” como marca la ley.

Es una garantía instrumental para posibilitar el acceso a la justicia del niño y la niña, como también la consecuente tutela de sus derechos.

El acceso a la justicia requiere de recursos adecuados en calidad y cantidad, para garantizar de manera real la tutela judicial efectiva. La manda constitucional que surge del artículo 75, incisos 22 y 23, Constitución Nacional de 1994, impone estándares “convencionalizados” en materia de derechos.

“La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana” (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, párr. 5).

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 28 DE ABRIL DE 2015 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE