

Iustitia

Revista Electrónica
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Tucumán
25 de Mayo 471, Tucumán, Argentina
Editor responsable: Dr. Fernando Valdez
ISSN 1852-9496

Nº 2

agosto
2010

página 3

→ **Editorial** Iustitia

página 13

→ Comenzamos a
construir una
nueva facultad

página 102

→ **Dossier**

Terceras Jornadas de
Jóvenes Investigadores
UNT-AUGM 2009

Trabajos presentados
por integrantes de la FDSCS

Especial página 6
Juan Bautista Alberdi

1810 - 2010. En el Bicentenario de su Nacimiento

Revista Electrónica

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Tucumán

Autoridades

Decano
Dr. José Luis Vázquez

Vicedecano
Dr. Miguel Eduardo Marcotullio

Secretaria Académica
Dra. Néliida Escudero de Guerrero

Secretaria de Posgrado
Dra. Adela Seguí

Secretario de Gestión Institucional
Dr. Fernando Manuel Valdez

Secretario de Política Administrativa
CPN Bernardo Carlino

Secretario Económico-Financiero
CPN Roberto Martínez

Equipo Iustitia

Producción editorial:
Dr. Fernando Valdez / Daniel Vaca

Diseño:
Equipo de Diseño & Comunicación:
Raúl Madkur / Antonio Martínez
Luciano Jaime Castillo /
Gabriel Rojas Bonifacio

ISSN 1852-9496

www.derecho.unt.edu.ar

Juan Bautista
Alberdi

1810 / 2010
En el bicentenario
de su nacimiento

Defendiendo
la Educación Pública
Formando Ciudadanos
Afianzando la Justicia



FACULTAD DE
**DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES**
UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN

Iustitia Contenidos

Iustitia Editorial 3

ESPECIAL JUAN BAUTISTA ALBERDI 6

La vigencia de Alberdi
Miguel Eduardo Marcotullio 7

Creación de la Cátedra Libre
"Juan Bautista Alberdi" **9**

Obras en la FDCCS **13**

Una docencia reflexiva
María Sofía Nacul 21

La designación de los jueces en
Tucumán y el control judicial
del proceso de selección
Martín Mercado / Agustín Puppio 24

Dossier III Jornadas de Jóvenes Investigadores 2009 102

Circulación de productos en el Mercosur	Ana María Rivadeo	103
Análisis de la evolución del derecho ambiental	Maria Bruno / Solana Casella	113
La política exterior argentina hacia la región en el período 2003 - 2007	Miguel Agustín Torres	120
Derecho a la alimentación y Políticas Públicas	Griselda Alfaro	127
Pautas para incorporar la perspectiva de género en la educación argentina	Carolina López Flores	134
Una sexualidad sin rótulos...	Augusto Moeykens	147

CONCURSO DE ENSAYOS "70° ANIVERSARIO FDCCS"

Primer Premio
Consideraciones acerca del daño punitivo
en el ordenamiento argentino
Manuel Gonzalo Casas / Daniela López 34

Mención especial
Remoción de jueces por el contenido de sus sentencias
Angela Igarzábal 53

III CONGRESO DE PRÁCTICA PROFESIONAL

Ponencia
La aplicación de la mediación como método para
resolver conflictos en distintas áreas de la sociedad
Roque Hernán Juárez Leone 70

INVESTIGACIÓN

Políticas azucareras y los instrumentos legales de la
justicia distributiva durante las décadas de 1920 y 1930
Myriam Esther Villagra 76

Acercamiento a la Teoría Homológica del Derecho
José Carlos Mariano 86

INFORME

Política de Investigación de la Facultad de Derecho y CS
María Marta Cerro 97

Iustitia **Editorial**

Editorial

En este segundo número de la revista, es oportuno celebrar que los integrantes de la actual gestión de la Facultad han recibido nuevamente el apoyo y la confianza de la comunidad universitaria de la Casa, para iniciar un segundo ciclo. Esto es auspicioso en términos de continuidad institucional.

La gestión iniciada en 2006 encontró una institución debilitada -entre otras razones- por la falta de reconocimiento de la labor docente traducida en cuerpo de profesores en situación de interinato, con incertidumbre sobre sus derechos electorales y consiguiente sentimiento de falta de pertenencia y de respeto de su condición. En otro plano, el descuido de la institucionalidad se reflejó en un sistema en el que pudieron anidar procedimientos irregulares que afectaron la credibilidad social de una institución con una tradición y prestigio inquestionables.

El Dr. José Luis Vázquez, en el mes de abril de 2006, en ocasión de su postulación al Decanato, transmitía a los docentes y a los graduados me-

dante una carta personal las promesas de: Restituir la jerarquía de la labor docente, Atender los requerimientos de la formación de Posgrado de los Docentes, Promover la investigación, Encargarse de que existieran los espacios físicos e institucionales para acoger la vida universitaria, Generar mecanismos que permitieran a los graduados iniciarse en la Docencia, Acompañar a los graduados, generando espacios de formación de Posgrado, etc.

En línea con las promesas realizadas, la gestión que él conduce, priorizó la regularización de la planta docente, se llamaron 232 concursos, se han concluido 91. Se hallan con trámite inicial 138 concursos, 52 en condiciones de fijar fecha para las pruebas de oposición y 42 pendientes de resolución del Consejo Directivo.

Desde el área académica, y con el propósito de fortalecer la enseñanza de grado, se tomaron innumerables medidas, de entre las que cabe destacar: la coordinación de las tareas de la Comisión

encargada de la Evaluación Plan de Estudios 2.000, la cual desarrolló una minuciosa tarea de diagnóstico y propuesta para ser empleada en la consideración del Plan. El área realizó tareas de ordenamiento del Plan de Estudios 2000, dotando de contenidos a los talleres, cambiándose la semestralidad de algunas materias que impedían el cursado regular del plan, modificándose la denominación de algunas asignaturas que se hallaban mal nominadas en el sistema informático de la Facultad.

Se ordenó administrativamente la gestión académica, generándose procedimientos adecuados para brindar previsibilidad y facilitar la planificación. Fue central la revisión de los mecanismos de registros de notas y del sistema de gestión de alumnos. Y se puso el acento en una planificación rigurosa de las actividades académicas para optimizar al máximo la escasez de espacios físicos y los recursos humanos.

Fue también prioritario atender el interés de formación de Posgrado de los docentes, a quienes se





otorgaron becas para el cursado en todos los casos solicitados.

A los espacios de Posgrado existentes (Doctorado en Derecho Público, en Derecho Privado, Especialización en Derecho Administrativo, en Derecho Penal, en Derecho Tributario y Magister en Relaciones Internacionales) se sumaron carreras que tuvieron gran aceptación: la Especialización en Derecho de Daños y el Magister en Derecho Procesal. También se dictaron Cursos de Actualización en diversas temáticas (Criminología, Medio Ambiente, Derecho Municipal, Derecho Público Provincial, Mediación familiar, Argumentación, Antropología Política, Jurisdicción Constitucional, entre otros). Desde el área asistió a las reuniones de autoridades de Posgrado de Facultades de Derecho de Universidades Nacionales. En ellas se intercambian ideas, se discuten acciones en común, se coordinaron esfuerzos para la creación de proyectos también comunes. Se jerarquizó la Biblioteca de Posgrado de la Facultad dotándola de material específico solicitado por las carreras y equipamiento informático nuevo.

Fue un logro fundamental la aprobación de Proyectos de Investigación por el CIUNT, sobre temas de alto interés, como Instrumentos y Políticas de

Gestión Ambiental, Delincuencia Urbana y Sociedad, Derecho Procesal local, Procesos Colectivos, Procesos Penales y Civiles, temas vinculados a la inclusión de pequeños y medianos productores en el Mercosur, entre otros, que involucran a 60 investigadores docentes de la casa, 12 investigadores del Centro de Investigaciones Sociológicas, 95 investigadores graduados, y 9 estudiantes.

Desde el Área de Gestión Institucional, se dió importancia fundamental a la jerarquización del Instituto de Enseñanza Práctica y su Consultorio Jurídico Gratuito. Se dotó al Instituto de un nuevo edificio, en calle Ayacucho 120, que fue alquilado por la Facultad, el cual fue adaptado y equipado apropiadamente para brindar comodidad a los alumnos, docentes y consultantes. La tarea social que brinda el Instituto es fundamental, ya que se atiende entre 800 y 1000 personas por año entre nuevas consultas y procesos en trámite y por primera vez se dictaron desde el Instituto, cursos de perfeccionamiento dirigidos a los alumnos sobre diversos temas de utilidad en la práctica profesional, tales como: Notificaciones, Nulidades, Prescripción Adquisitiva de Dominio, etc.

Se firmaron Convenios de Pasantía (lo que permitió el acceso al régimen de la Ley 26427 a 82 pa-

santes) con importantes empresas e instituciones.

Se realizaron cursos y seminarios, algunos de manera conjunta con la Secretaría de Posgrado, tales como Curso sobre Protección Jurídica del Consumidor, auspiciado por la Subsecretaría de Protección del Consumidor y Defensa de la Competencia de la Nación, Jornadas sobre Seguridad Aeronáutica, Simposio sobre Gestión del Cambio Curricular, Curso de Seguros, autorizado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, etc.

Se fortaleció la Gestión Institucional de la Facultad a través de un proceso de fomento de la participación, mediante la creación de comisiones de trabajo, por ejemplo la Comisión de Autoevaluación, y se está trabajando en aras de establecer una política editorial para revitalizar la publicación de obras de profesores mediante la creación de una Comisión Editorial y se impulsaron actividades culturales, científicas y académicas en el ámbito de la Facultad dando total apoyo a las propuestas de cátedras, Institutos y proyectos de investigación en la realización de las mismas.

Se difundieron extensamente los programas de becas para estudiantes, habiéndose ampliado el número de alumnos que han tenido acceso a programas de ayuda económica sean de la UNT, Provincia o Secretaría de Políticas Universitarias.



Se está trabajando en una propuesta de creación de un Centro de Graduados, desde el cual se proyecta afianzar la relación con ellos; fomentar su participación en la vida universitaria; colaborar con ellos desde el inicio de su actividad profesional; revalorizar su sentido de pertenencia y promover su capacitación permanente. Se llevará a cabo un Programa de perfeccionamiento en el ejercicio profesional, cuyo objetivo será la capacitación gratuita a los graduados jóvenes, para lograr un acercamiento al modo de ejercer la abogacía tanto desde el punto de vista teórico como desde la práctica diaria. Se incluirán herramientas básicas de Derecho Procesal, conocimiento práctico relacionado al funcionamiento interno de Secretarías, Juzgados, Cámaras, Mesas de Entrada, etc. Se incluirá información sobre instalación y gestión de un estudio jurídico, y material en soporte digital, que incluirá constituciones, códigos, jurisprudencia, doctrina y los modelos de escritos más usuales en la profesión.

También la gestión, superando un grave retraso en la incorporación de nuevas vocaciones docentes a los claustros, se aprobó Régimen de Aspirantes a la Docencia, que permitió regularizar situaciones de hecho de inclusión en las cátedras, así como

se abrió el acceso y se incorporaron todos los postulantes propuestos por las cátedras, a quienes se otorgó un trato especial en la formación, dictándose cursos específicos y concediéndoles becas en los posgrados en igualdad de condiciones con los docentes.

Asimismo, gran parte del esfuerzo de gestión estuvo orientado a obtener los espacios físicos aptos para el desarrollo de la tarea universitaria. Se adaptaron y jerarquizaron espacios existentes, se dotó de nuevos espacios en áreas estratégicas como el Instituto de Enseñanza Práctica y los ámbitos destinados al primer año en la Quinta Agronómica. Se gestionó el plan de renovación de los edificios de la facultad, habiéndose obtenido la aprobación la Obra "Remodelación, Restauración y Ampliación Edificio 25 de Mayo 471, 473, que se halla en estado de ejecución. El Plan incluye un auditorio de alta calidad para 500 personas que será el más importante de la ciudad, dos anfiteatros para 165 personas cada uno, un anfiteatro para 170 personas, la Biblioteca, El Decanato y la Administración Central, el Bar y el patio central. Se construirán 3860 m² nuevos se restaurarán 1080 m² de la casa Remis. Se obtendrá una capacidad áulica de 1250 alumnos contra 750 existentes.

Se encuentra en estado de Anteproyecto la Obra "Remodelación y Ampliación del Edificio de calle 25 de Mayo 456" que incluirá 1.000 m² de obra nueva y 1650 m² de refacción, 13 aulas medianas (100 a 200 asientos) amplio sistema de oficinas para cátedras e institutos, administración y sección alumnos y bar; llevándose la capacidad áulica a 1650 alumnos contra 720 actuales.

Se halla en estado de Proyecto la obra "Ampliación Sede Centro Herrera (Quinta Agronómica)" con un anfiteatro par 470 personas, dos anfiteatros para 200 personas y 5 aulas para 125 personas, Administración y Sala de Profesores, resultando una capacidad áulica de 1495 alumnos.

El segundo número de la Revista nos encuentra en un momento de celebración y de renovación de los compromisos. El resultado electoral es ocasión de celebración de los logros obtenidos y del apoyo cosechado, así como también propicia la renovación de los compromisos con la comunidad de la Facultad, para seguir profundizando las líneas de acción iniciadas, corrigiendo rumbos en cuanto fuere necesario, pero siempre teniendo en vistas que el propósito empeñado es la búsqueda del bien común universitario. ❖



volver a
Contenidos

página

6



Especial

Juan Bautista Alberdi

La vigencia de Alberdi **Dr. Miguel Eduardo Marcotullio** página **7**

Creación de la Cátedra Libre “Juan Bautista Alberdi”
página **9**



La vigencia de Alberdi¹

Dr. Miguel Eduardo Marcotullio / Vicedecano FDCS

La provincia de Tucumán celebra con legítimo orgullo, el 29 de Agosto, el Bicentenario del Natalicio de su prócer cívico más relevante, Juan Bautista Alberdi.

Nuestro ilustre comprovinciano nació libre y con la patria misma, el 29 de Agosto de 1810, apenas tres meses después del grito de Mayo, en una vieja casona de estilo colonial español situada frente a la entonces Plaza Mayor, hoy Plaza Independencia, de San Miguel de Tucumán.

Falleció en soledad y pobreza el 19 de Junio de 1884, en la casa de salud de Nueilly-Sur-Seine, en los suburbios de París, Francia.

Su espíritu inquieto y la lucidez de su pluma lo constituyeron en protagonista de las ideas fundadoras de nuestra República. En 1837, publicó “Fragmento preliminar al estudio del derecho”, en donde efectúa un diagnóstico de la situación nacional a la luz del romanticismo europeo, esbozando sus incipientes ideas políticas con un profundo ataque a toda forma de despotismo gobernante.-

Exiliado durante 17 años en Chile, residiendo en el puerto de Valparaíso, trabajó como exitoso abogado y ejerció el periodismo de opinión.

Al conocer el triunfo de Urquiza en la batalla de Caseros, escribió en pocas semanas de afiebrado trabajo nocturno su obra más preclara: “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, cuya primera edición se publicó en Mayo de 1852. Es bien sabido que

esta obra constituyó la fuente ideológica y política más importante de nuestra Constitución Nacional de 1853.

Seguramente entusiasmado por las noticias políticas que le llegaban desde su patria, en forma casi inmediata posterior publicó “Elementos de derecho público provincial”, en 1853, libro esencial para comprender sus ideas federales y la necesaria armonía y equilibrio político que debía existir entre el puerto de Buenos Aires y las provincias del interior.

Al año siguiente, en 1854, edita “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, libro que constituye el complemento ideológico necesario de las Bases, y en el cual Alberdi pudo explayarse con mayor detenimiento sobre su proyecto civilizador.- Allí nos indica con claridad meridiana que “...el gobierno es libertad delegada, y la sociedad debe organizarse desde abajo, desde el ciudadano y sus derechos personales, no desde el poder y sus arbitrariedades mesiánicas.

¹ Este artículo fue publicado con el título “Nuestro gran prócer” en el suplemento universitario Sidera Visus, que integra la edición de La Gaceta de Tucumán, del día 26 de agosto de 2010 en página 16.





La constitución argentina es en materia económica la expresión de una revolución en libertad, la consagración de una verdadera revolución social en América, donde la libertad económica constituirá el manantial para el desarrollo sostenido de su tierra, de su capital y del trabajo libre de sus ciudadanos...”.

En forma contundente, nos señala que: “...El gobierno no ha sido creado para hacer ganancias, sino para hacer justicia; no ha sido creado para hacerse rico, sino para ser el guardián y centinela de los derechos del hombre, el primero de los cuales es el derecho al trabajo, o bien sea la libertad de industria...”.

A partir de 1855, permaneció fuera del país, habitando en Europa, profundamente disgustado con las más prominentes figuras del gobierno nacional de aquellos años.- La guerra del Paraguay impactó profundamente en su ánimo, impulsándolo a escribir en 1870 su famoso libro, “El cri-

men de la guerra”, un manifiesto pacifista que acrecentó su distanciamiento con el mitrismo gobernante.-

Otros aspectos de su pensamiento pueden también ser apreciados en las célebres “Cartas Quillotanas”, producto de su polémico intercambio epistolar y periodístico con Domingo Faustino Sarmiento, que este respondería con las igualmente célebres “Las ciento y una”, en ambos casos, párrafos sanguíneos en los cuales destella el ingenio y la pluma de estos grandes protagonistas de nuestra historia.

Alberdi mismo confesó que había vivido fuera de su país pero siempre presente en él por sus escritos, motivo por el cual su biografía bien podría titularse como la **vida de un ausente** que nunca había salido de su patria. Efectivamente, el visionario talento del pensador tucumano no precisó del afinamiento geográfico para exteriorizar las ideas más patrióticas que ninguna pluma

haya concebido sobre la argentinidad.

Se ha expresado con justicia que Alberdi compendió en los libros que hemos descripto, la primera y más coherente teoría política que se haya escrito en nuestro país, con un análisis teórico y práctico de los aspectos jurídicos, económicos y sociales sobre los cuales debía asentarse la incipiente república.

Releer a Alberdi constituye un placer intelectual y un ejercicio mental insoslayable, por la actualidad y vigencia de su pensamiento. Sus libros nos legaron una impronta ideológica de la cual nuestro país nunca debió alejarse. Qué distinto habría sido nuestro destino nacional si gobernantes y ciudadanos hubieran abrevado en sus ideas fundamentales.

Su legado inmortal es el ejemplo de una obra inconclusa pero posible, es la utopía que nos debe convocar en la construcción de la anhelada estabilidad institucional. ❖



Creación de la Cátedra Libre Juan Bautista Alberdi

Promover en el ámbito de la UNT un espacio dedicado al estudio, la reflexión, la promoción y la difusión del pensamiento de Juan Bautista Alberdi es un compromiso que esta Universidad se debía a sí misma y a la comunidad de toda la región. Crear la Cátedra Libre “Juan Bautista Alberdi” en nuestra Facultad, apunta a fortalecer ese compromiso. Se concretó mediante la resolución N° 519/2010 del 18 de agosto de 2010, por el Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT, Dr. José Luis Vázquez.

La figura de Juan Bautista Alberdi, su obra y sus ideas, se ubican por derecho propio entre los principales activos de nuestro acervo histórico e institucional.

Seguramente otra hubiera sido la suerte de la República sin la existencia de sus principales escritos.

Ratifican la verdad de esto un breve recorrido por su historia y sus obras. Entre las cuales se impone destacar aquella que la posteridad declarará, expresa o tácitamente, máxima entre las suyas: “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argen-

tina”, considerada como la realización jurídica de los ideales de la “Asociación de Mayo”, cuya influencia en la Constitución Nacional de 1853 resulta indiscutible.

La genialidad de Las Bases y su significación global, llevaron a considerarla junto a El Contrato Social de Rosseau, al Espíritu de las Leyes, de Montesquieu, y a El Federalista, de Hamilton, Madison y Jay, como uno de los cuatro grandes libros que impulsan el progreso democrático del mundo político moderno.

Todo ello sin soslayar que la monumental obra de Juan Bautista Alberdi abarcó no solo el

derecho, sino también la filosofía, la economía, las finanzas, el periodismo, las relaciones internacionales, géneros literarios diversos como el ensayo, la novela y la poesía, y expresiones artísticas como el teatro y la música.

Alberdi como creador fue, entonces, multifacético. Por ello, esta iniciativa apuntará necesariamente a lo interdisciplinario, a fin de dar cuenta de la riqueza y variedad de la obra alberdiana. Aspiramos a la conformación un foro permanente para extender, profundizar y estudiar críticamente los valores y principios que Alberdi hizo suyos a lo largo de su vida.

El ámbito de libertad y pluralismo, propio de la Universidad pública, es el propicio para el estudio y el debate del aún vigente pensamiento de Alberdi.

La creación de esta Cátedra Libre es, en definitiva, una excelente oportunidad para rendir un merecido homenaje a Juan Bautista Alberdi, arquetipo del ciudadano comprometido con la transformación de la realidad que le tocó vivir.





►► PROYECTO CÁTEDRA LIBRE “JUAN BAUTISTA ALBERDI”

Fundamentos

La figura de Juan Bautista Alberdi, su obra y sus ideas, se ubican por derecho propio entre los principales activos de nuestro acervo histórico e institucional.

Seguramente otra hubiera sido la suerte de la República sin la existencia de sus principales escritos.

Un breve esbozo biográfico se impone para ratificar la verdad de lo afirmado.

Juan Bautista Alberdi vino al mundo en San Miguel de Tucumán, el 29 de Agosto de 1810. Alberdi y su patria nacían juntos e iniciaban el recorrido de vidas paralelas, destinadas a transitar unidas. Él mismo escribió: “Yo he nacido con la Revolución; me he criado con ella; sus intereses se ligan a los recuerdos de mi niñez y del país de mi nacimiento; sus dogmas y principios, a los estudios de mi juventud; sus perspectivas a las quimeras doradas de mi vida...”.

El pequeño Juan Bautista aprendió a leer y escribir en la escuela pública fundada en su provincia con el dinero donado por el general Belgrano. A la muerte de su padre, en 1822, par-

tió rumbo a Buenos Aires, becado por la provincia de Buenos Aires para estudiar en el prestigioso Colegio de Ciencias Morales. Cursó luego estudios en el departamento de jurisprudencia en la Universidad de Buenos Aires, que continuaría en la Universidad de Córdoba, donde obtuvo el título de bachiller en leyes en 1834.

Ese mismo año, tras diez de ausencia, regresó a su provincia natal y fruto de ese viaje publicará su primer obra de importancia, “Memoria descriptiva sobre Tucumán”.

Reinstalado en Buenos Aires, Alberdi se transformó en figura principal del Salón Literario, ámbito que vio surgir el ideario de la Generación del 37, clausurado a poco de andar por el régimen rosista.

Lejos de amedrentarse, Alberdi continuó su militancia antirrosista en la “Asociación de Mayo”, creada con carácter secreto en 1838 por intelectuales tan comprometidos como él, nucleados en torno a las ideas de progreso, fraternidad, igualdad, libertad.

Había publicado en 1837 su primera obra fundamental, “Fragmento preliminar al estudio del derecho”, un diagnóstico de la situación nacional y sus posibles soluciones que fijaba los contornos generales de la filosofía alberdiana. Luego gestó

la publicación “La Moda”, “gacetín semanal de música, de poesía, de literatura, de costumbres”, que buscaba trasladar a nivel del lector del pueblo las ideas del “Fragmento”.

Colaboró en 1838 en la gestación y redacción del “Dogma Socialista”, que le debe a Alberdi su único capítulo realmente original, la última “Palabra Simbólica”.

En ese mismo año Alberdi estaba finalmente en condiciones de graduarse en la Academia de Jurisprudencia, pero renunció a hacerlo por no someterse al juramento de fidelidad a la causa de la Federación, es decir, Rosas. Perseguido como otros tantos intelectuales por el régimen rosista, se vio forzado a abandonar el país en 1838, rumbo a Montevideo, donde obtendrá el título de abogado en 1840.

Desde Montevideo, primero, y luego desde Europa y Chile, continuaría combatiendo a Rosas al punto de convertirse en uno de sus adversarios más importantes, no en lo militar, sino desde lo ideológico, enarbolando los principios de su generación.

En 1843 abandonó Montevideo rumbo a Europa, amenazada su vida ante la inminente caída de la ciudad en manos del ejército de Oribe, aliado de Rosas. Apenas unos meses durará su



➤➤ primera estadía en el viejo continente. En 1844 emprendía el regreso a América, y cerradas para él las puertas del Río de la Plata, se dirigió a Chile, donde residirá diez años.

En Chile fue grande su actividad de publicista. Publicó "Memoria sobre la conveniencia y el objeto de un Congreso General Americano", tesis presentada a la Universidad chilena para obtener la revalidación del título de abogado, en la cual estructura los fundamentos para un derecho de gentes adecuado a las circunstancias políticas y sociales de América; "Veinte días en Génova", notas sobre sus experiencias en Europa; y "La República Argentina a los 37 años de su Revolución de Mayo", apasionado examen de la situación política de su patria.

La caída del régimen rosista, a comienzos de 1852, encontró a Alberdi radicado en Valparaíso, Chile, donde ejercía la abogacía con éxito y su nombre gozaba de prestigio. En apoyo de la causa del General Urquiza, buscó fijar sus ideas políticas y sociales en una obra que pudiera ser utilizada por quienes iban a decidir la organización constitucional del país.

Restándole tiempo a su profesión, luego de recopilar y releer viejos artículos de su autoría y tras casi tres meses de intensa labor intelectual

en su quinta Las Delicias, Alberdi concluyó la redacción de la obra que la posteridad declarará, expresa o tácitamente, máxima entre las suyas: "Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina", considerada como la realización jurídica de los ideales de la "Asociación de Mayo", cuya influencia en la Constitución Nacional de 1853 resulta indiscutible.

La genialidad de Las Bases y su significación global, llevaron a considerarla junto a El Contrato Social de Rousseau, al Espíritu de las Leyes, de Montesquieu, y a El Federalista, de Hamilton, Madison y Jay, como uno de los cuatro grandes libros que impulsan el progreso democrático del mundo político moderno.

Una vez sancionada la Constitución, la acción intelectual de Alberdi se encaminó a defender esa Ley cuyo texto él consideraba en gran parte suyo. En ese afán otorgará a la historia del pensamiento político americano dos obras impares: "Sistema Económico y rentístico de la Constitución", y "Elementos de Derecho Público Provincial Argentino", que junto a las "Bases" integran la trilogía doctrinaria esencial de Alberdi.

En 1855 el gobierno de la Confederación Argentina le confirió la representación diplomática ante varios países de Europa, revocada por Mitre

al asumir la presidencia en 1862.

Al producirse la guerra de la Triple Alianza, Alberdi se pronunció en contra de la política de Mitre, publicando varios opúsculos, entre ellos el más famoso "Los intereses argentinos en la guerra del Paraguay contra el Brasil".

Alberdi fue un pacifista de profundas convicciones: publicó en 1870 "El crimen de la guerra", donde sostuvo la necesaria abolición de todas las guerras y abogó por la necesidad del arbitraje y de constituir una Sociedad de Naciones como medio de mantener internacionalmente la justicia y la paz entre los estados.

Continuará residiendo en París hasta su muerte el 19 de junio de 1884, salvo un fugaz paréntesis de retorno a su patria entre 1879 y 1881, para desempeñarse como diputado nacional por su provincia natal.

Además de las ya mencionadas, otras obras de Alberdi fueron "El espíritu de la música a la capacidad de todo el mundo" (1832), "Ensayo para aprender a tocar el piano con mayor facilidad" (1832), "Predicar en desiertos" (1838), "Reacción contra el españolismo" (1838), "La generación presente a la faz de la generación pasada" (1838), "La Revolución de Mayo" (1839), "El gigante Amapolas y sus formidables enemigos, o



▶▶ sea fastos dramáticos de una guerra memorable” (1842), “Ideas para presidir a la confección del curso de filosofía contemporánea” (1842), “Peregrinación de Luz del Día en América” (1871), “Mi vida privada” (1873), “Palabras de un ausente” (1874), “La Omnipotencia del Estado es la Negación de la Libertad Individual” (1880), “Grandes y Pequeños Hombres del Plata” (1879), “República Argentina” (1880).

Promover en el ámbito de la UNT un espacio dedicado al estudio, la reflexión, la promoción y la difusión del pensamiento de Juan Bautista Alberdi es un compromiso que esta Universidad se debía a sí misma y a la comunidad de toda la región. Crear la Cátedra Libre “Juan Bautista Alberdi” en nuestra Facultad, apunta a fortalecer ese compromiso.

Como se ha señalado, la monumental obra de Juan Bautista Alberdi abarcó no solo el derecho,

sino también la filosofía, la economía, las finanzas, el periodismo, las relaciones internacionales, géneros literarios diversos como el ensayo, la novela y la poesía, y expresiones artísticas como el teatro y la música.

Alberdi como creador fue, entonces, multifacético. Por ello, esta iniciativa apuntará necesariamente a lo interdisciplinario, a fin de dar cuenta de la riqueza y variedad de la obra alberdiana.

Esto significa que las actividades futuras que desarrolle la Cátedra abarcarán, además de lo jurídico, los aportes de la filosofía, la historia, la economía, entre otras disciplinas.

La vigencia del pensamiento alberdiano impone igualmente su estudio, apologético o crítico, en un ámbito de libertad y pluralismo que es propio de la Universidad pública.

Aspiramos a conformar un foro permanente

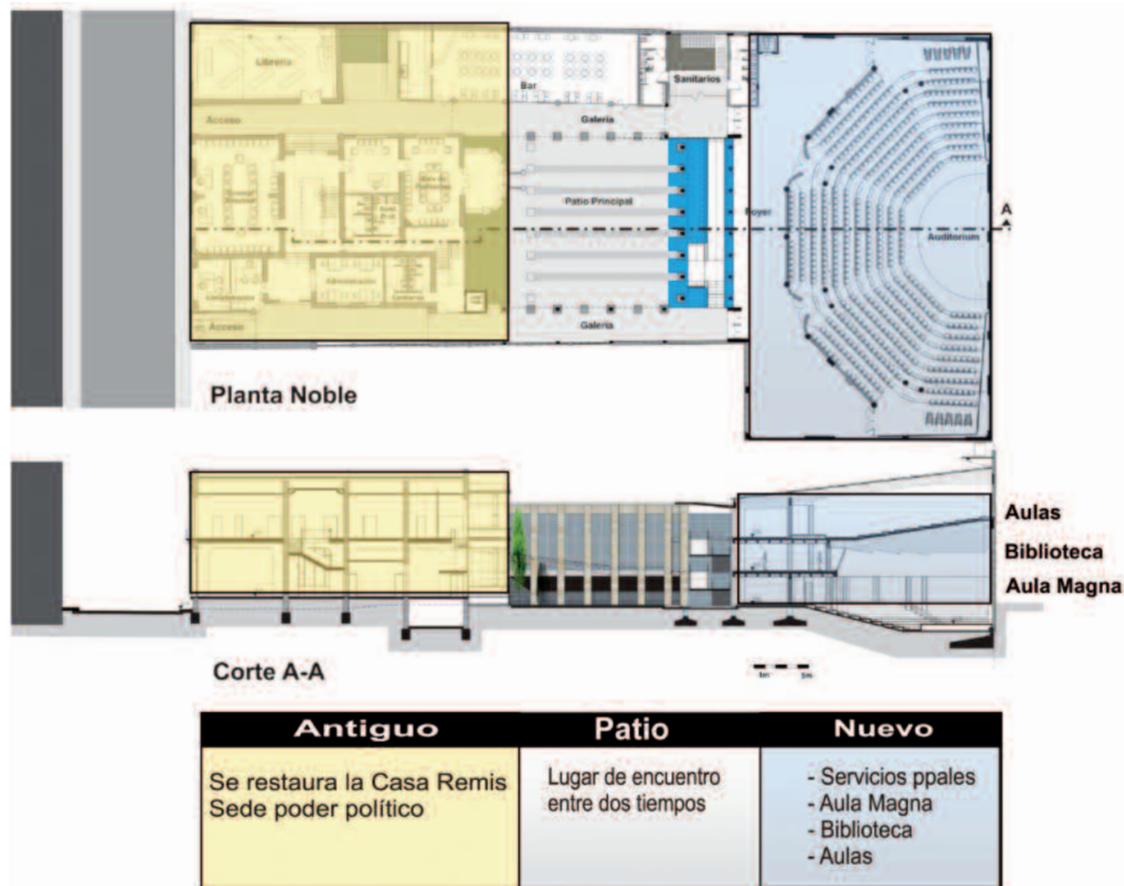
para extender, profundizar y estudiar críticamente los valores y principios que Alberdi hizo suyos a lo largo de su vida, desarrollada mayormente y contra su voluntad fuera del país, sin que tal desgraciada circunstancia le impidiera sentir y sufrir los avatares de la República Argentina como nadie.

“Mientras los apóstoles del pragmatismo anuncian el fin de las utopías y se debaten en mezquinas luchas por el poder, las enseñanzas y sueños de Alberdi resuenan en las mentes y corazones de miles de compatriotas que, y nos impulsan día a día a realizar un generoso esfuerzo para salir al encuentro de un futuro mejor”.

La creación de esta Cátedra Libre es, en definitiva, una excelente oportunidad para rendir un merecido homenaje a Juan Bautista Alberdi, arquetipo del ciudadano comprometido con la transformación de la realidad que le tocó vivir. ❖

La Facultad que nos merecemos

Desde el inicio de este año, se comenzó a construir la primera etapa del proyecto de remodelación y ampliación en la histórica sede del Decanato, el Consejo Directivo y el Aula Magna, diseño del Prof. Arq. Carlos Prieto

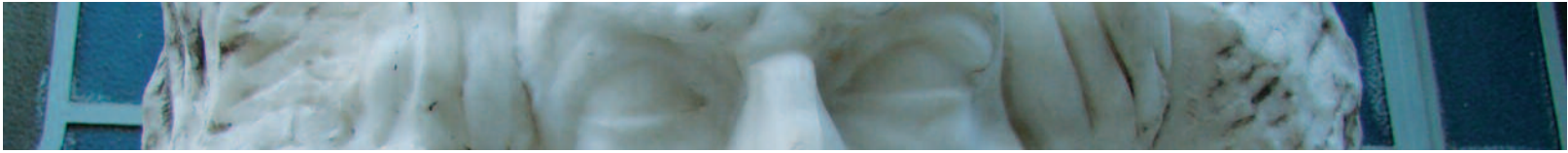


Esquema de la obra a realizar
y vistas del frente de día y de noche





volver a
Contenidos



Vistas de los accesos principales
y secundarios hacia el Aula Magna





volver a
Contenidos



Vistas del patio



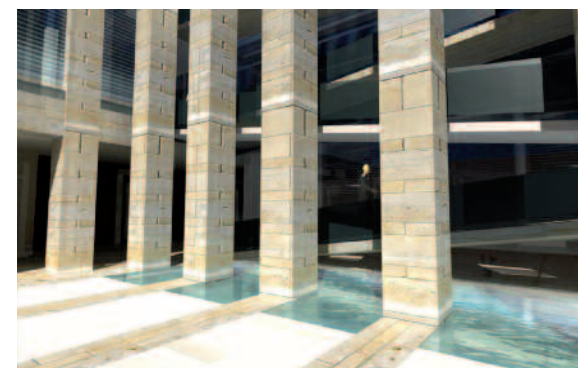
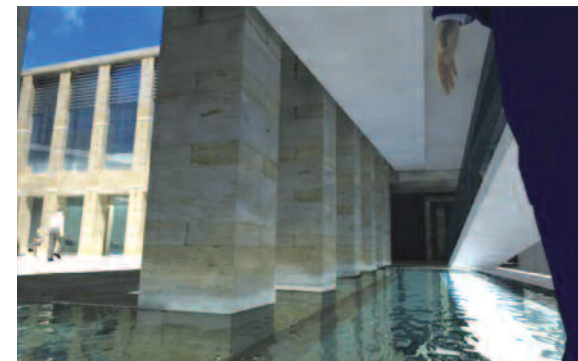


volver a
Contenidos



Vistas del bar y
su relación con el patio





Vistas espejo de agua entre el patio y las rampas de acceso a los pisos superiores





Vistas del Aula Magna y
de uno de sus accesos





Vistas del la biblioteca
con sus distintas áreas





volver a
Contenidos



Vistas de las tres aulas que se suman al
Aula Magna en los pisos superiores



Una docencia reflexiva

María Sofía Nacul / Docente

Un aspecto de fundamental relevancia en el marco de una relación de enseñanza-aprendizaje¹ es la actitud de reflexión que debe poseer todo docente.

En el ámbito de la interrelación educando-educador² que implica considerar al sujeto que está frente a uno³, es preciso, en determinados momentos, volver la mirada sobre nosotros mismos y enfocarnos sobre la propia conducta. Desde el punto de vista del docente, ello significa realizar una introspección sobre la marcha del proceso enseñanza-aprendizaje para analizarlo detenidamente; en otros términos -si se me permite el ejemplo deportivo-, es necesario que los profesores paremos la pelota y levantemos la vista para pensar sobre el juego.

El docente debe reflexionar sobre la educa-

ción y en la educación. Y ello debe tener lugar antes, durante y después del acto pedagógico.

En un primer momento, esta postura implica esforzarse en realizar una adecuada planificación de la materia o contenido de la currícula; se nutre del interés del profesor en conocer a sus alumnos; significa crear y fomentar espacios grupales -dentro del aula y fuera de ella - de diálogo e intercambio de experiencias e ideas sobre la tarea docente, sus objetivos y el contexto institucional que la rodea. Mientras se desarrolla la actividad, el pensamiento reflexivo permitirá al docente jugar con su creatividad, con dosis de in-

novación, flexibilidad, originalidad e improvisación para adaptarse a situaciones nuevas o difíciles y convertirlas en aprendizaje⁴. Con posterioridad, el maestro deberá pensar sobre lo que se logró en función de los objetivos trazados y aquellos que no se pudieron alcanzar y los motivos del éxito o del fracaso; una autocrítica a conciencia, con humildad para reconocer y aceptar errores, es esencial⁵. Son esclarecedores los lineamientos que desarrolla Schön⁶ al distinguir entre la reflexión-sobre-la-acción y la reflexión-en-la-acción: en el primer caso hace referencia a la introversión que se realiza después de haber ac-

1 Corresponde efectuar una aclaración preliminar sobre el concepto de enseñanza y su relación con el aprendizaje: si bien algunos autores hablan del proceso enseñanza-aprendizaje como un continuo, estimo más acertado considerarlos como fenómenos diferenciados no obstante la estrecha vinculación entre ambos. Siguiendo a Fenstermacher, podemos afirmar que entre la enseñanza y el aprendizaje existe una dependencia ontológica pero no de causalidad donde la primera no es la causa del segundo -existen aprendizajes sin que medie una enseñanza y no siempre de esta actividad se sigue un aprendizaje- sino que su razón de ser es la de promoverlo, favorecerlo y guiarlo de manera sistemática (Palamidessi M., Gvirtz S., "El ABC de la tarea docente: currículum y enseñanza", Bs. As., ed. Aique, 2.000, cap. 5, pág. 134).

2 Lo expresado es sólo a los efectos de señalar el carácter interpersonal de este vínculo y no significa suscribir al criterio que describe a la enseñanza como una díada (docente-alumno); esta posición fue felizmente superada por posturas más modernas que la grafican como un triángulo (docente-alumno-contenido) o como un proceso donde juegan cuatro factores: alumnos-docentes-contenidos-problemas. (Palamidessi M., Gvirtz S., op. cit., pág. 139).

3 Con ello quiero referir lo que -a mi juicio- significa la docencia: una fuerte vocación de entrega hacia el otro, un compromiso con los demás y hacia los demás (alumnos, comunidad, colegas, instituciones educativas) y un sentido de la responsabilidad social. En tal dirección conceptual, sería similar al eros pedagógico del que hablan algunos autores.

4 En este aspecto adhiero a la postura de llevar adelante una tarea innovadora y no "costumbrista", coincidiendo con quienes caracterizan a la docencia como un arte en lugar de una técnica. Entre otros: Palamidessi M., Gvirtz S., op. cit., pág. 160; Marchesi A., Martín E., "Calidad de la enseñanza en tiempos de cambio", España, ed. Alizanza, 1.999, cap. 6, pág. 150

5 Es frecuente la actitud del docente no asumir su propia responsabilidad frente al fracaso de su grupo de alumnos y buscar culpas afuera.

6 Citado por Marchesi A., Martín E., "Calidad de la enseñanza en tiempos de cambio", España, ed. Alizanza, 1.999, cap. 13, pág. 153.





tuado y sobre la acción ya realizada; en el segundo, la tarea de pensar sirve para reorganizar la acción que se está ejecutando.

¿Por qué asignar cabal importancia a la reflexión en nuestra tarea como docentes? Tengamos presente que en el acto pedagógico existe una porción de incertidumbre e imprevisibilidad: podemos conocer muchas teorías sobre la materia de enseñanza, podemos haber dictado muchas horas de clase y sin embargo, siempre hay margen para algo nuevo, impredecible e incierto. La reflexión que realice el docente en este espacio es fundamental pues le permitirá advertir errores y subsanarlos -ya sea sobre la marcha o posteriormente-, mejorar sus herramientas pedagógicas, cambiar el ángulo de enfoque de un determinado contenido del plan o programa de estudio, atraer y despertar el interés del alumnado, etcétera.

En definitiva, le servirá de orientación para emplear diferentes estrategias que tiendan a lo-

grar la adquisición de conocimientos por parte de aquéllos.

Con esta herramienta de pensamiento, el educador puede profundizar en la comprensión y diagnóstico de los problemas que se generan en el aula y en la práctica educativa y buscar las soluciones más adecuadas⁷. En todos los casos y para ser más fructífera, la reflexión debe trascender el ámbito individual para desarrollarse de manera grupal, en equipos de trabajo en la cátedra, con los colegas, en el mismo centro educativo, en la comunidad.

La educación es un proceso abierto con infinitas variantes y posibilidades por su carácter intersubjetivo: puede ser eficaz o no, es decir, puede culminar a veces en un aprendizaje por parte del alumno mientras que en otras ocasiones ello no sucederá⁸. En este transitar hacia la meta de la enseñanza es útil recordar las palabras de aquel sabio poeta español: “caminante no hay camino, se hace camino al andar”. El arte

de enseñar también se aprende; no sólo se va perfeccionando con la práctica sino que se enriquece a medida que somos capaces de reflexionar sobre el propio rol docente y la importancia de la enseñanza y de preguntarnos: ¿hacia dónde vamos?, ¿cuál es nuestra meta?, volcando los frutos de esta tarea reflexiva en el aula.

La reflexión constante del docente, la observación razonada sobre la marcha del proceso pedagógico que no se estanque en puras meditaciones sino que se convierta en acción positiva es, a mi criterio, un elemento decisivo para que la enseñanza salga fortalecida en su proceso de adaptación a los vertiginosos cambios sociales de estos tiempos. Pero debe ser una tarea intelectual que no se limite al mero placer de pensar sino que esté orientada a la praxis pedagógica, a la acción y la transformación del quehacer educativo. Ello implica que “el sujeto esté involucrado en el curso de la acción, en la propia tarea y pueda reflexionar sobre el proceso (...) y apren-

⁷ Véanse las consideraciones sobre el modelo reflexivo-creativo que, siguiendo los planteamientos de Stenhouse, Elliot y Schon, efectúan A. Marchesi y E. Martín en “Calidad de la enseñanza en tiempos de cambio”, España, ed. Alizanza, 1.999, cap. 6, pág. 152 y sigtes

⁸ Existen distintas opiniones sobre la eficacia de la enseñanza: a grandes rasgos puede señalarse que el aprendizaje puede ser más o menos duradero y de distinta intensidad según provoque una reestructuración o cambio profundo dentro del sistema de pensamiento anterior del alumno o simplemente el conocimiento nuevo venga a sumarse de modo inorgánico y asistemático a sus esquemas anteriores.

En palabras de A. Marchesi y E. Martín, “el grado de significatividad de un aprendizaje dependerá de la cantidad de riqueza de las relaciones que el alumno sea capaz de establecer entre los nuevos contenidos y los que él posee previamente”: véase “Calidad de la enseñanza en tiempos de cambio”, España, ed. Alizanza, 1.999, cap. 13, págs. 323 y sigtes.





der en la práctica y sobre ella”⁹.

Si bien en estas líneas se hace referencia sólo a la actitud introspectiva que cabe asumir al docente, no debe olvidarse la importancia de la misma postura que debe adoptar el alumno para tomar conciencia de su inserción en un acto pedagógico. Resulta también vital para la eficacia del aprendizaje, que el alumno tenga un rol activo junto al docente para el logro del fin que ambos se proponen, uno de manera más deliberada y conciente que el otro: la adquisición del objeto de conocimiento. Más allá de que sean necesarias determinadas condiciones subjetivas en el alumno (interés, motivación, esfuerzo por aprender y aprehender, ciertas capacidades o conocimientos previos), es igualmente indispensable que el aprendiz preste atención a su propio aprendizaje. Va de suyo que despertar esa conciencia reflexiva es también uno de los desafíos que tiene que afrontar el profesor, quien debe estimular esta

tarea de autoevaluación del educando mediante “estilos de enseñanza más participativos que permitan a los alumnos sentirse implicados en el proceso de aprendizaje y encontrar un mayor significado a lo que aprenden”¹⁰. El siguiente ejemplo -si bien tomado de una teoría de la educación que no comparto- servirá para aclarar lo expresado: así como en el modelo proceso-producto de programación lineal el alumno debe controlar y analizar si llegó a la meta propuesta para poder pasar a la etapa posterior, de manera similar es necesario que aquél tome conciencia que el aprendizaje es un acto compartido y asuma la importante cuota de compromiso que le compete en esa construcción.

Particularmente, como profesores del derecho que soy y que somos, estimo que la conciencia reflexiva se impone con más fuerza por el peso histórico y político de la tradición de la profesión de abogado. La observación que se

ñala Martín Bohmer en un interesante artículo publicado en la revista del Centro de Estudios de Justicia para las Américas¹¹ refuerza el sentido de nuestra responsabilidad como educadores de operadores jurídicos, puesto que de nuestros alumnos saldrá la mayoría de la clase dirigente del país.

Es preciso destacar, asimismo, la importancia de la tarea de los “formadores de formadores”, que saben despertar la voluntad de autoevaluación con fines constructivos.

Para finalizar, considero que la docencia debe ser un hacer pensado, reflexiva y crítica. Debemos continuamente indagarnos por qué somos docentes, para qué somos docentes y cómo somos docentes¹². En este camino, las respuestas que intentemos elaborar serán criterios útiles para el cambio en busca de la excelencia docente y con el objetivo de mejorar la calidad de la enseñanza misma. ❖

⁹ Davini M. C., “La formación docente en cuestión: política y pedagogía”, Bs. As, ed. Paidós, 1.995, cap. 5, pág. 144.

¹⁰ Marchesi A., Martín E., “Calidad de la enseñanza en tiempos de cambio”, España, ed. Alizanza, 1.999, cap. 6, pág. 146.

¹¹ Bohmer M., “Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina”, CEJA, Año 5, Nro. 9, Bs. As., 2.005, págs. 27 y sigtes

¹² Recuerdo la convocatoria efectuada por el profesor Eduardo López Betancourt a la comunidad docente a pensar y preguntarse sobre la utilidad social de nuestro objeto de enseñanza, el Derecho, como una cuestión previa de fundamental importancia (conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en junio de 2.006).

La designación de los jueces en Tucumán y el control judicial del proceso de selección

Pablo Martín Mercado y Agustín Francisco Puppio / Abogados

Antecedentes

El modo histórico de designación de los jueces establecido en la Constitución de 1907¹, fue mantenido por la Constitución Provincial aprobada por la Convención Reformadora de 1990, es decir que, tanto los miembros de la Corte Suprema como los magistrados inferiores eran nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo, en este caso, de la Legislatura (art. 87 inc. 5² y art. 99³).

En el año 1991, durante la gestión del entonces gobernador Ramón Ortega, se dicta el De-

creto-Acuerdo N° 82/14 que viene a innovar en el mecanismo de selección de magistrados con la creación de un órgano asesor del Poder Ejecutivo el cual, mediante dictámenes no vinculantes, elevaba una nómina de candidatos para cubrir los cargos vacantes de jueces inferiores⁴. Este primer Consejo Asesor de la Magistratura (CAM) estaba integrado por representantes de la Facultad de Derecho de la UNT, del Colegio de Abogados de Tucumán y del Poder Judicial. Esta composición se mantuvo hasta su derogación en el año 2003, con la salvedad de que en

el año 1996 se incorpora a un representante del Colegio de Abogados del Sur de la provincia, que intervenía cuando el cargo a cubrirse era del Centro Judicial de Concepción.

El criterio para la selección de los postulantes que el órgano había definido en su reglamento era el de la “sana crítica”, tomando en consideración una serie de pautas que allí se mencionaban a título ejemplificativo (antecedentes profesionales, docencia, publicaciones, etc.). Al tratarse de una suerte de concurso no reglado y en atención al carácter no vinculante de la pro-

¹ Esta preveía entre las atribuciones del Poder Ejecutivo la de “Nombrar, con acuerdo del Senado los jueces superiores e inferiores de la administración de justicia, el ministro fiscal, los agentes fiscales, los defensores, los intendentes de las municipalidades de la campaña y demás funcionarios para cuyo nombramiento se exige este requisito” (art. 103 inc. 5). A su vez el art. 115 prescribía “Los jueces superiores, los de primera instancia y demás funcionarios mencionados en el artículo anterior, serán nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, pero tratándose de los jueces superiores e inferiores, el acuerdo no se considerará prestado si no obtiene los dos tercios de votos de los senadores presentes”.

² “Atribuciones del Poder Ejecutivo... Nombrar, con acuerdo de la Legislatura, los jueces de la Corte Suprema, de las Cámaras, de primera instancia, el Ministro Fiscal, los fiscales, los defensores y asesores en la administración de justicia, y demás funcionarios para cuyo nombramiento se exija ese requisito”.

³ “Los jueces de todas las instancias y demás funcionarios del artículo anterior, serán nombrados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo de la Legislatura”.

⁴ En el texto de la norma se dejaba expresamente aclarado que su sanción no implicaba la renuncia por el Poder Ejecutivo a la facultad que le otorgaba el art. 87 inc. 5 de la Constitución y declaraba entre sus propósitos la realización de los principios democráticos de igualdad de oportunidades e idoneidad en la selección.





Hacia fines del año 2003 se dicta un Decreto-Acuerdo que deroga el Decreto de Creación del Consejo de la Magistratura, volviéndose al sistema que otorgaba discrecionalidad al Poder Ejecutivo en la designación de magistrados.

⁵ Ver decreto-acuerdo 82 (SGyJ) del año 1993

⁶ El PEN, por medio del decreto 222/03, había reglamentado la facultad del art. 99 inc. 4 de la Constitución Nacional para el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adoptando instancias de participación ciudadana a los fines de dotar de mayor transparencia la procedimiento de designación. Esto había constituido auténticamente una autolimitación en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo Nacional, a contrario de lo que significaba el decreto acuerdo 24/01 en el orden provincial, puesto que, con la derogación del CAM, se ampliaba la discrecionalidad del Poder Ejecutivo. Por otra parte, los mecanismos de participación ciudadana podrían haberse implementado sin necesidad de eliminar el CAM y a los fines de reforzar aún más la transparencia en el procedimiento, lo que hubiese sido un verdadero avance en la materia

puesta, no estaba habilitada la vía de impugnación de sus decisiones, que se tomaban mediante el sistema de simple mayoría y sin obligación de fundamentación. En relación a este último punto, fue luego habilitada la posibilidad de que en las actas quedara constancia de las disidencias y a pedido de sus miembros, de los fundamentos de sus votos⁵.

Llegamos así hasta el 22 de diciembre de 2003, cuando por medio del Decreto-Acuerdo N° 24/01 se deroga el decreto de creación del Consejo Asesor de la Magistratura, volviéndose al sistema de nominación discrecional del Poder Ejecutivo sin la intervención previa de ningún órgano.

La justificación de este cambio, esbozada en sus considerandos, era adoptar un mecanismo similar al implementado en el orden nacional para la selección de los jueces de la Corte Suprema de Justicia⁶, posibilitando la participación de la ciudadanía.

Esta nueva norma establecía un procedimiento de nominación con la publicación del nombre de los candidatos que elevaría el Poder Ejecutivo a la Legislatura, quienes podían ser impugnados dentro de un plazo que se fijaba en 15 días. A la vez creaba un registro público para la inscripción de los aspirantes a cubrir los cargos.

En el año 2006 se reforma la Constitución, estableciéndose que “para nombrar jueces de Primera Instancia, de las Cámaras, defensores y fiscales, el Poder Ejecutivo organizará un Consejo Asesor de la Magistratura, cuyo dictamen será vinculante y que tendrá como criterios rectores en la selección de los candidatos, los siguientes: concursos de antecedentes y oposición, entrevistas y opiniones vertidas por la ciudadanía acerca de los candidatos propuestos, para lo cual deberá habilitarse un período de impugnación” (art 101 inc. 5 in fine). Se vuelve, nuevamente, a un sistema de consejo asesor organizado por el Poder Ejecutivo (PE) mediante decreto, pero ahora con decisiones de carácter vinculante. La Constitución otorgaba al PE un plazo de seis meses para reglamentar su creación y funcionamiento (art. 162)

En uso de esta facultad constitucional, el PE organiza y reglamenta el Consejo Asesor de la Magistratura mediante el Decreto 1820/14 (MGyJ) del 15 de junio de 2006. Se componía en su mayoría con representantes del estamento político: el Ministro de Gobierno, el Fiscal de Estado y el Secretario General de la Gobernación en representación del PE; un representante del Poder Judicial designado por la Corte Suprema; un legislador elegido por sim-





ple mayoría; un representante del Colegio de Abogados cuya vacante se pretenda cubrir elegido por sorteo público.

Preveía, además, la publicación de la nómina de aspirantes a los fines de su impugnación, las que, previo traslado a la parte interesada, eran resueltas por mayoría de 2/3 en decisión irrecorrible.

El concurso se integraba con cuatro etapas: evaluación de antecedentes, resolución de casos prácticos (oposición), entrevistas personales y examen de aptitud psicofísica.

El sistema articulado por la Constitución de 2006, reglamentado mediante el Decreto 1820/14 (MGyJ) del PE, finalmente no fue aplicado en virtud del fallo emitido por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo en la causa promovida por el Colegio de Abogados de Tucumán⁷ que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la norma del art. 101 inc. 5 solamente en el tramo que preceptúa “el Poder Ejecutivo organizará un Consejo Asesor de la Magistratura”, luego confirmado por la Corte Suprema⁸ de la provincia y actualmente pendiente de resolución del recurso extraordinario concedido ante la Corte Suprema federal⁹.

Estando así las cosas, la Legislatura sanciona el 20/11/08 a instancias del PE, la Ley N° 8136,

luego de declarar la emergencia del Poder Judicial ante el importante número de cargos vacantes, dispone un procedimiento para el nombramiento de jueces interinos (subrogantes). Se llama a inscripción de postulantes de entre los cuales el PE elegirá uno y remitirá el pliego a la Legislatura, que podrá aprobarlo con la mayoría absoluta de sus miembros. Quien sea designado se iba a desempeñar hasta la asunción de su titular por el procedimiento que se determine (art. 7).

Ante procesos de amparo iniciados en contra de esta ley, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo dicta una medida cautelar que ordena la “suspensión total del proceso de designación de magistrados interinos de la Ley 8136, del Decreto 4201/1, de la Resolución MGJT n° 629/14 y de las demás disposiciones y actos de aplicación individual que sean su consecuencia; hasta tanto recaiga sentencia firme en el presente proceso de amparo”¹⁰. Tomando como guía el fallo “Rosza” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y practicando el distinguo entre el “órgano” y el “procedimiento” del art. 101 inc. 5 de la Constitución, el Tribunal entendió que “el régimen de cobertura interina de la Ley N° 8136 no establece aparentemente ninguna regla selectiva o parámetro de valora-

ción objetiva o pauta comparativa de antecedentes, sino un procedimiento de designación discrecional sin selección previa alguna, la Ley N° 8136 aparece prima facie desvinculado del procedimiento constitucional establecido en el art. 101.5 que establece como criterio rector la “selección objetiva, reglada y comparativa, de los aspirantes a jueces”.

Con ello se había terminado de producir el vacío legislativo en cuanto al órgano y al procedimiento para la cobertura de las vacantes de los cargos del Poder Judicial de la Provincia, que la Ley N° 8.197 vino a cubrir.

El CAM creado por la Ley N° 8.197: estructura y ubicación institucional

Analizada la cuestión acerca de los antecedentes del CAM en la Provincia de Tucumán, corresponde adentrarnos ahora en el análisis en particular de este órgano conforme lo regula la Ley N° 8.197¹¹.

La creación del CAM mediante ley sigue las pautas establecidas por la Corte Suprema de la Provincia en la sentencia dictada en la causa “Colegio de Abogados de Tucumán vs. Honorable Convención Constituyente de Tucumán s/ Inconstitucionalidad”, donde, si bien se expresaba que correspondía una reforma constitucio-

7 Causa “Colegio de Abogados de Tucumán vs. Honorable Convención Constituyente de Tucumán s/inconstitucionalidad”, expte. N° 379/06, sentencia N° 7 del 5/2/08.

8 CSTuc., Sala Lab y CA, “Colegio de Abogados de Tucumán vs. Honorable Convención Constituyente de Tucumán s/ Inconstitucionalidad”, sentencia N° 888/2008.

9 Sentencia N° 1313/2008 del 22/12/08.

10 Esta medida cautelar se dicta en el juicio “Avila Carabajal Guillermo vs. Provincia de Tucumán s/Amparo”, expte. n° 1073/08, sentencia N° 994 de fecha 21/12/08 y en idénticos términos, en la causa “Colegio de Abogados del Sur vs. Provincia de Tucumán s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. N° 1074/08, sentencia N° 995 de igual fecha.

11 B.O. 12/08/09





➤ ➤ nal que regule la creación, conformación y atribuciones del órgano encargado de selección de los postulantes a la magistratura, solicitaba a los otros poderes, atento el estado del Poder Judicial producto de las vacantes producidas, y para posibilitar una solución con el fin de no frustrar el desarrollo, que se ponga en vigencia un régimen legal. Por lo expuesto, entendemos se admitía la posibilidad de la creación de dicho órgano mediante la sanción de una ley¹².

12 "... En estas condiciones y hasta que una reforma constitucional regule la creación, conformación y atribuciones del órgano encargado de seleccionar los postulantes a la magistratura, esta Corte, con la finalidad de posibilitar una solución a una situación estructural atinente al efectivo y oportuno desarrollo de la función judicial, solicita la intervención de los otros Poderes del Estado Provincial para que pongan en vigencia un régimen legal de selección de postulantes a los cargos de la magistratura. Tal régimen jurídico a plasmarse en una ley deberá adecuarse a lo considerado en la presente sentencia y en el fallo recurrido, asegurando un imprescindible equilibrio político, el buen orden de las instituciones y el derecho a ser juzgado por un juez imparcial dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional. La implementación de este régimen legal deberá efectuarse con la rapidez que exige la naturaleza de los intereses comprometidos, a fin de evitar que las situaciones que puedan presentarse hasta la entrada en vigencia del nuevo régimen normativo, den lugar a consecuencias frustratorias de garantías constitucionales" (voto del Dr. Gandur).

Así, el artículo 1º de la ley mencionada crea el Consejo Asesor de la Magistratura (CAM), ubicándolo orgánicamente en jurisdicción del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán. Esta ubicación orgánica-institucional pone de manifiesto que se siguen los reparos efectuados en los votos de mayoría, en cuanto sostenían que la ubicación dada al CAM por la Reforma Constitucional del año 2006 que lo convertía en un órgano asesor del Poder Ejecutivo, fin que no

13 "No cabe duda que conforme al propio texto y sentido de la Ley N° 7469 y a la finalidad que la anima, la habilitación prevista por ella no fue la creación de un Consejo Asesor "del Poder Ejecutivo" -como erradamente sostiene la accionada a fs. 630 vta., 631 vta. y 632-, sino de un Consejo Asesor "de la Magistratura" o, lo que es igual, de un órgano con competencia exclusiva para la selección de magistrados, que debía contribuir decididamente al fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial respecto de los poderes políticos reduciendo fundamentalmente la injerencia y discrecionalidad del Órgano Ejecutivo, imperante hasta entonces en la selección y designación de magistrados, merced a la detracción de la etapa de selección que en el anterior sistema que se procuraba reemplazar era ejercitada de manera exclusiva y excluyente por el Gobernador, conforme a los términos de las normas constitucionales aplicables (artículos 46 y 87 inciso 5 de la constitución de 1990)" (Voto del Dr. Goane en "Colegio de Abogados de Tucumán vs. Honorable Convención Constituyente de Tucumán s/ Inconstitucionalidad")

fue el perseguido por la Ley N° 7.469, habilitante de la reforma¹³.

En el artículo citado agrega que el CAM goza de independencia funcional sin estar sujeto a jerarquía administrativa alguna¹⁴. Esta no sujeción a una jerarquía determinada implica la inexistencia de un órgano superior que pueda darle órdenes o instrucciones y que sus actos no son revisables por vía de recursos administrativos. Ahora bien, esta imposibilidad de revisión hace a

14 El principio de jerarquía supone básicamente la potestad de mando de los superiores, y el consecuente deber de obediencia de los inferiores; de modo que existe un estado de subordinación de unos órganos con respecto a otros. Cabe señalar también que el vínculo jerárquico exige que los órganos que están ubicados en distintos niveles o grados tengan atribuida igual competencia en razón de la materia y ello constituye una línea común vertical ascendente descendente. El superior jerárquico puede, con recepto al órgano inferior, en principio y en términos teóricos: a) Designar y remover al agente que ocupa el órgano inferior; b) dictar instrucciones de alcance general mediante resoluciones, planes o programas; c) dar ordenes de alcance particular respecto de asuntos concretos; d) coordina funciones de órganos inferiores entre sí de modo de darle unidad de acción; e) controlar o fiscalizar el desempeño del inferior; f) aplicar sanciones al inferior según el régimen vigente; g) transferir competencias propias del órgano inferior es decir, delegar; h) avocarse respecto de cuestiones propias del inferior; i) revocar, modificar o sustituir actos del inferior, por petición de parte interesada a través de los recursos administrativos, por razones de legalidad u oportunidad y por ultimo j) resolver conflictos de competencia entre órganos inferiores, siempre que sea el superior jerárquico común respecto de ambos (Balbín, Carlos Francisco, Curso de Derecho Administrativo, La Ley 1ra ed., Buenos Aires, 2008, TI, pág. 588-589).





las cuestiones de naturaleza administrativa por vía de recursos administrativos.

En relación con los pronunciamientos que hacen a su función primordial que es la selección de magistrados, como así también al dictado de su propio reglamento de funcionamiento, son pasibles de revisión judicial, cuestiones que más adelante desarrollaremos.

Por otra parte, prevé el funcionamiento de una estructura de tipo colegiada, en la cual el ejercicio de la competencia se halla asignada a varias personas físicas, simultáneamente, que actúan entre sí en un pie de igualdad, salvo ciertas atribuciones puestas en determinados casos en cabeza de quien preside (ej. presidente del Consejo). La voluntad de estas personas expresadas conformes el modo indicado en la normativa vigente¹⁵ (para el caso el reglamento interno de funcionamiento¹⁶), constituye la voluntad del órgano.

Cada uno de los miembros del colegio es incompetente por sí mismo para expresar la voluntad orgánica. Los colegios expresan su voluntad en actos que se denominan deliberaciones y concluyen con la emisión del acto respectivo. El incumplimiento de las formas o de los modos previstos en el procedimiento establecido en el reglamento, traerá aparejado, en

el caso, un vicio que, conforme su gravedad, conllevará a la nulidad del acto emitido.

El reglamento interno

La Reforma de la Constitución de Tucumán producida en el año 2006 introdujo un cambio trascendental en materia de selección de jueces al pasar del sistema puramente discrecional al reglado. La nueva norma manda que el procedimiento incluya un concurso de antecedentes y oposición, entrevistas y opiniones vertidas por la ciudadanía. Estos criterios rectores conservan plena vigencia puesto que no se han visto alcanzados por la declaración de inconstitucionalidad con la que la Cámara en lo Contencioso Administrativo, y luego la Corte, fulminó la parte pertinente del art. 101 inc. 5, que afecta solamente a la facultad del Poder Ejecutivo de organizar el CAM.

El art. 6 de la Ley N° 8.197 ha conferido al CAM la facultad de dictar su reglamento interno donde “deberá prever el procedimiento y demás aspectos necesarios para la realización de los concursos de antecedentes y oposición tendiente a la selección de los postulantes a magistrados y funcionarios que elevará al Poder Ejecutivo”.

Corresponderá, entonces, que mediante el re-

glamento interno este órgano regule primordialmente las dos materias que, en la visión del constituyente, forman los pilares fundamentales del proceso de selección de jueces: el concurso público y la participación ciudadana.

De modo que, tanto la ley como las previsiones reglamentarias deberán estar orientadas esencialmente a la realización de estos dos principios inspiradores, bajo riesgo de quebrar los límites de la constitucionalidad.

En cuanto al primero de los principios (concursos), la ley no ha dejado todo librado a la potestad reglamentaria, sino que ha dado unas pautas mínimas.

Así, ha previsto las tres etapas del concurso (que en realidad ya las estableció el constituyente): i) la evaluación de antecedentes, ii) la prueba de oposición y iii) la entrevista. Precisa que la prueba de oposición será evaluada por un tribunal designado por el CAM para cada caso, integrado por magistrados, abogados o académicos de reconocida trayectoria provincial o nacional en la materia que se trate (art.12). Se especifica, además, el puntaje máximo que podrá asignarse a cada etapa, dándose notoria preponderancia a la prueba de oposición y a los antecedentes¹⁷, reservando para las normas reglamentarias el procedi-

¹⁵ Herrera de Villavicencio, Blanca, La organización Administrativa y sus principios jurídicos, Cooperadora del Fondo de Cultura Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.T, 1991, pág. 92.

¹⁶ Este deberá prever forma de convocatoria, quórum, mayorías para toma de decisiones, etc.

¹⁷ Estos máximos son: para la evaluación de los antecedentes hasta 35 puntos, para la prueba de oposición hasta 55 puntos y para la entrevista personal hasta 10 puntos, requiriéndose un puntaje mínimo de 60 puntos en la sumatoria de las dos primeras etapas para poder pasar a la tercera.





miento y los criterios en base a los cuales se evaluará cada una. La pauta constitucional y básica para la elección de los candidatos es la idoneidad en su doble aspecto: técnica (o intelectual) y moral (o ética)¹⁸.

El concurso público es el procedimiento que mejor se ajusta a la búsqueda y concreción de aquella exigencia: la selección de los más idóneos para ejercer la función jurisdiccional del Estado. Pero la idoneidad que aquí interesa es la objetiva y la manera de alcanzarla será a través de la precisión de criterios o estándares objetivos de evaluación: el mérito como condición para acceder a la judicatura. Todo lo que implique expandir los espacios de valoración subjetiva no estará enderezado al propósito y al espíritu de este sistema, sin perder de vista que la idoneidad es, además, el criterio plasmado en la Constitución (art. 16 CN) para el acceso a todos los cargos públicos.

La claridad de las condiciones que se establezcan para la selección y la objetividad en su ponderación, constituyen la garantía necesaria de los participantes del concurso y de los ciudadanos en general¹⁹. Deberá, por cierto, procurarse el establecimiento de un procedimiento mayormente reglado, reduciendo a su mínima expresión los elementos discrecionales, también

garantía fundamental de los participantes para que pueda ejercerse el control de legalidad. En adición, el reglamento tendrá que ajustarse a los demás principios del procedimiento administrativo, entre los que destacamos los de igualdad de oportunidades de participación, publicidad, concurrencia, celeridad, eficacia, transparencia y formalismo atenuado.

En cuanto al segundo de los principios rectores del sistema (participación ciudadana), la ley exige que se comience con una amplia publicidad del procedimiento y de todos los actos del CAM. Aquí también la ley ha previsto ciertas condiciones mínimas de publicidad e instancias de participación ciudadana, que el reglamento indudablemente deberá reforzar.

Conviene que el reglamento implemente una difusión masiva del “llamado público” (art. 11) a la cobertura de los cargos vacantes, con indicación del procedimiento, las condiciones de inscripción y participación, etc.

El art. 11 dispone la publicidad de la nómina de los postulantes por lo menos un día en el Boletín Oficial y en un diario de circulación local “para que la ciudadanía tenga oportunidad de impugnar fundadamente a los mismos, en el plazo que el Reglamento Interno del CAM determine”. Por lo tanto, por vía reglamentaria

podrá ampliarse el plazo y los medios de difusión de la publicidad (que es lo esperable) y establecer el procedimiento, junto con el plazo para la presentación de las impugnaciones. Es aconsejable, además, que junto con la nómina, puedan publicitarse también los antecedentes de los postulantes²⁰.

Por su parte, el art. 15 manda la publicación del orden de mérito resultante del concurso antes de su remisión al Poder Ejecutivo “para que la ciudadanía tome conocimiento”.

El control y la participación ciudadanos deben estar garantizados reglamentariamente, junto con el acceso irrestricto a la información o documentación relacionada con el desarrollo de los procesos de selección (como en general de toda la actividad del órgano) y el derecho de quienes presentan impugnaciones u observaciones a una decisión motivada con expresión circunstanciada de razones, como exigencia elemental en un Estado democrático y republicano. La realización de audiencias públicas en alguna de las etapas del procedimiento de selección, ya sea ante el CAM, el Poder Ejecutivo o la Legislatura, constituye una herramienta altamente recomendable de participación ciudadana y democratización de las decisiones del Estado.

18 Téngase presente que la idoneidad técnica no solamente tendrá que orientarse a medir los conocimientos jurídicos de los participantes sino también otros saberes que el desempeño del cargo exige y que hacen a la organización y el eficiente manejo de los recursos humanos y materiales de los juzgados.

19 Entendemos que el anonimato de la prueba escrita de oposición se impone como ineludible dentro de este proceso. Asimismo, los puntajes máximos consignados por la ley para las distintas etapas pueden considerarse una muestra un necesario equilibrio ordenado a la disminución del margen de discrecionalidad, esto siempre y cuando prevalearan los criterios objetivos para su asignación.

20 Lo que podría hacerse en Internet por ejemplo





Por último, vienen al caso las palabras de Julio Comadira²¹ al comentar el Decreto 222/03 por el cual el PEN autolimitó sus facultades en el proceso de nominación de los jueces y que pueden ser trasladables a nuestro caso: “Es inherente a la lógica democrática y republicana del nuevo sistema, que la decisión de proponer o no al candidato sea la conclusión de un procedimiento regularmente sustanciado y que ella contenga una correcta motivación. Por ende, es coherente que si el procedimiento o la decisión no responden a las exigencias del decreto, el cumplimiento de éste pueda ser exigido judicialmente por quienes, en ejercicio de su legitimación, presentaron posturas, observaciones o circunstancias relacionadas con los preseleccionados”.

El control judicial del proceso de selección de jueces.

Corresponde, ante todo, afirmar como principio que en un Estado democrático de derecho

²¹ “Selección de jueces y coherencia institucional”, diario La Nación, 24/03/04.

²² En especial, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en sus arts. 8 y 25.1.

²³ El CAM, en tanto órgano encargado de llevar adelante el procedimiento de selección de jueces y elevar una propuesta de cinco candidatos al Poder Ejecutivo, ejerce funciones administrativas y sus decisiones se plasman en actos administrativos.

no existen ámbitos de decisión de los poderes públicos que, pudiendo afectar derechos de particulares, se encuentren exentos del debido control judicial. La tutela judicial efectiva se encuentra consagrada como un derecho fundamental en los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de la jerarquía de la Constitución²².

De manera que, los actos administrativos dictados por el CAM²³ son susceptibles de ser controlados y revisados judicialmente²⁴. Ahora bien, ¿cuál es el alcance y los límites que debe tener la revisión judicial?

Se debe tener presente, antes de ingresar a contestar la pregunta planteada, que el propio reglamento interno del CAM estará sujeto al control de constitucionalidad, en tanto, por ejemplo, algún postulante entienda que alguna de sus normas resultan violatorias de un derecho subjetivo o contienen algún elemento discriminatorio.

El alcance del control estará circunscripto por

²⁴ En general sobre la potestad judicial de control de los actos de la administración, véase CSJN fallos 305-2: 1937; 308:2133 y “Nicosia, Alberto Oscar” (9/12/93); en particular sobre los actos del Consejo de la Magistratura en la provincia de Buenos Aires: Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, causa B. 59.168 “Riusech, María Elia s. Acción de Amparo - Cuestión de competencia Art. 6° C.P.C.A.”.

la naturaleza discrecional o reglada del acto administrativo. Entendemos que, sobre los actos reglados, cabe el control de legalidad, preservando el respeto por las formas sustanciales del procedimiento.

En cuanto a los actos discrecionales, juzgará su razonabilidad sobre la pauta que brindan los principios generales del derecho, en tanto operan como límites jurídicos de la discrecionalidad, descalificando casos de arbitrariedad. Revisará también un eventual apartamiento en relación a los elementos reglados de la actividad discrecional²⁵.

En este marco, la motivación, siguiendo a Comadira, asume un papel decisivo “porque en ella no solo cumple el órgano estatal con la obligación republicana de dar debida cuenta de sus decisiones, sino que, además, encuentra el ciudadano la explicitación razonada de la valoración que lo afecta”²⁶.

En un caso tramitado ante el Juzgado N° 1 en

²⁵ Vgr. competencia, causa, objeto, motivación, finalidad (Comadira, Julio Rodolfo, “El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura” en Cassagne, Juan C. - dirección-, Derecho Procesal Administrativo, tomo 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 439-457)

²⁶ Comadira, J.R., ob. cit., p. 452





lo Contencioso Administrativo de La Plata²⁷, un letrado había cuestionado la terna elevada al Poder Ejecutivo por el Consejo de la Magistratura de Buenos Aires. El juez hizo lugar a la petición cautelar y ordenó al Poder Ejecutivo y a la Comisión de Acuerdo del Senado que suspenda el trámite de nombramiento, hasta que recaiga sentencia sobre el fondo.

Entendió el magistrado que el requisito de la verosimilitud del derecho se encontraba cumplido “toda vez que el accionante ha cuestionado la legitimidad del procedimiento de designación de magistrados, manifestando por un lado que una de las integrantes de la terna elaborada por el Consejo de la Magistratura, no habría aprobado el examen correspondiente, sino que su inclusión en la terna se produce por una revisión del mismo, que no obedecería a correcciones de errores materiales (único caso expresamente autorizado por el art. 21 del Reglamento del Consejo de la Magistratura) sino a modificaciones en los parámetros exigidos para la aprobación, circunstancia totalmente ilegal e ilegítima. A lo que se debe sumar, por otro lado, el hecho de que dicha candidata resultó posteriormente propuesta por el Poder Ejecutivo para ocupar el cargo concursado, sin que este último haya exteriorizado los motivos

que llevaron a la elección de la candidata propuesta respecto de los restantes”.

En este caso, la revisión judicial ha sido limitada a una cuestión de procedimiento, donde se ha ponderado si, en las etapas de selección llevadas a cabo por el órgano, y han sido respetadas las estipulaciones reglamentarias.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires²⁸ ha dejado sentado que “El rechazo de la posibilidad de ejercer el control judicial de la actividad de la Legislatura en el procedimiento de designación de magistrados, mediante la caracterización de esa actividad como “político-institucional” (o por intermedio de cualquier otro rótulo), configuraría una lesión a la garantía de la protección judicial establecida en el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica y atacaría lo dispuesto en el art. 12, inc. 6° de la CCBA”, y más adelante se agrega “...queda para el Poder Judicial el control de las formas procedimentales impuestas por la Constitución” (el resaltado es nuestro).

En la causa “Mattera” la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal²⁹ confirmó la medida cautelar dictada por el juez de Primera Instancia, donde se ordenaba suspender los efectos de la resolución del Plenario del Consejo de la Magis-

tratura de la Nación, que había excluido sin fundamento a la actora de una lista complementaria elevada por la Comisión de Selección.

Por una parte, el Tribunal confirma el carácter revisable de los actos de este órgano a pesar de la irrecurribilidad prescripta por el art. 13 apartado “C” de la Ley N° 24.943, pues “aún cuando se acepte que la decisión en la que se conforma una terna -o como en el caso, una lista complementaria- es el fruto del ejercicio de una atribución privativa y excluyente del Plenario del Consejo de la Magistratura, en modo alguno tal reconocimiento lleva a admitir que, en caso de producirse un uso antijurídico de dicha atribución por parte del órgano competente, esa actuación quede exenta de todo control por los jueces, si éste es requerido por el afectado. El criterio expuesto es, por otra parte, el que se adecua a las garantías de la defensa y la tutela judicial efectiva, que aseguran a las personas la posibilidad de acceder a un juez o tribunal para hacer valer sus derechos, así como a obtener una decisión judicial razonablemente pronta, efectiva y eficiente. Esas garantías se encuentran consagradas en los arts. 18, 116 y concs. de la Constitución Nacional, así como en los arts. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, 8° de la Decla-

²⁷ “E, J. O. c. Consejo de la Magistratura y otro”, sentencia del 10/12/08, Sup. Adm. La Ley 2009 (febrero) con nota de Orlando D. Pulvirenti. El caso tuvo amplia repercusión periodística.

²⁸ “Spisso, Rodolfo R. c. G.C.B.A.”, 21/11/2001, La Ley 2002-D, 742

²⁹ “Mattera, Marta del R. c. Consejo de la Magistratura Nacional”, 27/03/2002, Colección de Análisis Jurisprudencial La Ley 01/01/1900, 1043.





ración Universal de Derechos Humanos y 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), todos de rango constitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema”.

Por otra parte, señaló que “se advierte que al modificar las listas, el plenario -constituido en comisión- no habría manifestado, más allá de la mera invocación del consenso, las razones que justificarían el apartamiento del orden de méritos anteriormente asignado a los candidatos, máxime si se repara en el hecho de que tanto en el dictamen del jurado como en aquellos de la Comisión de Selección -ya sea por la mayoría o por la minoría- la doctora M. siempre había sido ubicada en los primeros siete puestos del orden de mérito del concurso”.

El control efectuado en este caso comprende, más allá de la observancia de las reglas procedimentales, la debida motivación que debió contener la resolución del Plenario para apartarse del dictamen de comisión, puesto que tiene la obligación de dar razones y, al no hacerlo, afecta el derecho subjetivo del participante a no ser excluido arbitrariamente de la terna.

En otro caso, la Corte Suprema de la Nación³⁰, por mayoría, declaró inadmisibles el recurso extraordinario intentado por un abogado apartado de un concurso sustanciado por el Consejo de la Magistratura, en contra de la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que había revocado una resolución favorable en primera instancia³¹.

El dictamen del Procurador Fiscal equipara los actos dictados por el Plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación con los del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y de los tribunales examinadores en los concursos de profesores universitarios, con lo cual sólo serían revisables cuando impliquen una grave violación a las formas sustanciales del procedimiento o arbitrariedad manifiesta.

En su voto en disidencia, el ministro Fayt apunta que la revisión quedará circunscripta a ejercer el control de legalidad de los actos emitidos, en el marco de los respectivos procedimientos, y verificar que no se hayan producido transgresiones -nítidas y graves- a la normativa aplicable y, agrega luego, “en supuestos excepcionales donde lo decidido se traduzca en un ejercicio indisimuladamente irrazonable” de sus atribuciones.

En suma, y luego de la breve reseña jurisprudencial efectuada, entendemos, como lo expresamos más arriba, que el control judicial de todos los actos del CAM, donde estén en juego derechos subjetivos, debe ser lo más amplio y pleno, abarcando cuestiones procedimentales como la debida motivación de las decisiones para proteger derechos subjetivos ante las arbitrariedades en que puedan incurrir, sin que ello implique invadir áreas de otros poderes ni sustituir al órgano en su ámbito legal de discrecionalidad³².

De modo que, vgr., una persona que formaliza su inscripción para concursar por una vacante podrá accionar judicialmente si no es admitida en la lista final de inscriptos, ya sea como consecuencia de una decisión oficiosa del propio órgano o por estimar procedentes las impugnaciones que sufrió de otros concursantes o de la ciudadanía en la etapa del art. 12.

El juez competente³³ ejercerá, en estos casos, el debido control con los alcances que hemos precisado. En cuanto a la impugnación judicial del dictamen del CAM, que establece el orden de mérito final de los concursantes, el segundo párrafo del art. 15 atribuye competencia originaria a la Corte Suprema de Justicia de la Pro-

30 CSJN, “C.L., G.” de fecha 23/05/06, DJ La Ley 28/06/2006, 637.

31 Se invocó el art. 280 del Cód. Procesal Civil de la Nación.

32 Ámbito que, insistimos, por vía reglamentaria debe ser reducido al mínimo posible en procura de ampliar el reglado.

33 Tratándose de un órgano estatal que se pronuncia mediante actos administrativos, será competente en las acciones judiciales entabladas a los fines de cuestionarlos, la Cámara en lo Contencioso Administrativo.





vincia para entender en el caso³⁴. El control judicial se extiende a todo el proceso de selección, abarcando también a los actos dictados en consecuencia por el Poder Ejecutivo y la Legislatura.

De acuerdo con el art. 16 de la Ley N° 8.197, el Poder Ejecutivo, al elegir un postulante dentro de la lista de cinco que le eleva el CAM, puede prescindir de su orden de mérito.

Si bien esta facultad se inscribe como discrecional, no por ello podrá dejar de contar con la debida motivación, sobre todo si no elige al pos-

tulante que ocupa el primer lugar en el orden de mérito porque, como expresa Gelli, el PE “debe estos fundamentos a todos los integrantes del pueblo..., eventuales justiciables en un futuro, con pleitos ante el tribunal seleccionado; al preterido, que tiene derecho a ser informado acerca de las razones institucionales que pesaron por sobre sus mayores méritos, reconocidos en el proceso de selección... y al elegido, quien disipará, con ello, las dudas acerca de su idoneidad”³⁵.

El principio de razonabilidad vincula a todos

los poderes del Estado y “... deviene sustantivo en el sistema –constituye el principio de limitación, básico en el estado de derecho- y por tanto resulta operativo y constituye no solo un criterio de interpretación...

El principio de razonabilidad, principio de interpretación en sus comienzos en el Estado de Derecho, se transforma, sin perder su primigenio carácter, en una norma operativa propia del Estado Constitucional de Derecho”³⁶. ❖

³⁴ Aquí nos preguntamos que sucedería en un eventual control de constitucionalidad de este artículo por parte de la Corte Suprema provincial a la luz del reciente fallo en la causa “Batcon SRL vs. Instituto Provincial de la Vivienda y Desarrollo Urbano y otros s/ especiales (residual)” del 03/08/09, donde se declaró inconstitucional y nulo de nulidad absoluta el último párrafo del artículo 80 de la Constitución de la Provincia de Tucumán que dice: “La Corte Suprema tendrá competencia originaria y exclusiva para entender la revisión judicial de los actos administrativos ejecutados de conformidad y con la aprobación del Tribunal de Cuentas”.

³⁵ Gelli, María Angélica, La selección de los jueces bajo el parámetro de la razonabilidad (El caso del Juez Alioto), Suplemento Constitucional La Ley 28/09/09, p. 45.

³⁶ Gelli, M. A., art. cit., p. 48.



////////// **PRIMER PREMIO** //////////////////////////////////////
Concurso de Ensayos “70º Aniversario Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT”

Consideraciones acerca del daño punitivo en el ordenamiento argentino

Manuel Gonzalo Casas / Daniela López / Estudiantes

La Ley 26.361, en virtud de su art. 25, agregó el art. 52 bis a la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y del Usuario, incorporando el daño punitivo en nuestro derecho positivo. Este instituto merece diversas consideraciones. En el presente ensayo sólo analizaremos sus principales aristas.

1. Introducción

En 1993, en nochebuena, una mujer circulaba en su auto, un Chevrolet Malibú, con sus cuatro hijos y una amiga. Paró en un stop y fue embestida desde atrás por otro coche. Su auto explotó. Era un modelo con el depósito de nafta ubicado en su parte trasera, de manera tal que al ser chocado de atrás era propenso a explotar e incendiarse. Todos sufrieron graves daños, los niños, que viajaban en el asiento trasero, quemaduras de hasta 60 %. En 1999, un jurado nor-

teamericano condenó a la empresa automotriz General Motors a pagar una suma en concepto de daño punitivo, 47 veces superior a la de la indemnización compensatoria.

La condena se basó en un estudio de la relación costo-beneficio que había realizado uno de los ingenieros de la corporación en 1973, donde se establecía que asignando un valor de U\$S 200.000 a cada vida humana, se llegaba a la conclusión de que costaría únicamente U\$S 2,40 transigir los casos de accidente, pero

U\$S 8,59 modificar el diseño y ubicación del depósito de gasolina, por lo que la compañía habría preferido dejar los autos en el mercado que refaccionarlos. Este es el leading case “Anderson vs. General Motors”¹.

Pues bien, hasta el 28 de Abril del 2008 en Argentina era impensable una condena semejante, por que el daño punitivo no estaba receptado legislativamente. Pero a partir de esta fecha, la modificación a la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y del Usuario (LDC) por la Ley 26.361, incorporó el rubro en cuestión a nuestro ordenamiento positivo, poniendo sobre la mesa el debate de si se trata de una figura en pugna con el edificio romanista del que somos herederos, o si en cambio puede ser una herramienta de utilidad conciliable con el derecho de daños y adaptable a nuestra tradición.

1- Véase **Coderch, Pablo Salvador**, Punitive Damages, http://www.indret.com/pdf/013_es.pdf; **Brun, Carlos A.**, ¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados "daños punitivos"), DJ 2004-3, 1228; **Leiva, Miguel J.**, Los daños punitivos. Estado actual del tema en nuestro derecho y sus posibles perspectivas, **L.L. Online**





2. Daño Punitivo².

2.1. Denominación y Definición

Este rubro dentro del derecho de daños ha sido denominado en el common law de las más variadas formas. Se lo llamó “punitive damages, exemplary damages, vindicative damages, non compensatory damages, smart money...entre otras”³. Entre nosotros, la voz que mayor difusión alcanzó es la de daño punitivo, que corresponde a una suerte de traducción de la expresión anglosajona punitive damages⁴. Nosotros, al igual que gran parte de la doctrina⁵, no

2- Sobre los daños punitivos en general véase Pizarro, Ramón, “Daños punitivos” en AAVV Derecho de Daños. Segunda Parte, Ed. La Rocca, Bs. As., 1993, ps. 287-237; Alferini, Atilio, Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después, L.L. 2008-B, 1239; mismo autor Informe sobre la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil de 1998, L.L. 1999-C, 860; Álvarez Larrondo, Federico, Los daños punitivos, L.L. 2000-A, 1111; Molina Sandoval, Carlos A., Reformas sustanciales, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 81; Pérez Bustamante, Laura, La reforma de la ley de defensa del consumidor, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 109; Picasso, Sebastián, Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 123; mismo autor Sobre los denominados “daños punitivos”, L.L. 2007-F, 1154; Nallar, Florencia, Prevención del Daño: La “Multa Civil” o “Daños Punitivos” en el Proyecto del Código Civil de 1998, ADLA 2007-E, 5494; Ghersi, Carlos A. y Weingarten, Celia, Proyecto de reforma a la ley del consumidor, L.L. 2006-E, 1144 - DJ 22/11/2006, 899; Lorenzetti, Ricardo L., La responsabilidad civil, LLP 2002, 1302 - L.L. 2003-A, 973 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 153; Rivera (h.), Julio César, Ideas di-

compartimos este nomen iuris, dado que lo que se pune no es el daño en sí, éste es resarcible, prevenible, pero nunca punible. Lo que realmente es punible es la acción del sujeto dañador; es decir, el acto ilícito. Es por ello, que el art. 1587 del Proyecto de C.C. de 1998 lo denominaba multa civil. Nosotros, a pesar de considerar que esta es una mejor manera de llamarlo, pensamos que hubiera sido más coherente con el espíritu de la institución la denominación de pena privada, como quedará explicitado cuando exponemos la naturaleza jurídica de este instituto. Sin

rectrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998, Acad.Nac. de Derecho 2000, 44; Highton, Elena, Álvarez, Gladys S. y Gregorio, Carlos G., Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico, L.L. 1997-C, 1045; Bustamante Alsina, Jorge, Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil, L.L. 1994-B, 860; Colombres, Fernando Matías, Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor, L.L. 16/09/2008; Garrido Cordobera, Lidia, Los criterios económicos (costo, eficiencia) y los daños punitivos aplicados a la actividad industrial, http://www.garridocordobera.com.ar/pagina_nuevo_a_36.htm; entre otros; Brun, ob. cit.; Leiva, ob. cit.

3- Véase **Leiva, ob. cit.**

4- Decimos que es una suerte de traducción, ya que como sostiene Bustamante Alsina, Los llamados “daños punitivos”..., cit.; mismo autor, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 681; basándose en un diccionario jurídico anglo-americano damage significa daño, pero damages –es decir, damage en plural- hace alusión a una compensación por el daño sufrido; por lo que punitive damages, no sería daño punitivo, sino indemnización punitiva.

embargo, por razones didácticas, de practicidad y por estar nominado de tal forma en el epígrafe del art. 52 bis de la Ley 24.240 t.o. 26.361 utilizaremos la expresión daño punitivo.

Se han brindado diversas definiciones⁶. Nosotros compartimos la reformulación de Leiva de la definición brindada por Pizarro⁷. Así, los daños punitivos son “las sumas de dinero u otro tipo de bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, que los tribunales mandan a pagar a favor de la víctima del ilícito o de un tercero, que se suman a la condena por indemnización

5- Pizarro, ob. cit., p. 291; Brun, ob. cit.; Nallar, ob. cit.; Leiva, ob. cit.; Molina Sandoval, ob. cit.; Moisés, Benjamín, Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la ley 24.240, RCyS 2008, 271, Stiglitz, Rubén y Pizarro, Ramón, Reformas a la ley de defensa del consumidor, L.L., 16/03/2009; Arballo, Gustavo, Daños Punitivos, Daños Lucrativos, http://www.saberderecho.com/2007/11/daos-punitivos-daos-lucrativos_23.html.

6- Así, Glannon, Joseph, citado por Picasso, Nuevas categorías..., cit., lo definió como aquellos “otorgados (...) para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro”; Pizarro, ob. cit., ps. 291-292, expresó que son las “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”; Brun, ob. cit., lo conceptualizó como la “condenación suplementaria que en determinados casos, se aplica a quien causa un daño injusto.

7- Véase **Nota N° 6**

nes de los daños realmente experimentados por el damnificado y que están destinadas a punir graves inconductas y a prevenir hechos similares en el futuro⁸. La única objeción que, a nuestro entender, merece esta definición, es la de no haber establecido que la suma de dinero o de bienes puede ir a favor no sólo de la víctima o de un tercero, sino también, de ambos sujetos a la vez.

2.2. Funciones

De la definición expresada surgen las dos principales funciones del instituto: la sanción de graves inconductas y la prevención de hechos futuros, a las que debe sumarse, el desmantelamiento del ilícito lucrativo^{9 10}.

Con respecto a la primera función, este instituto tiene por fin castigar a quienes actúan de una manera reprochable. El Estado no puede

quedar pasivo frente a actitudes extremadamente intolerables como el afán de lucro, en detrimento de los derechos de terceros. Debe proceder de manera categórica para, de este modo, restaurar el orden alterado.

En cuanto a la prevención de hechos futuros, por medio de una sanción ejemplificadora, se puede disuadir a los eventuales dañadores, logrando la no consumación de los daños. Esta tiene, a su vez, un doble efecto. Uno particular, es decir, referido al responsable, evitando que éste vuelva a incurrir en ilícitos; y otro general, destinado a los demás potenciales dañadores, procurando que, a partir del temor a una sanción, presten atención al aspecto preventivo de su actividad. La última función consiste en el desmantelamiento de los efectos de los ilícitos lucrativos. Con ésta se busca aniquilar las consecuencias de aquellos supuestos, en los cuales

el responsable obtiene un beneficio económico aún después de pagar las indemnizaciones pertinentes, es decir, en los que se procuró la utilidad en base al desconocimiento de los derechos de los demás. De esta manera, se procede a expropiar la utilidad ilícita obtenida por el dañador.

Pues bien, a partir de estas funciones, se puede apreciar la conveniencia de la recepción de este instrumento no sólo para los daños al consumo, sino también en la propiedad intelectual en lo relativo a copyright; en el daño ambiental, dada la imposibilidad de reposición del medio ambiente; en el daño a la intimidad, en los casos en los que la prensa. aún a sabiendas de la falsedad de una noticia. la publica; etc¹¹ ; siendo conveniente una regulación pormenorizada, como la que desarrollaremos luego en relación al consumo.

⁸ Como se infiere, Leiva, ob. cit., realiza dos acertadas modificaciones. Así, establece que el objeto de condena no necesariamente deben ser sumas de dinero, dado que sería conveniente que en ciertos casos se tratara de bienes susceptibles de apreciación pecuniaria distintos a aquel. A su vez, expresa que no es de la esencia del instituto que la condena se destine a la víctima del ilícito, sino que puede ser destinada a un tercero, donde nosotros sumamos que aun puede entregársele, tanto a la víctima como al tercero de manera conjunta, en distinta o igual proporción.

⁹ Además de estas tres funciones, Pizarro, ob. cit., ps. 302-305, expresa que ciertas doctrinas y jurisprudencias comparadas hablan de otras. Menciona al reflejo de la reprobación social frente a graves inconductas, a la protección del equilibrio del mercado y al restablecimiento emocional de la víctima. Nosotros consideramos con respecto a las dos primeras que no son una función acabada, sino que se trata de aspectos secundarios incluidos en las funciones expresadas, es decir, serían funciones anexas. Así, el reflejo de la reprobación social se encuentra en la sanción de graves inconductas. En cuanto a la protección del equilibrio del mercado, como lo explicaremos en el fundamento econó-

mico del instituto, está implícito en la función de prevención. Por último, pensamos que el restablecimiento emocional de la víctima no es una función particular de los daños punitivos, sino del derecho de daños en general

¹⁰ Sobre su desarrollo véase Pizarro, ob. cit., p. 303-305; Brun, ob. cit.; Leiva, ob. cit. Rivera (h), ob. cit. daños en general

¹¹ Por esta razón, Moisés, ob. cit., lamenta que se la haya estatuido sólo en la LDC, y no en el Cód. Civil





➤➤ 2.3. Antecedentes

El instituto proviene principalmente del sistema del common law, específicamente del derecho británico. Así, los daños punitivos tendrían su antecedente en los aggravated damages, incorporados en Inglaterra en el S. XVIII. Estos, originariamente habían sido concebidos como clave resarcitoria para ilícitos de especial gravedad. Pero en 1964 la Cámara de los Lores, en el caso "Rookes vs. Barnard", estableció la distin-

ción de la función punitiva de estos daños con la función resarcitoria tradicional. Lord Devlin consagró que aquellos tienen por fin castigar y disuadir al culpable, lo que claramente excede a la función clásica del derecho de daños¹².

Sin perjuicio de lo expuesto, el principal referente de este instituto es Norteamérica. Es allí donde mayor difusión y desarrollo ha alcanzado¹³.

A su vez, la institución ha sido receptada en

Canadá, Australia, Filipinas, Nueva Zelanda y Sudáfrica^{14 15}.

Ahora bien, en cuanto a nuestro derecho positivo, antes de la Ley 26.361, a pesar de haberse planteado judicialmente¹⁶, no existía ninguna norma que permitiera su aplicación. Fue a partir de estudios de derecho comparado y de esos planteos, que la doctrina comenzó a expedirse sobre el tema de su recepción legislativa en nuestro sistema, siendo casi unánime la

¹² Conf. Bustamante Alsina, Los llamados "daños punitivos"..., cit.; Leiva, ob. cit.; Coderch, ob. cit.

¹³ Se aplica en la gran mayoría de los estados, en algunos con criterios amplios y otros con calidad excepcional. Existen quienes se resisten a su aplicación salvo que los admita una disposición legal expresa: Lousiana, Massachussets, Nebraska y Washington. Conf. Bustamante Alsina, Los llamados "daños punitivos"..., cit.; Coderch, ob. cit.

¹⁴ Conf. Bustamante Alsina, Los llamados "daños punitivos"..., cit.; Picasso, Sobre..., cit.

¹⁵ En cambio, en el derecho continental Europeo, y en los países descendientes de esta tradición aún no ha tenido una generalizada recepción. Cabe decir que si bien la Corte de Casación Francesa se ha mantenido contraria a su implementación hasta la actualidad, en base a que la responsabilidad civil no tiene una función penal; en 2005 se presentó un anteproyecto de reforma al derecho de obligaciones que propone incluir en el Code Civile la pena privada en el art. 1371. Este artículo faculta a los jueces a imponer tal sanción al autor de "una culpa manifiestamente deliberada, y particularmente de una culpa lucrativa". Conf. Pizarro, ob. cit., p. 296; Picasso, Nuevas categorías..., cit.; Stiglitz, y Pizarro, ob. cit. Por su parte, la legislación civil alemana lo prevé para supuestos de violación de derechos del consumidor. Conf. Mac Donald, Andrea, Los daños punitivos y el consumidor; http://www.eldial.com/suplementos/consumidor/tcdNPasp?id=3857Gid_publicar=5891Gfecha_publicar=05/09/2008Gcamara=Doctrina

¹⁶ Se han formulado diversidad de acciones exigiendo una indemnización en concepto de daños punitivos explícitamente, o disfrazándolos a éstos en el daño moral, o bien, una indemnización ejemplificadora que claramente revelaba la idea del daño punitivo. Véase CCivComMercedes.SalaI, 28/06/2007, Coronel, Pedro A. y otro c. La Nueva Bailanta (NB), RCyS 2007, 998; CNFedCivCom.SalaI, 06/03/2007, Faber S.A.C.I. c. Industrias Spar San Luis S.A. y otro, L.L. Online; CNCiv.SalaA, 11/12/2006, Soler, Miguel y otros c. Coca Cola S.A.I.C. y F, L.L. 04/04/2007, 10; CNFedContenciosoadministrativo.SalaIV 06/12/2005, Cozza, Héctor R. c. Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de la Nación y/u otro, L.L. 09/05/2006, 4; CNCom.SalaA, 31/03/2004, D., C. c. Video Cable Comunicación S.A. y otro, L.L. 2004-C, 634; CNFedCivCom.SalaIII, 20/12/2001, Giampaolletti, Elena H. c. Telefónica de Argentina S.A., DJ 2002-2, 245; CNFedCivCom.SalaII, 09/05/1996, Power Tools S.A. c. Capurro y Asociados S.A. y otro, DJ 1997-1, 371; CNCiv.SalaH, 05/12/2007, Bottero, Hugo Enrique y otros c. Nextel Communications Argentina S.A., RCyS 2008-III, 100; CNCiv.SalaG, 28/04/2006, Microsoft Corporation c. Anselmi Gerencia de Riesgos S.A., RCyS 2006—VIII, 58; CNCiv.SalaD, 28/02/1996, G., F.M. y otro c. Centro Médico Lacroze y otros, L.L. 1996-D, 451.



postura dentro de los civilistas a favor de su incorporación¹⁷.

De este modo, el Proyecto de Cód. Civil de 1998 -impulsado por prestigiosos estudiosos¹⁸- lo incluyó en el art. 1587 bajo el nombre de "multa civil"¹⁹. Asimismo, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1999, la comisión n° 10 manifestó de lege ferenda la conveniencia de la inclusión de penas privadas para sancionar graves inconductas. Estas conclusiones fueron ratificadas en 2007, en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

17 En sentido favorable a su recepción se habían pronunciado Pizarro, ob. cit., ps. 287-337; Alterini, Informe..., cit.; Nallar, ob. cit.; Leiva, ob. cit.; Ghersi y Weingarten, ob. cit.; Brun, ob. cit.; Rivera (h.), ob. cit.; Prada Errecart, Miguel, Responsabilidad de los bancos, <http://www.exante.com.ar/PUBLICO/antiores/Diciembre%202006/071206.pdf>. A su vez, en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 2007, se expidieron a favor Wayar, López Herrera, Bueres, Saux, Abdala, Flass, Loustbau, Rinessi, Fumarola, Parellada, Rugna, Taraborrelli, Cornet, Castro, Magri, Berton, Sagarna, Urrutia, Jalil, Hersalis, Ambos, entre otros. La doctrina minoritaria, pero no por eso de menor valor, como se verá al momento de la fundamentación de este instituto, está compuesta por Picasso, Nuevas categorías..., cit.; Garrido Cordobera, ob. cit.; Bustamante Alsina, Los llamados "daños punitivos"..., cit.; Donato, ob. cit.; Kemelmajer de Carlucci citada en Brun, ob. cit. En cuanto a Trigo Represas y López Mesa, pareciera ser que su opinión se inclinaba por su no incorporación a nuestro derecho según surge de Brun, ob. cit.

Finalmente en 2008, con la Ley 26.361, se produjo su recepción legislativa en materia de consumo. A partir de esta normativa, en Octubre del mismo año, se aplicó por primera vez en nuestro país el daño punitivo. Fue el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 39 de la Capital Federal, que en la causa "Cañadas Pérez María Dolores c/ Bank Boston NA s/daños y perjuicios", impuso \$ 12.000 a una entidad bancaria en concepto de daño punitivo, por ser reticente en cuanto a la información y prueba requerida tanto por el juez como por el consumidor²⁰.

18 Entre ellos Alegría, Héctor; Alterirni, Atilio; Alterini, Jorge; Méndez Costa, María Josefa; Rivera, Julio C. y Roitman, Horacio.

19 Esta norma expresa que "El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada". Consideramos que si bien este precepto era un gran avance para el desarrollo del derecho de daños, hubiese sido objeto de varias críticas.

20 JNac.n° 39, 27/10/2008, Cañadas Pérez María Dolores c/ Bank Boston NA s/daños y perjuicios, <http://www.diarijudicial.com/nota.asp?IDNoticia=36735>. Cabe decir que no compartimos la solución brindada en el caso, ya que creemos que no se trataba de una falta de magnitud suficiente

2.4. Fundamento

Nosotros consideramos que este instituto es de suma importancia para el avance del derecho en paralelo con la realidad. Sin embargo, al existir corrientes que lo resistieron y que aún hoy lo resisten, en base a considerar que es un instituto ajeno a nuestro sistema continental de base romanista; a entender que se encuentran cumplidas sus funciones por otros institutos de ramas ajenas al derecho privado; y a sostener que es una pena, por tanto ubicable en el Derecho Penal²¹; creemos oportuno dejar explicitados los fundamentos que, pensamos, justifican al daño punitivo.

como para justificar la aplicación del instituto. Además, aquella también nos resulta extraña, ya que Prada Errecart, Miguel que se encuentra a cargo de tal juzgado, antes de la sanción de la ley 26.361, se había expedido en un artículo sobre el instituto, estableciendo que se lo debía receptor para ser aplicado en casos de conductas de especial gravedad, lo cual no se condice con lo fallado. Véase Prada Errecart, ob. cit.

21 Véase Molina Sandoval, ob. cit.; Picasso, Nuevas categorías..., cit.; mismo autor Sobre..., cit.; Bustamante Alsina, Los llamados "daños punitivos"..., cit.; mismo autor, Teoría General..., p. 683; Kemelmajer de Carlucci citado en Brun, ob. cit.; Martinotti citado en Colombres, ob. cit.; Mayo, Jorge, La inconsistencia de los daños punitivos, L.L., 04/03/2009; Prevot, Juan Manuel, ¿Prevenir, punir o resarcir? La finalidad de la responsabilidad civil, L.L., 18/02/2009; Donato, ob. cit.





➤➤ 2.4.1. Fundamento Jurídico

La responsabilidad civil ha superado su rol meramente reparatorio, es decir, su función de remedio; dado que se consideró que debía exceder la visión simplemente privatista, hacia una solidarista²². De este modo, se habla de Derecho de Daños, entendiendo por éste, no sólo a la faz resarcitoria tradicional de la responsabilidad civil, sino teniendo una concepción mucho más amplia, acorde a los tiempos modernos y a una función social, que acepta una faz preventiva, y una punitiva²³, reformulando, de tal forma, el principio “no hay responsabilidad sin daño”²⁴.

Consideramos que el daño punitivo es el único instituto del Derecho de Daños que cumple esta doble función de manera efectiva y acabada, y ello es suficiente para descartar la postura opositora a su inclusión que expresa que a partir de

la aplicación de diversas herramientas en forma conjunta se puede cumplir con estas funciones²⁵.

A su vez, en lo positivo, por haber sido receptado recientemente en nuestro derecho el instituto que estamos tratando, podemos, en apoyo de esta concepción del Derecho de Daños, citar de ejemplo en cuanto a un instrumento de la faz preventiva, al amparo²⁶, puesto a que éste funciona ante la amenaza de una lesión. Y, con respecto a su órbita punitiva, podemos mencionar, como se afirmó en las XVI Jornadas de Derecho Civil, a la cláusula penal²⁷ (art. 652 Cód. Civil), a los intereses punitivos y sancionatorios, a las astreintes (art. 666 bis Cód. Civil), entre otros.

Asimismo, una norma que pensamos irrefutable como sostén legal a la existencia de las aristas tanto preventiva como punitiva del Derecho de Daños, es el art. 1067 del Cód. Civil. Esta norma

tiva expresa que “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese causado daño, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”. Como se explicita, se establece la idea de pena en el ámbito privado al expresar literalmente “...ilícito punible...”. A su vez, reza que lo que sería factible de punir es un acto ilícito, que haya causado un daño, o bien, que sea susceptible de causarlo, ergo, se deja sentada la cara preventiva del Derecho de Daños.

Además, es conveniente recordar, en relación con la idea de pena en el ámbito privado, que, como lo delimitaron tanto Kelsen como Cossio, no son las normas del Derecho Penal las únicas que poseen como característica la amenaza de una sanción, sino que este es un elemento constitutivo de las normas jurídicas en general²⁸.

²² La idea del derecho de daños en su visión solidarista, atendiendo a sus aspectos preventivo y represivo, en nuestra doctrina nacional había comenzado a exponerse en 1983 por Morello, Hitters y Berizonce. Conf. Brun, ob. cit.

²³ Véase Lorenzetti, ob. cit.; Nallar, ob. cit.; Leiva, ob. cit.; Brun, ob. cit.; Garrido Cordobera, ob. cit.; Pizarro, Ramón y Vallespinos, Carlos, citados en Prevot, ob. cit.

²⁴ Creemos que los aires que traen consigo estas ideas llenan de frescura los estrados, puesto que renuevan la tarea del juez, evitando la burocratización de su función

²⁵ Picasso, Sobre..., cit., Kemelmajer de Carlucci citada en Brun, ob. cit.; Prevot, ob. cit.

²⁶ De igual manera se pronuncia Brun, ob. cit.

²⁷ Con respecto a la cláusula penal, hay autores que expresan que no tendría naturaleza punitiva. De este modo, Bustamante Alsina, Los llamados “daños punitivos”..., cit.; ha expresado que constituye una liquidación anticipada de la indemnización procedente a favor del acreedor en caso de retardo o inejecución, que se calcula en base a lo que las partes consideren que representan los daños. Nosotros con Leiva, ob. cit., consideramos que para poder cumplir la función compulsiva es necesario que a esa liquidación anticipada se le sume un plus para que de esta forma tenga carácter punitivo para el caso de que el deudor no cumpla. Además, el mismo art. 652 del Cód. Civil cuando nos propor-

ciona su definición expresa que es una pena. La norma reza que “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa...”.

²⁸ En la estructura normativa a la sanción la llaman, Kelsen norma primaria, y Cossio perinorma. Véase Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho, Porrúa, México, 1993, p. 46. Cossio, Carlos, La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, Edit. Losada, Buenos Aires, 1944, p. 302





Por otro lado, en alusión a la función del daño punitivo de dismantelar el ilícito lucrativo, es decir, aniquilar las consecuencias producidas, que se estén produciendo, o que se puedan producir, procurando, de este modo, volver las cosas al estado anterior; es oportuno hacer mención del art. 1083 del Cód. Civil. Esta norma dispone que "El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior...". Pues bien, lo que es dable preguntarse, es si la norma hace referencia a la víctima, o además al autor del daño. Nosotros pensamos que la norma hace alusión no sólo a la reposición de las cosas con respecto al sujeto pasivo del ilícito, sino también en cuanto al agente dañador; debido a que existen supuestos en los que junto al

hecho de haber quedado la víctima dañada, aquel se enriqueció con su accionar²⁹, por lo que es pertinente la interferencia del Derecho de Daños recomponiendo la situación, de modo tal de hacer desaparecer todo beneficio ilícito.

Por último, con respecto a este fundamento y en contra de la idea de su no aplicación por su supuesta extrañez a nuestro sistema de base romanista codificado³⁰, cabe mencionar que está regulado en el Cód. Civil de Québec bajo el nomen iuris de "dommages-intérêts punitifs" (art. 1621). Asimismo, pueden encontrarse ciertas penalidades similares a este instituto en el derecho brasileño³¹. En este orden de ideas, no debemos olvidar que nuestro sistema constitucional fue creado en base a la Carta Magna Nor

teamericana, es decir, es inspirado en una constitución del common law. Tampoco hay que perder de vista el valor de la costumbre como fuente de derecho. Así, es dable recordar que ya se accionaba judicialmente en busca de su aplicación antes de su incorporación³². A su vez, la construcción pretoriana, si bien no lo aplicaba explícitamente, a partir de una supra valoración del daño moral, lo incluía en tal rubro³³.

2.4.2. Fundamento económico.

Desde el análisis económico del derecho cabe referirse al Derecho de Daños como incentivo de las conductas del eventual responsable y de las víctimas.

Al respecto podemos traer a colación la idea

²⁹ En sentido concordante Zavala de González, Trigo Represas y López Mesa citados por Brun, ob. cit.

³⁰ Véase Picasso, Nuevas categorías..., cit.; mismo autor Sobre..., cit.; Bustamante Alsina, Los llamados "daños punitivos"..., cit.; mismo autor, Teoría General..., p. 682; Kemelmaier de Carlucci citado en Brun, ob. cit.

³¹ Conf. Picasso, Nuevas categorías..., cit.

³² Se han formulado diversidad de acciones exigiendo una indemnización en concepto de daños punitivos explícitamente, o disfrazando estos en el daño moral, o bien una indemnización ejemplificadora que claramente revela la idea del daño punitivo. Véase Coronel, Pedro A. y otro c. La

Nueva Bailanta (NB), cit.; Faber S.A.C.I. c. Industrias Spar San Luís S.A. y otro, cit.; Soler, Miguel y otros c. Coca Cola S.A.I.C. y E, cit.; Cozza, Héctor R. c. Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de la Nación y/u otro, cit.; D., C. c. Video Cable Comunicación S.A. y otro, cit.; Giampaolletti, Elena H. c. Telefónica de Argentina S.A., cit.; Power Tools S.A. c. Capurro y Asociados S.A. y otro, cit.; Bottero, Hugo Enrique y otros c. Nextel Communications Argentina S.A., cit.; Microsoft Corporation c. Anselmi Gerencia de Riesgos S.A., cit.; G., F.M. y otro c. Centro Médico Lacroze y otros, cit.

³³ La jurisprudencia que incluía al daño punitivo dentro del rubro del daño moral, lo hacía en virtud de adherirse a la tesis denominada intermedia, la que expresa que este úl-

timo tiene un doble carácter, por un lado, cumpliría una función ejemplar y punitiva, y por otro, una reparadora. Véase Coronel, Pedro A. y otro c. La Nueva Bailanta (NB), op. cit.; Faber S.A.C.I. c. Industrias Spar San Luís S.A. y otro, cit. Nosotros, preferimos adherirnos a la tesis mayoritaria que considera que el daño moral tiene por objeto la compensación y no la sanción. Además, pensamos que el daño moral se instaura persiguiendo un fin individual que es el resarcimiento de la persona por el sufrimiento ocasionado por el daño, mientras que este instituto busca una función social de la no aceptación de conductas aberrantes. Por lo que salvo que una persona pueda padecer por la humanidad, en todo lo que a esta podría sucederle, no se explica la absorción de uno –daño punitivo– por el otro –daño moral–.





de la Escuela de la Prevención General Negativa del Derecho Penal, referida a la función de la pena. Así, Feuerbach³⁴ expresa que "...el objetivo mediato (final) de la aplicación (de la pena) es, en cualquier caso la intimidación de los ciudadanos...". Frente a esta teoría, Hassemer³⁵ reacciona, exponiendo que la "...prevención general se basa en un homo-economicus que no es compatible con la realidad. Supone que el delincuente pone en la balanza los inconvenientes y las ventajas de su accionar, desistiendo luego de cometerlo por la amenaza y las posibilidades de ejecución del fallo". Por nuestra parte, pensamos que quizás estas reflexiones no se apliquen para el hombre común. Sin embargo, en el ámbito de la empresa, es acertado pensar en un homo-economicus que busca maximizar su margen de beneficio, aún a expensas de cometer ilícitos, reparables aparentemente, con el objeto de que su negocio le sea del todo redituable.

Dicho esto, pasemos a analizar el Derecho de Daños como incentivo de la conducta del dañador. Es oportuno decir, como lo expresamos, que el sistema de daños tiene por objeto dos funcio-

nes principales. Una, de disuasión o prevención, por la que se tiende a controlar un nivel tolerable de daños en la sociedad a partir de los estándares de actividad desarrollada y de prevención tomada. Otra, corresponde a la faz tradicional del daño, que tiene también por objeto a la conducta del afectado. Nos referimos a la reparación de los perjuicios, que consiste principalmente en la traslación de los costos del daño sufrido al responsable. Pues bien, la disuasión se cumpliría indirectamente por medio de la compensación, pero puede ocurrir que esta última sea insuficiente para disuadir a actuar preventivamente. Es por ello que se recurre a la faz sancionatoria, para darle en cierta forma una función de complemento, a fin de que se pueda establecer la internalización de los costos sociales, a partir de lograr la coincidencia de la responsabilidad esperada de un eventual dañador y los daños de su actividad.

Veamos un ejemplo: los daños esperados consisten en una suma de \$ 1000. Estos, para ser evitados, necesitan una inversión en prevención de \$ 750 por parte del posible dañador. A su vez,

este conoce que en un 60% de los casos no será condenado por los perjuicios ocasionados, debido a distintas cuestiones, especialmente procedimentales. Pues bien, a partir de un análisis estrictamente economicista, el potencial dañador se encontrará inducido a no invertir en prevención los \$ 750, ya que, como claramente se infiere, la indemnización compensatoria que le correspondería pagar es sumamente menor que esta suma. Por tanto, el eventual dañador, en una actitud coincidente con la naturaleza del homo-economicus, prefiere pagar los \$ 400 que corresponderán en concepto de reparación, y no los gastos de prevención. Es por todo esto que, en busca de reestablecer el equilibrio entre daños y responsabilidad, se debe adicionar a la condena, de manera diferenciada de la función compensatoria, \$ 600 correspondientes a los daños a los que no habrían sido condenados. Por lo que surge de esta exposición, la función de prevención se ve cumplida gracias a la compensación y a la sanción en conjunto³⁶.

Ahora bien, en cuanto a la función de incentivo de la conducta de la víctima, pensamos que

³⁴ Paul Johann Anselm von Feuerbach citado por Ténca, Marcelo, Causas del delito y teoría de la pena, Ed. Ábaco, Bs.As., 1997, p. 136.

³⁵ Winfried Hassemer, citado por Ténca, ob. cit., p. 137.

³⁶ Un ejemplo similar expresan Cabral, Habib, López Andina, y Mariano, Hacia una reparación del daño ambiental en http://www.derecho.unlz.edu.ar/txt/2do_premio%5B1%5D.doc.





ante situaciones que implican un gasto de tiempo y de dinero, que no se verían compensados en su totalidad con la indemnización en base al principio de reparación integral, es conveniente establecer mecanismos que impliquen en cierta forma un incentivo a los dañados para que accionen contra daños que, aunque menores para ellos, esconden un daño socialmente inmenso.

Aclarado esto, es pertinente recordar que el daño punitivo es un instituto para la aplicación de la función sancionatoria del Derecho de Daños, lo que constituiría un incentivo para las conductas, tanto de los posibles dañadores como de las víctimas. Todo esto, a su vez, traería aparejado en cierta forma la protección de la libre competencia y el reestablecimiento del equilibrio de las relaciones de los operadores del mercado.

2.4.3. Fundamento axiológico

El ordenamiento jurídico no puede tolerar conductas que impliquen menosprecio y desconocimiento de la integridad, dignidad y libertad de los seres humanos, por lo que debe actuar de

manera rectificadora. Es por esto, que ante situaciones especiales, el Derecho de Daños debe reaccionar más allá de su misión estrictamente reparadora, estableciendo sanciones ejemplificativas, que conlleven a la futura no realización de daños, ya que es el Estado el guardián de la legalidad de las conductas.

Veamos: en una sociedad los diferentes actores se someten a las reglas de juego, de lo que resulta la previsibilidad, que en última instancia se traduce en los valores fundamentales de la seguridad jurídica y del orden. Éstos, permiten el movimiento certero de los sujetos en las relaciones intersubjetivas, dando lugar al principio de confianza vigente en las relaciones sociales, que lleva a convencernos de que los demás actores se mantendrán dentro de los márgenes de lo lícito. Pero cuando alguien viola esa conducta prescripta por el derecho, no sólo está restando legitimidad a la norma y quebrantando el orden instaurado, sino que, además, ese infractor, se convierte en un free rider³⁷ al no cumplir con las reglas y sin embargo, sacar provecho de que los otros sujetos sí lo hagan. Esto viola claramente el valor de la igualdad. Es por ello, que tales

agentes son inaceptables en la construcción del entramado social. Y aún menos deseados son en las relaciones de mercado, en las que cualquier infracción a las reglas de juego se convierte en beneficio indebido, lo que se traduce en competencia desleal frente a los demás operadores del mercado. Le corresponde entonces al derecho reaccionar contra tales inconductas, sancionándolas para el reestablecimiento del orden y de la igualdad, lo que puede ser instrumentado por el instituto sub-análisis.

Además, no debemos olvidar que el daño punitivo no se agota en una función de policía de las relaciones. Su existencia también se justifica en que se procura, a través de la punición, disuadir a los eventuales dañadores a cometer actos semejantes en el futuro. De este modo, por medio de la prevención se fortalece la seguridad jurídica.

2.5. Naturaleza Jurídica

Es oportuno establecer la naturaleza jurídica del instituto. Esto, porque existe un sector que sostiene que es una pena, por tanto ubicable en el Derecho Penal³⁸.

³⁷ Free rider se puede traducir como colado.

³⁸ Véase Picasso, Nuevas categorías..., cit.; mismo autor Sobre..., cit.; Martinotti citado por Nallar, ob. cit.; Bustamante

Alsina, ob. cit.; Molina Sandoval, ob. cit.; Mayo, ob. cit.; Prevot, ob. cit., Donato, ob. cit.





El instituto es parte del Derecho de Daños, por tanto del Derecho Privado. A su vez, se encuentra ubicado dentro de la faz punitiva de aquél, es decir, se trata de una pena. Pues bien, a partir de estas dos nociones, entendemos que el daño punitivo constituye una pena privada de naturaleza mixta, dado que, valga la redundancia, es una pena instaurada en el sector privado.

Así, éste es un instituto mixto. Navega entre las aguas del Derecho Civil y del Derecho Penal, entre lo público y lo privado, entre el interés colectivo y el particular.

Esta naturaleza puede ser explicada desde un análisis historicista. De este modo, en el pasado, la reparación se basaba en la venganza privada que luego fue canalizada por un Derecho Penal estatizado, aplicándose primero una proporcionalidad matemática como criterio para punir – Lex Talionis-, es decir, una justicia estrictamente conmutativa. Posteriormente, surgió la indemnización compensatoria con independencia de la función punitiva, lo que dio lugar a la responsabilidad civil como mecanismo reparador. Por lo tanto, en sus orígenes el derecho era un todo

amalgamado, que con el tiempo fue escindiéndose en distintas ramas.

Actualmente, el Derecho Penal y el Derecho Civil se presentan como esferas independientes. El primero en principio está desvinculado de la víctima. La acción le corresponde al Estado, que en virtud de la actuación del fiscal inicia el proceso acusatorio aún sin querellantes. Posee principios particulares que lo rigen, en procura de respetar todas las garantías creadas para el debido proceso legal (art. 18 C.N.). En cambio, el Derecho Civil se rige por el principio dispositivo, que implica que procede a instancia de las partes y que son ellas quienes deben movilizar las causas. Existe una gran flexibilidad procedimental. Lo expuesto en este párrafo constituye el principal fundamento de la doctrina contraria a su ubicación en el sistema de Derecho Privado.

Nosotros sostenemos que la existencia de ambas esferas delimitadas no implica dos universos separados. No debemos olvidar que más allá de las diferentes ramas del derecho, de los principios que imperan en cada una de ellas,

de sus propios procesos; el derecho es uno, que procede de una matriz común y que todas aquellas divergencias se reúnen para un único fin, que es el del bien común. Los distintos contenidos de las categorías del derecho son históricos, responden a contingencias empíricas, y no a cuestiones de esencia. Además, como expresó Zavala de González³⁹, la sanción surge como consecuencia de un daño privado, por tanto, no hay obstáculo alguno a la aplicación de ésta en sede civil.

Es por todo esto que creemos en la existencia de herramientas de naturaleza mixta. Es que el sentido último de instaurador del orden que menta el derecho, no puede ignorarse en pro de defender el encapsulamiento de las esferas. De lo contrario, estas contingencias del derecho atentarían contra la necesidad de su ser.

Igualmente, al no negarle su carácter de pena, consideramos que se deben buscar, en sede civil, el respeto por las garantías penales (art. 18 C.N.) por medio de una reglamentación pormenorizada y de su aplicación excepcional desde una interpretación restrictiva⁴⁰.

³⁹ Citada por Brun, ob. cit.

⁴⁰ En el sentido de que se deben respetar las garantías penales se expidieron en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. También lo hicieron Nallar, ob. cit.; Brun, ob. cit.;

Highton, Álvarez, y Gregorio, ob. cit. Por su parte, Stiglitz, y Pizarro, ob. cit., sostienen que "...existe pena privada cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas,

mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros...", por lo que no compartirían la idea expuesta.



➤➤ 3. Daño Punitivo en el Derecho de Consumo

Corresponde circunscribirnos al análisis del art. 52 bis de la LDC que prescribe: “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

Pensamos que esta norma merece una serie de modificaciones, para sortear tanto los problemas derivados de la falta de precisión de la misma como los obstáculos propios de una institución ajena hasta ahora a nuestra tradición romanista; la que debe ser establecida con suma

prudencia buscando que en su aplicación se respeten al máximo las garantías penales (art. 18 C.N.).

3.1. Procedencia

Según el artículo, los daños punitivos pueden ser solicitados frente al incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por parte del proveedor. Esta redacción resulta criticable por ser vaga, carente de especificidad, deja un vastísimo campo de posibilidades de accionar, sin respetar en ningún grado el principio de tipicidad propio del principio de legalidad. La única exigencia es el incumplimiento de una obligación. Además, esto evidencia una grave deficiencia de índole legislativa, puesto que el daño directo (art. 40 bis LDC) incorporado por la misma reforma, que posee sólo naturaleza resarcitoria, se encuentra supeditado a la comisión de una infracción a la ley. Entonces, no se explica cómo pueden ser menos las exigencias para la procedencia de una acción de naturaleza punitiva que una resarcitoria.

De este modo, nosotros creemos que a partir

de una modificación del precepto legal se deben instaurar condiciones para la procedencia del instituto. Así, se debería exigir además del incumplimiento de alguna obligación, que esta derive de una conducta intolerable, con culpa o dolo, y no una mera inobservancia. Asimismo, esto implicaría explicitar el factor de atribución subjetivo, por el que a su vez se resguardaría el principio de la personalidad de las penas.

También es necesario que se haya configurado un daño, producido por el sujeto contra quien se dirige la acción, es decir, que aquel a quien se demanda sea quien incumplió su obligación con culpa o dolo⁴¹.

Asimismo, sin perjuicio de considerar que el desmantelamiento del ilícito es una de las funciones principales del instituto en tratamiento, no pensamos que sea indispensable que se concrete un beneficio lucrativo, es decir, que el agente obtenga ganancias de su accionar ilícito. Creemos que este es un elemento de gran ayuda para hacer lugar a la acción por parte del juez. Pero aun así, razonamos que, en los casos en los que no se concrete beneficio alguno, es

⁴¹ En relación a la necesidad de la configuración de un daño, López Herrera, Edgardo, Teoría General de la Responsabilidad Civil, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 69, ex-

presa que el daño punitivo es accesorio, incidental, ya que no existe acción autónoma para su petición, se los reclama en un proceso principal por daños y perjuicios.

➤➤ procedente la aplicación del instituto si se demuestra de manera acabada que al momento de actuar el responsable se encontraba convencido de que a partir de esa actividad se iba a concretar un enriquecimiento^{42 43}.

Por último, con respecto a la expresión "...el juez podrá...", cabe hacer una serie de aclaraciones. Así, por el modo en que se encuentra redactado el precepto consideramos que es un acierto que se haya dispuesto esta expresión, debiéndose entender a ésta, como lo hace una doctrina⁴⁴, como que la norma es abierta y que tiene que integrarse con los requisitos de procedencia de los daños punitivos (arts. 15 y 16 Cód. Civil). Sin embargo, entendemos que, una vez integrada la norma, si es que se configuraran los elementos que hacen a la procedencia del

instituto, el juez se encontraría obligado a su aplicación⁴⁵. Es por esto que, a pesar de creer en esta interpretación, pensamos que en el supuesto de que se modificara el art. 52 bis, instaurándose todos los elementos requeridos para la procedencia del daño punitivo, se debería eliminar tal voz, estableciéndose que el juez estará obligado a aplicar el instituto en todos los que casos en que se configuren y prueben los requisitos de procedencia⁴⁶. De esta forma, se evitaría la discrecionalidad y la eventual arbitrariedad del juez⁴⁷.

3.2. Legitimación Pasiva

La norma dispone que el proveedor constituye el sujeto legitimado pasivamente. Nosotros pensamos que proveedor se debe entender en sen-

tido amplio, conforme al art. 2 de la LDC, abarcando a todos los sujetos de la cadena de comercialización.

Por otro lado, la ley establece que "cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor...", lo que merece ciertas consideraciones. Pues bien, pensamos que la instauración de la solidaridad es errónea⁴⁸. Ésto, porque con ella no se cumpliría con el principio de personalidad de las penas, ni con una de las funciones del daño punitivo, consistente en la sanción de las graves inconductas, ya que quizás terminarían pagando justos por pecadores. Asimismo, en el caso de que la solidaridad se la aplicara determinando la culpa previamente de cada uno de los co-responsables, seguiríamos sin ver un justifica-

⁴² Con respecto al ilícito lucrativo, cabe decir que existen situaciones en que, a pesar de haberse producido aquel, es difícil su determinación en términos estrictamente económicos. Como ejemplo de este supuesto Nallar, ob. cit., proporciona el de la responsabilidad de los medios de comunicación por la publicación de una noticia que afecta la intimidad, donde sería extremadamente difícil demostrar el nexo causal entre la venta del periódico y la noticia cuestionada; por ende, el monto del enriquecimiento ilícito

⁴³ En sentido similar Pizarro, ob. cit., p. 305. A diferencia de nosotros, Bentolilla, Juan José, Notas de Teoría General del Derecho: La indemnización punitiva del derecho civil como categoría afín a la pena del derecho penal, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1060/894>,

sostiene que un requisito para que proceda la aplicación del daño punitivo, es la configuración de un ilícito lucrativo.

⁴⁴ Moisés, ob. cit.

⁴⁵ En igual sentido se expresan Brun, ob. cit.; Nallar, ob. cit.. En sentido opuesto, es decir, apoyando la solución de dejar al prudente arbitrio judicial la decisión sobre la procedencia, se pronunció Leiva, ob. cit.

⁴⁶ Moisés, ob. cit., expresa que al ser un instituto que responde al interés público, debió preverse en la ley la aplicación por el juez de oficio. Cabe decir que en Cañadas Pérez María Dolores c/ Bank Boston NA s/daños y perjuicios, cit., primera aplicación en Argentina del instituto, el juez lo aplicó de oficio.

⁴⁷ Debemos resaltar que por la laxitud del art. 52 bis de la LDC, en Cañadas Pérez María Dolores c/ Bank Boston NA s/daños y perjuicios, cit.; que constituye la primera aplicación del instituto en nuestro derecho, se lo aplicó a una entidad por el sólo hecho de haber sido reticente en la entrega de prueba.

⁴⁸ En sentido similar se expresan Stiglitz, y Pizarro, ob. cit. Por su parte, Colombres, ob. cit.; Alterini, Las reformas..., cit., se pronuncian a favor de la misma, llagando a manifestar el último que se debería disponer la responsabilidad solidaria del art. 40 de la LDC al caso



▶▶ tivo para su disposición. Lo que sucede es que la solidaridad establecida en la LDC es para garantizar el efectivo cumplimiento de las indemnizaciones a favor del consumidor; es una garantía para él. En cambio, en el instituto en tratamiento, al ser de naturaleza punitiva, lo que se busca no es la compensación, sino el castigo al trasgresor, por lo que no hay necesidad de garantizar su pago por cualquier sujeto, sino por el efectivo responsable por su monto, lo que no se da con la solidaridad. Además, debe tenerse en cuenta, como veremos seguidamente, lo que sostenemos acerca de que la condena no debe ir en su totalidad al consumidor. Por lo expuesto, se debe suprimir la solidaridad, y en el caso de que existan más de un sujeto pasible de daños punitivo, condenarlo a cada uno, de modo independiente, según su participación.

49 De este modo se habían expresado en el voto mayoritario de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. La postura mayoritaria también fue expresada por Colombres, ob. cit., al comentar el artículo que estamos tratando. En cambio, el voto minoritario expresó que se debía dejar abierta la reflexión sobre el destino. En igual sentido se pronuncian Stiglitz, y Pizarro, ob. cit., al criticar la norma de la LDC.

50 De este modo se expresa Prevot, ob. cit.; Arballo, ob. cit.

51 Esto, a su vez, produciría la saturación de los despachos por una industria del juicio generada por cazadores de penas que busquen hacer su fortuna en sede judicial.

3.3. Destino de los fondos

El artículo expresa que el monto será destinado a la víctima⁴⁹. Esta es una de las mayores objeciones que se le podrían realizar al daño punitivo, puesto que se configuraría un enriquecimiento sin causa⁵⁰. Esto, porque uno de los principios del derecho de daños es el de reparación integral, el que consiste en el resarcimiento de lo efectivamente sufrido. Así, cuando un damnificado es indemnizado en menor cuantía que el perjuicio acaecido, puede impugnar la decisión, en virtud de este parámetro. Pero este principio no sólo impide que se repare de menos, sino también que se lo haga de más. Por tanto, es una solución poco feliz dejar a la víctima que accione por un daño mínimo, especulando obtener una fortuna en virtud del reproche del que es merecedor el responsable,

52 En apoyo de un sistema de destino mixto se expresaron Nallar, ob. cit.; Brun, ob. cit.; Leiva, ob. cit.; Zavala de González citada por Brun, ob. cit.

53 Algunos autores expresaron que el monto debería destinarse en su totalidad a un fondo especial. Véase Ghersi y Weingarten, ob. cit.; Alterini, Las reformas..., cit.; Prada Erre-cart, ob. cit.; mismo autor en Cañadas Pérez María Dolores c/ Bank Boston NA s/daños y perjuicios, cit.; Moisés, ob. cit.

54 Esta solución sería de suma importancia. La educación del consumidor para generarle la conciencia de responsabilidad tanto individual como social ha sido un tema relegado. Véase Pérez Bustamante, ob. cit.

quedando en una situación mucho mejor que en la que se encontraba⁵¹.

Igualmente no pensamos que se deba entregar todo a un tercero. Esta cuestión debe ser modificada y resuelta a partir de un sistema en el cual se establezca que una porción de la condena sea destinada a un tercero y el resto a la víctima⁵². Así, un 70 % de los daños punitivos serían instituidos a favor de un tercero, que pensamos que debería tratarse del fondo especial⁵³ del art. 47 de la LDC, constituido a fin de educar a los consumidores^{54 55}. En cuanto al 30 % restante del monto condenatorio creemos que debería destinarse al damnificado. Esto, dado que este porcentaje sería como una suerte de compensación por el tiempo que le insumió dar a conocer a la Justicia el ilícito en que habría incurrido el responsable. Además, como lo sostuvimos, ante situaciones que impli-

55 Una solución distinta había sido dispuesta en la Cámara de Diputados de la Nación al aprobar el Proyecto de Reforma de 1998. Así, el art. 1559 pasó a establecer los daños punitivos, determinando que la "...multa se destinará al Fondo de garantía para víctimas con el objeto de cubrir las indemnizaciones fijadas por sentencias contra deudores insolventes que se creen en las respectivas jurisdicciones. El Juez podrá destinar a la víctima del caso un porcentaje de la multa no mayor al treinta por ciento...".



can un derroche de tiempo y dinero que no se verían compensados en su totalidad con la indemnización en base al principio de reparación integral, es necesario establecer mecanismos que impliquen en cierta forma un incentivo a las víctimas para que accionen contra daños que, aunque menores para ellas, esconden un daño socialmente inmenso. A su vez, esta solución posee un fundamento práctico, dado que cabe preguntarse quién pediría daños punitivos si no obtendría beneficio con ellos, y hasta podría ser condenado en costas por ese rubro. Por lo demás, debemos decir que esta solución no desvirtúa el sistema consumerista, puesto que su fin último, de dignificar al consumidor, se vería cumplido independientemente del destino de los fondos.

3.4. Multiplicidad de víctimas.

Un tema a discutir

Con motivo de lo antes expresado, en lo refe-

rente al destino de los montos, cabe decir que surge un problema en el supuesto de multiplicidad de víctimas, lo que es muy probable que ocurra, dada la producción en masa. Es así, que es oportuno preguntarse qué sucedería en este caso, ya que la ley no dice nada al respecto.

Así, si se condenara al responsable a daños punitivos en cada uno de los procesos que se inicien por daños que se hayan provocado por igual tipo de bienes, se estaría avasallando con el principio non bis in idem del Derecho Penal. Además, esta última solución violaría otro principio, el de la proporcionalidad de las penas, que exige que se establezcan sólo las penas estrictas y necesarias. A su vez, esto, llevaría a asfixiar a las empresas por los altos montos que en reiteradas situaciones deberían afrontar.

Si se pensara una solución en la que se debiera entregar el precio a la primera víctima⁵⁶, constituyéndose de tal forma en una suerte de

premio, se produciría claramente una violación al principio de igualdad del art. 16 de la C.N., pues pueden darse infinidad de demandas en tiempos muy cercanos unos de otros, o incluso coincidentes, que no podrían, con ánimo de justicia, ser excluidos en base a un criterio de discriminación basado solamente en una pauta temporal. Asimismo, existiría una gran imposibilidad para determinar quién sería la primera víctima, dado que, teniendo en cuenta que los productos se expanden y se insertan en mercados de los más variados territorios y que pueden llegar a estos en diversos tiempos a pesar de haber sido fabricados en igual fecha, surgen dos problemas. Así, primero, los afectados pueden estar esparcidos por todo el territorio, y segundo, cada una de ellos corre con un tiempo distinto de acuerdo a cuando ingresa el producto al mercado del cual es operador.

Pensamos nosotros que la solución⁵⁷ radica en

⁵⁶ En apoyo de esta solución se expide Owen, David, citado en Nallar, ob. cit.

⁵⁷ Cabe hacer mención a las soluciones propuestas por Álvarez Larrondo, ob. cit. y por Nallar, ob. cit. para el caso de multiplicidad de víctimas. El primero sostiene que se "...deberá hacerse una proyección lo más precisa posible de los damnificados, y formarse con el monto surgido de la punición un

fondo común, siendo administrador del mismo el juez de la causa", luego, "...debe procederse a publicar por los medios de prensa masivos, que aquellos que posean el producto defectuoso en su poder, deberán presentarse en el expediente a efectos de entregar..." el producto "...para ser canjeado por la parte proporcional que le corresponde en dicho fondo, en un plazo perentorio...transcurrido el citado plazo, de haber remanente, el mismo debería destinarse a instituciones de bien

público". En tanto Nallar manifiesta que se debe fijar en primer término las indemnizaciones compensatorias de todos los demandantes, y sólo posteriormente conceder una sola suma por daños punitivos que todos aquéllos se repartirán por partes iguales.



instaurar un sistema similar al propuesto por la doctrina para los procesos colectivos⁵⁸ pero con ciertas particularidades. Explicitar de manera acabada esto excedería los fines de este ensayo por lo que sólo lo expondremos en líneas generales. Así, cuando una víctima de un ilícito accionara por daños punitivos, todos los damnificados por siniestros acaecidos por causa de iguales bienes perderían la posibilidad de accionar por aquel rubro en otros procesos independientes, esto para respetar el principio non bis in idem. Lo cual no quiere decir que no tendrían derecho a accionar por daño punitivo, puesto que podrían integrarse al primer proceso iniciado. Para una efectiva posibilidad de incorporación al proceso iniciado, se debería establecer un sistema de publicidad masivo, acabado y en lo posible, personal, distinto al tradicional⁵⁹, que procure informar a todos los eventuales damnificados la interposición de la demanda.

58 Sobre el tema de los procesos colectivos véase Gozaíni, Osvaldo A., Derecho Procesal Constitucional. Protección procesal del usuario y consumidor, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, ps. 587-647; Maurino, Gustavo, Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, Las Acciones Colectivas, LexisNexis, Bs. As., 2005; Salgado, José María, “La demanda por daños masivos” en Kiper, Claudio M., Proceso de daños. Tomo II, L.L., Bs. As., 2008, ps. 427-526; Prato, Osvaldo, Acción de clase vs. Asociaciones de consumidores, L.L. 2008-A, 867; Giannini, Leandro J., Legitimación en las acciones de clase, L.L. 2006-E, 916; Hitters, Juan Carlos, Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos, L.L. 2005-F 751.

Esta publicidad tendría que estar a cargo del demandado, ya que es quien se encontraría en mejores condiciones de conocer los eventuales afectados. Además, se debería fijar un plazo para integrarse en el proceso luego de la publicidad, a fin de que comiencen a tramitarse las diversas etapas procesales con los distintos sujetos. A su vez, se tendría que proceder a la aplicación de una medida cautelar con el objeto de que se deje de comercializar el bien. Cabe decir que, con el fin de respetar el non bis in idem, el demandado antes de cumplir con la publicidad debería informar sobre si existe un proceso sobre los mismos sujetos, objeto y causa, iniciado con anterioridad, en tramitación, o bien, desestimado a su favor, ya que en esos casos este nuevo proceso no sería viable. Es claro que el momento procesal idóneo para hacer saber estos datos debería ser el de la contestación de la demanda, por lo que se induce

59 Sobre la forma de publicidad, la Regla 23 de Norteamérica que establece las Class actions, dispone que el Tribunal debe “efectuar la notificación de la existencia del litigio en la mejor forma posible, de acuerdo a las circunstancias del caso, a todos los miembros de la clase en forma individual, siempre que estos puedan ser identificados, y una notificación general para aquellos que no pueden ser identificados desde un comienzo”. Conf. Salgado, ob. cit. p.496.

que la publicidad sólo se tendría que realizar luego de este hecho. Una vez determinado el monto del daño punitivo, se debería proceder a la entrega del 70%, correspondiente al tercero, de manera inmediata, y dejándose el 30% restante, respectivo a los damnificados, en un depósito judicial difiriendo su entrega para el momento de ejecución de la sentencia. Posteriormente se tendría que comenzar a determinar el daño individual de todos los sujetos integrados al proceso colectivo. Y por último, se procedería a la ejecución de la sentencia de daño punitivo, en el que se repartiría su monto entre todos los damnificados –es decir, no sólo entre los que participaron en el proceso colectivo- proporcionalmente a sus daños individuales. Para que se efectivice esto último, se debería realizar una nueva publicidad, pero esta vez de la sentencia de daños punitivos, a fin de que concurren todos los que hayan obtenido sentencia favora-

60 Como explicitamos, consideramos que, a pesar de que no se hubieran integrado al proceso colectivo, los damnificados por siniestros acaecidos por igual causa que la que determinara la procedencia del daño punitivo, no perderían su derecho al monto del mismo. Ellos podrían haberse quedado sin la posibilidad de integrarse al proceso colectivo por el vencimiento del plazo, o bien, no haber querido hacerlo, pero igualmente haber iniciado un proceso individual por indemnización de daños en el que se haya determinado la responsabilidad del mismo sujeto al que se lo condenó por daños punitivos. En este caso ellos tendrían derecho a una porción del monto del daño punitivo





►► ble en procesos de daños acaecidos por iguales bienes contra el condenado⁶⁰ y para que quienes hayan adquirido los bienes nocivos los presenten al responsable a fin de que este los repare o les restituya su monto, según sea el caso. A partir de esta publicidad se debería abrir un nuevo plazo para que asistan las víctimas, con el título de su sentencia, a reclamar la porción de daños punitivos que les correspondiera. Finalizado el plazo, se tendría que proceder a repartir el monto, entre los que participaron del proceso colectivo y los que asistieron con el título de sentencia, en proporción de los daños que efectivamente hubieran sufrido. Los damnificados que no hubieran asistido en el plazo estipulado perderían su derecho a porción de daño punitivo, y como se expresó, habrían perdido también la oportunidad de accionar por el rubro, por tanto se trataría de una cosa juzgada erga omnes⁶¹ Es dable decir que esto último no afectaría en modo alguno el fin del instituto, porque se cumpliría con la función de sanción, de prevención y de desmantelamiento que impera en él.

Todo este proceso debe seguirse aun en el caso de una sola víctima, dado que no se sabría con certeza la existencia o no de otros damnificados, salvo supuestos excepcionalísimos⁶².

Por otro lado, en los casos en que se hubiera condenado al demandado, o en que se hubiera desestimado la demanda, no se debería perder la posibilidad de accionar contra otro sujeto de la cadena de comercialización que no haya sido demandado junto a aquel, ya que en esos supuestos no se estaría avasallando el principio non bis in idem.

El sistema expuesto es susceptible de una discusión más profunda, pero creemos que por estos lineamientos ronda la solución más adecuada a los fines del instituto, sobre todo si tenemos en cuenta la idea solidarista que inspira esta nueva faceta del daño. Además, muchos de los perjuicios que abren la posibilidad de accionar por este rubro, se tratan de daños masivos para los cuales la doctrina mayoritaria⁶³ sostiene la conveniencia de plantearse a través de procesos colectivos. Asimismo, la posibilidad de que accio-

nen por sus indemnizaciones individuales en el proceso colectivo posee un fundamento económico, pues abarataría los costos de accionar.

3.5. Asegurabilidad del riesgo

La posibilidad de asegurar los daños punitivos por parte de los eventuales responsables es una cuestión que ha sido pasada por alto por la ley, es por esto que sostenemos que debe ser resuelta por medio de una modificación o reglamentación precisa. Pues bien, al ser el instituto en tratamiento procedente ante culpa o dolo, no se podría asegurar el mismo, ya que estos son factores de atribución que excluirían la cobertura. Además, a través del seguro se produce la transferencia de las consecuencias provocadas por el daño a un asegurador, a cambio del pago de una prima, por lo que si nos ubicamos en una óptica finalista se explicita que al asegurar el daño punitivo se estaría desvirtuando la función del mismo como medio de prevención de daños, dado que, a pesar de quizás pagar una alta prima por la cobertura, la sanción no lo afectaría

⁶² Por ejemplo, se podría identificar desde un primer momento los damnificados, en el caso de que se tratara de un bien único producido por encargo

⁶³ Entre otros Gozaini, ob. cit., ps. 587-647; Maurino, Nino, y Sigal, ob. cit.; Salgado, ob. cit., ps. 427-526; Giannini, op. cit.; Hitters, op. cit.; Prato, op. cit.



al ser amortizada por el seguro⁶⁴. Es más, seguiría realizando operaciones ilícitas que le proporcionen utilidad a partir de la consideración del costo de la prima, ya que, más allá del monto del daño punitivo, el seguro lo cubriría. Asimismo, es dable decir que con el seguro se afectaría el principio de personalidad de las penas.

Es así, que el seguro sería la herramienta por excelencia para dar rienda suelta a la comisión de ilícitos lucrativos, al minimizar el riesgo, trasladando los costos y dividiéndolos en cuotas. Por esto sostenemos que en la oportuna modificación o reglamentación se debe prohibir toda posibilidad de asegurar los daños punitivos.

3.6. Cuantificación

El artículo en análisis establece que se tome como pautas para fijar el monto de la multa "...la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso". Pareciera que nuevamente la reforma cae en la vaguedad; pero, en virtud de una interpretación armónica e integral de la LDC, esto no es

así, dado que se deben aplicar los criterios valorativos para la graduación de las sanciones del art. 47 de la LDC establecidos en el art. 49. Esta última norma insta como factores a considerar a "...el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho". En apoyo a esta interpretación, cabe decir, por un lado, que tanto las sanciones como el instituto en tratamiento son de naturaleza punitiva, y por otro, que los criterios de valoración y el daño punitivo fueron incorporados por la reciente Ley 26.361. Por tanto, no se ve inconveniente en la aplicación de las directrices del art. 49 como pautas de valoración.

Asimismo, al ser meramente pautas direccionales, y a su vez, no taxativas, sostenemos que el juez puede tomar en cuenta parámetros que ex-

cedan los nombrados. De este modo podrá considerarse la finalidad disuasiva futura perseguida por la pena, la actitud ulterior del demandado una vez descubierta su falta, la posibilidad que haya tenido el dañador de conocer el peligro y evitar el daño, los precedentes judiciales, entre otros⁶⁵. Los precedentes judiciales ayudarían a mantener una cierta homogeneidad entre los montos de las condenas para casos similares. En este orden de ideas, y en busca también de respetar el principio non bis in idem y el de proporcionalidad de las penas, se debe establecer que el juez civil debe tener en cuenta las condenaciones puramente penales o administrativas al momento de determinar el monto del daño punitivo⁶⁶.

A pesar de todo lo expuesto, creemos conveniente que se disponga explícitamente en la reglamentación que las pautas de cuantificación del art. 49 son aplicables para la graduación del monto en los daños punitivos⁶⁷, por el efecto determinativo que generaría en el juez, evitando en lo mayor posible la discrecionalidad.

⁶⁴ De igual modo se expresaron en las XVII Jornadas de Derecho Civil. También se expidieron así Pizarro, ob. cit., ps. 323-325; Nallar, ob. cit.; Reglero Campos, Luís, citado en Prevot, ob. cit. Por otro lado, existen quienes piensan que sería posible asegurarlos pero con ciertos límites en busca de resguardar las funciones del instituto. Véase Sobrino, Augusto citado en Nallar, ob. cit.

⁶⁵ En lo general la doctrina propone reglas parecidas. Véase XVII Jornadas de Derecho Civil; Pizarro, ob. cit., ps. 301-302; Ghersi, y Weingarten, ob. cit.; Nallar, ob. cit.

⁶⁶ En las XVII Jornadas de Derecho Civil se había brindado una solución similar.

⁶⁷ En sentido concordante Alterini, Las reformas..., cit.





➤➤ 3.7. Límites cuantitativos de la pena

En cuanto a este punto, la norma de la LDC estatuye como tope de la condena el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b, del mismo cuerpo legal. Este último precepto establece como suma máxima la de \$ 5.000.000.

Ahora bien, sin perjuicio de considerar que este tope protege el principio de tipicidad⁶⁸ de las penas, compartimos la idea de que el establecimiento de un límite máximo a imponer desvirtuaría en ciertas situaciones la función del instituto, puesto que el dañador podría efectuar un cálculo económico de costo-beneficio por medio del cual sabría si le es conveniente o no sacar al mercado un producto susceptible de dañar, soportando tanto las eventuales indemnizaciones como los daños punitivos; por tanto, se podría dar el caso de ilícito lucrativo aun con la aplicación de la pena⁶⁹. Además, este tope, podría ser en ciertas situaciones ínfimo en relación

a la gravedad del asunto⁷⁰. A partir de estas reflexiones, consideramos que con una modificación se debe relegar el principio de tipicidad, es decir, el tope, en pos del cumplimiento efectivo de las funciones del instituto⁷¹. No obstante esto, debe regir la sana crítica y la razonabilidad en el juez con el fin de respetar el principio de proporcionalidad de las penas.

3.8. Modo de cumplimiento de la pena

Si bien a partir de una lectura superficial del art. 52 bis pareciera ser que no se establece el modo de cumplimiento de la pena; esto no es así, puesto que se habla de multa, la que en sí misma encierra la idea de condena dineraria. Así, el Diccionario de la Real Academia Española la define a ésta como la "...sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero ⁷²".

Ahora bien, creemos que el haber determinado sólo este modo de cumplimiento de la condena, constituye una solución poco feliz. Hubiera sido preferible que se disponga la posibilidad del pago tanto en dinero como en especie. De esta manera, en caso de que se pagara con bienes, igualmente se cumpliría con la finalidad del instituto. Esto último sería de gran ayuda para supuestos en que pequeñas empresas se vieran en crisis extremas frente al pago de los daños punitivos en dinero. Así, a partir de la posibilidad del pago en especie, ellas tendrían el beneficio de poder continuar con sus negocios sin caer en crisis que podrían llevarlas hasta la quiebra. De esta forma, se estaría resguardando un principio de Derecho Comercial de suma importancia, que es el de la conservación de la empresa. Caso contrario, en ciertas situaciones se podría llegar a establecer el daño punitivo simultáneamente como una con-

⁶⁸ Martinotti, Diego citado en Nallar, ob. cit., argumenta que de omitirse un tope para el daño punitivo, se contrastaría "... con la metodología seguida por nuestro Código Penal...".

⁶⁹ En igual sentido se expiden Nallar, ob. cit.; Leiva, ob. cit.; Colombes, ob. cit.; Moisés, ob. cit.

⁶⁹ De manera similar se pronuncian Stiglitz, y Pizarro, ob. cit.

⁷¹ A pesar de también pensar que no se debe establecer tope alguno, Leiva, ob. cit., propone, a fin de conciliar posiciones con la postura que sostiene la aplicación de topes, que se debe disponer que el tope cede ante situaciones en las que,

por medio de peritos, el accionante demuestre que a pesar de la condena el demandado sigue aprovechándose económicamente del ilícito. Nosotros creemos que a pesar de su buen espíritu, es una solución engorrosa

⁷² Diccionario de la Real Academia Español, <http://www.rae2.es/>

➤➤ dena dineraria y como una sanción accesoria constituyente de una suerte de inhabilitación. Con esto, no sólo se estaría excediendo los fines propios del instituto, sino que también se avasallaría claramente con el principio de proporcionalidad de las penas.

Por todo lo expuesto, creemos que se debe modificar la norma, positivizando esta solución⁷³, la que a su vez debe ser expuesta de tal forma que el juez sea el que decida sobre el modo de cumplimiento, el que en principio deberá ser en dinero, pero que podrá ser dispuesta, ante casos especiales, en especie. Esto, procederá a aplicarse a pedido de parte, siempre y cuando se fundamente y se pruebe acabadamente el estado en que podría llegar a caer la empresa a partir del pago en dinero.

⁷³ En igual sentido se expresó Leiva, ob. cit.

4. Conclusiones

¿Es justo que un homo-economicus decida indirectamente los daños de miles de personas por medio de una operación aritmética?

En la época que nos toca vivir “...la trama de las relaciones sociales...” está “...desnuda, desprotegida, desarmada y expuesta, incapaz de resistirse a las reglas de juego y a los criterios de racionalidad inspirados y moldeados por el comercio...”⁷⁴.

El daño punitivo surge como un instrumento para hacer frente a estas cuestiones. Pero como es un instituto del common law, extraño a nuestra tradición romanista, son muchas las voces que se levantaron en contra de él. Nosotros consideramos que existen fundamentos jurídicos, económicos y axiológicos en su apoyo. Claro está que lo que proponemos no es un parricidio en contra de lo que heredamos, sino el sincretismo entre este instituto con nuestro sistema. Así, creemos que es un instituto de naturaleza mixta -una pena instaurada en el ámbito pri-

⁷⁴ Bauman, Zygmunt, *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, p. 10.

vado- que exige el respeto en sede civil de las garantías penales y su aplicación excepcional en base a una interpretación restrictiva. Por lo que al haber sido receptado deficientemente en el art. 52 bis de la LDC, pensamos que se lo debe modificar, regulando el instituto de manera por menorizada.

De no haber permitido en su momento la inserción del daño punitivo, se podría llegar al ilógico de la obra “La rue” de Balthus en donde se rapta a una niña a plena luz del día, en una calle muy transitada, y sin embargo, nadie ve o quiere ver el delito.

Es más alentador poner fin a estas situaciones, y llegar al panorama más optimista de la pintura de Magritte, donde “El asesino amenazado” está a punto de caer en las manos de dos policías que lo esperan en las paredes contiguas a la escena del crimen. Y con esto tender como último fin a hacer respetar una máxima esencial del derecho que nos enseñaron los romanos y que se resume en alterum non laedere. ❖



//////// MENCIÓN ESPECIAL //////////////////////////////////////
Concurso de Ensayos “70° aniversario Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNT”

Remoción de jueces por el contenido de sus sentencias

Angela Igarzábal / Estudiante

“Dichos jueces saben embrollar, valiéndose de la diversidad de sus opiniones, la más clara cuestión; la verdad queda así en duda, y al rey fácil le resulta interpretar la Ley en provecho propio. La vergüenza o el miedo bastan para decidir a los restantes, y la sentencia será dictada después atrevidamente en los Tribunales. No faltan motivos para dictaminar a favor del príncipe; bástale tener la equidad en su favor, o la letra de una ley, o la interpretación de un complicado texto y, finalmente –cosa que supera a todas las restantes ante el espíritu de un juez con escrúpulos- el incontestable principio de la potestad real”

Tomas Moro. Utopía¹.

Introducción al tema

Tanto el nombramiento como la destitución de jueces son siempre decisiones de alta política institucional, pues en ambos casos los facultados para dar cumplimiento con estos cometidos deben ponderar si los candidatos, en el primer caso, y los magistrados, en el segundo, están comprometidos con el sistema de valores ínsitos en nuestra Norma Fundamental.

Para colaborar en el cumplimiento de tales tareas, la Reforma Constitucional de 1994 incorporó al Consejo de la Magistratura, creado también para satisfacer una necesidad que ya había sido advertida por todos: el fortalecimiento del Poder Judicial, hacer posible la declaración del preámbulo de afianzar la Justicia, valor éste que debe inspirar a todo acto de la administración judicial. También tuvo como objetivo asegurar la idoneidad -que es saber y ética, de modo concomitante- en la resolución de conflictos por parte de aquellos que pronuncian el acto jurisdiccional y final y republicana-mente, su independencia frente al gobierno de turno.

¹ Tomás Moro. Utopía. Editorial Porrúa. Méjico. 1996





Así, la Constitución de 1994 atribuyó al Consejo de la Magistratura una intervención muy importante en el proceso de la elección y en el inicio del proceso de destitución de los jueces, atribuyéndole, para este último caso, la competencia para formular la acusación de los magistrados ante el Jurado de Enjuiciamiento, institución también creada en 1994.

La Constitución dotó al Consejo de la Magistratura de una variada fuente de legitimidad, pues su composición incluyó la representación política, judicial, académica, científica y de profesionales abogados, ya que está integrado por cuatro jueces, representantes del Poder Judicial, cuatro abogados de la matrícula federal, cuatro diputados y cuatro senadores nacionales, un representante del Poder Ejecutivo, dos representantes del ámbito académico y científico y está presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El contenido de la sentencia como causal de remoción

De acuerdo con la reiterada doctrina dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y a las leyes que rigen la materia, los jueces no pueden ser removidos de su cargo por el contenido de sus sentencias; esto es: las opiniones

que vierta un magistrado en el ejercicio de su función, en una causa determinada, no es una cuestión susceptible de ser juzgada. Es el principio según el cual “el voto de un juez no puede ser juzgado”.

Así, el Máximo Tribunal ha sostenido que los posibles errores o desaciertos de una resolución judicial en materia opinable de ningún modo podrán constituir causal de enjuiciamiento del magistrado, toda vez que dicha situación encuentra remedio y es privativa de los respectivos tribunales superiores y/o de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante las vías recursivas pertinentes (Fallos, 271:175, 301:1237, entre otros).

Por su parte, el artículo 14 de la Ley del Consejo de la Magistratura (Ley 24.937, texto ordenado por Decreto 816/99) que en el título de “Comisión de Disciplina”, en su punto b), segundo apartado, titulado “Del ejercicio de la potestad disciplinaria”, expresa que “Queda asegurada la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de las sentencias”.

Lo procesal y lo disciplinario

Cuando se trata este tema, siempre se sostiene que cualquier error en el que pudo incurrir una sentencia es subsanable por vía de los recursos previstos en la ley procesal.

En primer lugar, creo necesario diferenciar dos aspectos que no debieran confundirse en el tratamiento de este tema, y que pueden entrecruzarse de tal manera que aparentan ser lo mismo: los recursos procesales previstos en la ley para reclamar los agravios, que puede causar un fallo judicial, no tienen por qué relacionarse directamente con el desempeño (bueno o malo) del magistrado que lo dictó.

Esto es así porque haciendo uso de las herramientas procesales correspondientes, un fallo ulterior puede modificar la sentencia dictada, subsanando el agravio que pudiere haber sufrido la parte en el litigio, y dejando a salvo con ello, sus derechos, y -supongamos el caso- la correcta y debida aplicación de las normas en juego, reparando así la injusticia vertida en la sentencia recurrida.

Sin embargo, tal sentencia posterior no emitirá pronunciamiento alguno sobre el desempeño de la función del inferior, puesto que no le corresponde hacerlo, ni mucho menos subsanará -en cuanto a la función judicial se refiere- el proceso intelectual que llevó a tal juez a emitir un fallo reñido con el derecho.

Entonces, la existencia y utilización de los medios de impugnación de una sentencia no es decisiva a los fines de apreciar el desempeño de





los magistrados, porque el otorgamiento de tales recursos jamás podrá convalidar ni sanear la irregular actuación del juez en cuanto tal.

Es cierto: la ley procesal otorga diversos recursos para atacar sentencias que se consideran contrarias a derecho al particular, que recurre a la Justicia en búsqueda de la resolución de un conflicto. Pero tales remedios procesales no otorgan a ese particular, ni a la ciudadanía en su conjunto, ni mucho menos al Estado de Derecho, la garantía de jueces ímprobos. Garantía esta última que no debe ser resignada por las instituciones, ni por los operadores del Derecho.

Por ello, no creemos sustentable la postura sostenida en las leyes referidas, que determina que la posibilidad de impugnar una sentencia judicial a través de los remedios procesales -que prevé la ley-, priva al interesado de cuestionar por la vía que corresponda el mal desempeño de un juez. La vía recursiva prevista por la ley procesal no inmuniza al juez ni a la sociedad del dictado de sentencias que repugnen al Derecho y a la Justicia.

En consecuencia, es necesario aclarar, ante todo, que el contenido de la sentencia al que me referiré en este trabajo no es aquél que contiene materia opinable en las palabras de nuestro Má-

ximo Tribunal, no es aquella sentencia que puede coexistir en perfecta armonía con el ordenamiento jurídico, por haber vertido en ella fundamentación suficiente, que logra rechazar de plano cualquier imputación de arbitrariedad o irrazonabilidad.

Tal lo que enseña Alejandro Nieto, desde la teoría jurídica, en cuanto a que la ley ofrece al juez varias soluciones posibles, todas igualmente "correctas" -en referencia a la coherencia formal del razonamiento, no al contenido- por lo que todas sus sentencias habrán de serlo también. "

¿Quién puede reprochar a un juez haber seguido la interpretación literal y no la histórica? No hay entonces sentencias correctas o incorrectas, sino plausibles (defendibles, verosímiles, aceptables) o no plausibles. Por ello -concluye- desde unos mismos hechos y desde unas mismas leyes caben varias interpretaciones plausibles y eventualmente contradictorias" ².

El contenido de la sentencia al que haré referencia, es aquel que se desvincula por completo de la prudencia jurídica, y que más allá del resultado injusto que de cómo resultado en la realidad, haga imposible una derivación

coherente de la letra y/o del espíritu de la norma que resulte aplicable.

Autores como Kemelmajer de Carlucci y Carlos Parellada, al referirse a la responsabilidad del juez, traen a colación sobre el punto lo sostenido por la Corte de Casación francesa, que definió a la culpa grave profesional del juez, como aquella cometida bajo la influencia de un error tan grosero que un magistrado normalmente celoso de sus deberes, no lo hubiese cometido, señalando que esa culpa "...se configura por el error grosero e inexcusable en la apreciación de la prueba y en la solución prescripta por el derecho; la decisión debe salirse del terreno de lo opinable para estar basada en la sola voluntad del juzgador y no orientada por los principios generales" ³.

Veamos entonces cuáles son las razones dadas por la doctrina y por la jurisprudencia, por las cuales se rechaza la posibilidad de remover a los magistrados por el contenido de sus sentencias.

² NIETO, Alejandro y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "El derecho y el revés", ps. 98/99, Ariel, Barcelona, 1998.

³ Aída Kemelmajer de Carlucci y Carlos A. Parellada, "Reflexiones sobre la responsabilidad del estado por daños derivados de la función judicial", págs. 66 y 75



➤➤ **Independencia del Poder Judicial. Incidencia del Consejo de la Magistratura**

La separación de poderes es el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo de los reyes en nombre de los derechos del pueblo. Conquista de la humanidad, que alcanzó a través del tiempo, la recepción de nuevos valores aquilatados a través de las teorías políticas, de las confrontaciones -no sólo dialécticas sino también cruentas- que dieron paso a las ideas republicanas, a la posibilidad de concretar para todos, y en bien de todos, el principio garantista de la división de los poderes; junto a ello, se buscó también la independencia de la función judicial.

El sentido histórico e ideológico del principio de la separación de poderes es, así, evitar la concentración de poder, especialmente, en manos del titular del Ejecutivo, a fin de lograr el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos que, representados democráticamente, constituyen ahora el Poder Legislativo. Mientras que el reparto de Justicia es ejercido por la Magistratura que integra el Poder Judicial. Siempre en busca de la plena convocatoria al respeto de los derechos y libertades individuales.

Aparece así la idea del control y la limitación

del poder estatal; los tres poderes, limitándose recíprocamente, nunca entorpeciendo innecesariamente, constituyen una garantía frente al absolutismo y la dictadura.

La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con las debidas actualizaciones que la evolución de los tiempos históricos demanda, constituye, en su idea nodal, requisito indispensable para todo Estado de Derecho.

Sin dudas, la independencia del Poder Judicial frente a las presiones tanto del Legislativo como, sobre todo, del Ejecutivo, se yergue de modo insustituible para la plena existencia del Estado de Derecho. Que es, en definitiva, la obediencia irrestricta de la Ley en su más profunda y esencial acepción: hacer letra viva y verdadera las declaraciones, derechos y garantías que a todos los sujetos de Derecho debe garantizarse.

Pues bien, la razón más fuerte que se esgrime contra la posibilidad de remover a los jueces en razón del contenido de sus sentencias, es precisamente que tal equilibrio y sistema de frenos y contrapesos quede por la deriva.

Sin embargo, este argumento no aparece tan sólido desde la Reforma de la Constitución Nacional, en 1994. Como ya sostuvimos, fue creado en esa oportunidad el Consejo de la

Magistratura, un órgano de gobierno del propio Poder Judicial, en tanto administra sus recursos, ejerce facultades disciplinarias sobre los magistrados, dicta los reglamentos relacionados con la organización judicial, entre otras atribuciones.

El reconocimiento del ejercicio de las facultades disciplinarias, la potestad de dictar reglamentos, o la atribución de administrar los recursos o ejecutar el presupuesto del Poder Judicial al Consejo de la Magistratura también garantiza la independencia de los jueces porque el Consejo es parte del Poder Judicial, aún cuando no ejerza funciones judiciales. En otras palabras, el Poder Judicial, a través de un órgano que es parte de él, ejerce el gobierno sobre sí mismo. Es ese mismo gobierno el que tiene facultades para remover a los jueces de su función, mediante el procedimiento previsto a tal fin.

Así, entonces, con este nuevo organismo ya no existe "interferencia" de otro poder en la esfera del Poder Judicial, quien tiene reservada en su propia órbita la posibilidad de sancionar e incluso remover a los magistrados de instancias inferiores a la Corte, que forman parte de los cuadros judiciales.

No podemos negar que la composición del órgano acusa un desequilibrio a favor de la repre-





sentación de los órganos políticos que podría ir en detrimento de la calidad de su gestión. Aunque institucionalmente, la independencia esté consagrada, ha sido recalcada por gran parte de la doctrina y de los abogados la necesidad de reformar esa composición, equilibrando su formación.

Así, Rafael Bielsa opina que “el equilibrio, para ser tal, muchas veces supone la desigualdad en el número...” que “equilibrada no quiere decir por partes iguales, que equilibrada tendría que querer decir, en sana interpretación, que lleva la balanza a un punto de reposo: es necesario ver y cuantificar lo que hay en un platillo para resolver qué es lo que conviene que haya en el otro”⁴.

De todas maneras, el establecimiento de un órgano de gobierno específico del Poder Judicial lo ha dotado, sin dudas, de mayor independencia organizativa, asegurando la independencia de la Magistratura.

Lo anterior, sin perjuicio que la Reforma de 1994 desdobló el juicio político, reservándose el sistema anterior para los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y sometiendo al Jurado de Enjuiciamiento a los Jueces de los Tribunales inferiores de la Nación.

⁴ Bielsa Rafael. Cuadernos de Fundejus. Año 2 Nro 2. Octubre 1994, pag. 25/26.

⁵ GOLDSCHMIDT Werner: La Ciencia de la Justicia. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1986. Pag. 208

Alcance del principio de División de poderes

Pero además del argumento vertido, entendemos que el principio de división de poderes, como sostuvimos, es garantía de la seguridad jurídica para los ciudadanos todos, y no exclusivamente una garantía de cada uno de los poderes del Estado con referencia a los otros dos.

Así lo enseña Goldschmidt: “la división de poderes anhela el control del reparto autoritario. Si el mismo individuo diere las ordenanzas, las interpretare y aplicare (si fuesen mandamientos) o las comprendiere e impusiere (si fuesen órdenes); si por último, en caso de una controversia, resolviera quién tuviese la razón, tal suma de poderes sería insoportablemente grande y podría conferir a una ordenanza injusta una fuerza de empuje peligrosísima. Por ello interesa a los individuos que ciertos órganos se limiten a ocuparse de la redacción de los mandamientos, que luego otros, independientes de los primeros, los interpreten y apliquen, caso que se resolviesen a obedecerlos, y que, por último, un tercer grupo de órganos independientes de los dos primeros, decida en caso de controversia sobre la justicia o injusticia del mandamiento y de la obediencia o desobediencia al mismo”⁵.

Precisamente, esta garantía del Estado de Derecho, y la forma republicana de Gobierno propone al Poder Judicial que sus sentencias sean totalmente independientes de cualquier intromisión foránea; es decir, que ningún poder político provoque el dictado de una sentencia en determinado sentido o con determinado contenido. Si la sentencia demuestra lo contrario, esto es, que su contenido no es más que la voluntad de un funcionario del Poder Ejecutivo, o la adecuación absoluta y sin fundamentos jurídicos a la petición efectuada por un particular, revelando de esa manera, con evidencia, que se ha torcido la independencia del magistrado, ¿cómo se explica que el principio de la división de poderes sigue vigente en nuestras instituciones?

La vigencia de las garantías constitucionales que consagra el artículo 18 de nuestra Carta Magna, implica también que los jueces en el desempeño de la labor que les ha sido encomendada no estén influenciados por factores externos a él; factores que, en el punto que tratamos, podríamos llamar “otro poder del Estado”.

El entrometimiento del Poder Ejecutivo en la órbita del Poder Judicial daña atterradoramente la división de poderes desde lo institucional, y la garantía de un debido proceso y una sentencia





justa desde lo individual. La plena vigencia del Estado de Derecho obliga a frenar todo tipo de presión que pudiera ejercerse desde afuera.

La responsabilidad de los jueces

“Un juez es independiente, pero es responsable, y en cuanto tal, debe explicar, debe dar cuenta de sus actos”⁶.

Cuando se sostiene que los jueces no pueden ser removidos por el contenido de sus sentencias, el primer cuestionamiento que me surge es: ¿de qué manera entonces? Sabiendo que los jueces no hablan, sino a través de sus sentencias, ¿cómo sería posible juzgarlos de otra manera que no sea por ellas mismas?

Creo que es imprescindible desmitificar entonces tal concepto. El contenido de las sentencias judiciales no puede ser algo intangible, imposible de juzgar, como se sostiene. En ellas se fijan derechos y sanciones, y quienes son sus destinatarios, más allá de los recursos que la ley procesal otorga en cada caso, y de la eventual reparación que pueda existir, deben tener la posibilidad de solicitar a la institución creada al efecto, un estudio de técnicos sobre el mal desempeño del sentenciante.

La jurisprudencia estadounidense estableció que los jueces debían (necesariamente) gozar

de inmunidad (incluso Midón, Mario A. “Juicio político. Singular mezcla de lo jurídico. La oportunidad y conveniencia”. LA LEY 1990-D, 8450 en lo referente a reclamos civiles) para no sufrir interferencias en el ejercicio de su función⁷.

Tiempo después, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América determinó las razones por las cuales correspondía otorgar inmunidad a los magistrados judiciales, expresando que: “... 1) un juez debe ser libre para juzgar según sus convicciones personales sin temor que ello le podrá acarrear consecuencias personales; 2) dada la naturaleza del proceso, la parte vencida suele desear vengarse de su infortunio, culpando al magistrado; 3) el cuestionamiento de las bases jurídicas de un fallo atenta contra la independencia del juez; 4) la posibilidad de que un juez deba defender sus decisiones, le llevaría a conservar un número excesivo de documentos y notas sobre cada caso; 5) existen otros medios más efectivos para controlar el desempeño de los funcionarios judiciales, los cuales aseguran su integridad ética y su honestidad intelectual; 6) resulta importante preservar la idea de que toda sentencia firme es irrevisable, definitiva”⁸.

Siguiendo tales principios, en el fallo recaído en los autos “Bustos Fierro s/ pedido de enjuicia-

miento”, en el voto de la mayoría se sostuvo que la independencia de los jueces es “garantía para los jueces, para obrar con la tranquilidad de no ser molestados por el contenido de sus sentencias. Y tiene una extensión amplia e incluye errores y torpezas”⁹.

¿No ser “molestados”? ¿Qué significa esto de no ser molestados? ¿La ausencia total de control sobre las sentencias que dictan los jueces? Desde ya que tal alcance sería rechazado de plano, puesto que no existe órgano estatal del que pueda sostenerse independencia absoluta y ausencia de todo tipo de control.

¿Qué digo órgano estatal?! No existe profesión, oficio ni actividad alguna que se encuentre eximida de responsabilidad: desde el kiosco más pequeño es responsable por la habilitación estatal y estado de conservación de cada uno de los productos que comercializa, el gasista por la correcta instalación y reparación de los electrodomésticos o cañerías que repare, y hasta el médico cirujano de mayor prestigio en su profesión, todos en su quehacer diario tienen responsabilidad. Nadie puede alegar que no quiere ser “molestado” en cuanto al resultado de su trabajo, o de su función. Todos los sujetos adultos deben dar respuesta cierta a su quehacer, a sus acciones. En no otra cosa, estriba la responsabi-

⁶ Aída Kemelmajer de Carlucci. “El deber de los jueces de reparar el daño causado”. Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad del Estado. Rubinzal Culzoni. 2000.

⁷ Lining v Bentham”, de 1796

⁸ En “Bradley v Fischer”, de 1871

⁹ J.E.M.N. In re “Doctor Ricardo Bustos Fierro s/ pedido de enjuiciamiento”. Sentencia del 26 de abril de 2000.





lidad. Sin dudas, tal concepto responde al sistema de la inmunidad o negatorio de la responsabilidad de los jueces, que favorece no la independencia, a mi modo de ver, sino la forma de extraer a los magistrados de las reglas generales sobre responsabilidad, quienes de este modo pueden actuar libres del temor a equivocarse. Se sostiene en tal sentido que el error judicial es inevitable, y siguiendo a la Corte Estadounidense, que “de no ser los magistrados inmunes a sus errores, sólo siendo mendigo o tonto se aceptaría ser juez” ¹⁰.

Esta afirmación sobre lo inevitable del error no hace más que asimilarlo a un caso fortuito; totalmente inadecuado (pensemos nada más qué sucedería si la misma postura adoptaran los médicos cirujanos, de baja o alta complejidad, que decidieran declarar la inmunidad en su profesión, o que prefirieran no poner sus conocimientos y artes a favor de la salud, por la posibilidad de cometer un error y ser responsables por ello).

El mismo Jurado de Enjuiciamiento en el caso “Torres Nieto” claramente indicó que “resulta evidente que la actividad de los jueces no debe ser examinada y conmensurada con la misma vara que la del ciudadano común, toda vez que su función hace que le sea exigido un comporta-

miento distinto -cuando no, superior- al resto de la comunidad y ello, no tan sólo en los aspectos concernientes al desempeño de sus específicas y tutelares misiones, sino abarcativa de las restantes facetas de su vida” ¹¹.

Es destacable también la conceptualización vertida en el caso ‘Bustos Fierro’, en el voto minoritario, cuando sostuvo que “la independencia de los jueces no es un escudo de protección, ni otorga un ‘bill’ de indemnidad”, sino que es una garantía del sistema republicano y democrático instituida a favor de los jueces y de la ciudadanía”.

Esta concepción se compadece con la misión y alta finalidad de las instituciones y también con los derechos y garantías de los particulares, destinatarios directos de las decisiones judiciales. Es indiscutido el deber de los jueces de cumplir sus funciones con la responsabilidad y la probidad que ya el preámbulo constitucional manda.

En palabras de Midón, “Nuestra Constitución ha definido como forma de gobierno a la republicano representativa (art. 1°). Ello implica, entre otras cosas, que es carácter indeleble de tal sistema el principio de responsabilidad de quienes han sido llamados a ejercer cargos de alta magistratura (presidente, vice, ministros y jueces). Si en la vida de relación los gobernados

deben responder por las consecuencias dañosas de sus actos, esa respuesta es mayor -se ve incrementada- a raíz del ejercicio de funciones gubernamentales. Quien accede a ellas, amén de la responsabilidad ordinaria (civil, penal, disciplinaria, etc.) está sujeto a que los actos cumplidos con motivo y en ocasión de su ministerio sean revisados desde la óptica política” ¹².

Entonces, si los jueces “hablan” sólo a través de sus sentencias, la irrevisibilidad de éstas sería lo mismo que declarar su absoluta irresponsabilidad. Así se sostuvo: “Considero que el contenido de las sentencias puede ser tenido en cuenta a la hora de considerar el mal desempeño de un magistrado, al menos, en los siguientes casos: a) Cuando a través del contenido de la sentencia se advierta la presunta comisión de un delito. B) Cuando del examen del contenido de las sentencias se adviertan notables desconocimientos del derecho aplicable, que serían demostrativos de la carencia de condiciones de idoneidad para continuar ejerciendo el cargo: falta de adecuado conocimiento del orden jurídico, de la salud psíquica, etcétera. C) Cuando en el contenido de la sentencia se advierta un desvío de poder, es decir, la utilización del poder jurisdiccional para fines distintos de aquellos para los que le fue

¹⁰ Guido Tawil. La responsabilidad del estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia. Ed. Depalma. 1993. Pág.176

¹¹ J.E.M.N. Autos Torres Nieto. Sentencia del 30 de mayo de 2002.

¹² Midón, Mario A. “Juicio político. Singular mezcla de lo jurídico. La oportunidad y conveniencia”. LA LEY 1990-D, 845





➤➤ atribuido a los jueces. Estos desvíos del poder jurisdiccional suelen estar relacionado con la falta de independencia o de imparcialidad de los magistrados” ¹³.

La importancia del tema radica en la vinculación directa que tiene con el tema de la responsabilidad de los jueces, que puede ser abordada desde diversos órdenes: constitucional, administrativo, político, penal, disciplinario, político, civil.

Aunque algunos autores advierten que “Modernamente se analizan otros complejos aspectos, abriéndose camino nuevos marcos de referencia, aún embrionarios y en buena medida, adscriptos a algunas de las esferas anteriores: la responsabilidad procesal y la política social” ¹⁴.

Pues bien, el accionar de los magistrados puede ser analizado desde esos diferentes puntos de vista, ya que cada uno de esos ángulos tutela bienes jurídicos diferentes, cuyo contralor se coloca en manos de distintos órganos, los cuales pueden, finalmente, aplicar sanciones diferenciadas, tratándose de órbitas de responsabilidad disímiles.

En nuestro sistema, la posibilidad de demandar civilmente a un juez por daños cometidos en el ejercicio de la función requiere que el ma-

gistrado no se encuentre amparado por las inmunidades funcionales que lo amparan. Obviamente, la vía para que tales inmunidades desaparezcan es la remoción de su cargo.

Interpretación del art. 14 de la Ley 24.937

Zulema Rivera y Angel Fermín Garrote han realizado una interesante interpretación del art. 14 de la Ley 24.937, según el cual “Queda asegurada la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de las sentencias”.

El análisis de este artículo fue analizado desde su ubicación metodológica, recalcando que se lo ha incluido bajo el acápite de “Comisión de Disciplina”, en su punto b), segundo apartado, titulado “Del ejercicio de la potestad disciplinaria”.

Así, se interpretó “que el mismo está exclusivamente destinado a limitar el objeto de las investigaciones sobre la presunta comisión de faltas disciplinarias y veda la imposición de sanciones administrativas a los jueces en virtud de sus decisiones jurisdiccionales, no alcanzando a la actuación de la Comisión de Acusación, cuya competencia versa sobre las hipótesis de remoción de los magistrados” ¹⁵.

Destacan estos autores que tal posición no es unánime en el seno del propio Consejo de la Ma-

gistratura, en tanto había dado lugar a puntos de vista divergentes, trasuntados en dictámenes de las Comisiones de Disciplina y de Acusación; siendo menester aclarar que, de la posterior evolución jurisprudencial, puede advertirse que así como en la primera la cláusula sigue actuando como cerrojo inviolable, en la segunda se admite que ceda en algunos supuestos, aunque infrecuentes y de no fácil demostración.

“Sin embargo, hay quienes persisten en extender la garantía a hipótesis de mal desempeño e, incluso, la conciben como impeditivo constante y permanente al examen que corresponde a la Comisión de Acusación, con un alcance que, en definitiva, anula gran parte del control de responsabilidad política que corresponde al Consejo sobre la conducta de los jueces inferiores, estableciendo a favor de éstos una especie de bill de indemnidad que es impensable en una república democrática y en un estado de derecho” ¹⁶.

Entienden entonces, que una interpretación adecuada y justa de la norma, independientemente de la conclusión a la que en definitiva se arribe, es que la falleba no protege la sentencia, que siempre se abre.

Néstor P. Sagües también se refiere a la

¹³ Alfonso Santiago (H) Grandezas y Miserias en la Vida Judicial. El Derecho, Buenos Aires, pág. 82/83

¹⁴ Morello, Augusto; Sosa, Gualberto y Berizonce, Roberto. Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados. Librería Editorial Platense. Abeledo Perrot. 1982.

¹⁵ Rivera, Zulema y Garrote Angel Fermín. L.L. Actualidad. Revista del 01/02/2000

¹⁶ Rivera, Zulema y Garrote Angel Fermín. Artículo citado.





➤ ➤ norma, y propone que “entendido literalmente, el referido dispositivo del artículo 14 de la Ley del Consejo de la Magistratura, parecería decir que nunca un juez podría ser sancionado disciplinariamente por lo que diga o decida en una sentencia, y que tampoco podría iniciársele, por ello, trámite de remoción ante el Jurado de Enjuiciamiento.

Tal interpretación debe descartarse. Si lo resuelto en un pronunciamiento judicial evidencia, por ejemplo, una ignorancia inexcusable del derecho, la parcialidad en favor de un litigante, la comisión de un delito, el manejo manifiestamente incorrecto del expediente o la comisión de actos decididamente impropios de un magistrado, el asunto bien puede configurar un factor de sanción disciplinaria o, para situaciones más extremas, dar lugar al inicio del trámite de remoción del juez (cuando lo ocurrido perfila la causal de “mal desempeño” o alguno de los otros motivos previstos por el artículo 53 de la Constitución Nacional). Y la mejor prueba para acreditar alguno de esos hechos puede ser, precisamente, la providencia o la resolución del juez en la que éste se ha expedido” ¹⁷.

Seguramente, y tal como lo sostuvimos en un principio, si del contenido de la sentencia surge una derivación razonada del derecho que en de-

finitiva resulte aplicable, el juez estará eximido de toda responsabilidad política, y así deberá declararse. Pero si no se vislumbra vinculación con la norma, si la sentencia ha sido dictada, podríamos decir, en forma absolutamente caprichosa por el juez, pues entonces la Comisión de Acusación deberá profundizar la investigación, y de creerlo necesario, proponer al Plenario la apertura del procedimiento de remoción.

Así, el alcance dado al art. 14 es que no puede “sancionarse correctivamente” al juez por el contenido de sus sentencias, por su interpretación de los hechos y del derecho en el caso que le ha tocado resolver.

Pero si existe duda respecto al accionar judicial, y la posibilidad de que en su sentencia el juez haya actuado con dolo o con culpa, es decir con falta de prudencia, de diligencia o de pericia, el ordenamiento jurídico constitucional ha previsto su acusación ante el órgano encargado de removerlo.

La otra conclusión a la que debemos arribar, es que para poder juzgar el desempeño de la tarea judicial en muchas oportunidades, será indiscutible la necesidad de analizar el fallo en cuestión, análisis que no podrá incluir el del criterio que haya sido utilizado para resolver la cuestión, pero, como se sostuvo en el caso “Bus-

tos Fierro”, sí tendrá el “estricto objetivo de determinar si el juez ha incurrido en mal desempeño al ejercer la actividad jurisdiccional que motiva este proceso de remoción, por ignorancia del derecho o por traducir su accionar un propósito prefijado, ajeno al leal desempeño de la función jurisdiccional”.

Para determinar la existencia de alguno de tales extremos, será imprescindible adentrarse en el contenido de la sentencia.

La materia opinable en el contenido de la sentencia judicial.

Como sostuvimos al comienzo de este trabajo, no es cualquier sentencia la que podrá ser revisada. O en todo caso: cualquier sentencia podrá serlo, pero la mayoría saldrá airosa del “examen” a que se le pueda someter.

¿Cómo determinar entonces, cuál podrá dar lugar a un proceso de remoción del sentenciante? ¿Qué circunstancias incidirán para determinar que el juez hizo un uso indebido de sus facultades, tergiversando la ley o la Constitución o negándose él mismo a ejercer sus funciones, con todo lo que ellas implican?

Citamos nuevamente la doctrina que en este punto ha sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual los posibles errores o

¹⁷ Néstor P. Sagües. “Los jueces y sus sentencias”. Artículo publicado en La Nación. 14/01/2000.





desaciertos de una resolución judicial en materia opinable de ningún modo podrán constituir causal de enjuiciamiento del magistrado, toda vez que dicha situación encuentra remedio y es privativa de los respectivos tribunales superiores y/o de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante las vías recursivas pertinentes (Fallos, 271:175, 301:1237, entre otros).

Debemos detenernos en eso de materia opinable. Parecería en principio que todo en derecho es materia opinable; desde que toda norma debe ser interpretada para fijar su alcance, podrán existir tantas interpretaciones como intérpretes. Y todas ellas seguramente estarán debidamente fundadas. De no ser así, no existirían tantos litigios en los estrados judiciales; y definitivamente, los abogados no ejerceríamos nuestra profesión.

Así lo explica Alejandro Nieto: "...la personalidad del sujeto rompe la neutralidad y esto sucede todavía con más fuerza como consecuencia de la situación en que se encuentra y que tanto le condiciona (...) el observador no puede acercarse limpiamente al objeto que examina dado que, al acortar distancia y centrar sobre él su reflexión, termina implicándose personalmente y pierde su neutralidad (...) el conocimiento jurídico está limitado por el sesgo distorsionador

que introduce la persona del jurista, persona individual que, a su vez, es el instrumento de expresión de otros factores más generales de índole social y cultural"¹⁸.

Aprecio significativamente lo antes dicho pues no escapa a la conciencia de todo hombre de Derecho, que "juegan" en el dictado de las sentencias de los jueces cuestiones tan esenciales como la subjetividad, sus propias historias personales, que recepcionan y elaboran criterios y modos de miradas diferentes, acerca del ejercicio de la función y lógicamente, en la elaboración de sus sentencias.

Por cierto, es de la esencia del sistema republicano, y de la función propia del Poder Judicial la interpretación de las normas para el conocimiento de las causas traídas a estudio de cada Tribunal. Tal interpretación, lógicamente, es libre, y nadie podría reprochar los magistrados la interpretación hermenéutica, por poner un ejemplo, si tal es su convicción, y si en esa interpretación no se ha alejado de las disposiciones legales.

Porque si los criterios jurídicos utilizados en las decisiones judiciales pudieran ser cuestionados por vía de sanciones disciplinarias a los magistrados o, si tan sólo por aquellos criterios se pudiese dar cabida a las sanciones, poco y nada

quedaría de la independencia judicial¹⁹. Entonces, siempre que la fundamentación de la sentencia sea el derecho, o en todo caso, derive de una interpretación que se compadezca en un todo con el ordenamiento jurídico, la sentencia dictada tendrá la solidez necesaria para rechazar cualquier embestida en su contra.

Pero así y todo existen sin duda ciertos principios, ciertas premisas que no pueden sino interpretarse de determinada manera.

En el caso "Bustos Fierro", por ejemplo, la cuestión referida a la incompetencia de la Secretaría Fiscal, en la que radicó la causa "Carbonetti", no constituye más que una interpretación infundada, sin norma alguna que le de respaldo jurídico a tal decisión. En efecto, el propio actor de la causa manifestó que su presentación respondía a sus atribuciones para "postular candidatos a cargos públicos electivos" (art. 2 ley 23.298); además tanto el planteo de fondo como el objeto de la medida cautelar petitionada en tales autos estaban referidos a cuestiones esencialmente de materia electoral. No otra cosa podía entenderse cuando se petitionó que se "autorice al ciudadano Carlos Saúl Menem a registrarse como integrante de la fórmula presidencial (...) para las próximas elecciones internas".

¹⁸ Alejandro Nieto. Las limitaciones del conocimiento jurídico. Lección jubilar pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el 12 de marzo de 2001.

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán. "Manual de la Constitución Reformada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997.





La interpretación de la norma en juego, esto es, la atributiva de la competencia electoral es el art. 6 de la Ley 23.298, por el cual “Corresponde a la Justicia Federal con competencia electoral, además de la jurisdicción y competencia que le atribuye la ley orgánica respectiva, el contralor de la vigencia efectiva de los derechos, atributos, poderes, garantías y obligaciones, así como el de los registros que ésta y demás disposiciones legales reglan con respecto a los partidos sus autoridades, candidatos, afiliados y ciudadanos en general”.

No existe mucho que debatir al respecto: no es una norma oscura, no pueden existir interpretaciones disímiles en su aplicación. No existe en la norma en cuestión “materia opinable” alguna.

Dicho de otra manera: no hay interpretación posible que logre radicar en la secretaría fiscal un tema como el planteado por el Partido Justicialista (PJ) en la causa “Carbonetti”.

Aplicando la doctrina citada del Máximo Tribunal, y por no tratarse de una norma que de lugar a más de una interpretación válida, cabe concluir que el contenido de tal sentencia puede constituir causal de enjuiciamiento al magistrado que la dictó.

La ineptitud moral o intelectual. El error de derecho

El juez es el paradigma del conocimiento jurídico, decía Carlos Cossio. Si el Derecho debe reputarse conocido por todos, el Juez, debe ser aquél que funde acabadamente en su versación y ética, ese Derecho.

Sostuvo la Corte que “el presupuesto necesario de la función de juzgar resultaría afectado si los jueces estuvieran expuestos al riesgo de ser removidos por el sólo hecho de que las consideraciones vertidas en sus sentencias puedan ser objetables, a excepción de que ellas constituyan delitos o traduzcan ineptitud moral o intelectual” (Fallos 274:415).

Entonces, las consideraciones vertidas por los jueces en sus sentencias serán objetables en aquellos casos que se trate de una demostración de ineptitud moral o intelectual. La ineptitud moral no tiene por qué ser un delito, con lo cual, se trata de una causal distinta a la de al comisión de delitos en ejercicio de sus funciones o de crímenes comunes, como prevé la norma constitucional.

El Jurado de Enjuiciamiento, en el caso “Torres Nieto,” y citando a Rafael Bielsa, dijo: “Cabe recordar que la expresión mal desempeño del cargo tiene una latitud considerable y permite

un juicio discrecional amplio, pues se trata de una falta de idoneidad, no sólo profesional o técnica, sino también moral, como a ineptitud, la insolvencia moral, todo lo que determina el daño a la función”²⁰.

Lo distintivo en el principio establecido por el Máximo Tribunal, y en lo que aquí nos concierne, es que tal ineptitud o insolvencia intelectual y/o moral, como lo llama el Jurado de Enjuiciamiento, debe surgir o revelarse en el contenido mismo de la sentencia.

En el análisis del caso “Bustos Fierro” se dio una particularidad. Casi como una declaración de parte, el magistrado, en sus propias declaraciones ante el Consejo de la Magistratura aseveró “haber pensado en la posibilidad de convocar a constitucionalistas en calidad de testigos para resolver con certeza el caso sometido a su conocimiento”.

El Tribunal dio una interpretación al tema, vinculándola con la figura del *amicus curiae* existente en el derecho comparado, y negando cualquier injerencia con la función jurisdiccional, el magistrado jamás propuso ni dejó entrever que se trataba de algo parecido, y sólo hubiera intentado citarlos como testigos. Conociendo el concepto procesal de testigo y las características que tales personas deben reunir,





sin duda alguna, tal medio probatorio resulta inviable e improcedente. Con lo cual, la ineptitud intelectual en dicho caso, se presentaría por el propio reconocimiento del juez en cuanto a la imposibilidad de resolver por sí mismo el tema debatido ante sus estrados.

Y en el considerando 17 de la sentencia recaída en tales autos, se encargó de aclarar que “las explicaciones dadas por un magistrado a requerimiento del Consejo de la Magistratura durante el trámite de acusación no integran –como es obvio– los actos jurisdiccionales y, en tanto no configuran per se una conducta susceptible de reproche, no serán tenidos en cuenta como complementarios de las decisiones sub examine. En cambio, las manifestaciones del juez podrán ser consideradas para verificar la concurrencia del propósito espurio que le atribuye la acusación en la conducta del proceso. La imputación de desconocimiento del derecho como causal de remoción será examinada en cuanto resulte de los actos jurisdiccionales traídos al debate, mas no como producto de una hipotética compulsión de conocimientos jurídicos efectuada en el transcurso del proceso”²¹.

La ineptitud intelectual, estará relacionada así, con el error de derecho en el que incurra el Juzgador, error que no le está permitido invocar

ni siquiera a los ciudadanos, so pena de caer en grave peligro el sistema en su integridad.

Es real, y es humano, que nuestra organización judicial reposa sobre la base del posible error judicial; no puede exigirse un juez infalible, lo que implica que tal error no puede inculparse porque es independiente de la voluntad humana; sin embargo, de esto último “no se deduce que deba permitirse a los jueces que se aparten arbitraria o dolosamente de las reglas legales y pronuncien sentencias antojadizas o delictuosas, escudados en esa tolerancia. Por este motivo, y fuera de la hipótesis de impericia no menos peligrosa y alarmante, toda desviación patente de la ley que no pueda ser atribuida a confusiones del raciocinio, presenta al juez que la ejecuta como reo del delito de prevaricato...”²².

Por otro lado, es necesario recordar que la Constitución Nacional refiere a la idoneidad como requisito para ser admitidos en el empleo. ¿No es aplicable tal principio a todos, por igual?

Apartamiento voluntario del ordenamiento jurídico

Así y todo, ¿será lo mismo error de derecho y desconocimiento de derecho? El error en la aplicación del derecho, implicará casi siempre una

determinada interpretación en el alcance dado a la norma aplicable al caso; o la aplicación de una norma es desmedro de otra, que es la que resultaba ser la correcta.

El desconocimiento o apartamiento del derecho existirá en aquellos casos en que la sentencia exija más allá de lo que la ley lo hace; o cuando se recurre a la invocación de principios generales del derecho para resolver una cuestión, desconociendo la existencia de una norma expresa; o cuando se resuelva en forma contraria a lo reglado por la ley. Salvando, por supuesto, aquellos casos en que existen argumentos plausibles para una interpretación distinta, más no contradictoria con la ley o sus principios.

Insistimos en consecuencia, en que aún cuando el error sea subsanable en instancias posteriores, ello no quita el deterioro de la función judicial, y de la credibilidad en ella por parte de los ciudadanos en los casos en que se falla más allá de las disposiciones legales, ni redime al acto jurisdiccional inválido con el ordenamiento jurídico.

Tal lo sucedido en el pedido de destitución del juez Colabelli, en el que el tribunal argumentó: “se encuentra acreditado que el Dr. José Oscar Colabelli, a sabiendas de lo que hacía, decidió

²¹ J.E.M.N. Caso Torres Nieto.

²² Adolfo Parry, *Facultades Disciplinarias del Poder Judicial*. Ed. Jurídica Argentina, Bs. As., 1939.





no aplicar la clara y contundente disposición del art. 306 del C.P.P., ello así por cuanto ante dos pedidos de sobreseimiento avalados por el Fiscal de Cámara debió proceder en consecuencia, es decir dictar el sobreseimiento, ya que no tenía otra alternativa. En la causa “Fermín, Mauricio s/ Usurpación - El Kazen, José Vicente s/denuncia - Cushamen - Expte. N° 2061 - F° 13 Año 2000”, el juez se subrogó en la actividad acusatoria, ignorando completamente el accionar del Ministerio Público fiscal quién solicitó reiteradamente el sobreseimiento del imputado. Este accionar del juez fue absolutamente ilegítimo, pero relevante al momento de dictar la medida cautelar solicitada. Ello así porque si no mantenía viva la acción penal, le era imposible resolver favorablemente la accesoria, pues ya carecía de jurisdicción. La materialidad de este hecho atribuido resulta de instrumentos públicos debidamente incorporados al proceso y sobre cuya existencia y calidad probatoria no existe controversia²³.

El desapego al ordenamiento legal puede ser de tal envergadura que impida sostener que el error fue cometido por ignorancia o inadvertencia por parte del magistrado: el resolver en contra de la ley trayendo al mundo una sentencia que carece de todo amparo legal, no puede ser

dispensado a un funcionario que fuera designado con el compromiso y bajo el juramento de respetarlo y aplicarlo.

Es interesante el planteo que hace Lyons cuando trata sobre la doctrina de la justificación legalista: “El interrogante pertinente no es si la ley exige que un juez emita una resolución u otra, decidiendo de ese modo los casos, sino si la ley que verdaderamente existe antes de dictarse la resolución exige que se adopte una decisión particular”²⁴.

Se colige de lo expuesto, que el contenido de la sentencia es el objeto más importante –si no el único- para advertir el desconocimiento o el apartamiento de la norma de derecho por parte de un juez. Probado lo anterior, quedará muchas veces demostrada la carencia de condiciones del magistrado para continuar ocupando el cargo.

Desviación de poder

Lo expuesto en el apartado anterior obliga a analizar otro tema, tan estrechamente vinculado que se hace imposible separarlo: la desviación de poder en el ejercicio de la magistratura.

Por mandato constitucional “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la

Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

Tal la función del Poder Judicial, que complementada por el principio de supremacía constitucional consagrado en el art. 31, le otorga la función de velar y resguardar la efectiva vigencia de los derechos y garantías en ella consagrados.

La legitimidad de la función jurisdiccional no sólo proviene de la idoneidad exigida a cada magistrado para ocupar el cargo, sino esencialmente del mismo derecho que tienen la obligación de aplicar; su independencia se pone en evidencia cuando los jueces dirimen el caso concreto con la objetividad e imparcialidad que prescribe el propio orden jurídico al cual le deben absoluta subordinación.

Ahora bien, así como la desviación de poder

²³ Huilinao, Silvio Isidoro - Pascuariello, Carlos Alberto s/ denuncia. Tribunal de Enjuiciamiento de la Pcia. de Chubut. Mayo de 2004

²⁴ David Lyons. Aspectos morales de la Teoría Jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política. Ed. Gedisa. Barcelona, España, 1998.





en la administración “se produce cuando el acto, aunque presentando una apariencia de legitimidad, resulta emitido para satisfacer fines ajenos a los que el acto debe responder concretamente” ²⁵, de la misma manera un acto jurisdiccional, bajo apariencia de ser razonado, fundado, carente de arbitrariedades, puede contener las mayores iniquidades. Puede dictarse con todo el rigor formal respetuoso de la ley procesal, acatando las formas en ella previstas, y aludir a aplicaciones de normas expresas, pero que no resultan justas en vinculación con los aspectos fácticos que dieron origen al pleito.

Así, tendrán forma y apariencia de sentencias, pero no serán tales en su sentido estricto. Para conocer o develar este extremo, será imprescindible explorar su contenido.

Si el fallo, y por qué no, las demás pruebas aportadas en la causa, demuestran un apartamiento doloso por parte del magistrado, y la intención de favorecer a una de las partes, renegando de la imparcialidad que debe regir su función, sin dudas habrá un desvío de sus facultades. Tal desvío, lesivo de su independencia, inexorablemente surgirá del acto jurisdiccional, y entonces, tal sentencia se volverá revisable a los fines sancionatorios.

El abuso de poder, o su desvío hacia finalida-

des distintas de las que le han sido conferidas por el ordenamiento jurídico no son cuestiones exclusivas del órgano administrador,

En el ya citado caso “Colabelli”, el Tribunal sostuvo que “las inobservancias a las reglas de forma en una causa aislada, traerían, en principio, aparejadas sanciones de tipo procesal y/o disciplinarias. Pero en el caso del Dr. José Oscar Colabelli las inobservancias apuntadas en el expediente “FERMÍN, Mauricio s/ Usurpación” son sintomáticas de un desvío de poder, de un abuso de autoridad sostenido en el tiempo, y ello, constituye causal de mal desempeño que autoriza su destitución” ²⁶.

También el Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrado de la Nación se refirió sobre el tema, al sostener: “La causa “Carbonetti” llevada adelante por el juez Bustos Fierro ha sido, sin duda, un instrumento, un medio, deliberadamente utilizado con un fin parcial que pone gravemente en cuestión la aptitud del magistrado como tal y revela, categóricamente, que al tomar las decisiones señaladas careció de independencia” ²⁷.

El voto de la minoría agregó que “...si se concluye, sin resquicio a duda, que la intención del magistrado respondió a motivaciones ilegítimas, que se tradujeron en conductas que tra-

suntan la pérdida de la imparcialidad que debe presidir toda actividad jurisdiccional, su destitución es la única consecuencia posible”; que “cuando un magistrado determina su obrar con el único propósito de favorecer indebidamente a una de las partes involucradas en un pleito, no puede pretender ampararse en la garantía de independencia de la que goza la judicatura, por cuanto es el mismo juez quien ha declinado tal prerrogativa al propender espuriamente al objetivo de uno de los litigantes..., quien ha decidido no ser independiente y proceder en forma parcial”.

Por su parte, la Suprema Corte de la Nación ha sostenido, en referencia a un fallo puntual de un Tribunal Oral, que si bien “un error aislado no implica el ‘mal desempeño’ a que se refieren los artículos 53 y 115 de la Constitución, ello es así en tanto la decisión no implique la comisión de un delito de derecho penal o suponga una extralimitación de poderes de gravedad institucional tal que afecte el régimen republicano y federal de gobierno que la misma Constitución establece”.

En resumidas cuentas, cuando se trate de una hipótesis de abuso de poder, de utilización tergiversada de las facultades constitucionalmente conferidas con fines que, lejos de apuntar a la

²⁵ Cam. Nac. Civil Sala E. “Devicenzi de Gallardo Amelia c. Municipalidad de la Capital. 28/12/1976.

²⁶ Tribunal Enjuiciamiento de Chubut. Caso Colabelli.

²⁷ J.E.M.N. Casos Bustos Fierro.





consecución del interés público, trasuntan propósitos espurios para cuyo logro voluntariamente se renuncia a la independencia, concebida ésta como atributo y como garantía, la inaccesibilidad al contenido de la sentencia deberá caer, con el sólo objetivo de resguardar los principios constitucionales citados.

Debemos, pues, apreciar que independencia no es asepsia, porque como antes dijimos, siempre el juzgador está ligado indisolublemente a su propia subjetividad, a su propia y respetable ideología, a su escala de valores, a su conjunto de creencias.

Pero sí, el decoro, importa la falta de lealtades partidarias, el “deber de gratitud” por su designación, no sentirse prisionero de las partidocracias, que ejercen influencias nefastas y perturbadoras en el ejercicio de la función. Con efectos perniciosos, que deben ser neutralizados, a través de la remoción, fundada en institutos nuevos, que den su nombre acabadamente al acto “jurisdiccional” que generó la conducta: esto es, en la desviación del poder.

En resumidas cuentas, cuando se trate de una hipótesis de abuso de poder, de utilización tergiversada de las facultades constitucionalmente conferidas con fines que, lejos de apuntar a la consecución del interés público, trasuntan pro-

pósitos espurios para cuyo logro voluntariamente se renuncia a la independencia, concebida ésta como atributo y como garantía, la inaccesibilidad al contenido de la sentencia deberá caer, con el sólo objetivo de resguardar los principios constitucionales citados.

Constituye mi postura, una extrapolación de la conceptualización administrativista de la desviación de poder, al campo constitucional referida a ésta como causal de remoción de los jueces. Tal como ocurre hoy y de modo tan generalizado, con el llamado Servicio de Justicia, terminología en boga, que abreva en el criterio de servicio del Derecho Administrativo.

La llamada crisis del sistema judicial

La credibilidad de la administración judicial, reposa, en definitiva, en el testimonio de los magistrados que han jurado por la Constitución, la observancia en el cargo. El país, descrea, en alta, significativa y preocupante mayoría, de la administración de la justicia. Que debemos dejar de decir “justicia”, en cuanto ésta es una virtud cardinal, que no todos los jueces buscan practicar en el ejercicio de su función.

Cabe, entonces, preguntarnos si esta incredulidad obedece a razonables causas, o a los males generados por la cultura de la impunidad, y de

la globalizada corrupción. Existen magistrados que han honrado su excelso oficio desde la lucidez brillante de sus opiniones jurídicas, maestros que han deslumbrado con su erudición, donde las sentencias, en la más plena vocación de la búsqueda de lo justo, eran y son verdaderos tratados de Derecho.

Los hubieron y los hay, probos, perseverantes, prudentes, buscadores infatigables de lo justo. Y los hubieron y los hay, quienes entienden, equivocadamente, que su deber de “gratitud” con quien los ha designado, consiste, nada menos, que en obedecer la sugerencia, o la orden de aquél, en franca violación a la propia Constitución por la cual juraron.

La mirada de las instituciones, exige la puesta en marcha del mayor de los civismos, por parte de todos, en defensa del Estado de Derecho. Que cada uno de los ciudadanos, que cada operador del derecho, sea un celoso custodio de la actividad de aquéllos a quienes se ha designado como repartidores de lo justo.

Uno de los modos, es advertir acerca de la desviación que cometen unos cuantos, ni tan muchos como señalan de modo alarmante las encuestas de la opinión pública, pero tampoco tan pocos como soliviantan los miembros que adhieren a la corporación.





Figuras como la de la desviación constituyen medios, estrategias, instrumentos de valiosa ponderación, para advertir y señalar la conducta réproba de muchos magistrados. Y devolver la credibilidad en las instituciones, ávidas del consenso pero, por sobre todo, de la reverencia admirativa de la ciudadanía.

Puede ejercer su función -o ¿misión?- el juez, con la serenidad que demanda su ardua tarea, significada desde su condición humana como limitación, pero también, como posibilidad de superación, de naturaleza siempre perfectible. Puede, también, fundar lo propio de su oficio, desde la mirada leal que su propia subjetividad, su historia personal, le revela como justo.

Puede hacer de lo suyo, un testimonio que enaltezca su magistratura, su persona, desde la soledad y el dilema que permanentemente acosa al justo, y provoca confianza en la ciudadanía, seguridad en quienes acuden buscando esperanzados, el acto de justicia.

Son esos los jueces que la Constitución exige que el Consejo busque, afanosamente, para el sostenimiento del sistema republicano. Son esos los jueces que la ciudadanía anhela, aún desde la crítica, que en cuanto tal, siempre conlleva la expectativa de la superación de las crisis que nos abaten, y de las que podremos salir, partici-

pando, sosteniendo nuevas posibilidades que exijan -desde lo humano, desde lo humano- la consolidación de las instituciones republicanas. Creo que la teoría de la desviación, aplicable al organismo administrativo, guarda su patético correlato con el mal hacer de parte de la magistratura del país.

El país, cada argentino, cada habitante de nuestro Nación, aspira a vivir al amparo seguro de las instituciones, de su efectiva vigencia.

Conclusiones

Pues bien, para lograr esa Justicia, no podemos seguir mirando hacia las soluciones extrañas a nuestra cultura. Nuestro país y tanto más su legislación ya ha advertido que las soluciones de otros países no son las nuestras, que pueden ayudar, sin dudas, pero no es seguro que ayuden a construir nuestra República.

Si la letra de la Constitución de los Estados Unidos se asemeja a la nuestra, no olvidemos que no es más que eso: sólo un parecido "físico". Ni mejor ni peor. Pero sí con muchísimas diferencias. Y la forma de lograr la madurez de nuestra democracia y de nuestras instituciones sólo será regulando para nosotros, y fijando nosotros mismos los pará-

metros que nuestra particular idiosincrasia señale.

Volvemos a destacar que no cualquier sentencia podrá ser revisada, sino aquellas en las que alguno de las anomalías referidas indique que será sensato y sano, para lograr la verdadera Justicia, su revisión, y el análisis del comportamiento que en la misma haya demostrado el magistrado.

También destacamos, y no es paradójico, que la independencia del Poder Judicial, por mandato constitucional, no puede verse vulnerada de manera alguna por este tipo de procesos. Antes bien, la libertad de pensamiento y la exclusividad en la interpretación de las normas deben ser su bastión, irrenunciable, por cierto.

En definitiva, como señala Hidalgo, debe ponderarse "globalmente la conducta y el desempeño del funcionario, juzgando los errores y equívocos de derecho con prudencia y mesura, y sólo considerándolos como prima facie configurativos de mal desempeño cuando ellos superan el límite de lo razonable, causan graves perjuicios a las partes o a la administración de justicia, o permiten presuponer la pérdida de imparcialidad del tribunal. Naturalmente, y conforme a la doctrina constitucional ya estudiada, este razonamiento se efectúa dentro del amplio





➤➤ margen de discrecionalidad que los constituyentes brindaron al Congreso”, y que con la misma extensión detentan hoy el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento.

Héctor Pizoni, integrante del Superior Tribunal de la Provincia de Jujuy y notorio novelista argentino, cuando hablaba de su paso por la universidad, que la primera cosa que aprendió como estudiante de derecho es que toda contienda de opinión se resuelve en una opinión: la opinión del juez.

El propio Poder Judicial debe defender su in-

dependencia, y con firmeza republicana, hacer alarde de la preponderante función que juega en un sistema de gobierno como el nuestro.

Que no pueda decirse que “es el mismo juez quien ha declinado tal prerrogativa al propender espuriamente al objetivo de uno de los litigantes, Es ese mismo juez quien ha decidido no ser independiente y proceder en forma parcial”, como ya sucedió en nuestro país.

Será inútil todo andamiaje jurídico e institucional que intente preservar el sistema de frenos y contrapesos si no son los propios

miembros de nuestra resquebrajada Justicia los que demuestren la firmeza e intangibilidad no de sus remuneraciones, sino de sus funciones, la inamovilidad no de sus cargos, sino de sus convicciones jurídicas y de la prudencia con la que lo desempeñan.

Tanto más importantes las segundas que las primeras para que nuestra democracia cobre vigencia. Y para que la Justicia siga siendo una virtud. ❖

Bibliografía

- MORO, Tomás. “Utopía”. Editorial Porrúa. Méjico. 1996.
- NIETO, Alejandro y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “El derecho y el revés”, ps. 98/99, Ariel, Barcelona, 1998.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos A., “Reflexiones sobre la responsabilidad del estado por daños derivados de la función judicial”, págs. 66 y 75
- BIELSA, Rafael. “Cuadernos de Fundejus”. Año 2, Nro 2. Octubre 1994, pag. 25/26.
- GOLDSCHMIDT, Werner. “La Ciencia de la Justicia”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1986. Pag. 208.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El deber de los jueces de reparar el daño causado”. Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad del Estado. Rubinzal Culzoni. 2000.

- TAWIL, Guido. “La responsabilidad del estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia”. Ed. Depalma. 1993. Pág.176.
- MIDÓN, Mario A. “Juicio político. Singular mezcla de lo jurídico. La oportunidad y conveniencia”. LA LEY 1990-D, 845.
- ALFONSO, Santiago (H). “Grandezas y Miserias en la Vida Judicial”. El Derecho, Buenos Aires, pág. 82/83
- MORELLO, Augusto; SOSA, Gualberto y BERIZONCE, Roberto. “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados”. Librería Editorial Platense. Abeledo Perrot. 1982.
- RIVERA, Zulema y GARROTE Angel Fermín. L.L. Actualidad. Revista del 01/02/2000.

- SAGÜES, Néstor P. “Los jueces y sus sentencias”. Artículo publicado en La Nación. 14/01/2000.
- NIETO, Alejandro. “Las limitaciones del conocimiento jurídico”. Lección jubilar pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el 12 de marzo de 2001.
- BIDART CAMPOS, Germán. “Manual de la Constitución Reformada”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997.
- PARRY, Adolfo. “Facultades Disciplinarias del Poder Judicial”. Ed. Jurídica Argentina, Bs. As., 1939.
- LYONS, David. “Aspectos morales de la Teoría Jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política”. Ed. Gedisa. Barcelona, España, 1998.



////////// **PONENCIA** //////////////////////////////////////

III Congreso de Práctica Profesional

“La formación práctica del abogado en la sociedad actual. Hacia un nuevo paradigma”

Comisión II. Inclusión de mecanismos no judiciales en el manejo de conflictos.

La aplicación de la mediación como método para resolver conflictos en distintas áreas de la sociedad

Roque Hernán Juárez Leone / Estudiante

En nuestra sociedad actual existen una gran cantidad de conflictos, esto responde a diversas causas, entre las cuales se pueden enumerar: la masividad en la población de las grandes ciudades, el ritmo acelerado de la vida moderna, una muy desproporcionada distribución de las riquezas, etc. En muchas ocasiones las medidas gubernamentales que se proponen para paliar estos conflictos terminan por no tener la efectividad que se esperaba de ellas. Solo sirven para ocultar los síntomas de una enfermedad, sin atacar verdaderamente sus causas mas profundas. Pero lo que me parece importante destacar es que en estos casos los conflictos no se resuelven, debido a que son enfocados desde una perspectiva incorrecta. En gran cantidad de ocasiones el problema no está en las cosas (es decir, por ejemplo,

la Argentina no es un país pobre debido a que carezca de recursos), sino que el problema está en la mente de las personas, y con esto no me refiero a que estas personas sufran de problemas psicológicos. Lo que intento decir es que la causa por la que esas personas se ven imposibilitadas de encontrar una solución a sus conflictos se debe a que carecen de las herramientas adecuadas para abordar estos problemas. Es decir, quizás estas situaciones conflictivas (las cuales pueden darse tanto en el área institucional, como laboral, familiar, etc...), podrían resolverse de manera satisfactoria, y aun más, incluso podría sacarse provecho de dichas situaciones.

En si, creo que una importante herramienta para resolver conflictos es la mediación. Si bien su aplicación en nuestro país es novedosa, me pa-

rece que puede llegar a imponerse como una aliada indispensable de los mecanismos judiciales clásicos para dirimir conflictos, funcionando no solo como una forma de descomprimir los tribunales, sino también como una manera de resolver efectiva y satisfactoriamente los intereses de las personas

¿En qué consiste la mediación?

Podríamos definir a la mediación como una forma para resolver conflictos, en la cual interviene en una disputa o negociación, un tercero aceptable, imparcial y neutral. Este tercero, el cual ejerce el rol de mediador, carece de facultades para imponer a las partes una solución a su conflicto, la verdadera función que debe cumplir este tercero durante la mediación es la de ayu-





dar a las partes a que puedan comunicarse de manera efectiva, racional y calmada a fin de que ellas mismas puedan arribar a un acuerdo voluntario, el cual satisfaga de manera aceptable los intereses de ambas partes.

Pasemos a analizar de manera más detallada algunos de los elementos de esta definición:

Aceptabilidad: Cuando decimos que el tercero debe ser aceptable, nos referimos a que debe existir mínimamente una disposición de las partes a permitir que este tercero se incorpore a la disputa y les ayude a alcanzar una solución.

Imparcialidad y Neutralidad: La imparcialidad se refiere a la actitud del mediador; significa una opinión no tendenciosa o la falta de preferencia por alguna de las partes. La neutralidad alude al comportamiento o relación entre el interventor y las partes.

Comunicación: Dijimos que la función del mediador es la de acercar a las partes a fin de que estas arriben a la solución de su conflicto. Para lograr este objetivo el mediador debe valerse de herramientas de la comunicación que permitan acercar a las partes, a fin de que dejen de concentrarse en atacarse la una a la otra, y comiencen a atacar al problema, es decir comiencen a trabajar para encontrar una solución a su problema.

Cuando hablamos de comunicación nos referimos a algo más amplio que solamente al lenguaje verbal o escrito. Citando a Watzlawick, uno de los axiomas de la comunicación es el siguiente: “Los seres humanos se comunican tanto digital como analógicamente”. Esto que si bien puede parecer muy complejo y abstracto en realidad nos está diciendo algo que la mayoría de las personas conoce: los seres humanos nos comunicamos de manera digital cuando usamos un sistema de símbolos predefinidos que representan objetos es decir el lenguaje. Ahora bien, la comunicación analógica se da cuando utilizamos símbolos que solo reflejan parte de las características de lo que se quiere representar, así por ejemplo cuando alguien nos mira con rabia y nos muestra su puño cerrado comprendemos que nos está comunicando su enfado hacia nosotros, puede considerarse comunicación analógica nuestros movimientos del cuerpo (expresión corporal), los gestos, posturas, expresión facial, inflexión de la voz, secuencia, ritmo y cadencia de las propias palabras, así como también todas las indicaciones que surgen del contexto en que se efectúa la interacción humana (decoración, lugar en el que se efectúa una reunión, la forma en que las personas se sientan, etc....).

Mediador: Vimos que el mediador carece de

poder para imponer su decisión a las partes, lo cual lo diferencia del juez o del árbitro; en lugar de eso, el mediador debe encargarse de promover canales de comunicación eficaz, debe facilitar el proceso de negociación entre las partes, ayudarlas a comprender el punto de vista de la parte contraria, ayudarlas a encontrar las distintas opciones razonables y viables a la hora de encontrar una solución al problema y en definitiva, ayudar a las partes a encarar sus conflictos de manera tal que ambas salgan satisfechas.

Voluntariedad: Es importante volver a remarcar que el mediador no puede obligar a las partes a llegar a un acuerdo, solo debe intentar acercar a las partes de manera tal que, utilizando las herramientas que brinda la mediación, puedan comunicarse de manera más efectiva y racional, a fin de que ellas mismas encuentren la solución que resuelva su conflicto.

Resolución del conflicto según los intereses: En la mediación, lo que se busca es priorizar los intereses de fondo de las partes por sobre las posiciones que ellas tienen cuando recurren al procedimiento de la mediación. La mayoría de las veces las personas negocian en base a posiciones. Es decir, eligen una opción de entre las posibles soluciones a un problema y se aferran a ella, dejando de lado el resto de las alternativas. Esto



►► puede llegar a ser muy negativo, ya que si ambas partes se aferran demasiado a aquella opción que eligieron, terminarán identificándose con esa posición y cualquier ataque contra la posición será tomado como un ataque personal. En la mediación, lo que se busca es lograr que las partes logren desprenderse de las posiciones, a fin de analizar los verdaderos intereses de fondo que tienen en el asunto en cuestión.

Normativa legal de la mediación en la Nación y en la Provincia de Tucumán

En el ámbito nacional, existe la Ley 24.573 la cual establece un sistema de mediación obligatorio como requisito previo a la iniciación de todo juicio, con las excepciones que enumera el Art. 2 de dicha normativa. En realidad esta instancia previa de mediación, es mal llamada “obligatoria”, ya que se puede desistir de la ella individualmente una vez presentado.

El procedimiento de la mediación en el ámbito nacional se inicia de la siguiente manera (entre paréntesis se indican los artículos correspondientes de la ley 24.573): El reclamante formalizará su pretensión ante la mesa general de recepción de expedientes que corresponda, detallando la misma en un formulario cuyos requisitos se establecerán por vía de la reglamentación, cumplida

la presentación se procederá al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que eventualmente entenderá en la litis (Art. 4). La mesa general de entradas entregará el formulario debidamente intervenido al presentante quien deberá remitirlo al mediador designado dentro del plazo de tres días (Art. 5). El mediador, dentro del plazo de diez (10) días de haber tomado conocimiento de su designación, fijará la fecha de la audiencia a la que deberán comparecer las partes (Art.6). El plazo para la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido y/o al tercero en su caso. Dicho plazo se podrá prorrogar por acuerdo de las partes (Art.9). Dentro del plazo previsto para la mediación el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley (Art.10).

A pesar de ser obligatoria la mediación previa, habiendo comparecido personalmente las partes y previa intervención del mediador, podrán dar por terminado el procedimiento de mediación.

Durante la mediación las actuaciones serán confidenciales. El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, pudiéndolo efectuar en forma conjunta o por separado, cuidando de no favorecer, con su conducta, a una de ellas

y de no violar el deber de confidencialidad. A las mencionadas sesiones deberán concurrir las partes personalmente, y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a los domiciliados en extraña jurisdicción de acuerdo a lo que se establezca en la reglamentación. La asistencia letrada será obligatoria. (Art. 11). Si se produjese el acuerdo, se labrará acta en el que deberán constar los términos del mismo, firmado por el mediador, las partes y los letrados intervinientes (Art. 12).

En el ámbito de la Provincia de Tucumán, se establece el Proceso de mediación a través de la Ley 7.844, publicada en el Boletín Oficial del 28/11/06, la cual se encuentra a la espera de su aprobación por Decreto Reglamentario para ser operativa. Dicha ley dispone dos maneras de acceso al proceso de mediación:

1) Obligatorio y prejudicial, con las excepciones que establece el Art. 3 de la ley (acciones penales, acciones de separación y divorcio, concursos preventivos y quiebras, entre otras).

2) Otro facultativo y judicial; es facultativo para las partes en cualquier momento de un proceso ya iniciado solicitar al tribunal la derivación del caso al procedimiento de Mediación, produciéndose la suspensión del juicio durante el tiempo que dure la medicación.



Ahora bien ya que la Ley 7.844 no esta reglamentada aun, la implementación de la Mediación en Tucumán, se hace mediante la acordada 179/04 de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, que declaro de interés Judicial al Procedimiento de Mediación y luego por Acordada 400/05 dispuso la implementación de un Programa Piloto de Mediación, que comenzó a aplicarse desde el 01/06/06, mediante la solemne jura de los Abogados Mediadores del Registro del Centro Judicial de Mediación. Esta acordada establece en su Art. 23 que, supletoriamente y en lo que fuere compatible con la naturaleza de la mediación, se aplicarán las disposiciones del código de procedimientos civil y comercial de la Provincia de Tucumán y los criterios de la Ley Nacional 24.573. En el Anexo I a la Acordada 400/05, encontramos la normativa aplicable al Programa Piloto de Mediación, y en su Art. 1 enumera los fueros beneficiados con este procedimiento, los cuales son los Juzgados Civiles y Comerciales, Civiles en Familia y Sucesiones, Civiles en Documentos y Locaciones, en las cuales los Sres. Magistrados -cuando lo consideren conveniente y en cualquier estado del proceso- inviten a las partes a hacer uso del procedimiento de mediación.

El Procedimiento podrá tener inicio de dos ma-

neras, según establece el Art. 13 de la Acordada: El Magistrado o Tribunal podrá invitar a las partes a someter la causa a mediación cualquiera sea el estado procesal de la misma. Asimismo cualquiera de las partes podrá solicitar al Tribunal que la causa sea sometida a dicho procedimiento. Las partes firmarán, ante el secretario del tribunal respectivo, el formulario de solicitud de mediación.

Luego de ello, previa vista de cinco días a las partes o a la contraria, según se trate, si existiera conformidad, se suspenderán los términos procesales y el juez comunicará al Centro de Mediación, a fin de iniciar el procedimiento de mediación. Los términos procesales se reanudarán desde la notificación a las partes del decreto del Juez que da por concluido el proceso de mediación (Art. 14). Las partes podrán designar de común acuerdo un mediador del Registro de Mediadores del Poder Judicial. Si no existiera designación de partes el Centro procederá a designar al mediador, por sorteo, dentro del término de tres días de recibido desde el Juzgado lo actuado sobre mediación, debiendo notificar a quien resulte electo por el término de tres días, bajo apercibimiento de remoción y correspondiente sanción en su caso. Aceptado el cargo, se notificará a las partes por el término de cinco días a los fines del art. 22 (Art. 15).

El Centro de Mediación fijará el día y hora para la primera audiencia, llevando una agenda – día, hora, mediador, caso y sala – de las audiencias de mediación a efectuarse en cada una de las salas habilitadas en el Centro (Art. 17).

El plazo para la mediación no podrá extenderse más de 30 días hábiles judiciales contados desde la primera audiencia. El plazo podrá prorrogarse por acuerdo de las partes, debiendo dejarse constancia por escrito (Art. 10).

Dentro del plazo de la mediación, el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias necesarias para el tratamiento y resolución del conflicto. De todas las audiencias deberá dejarse constancia por escrito, consignando sólo su realización, fecha, hora, lugar, personas presentes y fecha de la próxima audiencia firmando el acta todos los intervinientes (Art. 18).

En el Art. 19 se enumeran las causales de conclusión del Procedimiento de Mediación:

a) Habiendo comparecido, y previa intervención del mediador, cualquiera de las partes y/o mediador, podrán dar por terminada la mediación en cualquier etapa del proceso.

b) Vencido el plazo de la mediación, se dará por terminado el procedimiento si no hay acuerdo de partes para prorrogarlo.





c) La incomparecencia injustificada de una de las partes o de ambas a cualquier audiencia dará por terminada la mediación.

En todos los supuestos el mediador labrará el acta correspondiente, con entrega de copias a las partes presentes y al Centro de Mediación a los efectos de agregar un ejemplar al legajo del mediador.

d) De arribarse a un acuerdo, total o parcial, se labrará un acta – un ejemplar para cada parte, uno para su protocolización en el Centro de Mediación y uno para el Tribunal de origen – con los términos del mismo – las que serán firmadas por las partes, sus abogados, el mediador, y el comediador en su caso. El mediador entregará un ejemplar a cada una de las partes y remitirá dos ejemplares al Centro de Mediación el cual enviará una de ellas al Tribunal de origen y el otro será registrado en el libro de Protocolo respectivo. Remitido el acuerdo al juzgado correspondiente, el magistrado dispondrá su homologación. Si el juzgado hiciera observaciones que impidieran la homologación, el acuerdo le será devuelto al mediador para que junto con las partes, en una nueva audiencia, subsanen las observaciones o, en caso den por terminado el proceso (Art. 20).

La aplicación de la mediación en conflictos en diversas escalas sociales

Si bien hemos visto cual es el procedimiento legal de la mediación, tanto en el ámbito nacional como provincial, opino que la mediación podría aplicarse a diversos conflictos que se dan a diario en la sociedad, pero cuya resolución difícilmente pueda ser llevada a los tribunales. Sin excesivos formalismos, la mediación podría ser una manera ágil y eficaz de resolver disputas que si bien quizás no sean demasiado graves al ser consideradas de manera aislada, cuando son observadas en conjunto nos dan cuenta del alto grado de conflictividad que existe en nuestra sociedad hoy en día. Así por ejemplo en el ámbito familiar, habitualmente suelen darse situaciones conflictivas entre esposos, y muchas veces esto se debe a que las negociaciones entre ellos se realizan en base a posiciones y no en base a los intereses reales, ocasionando que más de una vez una discusión tranquila termine en peleas. Otro caso se da en las escuelas, donde los niños y jóvenes muchas veces pelean y discuten entre ellos ya que no encuentran un modo adecuado de resolver sus problemas. También podría mencionarse el ámbito laboral, ya que si bien la Ley 7.844 excluye de su ámbito de

aplicación a las acciones que tramiten ante la justicia del trabajo, hay muchas situaciones conflictivas que podrían solucionarse dentro del trabajo sin recurrir a la justicia, sino simplemente mediante una adecuada negociación dentro del marco de una mediación (situaciones como por ejemplo malos entendidos entre colegas del trabajo, problemas en cuanto a disparidad de criterios a aplicar entre los directivos de una empresa, etc....). Como se ve, son situaciones que si bien no podrían ser resueltas si se intentara canalizarlas mediante una vía judicial, podrían encontrar su solución en un procedimiento de mediación aplicado en el ámbito en el que se trate. Por ejemplo dentro de cada empresa podría crearse una división encargada de resolver las situaciones conflictivas entre los empleados contratando profesionales imparciales que actuarían como mediadores; en las escuelas podrían designarse a profesores o incluso a alumnos de cursos avanzados a fin de que en caso de riñas o disputas entre los más jóvenes, estos actúen como terceros imparciales a fin de intentar que aquellos que se encuentren en conflicto intenten resolver sus problemas de una forma más racional y productiva.





Esto reportaría beneficios no solo dentro del ámbito en particular en el que se aplique la mediación, sino además (si fuera utilizado en los di-

versos niveles en los que pueden producirse conflictos) generaría, como un efecto en cascada, que la sociedad en general podría resolver mejor

sus conflictos, e incluso aprovecharlos como oportunidades de crecer y madurar como pueblo en general, y como individuos en particular. ❖



//////// INVESTIGACIÓN //////////////////////////////////////

Políticas azucareras y los instrumentos legales de la justicia distributiva durante las décadas de 1920 y 1930

Myriam Esther Villagra / Abogada

Doctoranda en Humanidades Facultad de Filosofía y Letras UNT. / Director: Daniel Campi

Aproximación

Durante las décadas de 1920 y de 1930 comenzó a gestarse una corriente de pensamiento político dirigida a contemplar de manera global los variados intereses y necesidades de los diversos grupos sociales involucrados en la actividad azucarera. La nueva perspectiva surgió, en un principio, a partir del discurso del radicalismo el cual puso énfasis en la cuestión social, y luego se tradujo en una serie de leyes que reconocieron en los trabajadores y en los consumidores a sus principales destinatarios.

Comenzó de esta forma a cristalizarse una justicia de tipo "distributiva", la cual supuso el tránsito del "proteccionismo oligárquico" al "proteccionismo distributivo"¹. El proteccionismo

oligárquico, favorecía los intereses de los grandes industriales dejando fuera de toda protección a los sectores más débiles, entre los que se encontraban los trabajadores y el sector cañero. Al introducirse las leyes laborales, estas beneficiaron a los distintos sectores sociales, y comenzó a introducirse la idea de justicia distributiva. Teniendo en cuenta ello, el presente trabajo tiene como objetivo el análisis de las principales normas aplicadas que introdujeron aspectos de la justicia distributiva durante las décadas de 1920 y 1930. Metodológicamente se recurrió a la recopilación y lectura de literatura específica; a un examen interpretativo de la legislación sobre la materia dentro del período analizado y a la recopilación de datos secundarios pertinentes.

Leyes que introdujeron la justicia distributiva en la agroindustria azucarera

En el año 1923, el gobernador Vera dictó un decreto que disponía el levantamiento de un "censo del trabajo" en el territorio de la provincia. Con este censo se pretendía reunir la información relativa a todas las formas de trabajo, tanto de los establecimientos industriales como comerciales, como también reunir todos los datos que sean necesarios sobre el salario, costo de vida, habitación y accidentes de trabajo. El gobernador dejaba en claro que para la aplicación exacta y justa de **las leyes sobre el salario mínimo** y la jornada legal de trabajo, era necesario el conocimiento preciso de las condiciones

¹ Murmis, Miguel y Waisman, Carlos, "Monoproducción agroindustrial, crisis y clase obrera; la industria azucarera tucumana". En Revista Latinoamericana de Sociología, Vol. V, Bs. As, 1968, pg. 349 y 350.





de vida y de trabajo, promoviendo así el bienestar sobre todo de la clase obrera².

Las legislaciones laborales introducidas por el gobierno provincial fueron motivo de cuantiosas discusiones y críticas por parte de los industriales azucareros. Estos manifestaban que la ley que establecía las ocho horas de trabajo no beneficiaría a los trabajadores, y que favorecía la holgazanería. Entre sus aspectos negativos se señalaba que esta reducción en el horario disminuiría la producción o encarecería sus costos y esto atentaría contra la existencia misma de la industria. La revista azucarera respecto del tema decía que:

“los ingenios en Tucumán solo trabajan como máximo tan solo seis meses, pasada la zafra la peonada tiene un trabajo mas cómodo. En estas condiciones no se puede invocar razones de humanidad o de justicia para limitar el trabajo durante la zafra a gente que ha pasado seis meses en un trabajo fácil y llevadero cuando no en holgazanería”³.

El centro azucarero también intervino en defensa de la industria rechazando el proyecto de ley de las ocho horas de trabajo. El centro azucarero decía que mientras en el mundo entero se aplicaban medidas tendientes a reducir los



costos, aumentando la producción, en Tucumán se pretendía adoptar medidas que disminuyan la producción.

La Cámara de Diputados de Tucumán al estudiar el proyecto de las ocho horas de trabajo, brindó dos informes, uno por la mayoría y otro por la minoría, ambos estuvieron de acuerdo en lo que hace al fondo de la cuestión, solo discreparon en algunos detalles.

Por la mayoría el informe fue fundado por el diputado Alurralde quien hizo extensas consi-

deraciones sobre la conveniencia de la ley, tanto social como moral e hizo hincapié en que la aprobación de la ley no perjudicaría a los industriales. Por la minoría el diputado Medina insistió en la necesidad de establecer excepciones para las industrias de funcionamiento continuo. El informe de la minoría manifestaba que la industria azucarera representaba mayor trabajo individual y mayor riqueza acumulada que todas las otras industrias, por lo que sostenían que estas leyes eran inconvenientes para la in-

² Revista azucarera, N° 243, 1923, pg.188-189, Bs. As.

³ Revista Azucarera, N° 229, 1922, pg. 132, Bs. As.





dustria. El diputado Rouges pidió a la cámara de diputados que sancione una minuta de comunicación al Congreso Nacional que decía lo siguiente:

“Al sancionarse la jornada de ocho horas la cámara de diputados de Tucumán invita al Congreso Nacional a que tome las medidas legislativas que protejan nuestra industria de la competencia de países de mano de obra depreciada o de jornada más larga, por medio de un derecho aduanero (...) Lo contrario sería fatal para nuestra industria y los obreros que la sirven...”⁴.

La Cámara de Diputados aprobó el proyecto pero quedaba pendiente su discusión en el Senado de la Provincia. En virtud de lo ocurrido el Centro Azucarero envió una carta al gobernador Octaviano Vera, en la que manifestaba que la implementación de las ocho horas de trabajo ocasionaría grandes perjuicios a la industria. Resaltaban también que otras naciones que habían aprobado esta ley trataban de derogarla por la inconveniencia de la misma. Sugería que dicha ley sea tratada en otro momento más propicio ya que la industria estaba pasando por una situación crítica.

La respuesta del gobernador no se hizo espe-

rar y fue concisa en cuanto decía que:

“...Pienso que el proyecto que ha tenido origen en la Cámara de Diputados, sancionárase dando soluciones patrióticas que no afectan intereses de terceros”⁵.

Ley de Jornada legal de trabajo

Respecto a la jornada laboral en los ingenios en el siglo XIX, era común que los jornaleros trabajaran de sol a sol, con un descanso al mediodía, estos horarios variaban durante la época de zafra, luego se incorporó el derecho a descanso los domingos, salvo en los meses de cosecha⁶.

Una ley específica del trabajo fue conocida como “Ley de conchabos”, que conformaba el marco regulatorio de las relaciones laborales. Los objetivos que perseguían eran la adquisición de hábitos de trabajo regulares de un sector de la población, constituido por peones y jornaleros y su disciplinamiento, en el sentido que había que contrarrestar factores que distrajeran o quitaran energías para el trabajo, como el juego, la embriaguez, y el ocio.⁷ Los tiempos de duración de los trabajos eran variables: los peones podían conchabarse por día, por semana, por quincena, por cierto número de meses o por un año, y también podían hacerlo

por una tarea determinada, es decir a destajo, conviniendo con su patrón la cantidad y forma en que recibirían la paga correspondiente según la tarea exigida.⁸

Tucumán fue la primera provincia en liquidar legalmente la “papeleta de conchabo” que fue un mecanismo de coerción laboral. El marco institucional en el que se desenvolvían las relaciones entre obreros y patrones había sufrido una transformación radical. En adelante, los diversos actos de resistencia tanto individuales como colectivos por incrementos salariales y por mejoras en las condiciones laborales ya no serían tratados como conductas de “vagos y malentretidos”, pasibles de ser reprimidas como delitos comunes.⁹

La ley de jornada legal de trabajo fue promulgada por el gobernador de la provincia de Tucumán el 26 de marzo de 1923. Dicha ley contaba con 19º art., de los cuales los doce primeros reglaban todo lo referido al cumplimiento de la misma, y desde el art. 13º hasta el art. 19º se establecían los procedimientos de inspección y aplicación de la ley.

En su art. 2º se hacía una enumeración de los establecimientos a los que se aplicaría dicha ley, fábricas, talleres, establecimientos industriales, etc. Comprendía también a los emprendimien-

⁴ Revista azucarera, N° 229, 1922, pg. 159, Bs. As.

⁵ Revista azucarera N° 229, 1922, pg. 160, Bs. As.

⁶ Maria, Fernández, “El trabajo rural: peones y jornaleros en Tucumán 1869-1895”. V Congreso Nacional de Estudios del Trabajo, 2001, pg 16.

⁷ Daniel Campi, “Capacitación forzada de mano de obra y trabajo asalariado en Tucumán 1856-1896”. Anuario IEHS, N° 8, 1993, pg 49-50.

⁸ Compilación ordenada de leyes, decretos y mensajes de la provincia de Tucumán, T. VI, 1875-77.

⁹ Daniel Campi, “La crisis del sistema de la papeleta de conchabo en Tucumán. Una propuesta de interpretación”. Vº Congreso Nacional de Estudios del Trabajo. 2001.





tos particulares en los que se empleaba a otra persona distinta de sus dueños.

En su art. 3º decía que dichos establecimientos debían llevar un registro del personal, y además tendría que constar en los mismos la distribución de los turnos de trabajos. Dicho registro debía contener a los obreros que trabajaban dentro y fuera del establecimiento, la cantidad y naturaleza del trabajo, a fin de constatar que no se les exigía una jornada mayor a la legal (art. 4º). En el art. 5º se establecía que la jornada legal de trabajo sería de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.

En el art. 6º se exceptuaban de la jornada legal de trabajo a los empleados que desempeñaban funciones pasivas. El art. 11º permitía que se extendieran las horas de trabajo siempre que sean debidamente justificadas, y mientras se realizara el pago correspondiente al recargo adicional.

A partir del art. 13º se establecía que el Departamento del Trabajo tendría a su cargo la aplicación y vigilancia de las disposiciones de la ley. Este organismo podía realizar inspecciones generales y particulares para comprobar el cumplimiento de la jornada legal de trabajo (art. 14º). Si los dueños o patrones de los establecimientos se negaban a permitir las inspec-

10 Revista Azucarera, N° 243, 1923, pg 97-100, Bs. As.

11 Juan Biale Massé, Informe sobre el estado de la clase obrera, Tomo I, Híspamerica, 1986, pg. 143.



ciones, estos podían ser multados (art. 15º).

El art. 17º decía que toda persona capaz que tuviera conocimiento de la violación de cualquiera de las disposiciones de la ley, podría denunciarla al Departamento del Trabajo, a fin de que este proceda a la comprobación respectiva.¹⁰

Ley de salario mínimo

Fue un importante logro para los trabajadores, ya que antiguamente existía la figura del

conchabador, que contratava mano de obra en la época de la zafra y que vivía de “engañar miserablemente a los pobres trabajadores,” estipulando condiciones que luego no reconocían los patrones, tanto sobre jornal, como sobre horas de trabajo y cantidad y calidad de la comida.¹¹

Las legislaciones anteriores no establecían un monto mínimo para el salario y este por lo general estaba integrado, por una parte moneta-





ria y la otra parte consistía en la entrega de alimentos. La legislación establecía que si el peón lo solicitaba, el patrón debía pagar su salario al fin de cada día salvo que el contrato celebrado entre ambos estipulase algo diferente¹². Otra práctica muy común era la de entregar el vale, que los obreros y peones recibían como parte de su ingreso y que debían cambiar en las proveedurías de los ingenios, que por lo general contaban con mercaderías más caras. Esto llevaba a que el trabajador al finalizar la semana, la quincena o el período de zafra, sólo cobraba una ínfima parte en efectivo¹³.

La posición de los industriales con respecto al salario mínimo es interesante de destacar, ya que estos en el ámbito nacional reclamaban los principios proteccionistas por parte del Estado en cuanto a las políticas económicas, mientras en el plano interno defendían doctrinas libre-cambistas. Es decir se oponían a la intervención del estado en lo referido a las cuestiones laborales, manifestando que las relaciones laborales pertenecían al ámbito privado de las partes.

Los industriales estaban en total desacuerdo con las políticas intervencionistas del Estado, en los derechos individuales, consideraban a esta actitud como una intromisión ya que pensaban que en las cuestiones contractuales debía pre-

valecer la libre voluntad de las partes. Es decir que no le correspondía al estado reglar las cuestiones laborales. Sixto Terán (hijo) parafraseando a Alberdi afirmaba que:

“Al derecho individual, al interés de cada uno corresponde, y no al poder del Estado, organizar y reglar las condiciones del trabajo, para que sus beneficios se compartan entre todos, con una igualdad que la ley no puede establecer sin violar el derecho de algunos otros”.¹⁴

A pesar de la resistencia de los industriales a la sanción de la ley del salario mínimo, esta fue sancionada por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades conferidas por la constitución en el art. 10º inciso 3º. Se estableció un salario mínimo de \$4,20 por ocho horas de jornada de trabajo.

En su art. 1º quedaban comprendidos como beneficiarios de esta ley los obreros que trabajaban por cuenta ajena en los establecimientos enumerados en la ley de jornada legal de trabajo. Los obreros que trabajasen a destajo percibirán el sueldo convenido con sus patrones siempre que sean establecidos teniendo en cuenta la labor normal de trabajo (art.2º Quedaban excluidos de esta ley los aprendices, su salario era fijado por acuerdo entre partes (art. 4º).

En el Art. 5º se establecían los controles que debían realizarse con respecto a los aprendices, indicación de nombre domicilio y edad. En ningún caso el aprendizaje podía exceder los seis meses, si excedía ese tiempo los trabajadores quedaban incluidos en la ley del salario mínimo (art. 6º). En el art. 7º se establecía que los pagos debían realizarse en moneda nacional, sino se cumplía con esto los patrones se hacían pasibles de multa.

En los art. 8º y 9º se establecía que el organismo encargado de su vigilancia y aplicación, y estaba facultado para comprobar las denuncia que se realizaban.¹⁵

Esta ley garantizaba a los trabajadores un ingreso mínimo por las tareas que estos realizaban, el Diputado Fornes expresaba que el salario mínimo otorgaba a los trabajadores:

“Un poco mas de alivio para que puedan llevar a sus hogares un mayor bienestar, para que puedan mandara sus pequeños a la escuela por lo menos siquiera cubiertas sus carnes con un trapo decente y no vestidos con andrajos como los mandan actualmente”.¹⁶

Esta disposición legal resulto muy importante para los trabajadores, qué prestaban sus servicios por jornales muy bajos y apenas les alcan-

¹² Compilación ordenada de leyes, decretos y mensajes de la provincia de Tucumán, T. XIII, 1888.

¹³ María E. Fernández, Op.Cit, .pg 17..

¹⁴ María Silvia, Fleitas: “El pensamiento económico y social de la elite azucarera del noroeste argentino, 1912-1930”, en e-I@tina, Vol.1, núm.3, Buenos Aires, abril-junio, 2003 pp. 18.

¹⁵ Revista Azucarera, N° 243, 1923, pg 101-102, Bs. As.

¹⁶ Diario sesiones de la honorable cámara de Diputados de Tucumán, Volumen 1932, pg. 180





zaba para su subsistencia, el estado con esta norma intentaba mejorar las condiciones de vida de los trabajadores.

El laudo Alvear: una solución equitativa al conflicto entre cañeros e industriales

El laudo constituyó un giro sustancial en las condiciones de los contratos de compraventa. Antes del laudo las cláusulas de los contratos eran establecidas unilateralmente por los ingenios, mientras que a los agricultores no les quedaba otra alternativa que aceptar. En ese sentido, constituyó el primer antecedente de intervención estatal para imponer un contrato tipo que estipulara en forma equitativa los derechos y obligaciones de las partes.

Se puede decir que “El Laudo Arbitral” es el dictamen expedido por uno o varios árbitros, para solucionar de forma definitiva la controversia que las partes le han sometido; tiene carácter vinculante y produce efectos idénticos a la cosa juzgada, es decir de la sentencia de un juez. Una característica del laudo es que no tiene que estar fundado en derecho, es decir que el arbitraje puede estar basado en criterios de equidad como es el caso del laudo Alvear.

La relación entre cañeros e industriales siempre fue conflictiva, los cañeros expresaban que



las políticas proteccionistas solo beneficiaban a unos pocos en detrimento del sector cañero. Así lo manifestaba el diario El Orden: “No es posible que en una industria protegida por los poderes públicos sólo se beneficien treinta propietarios de fábrica”¹⁷. Los cañeros hicieron múltiples reclamos para solicitar una distribución equitativa de los ingresos. Sus reclamos tuvieron acogida durante el gobierno radical, ya que este se ca-

racterizaba por su sensibilidad social. La organización que tenían los cañeros llevó al éxito de sus reclamos. El mayor logro de estos se obtuvo a través del Laudo Alvear, su fin explícito era enmarcar la política oficial azucarera dentro de las aspiraciones del gobierno de atender a los “intereses generales” de la Nación, el laudo solucionó equitativamente el conflicto suscitado entre 1927 y 1928.¹⁸

¹⁷ El Orden, 3 de noviembre de 1916, Tucumán, en María C. Bravo, Sector cañero y política en Tucumán 1895-1930, Tucumán, 2000, pp. 236-238.

¹⁸ Adriana Kindgard y Daniel Campi, “La política azucarera argentina en las décadas de 1920 y 1930 y la cuestión de la justicia distributiva”, presentado en III Congreso Brasileiro de História Econômica, Curitiba, 1999, pg 13.





Los cañeros e industriales no lograban encontrar una solución a sus conflictos y decidieron someterse al laudo, los industriales propusieron como arbitro al presidente Alvear y los cañeros aceptaron la propuesta.

El Laudo Alvear garantiza que los productos independientes de caña reciben 50% de la ganancia del azúcar producido, además mejoraba la condición de los contratos que se celebraban entre cañeros e industriales.

El 1925 la producción azucarera excedió holgadamente el consumo interno, que coincidió con la súper producción azucarera mundial.¹⁹ Esto agudizó el conflicto entre cañeros e industriales, la situación de los agricultores era particularmente difícil por la presión simultánea del Estado y de los industriales. Por otra parte, la sobreproducción había empeorado notablemente la situación del sector.

En este mismo año un grupo de dirigentes cañeros se había contactado con la Federación Agraria Argentina (en adelante FAA) con el objetivo de interesarlos sobre la difícil situación que atravesaban los productores de caña de azúcar y de solicitar el respaldo de esa entidad en el marco de una campaña nacional para difundir sus demandas. El presidente de la Federación, Esteban Piacenza, se trasladó a la

provincia donde participó en actos y reuniones en distintas localidades del interior; que culminaron con la primera gran movilización cañera, realizada en octubre de 1926, para solicitar la devolución del impuesto de la molienda.

La vinculación con la nueva entidad marcó una nueva etapa en las formas de organización y acción cañera. La relación entre ambas organizaciones se consolidó en el XIV Congreso Ordinario de la FAA, realizado en septiembre de 1926, cuando una delegación cañera ratificó su compromiso de incorporarse a la Federación. A su vez, el Congreso hizo suyas las demandas de los plantadores tucumanos y dirigió un mensaje al Presidente Alvear solicitando el estudio del problema cañero.²⁰

El 10 de junio Alvear accedió a la proposición de las partes, pero condicionó sus funciones como árbitro al levantamiento de la medida de fuerza. Finalmente el 15 de junio los delegados cañeros lograron arribar a un acuerdo para poner fin a la huelga: los ingenios se comprometían a no tomar represalias y a aceptar la caña de terceros en la proporción habitual; se concedería a los plantadores un adelanto de \$ 8,50 por la tonelada de caña entregada, con deducción del 50 % del flete. Bajo estas condiciones, en una nueva asamblea los cañeros

decidieron levantar la huelga y hacer efectiva la promesa de aumento de jornal a los trabajadores de surco.

Los cañeros no habían conseguido el precio mínimo y encima tuvieron que aceptar el arbitraje que habían propuesto desde un principio los industriales. Desde este punto de vista los resultados del conflicto parecían magros. Sin embargo, la huelga de 1927 se convirtió en un símbolo de la resistencia cañera y constituyó un poderoso estímulo para la acción de los agrarios, como lo manifestaba el dirigente cañero José Ignacio Aráoz, al resaltar “el carácter y la magnitud de la insubordinación cañera”.

El laudo arbitral estableció los derechos en lo referente a la evaluación de la caña, la fijación del precio y la obligación de los ingenios de molerla. Y establecía la constitución de una cámara arbitral con representantes de los sectores involucrados para estudiar las cuestiones referidas a la industria azucarera.

Como era de esperarse, el resultado del fallo fue bien recibido por el Estado provincial, por las poblaciones del interior de la provincia y, especialmente, por los cañeros. Según el gobernador Campero, el pleito cañero-industrial se había resuelto de una “forma altamente justificada” y el Ministro de Hacienda de la provincia,

¹⁹ María C. Bravo, *Campesinos, azúcar y política: cañeros, acción corporativa y vida política en Tucumán (1895-1930)*. Rosario, 2008, pg. 268.

²⁰ *Revista Azucarera*, N° 403, 1927, pg. 366, Bs. As.





Tomás Chueca, afirmaba que la resolución arbitral era esencialmente “equitativa, justa y previsor”.²¹

El laudo no se alejaba de la postura de la UCR nacional de un “proteccionismo racional”, entendido como una declinación paulatina de los niveles de protección. Incluso ratificaba que el “consumidor” era una parte central del problema de la política azucarera.

La tendencia distributiva en otras disposiciones- Leyes de importación y de exportación (8877 y 11002)

La política arancelaria de la década de 1920 no dejó nunca de contemplar la defensa de los sectores populares y de las clases medias del litoral, el gobierno radical hizo primar el “interés general” sobre los intereses privados, es así que se aplicaron políticas redistributivas para beneficiar a los sectores más vulnerables.²²

El gobierno ante la suba del precio del azúcar permitió el ingreso al país de grandes cantidades de azúcar importada, llegando a saturar el mercado interno. La ley Saavedra Lamas (1912), establecía que los azúcares que se importaran en adelante, del exterior con goce de prima sufrirían un recargo impositivo igual a la prima concedida. Disponía también que la re-

baja del derecho de importación se hiciera en forma gradual, esto produjo un gran cambio en la legislación azucarera vigente. Con esta ley se regulaba el costo del azúcar, y el gobierno beneficiaba así a las grandes masas consumidoras. El Estado tuvo una fuerte intervención en la economía con el objetivo de proteger a los consumidores.

El sector azucarero solicitaba al gobierno que se suprima toda prohibición a la comercialización del azúcar. El 6 de febrero de 1920, después de largos debates que tuvieron lugar en la cámara de diputados y la de senadores, el proyecto de ley 11.002 fue remitido al poder ejecutivo para su promulgación. El envío del proyecto de ley al poder ejecutivo fue visto como un simple trámite para la aprobación de dicho proyecto, ya que ambas cámaras habían expresado su voluntad a favor del mismo. La ley establecía en su artículo 4º la derogación de cualquier disposición que restrinja la importación y la exportación de azúcares. El 14 de febrero el ejecutivo promulga la ley pero veta el art. 4º justificando su actuar en que era imprescindible para el Poder Ejecutivo seguir contando con la facultad de permitir la importación y la exportación de azúcares cuando así lo considerara conveniente en defensa de los altos in-

tereses nacionales, quitándole a la ley su finalidad principal que era la amplia libertad de comercio sin las restricciones que antes existían.

²³

La legislación sobre importación y exportación sancionada entre los años 1916 y 1922, representó a la vez un instrumento para la concreción de la justicia social para un sector de la sociedad y un componente de tensión para otros.

La Ley de asistencia médica en los ingenios

Las características y condiciones del trabajo que realizaban los obreros en la zafra los exponían a contraer enfermedades, como es caso del trabajo nocturno en donde los trabajadores debían soportar entre otras cosas fuertes heladas, o en el transporte de carros que venían envuelto en una nube continua de polvo, que causaba enfermedades pulmonares. También era frecuente que los trabajadores se lastimaran sus dedos y mano, es por esto que se necesitaba asistencia médica en los ingenios, para atender las distintas emergencias que podían surgir durante la cosecha. Antes de la vigencia de esta ley la asistencia médica en los ingenios era elemental, en tanto sólo se proveían remedios caseros en en-

²¹ Revista Azucarera, N° 407, 1927, pg. 866- 867, Bs As.

²² Adriana Kindgard y Daniel Campi, Op. Cit. Pg 12.

²³ Emilio Schleh, Compilación legal sobre el azúcar, Tomo 1, Bs. As. 1939, .pg 283-294.





fermedades ordinarias y si eran graves se los enviaba al hospital por carecer de médicos.²⁴

La ley de asistencia médica en los ingenios fue dictada en mayo de 1925, esta ley establecía que todo ingenio debía contar con la asistencia médica, permanente y gratuita, dotada de personal técnico necesario. Estos además debían contar con todos los perfeccionamientos que permitieran brindar una adecuada atención a los trabajadores y a su familia. Para poder gozar de la asistencia médica que brindaban estos establecimientos no se tenía en cuenta si el daño había sido o no causado por razón del trabajo o como consecuencia del mismo.

Los industriales se oponían a esta ley y solicitaron en junio de 1926 que se suspendieran los efectos de la misma, los industriales manifestaban que no se llegaría a cumplir con el objetivo de la ley. Estos decían que los beneficios de una buena asistencia hospitalaria, no podrían alcanzarse con la instalación de pequeñas enfermerías en los ingenios.²⁵

Esta ley tenía por objetivo lograr que los obreros recibieran atención médica en los establecimientos en donde estos prestaban sus servicios, permitiendo mejorar no sólo la salud de los obreros sino también la de su familia.

²⁴ María E. Fernández, Op.Cit. ,pg 19.

²⁵ Revista Azucarera, N° 229, 1922 pg. 106, B. As.

²⁶Luís A. Romero, Breve historia Contemporánea de la Argentina. Bs. As. 2001, pg. 49-65

²⁷Adriana Kindgard y Daniel Campi, Op. Cit. Pg 18.

Conclusiones

Durante el gobierno radical se fue forjando la idea de justicia social, probablemente alimentada desde fuentes ideológicas más tradicionales, como la de la iglesia, que expresaba la necesidad de adaptar las instituciones a una sociedad en cambio. El gobierno manifestaba una tendencia hacia la homogeneización de la sociedad, en torno de una cultura compartida por sectores sociales diversos.

El radicalismo implementó numerosas políticas sociales, que aunque tenían claras finalidades electorales apuntaban a una nueva concepción de los derechos ciudadanos, como la carne barata o "carne radical". Durante el gobierno radical se sancionaron distintos instrumentos legales que beneficiaban tanto a trabajadores, consumidores y al sector cañero. Esto fue posible por la sensibilidad social que mostraba el radicalismo, hacia los diferentes sectores sociales.

El paso del "proteccionismo oligárquico" al "proteccionismo distributivo" permitió insertar la idea de justicia distributiva, con ello se pretendía beneficiar a los distintos sectores sociales y no sólo a los sectores oligárquicos, también se intentó globalizar los intereses y necesidades

de los grupos sociales que participaban en la industria azucarera.

Entre las leyes más importantes podemos señalar la ley del salario mínimo y la que establecía la jornada legal de ocho horas. También se destaca el laudo del presidente Alvear, que benefició al sector cañero ya que les fueron reconocidos derechos que venían reclamando desde hace tiempo, como la distribución equitativa de las ganancias y la realización de contratos más justos y equitativos. Es así que el discurso radical de equidad y sensibilidad social se plasmó en la legislación de la época, sancionando leyes tendientes a beneficiar a la sociedad.²⁶

Se puede decir que los instrumentos legales pretendían introducir mejoras, sobre todo en la vida de los trabajadores, ya que estos últimos empezaron a gozar de un salario mínimo, de una jornada de trabajo reducida. Declararon obligatoria y gratuita la asistencia médica en los ingenios para atender a los obreros permanentes y transitorios y a sus familias.²⁷

Para lograr sus objetivos de equidad el gobierno se valió de las leyes, y trato de resolver los conflictos, ampliando los espacios de representación, así como los mecanismos estatales de regulación. ❖





►► Bibliografía

- Biale Massé, Juan, Informe sobre el estado de la clase obrera, Tomos I y II, Hyspamérica, 1986.
- Bravo, María Celia, Campesinos, azúcar y política: cañeros, acción corporativa y vida política en Tucumán (1895-1930). Rosario, 2008.
- Bravo, María Celia, Sector cañero y política en Tucumán 1895-1930, Tucumán, 2000.
- Campi Daniel, "Captación forzada de mano de obra y trabajo asalariado en Tucumán, 1856-1896". En Anuario IEHS, N° 8, Tandil, 1993.
- Campi Daniel, "La crisis del sistema de la papeleta de Conchabo en Tucumán. Una propuesta de interpretación". V Congreso Nacional de Estudios del Trabajo Bs. As. 2001.
- Compilación ordenada de leyes, decretos y mensajes de la provincia de Tucumán. TVI, 1875-77 y T. XIII, Tucumán, 1888.
- Fernández María E., "El trabajo rural: peones y jornaleros en Tucumán. 1869-1895". V congreso Nacional de Estudios del trabajo, Bs. As. 2001.
- Fleitas María Silvia, "El pensamiento económico y social de la elite azucarera del noroeste argentino 1912-1930", en e-l@tina, Vol.1, núm.3, Bs. As. abril-junio, 2003.
- Kindgard Adriana y Campi Daniel, "La política azucarera argentina en las décadas de 1920 y 1930 y la cuestión de la justicia distributiva". III Congreso Brasileiro de Historia Económica, Curitiba, 1999.
- Revista Azucarera, N° 229, pg. 106-160, Bs. As. 1922
- Revista Azucarera, N° 243, pg. 97-189, Bs. As. 1923.
- Revista Azucarera, N° 403, pg. 366, Bs. As. 1927.
- Revista Azucarera, N° 407, pg. 866- 867, Bs. As. 1927.
- Romero L. Alberto, Breve historia Contemporánea de la Argentina. Bs. As. 2001.
- Schleh Emilio, Compilación legal sobre el azúcar. Tomo I, Bs. As. 1939.



//////// INVESTIGACIÓN //////////////////////////////////////

Acercamiento a la Teoría Homológica del Derecho

José Carlos Mariano / Abogado

Advertencia

No solo aspectos del comportamiento y actividades del hombre tanto sus manifestaciones materiales como las inmateriales en la sociedad introducen hechos reales o supuestos que determinan su existencia, este existe antes en si y por si.

La coexistencia lo introduce en una realidad paralela, donde todo lo ideal muta en práctico inevitablemente, donde ya la subjetividad de cada hombre o mujer tratara de ser encausada por un una forma de organización social soberana y coercitiva, formada por un ligado de instituciones volcadas hacia un impreciso bien común como acto inaugural de la obra.

“El derecho será quien muestre y determine los senderos por los que se puede transitar y los limites que se pueden alcanzar”.

*“Como el canto de una misa
romana, que a perfecto compás
fusiona la pluralidad de
singularidades en un todo
absoluto y exacto, dependiente de
la distinción acertada de cada
pieza para poder encontrar
la armonía y así el sentido
de su causa”.*

Introito

“La universidad argentina esta en crisis. Pareciera que no hay en este medio muchas ideas teóricas asumidas por los docentes con seriedad pedagógica, ni que hubiera una preocupación sustancial por comenzar a filosofar nuevamente sobre las ciencias. La mecánica reiteración de vagas formulaciones ha reemplazado toda profundidad filosófica y científica, cuyo saldo, lamentablemente, vivimos hoy: una decadencia de la capacidad para asumir nuevas ideas que no encuentra precedentes. Pero delatar la crisis es gimnasia inútil: hay que teorizar el porvenir con ideas novedosas de por medio; y es aquí donde se advierte la desnutrición mencionada, como si una ausencia fatal de vida inteligente estuviera minando el futuro”.

Carlos Cossio.

Buenos Aires, Agosto de 1986.





Pareciera que el maestro tucumano pudo proyectarse por sobre su tiempo y vislumbrar al predecir un futuro que no tardaría en convertirse en realidad superante de sus pensamientos, al relatar estas palabras en el prefacio de “Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho”, sin indagar en yerros o contender sobre un caos viviente ya en su espacio, propone simplemente buscar cambiar el paradigma anticipado que se le presentara en su tiempo.

Fue este año el aniversario de los 70 años de la Facultad de Derecho, y el correr de estos nos hace variar en saltos emocionantes de vida, que pasaron por sus pasillos, cursos, patios y oficinas. Brincos conmovedores se presentan, el tiempo trae con él la nostalgia y esta la contemplación pasiva, sonriente de todos nosotros.

Mientras la lucha por un mañana mejor sigue en pie, desde el lugar que sea, pues siempre mis

amigos, que se busque prender una llama y se consiga hacerlo, esta podrá encender otra para estar mejor iluminados. Es este el momento de avanzar en la búsqueda y el encuentro al unísono con los viajes de Rafael Hithloday, proyectados no sobre la suya, sino ya nuestra Utopía¹, para así poder alcanzar lo superante de nuestras proyecciones.

El camino que trata el hombre de recorrer esta repleto de encrucijadas y disparidades, en su búsqueda de respuestas recurrirá a las más dispersas abstracciones, para poder encausar su pensamiento bajo un fundamento, una justificación que acredite su aplicabilidad en su existencia social, que sea apto como el modo óptimo de vivir en y proyectado hacia su mejor situacional ya individual, ya coexistencial.

La ideología² es y será el motor de existencia exacta, la causa junto con la solución de todos

nuestros asuntos. Todo lo visible, hasta lo invisible se ha creado y modificado con esta. Aun siendo así pareciera que cualquier construcción ideológica hoy en día esta preconcebida en imposibles. Superado el mundo bipolar, solo se respalda una forma occidental de vida como apta, como apetecible para el hombre, dejando de lado cualquier posibilidad de cambio, y aun peor, haciendo de estas un peyorativo absoluto, dejando sin lugar a ninguna idea en contrario. En hombre vive inmerso en una realidad que aunque le parezca terrorífica, teme por modificarla.

Tomando estadísticas de probabilidades variables como esquemas de perfección, siendo hechos contingentes del hombre lo único existente para estas tablas que dominan, sus márgenes de probabilidades negativas se vuelen notablemente visibles a corto plazo. Requiriendo además aterradoramente como requisito sine qua non,

¹ La idea de Utopía es anterior al relato de Tomas More, se la encuentra en descripciones del paraíso comunes a tantas religiones y cosmogonías. El jardín del Gilgamesh o la isla utópica de Historia sagrada de Euhemerus se encuentran antes de nuestra era. Hesíodo, en el s. VII a.c. nos habla de una época perfecta, lejana en el tiempo: el mito de la Edad Dorada que recogen autores tan lejanos como Virgilio o Cervantes. De las Geórgicas, donde se describe una tierra en donde << todo era común >>, surge el artificio de las Arca

dias. La Atlántida es también inspiradora de sociedades utópicas, y reflejos de la Edad Dorada se hallan en los Campos de Eliseos de Homero o de Luciano y en las versiones mas sensuales y populares de los viajes de sir John Mandeville, del país de la Cucaña, Las Pomonas, las Venusbergs de la edad media o en la Jauja y en Hy Brazil tras los descubrimientos. Si bien le debemos a Tomas More la utilización de la palabra para el proyecto de sistema ideal, el serafín de perfección es tan remoto como el hombre mismo.

² En virtud de la mera reflexión acerca del modo en que el horizonte de la imaginación histórica esta sujeto al cambio, nos encontramos in medias res, obligados a aceptar la implacable pertinencia de la noción ideología. Se puede aceptar categóricamente la existencia de la ideología en tanto matriz generativa que regula la relación entre lo visible y lo invisible, entre lo imaginable y lo no imaginable. Vide; SLAVOJ ZIZEK, “Ideología - Una mapa de la cuestión”.





contar con residuos humanos³ para el funcionamiento del sistema reinante.

La ley actúa sobre dicha situación de desasosiego, proclamando que lo exento no es asunto suyo. No hay ley para los excluidos. La condición del ser excluido consiste en la ausencia de ley aplicable para el mismo. El modelo ideotípico de un ser excluido lo ofrece el homo sacer, una categoría del antiguo derecho romano <<situada fuera de la jurisdicción humana, sin verse incorporada al dominio de la ley divina>>⁴. La vida de un homo sacer estaba despojada de valor, tanto en la representación humana cuanto en la divina. Asesinar a un homo sacer no constituía un ultraje punible, mas tampoco podía utilizarse la vida de él en un sacrificio religioso. Despojada de importancia humana y divina que solo el derecho puede proporcionar, la vida del homo sacer, carecía de valor. Dar muerte a un homo sacer no era ni un crimen ni un sacrilegio, pero por igual

³ Los residuos humanos son poblaciones superfluas; gente que ya no sirve al sistema, que están mas allá de la incorporación a su dinámica, que no encuentran lugar en el circuito de la producción y el consumo, existen pues fuera del mercado. Y como el mercado lo domina todo, corren el riesgo de estar fuera de la protección misma del estado. Vide; ZYGMUNT BAUMAN; "Vidas Desperdiciadas - La Modernidad y sus Parias"

⁴ AGAMBEN, G., Homo Sacer: El potere sovrano e la nuda vita, 1995, citado según la traducción de Daniel Hellen-Roazen, Homo Sacer: Sovereign power and Bare Life, Stanford University Press, 1998, págs. 27 y 18. (trad. Cast.: Homo Sacer, Valencia, Pre textos, 1998)

⁵ Si bien existen posiciones que tienen su raíz en alguno o varios de los componentes de la llamada "trinidad non sacta": Marx, Nietzsche, Freud, que niegan categóricamente el valor cognoscitivo-objetivo de la razón, al menos tal como ha sido pensada tradicionalmente y por ende rechazan de plano la noción misma de razón práctica; para estos autores, la razón no tiene nada que hacer en el campo de la praxis humana y en consecuencia, tampoco el de relaciones jurídicas, que no son sino la funcionalización

razón no podía ser una ofrenda.

Traduciendo todo ello a los términos seculares contemporáneos diríamos que, en su versión actual, el homo sacer no se halla definido por ningún conjunto de leyes positivas ni es portador de derechos humanos que precedan a las reglas legales.

El homo sacer es la principal categoría del residuo humano dispuesta en el curso de la producción moderna de gobiernos soberanos ordenados (obedientes de la ley y gobernantes mediante reglas).

El derecho precursor de todo en cuanto a lo aplicable de la vida del hombre contemporáneo, es el origen, el paso y la proyección de lo visible, de lo existente, de lo sensible exterior. Todo comienzo y curso de una causa del hombre implica una instancia precisa de derecho, este se encuentra en potencia desde la existencia misma del hombre y todo cambio que

enmascarada de relaciones de mero poder; de pulsiones eróticas o de poderes económicos. Frente a esta realidad, la función que corresponde a la filosofía del derecho, llamada por estos autores "teoría crítica del derecho", es la de someter a una praxis crítica desenmascaradora tanto las instituciones como las ideas jurídicas, poniendo en evidencia su carácter encubridor y mediador de las relaciones de dominación; desde esta perspectiva, las restantes filosofías del derecho resultan ser meras construcciones ideológicas, que

se pretenda enclavar ineludiblemente tiene que ser a partir de este. El derecho es la piedra angular de todo grupo humano, no sería posible imaginar un encuadre lógico en este tiempo del hombre, sin la acción y reacción del derecho.

Siendo la omnipotencia del derecho visible, es de ahí donde se hará necesario posibilitar la entrada de todo tipo de ideología para su crecimiento. Procurando la inclusión del hombre sin otra condición de su existencia bajo su tutela, ya que siempre al contar con una llama más estaríamos mejor iluminados.

El derecho, en cuanto instrumento de unificación benéfico, es interpretado y ejecutado de diversas maneras, cada sociedad concibe, pues lo necesita de una disímil manera. Su exegesis se dispersa de tal modo que puede tomar causas hasta de incomprensión, pero nunca podemos ni siquiera discutir sobre su existencia⁵

encubren inconfesables estructuras de dominación, y que deben ser denunciadas en cuanto a tales, favoreciendo de ese modo los procesos liberadores o emancipadores de todo tipo de dependencia. Vide; PÉRES LLEDÓ, J. A. "Teorías Críticas del Derecho", AA.VV, El derecho y la justicia, E. Garzón Valdés y E.J. Laporta (eds), Trotta, Madrid, 1.996.





►► Primera aproximación

Hoy en día ya no es posible dividir las filosofías del derecho simplemente en positivistas y iusnaturalistas, aun cuando se introduzcan variantes dentro de cada uno de los términos de la clasificación. En este panorama actual han aparecido múltiples doctrinas que, o bien directamente no encuadran en esa taxonomía, o bien resulta muy difícil enmarcarlas en alguno de sus términos con absoluta exclusión de otro. De este modo, han surgido las llamadas “teorías críticas”, los “deconstructivismos”, los denominados “positivismos incluyentes”, que hasta hace muy poco habían sido llamados iusnaturalismos débiles; los diferentes “constructivismos”, las nuevas “retóricas”, los “consensualismos”, el “análisis económico del derecho” y varias orientaciones más,

6 MASSINI CORREAS, C. op. cit. SERNA, P, “Paradigmas epistemológicos y filosofía del derecho, una introducción en el pensamiento jurídico actual”, pro manuscrito, 2003. Filosofía del Derecho. Tomo I “El Derecho, Los Derechos Humanos y el Derecho Natural”. Abeledo- Perrot 2005.

creando un panorama difícil de descifrar si se pretende acceder a él desde las categorías tradicionales⁶.

La meta de la teoría homológica es desestructurar las diferencias teóricas abstractas que se enemistan unas con otras, pues las mismas son solo variantes de los medios para obtener un mismo fin. Cualquier vía es apta en el camino de buscar encontrarse con la trascendencia que implica el logro de lo justo, siendo esto, el gobierno máximamente determinado que se ajusta a la pretensión legítima de todos los hombres.

Ya sea a partir de un imperativo categórico kantiano como mandamiento moral incondicionado que conduce a su propio fin, o de la sindéresis realista como hábito natural en el hombre que no es adquirido sino de alguna manera ya se en-

7 No se pretende en este momento tratar de manera exhaustiva, ni siquiera someramente el principio natural del hombre, si este es bueno, o malo por naturaleza. Tal tema escapa a mis intenciones, ya sea desde Hobbes, o desde Tomas de Aquino, el hombre termina por encuadrar en una situación donde su naturaleza racional, excede al mismo en la búsqueda de un mejor situacional. Este termina por obrar a consecuencia de la misma consecuencia temida o por venir, es decir que lo determinara su momento siguiente potencialmente. Lo relevante para mí no es el principio en sí, sino más bien el desenlace, independientemente de la intención natural, que termina por ser absorbida por una idealización de coexistencia inevitable. “Nadie es una isla completa en sí mismo, la muerte de cualquier hombre me disminuye, por que estoy

cuentra en este per se, o cambiando de escena en forma tajante, con la pureza de la teoría kelseniana donde será que deje de concernir la intención intrínseca del sujeto, donde el resultado actuante del deber ser será lo esperado, encontrándose este predeterminado legalmente. La coexistencia coloca al hombre, frete a otro igual a él, en un enfrentamiento, donde la búsqueda de lo justo será natural necesariamente para ambos, ya por fuera de sí, ya en sí⁷.

Teniendo en claro esto no puede dejarse pasar por alto, el entendido del derecho sería un sistema de diseño en donde se encuentra incluido y excluido de antemano todo lo preciso para el despliegue magnífico de su obra, en las regulaciones entre los hombres. Mediante un ordenamiento legalmente marcado, el derecho

ligado a la humanidad” A decir de Heidegger, en la medida en que la existencia humana es coexistencia, la presencia del prójimo ha de ser encontrada por doquier como coexistencia en la existencia personal. Y así la encontramos fácilmente en todo lo que nuestro espíritu asume por tradición, por educación, por convivencia, como se advierte en el lenguaje que todos hablamos, en las ideas y creencia que nos son comunes, en las costumbre que protagonizamos, en las instituciones que sustentamos y en todo lo que enfrentamos para deshacerlo en forma revolucionaria. Solo la conducta en sí misma considerada, es decir considerada en sí misma como el despliegue vital de un ego, parece que escapa a esta integración coexistencial, pues no es posible vivir otra vida que la propia y la existencia humana se da en forma absolutamente individual.





➤➤ sistematizara las relaciones. Sin embargo, no existe orden⁸ sin caos. El caos, el desorden, la anarquía, presagian la infinidad de posibilidades y lo ilimitado de la inclusión; el orden, significa límites y finitud. En un espacio en orden (ordenado) no todo puede suceder.

El espacio en orden es un sitio gobernado por reglas, mientras que la regla es regla en tanto y en cuanto prohíbe y excluye. La ley llega a ser una vez que expulsa del reino de lo permitido los actos que sería posible realizar de no ser por la presencia de la ley y los actores a los que se permitiría habitar en el estado de anarquía. La ley solo esta hecha de aquello que se las arregla para capturar en su seno, mediante la exclusión in-

clusiva de la exceptio: se nutre de esta excepción, sin la cual es letra muerta [...] La excepción o se trae a la regla, antes bien, al suspenderse, da lugar a la excepción y al mantenerse en relación con la excepción, se constituye por primera vez como regla⁹.

Toda iniciativa permanece firmemente del lado de la regla. La regla precede a la realidad, construye la misma, por cuanto de una brotara la otra. La legislación antecede a la ontología del mundo humano¹⁰. La ley es un diseño, un proyecto para un habitat claramente circunscripto, legiblemente marcado, trazado y señalizado.

De todo este constructivismo racional es de lo que pretende desprenderse la teoría homológica,

en virtud de la sola existencia del hombre, que antes de ser parte de algo se proclama como parte de si mismo, independientemente de todo lo impuesto y supuesto, para así valerse de lo único real de el, su vida misma.

Terminología

El vocablo homológico en el derecho es para destacar que el hombre por el solo hecho de ser, de existir, ya es derecho, encontrándose impregnado de este antes de comprenderlo, pudiendo pasar toda su vida en esta situación. El derecho acompaña al hombre social desde siempre, y así lo hará hasta el final de sus días, en donde uno desaparecerá mientras que el otro simplemente

8 Sin orden es imposible la búsqueda de libertad, de la paz, de lo justo. Sin ser el valor mas elevado al que el derecho tiende, es el valor primario sobre el cual se posaran los demás. De ahí el profundo dicho de Goethe, "prefiero la injusticia al desorden" debiendo ser entendido en el sentido de que la justicia solamente puede establecerse sobre ese valor más elemental. San Agustín de Hipona, propiciara un concepto que perdurara por sobre el tiempo; entendiéndolo como, "la disposición que asigna a las cosas diferentes y a las iguales el lugar que les corresponde". El orden consiste, en lo fundamental, en un conjunto de formas, normas y relaciones. Las primeras, a pesar de su objetividad aparente, son decisivas para la fuerza de los conceptos de igualdad, libertad y solidaridad. La libertad no es solamente una institución, sino también participación en los asuntos comunes, lo cual es impracticable sin la existencia de un orden que garantice la seguridad y de normas que definan al derecho de cada cual a intervenir en la vida política, de acuerdo a los canales establecidos por las formas, o sea las institucio-

nes. El orden de la sociedad política es omnicompreensivo, en cuanto es simultáneamente económico, jurídico, moral, religioso, artístico, político, etc. En suma, el orden en si resulta indispensable como requerimiento, para obtener cualquier fin.

9 AGAMBEN, G., *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, 1995, citado según la traducción de Daniel Hellen-Roazen, *Homo Sacer: Sovereign power and Bare Life*, Stanford University Press, 1998, págs. 82 a 87. (trad. Cast.: *Homo Sacer*, Valencia, Pre textos, 1998)

10 El ordenamiento jurídico, será lo que terminara por determinar al sujeto en cuanto a lo posiblemente viable, y visible de si en el exterior. Antes de dar un paso, este se justificarara ante si mismo, pero tal arreglo, solo será un paso de la potencia a lo exacto, de lo interior incognoscible a lo exterior determinante. Por cuanto, el sujeto queda determinado en materia coexistencial, no ya por el, sino por

sobre de el. Será la ley, la norma, la que termine por establecer el modo en que se realizara la interacción de este con sus pares. Desde ahí y solo de esa manera queda estipulado el mundo de las relaciones humanas, y no podría ser de otra forma, ya que sin pautas de donde sostener una justificación de tal interacción, el todo comunitario navegaría en una incertidumbre arduamente peligrosa para su entendimiento y desarrollo. Lamentable es este destino, donde se somete el hombre bajo un ordenamiento extraño, donde su racionalidad y sus impulsos serán encausados por sobre si mismo, modificándolo desde su interior; tratando de regular su comportamiento, no con el mismo sino con otros, de los cuales, se entiende este depende para su perfeccionamiento entitativo. Se estipula de manera dogmática la sociabilidad innata del hombre, desde allí es que se encuentra la razón para su deber ser; no en cuanto todo a el, sino en su confrontamiento con la otros, con la sociedad misma.





seguirá rotando en el devenir terrenal. Siempre que alguien sea, lo será a partir del derecho. Nos apartamos intencionalmente de cualquier corriente existencialista¹¹ que incurra en derecho, por cuanto todas estas, están tomadas con una perspectiva de valoración activa de veces virtuosa del hombre en cuanto a su actividad de existencia. La cual será desplazada por considerar el derecho como una vitalidad que no necesita actividad para activarse. Antes de actuar el hombre ya posee derechos que le son propios, llámense naturales o divinos, otorgados por un dios, o por un ordenamiento legal determinado. En cualquier situación en la que se pretenda descifrar la existencia del hombre, esta no podrá ser, sin el derecho como algo vital para el y en el, indispensable en la coexistencia.

Ahora bien, si entendemos por fenomenología una parte de la filosofía que toma por causa el análisis y estudio de los fenómenos lanzados a la conciencia, es decir, las esencias de las cosas, ya como relación que hay entre los hechos y el ámbito en los que se hacen presente esta realidad (psiquismo, conciencia), tendremos que decir entonces que el conocimiento de las esencias solo es posible obviando todas las presunciones sobre existencia de un mundo exterior. Entonces será, una intencionalidad lanzada hacia el futuro,

como un “ir hacia”, que busca, encuentra y sobrepasa lo encontrado.

Siendo esta la manera fenomenológica, hay quien indaga en este método como el mismo Hegel lo intento buscando lograr la fenomenalización del logos, siendo este el “espíritu absoluto”. Un momento posterior será para Husserl, que lo intentara con el logos, pero en una instancia superior ya tomándolo como el “ser de los entes”. Por último, Cosío con su Teoría Ecológica del derecho, pretenderá significar la egologización (manifestación) del logos jurídico, del ser jurídico.

La homología pretende la homologización (rectificación) del logos jurídico, sacando al hombre por fuera de cualquier construccionismo, e introduciéndolo por su sola existencia en el ámbito del derecho. El hombre es ante todo su propia y única existencia, por tanto y en cuanto el derecho es ante todo su respaldo. El homo sobre el que se insiste, es del homo trascendental de la vida, el “yo existo” de toda vida humana, en oposición del “yo actúo” de su conducta, o del “yo pienso” del intelecto. Con la homología jurídica, hemos podido significar la homologización del logos jurídico, como “existencia del ser absoluto”, existencia inmediata de este y en este. Determinante en la edificación de la existencia del hombre como ser social e individual.

El Hombre Jurídico

Para introducirnos en este punto, se rechazan todas las imágenes de que el derecho sea norma, o de que sea voluntad del legislador, o que sea la voluntad o el pensamiento de un Dios, o de que sea el presente o de que sea una transcripción de intereses humanos a su plano de intereses colectivo o social, o de que sea una conformidad racional de la naturaleza humana, pues todo esto deriva en un construccionismo antifenomenológico¹³.

El hombre es ante todo existencia individual, es su mismo ser en sí; el derecho impregna a este de todo su contenido sin necesidad de que este incurra en acción, puesto que la misma implicaría un hecho, y no resulta necesario que el hombre realice un acto para que existan sus derechos, este antes de cualquier supuesto, sin caer en los simbolismos ideológico de Žižek, tiene puesto de antemano sus derechos en sí mismo. Por el simple ser existencia ya es parte de un todo conjugado en un ordenamiento jurídico y por lo mismo predecible y verificable. Los derechos del hombre coexisten con su existencia, y en su existencia, por el único motivo de ser parte en vida de ese todo llamado estado, nación, encausado a regular las interferencias in-

11 Existencial en el sentido definido por Heidegger. Es claro que si el derecho fuera objeto mundanal, como resulta en Dilthey y en Freyer, queda cosificado como vida humana objetivada, empleando la terminología que usa Recaséns Siches. Pero lo pertinente es que su auténtica nota existencial puede conservarla como vida humana viviente, somos existencia coexistenciada, como objeto homológico.

12 El método fenomenológico, es que se sigue, para la construcción de logos jurídico homológico, ya que este tomara por real todo aquello que es pensado de manera clara, diferente y lo presenta en una perspectiva temporal.

13 CARLOS COSSIO, Radio-grafía de la Teoría Ecológica, Pag. 149. Ed. Depalma. Bs. As. 1987





tersubjetivas¹⁴ generadas desde la individualidad interna, donde solo serán potencia indeterminable. Pero con la acción resultan ser perceptibles y determinantes, entonces en busca de armonizar las relaciones coexistentes, bajo parámetros marcados de antemano, el derecho será lo que terminara por resultar determinante en la acción existencial frente a la coexistencia y en cierta forma en la determinación interna¹⁵ del sujeto. No es posible encuadrar toda la construcción del derecho a partir exclusivamente de abstracciones teóricas, pues este ya es parte del hombre, sin otra necesidad que la existencia determinable, efectiva de un ser humano.

El hombre es antes de todo su propia esencia, y si la coexistencia es una propiedad que deriva de esa sustancia, ya sea por el triple retorno dialéctico o por consiguiente, el derecho se presenta de ineludible presencia, ante la existencia coexistencial.

Pero aquí se muestra un desconcierto en la cuestión, y se pretende hacer lo necesario para poner las cosas en claro, pues decir que el derecho se anticipa del hombre teniendo todo listo para la inclusión pacífica de este en la coexistencia, o para la inserción de este por dentro de esta. Representaría esto una imagen donde el

derecho sobrepasara al hombre, pero no se trata de esto, ya que si entendemos que los sucesos se desarrollan de acuerdo a los momentos históricos del mismo hombre, y resultando una cadena de acontecimientos concatenados determinantes, lo que configurara la realidad mutable en donde se encuentra este momentáneamente, entenderíamos con ello, que son cuestiones superpuestas y opuestas, ya que el hombre en su corporalidad individuante, es decir en si mismo, nada puede sobrepasarlo, ya que no podrá penetrarlo. Pero la condición de convivencia reivindicara la cuestión, haciendo entendido y claro dos planos opuestos que no pueden sobreponerse por incompatibilidad de sustancia, uno representa la subjetividad espiritual, y otro la convivencia y su necesidad de armonizarla para la protección y desarrollo subjetivo individual intrínsecamente en lo pertinente. Es decir, que el derecho se anticipa a la existencia del hombre, teniendo todo listo para la inclusión de este en la vida en sociedad. El hombre, se amoldara al modelo o diseño de derecho existente en el momento de su existencia, puesto así se resalta la característica del derecho como una estructura cíclica, mutable por un hombre de existencia eminentemente social.

Pero escapándose del derecho, está lo íntimamente individual, donde este permanecerá siempre estático, en donde será existente, partiendo de la existencia misma de hombre social, ya jurídico, en si, por sobre si. Donde el ordenamiento jurídico vigente se anticipara a cualquier acción u omisión coexistencial regulándola con anticipación.

Por fuera de justificaciones racionales, existen razones por sobre la razón misma, mas allá del bien y del mal, por fuera del concepto de dominio inconciente con el que cuenta esta generación de la humanidad. Allí encontraremos la presencia equilibradora de un derecho previo a esa razón de autoridad instintiva, que no pretendo confundir con nada divino necesario para el resguardo mismo del hombre por el hombre.

Puesto en figuras de derecho emancipadas, existen imágenes de inexcusable inclusión en el resguardo del derecho necesarias al hombre. Para si, en cuanto a el con todos, y en correlatividad con la pluralidad de pares existentes. Sin ser determinante ya, nada más que su existencia.

La justificación y función jurídica

Teniendo vigente al hombre jurídico, y siendo él existencia misma y única, desarrollare la apología del derecho y su ulterior ocupación. Sin ol-

14 En su definición del derecho, Carlos Cossio resaltara la interferencia intersubjetiva como elemento indispensable en su formación, por cuanto, es de la relación entre sujetos de donde devienen los fenómenos contingentes que se pretenden encuadrar en un ordenamiento jurídico, buscando la armonía coexistencial. El estado será quien se reserve la facultad de propiciar el ámbito adecuado para tal regulación mediante el ejercicio del poder judicial.

15 Podemos entender por determinación interna, no las acciones privadas de los hombres que no afecten los intereses de terceros, pues visto así, sería ya una exteriorización, por lo tanto estaría receptada por el derecho. Entonces lo que me propongo distinguir con la determinación interna, son las potencialidades sin ejecución efectiva exterior, solo se trataría de un proceso mental interno y por lo tanto imperceptible, tanto para el derecho, como para cualquier otro hombre que no se trate del sujeto en cuestión.





vidar la simbiosis recurrente del derecho con su causa, en su procedencia.

La disparidad de criterios, en cuanto al derecho, produce una pluralidad de posibilidades para encontrarle un encuadre absoluto. El derecho posee una doble naturaleza, que abarca tanto una dimensión real o fáctica como una ideal o crítica. En la definición de derecho, la dimensión fáctica esta representada por los elementos de promulgación adecuada y la eficacia social aboga por un concepto positivista del derecho. Cuando se agrega la corrección moral como tercer elemento, la escena cambia de manera fundamental. Surge entonces el concepto no positivista del derecho. De esta forma la tesis de naturaleza doble implica no positivismo. No hay una conexión necesaria del derecho como es y como debería ser; no hay una conexión necesaria entre validez jurídica o corrección jurídica por un lado, y meritos y desméritos

morales o corrección e incorrección moral por el otro¹⁶.

Se puede interpretar esta tesis, sintetizando en que el derecho consta, de un elemento normativo y de uno ideológico, siendo necesario que ambos actúen juntos para lograr así equidad, o justicia objetiva, es decir el derecho en su objeto y esencia¹⁷. Pues es solo a través de la norma es que se otorgara una figura abstracta eficaz en el ejercicio del derecho, y siendo las interpretaciones del legislador las que promuevan la idea de realidad, ya que es solo la visión subjetiva individual de este, o su idea de realidad propiamente dicha la que termine por constituirse en verdad fáctica¹⁸, por lo mismo siendo ideas las que constituyen la pluralidad normativa, tanto una como otras están sometidas a una interdependencia vitalicia.

Ahora bien, inevitablemente a partir de la existencia de una norma, existe la necesidad de su-

perarla, el hombre no sería hombre si no se encontraría permanentemente imaginando la manera, la forma en que pueda mejorar su existencia, como logre superarla. El hombre está condenado en la búsqueda inagotable como hombre que es, de su mejor situacional. Así como parece que la tecnología nunca alcanzara un fin, otros intereses del hombre ya no materiales, son de evolución continua por ser. Es por ello, que el derecho, seguirá en constante búsqueda de perfeccionamiento, teniendo presente que es una tarea de jamás concluir, por el simple hecho de poseer una sustancia contingente, nunca se podrá alcanzar niveles de perfección mecánica¹⁹. La trascendencia en la existencia misma del hombre, lo conduce a una búsqueda sin fin. Pero la excelencia no puede lograrse en la generalidad, ya que nuestro modelo jurídico, en busca del bien común, deja de lado a la excepción que se presenta en la singularidad.

16 ROBERT ALEXY, Conf. "La Doble Naturaleza Del Derecho". XXII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Univ. Nac. Tuc. 11 de Oct. 2008.

17 Dato curioso resulta, que los romanos, ingenieros primarios del derecho occidental, no comprendieron con la *vos iustitia* lo que en estos tiempos se califica como justicia objetiva (el derecho en su objeto y esencia). Sino que utilizaron el vocablo *aequitas*, que etimológicamente significa equidad, igualdad y que viene a ser el modelo al que debe acomodarse el derecho, la finalidad que debe cumplir el ordenamiento jurídico para que sus normas no sean inicuas, esto es contrarias a lo justo. Pero como no todas las normas jurídicas responden a los fines del derecho o se compadecen constantemente con el, la *aequitas* se contrapone al mismo *ius*, originándose así una antitesis entre lo *iustum* y lo *aequum*.

18 Ya sea desde Nietzsche, para quien la verdad es perspectiva, es decir que de acuerdo al lugar de donde se mire se llegara a resultados diferentes, o desde el mismo Kant, desde una corriente completamente opuesta, promueve, "vemos las cosas, no como son, sino como somos nosotros". Estamos condenados a aceptar una realidad dispuesta por una interpretación ajena, extraña a nosotros mismos, por cuanto, la realidad jurídica, social, es siempre solo una parte de un todo que se escapara a una visión individual. La idea de unos, se convertirá obligadamente en la de todos cuando se promulgue como ley.

19 Los intentos de la implementación del método Físico-Matemático en el derecho, generados para algunos con la filosofía racionalista de Descartes, llegando a su apogeo con Newton, Spinoza, Leibniz, no han podido nunca alcanzar lo pretendido por sus impulsores. El derecho empapado esencialmente de contingencia, se resiste a un método de tal rigorismo, pues la imprevisibilidad innata del hombre, hace imposible una estipulación de tal precisión y exactitud.





La inquisición de un fin exacto es incomprendible desde nuestra posición actual, tendiente a ocuparse de lo abundante, ya que la natural e inexcusable evolución, o mas propiamente dicho, solo el marchar del hombre por sobre el tiempo, lleva a este a horizontes y a modificaciones culturales que marchan con el, en el, y por sobre de este, como un perpetuo devenir, convirtiendo toda su proyección en una tarea de nunca acabar.

Solo partiendo de aquí podemos dilucidar como viable cualquier tipo de aporte a la ciencia jurídica, pero es su misma necesidad de coordinación evolutiva al paso del hombre, la que nos impone ir mas allá de lo cabal e involucrarnos en un sin fin de riesgos potenciales para lograr aproximarnos con mayor amplitud a lo estimado en este tiempo.

El derecho toma al hombre antes de que este pueda descubrirlo, lo acompaña antes de ser aceptado, hasta es parte de este sin necesidad de ser entendido. El hombre por su misma existencia sin importar su acción

ya actúa indiviso con el derecho en si. Imaginemos por un momento, un hombre en su caminata diaria a realizar sus actividades, si nos esforzamos y si nuestra mirada no es perezosa, podremos ver, que por sobre y alrededor de el, se encuentran flotando en el aire que lo envuelve, todos sus derechos, como si estos marcaran el aura de su existencia misma. Siendo sucesivamente reales, ya que aun no pudiendo percibirlos, es su misma existencia coexistenciada, la que le exige que los acepte como propiedad esencial, ya sin importar su conocimiento o ignorancia sobre sus ellos.

La naturaleza del derecho, es dependencia misma hacia el hombre y viceversa, se trata de existencia compartida al ser este parte desde ella y por ella. Las diferencias conceptuales del derecho, que pueden ser miles, solo demostraran las millares de maneras en que este se hace presente solo considerando la existencia misma, esperando solo que alguien exista para hacer su invisible entrada.

La existencia del hombre es proyección jurídica

Para la homología del derecho, el único deber ser para la garantía del derecho, es el existir, siendo todo lo sucesivo en la vida humana posterior a la existencia misma, complemento de esta por ser exterior. El hombre por su parte, ante todo inevitablemente existe, posteriormente a esto, se preparara para reconocerse conviviendo en sociedad y para aceptar su condición de lo que fuese, pero fatalmente para el, antes que nada existe en si mismo.

Todo construccionismo, es posterior a su representación exacta, a su existencia propia, siendo esta el inicio y fundamento de su único absoluto reconocible, ser siendo desde el, es que se proyecta a lo siguiente. Nos encontramos así con que el derecho, se encarga de reconocerlo sin más que sus latidos. La proyección del derecho por sobre la existencia es inevitable, podríamos mencionar a modo de ejemplo las generaciones venideras que cuentan con sus derechos antes de existir exteriormente y sin mas condición que





➤➤ su potencialidad. A mas de no encontrar un rigorismo en su aplicación, la existencia de estos derechos son encontrados en numerosas constituciones contemporáneas²⁰, y es una muestra precisa de cómo el derecho se proyecta por sobre sus causas buscando encontrarse con el hombre en una reunión inmanente de existencia potencialmente exacta.

El derecho es algo, solo cuando se reconoce por que es que este es, solo cuando se interprete su coyuntura con la existencia misma del hombre, este se encaminara hacia un fin de estimable equidad.

El camino sin fin del derecho, sobre la existencia, en la existencia y por la existencia del hombre es proyectable, por los distintos estadios de la histo-

ria, por predominio de un futuro, donde el hombre mismo, por su naturaleza no podrá estimarse, sin considerar sobre ella. El intento del hombre de manejar las probabilidades, y la previsibilidad de las cosas, hace que este actúe en el presente proyectando sobre un mañana.

Desenlace

Con solo haber desplegado los enunciados mínimos de la Teoría Homológica, cuya extensión no hubiera permitido que sea introducida por completo en este sintético trabajo, espero haber logrado el grado descriptivo necesario para que el lector obtenga una idea sobre lo tratado, y el sentido que intento darle.

El derecho es el fundamento y razón del hombre

contemporáneo, es a partir de este y solo con este que puede el hombre encaminarse a sus logros mas añorados, o simplemente trascurrir su vida cotidiana, sea de la manera en que sea, pero siempre con el resguardo del derecho para con el, y claro con los consecuentes requisitos que se le impondrán por el simple hecho de ser parte de un todo, que pretende ser organizado desde la ley.

Cualquier interpretación ya implica una posición de derecho y frente a este, pero aun sin ninguna posición adoptada, el derecho no deja de actuar por el hombre y en el hombre. Aun sin conducta exteriorizada, el derecho envuelve al hombre con un manto de protección, deberes y obligaciones que conviven en lo más íntimo de su existencia inmediata.

²⁰ El art. 63 del Cód. Civ. Argentino manda: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar. El art. 22 de Cód. de Austria, dice: "Los hijos que aun no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero". En cuanto a la aceptación, el art. 66 del Cód. Civ. Arg. establece: "Se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaración de ella o del marido, o de otras partes interesadas". El

Derecho Romano en cuatro títulos contenía disposiciones de un rigor excesivo hasta obligar a la mujer embarazada a declarar, bajo juramento, tomándole valores en prenda o imponiéndole multas. (Tít. 3, 4, 5, y 9, Lib. 25, Dig.). Había varias diligencias para el reconocimiento del embarazo, depósito de la mujer y reconocimiento del parto. Pero estas medidas deben abolirse: 1º, porque el reconocimiento del embarazo requiere examen de médicos, cuyos resultados son muy fallibles; 2º por que la mujer embarazada puede no presentarse a ese examen humillante y ofensivo al pudor, y no habría medio de obligarla, por el peligro de su situación, ni hacerle conminaciones penales de ningún genero, porque no se trata

de su derecho o interés propio. Basta dejar a salvo el derecho de pedir medidas policiales. La materia no puede corresponder a la justicia civil. El cuanto a la existencia de las personas antes del nacimiento, relata el art. 70 del Cód. Civ. Arg.: "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 derecho como parte ineludible²¹ de la existencia en coexistencia del hombre, por el solo hecho de existir en un determinado ámbito, ya es derecho en si, por lo que en realidad el derecho terminara por estar por sobre de si mismo, determinando las propiedades de su esencia si la existencia es quien precede.

El derecho se encontrara en potencia hasta su aparición necesaria, de lo contrario mantendrá su posición latente esperando la oportunidad de su entrada en acción, con una reacción del hombre ya determinada. Pero aun sin encontrar motivos para activarse, el derecho no se desprende del hombre, sino que convive con el, se forma por este y terminara actuando siempre por el hombre y en el hombre. La existencia coexistenciada racional²²

21 El hombre de cara a su decisión de vida social, puede decidir sobre como enfrentara su existencia, mientras se somete conscientemente y voluntariamente a un ordenamiento que lo determinara para toda su vida, a menos que se aparte de este o se excluya por fuera de la sociedad o por fuera del sistema en el que este se mantiene inmerso, por determinación propia. El hombre aun siendo parte, actuando de manera activa en la sociedad, puede en cualquier momento desprenderse de toda esta construcción abstracta ajena de el mismo, que se jacta de encontrar el mejor lugar para el desarrollo humano, y buscar por sus propios medios su mejor situacional. Si quieres acaso vivir en sociedad, debes someterte a sus reglas, caso contrario, puedes siempre escapar tomando otro rumbo, el mundo es grande, las opciones visibles y variables, en donde no hay sociedad, civilización, todo tiene facultad de obrar o no obrar.

occidental, por su solo ser exactamente determinable, ya concibe al derecho como parte de ella, aceptando su epifanía latente en todo momento.

La teoría homologica, encamina a la interpretación del derecho en forma incluyente absoluta, por fuera de cualquier construcción jurídica que lo contemple, determinando su contenido. El hombre es ante todo su propia esencia, lo único certero de si mismo es solo el, de ahí a que todo lo demás sea externo a este, por lo tanto, ante su elección existencial en determinado lugar, llámese nación, estado o provincia, esta lo contiene sin otra condición que su presencia determinable. De este modo es que la interpretación de derecho dejara de excluirlo sin contemplar su determinación existencial como único elemento.

22 PAUL K. FEYERABEND, en su libro "Contra el Método", cap. XII "Otra vez la racionalidad"; El racionalismo critico o es una idea con significado o es una colección de eslóganes (tales como <<verdad>>, <<integridad profesional>>, <<honestidad intelectual>>) hechos para intimidar a los modestos oponentes (que tienen la fortaleza de animo, e incluso la clarividencia, de declarar que la verdad puede que no sea importante, y quizás incluso puede que no sea deseable). Desarrollad vuestras ideas para que puedan ser criticadas, atacadlas sin descanso, no intentéis protegerlas, sin exhibir sus puntos débiles; y eliminadlas tan pronto como esos puntos débiles se hayan hecho manifiestos, estas son algunas reglas dadas por nuestros racionalistas críticos. "En la historia del pensamiento, las interpretaciones naturales han sido consideradas <<a priori>>, bien como prejuicios que deben ser alejados antes de que pueda llevarse a cabo cualquier examen serio".

El ordenamiento jurídico, solo contempla una parte de los derechos del hombre, hasta los mismos derechos humanos²³ han dejado pasar por alto, los excluidos, los homo sacer de la actualidad, los llamados residuos humanos. Que al no estar contemplados como existentes en las regulaciones del ordenamiento jurídico dispuesto por el estado, son desplazados a una realidad paralela de las que se ofrece por dentro, pero hacia afuera del sistema, lo pavoroso, es que aquí la voluntad del hombre es desplazada por sus posibilidades, existen sí, pero por fuera del derecho efectivo y por lo tanto se encuentran fuera de su protección o resguardo de este ❖.

23 Ante todo aparece como evidente que la clasificación de "humanos", cuando se atribuye a ciertos derechos, no significa simplemente que sus titulares sean seres humanos: ellos son los únicos titulares de todo tipo de derechos, "humanos" y de los otros, y por lo tanto, la presencia de ese adjetivo en la expresión analizada tiene necesariamente que significar otra cosa o tener otro alcance. Dicho en otros términos, la palabra "humanos" en la locución compuesta "derechos humanos", no se contrapone a "no-humanos", no significa una mera relación de esos derechos con los seres humanos, ya que en ese caso resultaría tautológica, pues todos los derechos pertenecen a los seres humanos. Vide, CARLOS I. MARSINI CORREAS. Filosofía del Derecho, Tomo I "El derecho, Los derechos Humanos y El derecho Natural. Pag1111.



La política de investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y las Jornadas de Jóvenes Investigadores

Dra María Marta Cerro / Delegada al CIUNT por la FDGS

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán está abocada en realizar una tarea de integración entre las áreas de docencia y la transferencia a la sociedad, a través de la tarea de investigación.

La investigación, la docencia y la transferencia al medio son fundamentales y hacen tanto a la percepción pública de la UNT, como al posicionamiento de la Universidad dentro del conjunto de las Universidades argentinas y frente a las evaluaciones externas. No realizar investigación en el seno de una Universidad, convertirá a la misma en un mero transmisor de conocimiento, con la consecuencia de perder su espacio en la responsabilidad de la generación y avance del conocimiento, como así también de ser el lugar de privilegio para el debate de ideas.

Frente a una realidad que cambia de manera acelerada y continua, se vuelve necesario cada vez más, la articulación entre ciencia y sociedad. Desde esta convicción se ha trabajado en el área de investigación. El gran desafío es preservar lo hecho, pero potenciando capacidades y mejorando las habilidades para un mejor y más eficiente aprovechamiento de los recursos.

Jornada de Jóvenes Investigadores

La participación de los jóvenes investigadores se va acrecentando cada año, y fruto de ese aumento de participación ha sido la selección que se hicieron de sus trabajos para participar de las Jornadas de jóvenes investigadores de AUGM.

Año 2007: quedó seleccionado el Abogado Marcos Arias Amicone, que por razones laborales no pudo viajar. Por lo tanto viajó la Abogada Erika Moeykens.

Año 2008: quedaron seleccionados las Abogadas Carolina Lopez Flores, Paula Madozzo Jaen y Erika Moeykens, y el Abogado Luis Esteban Caro Zottola.

Año 2009: quedaron seleccionadas las estudiantes Ivana María Rivadeo, María Emilia Bruno y Solana Casella y el Abogado Miguel Agustín Torres.



➤➤ Proyectos CIUNT de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Instrumentos de la Política y la Gestión Ambiental

Director: Raúl Díaz Ricci
Integrantes: Bestani, Adriana
Cerro, María Marta
De La Vega Madueño, Ana
Díaz Ricci, Sergio
Gandur, Sergio
Iriarte, Adolfo
López Herrera, Edgardo
Massa, María Estela
Moeykens, Federico
Tenreyro, Maria Pamela
Alzabé, Fátima
Aráoz, Liliana
Casella, Solana
Candussi, María Florencia
Salazar, María Roxana
López Flores, Carolina
Sánchez Iturbe, Mercedes
Habib, Javier Ignacio

La Enseñanza del Derecho en la Argentina y su proyección internacional

Director: Ramiro Albarracín
Integrantes: Peralta, Mariana
Salomón, Pablo
Sánchez, Roxana
Prado, Constanza
Torres, Juan
Canelada, José María

Hacia un marco regulatorio legal de control y estándar de calidad en alimentos frutihortícolas para la inclusión de pequeños y medianos productores en el Mercosur

Director: Mario Leal
Integrantes: Buldurini, Guido
Arcia Macian, Carlos
López, Luis Alfredo
Macaron, Pablo
Sahián, José

Identificación de estrategias que posibiliten el desarrollo e inclusión de pequeños productores y microemprendedores en el Mercosur

Director: Luciana Díaz
Integrantes: Caballero, María Elena
Carlino, Bernardo
Suárez, Dolores
Lamoglia Diego
Sagüés, Silvana
Iriarte, Álvaro
Quintans, Leandro Carlos
Rivadeo, Ivana

Delicuencia Urbana y Sociedad

Director: Lucía Cid López
Integrantes: Jiménez, Cristina
Laks, Roxana
Liberti, Salvador
Termini, Laura
Morales, Marta Inés

➤➤ **Estudios del Derecho Procesal Civil de Tucumán desde la ley y la jurisprudencia local, su concordancia con el ordenamiento provincial**

Director: Juan Carlos Peral

Integrantes: Bourguignon, Marcelo
Castellanos, Horacio
Hael, Juana
Madozzo, Luis
Parajón, Silvia
Ponso, Cecilia
Prieto, Juana
Soria, Ricardo

Análisis de los procesos penales y civiles de la provincia de Tucumán y verificación del grado de realización de los principios constitucionales

Director: José Luis Vázquez

Integrantes: Castillo, Ana Lia
Díaz, Lannes Carlos
Ledesma, Angela
López, Carlos E

República, Escuela y Democracia

Director: Eduardo Ruiz Pesce

Integrantes: Ale, María Soledad
Ávila, Cesar
Burgos, Rodolfo
Daives, Graciela
Frías Silva, Hernán
Furlotti, Pablo
Gordillo Almirón, Jorge
Inés, Catalina
Marcotulio, Miguel
Nieva Moreno, Juan
Reyes, Ramon
Saade, Mariana
Saltor, Carlos
Suñé Llinas, Emilio

Emprendimientos productivos entre desocupados, como vías de inclusión y sociabilidad en Tucumán a partir de la crisis de 2001

Director: Carlos Subiran

Integrantes: Gallo, Eduardo
Lizondo, Felipe
Torres, Miguel
Villagra, Miriam

Reglamentación de los procesos colectivos como factor de eficiencia en la Tutela Judicial de los derechos de incidencia colectiva

Director: Claudia Sbdar

Integrantes: Albornoz, María Claudia
Barbado, María Laura
Cacici, Martin
Carrera, Tatiana
Ciolli, María Laura
Decoud Griet, Ana
Goane, José F
Graña, Marcial
Martínez Vázquez, Estela
Montini, Adriana
Paz, Ada
Rotella, Lorena
Silva, María Fernanda
Spiner, Silvina

➤➤ Becas para investigación otorgadas a estudiantes y graduados de la Facultad de Derecho

PARA ESTUDIANTES

Casella, Solana / Diaz, Ester

Director: **Raúl Díaz Ricci**

Proyecto: **Impacto ambiental que presenta la actividad minera en las provincias del NOA frente a la legislación vigente en nuestro país.**

Divi, Diego

Director: **Andrea Paola Campisi**

Proyecto: **Las prácticas sociales anómicas en los adolescentes y su relación con ciudadanía**

Iriarte, Alejandra

Director: **Olga Cristina Paterlini**

Proyecto: **Análisis crítico de la legislación para la conservación del patrimonio cultural en la región del NOA. Compatibilización con los conceptos vigentes para contribuir a su fortalecimiento y eficacia.**

Puig, Guillermo Matías

Director: **Andrea Paola Campisi**

Proyecto: **Estudio y determinación de la influencia de los medios de comunicación en la formación de las prácticas adolescentes.**

DE INICIACIÓN

Madozzo Jaen, María Paula

Director: **Luciana Adela Diaz**

Proyecto: **Barreras del acceso a la Justicia frente al daño ambiental, de los trabajadores rurales, en la provincia de Tucumán**

Puppio, Agustín Francisco

Director: **Flores, Oscar**

Proyecto: **Control de constitucionalidad y tutela de los Derechos Ciudadanos Fundamentales en Tucumán: un estudio sobre el Código Procesal Constitucional**

Rivadeo, Ivana Maria

Director: **Luciana Adela Diaz**

Proyecto: **Circulación de productos en Mercosur. Interpretación y aplicación de normas sanitarias, fitosanitarias, de calidad, terminología, documentación y rotulación aplicables a los productos frutihortícolas destinados a circular en el ámbito de Mercosur. Barreras para arancelarias. Análisis de casos prácticos".**

PARA DOCTORADOS

Macaron, Pablo Maximiliano

Director: **Roberto Gerardo Loutayf Ranea**

Proyecto: **Pueblos indígenas: la carga de la prueba en materia de reconocimiento de la propiedad ancestral**

Mercado, Pablo Martin

Director: **Carlos Francisco Balbin**

Proyecto: **Participación ciudadana y procedimiento administrativo**

Moeykens, Erika

Director: **Luciana Adela Diaz**

Beca para Doctorado 2008

PARA MAESTRÍAS

López Flores, Carolina del Valle

Director: **Raúl Marcelo Díaz Ricci**

Proyecto: **"El derecho a la participación ciudadana y su promoción en la legislación ambiental argentina: una cuestión de Derechos Humanos".**

Naclerio Torres, Luiz Cristiano

Director: **Hilda Beatriz Garrido**

Proyecto: **Identidad cultural en el Mercosur**

Roldán Vázquez, Paula María

Director: **Lelia Esther Marañón**

Proyecto: **La corrupción en la política exterior argentina en los 90**



Solicitudes de Categorizaciones

Apellido y nombre

Abdala, Martin Eugenio

Acuña, Carlos Antonio

Albarracín, Ramiro

Albornoz, María Claudia del Valle

Alfaro, Griselda

Arias Amicone, Marcos Patricio

Assaf de Viejobueno, Graciela Elena

Barbado, María Laura

Caballero, María Elena

Cardozo, Sergio Daniel

Caro Zottola, Luis Esteban

Carrera, Tatiana Alejandra

Casas, Laura Julieta

Cerro, María Marta

De La Vega Madueño, Ana María

Díaz, Luciana Adela

Díaz Ricci, Sergio Miguel

Díaz Ricci, Raúl Marcelo

Espíndola, Alfredo Martín

Flores, Oscar

Ganami, Héctor Fernando

Gandur, Sergio

Hael, Juana Inés

Leal, Mario Rodolfo

López Herrera, Edgardo Santiago

Macaron, Pablo Maximiliano

Madkur, Héctor Horacio

Madozzo, Luis Ramón

Martínez Vázquez, Estela Beatriz

Martorell, Lidia Ester

Mercado, Pablo Martín

Moeykens, Erika Vanessa

Parajón, Silvia Irene

Peral, Juan Carlos

Ponso, Cecilia Leonor

Ruiz, José Eduardo

Sahián, José Humberto

Saltor, Carlos Eduardo

Sbdar, Claudia Beatriz

Suarez Larrabure, María Dolores

Tenreyro, María Pamela

Valderrábano de Casas, Ester Julieta

Zalazar, María Carolina

Zottoli, Alfonso Arsenio



Dossier

Terceras Jornadas de
Jóvenes Investigadores
UNT 2009

Trabajos presentados
por integrantes de la FDCCS
Parte 1

Circulación de productos en el Mercosur

Ana María Rivadeo

página **95**

Análisis de la evolución del derecho ambiental

Maria Emilia Bruno / Solana Esther Casella página **105**

La política exterior argentina hacia la región
en el período 2003 - 2007

Miguel Agustín Torres

página **112**

Derecho a la alimentación y Políticas Públicas

Griselda Alfaro

página **119**

Pautas para incorporar la perspectiva de
género en la educación argentina

Carolina López Flores

página **126**

Una sexualidad sin rótulos...

Augusto Moeykens

página **139**

Circulación de productos en el Mercosur

Interpretación y aplicación de normas sanitarias, fitosanitarias y de calidad aplicables a productos frutihortícolas destinados a circular en el ámbito del Mercosur. Restricciones No arancelarias.

Ana María Rivadeo / Estudiante

1- Consideraciones previas

El tratado de Asunción de 1991 que crea el MERCADO COMÚN DEL SUR "MERCOSUR" establece en su artículo primero:

"Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará Mercado Común del Sur (MERCOSUR)".

Este Mercado Común implica:

La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias¹ a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida.

El programa de liberación comercial está formado tanto por la eliminación de aranceles hasta llegar a cero en todo el universo arancela-

rio como por la eliminación de todas las restricciones no arancelarias y equivalentes. Las partes estaban obligadas a completar ambos aspectos de la liberación comercial que hasta al presente están indisolublemente unidos.

Desde mediados de los 90, el principal obstáculo al acceso a los mercados, no ha sido la eliminación de aranceles (intrazonal, propio del programa de liberación comercial y de una unión aduanera para terceros países), sino las restricciones no arancelarias.

Hoy MERCOSUR es una Zona de Libre Comercio y una Unión Aduanera Imperfecta (porque no se ha establecido aún un "arancel externo común" para todo el universo de bienes hacia terceros países) sin embargo, a medida que se eliminaron los aranceles, aumentó la incidencia de restricciones no arancelarias. Al igual que el programa de armonización y eliminación aran-

celaria el programa de de armonización y eliminación de restricciones no arancelarias fue evolucionando para adaptar todo el sistema institucional del MERCOSUR a objetivos realistas. Actualmente las atribuciones en esta materia se encuentran diseminadas conforme a las funciones de Órganos Jerárquicos, Comités Específicos, Subgrupos de Trabajos y Órganos Ad Hoc.

Inicialmente el Grupo Mercado Común, fue el responsable por el control del proceso de eliminación de las restricciones no arancelarias. Este órgano instruyó a los Subgrupos de Trabajo y a la Reunión Especializada de Medio Ambiente, a los efectos de otorgar prioridad al tema de las restricciones no arancelarias y elaborar propuestas que contengan cronogramas de eliminación o armonización según corresponda². Fue el subgrupo de trabajo "Asuntos de Comercia

¹ El Anexo I al Tratado de Asunción define a las restricciones como "cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco".

² Dec N° 3/94.





3 La Decisión N° 3/94 reconocía que no todas las medidas no arancelarias podían o debían ser eliminadas, en tanto algunas eran necesarias para cumplir objetivos justificados de políticas públicas. En consecuencia establecía, al lado del proceso de eliminación, el objetivo paralelo de la armonización. (Laudo sobre Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco).

4 En cuanto al alcance de la eliminación de las restricciones no arancelarias y medidas relacionadas con el comercio, ha de tenerse en cuenta el artículo 50 del Tratado de Montevideo 80 que señala las medidas que los Estados pueden adoptar y aplicar para proteger determinados valores de naturaleza no comercial como la moralidad pública, la seguridad, el patrimonio artístico o lo relativo a materiales nucleares. Sólo las medidas de esta naturaleza podrían mantenerse más allá de la fecha en que se completaba la liberación comercial. (Laudo sobre Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco).

5 En este punto se mencionan los Comités cuyo marco de actuación tienen que ver con la temática propuesta en este trabajo.

6 Dec N° 27/07

les", el encargado de elaborar un relevamiento consolidado de restricciones que debía ser eliminado el 31 de diciembre de 1991 pero vencido el plazo, este objetivo no pudo concretarse. En el año 1994 fue creada la Comisión de Comercio de MERCOSUR, una de sus funciones era velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común entre los cuales se encontraba el proceso de eliminación de restricciones no arancelarias y armonización de las normas de carácter no arancelario. Cabe aclarar que para que una medida específica fuera considerada restricción no arancelaria, era necesaria su identificación por la Comisión de Comercio. La Comisión constituyó un comité técnico específico, que se ocuparía de dar cumplimiento al objetivo inicial antes del 31 de marzo de 2005, de esta manera se modificó no sólo el plazo sino la manera de abordar el objetivo inicial permitiendo en algunos casos armonizar medidas y en otros eliminarlas. El Comité Técnico N° 8³: "Restricciones No Arancelarias" fue el encargado de acompañar este proceso realizando un listado de medidas y restricciones⁴, a las que se asoció caso por caso el propósito de armonización o de eliminación. En algunas medidas se aceptaba simplemente su mantenimiento, clasificándolas como "justificadas" como

las que tienen que ver con el ámbito sanitario, fitosanitario y de calidad. El Comité realizó un trabajo coordinado con los Comités⁵ de : Asuntos Aduaneros, Normas y Disciplinas Comerciales, Políticas Públicas que distorsionan la competitividad y los Subgrupos de Trabajos: Reglamentos Técnicos y Medio Ambiente y Agricultura clasificando las medidas que debían ser armonizadas o eliminadas en cada Estado Parte estableciendo concretamente los supuestos de hecho como se desarrollará posteriormente. En el año 2007 El Consejo Mercado Común instó a los Estados Partes a presentar listados con las restricciones y medidas no arancelarias más relevantes que dificultaban sus exportaciones hacia cada uno de los Estados Partes. Estos listados no se encuentran disponibles en las fuentes consultadas. Los Estados Partes debían enviar a la Presidencia Pro Tempore, antes de la última Reunión Ordinaria del Grupo Mercado Común de 2007, listados con las restricciones y medidas no arancelarias más relevantes⁶.

Conforme este listado se estableció un plazo máximo para la implementación de las soluciones acordadas que será el 31 de diciembre de 2010, para las medidas aplicadas por Argentina y Brasil, y el 31 de diciembre de 2012, para las medidas aplicadas por Paraguay y Uruguay



➤➤ 2- Principios generales

Del análisis de la normativa pueden extraerse principios que si bien no se han tratado de manera independiente, responden a criterios, biológicos, políticos, económicos y hermenéuticos que se influyen y se retroalimentan constantemente.

Se impone por lo tanto recurrir a principios generales y específicos para brindar pautas claras de aplicación e interpretación para evitar desvirtuar la finalidad de medidas sanitarias, fitosanitarias y de calidad cuando la línea divisoria no se encuentra delimitada con facilidad.

7 Dec N° 6/93.

8 Dec N° 6/93.

9 Dec N° 6/93.



2.1 Criterios biológicos

● Evidencias científicas: las medidas sanitarias y fitosanitarias no deben aplicarse para otros fines que los especificados en los cuales se basan. No deben oponerse a los principios y evidencias científicas existentes⁷.

Las medidas sanitarias o fitosanitarias deberán adaptarse a las características sanitarias o fitosanitarias de las zonas de origen y de destino del producto. Al evaluar las características sanitarias o fitosanitarias de una región, los Estados Partes tendrán en cuenta, el nivel de prevalencia de enfermedades o plagas concretas, la existencia de programas de erradicación o de control, y los criterios o directrices adecuados que puedan elaborar las organizaciones internacionales y regionales competentes.

2.2 Criterios políticos

● No discriminación: no debe impedirse a ningún Estado Parte del MERCOSUR, adoptar ni aplicar las medidas necesarias para la salvaguarda de la salud pública, la preservación de la salud animal y la sanidad de los vegetales, así como la prevención de efectos perjudiciales de los insumos a condición de que las mismas no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustifica-

ble entre Estados donde prevalezcan similares condiciones, o representen una restricción encubierta al comercio internacional⁸.

● Equivalencia: los Estados Partes del MERCOSUR aceptarán como equivalentes las medidas sanitarias o fitosanitarias de otros Estados Partes del MERCOSUR, aún cuando difieran de las suyas propias, si las medidas del Estado Parte exportador logran el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Estado Parte importador. Los Estados Partes del MERCOSUR podrán establecer, a través de los organismos sanitarios competentes, acuerdos multilaterales de reconocimiento de la equivalencia de medidas sanitarias o fitosanitarias concretas⁹.

● Reglamentación y Movilidad: en numerosas resoluciones con motivo de armonizar el esquema de aplicación se establece la siguiente fórmula: "Los organismos competentes de los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes a efecto de dar cumplimiento a lo dispuesto precedentemente" en Argentina la reglamentación corresponde a la Secretaria de Agricultura, Ganadería Pesca y Alimentos y al Servicio de Sanidad y Calidad Agroalimentaria. En el mismo sentido, teniendo en cuenta que estas medidas nos son estáticas, se establece la siguiente fórmula "Este estándar de..... esta





Interpretación teleológica: el derecho de MERCOSUR no se trata de un derecho acabado sino de un proceso dinámico, dentro de una realidad en cambio.

10 Dec N° 6/93.

11 Res N° 59/94.

12 Laudo sobre Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco.

13 A continuación se citarán los términos en relación al objeto de estudio de este trabajo: Frutas y hortalizas: partes frescas de plantas destinadas al consumo o procesamiento. Legislación fitosanitaria: leyes básicas que conceden la autoridad legal a la organización nacional de protección fitosanitaria a partir de la cual pueden diseñarse las reglamentaciones fitosanitarias. Autoridad: Organización nacional de protección fitosanitaria, u otra entidad o persona oficialmente designada por un gobierno para encargarse de asuntos emanados de las responsabilidades fijadas. Plaga: cualquier especie, raza o biotipo vegetal o animal o agente patógeno dañino para las plantas o productos vegetales. Plaga contaminante: plaga transportada por un producto básico y en el caso de plantas y productos vegetales, no infesta a dichas plantas o productos vegetales. Plaga cuarentenaria: aquella que puede tener importancia económica potencial para el área en peligro aún cuando la plaga no existe o, si existe, no está extendida y se encuentra bajo control oficial. Estándar: documento establecido por consenso y aprobado por una organización reconocida, que suministra, para uso común y repetido, reglas, lineamientos o características para actividades o sus resultados, con el propósito de alcanzar el grado óptimo de orden en un contexto dado (ISO/IEC Guide). Plaga de calidad nociva: plaga no cuarentenaria que afecta directamente el uso propuesto de los vegetales o productos vegetales. Plaga no cuarentenaria: plaga no cuarentenaria cuya presencia en las plantas influye en el uso propuesto con repercusiones económicamente inaceptables y que, por lo tanto, está reglamentada en el territorio de la parte contratante importadora.

sujeto a revisiones y modificaciones periódicas”.

- Transparencia: cada Estado Parte debe notificar a los demás Estados Partes y a los organismos internacionales y/o regionales competentes, según corresponda, las modificaciones de sus medidas sanitarias o fitosanitarias y facilitará información sobre las mismas¹⁰.

2.3 Criterios Económicos

- Mínimo impacto: las medidas fitosanitarias deben ser consistentes con el riesgo de plagas involucrado y deberán representar las medidas menos restrictivas disponibles que resulten en el mínimo impedimento al movimiento internacional de las personas, productos y embarques¹¹.

- Aplicación sin constituir una restricción encubierta: Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicaran de manera que constituyan una restricción encubierta al comercio internacional.

2.4 Criterios hermenéuticos¹²

- Continuum Integratif: se debe interpretar de manera tal que los diversos elementos cobren significado en una visión de conjunto, de una realidad ordenada en función de un proceso de integración.

- Pacta Sunt Servanda: principio de cumplimiento de los tratados.

- Principio de Buena Fe: principio de honestidad de los actos de ejecución, apego formal a la letra de los textos e idoneidad de la actividad de las partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas. Las obligaciones han de ser analizadas e interpretadas desde esta perspectiva como medios apropiados para alcanzar los fines comunes convenidos.

- Interpretación teleológica: el derecho de MERCOSUR no se trata de un derecho acabado sino de un proceso dinámico, dentro de una realidad en cambio. El método teleológico, procura garantizar que las normas sean eficaces en relación con su fin último que es el de dar satisfacción a las exigencias de la integración.

- “In dubio Pro Communitate”: en tanto no haya contradicción con textos expresos, la interpretación de las disposiciones en un conjunto normativo cuyo fin es la integración, debe guiarse por este propósito y hacerlo posible.

- Se ha elaborado además un glosario de términos fitosanitarios para proporcionar un vocabulario armonizado convenido internacionalmente, asociado con la aplicación de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria y las normas internacionales para medidas fitosanitarias¹³.





14 La norma se aplicaba a los frutos y los productos que se comercializaban en el país. Los productos envasados debían llevar impresos en forma y lugar visible sobre sus envases, etiquetas o envoltorios con las siguientes indicaciones: su denominación, nombre del país donde fueron producidos o fabricados, su calidad, pureza o mezcla, las medidas netas de su contenido.

15 La resolución contemplaba indicaciones legales en envases y envoltorios que debían figurar en la sección principal de los envases o etiquetas donde se consignaba la marca en su forma más relevante, en conjunto con el dibujo alegórico en un contraste de colores que aseguraba su correcta visibilidad. Dichas indicaciones también debían consignarse en los empaques o envoltorios (estuches) que contenían a los envases.

16 El decreto regulaba el Sistema Nacional de Normas, Calidad y Certificación destinado a brindar instrumentos confiables a nivel local e internacional para las empresas que voluntariamente deseaban certificar sus sistemas de calidad, productos, servicios y procesos a través de un mecanismo que contaba con los organismos de normalización, acreditación y certificación, integrados de conformidad con las normas internacionales vigentes.

17 La norma establecía cual era la documentación requerida para otorgar Certificado Fitosanitario de importación:

18 La ley tenía por objeto promover una eficiente actividad de producción y comercialización de semillas, asegurar a los productores agrarios la identidad y calidad de la simiente que adquirirían y proteger la propiedad de las creaciones fitogenéticas.

3. Supuestos de hecho

La Dec N° 3 de 1994 estableció cuales son las restricciones no arancelarias a ser eliminadas o armonizadas. En este punto se desarrollaran las disposiciones adoptadas por Argentina que tienen que ver con la temática propuesta en el presente trabajo. Los supuestos en materia de sanidad, fitosanidad y calidad debían ser en su mayoría armonizados.

- El subgrupo de trabajo N° 3, "normas técnicas" estableció que respecto a alimentos industrializados, Argentina debía ser armonizar las medidas de importaciones sujetas a reglamentaciones de rotulado de alimentos cuya base legal eran la Ley N° 22.802¹⁴, y Resolución N° 100/83¹⁵. La autoridad de aplicación era la Secretaría de Comercio e Inversiones, aplicándose esta medida a alimentos en general.

- Otra medida a armonizar fue la homologación norma IRAM como norma argentina para importación de productos en general cuya base legal era el Decreto N° 331/89¹⁶ aplicada por la Secretaría de Industria, extensiva a todos los productos.

- Con respecto a alimentos "in natura" debía armonizarse una medida que disponía la inspección previa para la importación de frutas frescas y secas/ deshidratadas cuya base legal

era el Decreto-Ley N° 9244/63 que ajustaba la producción, tipificación, empaque, identificación, y certificación de calidad y sanidad de frutas, aplicada por el Instituto Argentino de Sanidad y Calidad Vegetal. Los productos comprendidos eran ananá, banana, cereza, ciruela, chirimoya, damasco, durazno, frutilla, fram-buesa, granada, guayaba, guinda, higo, kiwi, caqui, mamón, mango, manzana, melón, membrillo, oliva, palta, pera, sandía, uva de mesa, pomelo, naranja, mandarina, limón, frutas secas, frutas desecadas.

En materia de sanidad vegetal debían ser armonizadas

- Medida de inspección previa para la importación de vegetales y sus partes cuya base legal era el Decreto N° 83.732 (3/6/36¹⁷) aplicada por IASCAV

- Medida de prohibición de importación de vegetales que tenían tierra en sus raíces cuya base legal era la Resolución N° 403 (S.A.) (29/7/83) aplicada por IASCAV

- Medida de reglamentaciones para la importación de productos según la Ley N° 20.247¹⁸ cuya base legal era el Decreto PE. N° 2183 (21/10/91) aplicada por IASCAV y VINASE.

- Medida de suspensión de ingreso a Argen-





tina de vegetales y/o sus partes de la familia de las Rutáceas de zonas donde se conocía la existencia de *Xanthomonas campestris*¹⁹ p.v.citri cuya base legal era la Resolución N° 270/82 aplicada por IASCAV.

- Medida de prohibición de importación de plantas de banana, maíz y guayaba, frutas frescas a granel y polen proveniente de las familias de las rosácea cuya bases legales eran la Ley N° 4084 (2/6/36), Decreto N° 13.501 (27/10/59) aplicada por IASCAV.

Solicitud de importación. Aviso de inspección.

Copia del Despacho de Aduana numerado. Nota o Autorización Fitosanitaria de Importación (AFIDI) emitida por la Dirección de Cuarentena Vegetal,

Certificado Fitosanitario original de Embarque o de Reexportación —según correspondía—, emitido por la autoridad fitosanitaria del país de procedencia, con las declaraciones adicionales exigidas. Autorización de la Dirección de Calidad Vegetal para mercadería fuera de standard. Certificado de producto ecológico -orgánico -biológico -para mercadería

rotulada como tal extendido por una empresa habilitada por el Senasa. Solicitud de Importación autorizada por el INASE, para material de propagación. Constancia de pago de los aranceles establecidos por la reglamentación vigente.

En materia de medio ambiente debía ser armonizada una medida que prevenía la prohibición de importación de todo tipo de residuo, desecho o desperdicio, por considerarse riesgoso desde el punto de vista de la contaminación, cuya base legal era el Decreto N° 181 (24/1/82).

Finalmente, se debía armonizar y eliminar:

- Medida sobre principios activos y productos agroquímicos y biológicos utilizados en la producción y comercialización de productos agrícolas y de productos de terapéutica vegetal, enmiendas y fertilizantes cuya base legal eran las Resoluciones Nos 2013/93 y 2161/93 -ANA aplicadas por IASCAV e INAL (Instituto Nacional de Alimentación).

- Medida de Alimentos de consumo humano de origen vegetal o animal. Cuya base legal era la Resolución N° 1946/93 - ANA aplicada por IASCAV, INAL y SENASA.

¹⁹ La canchrosis de los cítricos es causada por la bacteria *Xanthomonas campestris* pv. *Citrii*. La enfermedad ataca las hojas, pedúnculos, brotes, ramas tiernas y frutos. Asimismo provoca defoliación, caída y/o lesiones en los frutos (que afectan su calidad comercial) y decadencia general de los árboles afectados.



➤➤ 4. Categorías que pueden constituir restricciones no arancelarias

Al presente el Tribunal Arbitral de MERCOSUR no ha recibido ninguna reclamación respecto de la aplicación de medidas sanitarias, fitosanitarias o de calidad consideradas como restricciones no arancelarias, sin embargo a continuación mencionaremos a título de ejemplo algunos supuestos de hecho contemplados en la normativa cuyo diseño podría contribuir a la conformación de restricciones no arancelarias.

- Permisión de nivel más elevado de Protección Sanitaria o Fitosanitarias: los Estados Partes del MERCOSUR pueden establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante la aplicación de medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales y regionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección del Estado Parte²⁰.

- Aplicación de una medida sin base científica²¹: cuando la información científica disponible sea insuficiente, cualquier Estado Parte podrá adoptar provisionalmente medidas sani-

tarias o fitosanitarias basándose en la información pertinente que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones regionales e internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otros países. En tales circunstancias, los Estados Partes del MERCOSUR tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en 9 días.

- Criterios para adopción de niveles de tolerancia provisionales²²: dado que los agro ecosistemas difieren ampliamente entre los Estados Parte, la armonización de los niveles de tolerancia entre los mismos, se basa en el reconocimiento de niveles nacionales de tolerancia para las distintas plagas no cuarentenarias reglamentadas, los cuales han sido técnicamente justificados entre las Partes. En los casos en que no exista evidencia científica nacional o internacional que posibilite la justificación técnica de un nivel de tolerancia durante un análisis de riesgo de plaga, o cuando la misma sea insuficiente, los Estados Partes adoptarán por Resolución del Grupo Mercado Común, un nivel provisional de tolerancia, el que tendrá vigencia por un período limitado, establecido en función

de la biología de la plaga y el hospedero. Vencido el plazo establecido sin que se haya presentado la evidencia requerida, la plaga no cuarentenaria quedará automáticamente desregulada.

- Supuestos de lagunas normativas. Propuestas de reglamentación: en todos los casos en que no exista una norma, directriz o recomendación internacional, o en que el contenido de una reglamentación sanitaria o fitosanitaria en proyecto no sea en sustancia el mismo que el de una norma, directriz o recomendación internacional, y siempre que esa reglamentación pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros miembros, los Miembros: publicarán un aviso, en una etapa temprana, de modo que el proyecto de establecer una determinada reglamentación pueda llegar a conocimiento de los miembros interesados; notificarán a los demás miembros cuáles serán los productos abarcados por la reglamentación, indicando brevemente el objetivo y la razón de ser de la reglamentación en proyecto; facilitarán a los demás miembros que lo soliciten el texto de la reglamentación en proyecto y señalarán las partes que difieran sustancialmente de las normas, recomendaciones o directrices internacionales; preverán un plazo prudencial para que los

²⁰ Dec N° 6/93.

²¹ Dec N° 6/93.

²² Res 74/99.



El MERCOSUR ha establecido diversos convenios para adoptar criterios del ámbito internacional y permitir la admisión de sistemas voluntarios, conformado organismos técnicos para la aplicación en las diferentes áreas.

23 Dec N° 6/96.

24 Res 52/02.

25 DA1 "El (envío) se encuentra libre de (plaga/s)". DA2 "El (envío) ha sido tratado con (especificar: producto, dosis o concentración, temperatura, tiempo de exposición), para el control de (plaga/s), bajo supervisión oficial". DA3 (*) "Las (plantas para plantar) presentan un porcentaje dentro de los niveles de tolerancia establecidos en la Norma Nacional de (país importador) para plaga no cuarentenaria de acuerdo a las reglamentaciones regionales e internacionales vigentes". DA5 "El (cultivo, vivero, semillero, lugar de producción, etc.) fue sometido a inspección oficial durante (periodo) y no se ha detectado la/s (plaga/s)". DA7 (*) "Los (productos básicos) fueron producidos en un área reconocida por la Organización Nacional de Protección Fitosanitaria del país importador como libre de (plaga/s), de acuerdo a la NIMF N° 4 de FAO". DA8 "La/s (plaga/s) es/son plaga/s cuarentenaria/s para (país) y constan en su listado de plagas cuarentenarias". DA9 (*) "Los (productos básicos) fueron producidos en un (lugar / sitio de producción) libre de la/s (plaga/s), de acuerdo a la NIMF N° 10 de FAO y reconocido por el país importador". DA10 "Las (plantas para plantar) fueron producidas bajo procedimientos de certificación fitosanitaria aprobados por la ONPF del país importador para (plaga/s), utilizándose indicadores apropiados o métodos equivalentes, encontrándose libres de (plaga/s)". DA12 "Las plantas para plantar provienen de una Estación de Cuarentena de país, reconocida por la ONPF del país importador". DA13 "Las (plantas para plantar) provienen de plantas madres indexadas libres de (plaga/s)". DA14 "El (envío) no presenta riesgo cuarentenario con respecto a la/s (plaga/s), como resultado de la aplicación oficialmente supervisada del sistema integrado de medidas para mitigación del riesgo, acordado con el país importador. DA15 "El (envío) se encuentra libre de: la/s (plaga/s), de acuerdo con el resultado del análisis oficial de laboratorio.

26 Dec N° 6/93.

27 Res N° 81/94.

demás miembros puedan formular observaciones, sin discriminación alguna²³.

● Requerimiento²⁴ de declaración adicional²⁵ por un país importador: La declaración adicional es una cláusula del Certificado Fitosanitario requerida por el país importador que suministra información adicional específica de la condición fitosanitaria del embarque.

5. Sistema de armonización.

Sistemas voluntarios.

Órganos de aplicación

Teniendo en cuenta que la armonización normativa no es estática sino que implica un proceso dinámico de evolución técnico-científica de normas cuyos antecedentes se encuentran en directrices de organismos internacionales como lo son la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización Mundial de la Salud (OMS) (FAO) normativas de bloques en base a acuerdos y protocolo bilaterales y directrices voluntarias en las que prevalece el ámbito privado como son los estándares ISO. El MERCOSUR ha establecido diversos convenios para adoptar criterios del ámbito internacional y permitir la admisión de sistemas voluntarios, conformado organismos técnicos para la aplicación en las diferentes áreas.

Se creó un Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias²⁶ que sirve regularmente de foro para celebrar consultas. El Comité elabora un procedimiento para vigilar el proceso de armonización internacional y la utilización de normas, directrices o recomendaciones internacionales. A tal fin, el Comité, conjuntamente con las organizaciones internacionales competentes, establece una lista de las normas, directrices o recomendaciones internacionales relativas a las medidas sanitarias o fitosanitarias que tienen repercusión importante en el comercio. Se creó el Comité de sanidad del MERCOSUR²⁷ a los efectos de la administración de un Acuerdo Sanitario y Fitosanitario entre los estados partes de MERCOSUR. El Comité esta integrado por dos delegados de cada país, que son los titulares de los Servicios Nacionales de Sanidad Animal y Vegetal o sus representantes. El acuerdo es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio intra-MERCOSUR. Se contempla la Instrumentación de un sistema de acreditación regional de laboratorios de diagnóstico fitosanitario, el que posibilita aceptar y reconocer como válidos los resultados de los laboratorios públicos y privados posibilitando un aprovechamiento inte-



gral de la capacidad instalada de laboratorios de diagnóstico fitosanitarios en la región, evitando la duplicación de estructuras.

Se creó el Comité MERCOSUR de normalización²⁸ cuyo objetivo es dirigir y coordinar todas las actividades relacionadas con las normas técnicas en el ámbito voluntario (no regulado). El Comité da preferencia a las normas internacionales o regionales para que sean en lo posible adoptadas como normas MERCOSUR; establece el procedimiento para los casos en que las normas para el MERCOSUR sean idénticas a las normas internacionales o regionales (ISO, IEC, COPANT, CEN, CENELEC, etc.) y promueve la creación de Comités Sectoriales de normalización que sean necesarios. El MERCOSUR estableció un marco de cooperación entre sus órganos responsables de los reglamentos técnicos y la Asociación de MERCOSUR de Normalización (AMN)²⁹. En este marco la AMN debe presentar un plan anual de trabajo de elaboración de normas técnicas.

La AMN adopta el Código de Buenas Prácticas para la elaboración, adopción y aplicación de normas del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC. Asimismo fomenta la adopción de la normativa aprobada y la difunde

en el MERCOSUR a través de las respectivas entidades nacionales de normalización. Por último el sistema normativo deja librado a los órganos nacionales la reglamentación de la normativa. En Argentina la reglamentación es llevada a cabo por la Secretaria de Agricultura, Ganadería Pesca y Alimentos y Servicio de Sanidad y Calidad Agroalimentaria.

6. Conclusión.

La circulación de un producto fruti hortícola engloba un sinnúmero de operaciones que sitúa a éste producto como objeto de imputación de medidas de diversa naturaleza (biológicas, políticas, administrativas, económicas voluntarias etc.)

Se impone la necesidad de analizar, armonizar y actualizar estas medidas para la circulación estos productos, de esta manera se promoverá la aplicación efectiva tomando como punto de partida, la finalidad primera que tuvieron estos requerimientos: garantizar un consumo inocuo.

Las restricciones no arancelarias por su parte, están comprendidas en los programas de liberación de los sistemas de integración y su eliminación es forzosamente obligatoria. A diferencia de las disposiciones arancelarias que

regulan en mayor medida aspectos cuantitativos, las disposiciones no arancelarias toman como punto de partida aspectos cualitativos de la circulación de productos. En consecuencia el proceso de eliminación requirió un análisis mucho mas profundo a tal punto que en algunos casos se instó a la armonización y no la eliminación de estas medidas. Como ha sido contemplado en el "Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para la controversia sobre comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998) sobre aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco":

"La variedad de esas medidas y la dificultad para identificarlas las han convertido en una de las principales armas comerciales de la actualidad. Al punto que Soldatos (Op. cit. p. 125 a 126) compara dichas medidas con la mitológica Hidra de Lerna, por su capacidad de regenerarse y de multiplicarse".

Por otra parte la identificación responde a la decisión de la Comisión de Comercio de MERCOSUR y la reglamentación a los órganos nacionales habilitados. Podemos afirmar que en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rige, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados

²⁸ Res N° 2/92.

²⁹ Dec N° 12/99.





Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales pero en este punto la superestructura institucional del MERCOSUR sufre el efecto de su carácter Inter gubernamental. El sistema se encuentra lentificado debido a que la reglamentación normativa esta a cargo de órganos nacionales, en el caso de Argentina: Secretaria de Agricultura, Ganadería Pesca y Alimentos de la Nación y el Servicio de Sanidad y Calidad Agroalimentaria. La pregunta que surge a continuación es ¿qué ocurre en supuestos en los cuáles la reglamentación de estas medidas responde al ejercicio normal de la competencia de estos órganos pero implican restricciones al comercio de natu-

raleza no arancelaria? El sistema volvería al punto de inicial desvirtuando los fines intrínsecos del proceso de integración: la libre circulación de productos. Sin embargo hasta hoy el Tribunal Arbitral de MERCOSUR no tuvo oportunidad de pronunciarse respecto de medidas sanitarias fitosanitarias o de calidad consideradas como restricciones no arancelarias³⁰. Aún cuando se han realizado avances en materia de armonización para articular procedimientos obligatorios internacionales, regionales, nacionales, obligatorios y voluntarios, se encuentran en el esquema normativo algunas nociones cuyo diseño podría contribuir a la conformación de restricciones no arancelarias tales como: la

permisión de nivel más elevado de protección sanitaria o fitosanitarias, la aplicación de medidas sin base científica, la adopción de criterios de niveles de tolerancia provisionales, las propuestas de reglamentación en casos de lagunas normativas y el requerimiento de declaración adicional por un país importador.

Finalmente concluimos que la investigación determinó la existencia de nociones en donde opera la transversalidad en constante adaptación y respuesta a las exigencias de salud y de mercado; exigencias acogidas acertadamente por la normativa, pero con algunos supuestos de hecho que podrían considerarse en un futuro, restricciones no arancelarias. ❖

30 El Tribunal Arbitral de MERCOSUR se ha pronunciado en 14 laudos.

Bibliografía

- Tratados fundacionales.
- Decisiones, resoluciones y directivas.
- Laudo sobre Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco.
- ETCHEVERRY Raúl Aníbal, ETCHEVERRY "MERCOSUR negocios y empresas" Ed. Ciudad Argentina Buenos Aires, Madrid 1999.
- LAREDO Iris M. Estado sociedad y mercado en el MERCOSUR, pautas para su viabilización", Ed. Universidad Nacional de Rosario, 1996.
- OSTERTAG G. Carlos F "Identificación y evaluación de oportunidades para pequeños productores rurales" Ed. D. Impreso en Cali Colombia. Coordinación de la producción Vicente Zapata, 1999 PEREZ GOZALEZ Manuel, DROMI Roberto, ALATHAUS Alfredo, ARCHOCHA Carlos, MORENO Sonia, PINARD Gustavo, RUIZ DIAZ CABRANO Roberto, STAHRINNGER DE CERAMUTI Ofelia, VITTINI Iris, STOFFEL VALLOTON Nicole, CIURO CALDANI Miguel Ángel, ANDORNO Luis, BARRA Rodolfo, MOLINA DEL POZO Carlos, NICOLAU Noemí, RIMOLDI DE LADMAN Eve, SAN MARTINO DE DROMI Laura, URIONDI DE MARTINOLI Analía, ZABALZA Juan "Desafíos del MERCOSUR" Ed. Ciudad Argentina, 1997, Buenos Aires.
- RUIZ LABRANO Roberto "MERCOSUR, integración y derecho" Ed. Intercontinental Ciudad Argentina, 1998.
- TAMANES Ramón "Estructura económica internacional", Ed. Alianza, 2000.
- VACCHINO Juan Mario "Integración económica regional". Venezuela Universidad Central de Venezuela, 1981.



Análisis de la evolución del derecho ambiental

Maria Emilia Bruno; Solana Esther Casella / Estudiantes

El Objetivo del trabajo es establecer desde cuándo al derecho le interesa la conservación y protección del ambiente, para ello elegimos un recurso: el suelo, la metodología seguida para esto es recurrir al análisis de las distintas normativas, seleccionadas de acuerdo a criterios que impactan sobre éste recurso. Concluimos que en el hombre siempre existió un profundo interés por el medio ambiente, y hoy, nuestra constitución nacional y la Ley 25.675 contemplan esa necesidad de conservación, protección y sustentabilidad ambiental.

Introducción

El hombre desde la antigüedad supo que este estaba estrechamente relacionado con el ambiente que lo rodeaba; así, el hombre primitivo deificaba a la naturaleza ofreciendo distintos rituales, lo cual nos deja en claro el amplio respeto que le tenía a la misma. A lo largo de la historia, el hombre fue perdiendo ese respeto a la naturaleza, abusando de ella, arrasando y menoscabando todo aquello que encontraba a

Ante el panorama de un mundo plagado de problemas ambientales se hace imperativo condicionar las conductas del hombre con relación al medio ambiente determinando cuales tienen incidencia espacial constituyendo un daño y cuáles deben ser prohibidas por que lo atentan en forma irreversible. Un análisis efectuado por nuestro grupo de trabajo indica que la regulación jurídica tiene que potenciarse para conseguir un óptimo equilibrio entre el desarrollo y la tecnología y de los distintos recursos naturales.

su paso. Hoy como consecuencia del abuso y mal aprovechamiento de los distintos recursos naturales, como así también de los distintos desperdicios tóxicos y químicos nocivos desplegados por las nuevas tecnologías, tenemos un ambiente contaminado, nocivo y perjudicial para el hombre. Es por este motivo que el hombre empezó a preocuparse por el mismo, lo cual lo vemos reflejado en las distintas normativas tendientes a la protección, preservación, y sustentabilidad de los distintos recursos naturales, como así también en aquellas tendientes a brin-

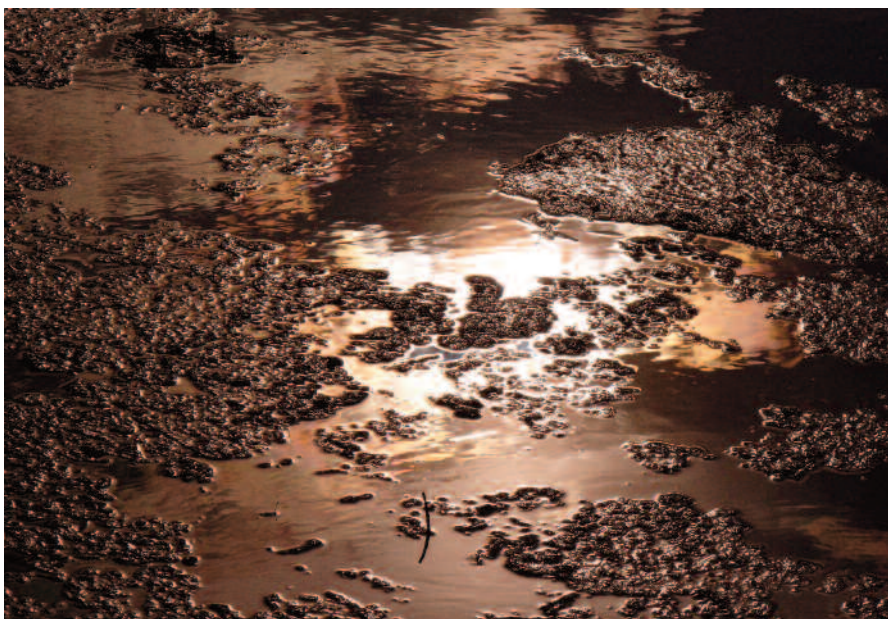
dar y garantizar un ambiente sano y apto para el desarrollo humano.

Por los motivos expuestos, el objetivo de nuestro trabajo es realizar un análisis de la evolución legislativa en cuanto a la protección ambiental de los recursos naturales en nuestro país; buscando de esta manera establecer si la normativa vigente se adapta a las necesidades actuales y a los profundos cambios producidos con motivo del surgimiento de nuevas tecnologías. Para ello, elegimos el recurso suelo hablar solamente del recurso suelo.



➤➤ Recurso suelo

El suelo es uno de los recursos naturales más importantes del planeta, de ahí la necesidad de mantener su productividad, para que a través de él y las prácticas agrícolas adecuadas se establezca un equilibrio entre la producción de alimentos y el acelerado incremento del índice demográfico. Éste es esencial para la vida, como lo es el aire y el agua, y cuando es utilizado de manera prudente puede ser considerado como un recurso renovable. Gracias al soporte que constituye el suelo es posible la producción de los recursos naturales, por lo



cual es necesario comprender las características físicas y químicas para propiciar la productividad y el equilibrio ambiental (sustentabilidad).

Debemos saber que este recurso está íntimamente ligado al desarrollo económico de todo país, tanto como fuente alimentaria y como medio de vida. También está estrechamente ligada a la agricultura como un medio de utilización racional del mismo.

Breve evolución del dominio del suelo

En el derecho romano las características más sobresalientes en materia de propiedad era el carácter y alcance absoluto de la misma, ya que el propietario del suelo era dueño y señor sin ningún tipo de limitación. En la revolución francesa la propiedad tuvo sus propios tintes liberales, dándole al dueño de las tierras derechos absolutos sobre las mismas. Antes de la reforma 17.711 nuestro codificador seguía un poco esta concepción liberal, ya que la propiedad revestía el carácter de ilimitada y podía dividirse en tantas partes quiera el dueño, aunque esa división tornó en antieconómico su uso. En la actualidad se ha dejado de lado ese tinte liberal que revestía este recurso enfocándolo con un sentido más conservacionista, ya

no podemos hablar de un alcance absoluto respondiendo a ello consideraciones de interés público y de utilidad social, en simples palabras sacrificaríamos el interés del propietario para satisfacer al bien común. Así nuestro código en el art 2511 dice: "Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública..." otorgando a la propiedad el carácter de bien común, destinándola así a la satisfacción social, también hay otras limitaciones al propietario del suelo así el art 2513 impone un ejercicio regular al uso y goce que hace el propietario al suelo, y el art. 2326 prohíbe la división de las cosas, cuando ello torne o convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento, reservando a las autoridades locales la reglamentación de la unidad económica. Con la reglamentación de la unidad económica se impide la formación de nuevos minifundios, por cuanto es sabido que por razones técnicas y económicas, los pequeños predios conspiran contra una racional e intensiva explotación agraria.

Técnicas de laboreo utilizadas

El desarrollo de la agricultura convencional ha conducido, en general, a un deterioro de la calidad del suelo y de su capacidad productiva, unido también a la constante demanda de ciertos pro-



➤➤ ductos que hace que las empresas agrícolas, no den descanso a las tierras ni rotación de cultivos logrando así la degradación del suelo. Por lo tanto tenemos que tener en cuenta que existen diferentes técnicas que utiliza el hombre para trabajar el suelo, y recordar que algunas de ellas lo perjudican, mientras que otras son conservacionistas. Entre estas técnicas se encuentra la:

Siembra convencional

Son las más comunes que se realizan en el campo. Requiere una preparación previa del suelo con herramientas que invierten el pan de tierra, como por ejemplo el arado de reja y vertedera.

Monocultivo

Es una manera de producir, en la cual el productor, por alguna razón, año tras año repite el mismo cultivo en el mismo lote. Como cada cultivo extrae del suelo para su alimento y desarrollo, determinados nutrientes (nitrógeno, fósforo, etc.), si se siembra siempre el mismo y no se deja descansar la tierra, ésta se agota y cada vez se obtienen menos rindes. Casos frecuentes de monocultivo se dan con eucalipto o pino insignie, en el caso de árboles, o grandes plantaciones de cereal

Estas dos técnicas mencionadas, son perjudiciales y degradan el suelo.

Preguntaríamos entonces ¿qué técnicas son conservacionistas y no degradan el suelo? Bueno así como algunas técnicas deterioran el suelo, otras evitan su deterioro, lo previenen. Como por ejemplo esta:

La rotación agrícola-ganadera

Creo que esta es la forma más equilibrada de proteger el suelo y permite una protección más sostenible del mismo. Como por ejemplo la rotación de cultivos: que consiste en alternar, en el mismo lote, una sucesión de cultivos o plantas diferentes, de acuerdo con los nutrientes que necesite cada uno, durante distintos ciclos, evitando muchas veces que el suelo se agote y que las enfermedades que afectan a un tipo de plantas se perpetúe en el tiempo. Por ejemplo: maíz, trigo y avena.

La siembra directa

Es un sistema de producción en el cual no se realizan labranzas y se mantiene una adecuada cantidad de rastrojos de cultivos en la superficie del suelo. Este sistema permite producir sin degradar el suelo, mejorar el aprovechamiento de las lluvias y reconciliar la agricultura con la

naturaleza. La siembra directa es la base de un sistema de producción agrícola: de alto rendimiento: productivo, que cuida los recursos naturales: es sustentable y permite obtener ganancias: es rentable.

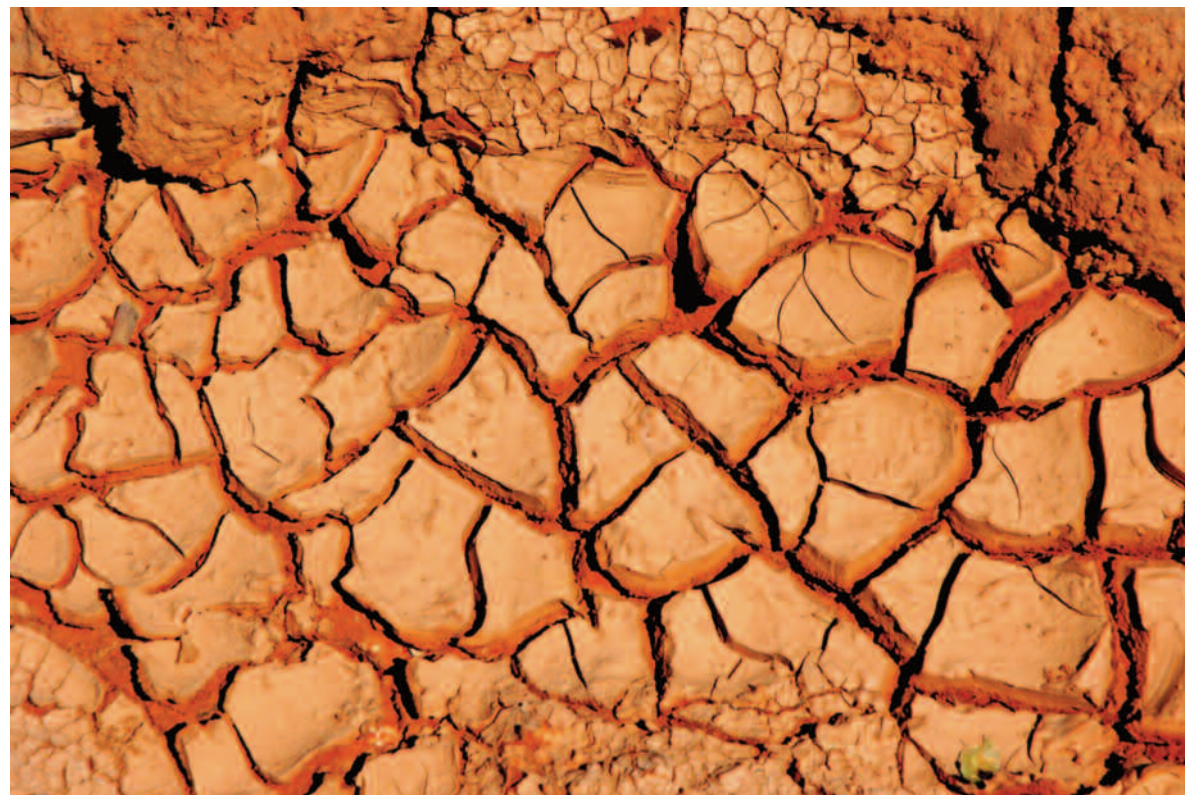
Barbecho

Se denomina barbecho a la tierra que no se siembra durante uno o varios ciclos vegetativos, con el propósito de recuperar y almacenar materia orgánica y humedad. Se refiere también simplemente a la tierra que se deja descansar por uno o varios años. Durante el tiempo que permanece sin cultivar es sometido a una serie de labores con objeto de mejorar su predisposición al cultivo. Empezó a ser habitual en Europa en la Edad Media que las tierras de labranza se cultivaran con una periodicidad en la que se alternaba el descanso y cultivo, una parte de tierras de cultivo se dejaba sin cultivar pero se pasaba el arado, arrancando de esta forma las hierbas silvestres (que a su vez servirían como abono) y aumentando la humedad, de forma que la tierra recupera minerales perdidos durante el cultivo. Este sistema supone un proceso agrícola para permitir que las cualidades del suelo no se desgasten.

➤➤ Degradación del suelo

El suelo es un ente de la Naturaleza, cuyas características son el resultado de una larga evolución hasta alcanzar un equilibrio con las condiciones naturales. Y hay que tener claro que en esas condiciones ambientales no está incluida la acción de las civilizaciones humanas. Es evidente que su continua y abusiva utilización por parte del hombre ha truncado su evolución y ha condicionado negativamente sus propiedades. Como resultado el suelo se deteriora, se degrada, se considera como degradación del suelo a toda modificación que conduzca al deterioro del mismo. La degradación es el proceso que rebaja la capacidad actual y potencial del suelo para producir, cuantitativa y cualitativamente, bienes y servicios.

La degradación del suelo es la consecuencia directa de la utilización del suelo por el hombre. Bien como resultado de actuaciones directas, como agrícola, forestal, ganadera, agroquímicos y riego, o por acciones indirectas, como son las actividades industriales, eliminación de residuos, transporte, etc. Actualmente existe una fuerte tendencia que clama por una utilización racional del suelo. Sus principios se agrupan en lo que se conoce por Conservación de Suelos, estas teorías conservacionistas persiguen y tie-



nen como fin obtener máximos rendimientos pero con una mínima degradación del suelo, ya que el cuidado del suelo es esencial para la supervivencia de la raza humana, y sin embargo, y en muchas partes del mundo, el suelo ha quedado tan dañado por el contante manejo abusivo y erróneo del hombre, llegando a ser un recurso no renovable, que nunca más podrá producir bienes.

Dentro del amplio concepto de degradación se distinguen varios tipos, que pueden ser naturales como por ejemplo la erosión u ocasionadas por el hombre como por ejemplo la contaminación.

Al degradarse el suelo pierde capacidad de producción y cada vez hay que añadirle más cantidad de abonos para producir siempre cosechas muy inferiores a las que produciría el



➤➤ suelo si no se presentase degradado. La erosión es la pérdida selectiva de materiales del suelo. Por la acción del agua o del viento los materiales de las capas superficiales van siendo arrastrados. Si el agente es el agua se habla de

...el daño que se causa a los suelos es de la misma magnitud que el que se causa al agua y al aire, y aunque en realidad algunas veces es menos evidente para nosotros, esto no quiere decir que sea menos o más nocivo para nosotros.

erosión hídrica y para el caso del viento se denomina erosión eólica. Es importante destacar que la erosión natural es un fenómeno muy

beneficioso para la fertilidad de los suelos ya que todas las propiedades del suelo, son consecuencia de una determinada combinación de los factores formadores.

Contaminación. Acá el suelo se degrada por la acumulación en él de sustancias tóxicas o nocivas que repercuten negativamente en el comportamiento de los suelos. La contaminación como una forma de degradación química que provoca la pérdida parcial o total de la producti-

vidad del suelo. El diccionario de la Real Academia española define la contaminación como “alterar nocivamente la pureza o las condiciones normales de una cosa o un medio por agentes químicos o físicos”.

La acumulación de sustancias tóxicas para los organismos suele producirse de una manera artificial, como consecuencia de las actividades humanas, pero también puede ocurrir de manera natural, la edificación libera sustancias contenidas en las rocas (heredadas o neoformadas) que se concentran en el suelo alcanzando niveles tóxicos.

Concluyendo así decimos que el daño que se causa a los suelos es de la misma magnitud que el que se causa al agua y al aire, y aunque en realidad algunas veces es menos evidente para nosotros, esto no quiere decir que sea menos o más nocivo para nosotros.

Régimen jurídico

Nuestra constitución nacional reformada en el '94 agrega el artículo 41, éste artículo garantiza a todos los habitantes de la nación “...el derecho a gozar de un medio ambiente sano, equilibrado...”, y cada provincia es responsable a la hora de evitar todo tipo de menoscabo en cualquiera de los recursos naturales. A nivel na-

cional también encontramos la Ley Nacional 22428/81 de fomento y conservación del suelo. Esta ley tiene objetivos claros, como por ejemplo impone la necesidad de conciencia entre los productores con relación a la gravedad que reviste el problema de la degradación de los suelos, sumándose así el estado mediante acciones de fomento para estimular. Sus puntos fundamentales son que declara de interés general la acción privada y pública tendiente a la conservación y recuperación de la capacidad productiva de los suelos. Promueve la conformación de la Conservación de Suelos en toda zona donde sea necesario o conveniente emprender programas de conservación o recuperación de suelos y siempre que se cuente con técnicas de comprobada adaptación y eficiencia para la región o regiones similares. Después encontramos la Ley General del Ambiente 25675, esta ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Como principios fundamentales esta ley asegura la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, como así también promueve el uso racional y sustentable de los



➤➤ recursos naturales, alienta y promueve cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal. Esta ley impone sanciones así lo vemos en los artículos 27 y 28 de las mismas que en líneas generales define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos. Y pena al que cause el daño ambiental y el cual será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción, y en el caso de que no sea técnicamente factible, deberá pagar una indemnización sustitutiva que será determinada por la justicia ordinaria interviniente y deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se creará por esta ley, la cual será administrada por la autoridad de aplicación. Edmundo F Catalano afirma que: "...debe considerarse daño toda alteración que represente un impacto negativo en las condiciones naturales o socio-culturales del medio de que se trata y conduzca o pueda conducir a un deterioro del equilibrio existente. El daño, en consecuencia, puede operarse cuando se producen alteraciones en el relieve del suelo, o se desvían o conta-

¹ Catalano, Edmundo F, "código de minería comentado", Víctor P de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1999, pp. 375

² Piñar Mañas, Jose Luis, Desarrollo Sostenible y Protección del Medio Ambiente, 2002, pp.24

minan los cursos o cuerpos de agua, se modifica el paisaje natural, la flora, o la forma de vida de la fauna silvestre, los sitios históricos, arqueológicos, paleontológicos o religiosos y también, cuando la presencia de nuevos núcleos humanos, o de instalaciones, alteran los hábitos, costumbres, y el carácter de las poblaciones tradicionales generando conflictos culturales con las comunidades existentes..."¹. Esta ley busca difundir consciencia en la sociedad de los daños que ocasionan las acciones abusivas del hombre, busca prevenir, ya que hay que tener en cuenta que muchas veces los daños que repercuten en el ambiente y que son ocasionados por el actuar del hombre que no pueden muchas veces ser restablecidos a su estado anterior, quedando así perfectamente dañado ese recurso.

Y a nivel provincial nos encontramos con la Constitución provincial de Tucumán que en su art 41 dice "...El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras. El daño ambiental conlleva prioritariamente la obligación de recomponerlo y/o repararlo..." Y después contiene una serie de atribuciones con-

feridas a la provincia destinadas a prevenir y proteger el medio ambiente y a controlar y evitar todo tipo de contaminación mediante la ordenación del espacio territorial a fin de conservar y acrecentar ambientes equilibrados y aptos para el desarrollo humano.

"Durante muchas décadas se consideró que el desarrollo era el motor que debía mover y podía salvar a la humanidad. Cuando el desarrollismo comenzó a producir efectos perversos sobre el medio ambiente, era necesario entonces un cambio cultural y político que desembocara en un concepto de desarrollo sostenible. Porque sólo éste es el que, frente al desarrollo insostenible, puede preservar el planeta frente a las generaciones futuras."²

El concepto de desarrollo sostenible debe ser, desde nuestro punto de vista, la "estrella polar" que guiará a nuestros legisladores cuando deban sancionar y reformar leyes que brinden protección al ambiente. A pesar de los innumerables esfuerzos de nuestra legislación en el sentido de brindar protección a nuestro medio ambiente, consideramos que no son suficientes para lograr este objetivo las mencionadas leyes, ya que varias de ellas no cumplen en la realidad actual con el objetivo de impedir la contaminación

➤➤ Conclusión

Hoy en día es evidente la preocupación del hombre en las cuestiones ambientales, dado que la contaminación del medio ambiente está repercutiendo cada vez en la vida del mismo. Sin embargo, más allá de esta preocupación individual del hombre, la única indudablemente capaz de reguardar los recursos naturales es la legislación vigente, solo ella puede lograr un equilibrio entre los recursos naturales y su aprovechamiento por el hombre, y sin bien de-

bemos valorar la preocupación de innumerables leyes, creemos que todavía no se ha alcanzado el resguardo óptimo de los recursos. Esto lo observamos especialmente en el caso del suelo: consideramos que sería una interesante innovación en nuestra legislación crear una reglamentación específica que imponga a los distintos productores agropecuarios, la utilización de técnicas de laboreo no corrosivas para el suelo, imponiendo sanciones o multas a aquellos que no utilicen las mismas. Solo de esta ma-

nera podremos alcanzar un verdadero desarrollo sustentable; es sumamente importante que como nación aunemos nuestros esfuerzos para lograr aquello que debería ser el ideal de todo país: alcanzar un amplio desarrollo buscando la menor degradación de nuestros recursos naturales. Nos parece que lograr un desarrollo sustentable no es solo una exigencia de nuestra actual realidad, sino también un compromiso que tenemos con las generaciones futuras. ❖

Bibliografía

- Arguello, Rodolfo, Manual de Derecho Romano, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.
- Alzabe, Fátima, "El amparo de la propiedad minera y su evolución a través de las sucesivas reformas al código minero" en "Temas sobre derechos de los recursos naturales y del ambiente, Cátedra de Derecho de los Recursos Naturales y del Ambiente, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.T., Tucumán, 2005
- Casella, Solana Esther; Mostajo, Fernanda; Rio Salí, IV Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI
- Catalano, Edmundo E, "código de minería comentado", Víctor P de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1999,
- Código Civil Argentino, edición zavalía, buenos aires, 2005

- Constitución nacional, editorial la ley buenos aires, 2005.
- Fernando Brebbia, Manual de Derecho Agrario, editorial Astrea, 1992
- López Ascarza, Fela. "Impacto ambiental de la minería en el desarrollo rural de las comunidades afectadas en el Perú" en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/rjave/mesa5/flopez.pdf>
- López herrera, Edgardo Santiago. Daño ambiental. Análisis de la ley 25675. universidad nacional de Tucumán. Facultad de derecho y Ciencias Sociales. año 2005
- Mariano Francisco Valls, Manual de Derecho Ambiental, colección ciencias del ambiente, editor Urgerman, 2001
- Piñar Mañas, José Luis, Desarrollo Sostenible y Protección del Medio Ambiente, 2002

- Pigretti, Eduardo A., Derecho Ambiental profundizado, la Ley, Buenos Aires, 2007
- Pengue, Walter, "Conflictos ecológicos por minería" en La apropiación y el saqueo de la naturaleza, director: Pengue, Walter, editorial Lugar, Buenos Aires, 2008
- Pere Riera, Manual de Economía Ambiental y de los recursos naturales, Publicado por Thomson, 2005
- <http://www.fao.org/ag/ca/es/index.html>
- http://es.wikipedia.org/wiki/Rotaci%C3%B3n_de_cultivos
- <http://www.greenpeace.org/espana/contaminaci-n/contaminaci-n-en-espa-a/1-que-es-la-contaminaci-n-y>
<http://www.ecoeduca.cl/portal/enlaces/default.asp?a=29&id-categoria=57&pla=amb.xsl&num=25>

La política exterior argentina hacia la región en el período 2003 - 2007

Miguel Agustín Torres / Abogado |

Definición del problema

En Mayo de 2003 Néstor Kirchner asumió como presidente. Apoyado por el gobierno interino de Eduardo Duhalde, la fórmula Kirchner – Scioli, con un 22 por ciento de votos, había obtenido el segundo lugar en las elecciones presidenciales de Abril de 2003, debajo del binomio Menem – Romero. Sin embargo accedió a la primera magistratura debido al retiro en la instancia del ballottage del ex presidente Menem.

El nuevo gobierno debía continuar y profundizar el proceso de recuperación que se había iniciado durante el período provisorio de Eduardo Duhalde. En especial la dirigencia kirchnerista debía recomponer las relaciones internacionales del país, luego del deterioro ocasionado por la crisis de 2001. El colapso social, económico e institucional que tuvo expresión visible en la convulsión popular de Diciembre de 2001, había desprestigiado al país y resen-

El presente trabajo se propone como objetivo analizar la política exterior argentina hacia la región en el período 2003-2007, durante la presidencia de Néstor Kirchner. El interrogante que se plantea se dirige a determinar el lugar que se asignó a la región dentro de la política exterior del gobierno de Kirchner.

tido su imagen externa. Además, el default no sólo implicó la desconexión del país respecto a los mercados financieros internacionales, sino también el resentimiento de sus vínculos con otros actores.

Dentro de ese panorama la región planteaba la consigna de continuar el proceso de fortalecimiento de los lazos con determinados países, que había iniciado la presidencia provisorio de Duhalde. Pues recayó sobre la administración interina la tarea de reconectar y reparar las relaciones con Estados vecinos, que se habían tensionado en los últimos años. Justamente el vínculo con Brasil había experi-

mentado desgaste y fricciones durante la administración de De la Rúa debido, entre otras circunstancias, a la pretensión de algunos funcionarios 'aliancistas' de atribuir la situación crítica de Argentina a la política monetaria de Brasil.

En virtud de lo expuesto este trabajo se propone como objetivo analizar la política exterior argentina hacia la región en el período 2003-2007, durante la presidencia de Néstor Kirchner. El interrogante que se plantea se dirige a determinar el lugar que se asignó a la región dentro de la política exterior del gobierno de Kirchner.



►► Fuentes y métodos

Se consultó la producción literaria específica sobre el tópico analizado. Asimismo, se examinaron declaraciones y manifestaciones oficiales y se acudió a los medios de prensa más destacados. Para la realización de esta contribución se empleó una metodología descriptiva.

Desarrollo.

Breves consideraciones sobre la Política Exterior del Kirchnerismo

La administración Kirchner expresó su adhesión a una serie de postulados a partir de los cuales pretendió orientar su accionar internacional. Así, adscribió al fomento y estímulo del multilateralismo en las relaciones internacionales, a la defensa y promoción de los derechos humanos, a la vigencia y observancia de las instituciones del derecho internacional en el funcionamiento del orden mundial.

La posición a favor del multilateralismo de la dirigencia kirchnerista comprendió un discurso de renovación del funcionamiento de las instituciones multilaterales.

Especialmente, el gobierno resaltó la necesidad de una reformulación del rol de los organismos multilaterales de crédito. Dentro de esta prédica, reclamó el reconocimiento por parte



del Fondo Monetario Internacional de su responsabilidad en la crisis argentina del 2001.

La política exterior que se inicia con la gestión de Néstor Kirchner se distanció, en algunos aspectos, de los lineamientos que caracterizaron las relaciones externas del país desde la década del noventa, con el advenimiento del menemismo, y que continuó durante la presidencia de De la Rúa. Observando continuidad respecto a criterios esbozados durante la etapa provisoria de Duhalde, la conducción kirchnerista se apartó del alineamiento

automático con los Estados Unidos y procuró desplegar hacia la potencia del norte una política moderada sin derivar en posiciones extremas. Asimismo, a partir de un fuerte cuestionamiento a las políticas de corte neoliberal, la gestión kirchnerista trató de establecer diferencias con las políticas implementadas durante las presidencias Menem y De la Rúa.

Respecto a la región la administración Kirchner intentó profundizar la orientación esgrimida durante la presidencia de Duhalde. En efecto durante el gobierno provisorio (Enero 2002-Mayo 2003) Buenos Aires invirtió esfuerzos en reaproximarse a los países vecinos. Como expresó el mandatario interino: “la primera decisión que tomé fue comenzar a trabajar la relación con Brasil y recomponer los lazos con nuestros socios vecinos”. Principalmente Duhalde procuró reparar el vínculo con Brasil que se había deteriorado en la etapa de pre crisis argentina, bajo la presidencia aliancista. En el período De la Rúa la bilateralidad registró ciertas dificultades originadas, en buena medida, en las opiniones de sectores oficiales nacionales que pretendían asociar las causas de la situación crítica argentina con la política monetaria brasilera.

En precisión, algunos funcionarios argentinos





señalaban que la devaluación del real había impactado desfavorablemente sobre la economía argentina y sobre el comercio intramerco-sur. Como se ha sostenido “la devaluación monetaria efectuada por Brasil en 1999 trajo un clima de desconfianza para los socios del Mercosur, principalmente entre las dos grandes naciones que, en cierta medida, puso de manifiesto la vulnerabilidad del bloque frente a las crisis económicas y las dificultades de coordinación entre las naciones cuando economías específicas enfrentan problemas estructurales”¹. Este argumento se exacerbó y se agudizaron las diferencias con el arribo de Domingo Cavallo al Ministerio de economía.

Durante el gobierno provisional se observaron los primeros rasgos de reformulación de algunos aspectos y orientaciones de la política externa. De esta manera se asiste a una revalorización, por parte de la dirigencia argentina, del entorno sudamericano en el período de crisis, durante el cual los Estados regionales se solidarizaron con el país y le suministraron su apoyo político en los diversos desafíos que conformaban su agenda externa dentro de la difícil

c coyuntura. En este sentido y refiriéndose al problema de la deuda externa, señala Corigliano que “Brasil y el resto de las naciones miembro de MERCOSUR apoyaron políticamente a la Argentina en las duras negociaciones que las autoridades de Buenos Aires debieron encarar con el FMI”²; aunque considera que se trató de un “apoyo más retórico que práctico”³.

La administración Kirchner continuó la ponderación brindada al contexto latinoamericano durante el ‘interinato duhaldista’, aunque le confirió dirección y relevancia particular a los lazos con determinados actores. La consulta a la retórica oficialista permite apreciar la intención de la gestión kirchnerista de asignar a la región y a MERCOSUR un sentido político y un valor estratégico. El primer canciller de la ‘era Kirchner’, precisó en que consistía esa valoración estratégica del proceso de integración, al expresar que:

“El Mercosur debe ser funcional a la necesidad de aumentar la capacidad de negociación internacional de cada uno de los países miembros, permitiendo una mayor autonomía de decisión (...) Tener una voz común en los foros y

organismos internacionales es un recurso de poder que nos permitirá aumentar nuestras capacidades de negociación y acción”⁴.

A su vez Sguiglia considera que la estrategia latinoamericana del gobierno de Kirchner se apoya en:

–La convicción de que el Mercosur (concebido como un proyecto de vasto alcance que trasciende el plano meramente comercial) y –dentro de él la asociación estratégica con Brasil– constituye el eje central de la política exterior argentina y la mejor opción para integrarse al mundo⁵.

–La afirmación de la integración latinoamericana, el multilateralismo y la plena vigencia de las instituciones democráticas⁶.

–La preocupación constante por ensanchar los mercados para nuestros productos y también, por reformar la arquitectura financiera internacional⁷.

–Una postura activa en los distintos foros regionales y multilaterales –Grupo Río, Cumbre Iberoamericana, Cumbre de las Américas– basada en promover, en una suerte de juego de espejos, los mismos principios que se sostienen

¹ Sicsú A. B., Katz E.J. y Paradiso, R. “MERCOSUL, Sua Evolução, Crises e Propostas”, Amersur Enero de 2005, disponible en <http://www.amersur.org.ar/Integ/SicsuKatzParadiso.htm> Texto en idioma original: “a desvalorização cambial que o Brasil efetivou em 1999 trouxe um clima de desconfiança para os parceiros do Mercosul, principalmente entre as duas grandes nações, o que, de certa forma, mostrou a vulnerabilidade do bloco a crises econômicas e dificuldades de articulação entre as nações quando economias específicas enfrentam problemas estruturais”.

² Corigliano, E, “El espacio del MERCOSUR en la política exterior argentina: de Menem a Kirchner (1991-2006)”, revista Agora Internacional, Buenos Aires, Año 1, N° 2, Diciembre 2006, p. 35.

³ Ibidem.

⁴ Bielsa, R. “la política exterior argentina en el marco de la integración regional” en Diplomacia, Estrategia y Política (DEP), Octubre / Diciembre 2004, Brasil, 2004, pág 18.

⁵ Sguiglia E., “Política Latinoamericana: Visión Y Perspectiva”, Serie Temas, Friedrich Ebert Stiftung, Buenos Aires, 2004.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.





en el discurso doméstico⁸.

–Revalorización del papel de la cooperación técnica (a través del Fondo de Cooperación Horizontal), de la actuación de los voluntarios para asistencia humanitaria (la Comisión Cascos Blancos), y de la difusión de nuestra cultura (Programa de Acción Cultural) como tres herramientas fundamentales para vigorizar y multiplicar la presencia argentina en Latinoamérica⁹.

Los Vínculos Preferentes

En el período considerado las relaciones con Brasil y Venezuela presentaron relevancia en la agenda externa del gobierno kirchnerista.

El vínculo bilateral con Venezuela exhibió una destacada intensificación y fortalecimiento durante el mandato kirchnerista. Tanto razones ideológicas como cuestiones pragmáticas concurren para explicar la cercanía entre ambos gobiernos. Así, suele mencionarse la supuesta conexión ideológica y política entre los mandatarios de los respectivos países. La asociación se busca a partir del discurso nacionalista de izquierda, más mesurado en Kirchner y llevado al extremo en el caso de Hugo Chávez. Sin embargo se considera, desde otra lectura, que el acercamiento se asienta fundamentalmente en una cuestión pragmática, en virtud de la concertación de operaciones comerciales, en especial en lo referente al área energética y petrolera.

La circunstancia de que Venezuela haya sido

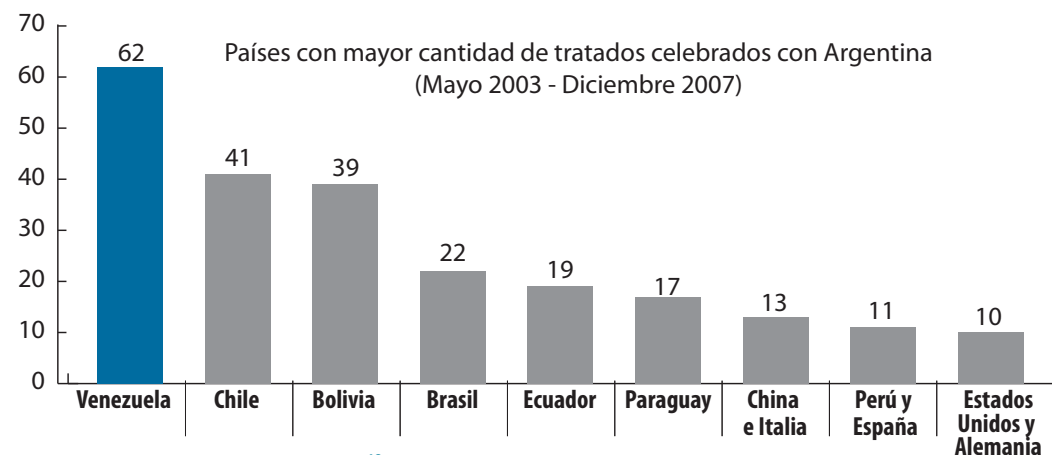
el país con el cual el Estado argentino celebró el mayor número de tratados durante la presidencia de Néstor Kirchner da cuenta de la profundización del vínculo bilateral.

La cooperación entre ambos países se manifestó en el aumento del intercambio comercial bilateral. La administración venezolana suministró colaboración financiera a la decisión del gobierno argentino de cancelar totalmente la deuda contraída con el FMI. El respaldo venezolano se concretó a través de la compra de bonos emitido por nuestro país. La creciente proximidad que evidenció la administración argentina con relación a su par venezolano generó repercusiones en la opinión pública nacional. Las interpretaciones se centraron en las dudas sobre la conveniencia de una vinculación bilateral es-

trecha, debido a la política de confrontación al gobierno de los Estados Unidos que desarrolla la administración 'chavista'. Otro acontecimiento significativo en esta etapa lo constituyó el inicio del proceso de incorporación de Venezuela al MERCOSUR.

Mientras la bilateralidad con Venezuela presentó algunos aspectos innovadores, la relación con Brasil reflejó remisiones a criterios observados en presidencias anteriores. A pesar de que en ocasiones las coincidencias y la colaboración bilateral permanecieron en el ámbito discursivo, puede afirmarse que la administración Kirchner concibió al vínculo con Brasil con un sentido político estratégico que se remonta a la concepción que sobre la vinculación elaboró el gobierno de Alfonsín. Visión ésta que, en cierta

Gráfico N° 1



Fuente: Centro de Estudios Nueva Mayoría¹⁰

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Disponible en http://www.nuevamayoria.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1459&Itemid=27





medida, rescató la gestión provisoria de Eduardo Duhalde.

La política del 'kirchnerismo' hacia Brasil se asentó sobre la búsqueda de coincidencias y generación de posiciones uniformes frente a desafíos comunes a sendos Estados. Precisamente en esta etapa una serie de cuestiones asomaban por igual en el horizonte de ambas dirigencias:

"el proceso de integración regional del MERCOSUR, las relaciones comerciales con EEUU y la UE bajo el más amplio paraguas del marco multilateral de la Organización Mundial del Comercio (OMC), su modo de inserción en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), sus especiales y tensas relaciones con el FMI, la cuestión de seguridad y terrorismo que se puede plantear en torno a la triple frontera y de manera conjunta con Paraguay, etc"¹¹.

Algunas políticas de las dirigencias vecinas presentaron puntos de contacto. A pesar de algunas diferencias, al inicio del período, en lo referente al endeudamiento externo, ambos gobiernos cancelaron totalmente sus deudas con el Fondo Monetario Internacional. También unificaron posiciones, dentro del marco de MERCOSUR, en las negociaciones en torno a la conformación del ALCA.

¹¹ Arce Suárez, A., (2004), "El eje Brasilia-Buenos Aires: ¿movimiento real o tendencia virtual?", Revista CIDOB d'Afers Internacionals, Barcelona, España, núm. 65, mayo-junio de 2004, p. 112

¹² Otro episodio también motivó un intercambio de declaraciones entre las respectivas cancillerías. El incidente se generó debido a una columna escrita por el canciller Chileno Ignacio Walker, cuando todavía no revestía tal investidura. En la nota el funcionario chileno criticaba al peronismo, resaltando determinados aspectos fascistas, autoritarios y corporativistas del movimiento judicialista.

¹³ "Condicionó el Presidente los envíos de gas a Chile", diario La Nación, edición del 15-03-2004, disponible en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=687598

¹⁴ Ibidem.

Situaciones de Tensión

Durante este período se suscitaron algunos acontecimientos que generaron fricciones y desavenencias en las relaciones con otros actores regionales:

La 'denominada crisis del gas' constituyó un tema que se introdujo en el vínculo bilateral con Chile¹². El episodio se originó con motivo de la decisión del gobierno argentino de suspender, a fines de Marzo de 2004, las exportaciones de gas a Chile. Los sectores dirigentes chilenos interpretaron la 'racionalización' dispuesta por el Estado argentino como una violación del 'tratado gasífero'¹³ que regula lo atinente al suministro de gas de Argentina a Chile. La administración Kirchner rechazó los argumentos de violación del citado tratado e invocó, en justificación de la medida, la situación de crisis que atravesaba el sector energético nacional. La situación se resolvió con la decisión del Estado argentino de dejar sin efecto los recortes al suministro de gas¹⁴ a Chile.

La relación con Cuba experimentó un desacuerdo con motivo del caso de la médica cubana Hilda Molina Morejón y la prohibición del gobierno de Fidel Castro de permitirle viajar a la Argentina, donde viven su hijo y nietos para visitarlos en época de navidad. Frente a este hecho, el gobierno argentino desplegó una serie de negociaciones que incluyeron una triple oferta. El objetivo primario fue que Hilda

Molina Morejón viajara temporalmente a la Argentina con su madre; en segundo lugar que el encuentro se efectuara en un tercer país, para lo cual se pensó en Venezuela y España. Por último se ofreció a Cuba la posibilidad de que Quiñones viajara a la Isla junto a una personalidad de Derechos Humanos, barajándose el nombre de Estela Carloto, propuesta, esta última, que el gobierno cubano consideró ofensiva. En el medio hubo incluso intercambio epistolar entre el presidente Kirchner y Fidel Castro. El episodio estuvo lejos de circunscribirse a una cuestión restringida enteramente a intereses personales o individuales, pues ocasionó con la destitución del embajador argentino en La Habana, Raúl Taleb y del Jefe de Gabinete del Canciller Bielsa, Eduardo Valdés.

En la dinámica del Intercambio comercial bilateral con Brasil se generaron ciertas diferencias. Las controversias se originaron en la composición de la balanza comercial entre ambos países. El nivel de las importaciones de productos industrializados procedentes de Brasil impulsó la decisión del oficialismo argentino de aplicar medidas para proteger la industria nacional, e instar negociaciones para resolver las discrepancias al respecto.

El suceso de mayor tensión y complejidad registrado durante la presidencia de Kirchner lo constituyó el conflicto con Uruguay por la instalación de fábricas de planta de celulosa (Botnia





El suceso de mayor tensión y complejidad registrado durante la presidencia de Kirchner lo constituyó el conflicto con Uruguay por la instalación de fábricas de planta de celulosa

– Ence) sobre la margen oriental Río Uruguay en la localidad de Fray Bentos. Ante la falta de solución por vía diplomática, el Estado argentino sometió la cuestión a conocimiento de la Corte Internacional de Justicia de la Haya.

Conclusiones.

En virtud de lo desarrollado pueden señalarse una serie de consideraciones:

- La administración Kirchner desarrolló una política exterior que observó algunas continuidades respecto al gobierno provisorio de Eduardo Duhalde. Pero a la vez significó una ruptura con ciertos supuestos que caracterizaron las relaciones exteriores del país durante las presidencias de Menem y De la Rúa.
- En el marco de su proyecto político el gobierno de Kirchner concibió a la región con un



sentido estratégico y por consiguiente le asignó un lugar preponderante en su agenda exterior.

- Los vínculos con Venezuela y con Brasil presentaron relevancia. Fundado en parte en la proximidad ideológica de ambos gobiernos y en parte en la concertación de negociaciones comerciales, la relación bilateral con Venezuela experimentó un destacado acercamiento. Por su parte la visión de la gestión Kirchner sobre

la relación con Brasil remitió al ideario de la dirigencia radical de mediados de la década del ochenta.

- Sin embargo el período no estuvo exento de fricciones y contingencias. El conflicto con Uruguay por la instalación de las ‘pasteras’ en la localidad de Fray Bentos constituyó el episodio de mayor tensión y no encontró solución en esta etapa. ❖





Bibliografía

- Arce Suárez, A., (2004), "El eje Brasilia-Buenos Aires: ¿movimiento real o tendencia virtual?", Revista CIDOB d'Àfers Internacionals, Barcelona, España, núm. 65, mayo-junio de 2004, p. 111-127.
- Bielsa, R. "la política exterior argentina en el marco de la integración regional" en Diplomacia, Estrategia y Política (DEP), Octubre / Diciembre 2004, Brasil, 2004, pág 5-21.
- Corigliano, E., "El espacio del MERCOSUR en la política exterior argentina: de Menem a Kirchner (1991-2006)", revista Agora Internacional, Buenos Aires, Año 1, N° 2, Diciembre 2006, p. 34-35.
- Duhalde, E., Memorias del Incendio. Los primeros 120 días de mi presidencia, Ed. Sudamericana, Argentina, 2007.
- Sicsú A. B. , Katz F.J. y Paradiso, R. "MERCOSUL, Sua Evolução, Crises e Propostas", Amersur, Enero de 2005, disponible en <http://www.amersur.org.ar/Integ/SicsuKatzParadiso.htm>
- Sguiglia E., "Política Latinoamericana: Visión Y Perspectiva", Serie Temas, Friedrich Ebert Stiftung, Buenos Aires, 2004.

Derecho a la alimentación y Políticas Públicas

Griselda Alfaro / Abogada

“El hambre perpetúa la pobreza al impedir que las personas desarrollen sus potencialidades y contribuyan al progreso de sus sociedades”
(Kofi Annan, ONU, 2002)

1- Artículo 2.1 del PIDESC:
“Cada uno de los Estados presentes del Pacto se compromete a adoptar las medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos”

Este trabajo tiene por finalidad proponer el diseño de Políticas Públicas en materia de alimentación, respetando los estándares internacionales sobre el derecho a la alimentación. En consecuencia, es importante considerar las directrices voluntarias sobre el derecho a la alimentación de la FAO. El objetivo de estas directrices es acercar a los Estados una orientación práctica para lograr la realización progresiva del derecho a la alimentación adecuada en el contexto de seguridad alimentaria nacional

Contexto

El derecho de acceso a una alimentación adecuada y nutricionalmente apropiada es un derecho humano de todas las personas que conforman la sociedad.

Este derecho está incluido en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que significa que rige para los Estados el Principio de Progresividad que implica la prohibición de regresividad. De esta manera los Estados no pueden adoptar medidas que disminuyan o actúen en detrimento del ejercicio del derecho a la alimentación. El Estado como garante de los derechos fundamentales debe cumplir respetando los patrones que forman el núcleo duro de un derecho, razón por la cual no puede actuar en menoscabo del derecho a la alimentación con acciones que provoquen un retroceso, tal como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (PIDESC), en su artículo 2.1¹

En el mismo sentido, la seguridad alimentaria significa tener acceso en todo momento a los alimentos necesarios para una vida sana y activa; para ello se requieren políticas públicas con enfoque de derechos, ya que la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, es un derecho y no una actitud de beneficencia del Estado hacia la comunidad.

El diseño de las políticas públicas necesariamente debe focalizarse en los principios de indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos, en otras palabras, el derecho a la alimentación está íntimamente ligado al resto de los derechos y no hay prevalencia de un derecho sobre otro.

Consideramos que el punto de partida para una política pública en materia de alimentación es un análisis socioeconómico de cada región, para poder conocer el real acceso de las personas al derecho a una alimentación adecuada.





Seguridad Alimentaria y Derecho a la Alimentación a nivel internacional y nacional

En el plano internacional el concepto de Seguridad Alimentaria tuvo diferentes etapas de evolución: - en la década del 70', su fundamento se basaba en la producción y disponibilidad alimentaria a nivel global y nacional. Llegada la década del 80', se incorporó la idea de acceso a los alimentos de manera económica y física. Finalmente en la década del 90', nació el concepto actual que incorpora la inocuidad y las preferencias culturales, ratificando que la Seguridad Alimentaria es un derecho humano.

Para el caso argentino, entre el período comprendido durante los años 1976 y 1982 el go-



bierno militar tuvo una concepción beneficiarista en materia de alimentación. Se consideró el hambre como falla individual en las capacidades y en la familia para el caso de los niños. Esta etapa se caracterizó por la estigmatización de la pobreza y se delegó la responsabilidad del Estado en organizaciones de la sociedad civil de carácter confesional como por ejemplo Caritas.

Posteriormente, en el año 1983 con el regreso a la democracia cambió la idea y la Seguridad Alimentaria (SA) pasó a ser considerada un derecho. Simultáneamente, a nivel internacional hubo un giro y en 1980 con la revolución neoliberal, el concepto de Seguridad Alimentaria pasó a ser una capacidad. Esta nueva concepción cambió el paradigma porque si la Seguridad Alimentaria es un derecho quien actúa como garante último es el Estado, pero si por el contrario la SA es una capacidad el garante último es el individuo.

En la década de los 90', el ex presidente Menem retomó los principios neoliberales con medidas como: convertibilidad, desregulación y devaluación, instalando nuevamente el modelo de política económica del gobierno militar con programas indirectos en materia alimentaria. En esta etapa nuevamente se redujo la alimentación a un hecho individual y fueron las organizaciones de la sociedad civil pero ya no confesional quienes se encargaron de la cuestión alimentaria.

Como se señala en este breve recorrido por la historia Argentina, las políticas alimentarias se realizaron a ciegas, sin una planificación y diseño correcto de las mismas.

Para que una alimentación sea sana, la misma debe poseer la mayor diversidad y calidad posible, hábitos sanos de consumo y de preparación de los alimentos a fin de prevenir la malnutrición. En el caso específico de las políticas alimentarias, al adoptar decisiones en materia de programas, habría que tener en cuenta los valores culturales de los hábitos dietéticos y alimentarios. En este sentido, las Directrices del Derecho a la Alimentación (FAO), son una herramienta para la real efectivización del derecho y abogan para que la asistencia se centre en el que sufre de inseguridad alimentaria. Las Directrices constituyen un instrumento adicional para luchar contra el hambre, la pobreza extrema y acelerar la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio; asimismo actúan como el primer intento de los gobiernos de interpretar un derecho económico, social y cultural; más aún, simbolizan un paso hacia la integración de los derechos humanos en la labor de los organismos que se ocupan de la alimentación y la agricultura.

Son 157 los países que han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sumado a que muchos Estados incluyeron este derecho en sus constitu-





ciones nacionales, reconociéndolo como la posibilidad de alimentarse con dignidad, a tener un acceso permanente a los recursos que permiten producir, obtener o comprar suficientes alimentos, no sólo para prevenir el hambre, sino también para asegurar la salud y el bienestar².

Una vez más, recordamos que rige para los Estados el principio de progresividad, que impide que haya una regresividad en el diseño y aplicación de las políticas públicas para combatir el flagelo de la malnutrición. Esta noción de progresividad implica una obligación correlativa de no regresividad, que en palabras de Abramovich y Courttis significa "la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende sancionar normas jurídicas, que empeoren la situa-

2 ¿Qué es el derecho a la alimentación? Unidad para el derecho a la alimentación, FAO, 2006.

3 Abramovich, Víctor y Courttis, Cristian, "Los derechos sociales como derechos exigibles", Madrid, ED. Trotta, 2002



ción de los derechos económicos, sociales y culturales, de los que gozaba la población al momento de haberse adoptado el tratado internacional respectivo, o bien, en cada mejora "progresiva". En otras palabras, el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos y simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o, en su caso, de derogar los derechos existentes."³

Derecho de Acceso a la Información en estrecha relación con el derecho a la alimentación

El diseño de Políticas Públicas requiere del enfoque basado en los derechos para referirnos a la seguridad alimentaria porque evidencia las características de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Esta orientación considera que la seguridad alimentaria debe ser el resultado de la realización de los derechos existentes considerando principios esenciales, tales como, el derecho a buscar, recibir y transmitir información, incluso en relación con la adopción de decisiones relativas a las políticas para la realización del derecho a una alimentación adecuada.

Las personas de escasos recursos muchas veces resultan excluidas de los procesos que determinan las políticas de promoción de la seguridad alimentaria, por tal razón surge la

necesidad de promover sociedades incluyentes libres de discriminación en lo que se refiere al cumplimiento por el Estado de sus obligaciones de promover y respetar los derechos humanos.

El derecho de acceso a la información es una herramienta que posibilita el proceso de control y seguimiento de las políticas públicas que se diseñan a tal fin. Este instrumento es de gran utilidad como medio de participación ciudadana en los asuntos del Estado, que facilitan que los ciudadanos se inmiscuyan en la construcción de nuestra sociedad.

Todas las políticas públicas deben ir acompañadas del derecho de acceso a la información que opera como mecanismo de rendición de cuenta por parte de las autoridades y a su vez de la sociedad misma. El derecho de acceso a la información es un prerequisite para la adecuada ejecución de políticas públicas y su control.

A modo de ejemplo de la necesidad de incluir el acceso a la información como elemento en el diseño e implementación de políticas públicas en materia nutricional podemos mencionar la demanda judicial presentada por la ONG Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). La acción fue planteada en Noviembre de 2007 contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de que se lo obligue a dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 105 que prevé la labor de: "Elaborar y mantener actualizado el





mapa diagnóstico de la situación alimentaria y nutricional de la Ciudad de Buenos Aires y remitirlo bimestralmente a la Legislatura de esta Ciudad”⁴.

Esta ley sancionada en el año 1998, dio origen al “Programa de Estudio y Evaluación de los Servicios de Asistencia Alimentaria y Nutricional a la Población en Situación Vulnerable o Crítica” en el ámbito del Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires; y cuya finalidad es ser un elemento para definir políticas públicas en el área de nutrición y salud.

ACIJ expone en la Acción de Amparo que la

4 - Ley N° 105, sancionada en 1998, por la cual se creó el “Programa de Estudio y Evaluación de los Servicios de Asistencia Alimentaria y Nutricional a la Población en Situación Vulnerable o Crítica” en el ámbito del Poder Ejecutivo local.

5 - Art. 2°: El Programa tendrá como objetivo centralizar la información referente a los distintos planes de alimentación ejecutados por las secretarías de Salud, Educación y Promoción Social, a fin de elaborar y mantener actualizados:

- Un mapa diagnóstico de la situación alimentaria y nutricional de la Ciudad de Buenos Aires, incluyendo los programas previstos en la Ordenanza N° 52.117, B.O. N° 422, teniendo en cuenta las franjas sociales con necesidades básicas insatisfechas (NBI), población de escasos recursos e indigentes, especificando fundamentalmente niños/as de cero (0) a trece (13) años, adultos mayores, mujeres jefas de hogar, mujeres embarazadas, personas con necesidades especiales y jefas/es de hogar desocupadas/os. Este mapa alimentario nutricional deberá contemplar especificidades relativas a la distribución geográfica teniendo en cuenta los distintos cordones socio económicos de la Ciudad.
- Un análisis y evaluación de resultados e impacto de los servicios existentes bajo jurisdicción de las secretarías de Promoción Social, de Educación y de Salud.
- Recomendaciones tendientes a la implementación de un plan integral alimentario a partir de una estrategia intersectorial que articule y mejore los servicios existentes.

Art. 5°: Los datos e informes obtenidos por la ejecución de lo dispuesto en el artículo 2° de la presente Ley, serán remitidos a la Legislatura en forma bimestral

6 - Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), La lucha por el derecho, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2008

norma no fue implementada, razón por la cual los programas de asistencia alimentaria que desarrolla el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires se llevan a cabo sin contar con la información previa que indica la ley.

En el año 2008, el juez de Primera Instancia dictó sentencia condenando a la demandada a cumplir las obligaciones emergentes de los artículos 2° inciso a) y 5°⁵ de la Ley. Se fijó un plazo de dos meses para la elaboración y procesamiento de los datos, a fin de adecuar el cumplimiento a las obligaciones establecidas en la citada ley. Sin embargo, la Administración de la Ciudad de Buenos Aires apeló la sentencia judicial, que se encuentra a la espera de resolución. Este accionar demuestra como la Administración no pudo apreciar la importancia de elaborar diagnósticos previos y permanentes que toda Política Alimentaria requiere para su diseño e implementación exitosa.

Rescatando la importancia del derecho de acceso a la información pública como medio para ejercer otros derechos, es el Estado quien tiene la obligación de producir la información necesaria para adecuar a la realidad de cada lugar las políticas públicas que propone. En este sentido, el acceso a la información y su producción previa se corresponden con la obligación del Estado de adoptar medidas para respetar, proteger y satisfacer los derechos de los miembros de su comunidad⁶.

Normativa nacional: Programa de nutrición y alimentación

Argentina no escapa a la crisis que sufre el mundo en materia de alimentación, sin olvidar los terribles acontecimientos de Diciembre de 2001 que marcaron un antes y un después, fotos de niños desnutridos dieron vuelta los diferentes continentes.

Todos estos episodios pusieron de manifiesto una vez más que Argentina no contaba con un diseño de política pública que tuviera por finalidad el respeto del derecho a la alimentación.

Muchos y de los más variados planes se ejecutaron, cada uno dependiente de un área administrativa diversa, con fondos y metodologías de implementación parceladas, lo que demostró falta de coordinación y unificación entre unos y otros.

La forma en que se trató la problemática que aquejaba y aflige a miles de hogares puede decirse que estuvo basada en una concepción asistencialista, a través de programas focalizados que tenían por misión compensar las carencias nutricionales con la entrega de módulos alimentarios.

Dada la gravedad de la situación en la que todo el pueblo Argentino se encontraba, se declaró la emergencia alimentaria nacional, que dio origen al Programa de Emergencia Alimentaria, que operativamente se implementó por medio de la descentralización de las políticas ali-





mentarias hacia las provincias.

El siguiente paso se dio el 27 de Diciembre de 2002 con la sanción de la Ley Nacional 25724, que fue promulgada el 16 de Enero de 2003 y publicada en el Boletín Oficial al día siguiente.

La Ley 25724 dio origen al Programa de Nutrición y Alimentación Nacional, cuya creación obedeció a la finalidad de cubrir los requisitos básicos nutricionales de niños hasta los 14 años, embarazadas, discapacitados y ancianos desde los 70 años en situación de pobreza. Se encomendó a la Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación la tarea de autoridad de aplicación; siendo el Fondo Especial de Nutrición y Alimentación quien ejerce labores de control y financiamiento.

Esta ley cuenta con el Decreto Reglamentario 1018, de 28 de abril de 2003, que posee un Anexo que remarca como objetivo del Programa Nacional de Nutrición y Alimentación, asegurar el acceso a una alimentación adecuada y suficiente, coordinando desde el Estado las acciones integrales e intersectoriales que faciliten el mejoramiento de la situación alimentaria y nutricional de la población.

Esta ley nacional marcó el cambio en materia de políticas alimentarias porque se comenzó a hablar de la necesidad de programas y acciones de carácter integral y completo, dejando de lado los programas focalizados y temporales para paliar momentáneamente situaciones estructurales.

7- Encuesta Nacional de Nutrición y Salud, Documento de Resultados, 2007, Ministerio de Salud de la Nación



En el año 2005, se realizó la Encuesta Nacional de Nutrición y Salud del Ministerio de Salud de la Nación (ENNYS) que reveló que el bajo peso, la desnutrición crónica, la anemia y la malnutrición son las deficiencias nutricionales que más aquejan al país⁷.

La ENNYS demuestra como el Noroeste y Noroeste son las regiones más afectadas y dentro de estos sectores, podemos mencionar la provincia de Tucumán, que luego de la crisis económica-social elevó las tasas de mortalidad infantil y de mortalidad de menores de 5 años; por lo tanto, es en estos aspectos que deben focalizarse el diseño, implementación y control de las políticas alimentarias.

Impactos y desajustes

Parece apropiado elaborar una serie de sugerencias para el diseño de políticas públicas en materia de alimentación. Como primera medida, es preciso obtener un conocimiento de las condiciones de salud y nutrición en las diferentes comunidades, en especial hay que considerar el grupo de mujeres, niños, niñas y adolescentes, para su consecuente intervención, que debe estar orientada a la prevención y promoción de hábitos saludables.

La transgresión al derecho a la alimentación trae aparejado consecuencias irreversibles, por tal motivo el grupo materno - infantil requiere de especial cuidado y atención, para un com-





pleto desarrollo de su persona. Es esencial la observancia de las estrategias y acciones previstas para la identificación y monitoreo de los problemas alimentarios y nutricionales de las poblaciones vulnerables. En este sentido, la disponibilidad de información concreta y precisa de la población es de vital importancia para poder definir las políticas públicas que tienen como finalidad acortar las brechas de inequidad. Caso contrario, la no disponibilidad de información constituye en sí mismo una violación al derecho a la alimentación porque no permite tener certeza y claridad al momento de diseñar políticas públicas.

Otro aspecto que debemos resaltar es la necesidad de una mirada interdisciplinaria y amplia que permita identificar la magnitud de los pro-

blemas, su distribución geográfica y la relación con los diferentes factores que pueden influir las, ya que es necesario tener en cuenta la cultura de las diferentes comunidades para el respeto de los derechos.

El diseño e implementación de las Políticas Públicas en materia de alimentación requiere de una estrategia de educación para una mejor alimentación de la población. Esta política de educación debe ser desarrollada en forma conjunta con el Estado y el sector agroalimentario, como estrategia para promover en la sociedad una mejor comprensión y apreciación del aporte del sector a la economía, a la salud y nutrición.

Para tal fin el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, luego de analizar informes de expertos y realizar un estado actual de la situación, considera que las principales causas básicas de la actual crisis alimentaria se deben a:

- a) La especulación con los productos básicos alimentarios y agrícolas;
- b) La conversión de alimentos básicos en biocombustibles;
- c) Las distorsiones de las políticas agrícolas de los países desarrollados, que afectan gravemente a los pequeños agricultores y ponen en peligro la seguridad alimentaria, especialmente en los países en desarrollo.
- d) La insuficiencia de las inversiones en la agricultura y de las medidas financieras adopta-

das por los principales organismos financieros internacionales, así como la rápida reducción de la asistencia oficial para el desarrollo.⁸

Por las causas expresadas por el Comité Asesor, se sugieren algunas pautas a seguir en pro del derecho a la alimentación:

- Formular medidas que impidan que las bolsas especulen con los precios de los alimentos básicos para toda la población y para evitar esta situación se requieren acuerdos de carácter internacional.
- Elaborar mecanismos para ayudar a los pequeños agricultores garantizándoles el acceso a la tierra y a unos precios equitativos para sus productos.
- Desarrollar capacidades locales de gestión a través de experiencias participativas y concretas en la formulación, gestión y ejecución de proyectos destinados a mejorar la alimentación de comunidades vulnerables. Esto a su vez promueve el fortalecimiento de las organizaciones de base para la gestión de los proyectos.
- Promover la articulación de la política social, relacionada con los fines de la política de desarrollo económico, de manera tal que por medio del estímulo y dinamismo económico se generen las condiciones adecuadas para que las poblaciones más vulnerables puedan ingresar en el circuito económico. Estos objetivos deben regir todo plan de desarrollo nacional, basado en la generación de

8 - Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Comité Asesor, Segundo Período de Sesiones, Tema 2b del programa, Solicitudes al Comité Asesor derivadas de Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos: Derecho a la alimentación, 28 de Enero de 2009





empleos, como forma de prevenir y erradicar el hambre en nuestras sociedades.

- El empoderamiento de todos los ciudadanos con énfasis en los sectores excluidos para impulsar la exigencia de sus derechos, a través de acciones concretas basadas en la educación.

- Difusión de los derechos como estrategia para concientizar a las personas en su calidad de **sujetos** con derechos exigibles que generan obligaciones para los Estados. "Las políticas públicas deben involucrar las di-

mensiones del enfoque de derechos y de la ciudadanía social. Y ello debe ser exigible.⁹"

Estos principios y estándares pueden ser aproximaciones como punto de partida para la elaboración de una política pública en materia de alimentación.

A modo de conclusión consideramos que es necesario darle un nuevo giro a la discusión de los nuevos retos de la alimentación e incorporar nuevos aspectos en la temática. La dualidad desnutrición-obesidad, asociados a nuevos factores de salud- enfermedad obligan a rediseñar

nuevos esquemas en el diseño de políticas públicas relacionadas con nutrición y alimentación. Una política de seguridad alimentaria y nutrición debe conformarse como un sistema compuesto e integrado que debe examinar las diferentes aristas: productiva, sanitaria, económica, social, medioambiental y cultural; así como contemplarse pautas para situaciones de emergencia, programas a medianos y largo plazo según las necesidades de las diferentes regiones. ❖

⁹ Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, Editorama S.A., 2008

Bibliografía

- Abramovich, V y Courtis, C. (2002), Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid
- Aguirre, P. (2005) Estrategias de consumo: qué comen los argentinos que comen, Miño y Dávila SRL, Buenos Aires.
- Cepeda, M J, Montealegre L, E, Julio, A, (2007), "Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión", Universidad Externado de Colombia
- Directrices Voluntarias en apoyo de la realización progresiva del Derecho a una alimentación adecuada en el contexto

de la seguridad Alimentaria Nacional, Aprobadas por el Consejo de la FAO en su 127º período de sesiones Roma, 22-27 de noviembre de 2004

- Introducción al Derecho a la Alimentación, (2007) Ministerio Federal de Alimentación, Agricultura y Protección del Consumidor, Series de aprendizaje a distancia, FAO
- Maceira, D. y Stechina, M. (2008) Intervenciones de política nutricional en 25 años de democracia, Documento de Políticas Públicas, CIPPEC, Buenos Aires

- Ministerio de Salud y Ambiente, Presidencia de la Nación, Encuesta Nacional de Salud y Nutrición, Documento de Resultados, ENNyS, (2006)
- Trindade, C; Augusto, A, (1994) La Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo I, Primera Edición, Prometeo, S.A. San José, Costa Rica
- Wlasic, J. C. (2006), Manual Crítico de Derechos Humanos, La Ley, Buenos Aires

Pautas para incorporar la perspectiva de género en la educación argentina¹.

Carolina López Flores / Abogada |

“Partí de lo que era... producto de los viejos y nuevos modelos. Me miré y no me gustó lo que de mí vi. Pero no sabía como cambiar... Entonces empecé a mirarme... Me di tiempo para crecer, construyéndome cada día... Aprendí que no se puede enseñar lo que no se cree... Me doy tiempo y sigo construyéndome. No me apura el tiempo... destejo, corrijo, cambio, me alegro, empiezo de nuevo porque... si aprender termina cuando acabe mi vida... ¡dispongo de todo el tiempo de mi vida!”².

Introducción.

¿Para qué incorporar la perspectiva de género en la educación?

Esta misma pregunta la repito y me la repiten varias veces desde que decidí dedicar parte de mi vida a la docencia. Muchas respuestas encuentro en el camino y son distintas pero comparten puntos en común, tienen que ver básicamente con mis primeros pasos por la Universidad. Siempre tuve la sensación que nos enseñaban un Derecho que no era tan neutro. Se

estudiaba desde la postura masculina, incuestionablemente universal, y lo referido a las mujeres era un punto más en el programa de Derecho Civil, de Derecho de Familia o de los Delitos contra la integridad Sexual. En Derecho Constitucional los derechos de las mujeres tienen trascendencia por el voto femenino y por Ley de Cupo Femenino. Desde el año 2000, avanzamos un poco más con la asignatura Derechos Humanos. Hoy esa sensación es una certeza que me lleva a reflexionar sobre algunas

pautas para incorporar la perspectiva de género en la educación.

Vuelvo al suceso que desterró la sensación y sembró la certeza: Hace un par de semanas, estaba en una clase de Didáctica Especial³, la actividad consistía en planificar un módulo respecto de una temática específica dado que en breve iniciaríamos las prácticas docentes en las escuelas. Una compañera, próxima a egresar como Profesora de Historia presentaba su propuesta de planificación correspondiente a un módulo que se titulaba algo así como “Hacia la construcción del Estado Democrático Argentino...” y comprendía desde la sanción de la Constitución Nacional, la Ley Sáenz Peña hasta el Golpe de Estado de 1976. Terminó la exposición y empezó la Profesora a observar algunas cosas a corregir, por ejemplo la amplitud temporal del módulo. Inmediatamente pregunté: ¿y las mujeres?, porque se hablaba del voto universal, de teorías políticas democráticas, de valores democráticos y las mujeres estaban ausentes. En ese momento la respuesta de más de media

¹ Una versión de este trabajo se presentó en las Terceras Jornadas de Jóvenes Investigadores de la Universidad Nacional de Tucumán (Junio, 2009) bajo el título “Los derechos de las mujeres y la educación en el NOA: pautas para incorporar la perspectiva de género” bajo la dirección de la Prof. Dra. Mariana Peralta.

² Versión libre del texto de Alba Inés Santarcángelo, Los desafíos de la articulación UNT – Escuela Media, Editorial Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, 2006, pág. 249.

³ Esta asignatura es parte del Programa de Capacitación Docente para profesores de Ciencias Sociales y Jurídicas, en la Facultad de Filosofía y Letras





clase fue: “bueno se agrega un punto más para el voto femenino y listo...”. Fin de la cuestión.

Por lo tanto lo que sucedía en Derecho era aplicable a otros ámbitos, y en ocasiones se multiplicaba o existía el peligro de reproducción transgeneracional⁴.

Nuevamente ¿para que incorporar la perspectiva de género en la educación?. Para que las mujeres no estemos ausentes en los procesos educativos, para que cuando se planifique “como y que enseñar” no se piense solamente en el universal, que por cierto sigue siendo masculino, poco neutro y para nada objetivo. Y esto no debe ser un simple anhelo, es un derecho adquirido por las mujeres y por los hombres⁵. Es un derecho que tienen las mujeres que estudian actualmente y las del mañana, es mi derecho.

4 Pienso el caso de alumnas/os que estudian para ser Profesoras/es de Educación Media.

5 No debe entenderse esta afirmación como excluyente de otros géneros.

6 La relación entre enseñanza y aprendizaje es compleja y debatida en el ámbito de las Ciencias Sociales

7 Algunos de sus puntos de partida son: el aprendizaje debe seguir una línea conductista, los alumnos (“en masculino”) no presentan diversidades considerables y por lo tanto todos deben responder positivamente como consecuencia de la eficacia del sistema, no se considera el contexto y el profesor es la persona que sabe (sabe hacer y está capacitada para juzgar los resultados).

A continuación propongo reflexionar sobre una serie de puntos, que no agotan toda la temática, pero que servirán para ilustrar básicamente sobre la cuestión de las mujeres, sus derechos y la educación.

Algunas relaciones entre los derechos de las mujeres y el curriculum educativo

Considero preciso establecer algunas ideas acerca de la enseñanza-aprendizaje⁶ y el curriculum educativo. Desde el paradigma positivista de la enseñanza⁷, pasando por la Escuela de Frankfurt⁸ hasta las Teorías Críticas de la Educación⁹, poco se habían difundido las reflexiones respecto al curriculum educativo como espacio donde es posible ver reflejadas ciertas relaciones de poder¹⁰.

8 Representada por pensadores como Adorno y Marcuse, que sostienen que el conocimiento es una construcción personal y debe atenderse a los intereses de los alumnos, en consecuencia los métodos sugeridos son los participativos y el docente adquiere el rol de “motivador” (para esto debe tenerse en cuenta el contexto en el que viven los alumnos).

9 Representada por pensadores como Adorno y Marcuse, que sostienen que el conocimiento es una construcción personal y debe atenderse a los intereses de los alumnos, en consecuencia los métodos sugeridos son los participativos y el docente adquiere el rol de “motivador” (para esto debe tenerse en cuenta el contexto en el que viven los alumnos).

Queda planteada la actividad educativa como una práctica social que compromete moralmente a quien la ejecuta, la educación deviene en una práctica política en la que se ven manifestadas ciertas relaciones sociales y también relaciones de poder.

Michael Apple afirma en este contexto que “las escuelas constituyen parte importante de una compleja estructura mediante la cual se legitiman estructuras sociales...fomentan la creencia social de que las instituciones más importantes de nuestra sociedad se interesan de la misma manera por toda la población, sin miramientos de raza, clase y sexo”¹¹.

Hoy pienso que sobre la escuela¹² (y todo lo que comprende como institución política) es posible debatir y proponer pautas para que sea un espacio cada vez más democrático, y eso es

10 Se pone en el centro del análisis la ideología del profesor desde la cual se interpretan los problemas sociales y su enseñanza.

11 APPLE, Michael, Teoría Crítica y Educación, Miño y Dávila Editores, España, 2000, págs. 112 a 145.

12 A los fines de este trabajo utilizo la expresión “escuela” como comprensiva de la institución Universidad.





un gran paso, máxime si en las discusiones participan las mujeres.

El currículum educativo, como parte de ese complejo estructural llamado escuela, no queda exento de críticas a estas alturas. Luego de la siguiente definición se comprende la veracidad de algunas críticas. En gran parte de la comunidad educativa se difunde el concepto de currículum como “síntesis de elementos culturales que conforman una propuesta político-educativa pensada e impulsada por diversos grupos y

sectores sociales cuyos intereses son diversos y contradictorios, aunque algunos tiendan a ser dominantes o hegemónicos, y otros tiendan a oponerse o resistirse a tal dominación o hegemonía. Síntesis a la cual se arriba a través de diversos mecanismos de negociación e imposición social”¹³.

¿Cuáles son los elementos que son sintetizados en el currículum?

A pesar de lo dicho hasta aquí, falta presentar 2 conceptos más que nos servirán para entender la transcendencia del diseño curricular y la planificación de los contenidos que se transmiten y reproducen en las escuelas. Ellos son el currículum oculto y el currículum nulo. El primero estaría integrado por un “conjunto de mensajes implícitos en las formas de transmitir el currículum explícito, en la organización misma de las actividades de la enseñanza, y en las relaciones escolares que sustentan el proceso escolar”¹⁵. ¿Qué importancia tienen los mensajes implícitos que se transmiten? La cuestión se vuelve espinosa si pensamos que hombres y mujeres pasan la mayor parte de sus días (de lunes a viernes) durante 13 años (debe sumarse 6 años más como mínimo si van a la Universidad) en las Instituciones educativas, sean públicas o privadas. Queda claro que el paso por la escuela constituye una experiencia formativa con consecuencias indelebles en la vida de cualquier ser humano.

Mientras tanto el currículum nulo alude a “lo que las Escuelas no enseñan”¹⁶. Indagar por el currículum nulo es preguntarse por la ausencia de ciertas consideraciones y perspectivas, o bien observar la falta de valoración de ciertas relaciones y contextos. Lo que no se enseña termina configurando las opciones o perspectivas que no se ofrecen a los estudiantes, cabe la posibilidad de que alumnas/os jamás conozcan

13 DE ALBA, Alicia, *Currículum: crisis, mito y perspectivas*, Miño y Dávila Editores, Buenos Aires, 2000, págs. 58 a 74.

14 Cuadro confeccionado siguiendo la definición de Alicia de Alba. Téngase en cuenta que en todos estos elementos pueden encontrarse tramas de relaciones sociales y de poder, así por ejemplo las instituciones patriarcales, los espacios ocupados por las mujeres, los roles de hombres y mujeres en la sociedad, etc

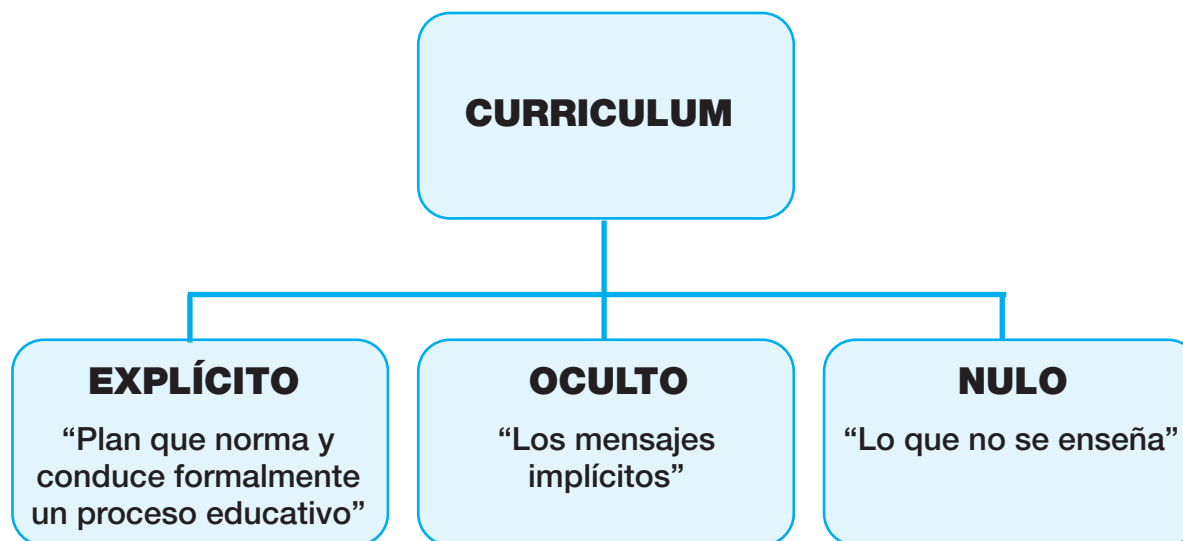
15 ROCKWELL, Elsie, *Dimensiones Formativas de la Escolarización Primaria en México*, Revista Dialogando, Red Latinoamericana de Investigaciones Cualitativas de la Realidad Escolar, 1981, págs. 1 a 18.

16 EISNER, Elliot, *The educational imagination. On the Design and Evaluation of School Programs*, New York, MacMillan Publishing Co., 1985, págs. 97 a 108.

<p>ELEMENTOS CULTURALES SINTETIZADOS POR EL CURRÍCULUM ¹⁴</p>	Hábitos
	Conocimientos
	Valores
	Creencias
	Costumbres

(Fuente: elaboración propia)





(Fuente: elaboración propia)

17 Utiliza porque el sistema patriarcal todavía está presente en la sociedad y en el proceso educativo

18 Esto es revelado por una investigación efectuada en la Facultad de Derecho de La Plata. GONZALEZ, Manuela, y SALANUEVA, Olga, La enseñanza y el género en la Facultad de Derecho de la Plata, Academia, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005, págs. 225 a 244.

19 Núcleos de Aprendizajes Prioritarios para el 3º Ciclo EGB/Nivel Medio para la asignatura Ciencias Sociales, estos NAP fueron aprobados por la Asamblea del Consejo Federal de Cultura y Educación en el año 2004

20 NAP, Acerca del sentido de Núcleos de aprendizajes prioritarios, Ministerio de Educación, Ciencia y Técnica, Buenos Aires, 2004

sobre la perspectiva de género o lo que significa estudiar integrándola en sus análisis.

Retomando el tema de los derechos de las mujeres y su realidad, debe pensarse sobre las consecuencias de no integrar dicha perspectiva en el curriculum explícito, estimo más grave la situación cuando las luchas ancestrales de las mujeres no son consideradas hitos históricos merecedores de una asignatura o de programas integradores (como mínimo).

La educación figura en la lista de las herramientas que utiliza¹⁷ el patriarcado para transmitir valores, conductas y relaciones de poder o mecanismos de dominación. Y esta afirmación

no cae si alguien responde que muchas (o más que antes) docentes mujeres se dedican a la educación. Esto no siempre ha sido así, todavía en la educación universitaria las mujeres buscan ubicarse en posiciones superiores (y estratégicas a la hora de definir la planificación curricular) acaparadas en su mayoría por los hombres¹⁸.

La educación que no incorpora la perspectiva de género invisibiliza a las mujeres, las oculta en los contenidos, las ignora como alumnas o docentes, continúa reforzando la cultura patriarcal. Se re-trasmite la sobrevaloración de lo masculino y la perspectiva androcéntrica de la

Historia y por ende del mundo.

Pero hay que poner atención en algo: no son sólo los varones quienes salen “educados” en valores patriarcales sino también las mujeres.

Si todo esto parece un poco abstracto o medio alejado de la realidad, basta examinar críticamente los NAP para la enseñanza de las Ciencias Sociales. Los NAP¹⁹ (Núcleos de Aprendizaje Prioritarios) componen un conjunto de saberes centrales que incorporados “como objetos de enseñanza contribuyen a desarrollar, construir y ampliar las posibilidades cognitivas, expresivas y sociales que los niños ponen en juego y recrean cotidianamente en su encuentro con la cultura...Serán un organizador de la enseñanza”²⁰. En estas propuestas educativas no encontré una sola alusión explícita a la incorporación de la perspectiva de género en las planificaciones escolares. Leo y releo buscando lo implícito, puedo apenas deducir con esfuerzo algunas cuestiones que podrían relacionarse con la realidad de las mujeres. Hay un apartado titulado “en relación con las actividades humanas y la organización social” donde se sugieren contenidos para el 9º año.

Allí se habla de estratificación, de desigualdad material, de procesos de producción, procesos de construcción de identidades socioculturales y de la memoria colectiva, etc.; los dos puntos que quizás implícitamente podrían señalarse como relacionados a las mujeres y sus derechos apun-



tan a los “cambios producidos en las familias en la Argentina” y al “reconocimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos y ciudadanas”. ¿Qué cosas me quedan de los NAP? 1º Debo aprender a percibir lo explícito y lo implícito (o sigo repitiendo valores masculinos), y 2º ¿se prepara a todas/os las/os docentes para criticar seriamente lo que enseñan?

Tengo en mis manos dos planificaciones o programas²¹. Ambas son de la asignatura llamada “Ciencias Sociales” y pertenecen a instituciones distintas²². Están destinadas a alumnas/os de la Enseñanza Media para Adultos (EGB3A). Paso a realizar el mismo ejercicio, pongo la lupa de la perspectiva de género, y los resultados no se diferencian mucho de los anteriores. En el caso de la Institución privada no hay señal que evidencia la presencia de la perspectiva de género: ni en los objetivos, ni en los contenidos conceptuales, procedimentales y actitudinales. Directamente es el relato de la Historia de los hombres (vale remarcar “varones”).

La otra planificación corresponde a una escuela pública, a la que asisten estudiantes mayores de 16 años, tiene pocas unidades, unas de ellas se refiere a la “Historia de las Sociedades...” y contiene una unidad vinculada al trabajo donde un punto se titula “El trabajo de la mujer”. Y así generalmente se repite en las escuelas día a día, lo universal, que por cierto sigue siendo masculino.

Como abogada no me queda otro camino que

recurrir al Derecho para argumentar en mi defensa. Digo entonces que los derechos de las mujeres fueron pensados como un particular del universal masculino y bajo una concepción de las mujeres como minoría, como población vulnerable (débil). Hay que recordar por ejemplo, que durante años las mujeres se beneficiaron de algunos derechos por extensión, al ser cónyuges de un ciudadano hombre; o les fueron negados derechos, como el sufragio, reconocido hasta inicios del siglo XX²³. Ello provocó la exclusión histórica de las mujeres, representa la invisibilización de las diferencias, diversidad, especificidades y necesidades de la mitad de la población mundial²⁴.

Entonces ¿tengo derecho a la educación con perspectiva de género?: por supuesto que sí. Sostengo que en una sociedad democrática alumnas

y alumnos tienen derecho a recibir una educación cuya planificación y contenidos (conceptuales, actitudinales y procedimentales) tengan perspectivas género sensitivas. Estas perspectivas deben atravesar todo el sistema educativo si pretende lograrse un proceso educativo sustentado en valores de justicia e igualdad.

Desde 1994 tiene jerarquía constitucional en Argentina, entre otros Tratados de Derechos Humanos, el PIDESC (Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Según el artículo 2 del PIDESC los Estados Partes se comprometen a “garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición econó-

21 Tuve acceso a las mismas con motivo de la residencia docente efectuada en el año 2008 y 2009 como parte de la Capacitación Docente.

22 Se trata de una Institución pública y la otra es una Institución privada subvencionada por el Estado

23 El voto femenino se enseña en las Escuelas como el primer y único logro de las mujeres (o mejor dicho de Eva Perón), el desarrollo del tema ocupa un apartado pequeño en los materiales de estudio que se reparten a los alumnos en las Escuelas públicas.

24 INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004.

DOCENTES
CAPACES DE
PLANIFICAR EL
CURRÍCULO CON
PERSPECTIVAS DE
GÉNERO

EDUCACIÓN CON
PERSPECTIVAS
DE GÉNERO
SENSITIVAS



PROMOCIÓN DE
VALORES
DEMOCRÁTICOS E
INCLUSIVOS DE LAS
MUJERES



(Fuente: elaboración propia)



mica, nacimiento o cualquier otra condición social". Para entender los alcances de este Pacto es imprescindible acudir a la "Observación N° 13" efectuada en 1999 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵. Esta Observación realiza algunas recomendaciones sobre como debe interpretarse el PIDESC, especialmente en lo relativo a su artículo 13²⁶. Así, por ejemplo:

1. La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente.

2. La educación debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre. Este objetivo es común al artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁷.

3. Los Estados Partes tienen la obligación de velar por que la educación se adecue a los pro-

pósitos y objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13, interpretados a la luz de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (Jomtien, Tailandia, 1990) (art. 1), la Convención sobre los Derechos del Niño (párrafo 1 del artículo 29), la Declaración y Plan de Acción de Viena (parte I, párr. 33, y parte II, párr. 80), y el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos (párr. 2). Todos estos textos jurídicos son vinculantes para los Estados Partes e incluyen elementos que no están contemplados expresamente en el PIDESC, por ejemplo: la igualdad entre los sexos y el respeto del medio ambiente. Estos nuevos elementos estarían implícitos y reflejan una interpretación contemporánea del párrafo 1 del artículo 13.

4. La prohibición de la discriminación del PIDESC no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente. Esto es conforme la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra

las discriminaciones en la esfera de la enseñanza y de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales (Convenio N° 169).

En Argentina la Ley 26.206 (de Educación Nacional) regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender. Mediante esta ley el Estado garantiza el acceso de todos/as los/as ciudadanos/as a la información y al conocimiento como instrumentos centrales de la participación en un proceso de desarrollo con crecimiento económico y justicia social. Entre los fines y objetivos de la política educativa nacional figuran: a) Asegurar una educación de calidad con igualdad de oportunidades y posibilidades, sin desequilibrios regionales ni inequidades sociales; b) Brindar una formación ciudadana comprometida con los valores éticos y democráticos de participación, libertad, solidaridad, resolución pacífica de conflictos, respeto a los derechos hu-

²⁵ Estos Derechos son reconocidos por el Sistema Universal de los Derechos Humanos.

²⁶ Art. 13: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene así-

mismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. 2 (...)"

²⁷ "Art. 26: Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales..."





manos, responsabilidad, honestidad, valoración y preservación del patrimonio natural y cultural; c) Asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo; d) Garantizar, en el ámbito educativo, el respeto a los derechos de los/as niños/as y adolescentes; e) Promover en todos los niveles educativos y modalidades la comprensión del concepto de eliminación de todas las formas de discriminación.

El Estado debe garantizar las condiciones materiales y culturales para que todos/as los/as alumnos/as logren aprendizajes comunes de buena calidad, independientemente de su origen social, radicación geográfica, género o identidad cultural.

En el marco de esta ley la formación docente tiene la finalidad de preparar profesionales capaces de enseñar, generar y transmitir los conocimientos y valores necesarios para la formación integral de las personas, el desarrollo nacional y la construcción de una sociedad más justa.

Será el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, quienes fijarán y desarrollarán políticas de promoción de la igualdad educativa,

destinadas a enfrentar situaciones de injusticia, marginación, estigmatización y otras formas de discriminación, derivadas de factores socioeconómicos, culturales, geográficos, étnicos, de género o de cualquier otra índole, que afecten el ejercicio pleno del derecho a la educación.

El Estado debe garantizar las condiciones materiales y culturales para que todos/as los/as alumnos/as logren aprendizajes comunes de buena calidad, independientemente de su origen social, radicación geográfica, género o identidad cultural.

Por ley formarán parte de los contenidos curriculares comunes a todas las jurisdicciones:

a) El conocimiento de los derechos de los/as niños/as y adolescentes establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley N° 26.061;

b) Los contenidos y enfoques que contribuyan a generar relaciones basadas en la igualdad, la solidaridad y el respeto entre los sexos, en concordancia con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, con rango constitucional, y las leyes N° 24.632 y N° 26.171...".

Posteriormente formula que los/as alumnos/as tienen derecho a una educación integral e igualitaria en términos de calidad y cantidad, que contribuya al desarrollo de su personalidad, posibilite la adquisición de conocimientos, habilidades y sentido de responsabilidad y solidaridad sociales

y que garantice igualdad de oportunidades.

La Constitución de la Provincia de Tucumán dispone en su artículo 24 que el Estado Provincial deberá promover medidas de acción positiva y remover los obstáculos para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución, la Constitución Nacional, y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, los jóvenes, los ancianos, las personas con discapacidad y las mujeres. Además explícitamente reconoce: El hombre y la mujer tienen iguales derechos conforme con su naturaleza psicofísica y competencia, y la segunda no podrá ser objeto, en el carácter de tal, de una discriminación desfavorable en el campo del trabajo subordinado.

Concordantemente la Ley de Educación Provincial (anterior a la Constitución vigente en la Provincia) en su artículo 1° manda que "la Educación es un bien social y por lo tanto, un derecho inalienable de todos los hombres y mujeres de la Provincia de Tucumán, a quienes posibilitará la formación integral y permanente..., que se realicen como personas en las dimensiones cultural, social, estética, ética y religiosa, acorde con sus capacidades, guiados por los valores de vida, libertad, bien, verdad, paz, solidaridad, tolerancia, igualdad y justicia; capaces de elaborar, por decisión existencial, su propio proyecto





de vida; ciudadanos responsables, protagonistas críticos, creadores y transformadores de la sociedad..”.

¿Qué sucede con la Educación Superior? Según la Ley N° 24.521²⁸ (de 1995) la Educación Superior tiene por finalidad desarrollar las actitudes y valores que requiere la formación de personas responsables, con conciencia ética y solidaria, reflexiva, crítica, capaz de mejorar la calidad de vida, consolidar el respeto al medio ambiente, a las instituciones de la República y a la vigencia del orden democrático. Otra finalidad destacable es la de profundizar los procesos de democratización en la Educación Superior; contribuir a la distribución equitativa del conocimiento y asegurar la igualdad de oportunidades. En vista de lo declarado por la ley no sería irrazonable pensar en la incorporación de la perspectiva de género en las planificaciones universitarias, de manera interdisciplinaria y transversal, toda vez que la democracia se vería favorecida paralelamente con el desarrollo personal también en esta instancia de la educación.

Para esta norma todos los estudiantes de las instituciones estatales de educación superior tienen derecho a acceder al sistema sin discriminaciones de ninguna naturaleza, y entre las funciones básicas de las instituciones universitarias se cuenta: formar y capacitar científicos, profesionales, docentes y técnicos, capaces de



28 Están comprendidas dentro de la ley de Educación superior las instituciones de formación superior, sean universitarias o no universitarias, nacionales, provinciales o municipales, tanto estatales como privadas, todas las cuales forman parte del Sistema Educativo Nacional regulado por la ley 24.195

29 Según esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado

actuar con solidez profesional, responsabilidad, espíritu crítico y reflexivo, mentalidad creadora, sentido ético y sensibilidad social, atendiendo a las demandas individuales, en particular de las personas con discapacidad, desventaja o marginalidad, y a los requerimientos nacionales y regionales.

En conclusión todos los sujetos comprendidos en la Ley de Educación Superior no quedan exentos de participar de un proceso de educación crítico y reflexivo, similar al que se pro-

pone con la incorporación de las pautas aquí presentadas.

En el ámbito internacional de protección de los Derechos Humanos se registra la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Para)²⁹ vigente en Argentina y con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 CN). Queda reconocido por la Convención de Belem Do Para el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tal derecho





incluye, entre otros: el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación; y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Por cierto que en esta Convención los Estados Partes se obligaron a adoptar medidas específicas para fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos. Asimismo se constriñeron a modificar con dichas medidas los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres; una herramienta a tal fin es el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer.

Los Estados Partes que ratificaron la Convención sobre la Eliminación de todas las formas

de discriminación contra la Mujer (CEDAW)³⁰, entre ellos Argentina (art. 75, inciso 22 CN), deberán tomar todas las medidas apropiadas para cambiar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Para la CEDAW erradicar la discriminación contra las mujeres en el terreno educativo significa: a) la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza; y b) el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

dientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Pautas para incorporar la perspectiva de género en la enseñanza

¿Se busca igualar las mujeres a los hombres? ¿O se busca diferenciarlas?. Las repuestas a estas aparentemente sencillas preguntas son las que indican la aparición histórica del feminismo de la igualdad³¹ y el feminismo de la diferencia. El primero reclamó siempre igual tratamiento para hombres y mujeres, eliminación de las discriminaciones entre hombres y mujeres, y la concepción de las mujeres como sujetos dotados de plena autonomía que no necesitan reglas proteccionistas especiales. A posteriori, ya en los años 70 se gesta un cambio en el seno del movimiento feminista con la llegada del feminismo de la diferencia. El feminismo de la diferencia se basa en el reconocimiento y la valoración de los caracteres femeninos (biológicos, psicológicos, morales y culturales). Se pasa de la negación de la diferencia a la afirmación y la lucha por la diferencia femenina.

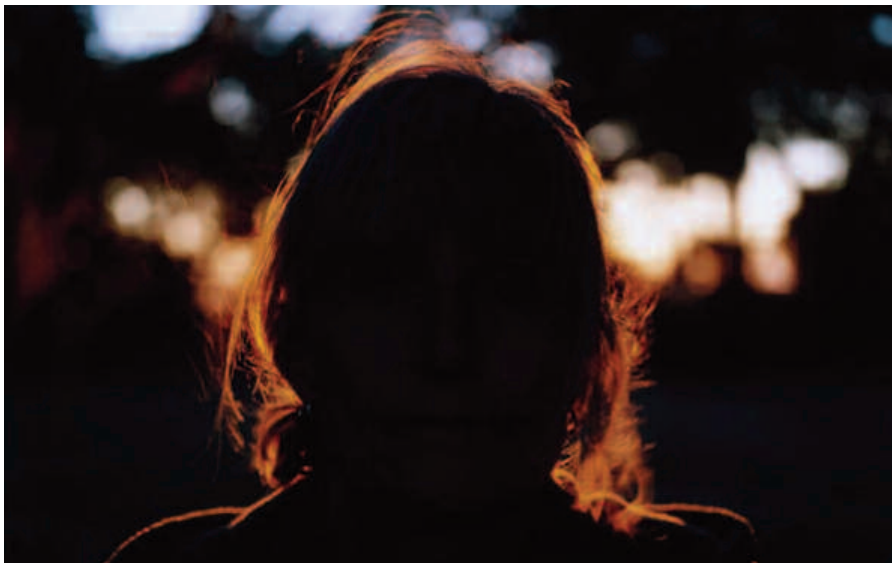
Existen varias corrientes dentro del mismo feminismo, aunque pueden sintetizarse unos puntos en común:

1. Mientras las necesidades de los hombres se equiparen a las necesidades humanas y las ne-

³⁰ Según la CEDAW la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, indepen-

³¹ El movimiento feminista de la primera etapa del Siglo 20. FACCHI, Alejandra, El pensamiento feminista sobre el Derecho, Revista Academia, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005, págs. 27 a 47.





32 Pienso que esto se aplica a la educación y sus contenidos: las mujeres somos un punto en un programa o en una planificación escolar.

33 SEGOVIA, Juan Fernando, Teoría de los Derechos Constitucionales, Derecho Público Provincial y Municipal, Editorial FEDYE, Argentina, 2004, págs. 1 a 24

34 SABA, Roberto, (Des)igualdad estructural, El derecho a la igualdad, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, págs. 163 a 196

35 Ver el fallo jurisprudencial de la Corte (setiembre de 2008) que autoriza a T. Luna a cambiar su identidad en el DNI sin necesidad de una cirugía que altere sus genitales masculinos.

36 FACIO, Alda, y FRIES, Lorena, Feminismo, género y patriarcado, Revista Academia, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005, págs. 259 a 294

37 LOPEZ FLORES, Carolina, La mujer y los derechos sexuales y reproductivos: hacia el ámbito de lo público, Revista Iustitia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, 2009

38 En términos de C. MacKinnon: "mainstreaming".

cesidades de las mujeres sean tratadas como "específicas", el derecho seguirá siendo androcéntrico (no objetivo, no neutral y parcial a favor del sexo masculino).

2. El hecho de que se califiquen de especiales a las necesidades o demandas femeninas³² provoca que esas necesidades sean vistas como derechos de menor valor o cuya eficacia merezca dudas³³.

Incluso en Argentina ya no caben dudas en la Jurisprudencia: la igualdad de trato ante la ley que se establece en el artículo 16 de la Constitución Nacional no significa que el Estado deba tratar a todas las personas del mismo modo, o sea tratar a todos los individuos como si fueran los mismos³⁴. Es el tiempo de agudizar el ingenio y volcar en el proceso educativo esta certeza sensibilizando a docentes y alumnas/os respecto de la cuestión de género.

Y ¿qué es el género? ¿De que estamos hablando cuando decimos "perspectiva de género"? Primero diremos con el respaldo de bastante doctrina, que el género no es el sexo³⁵. El género es una categoría social (similar a la raza, la clase, la edad) que atraviesa y es atravesada por todas las otras categorías sociales³⁶. El género tiene su base en el sexo (como fenómeno natural reflejado en las características anatómicas, hormonales o biológicas) y como concepto alude a al conjunto de características, comportamientos, roles y valores impuestas dicotómicamente

a cada sexo a través de procesos de socialización³⁷. Esa valoración dicotómica (en pares de dos) se refuerza y mantiene por las instituciones patriarcales, dentro de esta línea de razonamiento, debe observarse que las características asignadas a los hombres son las mismas que se asignan al género humano (universal). El hombre termina siendo el paradigma o modelo de lo humano y la mujer es lo "otro".

Mujer y género no son sinónimos (aunque se usan cotidianamente así), esto es determinante a la hora de desarrollar políticas públicas, y por que no una planificación escolar, en tanto que la incorporación de la perspectiva de género³⁸ no debe referirse absolutamente a las mujeres sino que también incluye a los varones. Reafirmo lo dicho en párrafos anteriores: las mujeres no somos un grupo vulnerable que forma parte de la sociedad, no representamos una minoría en la población (somos la mitad). Si podría entenderse que las mujeres representan a un grupo altamente vulnerabilizado por la sociedad y sus instituciones patriarcales.

La perspectiva de género o perspectivas de género-sensitivas no procuran que la mujer ocupe el lugar central que durante tantos años ocupó el hombre. El objetivo es poner en el centro de cualquier análisis e interpretación de la realidad "las relaciones de poder entre hombres y mujeres".



La perspectiva de género o perspectivas de género-sensitivas no procuran que la mujer ocupe el lugar central que durante tantos años ocupó el hombre. El objetivo es poner en el centro de cualquier análisis e interpretación de la realidad “las relaciones de poder entre hombres y mujeres”.

Estas formas de ver la realidad visibilizan o sacan a la luz los distintos efectos causados por la construcción cultural de los géneros, desde allí se hacen propuestas para desarticular y reconstruir nuevamente los géneros bajo el principio de no discriminación. La perspectiva de género feminista recolecta la experiencia del género femenino y su lucha por desterrar los sistemas de dominación masculinos.

Sintetizando algunas ideas claves podemos decir sobre la perspectiva de género que:

- Es una herramienta teórico-metodológica que se materializa en una forma de conocer o mirar la realidad para actuar en esa realidad (como si fuera una lupa especial).
- Pone de manifiesto las limitaciones que afectan el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos de las mujeres.

● Explica las características, relaciones y comportamientos sociales de hombres y mujeres en sociedad, su origen y su evolución, destacando la existencia real del género femenino y masculino.

● Permite el diseño de políticas públicas que generan acciones a favor de las mujeres considerando el contexto en cada una vive y se desarrolla.

● Puede aplicarse en todos los ámbitos de la vida (públicos y privados).

● Facilita la evaluación del impacto que tienen las políticas, los programas o la legislación, entre otros, en hombres y mujeres (de manera diferencial) para impedir que se perpetúe la desigualdad en el goce de los derechos humanos.

Es prioritario para incorporar la perspectiva de género en la educación ver y comprender todas las formas y modalidades en que la “mirada masculina” se encuentra asumida como humana (universal) y posteriormente corregirlas.

Estas fueron algunas pautas y premisas a tener en cuenta cuando planifiquemos la incorporación de la perspectiva de género en la educación.

La educación con perspectiva de género en el NOA: ¿Qué implica?

Implica preguntarse en una primera instancia por la escuela y su rol en la construcción de

los nuevos conceptos de género. Los procesos educativos, las planificaciones escolares y todas las actividades que se generan en la escuela deben incluir (no omitirlos) los múltiples ejes de la desigualdad, los diferentes estratos sociales, las distintas etnias, los variados colectivos culturales y los diferentes sexos³⁹. Esto es la transversalidad, la educación con perspectiva de género debe atravesar de un lado a otro el proceso educativo, en todos los niveles (desde el jardín de infantes hasta la Universidad) y en todas las esferas.

La escuela no es un espacio neutral porque en ella se recrean valores de todo tipo, pero sobre todo su postura ante la sociedad y la historia no debe ser neutral, porque eso simboliza caer en lo mismo de siempre: repetir los errores, repetir la misma historia construida por hombres, pensar en la construcción de un ambiente sano gracias a la acción de hombres⁴⁰, aprender literatura en claves masculinas, pensar a la sociedad democrática con teoría políticas androcéntricas y seguir, por supuesto estudiando a las mujeres en las relaciones de familia y con la “conquista” del voto femenino⁴¹.

Toca poner de relieve que la incorporación de la perspectiva de género en el NOA debe ser coherente con la situación de las alumnas/os de la región, y puede inclusive focalizarse en las estudiantes y los estudiantes de la zona donde se encuentra la institución escolar. La experiencia

39 RODRIGUEZ MARTINEZ, Carmen, *Educación a la ciudadanía*, Editorial Miño y Dávila, Buenos Aires, 2008, Capítulo 2.

40 Hoy se propone incluso incorporar la perspectiva de género en la protección del ambiente.

41 LOBATO, Zaida Mirta, *¿Tienen derechos las mujeres?*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2008, Capítulo 3.





diaria nos muestra que la clase social, los ingresos económicos, la familia (y sus antecedentes en la educación), el acceso al goce y ejercicio de los derechos humanos (trabajo, vivienda, agua potable, información, salud sexual y salud reproductiva, etc.) tienden a determinar la relación entre el estudiante, la escuela y el proceso educativo (en cuanto a su eficacia). La vida de las mujeres y hombres de los pueblos originarios de la región es un factor a iluminar con la perspectiva de género si queremos tener un currículum verdaderamente democrático.

A veces la participación del profesorado no tiene intenciones serias de priorizar la mejora social o no se compromete moralmente (ni profesionalmente) con la formación de ciudadanas/os libres, no le interesa la “calidad de la educación”

El Profesorado es y será un agente esencial en el cambio del rumbo. A veces la participación del profesorado no tiene intenciones serias de priorizar la mejora social o no se compromete moralmente (ni profesionalmente) con la formación de ciudadanas/os libres, no le interesa la “calidad de la educación”. En ocasiones

parece ser suficiente con evitar cualquier desestabilización a la organización de la escuela o a la gestión de algún Director/a, falta el tiempo para sentarse a pensar críticamente el currículum y sobran los cursos para sumar puntajes en las Juntas Docentes. La carrera es despiadada y a la vez es triste porque ni miles de cursos aprobados garantizarán un buen docente si a éste le falta “voluntad crítica”.

Maestras/os son responsables de la “calidad y equidad del currículum”, pero el Estado sigue allí como el Principal responsable del control democrático de la calidad educativa.

Conclusiones

La perspectiva de género está presente en la protección nacional e internacional de los derechos humanos, especialmente en Argentina desde 1994 (CN artículo 75, inciso 18, 22 y otros).

En consecuencia el currículum educativo en todos los niveles del proceso educativo debe reflejar el reconocimiento de los derechos de las mujeres en términos de transversalidad y con valores democráticos. También no deben omitirse las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, ni los ejes problematizadores referidos a las situaciones de discriminación experimentadas por grupos vulnerabilizados por la sociedad.

La escuela resulta ser un “foro masivo”, por la

gratuidad y por que a ella asisten miles de personas durante aproximadamente 20 años de sus vidas (si suma la etapa universitaria); la escuela se erige como la “institución por excelencia” donde se comparten por docentes y alumnas/os: conocimientos, valores, normas y prácticas sociales. No es neutra, no debe ser neutra en el sentido de favorecer a las relaciones que invisibilizan a las mujeres. Hoy es un espacio donde las mujeres ejercen sus derechos, un lugar fuera del ámbito privado de la familia, la zona donde proyectan sus planes de vida (carreras, empleos, familia, etc.) y se forman como ciudadanas.

Las mujeres tenemos el derecho a recibir una educación de calidad, que incluya la perspectiva de género y que involucre a los hombres en la desarticulación y recomposición de las relaciones entre los géneros. Esta no es mi sensación, es mi derecho y es un deber que no reconoce un único obligado. Y nacen las preguntas de rigor para reflexionar: ¿Cómo está incorporada la perspectiva de género en las Carreras de la Facultad de Derecho de la UNT? ¿Cuánto se avanzó en la democratización de los programas de estudio en esta Facultad de Derecho? ¿Cuántas y cuáles son las asignaturas que incorporaron la perspectiva de género en sus diseños curriculares?. Estos son los nuevos desafíos que se avecinan y que merecen un lugar de debate, difusión y solución en la comunidad educativa.





Retrocediendo al suceso que sembró la certeza acerca de que las mujeres somos un punto más en un programa, debo agregar que felizmente la Profesora de Historia que dirigía la clase dijo a todas/os las/os presentes: “la Historia no es meramente descriptiva, las Ciencias Sociales no pueden ser meramente descriptivas, cuando enseñen Historia no repitan como loro lo que saben, ustedes tienen que criticar, piensen lo que dicen porque van a ser Profesores y eso es importante...”. Tomo este sabio consejo para quienes forman la comunidad educativa de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán: estudiar el derecho, enseñar el derecho y ejercer el derecho no debe ser un mero acto repetitivo y sin sentido, por el contrario la autocrítica, la reflexión y el compromiso social deben ser valores, aptitudes y actitudes que se promuevan a diario en cada clase, en cada material bibliográfico y en cada programa, y esto no es por mero capricho sino por como argumentamos en las líneas anteriores, así lo manda la Ley.

La perspectiva de género está presente en la

protección nacional e internacional de los derechos humanos, especialmente en Argentina desde 1994 (CN artículo 75, inciso 18, 22 y otros).

En consecuencia el curriculum educativo en todos los niveles del proceso educativo debe reflejar el reconocimiento de los derechos de las mujeres en términos de transversalidad y con valores democráticos. También no deben omitirse las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, ni los ejes problematizadores referidos a las situaciones de discriminación experimentadas por grupos vulnerabilizados por la sociedad.

La escuela resulta ser un “foro masivo”, por la gratuidad y por que a ella asisten miles de personas durante aproximadamente 20 años de sus vidas; la escuela se erige como la “institución por excelencia” donde se comparten por docentes y alumnas/os: conocimientos, valores, normas y prácticas sociales. No es neutra, no debe ser neutra en el sentido de favorecer a las relaciones que invisibilizan a las mujeres. Hoy es un espacio donde las mujeres ejercen sus de-

rechos, un lugar fuera del ámbito privado de la familia, la zona donde proyectan sus planes de vida (carreras, empleos, familia, etc.) y se forman como ciudadanas.

Las mujeres tenemos el derecho a recibir una educación de calidad, que incluya la perspectiva de género y que involucre a los hombres en la desarticulación y recomposición de las relaciones entre los géneros. Esta no es mi sensación, es mi derecho y es un deber que no reconoce un único obligado.

Retrocediendo al suceso que sembró la certeza acerca de que las mujeres somos un punto más en un programa, debo agregar que la Profesora de Historia que dirigía la clase dijo a todas/os las/os presentes: “la Historia no es meramente descriptiva, las Ciencias Sociales no pueden ser meramente descriptivas, cuando enseñen Historia no repitan como loro lo que saben, ustedes tienen que criticar, piensen lo que dicen porque van a ser Profesores y eso es importante...”. FIN. ❖

Una sexualidad sin rótulos...

Falta de adecuación de la normativa vigente a los parámetros internacionales y nacionales en torno a la diversidad afectivo sexual y distintas identidades de género.

Augusto Moeykens / Abogado

Precisiones previas: Antecedentes históricos y científicos sobre la discriminación por orientación sexual e identidad de género

Son numerosos los antecedentes que pueden indicarnos que la personas con una orientación sexual diversa o de diversa identidad de género no padecen ningún tipo de patología a raíz de su orientación sexual o de la propia conformación de la identidad de género, tan es así que desde distintos organismos y centros científicos nacionales o internacionales han sido categóricos en afirmarlo y rechazar por completo esta idea patologizante que tiene algún sector sobre las diferentes expresiones de la sexualidad.

La Asociación Americana de Psiquiatría en el año 1973 suprimió la homosexualidad de la lista de patologías mentales, la Asociación Americana de Psicología en 1975¹, y en 1990 la Organización Mundial de la Salud también lo hizo,

sin embargo estas organizaciones reconocieron que la persona que no acepta su sexualidad, puede sufrir depresión, ansiedad, angustia y otros desordenes, aunque estos entre otros, se deben a presiones familiares y sociales que pueden sufrir los sujetos con una de sexualidad diferente a la heteronormativa, impuesta a través de la idea “culturalizante” de una sexualidad o de género dual o binario².

Según Freud en su libro *Tres Ensayos Para Una Teoría Sexual*³, establece: Varios hechos nos demuestran que los “invertidos” no puedan considerarse [...] como degenerados: 1. Porque se halla la inversión en personas que no muestran otras graves anormalidades. 2. Porque aparece asimismo en personas cuya capacidad funcional no se haya perturbada, y hasta en algunas que se distinguen por un gran desarrollo intelectual y elevada cultura ética (...) Debe tenerse en cuenta que la inversión fue una mani-

festación frecuentísima, y casi una institución, encargada de importantes funciones, en los pueblos antiguos en el cenit de su civilización. A través de estas afirmaciones la ciencia antigua elaboró una de las primeras tesis que sostienen que la expresión diversa de la sexualidad no es agente causal de ninguna alteración psicofísica.

Michael Foucault en su libro *Historia De La Sexualidad* afirma que las categorías sexuales responden en su amplia mayoría a construcciones históricas y culturales. Esta idea surge a partir del siglo XXI y sostiene que existen individuos que se identifican, y a quienes otros identifican, como seres esencialmente diferentes por su comportamiento sexual; es por esto que el autor explica que distintos factores de definición de la sexualidad o caracteres que se podían poseer en forma momentánea, se convierten en comportamientos perfectamente

¹ Marina Castañeda, *La Experiencia Homosexual*, Editorial Paidós, capítulo 1.

La identidad homosexual: aspectos biológicos y sociales.

² Cuando en este trabajo se haga referencia a una sexualidad dual o binaria o de código binario, haré referencia a la concepción actual de la sexualidad, que solo admite dos sexos y tan solo dos formas de comportarse y ser en relación a estos

³ Sigmund Freud, *tres ensayos para una teoría* (1905), *Obras completas*, t.II, p.1174.





Marina Castañeda sostiene que la homosexualidad o lesbianismo se explicarían a través de lo que se definiría como un fenómeno multicausal, ya que considera que a la sexualidad se la delimitaría a través de la combinación de factores genéticos, hormonales, sociales, familiares y personales.

identificables en la sociedad, a los que cada uno podía pertenecer o no. Por tal motivo el autor afirma: “El sodomita⁴ había sido una aberración momentánea; el homosexual se volvió una especie”⁵.

Por otra parte Marina Castañeda sostiene que la homosexualidad o lesbianismo se explicarían a través de lo que se definiría como un fenómeno multicausal, ya que considera que a la sexualidad se la delimitaría a través de la combinación de factores genéticos, hormonales, sociales, familiares y personales⁶. A mi criterio esta explicación también se haría extensiva a la multiplicidad de expresiones de la sexualidad existentes, como también a las distintas expresiones de género, ya que es de considerarse que un fenómeno tan complejo no puede ser reducido de manera simplista y mucho menos decirse esto del comportamiento y el deseo humano. Considero que se hace extensivo a las otras manifestaciones de la sexualidad,

ya que con el mismo criterio que puede explicarse el deseo o la pulsión de una persona homosexual, puede explicarse el deseo de una persona travestí o transgénero en relación a su deseo sexual.

John Money fue quien aseguró que la asignación del sexo y el sexo de crianza predecían mejor que el sexo biológico al género que un hermafrodita adoptaría en la adultez; esta doctrina se encasillaría en la idea de que la sexualidad es una construcción cultural. Según Money la manera en la que las personas son criadas sumado a la forma de sus genitales, son criterios suficientes para determinar el sexo/genero de una persona. El mismo sostenía que la identidad de género es “corregible” hasta aproximadamente los dieciocho meses de edad y la cirugía de reasignación del sexo debe realizarse cuando el tamaño del pene estirado es menor de 2 cm. Este criterio de atribución del sexo responde a una concepción fálica de la sexualidad de los individuos, ya que jerarquizaba el tamaño del pene o poder del falo de la persona para considerarlo útil o no a fin de pertenecer a una u otra categoría de sexo/genero⁷.

Las novedosas discusiones e interpretaciones de la sexualidad y de las identidades de género se plantean a partir del descubrimiento y profundización sobre la temática de la intersexualidad, como así también la mirada diversa que se puede tener sobre estas, ya que este grupo de

⁴ La sodomía era una conducta fuertemente penada en la época de la inquisición, tan es así que las personas que la practicaban y que posteriormente eran descubiertas, serían pasibles de la pena de muerte por asfixia en el lodo. Dicho ritual se llevaba a cabo en la parte posterior de los templos o instituciones, en pozos de lodo creados para llevar a cabo tal ejecución y que al pueblo le estaba vedado conocer u observar a diferencia de lo que ocurría con las brujas, por el carácter vergonzante de tal conducta. La conducta referida no responde a los cánones establecidos por la iglesia en esa época, la obediencia y la reproducción.

⁵ Michel Foucault, Historia de la Sexualidad, Vol. 1.

⁶ Marina Castañeda, La experiencia Homosexual, editorial Paidós, Pág. 27, 1° edición (1999).

⁷ El término sexo se relaciona con la estructura anatómica de una persona, mientras que el término género se relaciona con una condición psicológica y social impuesta o adoptada, en otras palabras se refiere a la idea que tiene una sociedad en como niñas, niños y hombres y mujeres deben comportarse y también refiere al trato que deben recibir. Véase Milton Diamond, Sex and Gender are Different: sexual Identity and Gender Identity are different, [http://www.hawaii.edu/pcss/online/intersex/sexual I G WEB.html](http://www.hawaii.edu/pcss/online/intersex/sexual%20IG%20WEB.html). Dado que aún se vive en una sociedad que toma el sexo biológico como la base para definir el género de una persona en algunas partes de este trabajo parecerá que ambos conceptos puedan confundirse, ya que hasta el día de la fecha no puede admitirse que existan otras modalidades de atribución de género a una persona.





personas no responden a la concepción dual imperante en relación a la determinación del sexo de una persona.

Conforme los profesionales médicos, existen muchos factores que contribuyen a la determinación del sexo de un individuo 1) el sexo genético o cromosómico -XY y XX-; 2) el sexo gonadal (glándulas reproductivas sexuales)- testículos y ovarios; 3) el sexo morfológico interno (determinado luego de tres meses de gestación)- vesículas seminales/próstata o vagina/utero/ trompas de falopio; 4) el sexo morfológico externo (genitales) pene- escroto o clítoris/labia; 5) el sexo hormonal -andrógenos y estrógenos-; 6) el sexo fenotípico (características sexuales secundarias) pelo facial- pelo en el pecho o senos; 7) el sexo asignado y el género de crianza; 8) la identidad sexual⁸. Si todos estos son coincidentes se dice que el sexo/genero de una persona es masculino o femenino.

En una persona intersexual uno o mas de estos factores son incongruentes entre si; o también puede suceder que exista correlación dentro de cualquiera de estos factores como sucede con las personas hermafroditas⁹. Existen al menos tres docenas de variaciones sexuales bien documentadas que resultan en lo que se conoce como intersexualidad¹⁰; ya que como lo establecen las estadísticas más del 1,2 de todas las personas que nacen son intersexuadas.

8 Laura Saldivia, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 8, Numero 1, 2007.Pág. 138.

9 Intersexualidad gónadal verdadera: aquí la persona debe tener tanto tejido ovárico como testicular. Esto podría ser en la misma gónada (un ovotestículo) o la persona podría tener un ovario y un testículo. La persona puede tener cromosomas XX, cromosomas XY o ambos. Los genitales externos pueden ser ambiguos o pueden tener apariencia masculina o femenina. Esta "afección" solía llamarse hermafroditismo verdadero. En la mayoría de las personas con intersexualidad gonadal verdadera, la "causa" subyacente se desconoce, aunque en algunos estudios con animales ha sido ligada a la exposición a pesticidas comunes para la agricultura.

10 Laura Saldivia, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 8, Numero 1, 2007.Pág. 138.

11 Estadística elaborada por Anne Fausto-Sterling, Sexing the Body cit ut.supra nota 1, Pág. 53.



Cerca uno en dos mil infantes nace visiblemente intersexuado mientras que otros se detectan mas tarde¹¹.

En los últimos tiempos, la opinión de muchos expertos ha cambiado respecto a la asignación del sexo/ género de las personas intersexuales. Un mayor respeto por las complejidades del

funcionamiento sexual femenino los ha llevado a concluir que los genitales femeninos insuficientes pueden no ser intrínsecamente mejores que los genitales masculinos insuficientes, incluso si la reconstrucción es "más fácil". Además, otros factores pueden ser más importantes en la satisfacción del sexo que los





Ahora muchos expertos instan a demorar la cirugía definitiva de reasignación del sexo por el mayor tiempo que sea sano hacerlo y lo ideal es que se involucre al niño en la decisión sobre su sexo.

12 <http://www.nlm.nih.gov/meldlineplus/spanish/ency/article/001669.htm>.

13 Laura Saldivia, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 8, Numero 1, 2007, Pág. 140.

14 La idea de la variación consiste en asimilarla a la gama de colores existentes en la naturaleza como el rojo, naranja, morado, azul, rosa, celeste, etc. del mismo modo, en el que existen personas con colores de piel marrón claro, oscuro o que oscilan entre otras tonalidades, la naturaleza nos presenta personas cuyos penes, clítores son diferentes y variados. No por este criterio determinaremos la vida de una persona. Laura Saldivia, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 8, Numero 1, 2007, Pág. 140.

genitales externos funcionales. Los factores cromosómicos, neurales, hormonales, psicológicos y conductuales pueden todos influir en la identidad sexual.

Ahora muchos expertos instan a demorar la cirugía definitiva de reasignación del sexo por el mayor tiempo que sea sano hacerlo y lo ideal es que se involucre al niño en la decisión sobre su sexo.

Claramente, la intersexualidad es un asunto complejo y su tratamiento tiene consecuencias a corto y a largo plazo. La mejor respuesta dependerá de muchos factores, incluyendo la causa específica de dicha "afección". Es mejor tomarse el tiempo para comprender el asunto antes de apresurarse a tomar una decisión. Un grupo de apoyo para la intersexualidad puede ayudar a las familias a enterarse de las últimas investigaciones, y puede brindar una comuni-

dad de otras familias, niños y adultos que han enfrentado la misma situación¹². En todo caso podrían surgir, además, dudas de trascendencia identitaria por parte del niño y sería óptimo brindarle el apoyo pertinente por parte de su familia y la sociedad en general en su decisión.

El doctor Diamond considera que la naturaleza establece un límite a la identidad de género y es dentro de estos límites que las interacciones sociales juegan y se van formulando los roles de género. Además, sostiene que no existe evidencia de los postulados relativos a que las personas son psicosexualmente neutrales cuando nacen o que un desarrollo psicosexual sano es dependiente del aspecto de los genitales sino que, por el contrario, esta convencido de que hay predisposición psicosexual innata en la sexualidad de una persona¹³

Por ejemplo, el doctor William Reiner, que en el pasado había realizado este tipo de cirugías, comenzó a observar infantes que cuando eran bebés se les asignó uno de los dos sexos y que algunos años más tarde comenzaron a identificarse como del sexo o género contrario. Según este médico existe evidencia suficiente para afirmar que hacer a los nacimientos intersexuales invisibles transformando su "ambigüedad", ha significado negar a las personas transgénero una amplia y rica gama de posibilidades de realización personal. Una manera de entenderla consiste en verla como una categoría social-

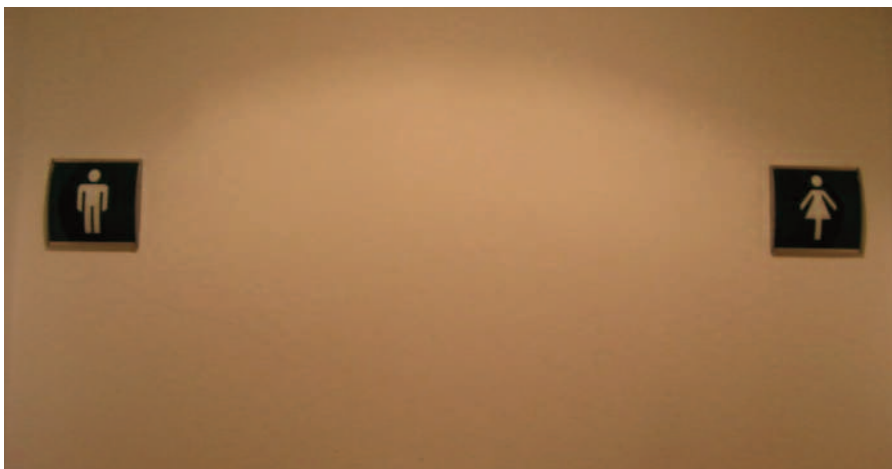
mente construida que refleja una real variación¹⁴.

Por último es importante dejar en claro que antes de producir cualquier tipo de cambio en la estructura física de una persona sin ningún tipo de certeza científica, como bien ha quedado demostrado hasta ahora, con las consecuencias casi irreversibles que ella provoca (Por ejemplo: Cliterectomías) y teniendo en cuenta que las opiniones doctrinarias al respecto no son unívocas, es importante dejar a decisión de la persona cuál será la forma en la que se desarrollará como individuo en la comunidad a la que pertenece, circunstancia u hecho que por último será una de las más respetuosas de la identidad creada por sí mismos. Sin dejar de tener en cuenta que la sociedad, la familia y la cultura tienen que estar preparadas para convivir con las diferentes formas de existencia que puedan darse en una comunidad. Hay que tener presente que por mucho o pocos que sean los casos de personas intersexuadas o las conformaciones sexuales e identidades de género diversas, son todas subjetividades que tienen derechos y que los mismos les son negados en muchos lugares del mundo.

La discriminación en torno a la sexualidad e identidad de género

En la sociedad existe un espectro de las diferentes expresiones de la sexualidad: Gays, Les-





15 Saba, Roberto, Discriminación, trato igual e inclusión, en Abregú, Martín, y Courtis, Christian (comps.), La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, Pág. 561 y siguientes.
http://www.robertexto.com/archivo14/discr_itrato_inclusion.htm

16 En el libro de Xavier Lizarraga Cruchaga puede leerse lo siguiente "Aunque los tribunales de Castilla no volvieron a ejercer jurisdicción sobre la sodomía, la inquisición de Aragón adoptó ahora poderes oficiales contra ese delito. El 25 de febrero de 1524, el Papa Clemente VII promulgó un breve decreto concediendo a la inquisición del reino de Aragón jurisdicción sobre la sodomía..." "La sociedad española, perfectamente jerarquizada, distinguía, sin embargo, diferentes penas, en función del individuo en concreto que resultaba acusado de homosexualidad o sodomía, los adultos mayores eran condenados a la hoguera, excepto los clérigos, cuya culpabilidad se trataba ocultar lo mas posible; por su parte a los menores de 25 años se los azotaba y enviaba posteriormente a las galeras". Xavier Lizarraga Cruchaga, Una Historia sociocultural de la homosexualidad, 1ª edición, 2003 pagina 77.

17 La mayoría de las opiniones científicas vigentes son contestes en denominar a este tipo de insatisfacción personal bajo la denominación de "homofobia internalizada", yo prefiero denominarla como propia fobia sexual, ya que esta es contemplativa de todas las posibilidades de expresión de la sexualidad

bianas, Bisexuales, Homosexuales, Travestis, Transgéneros, Intersexuales, etc. Estas categorías son meramente enunciativas, ya que las particularidades e identidades sexuales y de género de los seres humanos son tan únicas como pueden ser sus personalidades, con esto quiere decirse que las conformaciones sexuales, como los deseos sexuales son únicos, responden a la faz espiritual de las personas y en conclusión conforman su integridad psíquica, siendo parte de su intimidad.

Hacer uso de este tipo de categorías con el fin de utilizarlos para otorgar o excluir de derechos a ciertos grupos es totalmente contrario al respeto de la dignidad, a la propia autonomía, al fomento que merece la diversidad y la pluralidad reconocida por los cuerpos normativos nacionales e internacionales. Históricamente en nuestra comunidad se han utilizado ciertos tipos de accidentes biológicos o atributos físicos a fin otorgar derechos o bien para privar a determinados grupos de individuos de los mismos; como por ejemplo aconteció en Estados Unidos al segregar a los niños/as con descendencia afro o de tonalidad de piel oscura de la educación recibida por los niños/as descendientes de la raza aria o de la tonalidad de piel clara¹⁵, como aconteció con las mujeres que por el sólo hecho de pertenecer al sexo/género femenino fueron víctimas de persecuciones terribles durante siglos, y que hasta la fecha

perduran con tratos hostiles y discriminatorios, un ejemplo de ello se da con solo pensar en que un derecho civil y político como el derecho al voto les fue otorgado hace tan solo medio siglo a nuestras congéneres mujeres, como ocurrió con los homosexuales que en los tiempos de la inquisición eran severamente perseguidos por la iglesia y hasta en algunos casos dependiendo de la edad y el rol socialmente asignado eran condenados a la muerte en el lodo o quemados en la hoguera sin titubeo alguno¹⁶, como también se dió con los regimenes jurídicos del mayorazgo, donde los hijos mayores solo tenían acceso a un status jurídico superior, que les otorgaba ciertas prerrogativas en relación a los otros integrantes de la familia. Todos estos son ejemplificativos de las innumerables diferencias arbitrarias pergeñadas por la sociedad en la que vivimos y a la que continuamente denominamos bajo el calificativo de "democráticas".

Es importante remarcar que en la sociedad la discriminación por razones de sexo no es una cuestión menor, ya que existe falta de aceptación propia del sujeto (homofobia internalizada o propia fobia sexual), que se refiere a un sistema personal de creencias, convicciones y prejuicios con los que una persona con una orientación sexual diversa o una identidad de género no convencional padece, censurándose así misma, dejando fuera de sí aspectos relevantes de su vida personal¹⁷, que terminan





18 A diferencia de otros autores que hablan de homofobia institucional prefiero utilizar la denominación fobia institucional basada en el sexo/género.

19 La ex monja Marisa Galli, la conocida religiosa del disenso que expresó en su momento opiniones contrarias a la derogación del divorcio, afirma cándidamente “Como religiosa católica italiana, yo me siento culpable por el daño que con nuestra actitud antievangelica, hemos hecho a tantos hermanos homosexuales. Tendrían derecho a denunciarnos por difamación. Las riquezas del Vaticano no bastarían para resarcirles del daño que le hemos infringido con nuestro prejuicio, nuestro analfabetismo sexual, nuestra inconsciente y conciente crueldad” (Xavier Lizarraga Cruchaga, Una Historia sociocultural de la homosexualidad ,1a edición, 2003 pagina 76).

produciendo el quiebre del acto humano, parcelando su realidad a distintos ámbitos y relaciones de la vida cotidiana; también existe la practicada por el grupo de pertenencia (homofobia social o rechazo social basado en el sexo/género) que se manifiesta a través de los prejuicios personales que tiene los integrantes de la sociedad que al interactuar entre si, privan y menoscaban en sus derechos a las personas LGBTTTI (Gay Lesbiana, Transexual, Transgénero, Travestí, Bisexual e Intersexual) que pueden exteriorizarse a través de maltratos psíquicos, físicos, sexuales, económicos o patrimoniales, también a niveles institucionales (homofobia institucional o fobia institucional basada en el sexo/género)¹⁸, circunstancia que se refleja por ausencia de leyes sobre la materia

o la deficiente inteligencia de las pocas existentes, que es practicada a través de los conceptos erróneos basados en concepciones puritanistas de la sexualidad, que interactúan a nivel de las instituciones, legislativas, ejecutivas, educacionales o de índole privada de los distintos sistemas de organización comunitaria, muchas de las organizaciones estatales se instituyen en función del sexo/género de las personas sin que el mismo sea un razonable criterio a utilizar; ejemplos de este tipo de discriminación puede encontrarse a diario en los distintos niveles del poder, en las escuelas, cuando las autoridades excluyen al docente o la docente por ser gay o lesbiana, o por el sólo hecho de hacer notar que en la vida política de nuestro país son contados con los dedos de las manos los funcionarios o mandatarios abiertamente gays, la que es practicada por la iglesia que considera de antinaturales y apartadas de las voces o designios divinos toda relación que no tenga fines procreativos¹⁹, el hecho de poner en nuestros documentos privados y particulares si pertenecemos al sexo/género masculino o femenino, ser separados por costumbre en nuestra educación (colegios de mujeres o de hombres) y la que funciona a nivel cultural, que responde a prejuicios y construcciones sociales que se erigen a través de roles a los que todo ser humano, en tanto integrante de una sociedad debe responder y que en función de éstas debe actuar, im-



Lo más importante de entender es que la discriminación más trascendente no es la que radica en conductas espasmódicas o de individuos en particular sino la que funciona a nivel estructural y colectiva...

20 Hacia Un Plan Nacional Contra la Discriminación-1ª edición.-Buenos Aires: instituto Nacional contra la Discriminación, el Racismo, y la Xenofobia- INADI 2008. Pág. 111.

21 Estos datos fueron extraídos de la charla de apertura de la presentación del proyecto de ley de uniones civiles para el ámbito de la provincia de Tucumán, por la delegada Inadi (Tucumán), Graciela Cárdenas y de del Decreto ley 1086/2005, "Hacia Un Plan Nacional Contra la Discriminación-1ª edición.-Buenos Aires: instituto Nacional contra la Discriminación, el Racismo, y la Xenofobia- INADI 2008".

22 El mismo visto como una solución intermedia, ya que por si mismo no logra otorgar el estándar de igualdad legítimamente luchado por las organizaciones LGTBTTI, en donde expresan la voluntad de ser destinatarias "e los mismos derechos con los mismos nombres". (<http://www.lgbt.org.ar/00-amparo,01.php>)

23 Por ejemplo, Un tribunal en el 2003 considero el hecho de que una madre de un menor "fuera lesbiana" razón para otorgarle la tenencia de su hijo al padre y reglamentar para ella un régimen de visitas en el ámbito de la "Asesoría de incapaces", la cámara revoco solo el régimen de visitas. (Cámara Civil y Comercial San Isidro, Sala 1ª ,08/07/2002.-C.M.A v. C.M.A, JA 2003-1661).

poniendo la heteronormatividad como modelo de vida a lo largo de todas las generaciones. Los mismos no están plasmados en una ley tampoco en reglamentos o instructivos pero son conocidos en la cultura; los maltratos, la opresiones se repiten generación tras generación, no dando lugar a las personas de sexo/género diverso a incluirse y participar en la vida comunitaria de manera igualitaria²⁰. Lo mas importante de entender es que la discriminación mas trascendente no es la que radica en conductas espasmódicas o de individuos en particular sino la que funciona a nivel estructural y colectiva , funcionando históricamente y perdiendo en el tiempo , que opera legitimando las acciones espasmódicas y las ejecutadas interpersonalmente. A modo de conclusión puede decirse que para erradicar la misma debe cambiarse las normas o prácticas desde su conformación estructural y que a consecuencia de este cambio se dará paso a la otra como resultado de la anterior. Para consumar con este objetivo tiene que darse paso a un cambio político, en conclusión darse lugar a un cambio en la estructuración y articulación de un cambio en la organización del poder.

Las personas con una orientación sexual diversa o diversa identidad de género comúnmente reciben tratos indignos o son víctimas de las siguientes prácticas²¹:

- No existe legislación que reconozca la unión

civil de parejas del mismo sexo en todo el territorio de la republica²², lo cual provoca todo tipo de dificultades para estas parejas (por ejemplo, imposibilidad visitas en caso de enfermedad o detención, desconocimiento estatal de su libertad de elección);

- En el caso de gays y lesbianas, la pérdida de la tenencia de sus hijos, aunque normalmente se alegan otro tipo de razones para no dársela; ¿Son incapaces de criar hijos con amor? ¿Son incapaces de educarlos?²³

- Para los transexuales, travestis e intersexuales, la problemática más frecuente es la que padecen con sus documentos de identidad (DNI), que no indican la identidad asumida de las personas ocasionándoles todo tipo de problemas en el ejercicio de sus derechos ciudadanos y exponiéndolas al maltrato continuo por parte de la comunidad; que a través de la burla las ridiculizan o agraden. Parece que en nuestro país la condición de ser travestí, hace perder la idea de "el derecho a tener derecho" como concepto básico de todo ordenamiento jurídico, la discriminación aquí juega un papel estelar, obliga a segregarlas de la educación, no les da lugar a trabajar en forma digna, con todas las garantías que ello significa, se ven privadas de circular libremente, son echadas y maltratadas en los espacios públicos. Por primera vez en la historia de argentina en el 2008 la justicia autorizo el cambio de nombre en el DNI de una persona



24 Camarista Federal y autora de la Ley de Unión Civil porteña.

25 Graciela Medina opina: "Este fallo admite que aun cuando una persona mantenga los órganos sexuales masculinos puede tener documentos que lo acrediten como mujer. Puede pensarse que se trata de un dislate jurídico, sin embargo la resolución es completamente acertada a la luz de los documentos internacionales que rigen la materia y del respeto al derecho a la identidad personal que prima en nuestra Constitución. Ya que la persona que sufre "disforia de género" y ha adecuado su aspecto externo a su sexo psicológico mediante tratamientos hormonales tiene la identidad de una mujer e impedirle adecuar sus documentos a su realidad le impediría el ejercicio de todos sus derechos personalísimos. Así difícilmente podría trabajar ni viajar porque su aspecto externo no condice con los instrumentos que acreditan su identidad. Argentina carece de una ley que regule esta situación. En los países donde está reglamentada -Suecia, Alemania, España, Holanda, Turquía e Inglaterra- se establece que no es necesaria la cirugía de reasignación sexual para conceder la rectificación registral de la mención del sexo de una persona, cuando la transexualidad ha sido diagnosticada. Esta sentencia pone de relieve la acuciante necesidad de legislar con urgencia sobre esta realidad". (<http://www.cha.org.ar/articulo.php?art=336&cat=16>)

26 Ver nota (<http://www.cha.org.ar/articulo.php?art=336&cat=16>)

27 Graciela Medina, Uniones de Hecho Homosexuales, Pág. 52 editorial Rubinzal-Culzoni. Medios de Comunicación y Discriminación: Desigualdad de Clase y Diferencias

transexual sin que la misma se realice la operación del cambio de sexo, según la opinión de Graciela Medina²⁴, la decisión de la justicia no forma parte de un disparate jurídico y es totalmente acertada ya que esta de acuerdo al derecho a la identidad de la persona y a las normas de derecho internacional²⁵. El juez sostuvo como argumento "que aún cuando alguien mantenga sus órganos sexuales masculinos puede tener documentos de mujer. "Supeditar la sentencia de reasignación sexual, sustitución de sus 'prenombres legales' por el nombre por el cual desde hace muchos años la solicitante se identifica (...), a la previa realización de una intervención quirúrgica, que queda ciertamente prevista pero en un tiempo futuro, implicaría una seria incongruencia: sería nuevamente quedarnos en una visión reduccionista que equipara el sexo como género con sólo una de sus exteriorizaciones, por caso la presencia de órganos genitales externos masculinos, en desmedro de la identidad personal.. ²⁶"

● El sistema de salud no los/las contempla con políticas públicas específicas en relación a sus demandas. Son agredid@s y vejad@s en las prisiones y comisarías, al parecer la igualdad, la dignidad de estas personas no ocupa el mismo lugar que para otras, estas personas están excluidas de forma total en el sistema, al parecer cuando se planifica en nuestro estado, al otorgarse cupos para las personas que están en des-

ventaja, nada se piensa en relación a las personas de sexo/género no convencional; ¿Tan Invisibles son?; ¿Sus reclamos son insuficientes?; ¿Sus derechos son otros?; ¿Es necesario que mi documento diga que soy hombre o mujer?

● A las parejas GLBTTTBI no se les permite adoptar en nuestro país y en la mayoría de los países del mundo, ya que en la mayoría de los casos se considera, como lo sostiene en su libro Graciela Medina²⁷ que las parejas LGBTTTI serían poseedoras de una incapacidad para criar hijos con los roles de hombre y mujer bien diferenciados, al parecer aún los autores que se dedican a escribir a favor y en contra sobre los derechos de estos grupos minoritarios, tienen fuertemente arraigadas las concepciones pertenecientes a códigos binarios de crianza de las personas, donde al parecer al momento de nacer y venir a ocupar un lugar en el mundo, y por el solo hecho de ser hombre o mujer, ya nos ha sido otorgado e impuesto un camino a seguir, en el que los comportamientos, gustos y las preferencias estarían predeterminadas; Teniendo necesariamente que ser criados por una madre y un padre que nos enseñen de modo acabado los roles en base a sexo/ género convencionales, sin pensar que por este tipo de educación es que muchas personas a diario son discriminadas, segregadas y excluidas.

● Asimismo damos cuenta del avasallamiento de los derechos fundamentales y las frecuentes





28 Medios de Comunicación y Discriminación: Desigualdad de Clase y Diferencias de Identidades y Expresiones de Géneros y Orientaciones Sexuales en los Medios de Comunicación. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Secretaría de Extensión y Bienestar Estudiantil. Área Queer. Abril 2007.

29 Hacia Un Plan Nacional Contra la Discriminación-1ª edición.-Buenos Aires: instituto Nacional contra la Discriminación, el Racismo, y la Xenofobia- INADI 2008. Pág. 117

30 Hacia Un Plan Nacional Contra la Discriminación-1ª edición.-Buenos Aires: instituto Nacional contra la Discriminación, el Racismo, y la Xenofobia- INADI 2008. Pág. 118.

violaciones que sufren las personas LGBTTTI en dependencias policiales. A partir de los años 90 las travestis empiezan a denunciar los hechos de violencia de la que son víctima por parte de la policía, que incluye el chantaje, detenciones arbitrarias, amenazas, violencia física y sexual, que puede llegar hasta el homicidio o asesinato. Este tipo de persecuciones a veces es legitimado a través de los denominados códigos de convivencia o códigos contravencionales²⁸, que tienen y en algunos casos poseían figuras como las de los edictos de carnaval, o desacato, tipos legales que son utilizadas a través de severos mecanismos abusivos, menoscabando derecho tales como el de transitar, de la integridad física o psíquica, entre otros. A su vez, alarman las condiciones inhumanas de detención de las personas gays, travestis, transexuales, etc. acusadas o condenadas por un delito, quienes suelen ser alojadas con otros detenidos, lo que da motivo a malos tratos verbales, humillaciones, agresiones y hasta violaciones; En el mismo sentido, algunas comisarías se les niega el derecho a realizar denuncias cuando las personas GLTTTBI son víctimas de delitos.

● Los Códigos Contravencionales de la mayoría de las provincias otorgan a los policías facultades discrecionales para detener a las personas bajo el supuesto de infracciones a la moralidad pública, que “habilitan toda clase de abusos y corrupción policial”. Una simple mani-

festación de afecto entre personas de un mismo sexo en la vía pública es piedra libre para esto.

● Las personas transexuales viven su identidad como un desgarró. Mientras que el proceso de identificación sexual de las personas transcurre a lo largo de su infancia y su adolescencia, las instituciones educativas y los docentes no tienen ningún tipo de formación para contener y acompañar a las personas en este proceso y cuando los estudiantes no se adaptan a las pautas esperadas, suelen ser objeto de afrenta y aún expulsión de las escuelas²⁹.

● Existe el consenso entre todos los entrevistados de que el derecho al trabajo es el derecho que más se viola a las personas GLTTTBI. Explican que, aunque no se invoque su orientación como motivo de despido, cuando la misma es conocida, es muy usual que termine la relación laboral, en este tipo de practicas siempre se infieren malos tratos, y la causal de despido se presenta solapada atribuyéndose cualquier justificativo que no indique la real causa de despido³⁰.

● Las personas intersexuales son sometidas a diario a operaciones de reasignación de sexo, sin tener en cuenta su voluntad y mucho menos el futuro o su suerte en el futuro, circunstancia que se complica ya hay un defasaje profundo entre la ausencia de legislación específica y la jurisprudencia sobre el tema, que a su vez, a dado lugar a comentarios de especia-





31 Ley 24540 Régimen De Identificación de Recién Nacidos, Art. 5. En los supuestos no previstos en el artículo anterior, como son las malformaciones congénitas o de cualquier otra naturaleza, que impidan la identificación total o parcial conforme los procedimientos ordenados, el profesional asistente deberá dejar constancia de ello en la ficha identificatoria. En el caso de identificación parcial se tomará el calco posible, dejando constancia en ella la ficha identificatoria del motivo que impide las tomas restantes. Art.6. La identificación deberá hacerse en una ficha única, numerada por el Registro Nacional de las Personas, en tres ejemplares, en la que constarán los siguientes datos: De la madre: nombre y apellido, tipo y número de documento de identidad e impresión dactilar. Del niño: nombre con el que se lo inscribirá, sexo, calcos pupilares palmares y plantares derechos, y clasificación de ambos. Si el niño ha nacido con vida. Nombre, apellido y firma del identificador interviniente. – Nombre, apellido y firma del profesional que asistió al parto. – Fecha, hora y lugar del nacimiento y de la confección de la ficha. – Calcos tomados al egreso.– Datos del establecimiento médico asistencial: nombre y domicilio.–Observaciones.

32 LEY 23849, Buenos Aires, 27 de Septiembre de 1990. Aprobación de la Convención de los Derechos del Niño. Art 7.1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

33 Ley Nacional N° 17132, Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares. Art 19 “No llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del “enfermo”, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial...” “La misma ley ya considera o sugiere que la persona a la que se le va a practicar la asignación o reasignación de sexo esta enferma.

34 En la actualidad países como Holanda, Bélgica, Canadá, España, Sudáfrica y el estado de Massachussets reconocen el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Solo Canadá y España lo reconocen con el mismo estatus legal que el matrimonio heterosexual, en cambio otros países como Colombia, Croacia, la República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Islandia, Israel, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Eslovenia, Sudáfrica, Suecia, Suiza, reconocen las uniones convivenciales y también lo han hecho distintas ciudades y/o provincias del mundo; en Argentina (Río Negro, Rosario, Buenos Aires, Calos Paz, entre otros), y también Río de Janeiro, California, Hawai, Columbia, Washington crearon la figura de la Unión Civil, que tiene una jerarquía inferior a la del matrimonio. Laura Saldivia, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 8, Numero 1, 2007. Pág. 134

listas. Todas estas normas son antiguas y no contemplativas de la realidad tal cual es y no se adecuan al concepto de interés superior del niño en tanto sujeto de derecho, algunas leyes al momento de anotar y registrar el nacimiento de una persona obligan a la inclusión del nombre, el sexo y demás³¹, otras solo mencionan la obligación de consignar un nombre y nacionalidad³², en algunos casos se imponen obligaciones para los médicos en relación a este tipo de casos o circunstancias³³.

● La personas GLBTITI no pueden casarse³⁴, con esto quiere decirse que a la persona que eligen para compartir su amor, no puede ser capaz de heredarlas, de compartir un apellido, una familia, de planificar vacaciones en conjunto; de tener una luna de miel, de obtener licencias cuando la otra cae en la enfermedad, etc. ¿El amor en estas circunstancias y con esta condición vale menos?

En Argentina en febrero del año 2007, se presentó un recurso de amparo que pretende la declaración de inconstitucionalidad de la ley de matrimonio, específicamente de los artículos 172 y 188 del Código Civil, a la fecha la acción llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contando sólo con el dictamen del Procurador General de la Nación, quien consideró a fs.44 de su dictamen en la causa caratulada como “R., María de la Cruz c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas” que ;

“...dada la multiplicidad de aristas que ofrece la condición legal de la pareja homosexual –todas ellas inatendidas por la normativa vigente– entiendo que, de estimarlo conducente el Tribunal, sería conveniente llevar el problema a conocimiento de las autoridades correspondientes, haciendo uso –en lo pertinente– del mecanismo articulado por esa Corte en el precedente “Badaro” (Fallos: 329:3089, consid. 19). Pues, como lo sostuve en el dictamen emitido in re “Miguez” (S.C. M. N° 2230, L. LXL, en la que dictaminé con fecha 26 de junio de 2007), “...muchas veces el contenido de las sentencias expusieron a la ‘luz pública’ realidades sociales que, si bien existieron siempre, no fueron –por la causa que fuere– previstas [ni, agrego ahora, resueltas] por el legislador que entonces sí se vio compelido a considerarlas...”. A mi criterio esta recomendación emitida por la procuración dejaría excluida la cualidad revisora de la constitucionalidad o no de los actos jurídicos, en este caso particular la corte debe resolver si los artículos mencionados son o no constitucionales y por ende admitir o no la pretensión de las requerientes. Sino en el caso la corte estaría abandonado una de sus principales misiones, que es la de ser los interpretes últimos de las normas vigentes. Al parecer las personas de sexo/género diverso deben seguir esperando por un trato digno e igualitario, respetuoso de la esfera íntima y la propia autonomía, pese a





que se reconozca que sus necesidades están inatendidas por la normativa vigente.

Por otra parte el proyecto de reforma de la Ley de matrimonio civil, no puede lograr el debate de los cuerpos colegiados habilitados a impulsarlo, al parecer el respeto por los Derechos Humanos de tod@s no es prioridad para nuestros diputados³⁵.

La obligación internacional, la igualdad y la no discriminación

En nuestro país existe cuantiosa legislación y jurisprudencia que conceptúa a las prácticas discriminatorias como ilegales y punibles: la Constitución Nacional, pactos y convenciones internacionales con jerarquía constitucional, leyes y decretos nacionales, constituciones provinciales y ordenanzas también la prohíben.

En este sentido, el complejo normativo que establece derechos, deberes y garantías para los hombres y mujeres. Así, el Art. 16 CN establece que la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento y que todos sus habitantes son iguales ante la ley. En este sentido, nuestro más alto tribunal ha sostenido "Que la igualdad establecida por el Art. 16 de la Constitución como lo ha dicho reiteradamente esta Corte, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros; de

donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social³⁶.

Nuestra Corte ha sostenido en el fallo "García Monteavaro" (Fallos 238:60) que "la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas³⁷. Del texto de la CN y de las interpretaciones que esgrime la corte puede interpretarse que cualquier situación de excepción que perjudique irrazonablemente, es contraria a derecho, por ende contraria a la idea de igualdad y que si además vulnera derechos, es discriminatoria; ante tal circunstancia sostengo que las distinciones presentadas y expuestas en este trabajo basadas en el sexo, el género o la condición social que ocupan en una sociedad las personas de sexo/género no convencional son discriminatorias, ya que no existen argumentos validos para privar a estas personas a derecho a la verdadera identidad (su identidad) al derecho a ca-

³⁵ <http://www.clarin.com/diario/2009/11/10/um/m-02037916.htm>.

³⁶ (Fallos, 105:273; 117:229; 132:198; 150:141)". Del Fallo "Caille", Fallos 153:67; JA, 28-547.

³⁷ (Fallos, 115:111; 123:106; 132:410; 138:313 y otros)"





sarse , a formar una familia , etc.

Asimismo el Art.19 CN afirma que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Quien puede negar que la orientación sexual de las personas o su identidad de género no es una acción privada, este tipo de de conductas sólo hacen referencia a su propia persona y es más como se ha sostenido en este trabajo según las organizaciones internacionales de la salud, la persona egocística (aquella que no acepta su sexualidad) puede sufrir serios trastornos, todo esto nos hace pensar que si el estado esta obligado a garantizar nuestra salud entendida es su sentido amplio, bajo ningún tipo de aspectos puede prohibir o menguar esta forma de expresión de la sexualidad o de identidad de género.

Por otra parte el estado Argentino en 1988 sanciono la Ley 23.592 de Penalización de Actos Discriminatorios, que a su vez, instituye una herramienta fundamental para las prácticas emancipatorias y de reclamo de distintos colectivos minoritarios. A través de estas normas los reclamos de las personas LGBTTTTI en nuestro país tuvieron en parte su acogida, pero es sobre la base de esta ley y en la conforma-

ción de otras que los derechos de las minorías tendrán que ampliarse, reconociendo la igualdad jurídica y otorgándose la igualdad fáctica en los distintos ámbitos de la vida. El Art. afirma "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos." Muchas opiniones hoy vigentes afirman que las leyes antidiscriminatorias o los artículos que hacen referencia a la igualdad, no mencionan la discriminación por género y que cuando lo hacen en relación al sexo, solamente estarían definiendo la igualdad los hombres y las mujeres, hay quienes consideran que la interpretación de los mismos tiene que hacerse a la luz de lo que los legisladores en su momento quisieron expresar; esta opinión a mi criterio no es válida y mucho menos justa, es más, es contraria a la idea de igualdad y no responde a los criterios o principio de razonabilidad por dejar de

lado las opiniones hoy relacionadas en torno a la sexualidad e identidad de género; además como lo sostiene el principio pro homine dotado de jerarquía constitucional toda interpretación o hermenéutica que se presente tiene que ser hecha a favor de las personas o favor del mas débil , por ende que extienda los derechos y garantías a las personas³⁸. En efecto, se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual, se debe acudir a la norma más amplia, o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, eso es, estar siempre a favor del ser humano.

Además de lo expuesto puede decirse que la interpretación que tiene que realizarse en torno a la discriminación acaecida por orientación sexual o identidad de género puede y debe realizarse conforme lo que se conoce "condición social o caracteres físicos", lo primero ya que desde el momento que uno se identifica o crea su propia identidad decide ocupar un lugar social o bien ocupa un lugar social sin decidir o tener una intención de ocuparlo y si por esta decisión es discriminado, segregado , etc. , se

38 V. gr. Art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); Art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); Art. 1.1. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; Art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.





convertiría en víctima discriminación por condición social y los segundo, ya que muchas veces las personas LGBTTTTI son discriminadas por su apariencia ya que no responden a los cánones binarios de lo que se espera que sea un hombre o una mujer.

No solo los derechos antes expuestos tutelan los derechos de estos grupos de personas sino que también diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional promueven derechos, deberes y garantías acerca del ejercicio de los derechos humanos, la igualdad real de oportunidades y de trato sin distinciones de raza, color, sexo, idioma, credo, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición como ser: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Sobre los Derechos del Niño, entre otros, Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece en su catálogo de derechos en el primer capítulo "Deberes de los estados y derechos protegidos": Art. 1 "Obligación de Respetar los Derechos" Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y li-

bertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano". El estado Argentino y todos los signatarios de la presente convención no solo reconocieron ciertos derechos al momento de adherir, sino que se comprometieron internacionalmente a respetar y garantizar su pleno ejercicio, hecho que hasta el día de la fecha no ha sucedido con la comunidad LGBTTTTI, que como se ha sostenido con anterioridad son víctimas de prácticas discriminatorias que las colocan en una situación de completa desventaja en nuestro país Para completar de desarrollar esta opinión hace falta analizar la norma antes descrita con el Art. 2 de la misma convención que reza lo siguiente "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer

efectivos tales derechos y libertades." De acuerdo a lo que sostiene esta norma el estado si no lo ha garantizado legislativamente tiene la obligación de generar normas que así lo hagan, restituyendo ese estado de desigualdad creado y garantizando a la comunidad de normas específicas que si lo hagan, como por ejemplo sería la obligación del dictado de normas que garanticen la no discriminación por cuestiones de orientación sexual o identidad de género, como el matrimonio para aquellas personas que se encuentran en una relación y que los institutos jurídicos actuales no son contemplativos de su realidad, el hecho de que no existan normas que simplifique el cambio de nombre cuando una persona es travestí o transgénero, etc., al dictado de todas estas normas el estado Argentino se ha comprometido a adoptar a fin de lograr una sociedad más respetuosa y justa. Hasta el día de la fecha las normas que protegen a los grupos LGBTTTTI tienen carácter espasmódico y son fruto de grandes luchas que por parte de la comunidad, que en muchos casos invisibilizada ha decidido emprender con altos costos. Todo lo expuesto hace entender que el estado argentino incumple a diario las normas que lo obligan y este incumplimiento institucional es una de las causas que habilita a que muchos de los ciudadanos integrantes del cuerpo social se sientan habilitados a hacerlo. Al final





este actuar termina oprimiendo y actuando en contra a todos los fines por los cuales se adhirió a las normas de los derechos humanos vulnerando el derecho a la Integridad Personal reconocido por la misma convención que reza lo siguiente “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”

“Excluir a los individuos LGBTTTI de esa protección viola claramente las leyes internacionales de los derechos humanos, así como los caracteres mínimos de humanidad que nos definen a todos .”

Conclusiones

Las personas de sexo genero variado no convencional, se encuentran privadas de un estatus legal seguro e inclusivo, y que respete y de cuenta de su existencia en espacios sociales

como la familia, la educación primaria, secundaria, la universitaria, el sistema de salud, la vida política, entre otros. Son constante fuente de exclusión y discriminación .Estas personas no tienen derecho a casarse, a heredar, a adoptar entre muchas otras cosas. Tampoco les está garantizada una vida sin violencia física o psicológica, patrimonial o simbólica y en el caso de sufrirla, son revictimizadas por el sistema que los desampara y no los legitima ante el yo social.

La violencia que son víctimas las personas con sexo/género diverso quedan con frecuencia sin denunciar, sin documentar y últimamente sin ningún tipo de reproche, raramente provocan debate público e indignación. Este vergonzoso silencio es una muestra más al rechazo último al principio de universalidad de los derechos Humanos –

“Excluir a los individuos LGBTTTI de esa protección viola claramente las leyes internacionales de los derechos humanos, así como los caracteres mínimos de humanidad que nos definen a todos .”

Hay que tener en cuenta que de la sexualidad de las personas en el derecho no es un tema que tenga poca relevancia, el estado y la comunidad de una u otra manera siempre intervinieron en los comportamientos sexuales de la sociedad y es justamente por esto que es necesario que sus intervenciones no sean apresuradas, llenas de prejuicios y discriminatorias, éstas tienen que estar encaminadas a satisfacer en el máximo de sus posibilidades la autonomía e individualidad de las personas y a garantizar el efectivo goce de derechos en un plano de igualdad.

Por todo ello es innegable que son urgentes las protecciones legales específicas contra la discriminación hacia las personas de sexo/genero variado no convencional y que las existentes efectivamente garanticen su ejercicio, en principio son necesarias leyes antidiscriminación específicas que protejan en ámbitos tales como la familia, la educación, el trabajo, como también es así ámbitos de recreación y esparcimiento, en conclusión en la vida comunitaria digna. ❖