

LECCIONES Y ENSAYOS

LECCIONES

- EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL**, *Breves reflexiones sobre el poder judicial*
DALLA VIA, ALBERTO RICARDO, *El régimen constitucional de la moneda*
BAIGORRIA, MARIANA Y PÉREZ, EDUARDO H., *Comentarios del congreso de derecho societario en punto a la regulación de la limitación de la responsabilidad del empresario individual*
MIRABELLI, LINO C., *La Teoría de Sistemas en el derecho y la política*
ROMERO, MABEL P., *Formas directas de participación ciudadana*

ENSAYOS

- ZENARRUZA, ANDRÉS**, *La nueva ley de defensa de la competencia y sus efectos sobre las concentraciones y fusiones*
ZAYAT, DEMIÁN, *En torno al Derecho a la Protección Judicial*
CARBAJALES, JUAN JOSÉ, *La ONU y la OTAN después de Kosovo. Ponencia presentada en las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*
BORDA, RODRIGO DIEGO, *El requerimiento de instrucción: ¿Es siempre necesaria su existencia? Análisis sistemático de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal*
LIBERTINO, ANDREA SILVIA, *Contribuciones de alumbrado, barrido y limpieza territorial y de pavimento y aceras Legitimidad en el cobro del reajuste*

TUTORÍA

- CARMONA, JUAN IGNACIO Y FERNÁNDEZ, CLAUDIO ENRIQUE**, *El Derecho Penal en Tiempo de Rosas. Un análisis a partir de la obra de Esteban Echeverría*

ENTREVISTA

- ENTREVISTA A **GERMÁN J. BIDART CAMPOS**

OTRAS SECCIONES: *Miscelánea - Comentarios Bibliográficos - ¿Lo Sabía?*



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
 DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
 UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
 ARGENTINA



LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Prof. Andrés A. J. D'Alessio

Vicedecano

Prof. Guillermo E. Moncayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Ana Beloff

Subdirectora

Julieta Rossi

Secretario

Nicolás Eliashev

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Consejo Directivo 2000

Director: Alejandro A. Gordano

Subdirectora: Laura Piacentini

*Secretaria de
Redacción:* Sheyla Pedrozo

Redactores: Rodrigo P. Freire Méndez
Justo Segura
Demián Zayat

Colaboradores: Luis E. Campos
Alejandro E. Glück
Romina Grinberg
Pedro Less
Yu Sheng Liao
Mariano López
Natalia Méndez
Shunko Rojas
Alberto Spota
Hernán Vales
Andrés Villarreal
Andrés Zenarruza

Nuestra dirección en Internet:
www.jst.com.ar/fder/lye

Nuestra dirección de e-mail: lye@margay.fder.uba.ar

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

**LECCIONES
Y
ENSAYOS**

2000 - 75



LA LEY

Buenos Aires

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores en los artículos.

Correspondencia: Dirigirse a

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento Publicaciones

Figuerola Alcorta 2263
1425 - Buenos Aires - Argentina

Impreso en la Argentina

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

© Copyright by LA LEY Sociedad Anónima Editora e Impresora
Tucumán 1471

1050 - Buenos Aires - República Argentina

ISSN 0024-0079

EDITORIAL

La comunicación entre Alumnos y Profesores, en el marco de la investigación académica seria, sigue siendo nuestro norte para llevar adelante este viejo y renovado emprendimiento editorial. Viejo, porque data desde su fundación, allá por el año 1956; y renovado, porque buscamos constantemente estar en la vanguardia de nuestro tiempo. Esta comunicación es el objetivo primordial de la Revista, y la función mayor que tenemos es que los profesores nos muestren sus recientes investigaciones, y los alumnos publiquemos nuestras primeras contribuciones a la doctrina jurídica. Queremos que Lecciones y Ensayos sea un foro editorial donde todos tengamos el espacio necesario para publicar investigaciones. Este ha sido nuestro principal objetivo, como fuera expresado en la editorial anterior, y para ello hemos decidido volver a las fuentes. Por esto, el lugar central de esta publicación lo han tenido las Lecciones y los Ensayos.

Asimismo, hemos impulsado vigorosamente la apertura de otras secciones con el trabajo específico de nuestra Redacción. De esta forma presentamos una reseña de fallos, comentarios bibliográficos y las actividades académicas realizadas: queremos que Lecciones y Ensayos refleje, en cierta medida, el estado actual de la dogmática jurídica.

También nos complacemos en presentar en esta oportunidad, un trabajo llamado "Tutoría", que debe su nombre a haber sido realizado por alumnos con la guía de sus profesores. Esperamos que esta modalidad siga siendo fomentada por los docentes de nuestra alta casa de estudios, ya que consideramos que es un aporte importante en la tarea educativa.

Por otra parte, es nuestro más sincero deseo agradecer al Profesor Dr. Germán Bidart Campos por su colaboración en la realización de este número. Con gran cariño nos brindó una entrevista privada cuyas valiosas respuestas publicamos. Además, nos honró con una carta de su puño y letra que transcribimos al comienzo de la misma.

Por último, queríamos mencionar que mientras este número ingresaba en la Editorial recibimos con pesar la noticia del fallecimiento del Dr. Miguel Angel Ekmekdjian, quien escribiera un artículo para la Revista. Sentimos un gran dolor por la pérdida de este emprendedor e ilustre jurista, y a modo de homenaje ofrecemos una nota del Dr. Gustavo Ferreira como sincero agradecimiento por todas sus enseñanzas brindadas.

BLANCA VIII

INDICE

Pág.

LECCIONES

Homenaje	3
Ekmekdjian, Miguel Angel, Breves reflexiones sobre el poder judicial .	5
Dalla Via, Alberto Ricardo, El régimen constitucional de la moneda	15
Baigorria, Mariana y Pérez, Eduardo H., Comentarios del congreso de derecho societario en punto a la regulación de la limitación de la responsabilidad del empresario individual	27
Mirabelli, Lino C., La Teoría de Sistemas en el derecho y la política	39
Romero, Mabel P., Formas directas de participación ciudadana	61

ENSAYOS

Zenarruza, Andrés, La nueva ley de defensa de la competencia y sus efectos sobre las concentraciones y fusiones	95
Zayat, Demián, En torno al Derecho a la Protección Judicial	111
Carbajales, Juan José, La ONU y la OTAN después de Kosovo. Ponencia presentada en las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social	131
Borda, Rodrigo Diego, El requerimiento de instrucción: ¿Es siempre necesaria su existencia? Análisis sistemático de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal	169
Libertino, Andrea Silvia, Contribuciones de alumbrado, barrido y limpieza territorial y de pavimento y aceras. Legitimidad en el cobro del reajuste	189

TUTORÍA

Carmona, Juan Ignacio y Fernández, Claudio Enrique, El Derecho Penal en Tiempo de Rosas. Un análisis a partir de la obra de Esteban Echeverría	201
--	-----

ENTREVISTA

Entrevista a Germán J. Bidart Campos	223
--	-----

MISCELÁNEA

Gherzi, Sebastián R., Derecho, religión y poder	233
---	-----

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Gherzi, Carlos Alberto, Cuantificación económica del daño. Valor de la vida humana, comentado por Alejandro A. Giordano	261
Losa, Néstor Osvaldo, Derecho Municipal, Público Provincial y Contravencional, comentado por Mariano López	265
¿Lo sabía?	269
Reseña de Decisiones Internacionales. La posición de Yugoslavia ..	271
Nota de la Redacción	277
Ubertone, Fermín Pedro, Tesis Doctorales: ¡Matilde era varón!	277

LECCIONES

HOMENAJE

El día 3 de junio de 2000, a los 61 años de edad, y luego de una cruel enfermedad que minó su físico, pero ni un ápice su brillante intelecto, falleció el Profesor Dr. Miguel Angel Ekmekdjian.

Se recibió de abogado a los 22 años, profesión que ejerció por más de dos décadas, y que en algunos momentos alternó con el asesoramiento legislativo.

Recorrió un itinerario académico que reconoció como uno de sus hitos más importantes su designación como Profesor Titular de Derecho Constitucional de nuestra Facultad en el año 1988, previo concurso público de oposición y antecedentes; cargo que renovó en el concurso del año 1997. Integró importantes sociedades científicas.

Su obra escrita es de una notable magnitud: 15 libros de derecho constitucional, entre los que, sólo por citar, se encuentran el clásico y solvente análisis pedagógico “Manual de la Constitución Argentina”, su visionaria y medulosa “Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano” y el monumental y magistral “Tratado de Derecho Constitucional” de cinco tomos. Participó además en la coautoría de otras 10 obras jurídicas. Publicó cerca de 400 artículos en diarios y revistas especializadas. Pronunció más de 100 conferencias y cursos especiales en nuestro país y en el extranjero. La muerte lo sorprendió mientras se encontraba escribiendo nuevas obras y programando su producción jurídica para el año venidero.

Como doctrinario, hace poco más de una década su pluma acuñó la vigorosa “teoría del orden jerárquico de los derechos fundamentales en la Constitución Nacional”, construcción en la cual el derecho a la dignidad ocupa la cúspide del sistema, concibiéndosele como un derecho absoluto, ni reglamentable ni restringible. En 1993 vio la luz su concepción axiomática del sistema normativo constitucional, novedoso planteo epistemológico para el abordaje del derecho constitucional.

Pero su actividad no se agotó en lo meramente teórico. Sus ideas guiaron su praxis, y así luchó por el reconocimiento de la operatividad del derecho de réplica. Logró que su postura fuera receptada

en uno de los más célebres fallos dictados en casi siglo y medio de historia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “el caso Ekmekdjian/Sofovich”, de esencial influencia no sólo para el anclaje jurisprudencial del citado derecho, sino fundamentalmente para la consagración de la supralegalidad de los tratados internacionales, y del amparo colectivo.

Fue un excepcional Maestro del Derecho: su “Cátedra” se reunía, debatía, y programaba actividades académicas, sin interrupciones. Pruebas al canto: el verano pasado acaba de aparecer la obra “La Reforma constitucional de 1994, y su influencia sobre el sistema republicano y democrático”, el “libro de la cátedra”, como él lo llamó. Esta obra pinta de cuerpo entero su vocación docente: en ella escribimos a su lado 10 profesores de su cátedra y 5 profesores invitados; siendo compaginada por un alumno. El promedio de edad de este grupo docente orilla los cuarenta años, lo que comprueba el decidido compromiso de Ekmekdjian con la formación académica e investigativa de la nueva generación de constitucionalistas.

Su reconocido magisterio, en cual se entrecruzaban su versación científica con su humildad y predisposición, era unánimemente apreciado por sus alumnos, tanto de cursos de grado, como de posgrado.

Ekmekdjian era, ante todo, un demócrata. Militante infatigable de la República y de la vigencia irrestricta de la Constitución. Ojalá, como él pregonaba en sus rezos laicos, podamos “tomar la posta” y continuar su lucha “por la dignidad y la libertad del hombre, en su pelea, silenciosa y permanente, contra el poder que arteramente pretende avasallarlas”.

Permítaseme recordarlo como lo que fue: un amigo inolvidable y entrañable, al que adeudo importantes estímulos y consejos.

Hasta siempre, Miguel.

20 de julio de 2000.

Raúl Gustavo Ferreyra

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL PODER JUDICIAL

MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN

1. Consideraciones Generales

El Poder Judicial de la Nación está integrado por la Corte Suprema de Justicia, y por la totalidad de los tribunales federales distribuidos a lo largo y a lo ancho del territorio nacional.

Este Poder está estructurado en forma piramidal, con un órgano en su cúspide que es la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si bien el más alto tribunal del Poder Judicial de la Nación, tiene su sede en la Capital Federal, los demás tribunales que lo integran están distribuidos en todo el territorio nacional. Esto es independiente de la radicación de los jueces provinciales, ya que, como es sabido, cada provincia tiene la obligación de organizar su propio Poder Judicial.

En efecto, aunque coexistan geográficamente los jueces federales y provinciales, no hay superposición de funciones entre ambos, ya que cada uno de ellos (el Poder Judicial de la Nación y los respectivos poderes judiciales provinciales) tiene un ámbito de materias propio y distinto del otro.

Para analizar el rol institucional del Poder Judicial es necesario recordar la influencia de dos líneas de pensamiento, que han tenido distintas concepciones acerca del papel de la administración de justicia. Esas dos corrientes son la francesa y la norteamericana, precursoras del constitucionalismo clásico, que lograron difusión universal a causa de los dos hechos políticos más importantes de fines del siglo XVIII: las revoluciones norteamericana y francesa.

En los países europeos de origen latino, Francia en especial, había desconfianza hacia los jueces. Este sentimiento se inspiraba en el mal recuerdo de los “comisionados regios” y de los “parlamentos judiciales”, quienes administraron justicia durante el *Ancien Régime*. Esos funcionarios no se preocupaban por asegurar en sus fallos la vigencia de la justicia y de los derechos del pueblo, sino

sólo protegían los privilegios del rey y de la nobleza, de quienes eran meros delegados.

A causa de este sentimiento, la Revolución Francesa negó a los jueces la posibilidad de que ampliaran sus funciones, limitando su actividad administrar el servicio público de justicia, tal como lo concibió Montesquieu. Se pretendió impedir todo avance del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo, al cual se consideraba —según la tesis de Siéyès y de Dantón— el verdadero depositario de la soberanía del pueblo. A los jueces sólo se le confirió competencia para intervenir en los asuntos entre particulares.

En los países de raíz anglosajona (Gran Bretaña y Estados Unidos, fundamentalmente este último) en cambio, había confianza en los jueces, y por ello, se amplió su ámbito jurisdiccional, extendiéndolo a los conflictos en los cuales el Estado o sus órganos son partes y, fundamentalmente, en aquellos en que están en juego los derechos individuales. Volveremos sobre este tema unos renglones más abajo.

Las tres funciones del Estado (legislativa, administrativa y judicial) existieron y existen en todos los grupos humanos más o menos diferenciados. Fueron asumidas ya sea por un mismo detentador del poder (autócrata) o por distintos detentadores. Lo relevante y revolucionario del movimiento que se dio en llamar “constitucionalismo clásico” consistió en que a partir de él, estas tres funciones fueron imputadas a órganos relativamente independientes entre sí, como sistema para garantizar su separación, transformados ahora en “poderes”.

Esta no es, entonces, una simple separación de funciones que responda a una necesidad práctica de división del trabajo, para facilitar el gobierno del Estado. Tiene una base esencialmente política, que es la *de dividir el poder para debilitarlo* y así evitar que éste se desmesure. De esa manera se asegura el espacio de la libertad individual.

En la discusión de este tema tiene fundamental relieve el análisis de una de las funciones más importantes del Estado de Derecho: el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos del Poder Ejecutivo. Como es sabido, la atribución de esta función al Poder Judicial le otorga verdadero poder de veto sobre los actos de los otros poderes, lo que robustece la famosa doctrina de los “*cheks and balances*”.

La doctrina europea no tenía una noción clara ni uniforme sobre el rol institucional que debían jugar los tribunales de justicia.

En Locke no aparece todavía el Poder Judicial como órgano independiente. Recién Montesquieu, que elabora la teoría de la separación de poderes, piensa en un Poder Judicial distinto y separado de los otros dos, aunque le da un nombre algo exótico: “poder ejecutivo de las cosas atinentes al derecho civil” (1).

Montesquieu entendía que administrar justicia era igual que administrar los otros servicios públicos a cargo del Estado, es decir, una función de la misma naturaleza que la del Poder Ejecutivo. Ejecutar o aplicar normas eran actos de la misma esencia jurídica, pero estos últimos eran detraídos al Poder Ejecutivo para evitar el peligro de la concentración de ambas competencias en una misma mano.

En otras palabras, el temor a la acumulación del poder lo lleva a propiciar la separación de aquéllas, pero sin que esto implique conferir al Poder Judicial la naturaleza que la doctrina estadounidense le dará más adelante.

En ninguna de las constituciones francesas posteriores a la Revolución, hasta la última de 1958, se les otorgó a los jueces la competencia de controlar la constitucionalidad de los actos administrativos o legislativos. Sus funciones se han limitado a las de los funcionarios de la administración de justicia, como un servicio público más, aunque independiente.

En cambio, el sistema de los países americanos (en especial, el de los Estados Unidos) le da gran amplitud de funciones al Poder Judicial.

En el Congreso de Filadelfia se estructuró un Poder Judicial federal, elemento totalmente novedoso. Como es sabido, el sistema federal fue creación de la Constitución de Filadelfia. Las formas de Estado hasta entonces conocidas eran el Estado unitario (de consolidación o unidad) y la confederación de Estados. Al crear un gobierno en el cual coexistían poderes locales y poderes centrales, se ubicó al Poder Judicial, no como mero órgano administrador de justicia, sino como tercer poder del Estado, encargado de velar por el mantenimiento de la doble separación de competencias y órganos: la horizontal o funcional de los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) situados en una misma jerarquía, y la vertical o territorial, mediante la coexistencia de ese doble orden de competencias estatales y centrales.

(1) Charles de Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Cap. V.

La Corte Suprema recién creada aparecía aún como un cuerpo cuyo rol no estaba bien especificado, ni lo estaban los límites de sus facultades. A partir del famoso caso “Marbury vs. Madison” (2) nació y se afianzó el control jurisdiccional de constitucionalidad en los Estados Unidos de América. Fue el *chief justice* de la Corte, John Marshall, quien redactó este fallo, que daría el fundamento del control jurisdiccional y que imprimiría un sello definitivo en la jurisprudencia del más alto tribunal estadounidense.

Esa consolidación ulterior del rol de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, que la convierte en guardián de la supralegalidad constitucional mediante el ejercicio intenso del control de constitucionalidad de las leyes, motiva la expresión de Lambert sobre el “gobierno de los jueces”. Según este autor, la mayor parte de las medidas legislativas que el Congreso de los Estados Unidos dicta no tiene valor definitivo hasta que la Corte Suprema se expida sobre su validez constitucional (3).

La mayoría de los países latinoamericanos han seguido el modelo norteamericano con relación a la organización de sus tribunales judiciales, aunque en su aplicación práctica tengan muchas veces sesgos o variantes distintas.

2. Rol Institucional del Poder Judicial de la Nación

El Poder Judicial debe ser el celoso guardián del cumplimiento de los preceptos constitucionales; y controlar a los otros dos poderes para evitar que éstos se salgan del cauce que les ha marcado la Constitución, en perjuicio de los habitantes del país. Esta función de control sobre las actividades del Congreso y del Poder Ejecutivo debe ser ejercida con valentía y decisión, ya que ella es la única garantía que tienen los gobernados frente a los abusos de poder de los gobernantes. Para ello es imprescindible mantener a cualquier precio la independencia del Poder Judicial.

Sagüés se refiere al “rol sistémico” del Poder Judicial, en pro, substancialmente, de la preservación del sistema constitucional, a través de vetos a la actuación de los otros dos poderes y de adopción de decisiones de desarrollo constitucional. Afirma ese autor

(2) C.S.E.U. in re: “Marbury vs. Madison”, 5 U. S. (Cranch) 137 (1803).

(3) Edouard Lambert, *“Le gouvernement de juges et la lutte contre la législation sociales aux Etats-Unis”*, Ed. Marcel Giard, Paris, 1921.

que el desempeño deficiente de ese rol priva a la Constitución de realidad existencial transformándola en una Constitución nominal, al decir de Loewenstein.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, desde un primer momento, tuvo conciencia cabal de la naturaleza del poder que la Constitución le atribuía al Poder Judicial. No obstante ello, hubo algunas confusiones ulteriores, derivadas, entre otras cosas, de la influencia que el derecho continental europeo ha tenido en la formación juspolicista argentina (muy impregnada del derecho francés). Cuando el entonces presidente de la República Argentina, Bartolomé Mitre, puso en posesión de sus cargos a los primeros jueces de la Corte Suprema, en su discurso dijo que éstos integrarían un tribunal que tendría a su cargo la alta función moderadora del sistema político argentino. Esta idea está presente en varios de los fallos de la primera época de la Corte.

Las sentencias más importantes dictadas en recursos extraordinarios, en el período que va desde 1862 hasta la creación de las cámaras federales de apelación, están principalmente dirigidas a preservar la separación de poderes en el gobierno federal, o a salvaguardar la separación de las competencias locales con respecto al poder central.

En todos estos fallos, la Corte Suprema de Justicia desecha en forma manifiesta el modelo francés o europeo y se asienta en el modelo estadounidense del Poder Judicial.

En los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictados entre 1947 y 1955 no hay prácticamente ninguna declaración de inconstitucionalidad, lo cual es inédito en la historia judicial argentina. Esta situación se repite a partir del período que se inicia en 1989.

Fuera de esos hiatos, la Corte Suprema de Justicia, ha ejercido el control de constitucionalidad de los actos de los otros dos poderes con altibajos, aunque se puede decir que el balance —haciendo abstracción de algunas épocas— en general es, en pequeña medida, positivo, aunque no tanto como sería de desear.

La mayor garantía para la defensa de los derechos individuales, frente a los posibles abusos del poder, se basa en la fuerza moral y en la integridad de los magistrados del Poder Judicial, en especial de los de la Corte Suprema de Justicia. Las sentencias de la Corte tienen entonces una fuerza que no es la de la bolsa ni la de la

espada, sino otra mayor aún: la fuerza de convicción y el respeto que despierta el derecho en el pueblo.

La misión del Poder Judicial de constituirse en un poder de Estado para la garantía de la libertad de los ciudadanos, está reservada a las personas sin orgullo ni vanidades, que acepten trabajar en el silencio y el anonimato. El Poder Judicial no trabaja en el estrépito, ni tiene por escenario la televisión, ni necesita de reconocimientos públicos o de premios. Hay un viejo aforismo que dice que *“los jueces sólo hablan por medio de sus sentencias”*.

Esa misión proviene del hecho de que la Corte Suprema de Justicia es la intérprete final de la Constitución, sus fallos, bien o mal, le han dado carnadura, a lo que era un simple papel escrito. Ha dicho con acierto Vanossi, que los fallos de la Corte son el derecho viviente de nuestro país (4), aunque muchas veces no nos gusten las conclusiones a las que arriba.

Más aún, aunque formalmente no lo tenga, en la realidad la Corte Suprema de Justicia ejerce un verdadero poder constituyente, al agregar o quitar contenidos a la norma constitucional, lo que es mucho más que pura interpretación. Charles Evans Hughes, dejó esta famosa afirmación: *“Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”*. Esto demuestra que es cierto aquello de que los jueces participan en el gobierno en una proporción no desdeñable.

Es de suponer que, a mérito de lo expuesto, la Corte Suprema debía estar como Némesis, en la defensa del espacio de la libertad, contra los arrebatos del poder.

Lamentablemente ello está lejos de la realidad. Desde hace muchas décadas, el Poder Judicial de la Nación, y más precisamente su cabeza, la Corte Suprema de Justicia, se han ubicado —erróneamente en nuestro criterio— como fiadores y avalistas —incluso como socios solidarios— de los poderes políticos, convalidando —con construcciones jurídicas más o menos ingeniosas— ciertos actos de esos poderes, que son y han sido clara, notoria y rotundamente inconstitucionales; a veces lo han hecho fundándose en el conocido instituto de la emergencia, otras —en cambio— ni siquiera con esa excusa. Esta actitud del Poder Judicial tiene como

(4) Jorge R. Vanossi, *Teoría Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. II, p. 97.

objetivo —que *prima facie* pareciera ser loable— el de no obstaculizar la gestión del gobierno, sino —al contrario— tratar de facilitar-la.

Esta actitud condescendiente que asume el Poder Judicial frente a los desbordes de los otros dos poderes (en especial los del Ejecutivo) cada vez más amplios, ha permitido que el Poder Ejecutivo y los funcionarios de la administración pública —abroquelados en esta irritante impunidad— hayan llegado a resistir el cumplimiento de decisiones judiciales, en actitudes que —normalmente— estarían encuadradas en el Código Penal.

Ese aval que la Corte Suprema de Justicia otorga permanentemente a los poderes políticos, justificando las violaciones de claras normas constitucionales, ha tenido varias consecuencias graves para el sistema constitucional: significó el traslado de la titularidad del poder constituyente de su legítimo dueño, el pueblo, a los funcionarios que integran los poderes constituidos y —en última instancia— a la Corte Suprema de Justicia, que lo ejerce sin derecho. Se ha creado así un sistema constitucional paralelo (y distinto) al de la constitución formal, aunque encubriéndolo cosméticamente como si se tratara de una simple interpretación actualizada del texto constitucional, cuando en realidad se lo cambió substancialmente. Se ha suprimido, también, uno de los caracteres esenciales de nuestra Constitución: su rigidez.

En efecto, como hemos expresado en diversas oportunidades, nuestra Constitución nacional ya no es rígida sino flexible, similar a la del Reino Unido, pues sus normas pueden modificarse por una simple ley o decreto. En síntesis, ya no existe separación estricta entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

Ante tanta confusión, a los ciudadanos se nos hace difícil recordar, por ejemplo, que el Poder Ejecutivo debe tener sólo el 33 % del poder real. Es así que cuando el Congreso no sanciona un proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo, el periodismo y gran parte de la opinión pública se lanzan a criticar a los legisladores, acusándolos de negligencia y de inoperancia, olvidándose que, en muchos casos, si los proyectos del Poder Ejecutivo no se sancionan, no lo es por negligencia, sino porque la abstención es la voluntad congresional discrepante con la del Ejecutivo, y que los legisladores no tienen oportunidad de manifestarlo expresamente.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, influye profundamente en la vida política e institucional del país. Sus fallos no afectan sólo a los litigantes que recurren ante sus estrados sino

que, por su trascendencia política e institucional, producen efectos sobre todos los habitantes, sean o no litigantes ante ella. Piénsese solamente en el fallo que legitimó la confiscación que hizo el Poder Ejecutivo de los fondos depositados en los Bancos a plazo fijo, fondos que se devolvieron en bonos externos, con vencimiento a varios años vista (5).

No se nos escapa que si la Corte Suprema de Justicia declarara la inconstitucionalidad de una ley que —supuestamente— hiciera peligrar el plan económico, seguramente gran parte de la opinión pública la atacaría, como si ello fuera un sabotaje a la estabilidad. Sin embargo, un plan económico no es propiedad de un funcionario en particular, sino que debe ser el producto de la voluntad de los tres poderes. Más aún, aunque económica o técnicamente, dicho plan fuese perfecto, esto no lo legitima para lesionar las garantías constitucionales. De otra manera, habría que reemplazar a la Constitución nacional por un libro de economía política y consagrar a éste como ley suprema.

Hemos llegado a la situación de virtual quiebra del Estado —entre otras causas— porque los gobiernos de las últimas décadas —de todos los colores políticos— ejercieron desorbitadamente el poder saliéndose de los carriles que fija la Constitución.

¿Nuestro país habría llegado a la situación actual si el Poder Judicial hubiera tomado una actitud principista y se hubiera negado a apuntalar ese desmesurado avance del poder estatal? ¿Qué hubiera pasado, por ejemplo, si la Corte Suprema de Justicia se hubiera negado a convalidar las distintas leyes de emergencia económica? Es posible que esto hubiera obligado al gobierno a ensayar otras soluciones, más realistas y menos dañinas para la economía. En síntesis, ¿puede curarse un envenenamiento, aplicando al enfermo nueva dosis del mismo veneno?

Si se efectúa una investigación de las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, sobre ciertas materias que están íntimamente relacionadas con el ejercicio del poder se puede apreciar que el criterio subyacente de los fallos es esencialmente político antes que jurídico y tiende a apuntalar las medidas de los otros dos poderes, aunque éstas sean claramente inconstitucionales. Para eso se recurre a ingeniosas construcciones, muchas veces importadas de sistemas jurídicos que poco o nada tienen que ver con el nuestro.

(5) C.S.N. in re: "Peralta Luis Arcenio c. Estado Nacional s/ amparo", El Derecho del 22 de abril de 1991, con nota de Germán Bidart Campos.

No basta que un gobierno sea eficiente para que se pueda considerar bueno. La eficiencia puede también servir mal a su destinatario, cuando lo conduce rápida y eficientemente hacia el abismo. La historia humana está cuajada de ejemplos de esta clase.

La reforma constitucional de 1994 no sirvió para atenuar tantas anomalías. Según Gentile, los intereses políticos que impulsaron la reciente reforma de la Constitución no se identifican con las necesidades de cambio que la doctrina venía madurando, especialmente en lo que se refiere al tema de la Justicia, que es una muestra de esa afirmación (6).

Afirma Morello que debe rescatarse el valor fundante que tiene la justicia. Debe difundirse un pensamiento acorde con el afán de reconquistar su registro institucional y jerárquico que, por tantos enroques, se ha despeñado en la desconcertante y explosiva situación en que se encuentra, que languidece en la impotencia (7).

Los ojos expectantes de la sociedad se encuentran posados sobre el Poder Judicial, sobre la honestidad de sus magistrados (8), porque los ciudadanos saben que, según como se pronuncien los jueces, aquéllos estarán o no protegidos contra las demasías y abusos del poder, que pretende siempre ampliarse a expensas de la libertad de los habitantes (9).

(6) Jorge H. Gentile, *La Justicia en la Constitución reformada*, La Ley del 21/11/94.

(7) Augusto M. Morello, *El servicio de justicia que languidece*, El Derecho del 4/3/96.

(8) Ver Santos Cifuentes, *La protección del honor de los jueces y la responsabilidad de los medios de prensa. Equívocos y confusiones a propósito de los casos "Gesualdi" y "Morales Solá"*, El Derecho del 11 de abril de 1997.

(9) Entre otra nutrida bibliografía, ver además: Pablo Ramella, *La función judicial: dos fallos inquietantes*, La Ley del 20 de diciembre de 1989; Horacio Rodríguez Alcobendas, *Algunos apuntes en torno a los jueces*, La Ley del 25 de noviembre de 1998; Alfredo Durante, *Justicia, Política y Control de Constitucionalidad*, La Ley del 26 de diciembre de 1989; Mario Cadenas Madariaga y otro, *El Poder Judicial y su perfeccionamiento*, La Ley del 28 de marzo de 1995; María A. Gelli, *Los deberes de los jueces en una República*, nota a fallo, La Ley del 31 de julio de 1990; Julio C. Cueto Rúa, *El juez distante*, La Ley del 15 de junio de 1990; del mismo autor, *Sobre la administración de los recursos del Poder Judicial en la Argentina*, La Ley del 5 de octubre de 1988; Fernando H. Payá, *El servicio jurisdiccional trabado por las cuestiones de competencia*, El Derecho del 19 de febrero de 1990; Adrián Ventura, *Golpe al Poder Judicial*, La Nación del 19 de diciembre de 1997, p. 25.

BLANCA 14

EL REGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA MONEDA

ALBERTO RICARDO DALLA VIA

Una primera consideración a realizar es cuál es el papel que cabe a la moneda en la Teoría Constitucional; o dicho de otro modo, si la moneda es un elemento “constitutivo” del Estado que se exprese en consecuencias jurídicas. La respuesta afirmativa se expresa en dos cuestiones principales:

a) La integración monetaria como parte del principio constitucional de integración, en los términos en que lo ha planteado el distinguido académico Dr. Julio H. Olivera y que parte de la consideración del país como un solo mercado a través de la integración comercial (art. 75 inc. 13), la integración fiscal y la integración monetaria. En ese sentido, también podemos decir que la Unión Europea, desde el Tratado de Maastricht y los acuerdos que lo siguieron representa un ejemplo de la integración monetaria en un proceso de integración avanzado y que, más allá de las discusiones sobre la soberanía y de los alcances otorgados a la expresión de Bodin, demuestra que la unión monetaria sólo es posible, en términos realistas cuando existe un mercado en términos económicos; de lo contrario, cuando ni siquiera existe una adecuada armonización de políticas macroeconómicas entre Estados Partes, como ocurre en el Mercosur, nos encontramos ante una mera expresión de deseos.

b) La valoración político-constitucional de la moneda como manifestación de soberanía y que, por ende, la política monetaria es del Gobierno Federal (art. 75 inc. 11) con expresa prohibición a las provincias (art. 126). Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 52:431 y Fallos 149:195 “La Facultad de acuñar moneda es una de las características básicas del Estado soberano”, en tanto que Jean Bodin, el principal teórico de la Soberanía, decía en 1576 que acuñar moneda importaba “una de las señales de suprema autoridad”.

Sobre estas dos coordenadas, la moneda como facultad soberana y la moneda como instrumento de integración económica, es que la Constitución Nacional ha desarrollado su régimen moneta-

rio recogiendo los antecedentes patrios que provienen desde 1812 y que el Dr. Buscaglia ha sintetizado magníficamente en un trabajo de la Academia Nacional de Ciencias Económicas al que me remito, y siguiendo también el antecedente de la Constitución de los Estados Unidos, que como en otros tantos temas ha sido fuente de la nuestra (1).

De manera que cuando nuestra Constitución Nacional, en el artículo 75 inciso 11 (ex 67 inc. 10) establece que:

“Corresponde al Congreso: ...Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesas y medidas para toda la Nación” y cuando en la parte pertinente del artículo 126 (ex 108) dice que las provincias NO PUEDEN “ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal”, ha seguido la pauta general marcada por el Artículo I sección 8 párrafo 5 de la Constitución Estadounidense y que fue materia de especial preocupación en la Convención Constituyente Originaria, por los “Padres Fundadores” de aquel país en aras a configurar un solo mercado en todo el territorio nacional y de ahí también la preocupación expresa por prohibir la acuñación en cada Estado para evitar situaciones anárquicas o perjudiciales al comercio.

Tal vez esa circunstancia explique la escasa referencia al tema de la moneda que se encuentra en los debates de nuestra Convención Constituyente de 1853. La única referencia no se refiere a los artículos ya citados sino a nuestro anterior art. 67 inc. 5 que faculta al Congreso la creación de un banco nacional con facultad de emitir billetes. En tal oportunidad, el convencional Zenteno interrogó al miembro informante (Gorostiaga) acerca de si los referidos billetes podrían ser de curso forzoso y Gorostiaga le responde que no, en una evidente demostración de que no tenía dotes de vidente ni de futurista. El llamado “papel moneda”, de curso forzoso, que existía por entonces en Buenos Aires donde cotizaba al oro en la Bolsa, despertaba recelo y preocupación en las otras provincias —y en algunos influyentes intelectuales como Alberdi— que lo consideraba un empréstito prohibido por no incluido en el artículo 4 de la Constitución. Sin embargo, terminó siendo una realidad en gran parte de nuestra historia constitucional y económica.

(1) BUSCAGLIA, Adolfo, “La Moneda en la Constitución Nacional”. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Económicas. Seminario sobre Economía y Constitución.

La cuestión monetaria fue en cambio motivo de mayores referencias por parte de la Convención Constituyente de 1853 durante las sesiones de noviembre y diciembre del mismo año en ocasión de tratarse el llamado “Estatuto de Hacienda y Crédito” propuesto por Mariano Fraguero como primera ley económica de la Nación, aunque en tales circunstancias y ya después del 1 de mayo de 1853 el cuerpo deliberaba como legislatura ordinaria. En la Convención de la Provincia de Buenos Aires de 1860 destinada a proponer las reformas a introducir en la Constitución Nacional como consecuencia del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859, se registra un interesante debate sobre la facultad de Buenos Aires de seguir emitiendo su “papel moneda”, de curso forzoso, conforme expresamente lo reservara y de cancelar los derechos aduaneros en esa moneda provincial frente a la exigencia generalizada de cancelarlo en moneda metálica de oro o plata. En el debate alcanzan destacada intervención Sarmiento, Vélez Sársfield y Rufino de Elizalde, quien también proponía que las Provincias mantengan los derechos de exportación, aunque no los de importación (2).

Pero volviendo al tema del artículo 75 inciso 6, que complementa el sistema monetario constitucional estableciendo la facultad del Congreso de crear un Banco con facultad de emitir billetes, no está en la Constitución de los Estados Unidos, que no previó la creación de la Reserva Federal. Se requirió un célebre fallo de la Suprema Corte en 1813 “*McCulloch v. Maryland*”, para que el Juez Marshall considerara en su voto que la creación de la Reserva Federal suponía un poder inherente del Congreso, que sea “necesario y conveniente” para ejercer la facultad de emitir moneda y fijar su valor. Ese fallo es además probablemente el pronunciamiento más trascendente de la historia constitucional norteamericana después de “*Marbury v. Madison*”; fue allí que el ya citado presidente del Tribunal dijera que era una constitución la que se estaba interpretando, es decir una norma destinada a sobrevivir muchas generaciones, a los cambios y a los tiempos (3).

Cabe agregar que en nuestro caso, el anterior artículo 67 inciso 10 fue reformado en 1994 por el nuevo inciso 75 inciso 6, que encomienda —también al Congreso— “Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como de otros bancos nacionales”. No sólo se ha cambiado la anterior expresión “banco nacional” por “banco federal”, enfatizando el valor del federalismo

(2) RAVIGNANI, Emilio, “Asambleas Constituyentes Argentinas”. Sesión del 30 de abril de 1860 de la Convención de Buenos Aires. Tomo IV. Ed. Jacobo Peuser. Buenos Aires. 1937.

(3) PRITCHET, C. Herman, “La Constitución Americana”. TEA.

sino que también en el mismo sentido se ha eliminado la frase que el mismo tuviera su sede en la Capital Federal, de manera que ahora cabe la posibilidad de que el mismo pueda establecerse en cualquier parte del territorio federal, y aun, que tenga sucursales o sedes descentralizadas.

De lo que hasta aquí se lleva dicho cabe formular, a manera de conclusión preliminar, que el constituyente ha colocado la competencia sobre el régimen monetario constitucional en manos del Congreso de la Nación, del Poder Legislativo, conforme surge de los ya citados arts. 75 incs. 6 y 11 y del art. 126. Es al Congreso a quien corresponde fijar el valor de la moneda y el de las extranjeras, como asimismo el de acuñar moneda metálica e imprimir billetes o “papel moneda”, siendo que las Provincias tienen expresamente prohibida la acuñación y sólo podrían crear bancos con facultad de emitir billetes con autorización del Congreso, habiéndose interpretado que tal facultad sólo serviría a los fines de crédito pero no al curso legal o forzoso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 36:177 ha dicho que “El Congreso está constitucionalmente habilitado para crear una o más especies de moneda para el país, imponer su curso legal y hasta suspender los pagos en metálico”. Al sancionarse la constitución, convivían en el país distintas clases de monedas metálicas de oro y plata como los doblones españoles, las águilas estadounidenses, los cóndores chilenos, los soles peruanos y otras en el interior, principalmente de plata de baja ley, como las denominadas “chirolas”, además del papel moneda que emitía el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que había sido casa de Moneda en la época de Rosas y que tenía papel moneda de curso legal forzoso que cotizaba frente al oro en la Bolsa. Principalmente contra esta última iba dirigida la crítica de Alberdi en sus escritos económicos, al considerarla un método utilizado por los tiranos y los imperios como Brasil, Rusia y Austria en tanto que Inglaterra y Francia emitían pero no desde el Estado sino desde Bancos Privados. Insistía en que la emisión irrestricta y descontrolada era endeudamiento público no autorizado. Para decirlo con sus propias palabras: “El papel sólo es moneda cuando es convertible a la vista y al portador, es decir, cuando no es emitido por el gobierno, deudor supremo y soberano, a quien nadie puede obligarle a pagar cuando no quiere... El papel moneda, o la deuda-moneda es la obra y la expresión de los malos gobiernos, como ellos son la obra y la expresión de esa moneda de guerra, de calamidad y tiranía. La mera existencia de los grandes armamentos hace nacer la guerra, como la hacen nacer la mera existencia de los grandes armamentos y de los grandes ejércitos. Con toda su civilización relativa, un país en que los cam-

bios se hacen por una moneda sin fijeza, es un país en el estado primitivo de los pueblos que no conocen la compra-venta, sino el trueque y la permuta” y agrega en otra parte “...Sólo el oro tiene y puede tener esa fijeza, y no hay más medio de dársela al papel que asegurarle la infalibilidad de su conversión en oro a la vista y al portador; convertibilidad que jamás puede tener un papel emitido por el gobierno directa o indirectamente... Todo el remedio contra el exceso de crédito acordado por los bancos, consiste en limitar la emisión y circulación de sus billetes y fijar un alto valor a su reserva metálica. Esa es toda la receta de la célebre acta de 1844, de Robert Peel, y todo el remedio de Ricardo...”. Proféticas palabras que hacen vigente aquello de que “todo parecido con la realidad no es más que pura coincidencia... (4)”.

Cómo lógica consecuencia de tales prevenciones, el Proyecto de Alberdi, como el de Pedro De Angelis eran muy extensos en cuanto a las facultades que debía ejercer el Legislativo en materia monetaria, en resguardo de la estabilidad, del crédito público, de la libertad de comercio y del mismo derecho de propiedad.

En 1875 se dicta la Ley 733 que establece el “Peso Fuerte” y en 1881 toma forma, con la sanción de la Ley 1130 un sistema bimetalista atenuado con base en el “Peso Oro” o Argentino (1,1629 grs. de oro fino) que era convertible y que en la actualidad sólo subsiste como pieza numismática aunque conserve su valor jurídico; en efecto, el artículo 144 del Código Aeronáutico establece la responsabilidad del transportador hasta 1.000 argentinos de oro. Le siguieron el peso “moneda nacional”, el peso “ley 18.188”, el “peso argentino”, el “austral” y el peso convertible Ley 23.928.

La sanción de la Ley de Convertibilidad N° 23.928, implicó volver al mandato constitucional de “fijar el valor de la moneda” por el Congreso después de un largo período de hiperinflación por demás conocido por sus nefastas consecuencias no sólo para la economía en su conjunto, sino también para el derecho de propiedad individual. En su caso, además de la espiral hiperinflacionaria, la situación estaba acompañada de un conjunto de amplias delegaciones del Legislativo en el poder Ejecutivo y principalmente en el Banco Central que través de la aplicación de técnicas como la llamada “tablita” para el cambio en dólares, como de las llamadas circulares telefónicas, había desnaturalizado el papel del Congreso en la política monetaria.

(4) ALBERDI, Juan Bautista, “Escritos Póstumos. Escritos Económicos. Tomo I”. Universidad Nacional de Quilmes.

Por eso no es ingenuo ni utópico decir, a pesar de los complejos problemas que la economía encierra y que no pueden resolverse por una mera decisión legislativa si no están acompañadas de voluntad política y de un conjunto de medidas, que una de las medidas económicas más exitosas de la etapa actual, el plan de convertibilidad que todos defienden y la seguridad jurídica en las transacciones que apareja, están íntimamente ligados al cumplimiento del programa económico de la Constitución, como también lo estuvo el gesto de disciplina fiscal que en su momento representó volver a mandar los presupuestos al Congreso, es decir, que sin quitar mérito a sus actores, no hizo otra cosa más que cumplir con la Constitución; allí radicó el éxito, donde también se demuestra que legalidad no está reñida con eficacia como a veces se cree.

Y en ese sentido, nos quedaría completar el cuadro de las competencias constitucionales en manos del Congreso para recordar el nuevo inciso 19 del artículo 75, conocido también como la “cláusula del nuevo progreso” o del “progreso económico y social”, evocando a Alberdi, y donde también “Corresponde al Congreso: ...Proveer lo conducente a... la defensa del valor de la moneda”, precepto de carácter programático que se dirige a sostener la estabilidad monetaria y a la moneda sana por oposición a la moneda espuria. En tal sentido opina BIDART CAMPOS que quizá quepa interpretar que ahora, esta remisión implica prohibir la emisión sin respaldo (5).

Pero más allá de las atribuciones concedidas expresamente al Legislativo en el artículo 75, se plantean problemas constitucionales a considerar en orden a la delegación legislativa de facultades monetarias en el Poder Ejecutivo. En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la delegación de facultades legislativas en materia monetaria en el Banco Central de la República Argentina.

En el año 1872 fue dictada la Ley número 581 de creación del Banco Nacional con facultad de emitir billetes, en orden al mandato constitucional del ex artículo 67 inciso 5, sucediendo que se adoptó la forma jurídica de sociedad anónima, circunstancia que motivó un debate entre quienes aprobaban tal forma jurídica y quienes entendían que el referido banco, como Banco de Estado, debía integrar la administración pública también en cuanto a la forma legal adoptada.

(5) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”. Tomo IV. EDIAR. Buenos Aires.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en autos “Banco Nacional c/ Villanueva Francisco” donde rechazó la tacha de inconstitucionalidad planteada, considerando que la Ley había creado un banco nacional con facultad de emitir billetes, que cumplía una función estatal, más allá de la forma social adoptada desde lo jurídico; dijo en tal oportunidad la Corte que “...El Congreso, eligiendo el sistema de una gran compañía por acciones, no ha hecho más que seguir los mandatos de la ciencia y los consejos más caracterizados...”. Y en otra parte agregó: “...La facultad de emitir moneda puede ser delegada por el Congreso a un ente no estatal...” (Fallos 176:5).

La actual Ley Orgánica del Banco Central n° 24.144 establece que el B.C.R.A. es una entidad autárquica (art. 1°) cuya misión “primaria y fundamental” es preservar el valor de la moneda (art. 2°). En la formulación de su política monetaria y financiera “no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo Nacional” (art. 3°). Es el agente financiero del Estado Nacional (art. 22), y quien emite billetes y moneda “conforme a la delegación de facultades realizadas por el Honorable Congreso de la Nación” (art. 17).

El artículo 30 de la Ley 24.144 determina que el B.C.R.A. “es el encargado exclusivo de la emisión de billetes y monedas de la Nación Argentina”. El mismo artículo puntualiza también que “ningún otro órgano del Gobierno Nacional, ni las municipalidades, bancos u otras instituciones cualesquiera, podrán emitir billetes ni monedas metálicas, ni otros instrumentos que fuesen susceptibles de circular como moneda”.

La última parte del artículo se refiere a los “bonos” emitidos en la segunda mitad de la década de 1980 por varias provincias que, de hecho, operaron como una moneda paralela en ellas, aunque el Estado Nacional nunca les reconoció “curso legal”, es decir, poder cancelatorio (6).

La ley vigente determina con mayor precisión que las anteriores, cuáles son las materias que el Congreso puede delegar en el Banco Central; pero además las delegaciones se han reducido notoriamente en la práctica, en relación a las numerosas que se producían en años anteriores, en razón de la propia ley de convertibilidad que al fijar la referencia con el dólar estadounidense ha deter-

(6) SAGÜES, Néstor Pedro “Elementos de Derecho Constitucional”. Tomo I. Astrea. Buenos Aires.

minado también el tipo de cambio, al tiempo que estableció la inembargabilidad de los depósitos.

Pero el tema de las delegaciones legislativas debe ser visto, además, y desde la reforma constitucional de 1994, a la luz del nuevo artículo 76 de la norma fundamental, que prohíbe expresamente la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. Desde esa perspectiva, resulta claro que no estamos ante una materia de “administración”, toda vez que la legislación sobre moneda implica necesariamente realizar actos de disposición al afectar no sólo el comercio y las actividades vinculadas al mercado, sino fundamentalmente al afectar el derecho de propiedad, como ocurre cuando se producen modificaciones en la valuación del signo monetario.

Vinculado también a este tema se encuentra la posibilidad o no de modificar el sistema monetario por intermedio de los denominados “reglamentos de necesidad y urgencia” previstos en el artículo 99 inciso 3° de la Constitución Nacional a partir de la reforma constitucional de 1994. En la redacción del referido artículo, no se encuentra el régimen legal de la moneda entre las materias vedadas a esta modalidad paralegislativa, encontrándose en cambio expresamente prohibida su utilización en materia penal, tributaria, régimen electoral y de partidos políticos (7).

Cabe recordar, en tal sentido, que la implementación del denominado “plan austral” en 1985 se realizó por intermedio de un decreto de necesidad y urgencia, (decreto 1096/85) inmediatamente ratificado por una ley del Congreso de la Nación. Parecería, en consecuencia, que la norma constitucional habilitaría a un procedimiento similar en una situación de crisis o emergencia. Desde nuestro punto de vista, y más allá de la indudable importancia que tiene para el valor de la seguridad jurídica el no tomar medidas “por sorpresa”, procurando que las mismas sean previsibles, creemos que la posibilidad de modificar el actual sistema monetario por un decreto de necesidad y urgencia se encuentra vedada por el antes citado artículo 75 inciso 19 cuando manda al Congreso proveer lo conducente para defender el valor de la moneda, prevaleciendo aquí el principio de unidad en la hermenéutica constitucional que man-

(7) DALLA VIA, Alberto Ricardo, “Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994” (comentada). Librería Editora Platense. Segunda Edición.

da a no enfrentar o poner en pugna distintas disposiciones del texto, sino armonizarlas, buscando el norte o sentido que conserve en todas su valor y efecto, conforme también lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterada y pacífica jurisprudencia.

Dejamos para el final de este análisis, dos cuestiones de actualidad vinculadas al régimen constitucional y legal de la moneda como son el tema referido a la llamada “dolarización”, como el tema también declamado de una supuesta “moneda común” o “moneda única” en el ámbito del Mercosur, y cuáles son los problemas constitucionales que ambos temas plantean.

La posibilidad de una moneda regional registra un antecedente concreto en el caso del ECU adoptado por la Unión Europea en un proceso de integración avanzado y profundizado a partir del cronograma y de los acuerdos posteriores al Tratado de Maastricht de 1992. Con el fin de adoptar una unidad monetaria común, las constituciones de los países europeos que conforman esa unión adoptaron las medidas políticas correspondientes al amparo de sus respectivas constituciones nacionales y en algunos casos, inclusive, fueron necesarias nuevas reformas constitucionales, como en el caso de Francia, a los fines de delegar las respectivas competencias monetarias en los órganos comunitarios.

La reforma constitucional de 1994 incorporó el nuevo artículo 75 inciso 24 que autoriza al Congreso a delegar competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales, a cuyo fin establece un sistema relativamente sencillo de mayorías para el caso de integración con países latinoamericanos que respeten el sistema democrático y los derechos humanos, en condiciones de reciprocidad e igualdad, en tanto que establece un sistema más complejo de aprobación de tratados de similares características con otros países de fuera de la región.

De manera que está previsto el mecanismo constitucional para la delegación de competencias en materia monetaria, aunque cabe señalar que si bien la Constitución del Paraguay contiene una fórmula amplia en materia de integración y delegación de competencias, no es ese mismo el caso del art. 6 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay y —mucho menos— el caso de la Constitución de la República Federativa del Brasil que a pesar de una expresión genérica en favor de la integración de los pueblos (art. 4), mantiene cláusulas de reserva de soberanía (art. 1) y aplica una postura dualista en materia de recepción del derecho internacional en el derecho interno. De manera que si bien nuestra Cons-

titución contiene una fórmula que habilitaría la adopción de un sistema monetario regional en el caso de conformarse una Comunidad de Derecho, no es ése el caso, por el momento, de las constituciones de Brasil y Uruguay.

Pero más allá de las cuestiones jurídico formales, no debe perderse de vista tampoco, apelando al realismo, cuál es el grado de avance de nuestro proceso de integración, bien distinto y distante del caso europeo. La adopción de una moneda única supone no solamente la búsqueda de una moneda fuerte sino también la necesidad de que esa moneda refleje las relaciones de un mercado ampliado. La etapa embrionaria que atraviesa el Mercosur, que es algo más que una zona de libre comercio; algunos la denominan “unión aduanera imperfecta” y otros “unión aduanera incompleta”, hace que sea necesario, con carácter previo, un serio cronograma de coordinación de políticas macroeconómicas para superar asimetrías, a fin de consolidar un mercado, y a partir de allí, poder pensar en la conveniencia o no de una moneda única, pero no antes. Lo contrario sería algo así como poner el carro delante de los caballos.

Estas consideraciones no obstan a que puedan irse celebrando acuerdos de tipo monetario entre los Estados Miembros, a fin de ir avanzando en algunas cuestiones como, verbigracia, la libre circulación de divisas de países del Mercosur. La debilidad de las monedas dificultan este tipo de acuerdos, sobre todo si se tiene en cuenta que la Argentina, atada a la convertibilidad con el dólar, es el único de los países del Mercosur que no devalúa su moneda, como sí lo han hecho, en cambio, tanto Paraguay, como Uruguay y el Brasil. Otras propuestas como la adopción del dólar estadounidense como moneda regional del Mercosur, no merecen nuestro análisis en esta parte por no tratarse de una propuesta de moneda comunitaria sino lisa y llanamente de una propuesta de “dolarización” a la que nos referimos seguidamente.

Desde nuestro punto de vista, la propuesta de adopción del dólar como moneda nacional, que implicaría, desde el punto de vista práctico, que el Banco Central de la República Argentina operara como delegación regional de la Reserva Federal de los Estados Unidos, del mismo modo que aquella tiene agencias regionales de la misma Reserva Federal en el territorio de los Estados Unidos, choca frontalmente con el texto de la Constitución Nacional que manda al Congreso “fijar el valor de la moneda” (art. 75 inc. 11) y a sostener un “banco federal con facultad de emitir billetes” (art. 75 inc. 6). Colisiona también a nuestro juicio con la disposición del nuevo artículo 75 inciso 19 que manda a la defensa del valor de la

moneda, toda vez que, si actualmente tenemos un doble sistema de dólares y pesos convertibles entre sí, la moneda nacional se expresa en pesos y, si éste fuera el término derogado, la moneda nacional se vaciaría de contenido.

Se afectaría el valor de la soberanía y por lo tanto, quedarían también conculcados los principios jurídicos que son expresión directa de la misma como el artículo 31 de la Constitución Nacional que determina su supremacía. En la práctica, se configuraría una situación de “señoreaje”. Se denomina de esta manera al valor que retenía el monarca o el señor feudal cuando al acuñar moneda, disminuía el valor de la misma mezclándola con otros metales y conservando para sí la diferencia de los valores originales.

En la doctrina existen varias modalidades a las que se denomina como situaciones de señoreaje. Una de ellas es la inflación, por medio de la cual el Estado financia su endeudamiento interno con emisión a costa del valor de la moneda y del derecho de propiedad individual. Otra forma de señoreaje es la adopción de la moneda de otro país que conlleva claras ventajas al país emisor al controlar la masa monetaria y determinar la tasa de interés. En el caso particular de la Argentina, nada nos privaría, además, de una tasa diferenciada basada en el denominado “riesgo-país”, de donde más allá del referido señoreaje, poco claras se ven las ventajas de la tan mentada “dolarización” (8).

Queda para el final una reflexión sobre las facultades que otorga la Constitución Nacional en materia de relaciones internacionales, y, en consecuencia para asumir compromisos internacionales vinculados al régimen legal y constitucional de la moneda. La firma y negociación de tratados internacionales es materia que la Constitución atribuye al Poder Ejecutivo en la persona del Presidente de la Nación (art. 99 inc. 11), quien ejerce esas facultades personalmente o delegadas en el Canciller o Ministro de Relaciones Exteriores conforme lo establecido en el artículo 7 inciso 2 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969. La aprobación de los Tratados o concordatos corresponde, por lo demás al Congreso de la Nación en orden al artículo 75 inciso 22 de la norma fundamental.

En el caso, se han producido negociaciones iniciadas por el Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos de la Nación que han llevado, inclusive, a declaraciones del titular de la Reserva Fe-

(8) GARCIA VAZQUEZ, Enrique, “Concepto y consecuencia del señoreaje”.

deral de los Estados Unidos. En tales gestiones no han participado los órganos constitucionales competentes ni se ha producido el necesario debate en el Congreso de la Nación a quien corresponde, en definitiva, legislar y decidir en materia de moneda.

Creemos, en definitiva, que todos esos argumentos son demostrativos de la inconstitucionalidad de la llamada “dolarización” que no solamente requeriría de un profundo debate legislativo sino también, a nuestro juicio, de una reforma de la Constitución Nacional.

COMENTARIOS DEL CONGRESO DE DERECHO SOCIETARIO EN PUNTO A LA REGULACION DE LA LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL

MARIANA BAIGORRIA

EDUARDO H. PÉREZ

El lema genérico del congreso, convocaba a pensar a la sociedad frente a los nuevos desafíos del tercer milenio. Un grupo de profesionales nos abocamos a reflexionar acerca de la limitación de la responsabilidad del empresario individual.

No se trata de un tema novedoso. Más aún, su discusión lleva más de sesenta años de antigüedad.

A fin de lograr una mejor comprensión de la problemática actual, veremos a continuación cómo ha sido tratada la figura de la sociedad unipersonal en nuestra normativa y en el derecho comparado, para luego exponer nuestra posición al respecto.

1.- EL CONCEPTO DE SOCIEDAD

Nuestra legislación en materia societaria (ley 19.550) caracteriza a la sociedad como un contrato plurilateral de organización, que posee personalidad (art. 2 de la ley citada). Por lo tanto exige para su constitución y a lo largo de su existencia la participación de dos o más personas.

1.1.- SOCIEDADES UNIPERSONALES EN NUESTRA LEGISLACION

La ley 20.705 de Sociedades del Estado (art. 2) expresamente admite la posibilidad de que éstas sean unipersonales, aplicando a su regulación las normas de las sociedades anónimas, en cuanto sean compatibles.

1.2.- La ley 19.550 prevé esta figura, aunque en forma transitoria, para los supuestos de sociedad devenida en unipersonal (arts. 93 y 94 inc. 8)

2.- INTENTOS TENDIENTES A LA INCORPORACION DE LAS FIGURAS EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y SOCIEDAD UNIPERSONAL

1929 – Proyecto de ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada. Se proponía la incorporación de la figura de empresa o entidad formada por una sola persona con responsabilidad limitada. La propuesta usaba los vocablos “empresa o entidades” y no sociedades y fue rechazada (1).

1940 – Se presentó ante la Cámara de Diputados un proyecto que no llegó a considerarse llamado “Empresa unipersonal con responsabilidad limitada”.

1949 – Proyecto de ley denominado Responsabilidad limitada unipersonal (2).

1987 – Proyecto de Unificación Civil y Comercial. Incorpora la figura de la S.U. para los tipos SRL y SA. En el caso de SRL, el socio único debía ser una persona física (vetado por decreto 2719/91 del PEN).

1990 – Proyecto de ley sobre la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que apuntaba a limitar la responsabilidad del pequeño y mediano empresario. Creaba un patrimonio de afectación en cabeza de una persona física (3).

1991 – Proyecto de reforma de la Ley de Sociedades. Se reforman los arts. 1 y 94. Se admite la sociedad unimembre sólo para las SRL y SA.

1993 – Nuevo proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Se incorporan las SRL y SA unimembres, pero para el primer caso debía ser una persona física. En el segundo caso podía ser una persona física o jurídica.

En general los proyectos de incorporación de esta figura han propendido a incluirlas dentro de la regulación societaria, incorpo-

(1) Anaya, Jaime Luis. Sociedades inicialmente unipersonales. El Derecho 124-724.

(2) Piaggi de Vanossi, Ana I. Estudios sobre la sociedad unipersonal. Ediciones Depalma, 1997.

(3) Piaggi de Vanossi, Ana I., ob. cit.

rando mínimas reformas que a nuestro criterio resultan insuficientes.

3.- LOS PRO Y LOS CONTRA DE LA INCORPORACION DE ESTA FIGURA A NUESTRA NORMATIVA LEGAL

Como se mencionó ut supra existen proyectos que hablan de la figura de empresa individual de responsabilidad limitada, bajo cuya concepción se posibilita que una persona física pueda afectar parte de su patrimonio a un determinado emprendimiento, limitando su responsabilidad. Estos proyectos intentan no romper con la estructura societaria que en la doctrina tradicional se interpreta como un contrato plurilateral de organización.

Sin embargo, podemos afirmar que en nuestro medio tiene más aceptación la figura de la sociedad unipersonal, considerando lo expuesto por la doctrina mayoritaria y los últimos proyectos legislativos mencionados.

No obstante, la situación de estancamiento respecto de la adopción de una u otra figura se mantiene actualmente, postergándose de este modo, la concreción legislativa de un instrumento de técnica jurídica requerido por el empresario individual y por los grupos económicos.

Se sostiene la inconveniencia de propiciar esta suerte de división patrimonial, que operaría en caso de concederse la mentada limitación de responsabilidad, con fundamento en:

- El patrimonio, como atributo de la persona es único e indivisible, de allí que conforme lo dispuesto normativamente por nuestro Código Civil, no resulta posible crear patrimonios de afectación diferenciados sin desnaturalizar la esencia del régimen de la personalidad.
- De llevarse a cabo tal propósito, en los supuestos de insolvencia del empresario individual se estaría socializando la deuda.
- El empresario individual no tendría acceso al crédito si limita su responsabilidad, luego se vería precisado a garantizar las obligaciones que asumiera en forma personal, con lo que se generaría una injustificada diferencia entre los acreedores más fuertes, que obtuvieran tales garantías, frente a los acreedores comunes, que sólo podrían agredir al patrimonio afectado a la actividad.
- Finalmente, y si para lograr tal limitación de la responsabilidad, se pretendiera utilizar la técnica societaria, se dice que en tal

caso existiría una contradicción “in terminis”, puesto que el vocablo sociedad, dada su naturaleza contractual, implica necesariamente la concurrencia de dos o más personas.

- La incorporación de esta figura a la ley 19.550, afectaría la homogeneidad de sus conceptos y traería consecuencias negativas en su funcionamiento operativo (Vitolo) (4).

A la primera de las objeciones formuladas podemos responder que a tenor de lo dispuesto por el art. 32 del Código Civil, la personalidad jurídica no depende de la pluralidad de los miembros, sino de la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Ello concuerda plenamente con la moderna tendencia doctrinaria de considerar a la sociedad, y a los sujetos de derecho en general, como instrumentos de técnica jurídica que permiten la creación de centros de imputación normativa. Fargosi sostiene que el hecho que una sociedad unipersonal no se origine en un contrato no cambia la naturaleza del acto constitutivo teniendo en cuenta que tanto el contrato como el acto unilateral de voluntad son subespecies del acto jurídico. Tanto una y otra buscan el efecto de constituir un ente y en el primer caso el ente en cualquier momento puede adquirir un sustrato pluripersonal. Según él “el problema de la pluralidad originaria o de la pluralidad subsistente no está afectando la naturaleza del acto constitutivo o la forma de interpretarlo sino que solamente está sincerando un fenómeno que se da todos los días, acerca del cual los abogados tenemos que hacer dibujos para sostener una subsistencia plural que no es tal en el momento de la constitución ni, sobre todo durante el momento de funcionamiento” (5). Le Pera apoya la tesis que la figura de la sociedad unipersonal sería útil tanto para las sociedades por acciones como para la SRL ya que el acto fundacional o constitutivo de estas sociedades podría tratarse como una declaración unilateral de voluntad, “...porque en potencia esta declaración lleva la aptitud para que, cuando se incorporen nuevos miembros, se establezca una relación bilateral o

(4) Vitolo, Daniel R. Empresa individual de responsabilidad limitada y sociedades unipersonales. V Congreso de Derecho Societario. Córdoba 1992. Ed Advocatus.

(5) Fargosi, Horacio. Anotaciones sobre la sociedad unipersonal. La Ley, 1989-E. Concepto de sociedad comercial en el derecho moderno (comisión 1), pág. 19. Temas de Derecho Societario. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Revista Lecciones y Ensayos. Club de Derecho de Buenos Aires. Ciclo de mesas redondas desarrolladas durante 1989 como contribución académica para el V Congreso de Derecho Societario. Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. 1990.

plurilateral”. Según este autor en la persona jurídica puede haber un solo miembro o ninguno (6). Etcheverry afirma que el concepto de sociedad apunta a la empresa fundamentalmente y no a la pluralidad de miembros mostrándose a favor de la sociedad unipersonal, *con un régimen bien estructurado*, tanto para la fundación como para la sociedad devenida unipersonal, ya que para él lo importante es la *empresa económica subyacente* (7). Para Richard el contrato no es ya un requisito de constitución de sociedad ya que ésta puede originarse de una escisión, o como resultante de un acuerdo concursal. Sostiene que “...Separado el mito dogmático entre el contrato de sociedad y la sociedad sujeto de derecho, no existe obstáculo para reconocer el negocio unilateral en la generación de una sociedad-sujeto” (8).

Siendo ello así es indudable entonces que la creación de esta nueva figura depende de una decisión de política legislativa. Será pues el legislador quien deberá decidir cuál es la técnica más adecuada a la realidad del tráfico comercial para la regulación de este instituto, pero lo que en modo alguno puede negarse es la necesidad de su regulación, ni fundar las dificultades para ello en conceptualizaciones dogmáticas del derecho.

4. - EL NUEVO ESCENARIO DEL TRAFICO COMERCIAL

Los argumentos que se esgrimen como crítica a la posibilidad de regular la SU, fueron desarrollados teniendo en cuenta otro escenario de la realidad del tráfico comercial absolutamente distinto del que hoy conocemos.

Asimismo resulta cuanto menos ingenuo desconocer el funcionamiento en la práctica de sujetos de derecho que cumplen con la

(6) Le Pera, Sergio. Concepto de sociedad comercial en el derecho moderno (comisión 1), pág. 24. Temas de Derecho Societario. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Revista Lecciones y Ensayos. Club de Derecho de Buenos Aires. Ciclo de mesas redondas desarrolladas durante 1989 como contribución académica para el V Congreso de Derecho Societario. Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. 1990.

(7) Etcheverry, Raúl. Concepto de sociedad comercial en el derecho moderno (comisión 1), pág. 14. Temas de Derecho Societario. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Revista Lecciones y Ensayos. Club de Derecho de Buenos Aires. Ciclo de mesas redondas desarrolladas durante 1989 como contribución académica para el V Congreso de Derecho Societario. Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. 1990.

(8) Richard, E. H. En torno a las sociedades unipersonales. V Congreso de Derecho Societario. Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. T. I. Córdoba 1992. Edit. Advocatus.

formalidad de la pluripersonalidad tan sólo en apariencia, ya que no se puede negar la existencia de prestanombres, hombres de paja o testaferros (9).

Siguiendo esta línea de pensamiento, algunos autores manifiestan que esta figura serviría como medio “para clarificar las relaciones comerciales y moralizar el tráfico mercantil” (10).

Tampoco podemos desconocer que el fenómeno de la globalización plantea la necesidad de reconocer y unificar el tratamiento legal de los agentes que actúan en este mercado global al que debe adecuarse la legislación vigente, muchas de cuyas normas aparecen obsoletas atento las actuales reglas y tendencias del mercado para cuya regulación están destinadas.

En efecto, la conformación de grandes bloques económicos regionales, la liberación de las economías nacionales, la actuación extraterritorial de las empresas, el reconocimiento de las figuras como la empresa individual de responsabilidad limitada y la sociedad unipersonal en las legislaciones extranjeras, la persistencia del fenómeno del desempleo, etc., agudizan la perentoria necesidad de dotar de instrumentos jurídicos apropiados al sector de pequeñas y medianas empresas, de modo tal que puedan tanto los empresarios individuales como los colectivos ampliar la posibilidad de actuación, permitiéndoles acceder a la diversificación de sus riesgos, reorganizando sus empresas, utilizando para ello instrumentos de técnica jurídica eficaces, que a la vez de alcanzar estándares adecuados de seguridad y protección de los intereses de terceros, simplifiquen y faciliten su adecuada utilización con un significativo ahorro de tiempo y altos costos.

En este aspecto puede afirmarse que la mayoría de los convocados por este séptimo congreso expresó su coincidencia, no obstante lo cual un sector persistió en debatir la inconveniencia de la utilización de la técnica societaria a la limitación de la responsabilidad del empresario individual, con único fundamento en la naturaleza contractual del acto constitutivo.

(9) Alegría, Héctor. “...Podría sostenerse que las sociedades de un solo socio (real) tienen ya en la Argentina tipicidad social, cuyo reconocimiento no debe detenerse sólo por pruritos técnicos, sino con soluciones adecuadas y una inteligente adaptación”. R.D.C.O., año 27, Edit. Depalma, 1994, pág. 1 y sigs.

(10) Althaus, Alfredo. Sociedades devenidas unipersonales. V Congreso de Derecho Societario. Córdoba 1992. Edit. Advocatus.

Insistir en esta postura sólo conlleva a permanecer en la parálisis. Debemos remarcar que las discusiones sobre la sociedad unipersonal y empresa individual de responsabilidad limitada fueron tratadas exhaustivamente en el V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa (11), volviéndose a tratar en el VII Congreso de Derecho Societario (12), sin que se logre ningún avance.

5.- DERECHO COMPARADO

La sociedad unipersonal nace como un medio para limitar la responsabilidad del empresario individual y también como técnica de descentralización de grandes empresas.

En principio fueron pocas las legislaciones que reconocieron a la sociedad unimembre “ab initio”.

- El Principado de Liechtenstein regula en su Código Civil en el año 1926 la figura de la sociedad unipersonal, cuya motivación aparentemente tenía más que ver con la constitución de un paraíso fiscal. La posibilidad de constituir originariamente una sociedad de un solo socio fue derogada en 1980 (13).

- El Código Civil Italiano introduce en su art. 2475 a partir de 1993 y siguiendo la XII Directiva de la CEE la sociedad originariamente unipersonal de responsabilidad limitada (14).

- En el derecho anglosajón en general se ha reconocido la figura del “one man companies”. En principio en el Reino Unido se exigía como requisito formal la pluralidad de fundadores en el momento de la constitución. Actualmente siguiendo XII Directiva de la CEE se modificó la “Companies Act” de 1985 permitiendo constituir y mantener una sociedad de un solo socio a las “Limited Private Companies”. En los Estados Unidos de Norteamérica se admite a

(11) V Congreso Argentino de Derecho Societario. Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. T. I. Córdoba 1992. Edit. Advocatus.

(12) VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. T. I. Buenos Aires 1998. Edit. La Ley.

(13) Biagosch, Facundo Alberto. Sociedad de un solo socio. Empresario individual de responsabilidad limitada. VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. T. I. Mar del Plata. 1995. Edit. Ad-Hoc.

Anaya, Jaime L., ob. cit.

(14) Piaggi de Vanossi, Ana I., ob. cit.

partir de 1962 que la “corporation” puede ser fundada por una persona física o por otra corporación.

- Dinamarca incorpora la sociedad unipersonal en 1973 a partir de una ley donde se establece la posibilidad que una o más personas constituyan una sociedad de responsabilidad limitada.

- En Alemania la ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada reformada en 1980 faculta al empresario individual a limitar su responsabilidad. La SRL unipersonal existía de hecho antes de la reforma, ya que se permitía la subsistencia de la SRL cuando quedaba con un único socio avalada por la jurisprudencia alemana que toleraba esta práctica común. En 1980 se incorporan reglas para proteger a los acreedores de la sociedad de prácticas abusivas. En la práctica comercial la SRL alemana es utilizada por el pequeño empresario y los grupos de sociedades. Existen reglas especiales para la SRL unipersonal respecto a la integración y protección del capital (15).

- Francia a partir de la ley nº 85-697 de 1985 incorpora la empresa individual de responsabilidad limitada. La ley contempla la posibilidad de constituir dos tipos: a.- la empresa individual de responsabilidad limitada y b.- la explotación agrícola de responsabilidad limitada. En ambos casos la responsabilidad del empresario se limita a los bienes que aportara a la empresa. Con esto se ha abandonado el criterio de la unidad del patrimonio al reconocer la ley que los bienes de la empresa responden por las deudas originadas por el giro comercial, no afectando otros bienes pertenecientes al deudor. No se disuelve la EURL en caso de que una persona reúna en su poder todas las cuotas sociales. Puede ser persona física o jurídica.

- España también ha incorporado la figura de la sociedad unipersonal que se puede utilizar tanto en la sociedad de responsabilidad limitada como en una sociedad anónima.

Por último con respecto al derecho societario europeo cabe mencionar la XII Directiva de la Comunidad Europea (1989) que hace referencia a las SRL con un socio único, cuyo objetivo es fomentar la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas, pero también tiene como objetivo prioritario dar garantía a los terceros, mediante una transparente separación entre patrimonio social y el personal del socio único.

(15) Zchoche, C., Características de la SRL unipersonal en el derecho societario alemán. El Derecho 127-897.

Un párrafo aparte merece el tratamiento dado a las sociedades de un solo socio por los países miembros del Mercosur (del cual nosotros formamos parte). Brasil contempla la figura de la sociedad anónima unipersonal en el supuesto de la subsidiaria integral, pero siempre que el único accionista sea una sociedad brasileña (ley de sociedades por acciones de 1976). La ley de sociedades uruguayas n° 16.060 no incluye la figura sociedad unipersonal, pero sí permite su existencia temporal, similar a la ley argentina en caso de reducción a un socio, otorgándole un plazo de un año para recomponer la pluralidad o disolverse. Esto no se aplica a las sociedades anónimas que han quedado sometidas al decreto 335/90 reglamentario de la ley 16.060 cuyo art. 10 permite que una SA continúe su actividad a pesar de que las acciones las detente un solo accionista (16).

La legislación paraguaya a través de la Ley del Comerciante n° 1034 incorpora la figura de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en sus arts. 15/25. En su art. 15 la define de la siguiente manera: "Toda persona física... podrá constituir empresas individuales de responsabilidad limitada, asignándoles un capital determinado. Los bienes... constituirán un patrimonio separado... de los bienes pertenecientes a la persona física. La responsabilidad... queda limitada al monto de capital afectado a la empresa (17).

6.- PROPUESTAS DE REGULACION

Si como hemos visto, la principal objeción a la regulación de la sociedad unipersonal se fundamenta en conceptos cristalizados del derecho que impiden su actualización, vedamos por esta mera discusión intelectual la posibilidad de generar instrumentos aptos para la resolución de problemas que afectan el bienestar general, puesto que afectan el desarrollo de emprendimientos económicos.

Estamos convencidos que el camino ha seguir debería comenzar por recurrir a la experiencia del derecho comparado, y a partir de ella empezar a discutir la conveniencia o no de que tanto las personas físicas y jurídicas puedan ser titulares de una SU, anali-

(16) Ferrer Montengro, Alicia y Rodríguez Mascardi, Teresita. La Sociedad Unipersonal en el Derecho Uruguayo. V Congreso de Derecho Societario. Córdoba 1992. Edit. Advocatus.

(17) Sopena Pastor, R. Ley del Comerciante. La empresa individual de responsabilidad limitada. Fundamentación en el Senado de la Nación. Edit. El Foro. Asunción, 1984.

zando sus consecuencias, considerando nuestra realidad interna en el marco de las relaciones generadas por el Mercosur y los grandes bloques económicos.

A nuestro criterio, la incorporación de la figura de la SU a la ley de Sociedades, resulta ser el método más idóneo para la adopción de la limitación de la responsabilidad del empresario individual, como así también para su aplicación a los fenómenos de reorganización empresarial.

De esta forma se mantendría una regulación conocida, con soluciones jurisprudenciales ampliamente compartidas respecto de la organización interna y la actuación de los grupos económicos, la inoponibilidad de la persona jurídica, la extensión de la responsabilidad a los administradores y temas tales como la fusión, escisión, etc.

En tal caso, cierto es que no basta a tal efecto con la simple modificación de los arts. 1 y 94 de la ley de sociedades como se previera en los proyectos legislativos de 1991 y 1993, sino que se requiere abarcar temas tales como la responsabilidad del socio único, la relación del socio con la sociedad, la actuación de los órganos, la fiscalización interna y externa, temas que tal como sostuviéramos en nuestra ponencia (18), deberían ser tratados en un capítulo, dentro de la parte general de la ley de Sociedades.

Sumario

El artículo desarrolla los aspectos referidos a la limitación de la responsabilidad del empresario individual.

A fin de brindar una mejor comprensión del tema, en el punto 1 se define el concepto de sociedad según nuestra legislación. A continuación se mencionan los supuestos admitidos por nuestro régimen legal para esta figura. En el punto 2 se detallan los antecedentes de proyectos legislativos que intentaban regular la limitación de la responsabilidad del empresario individual, bajo las técnicas del régimen societario o como patrimonio de afectación. En el punto 3 se analizan los pros y los contras que la doctrina ha señalado respecto de la incorporación de esta figura a nuestra normativa legal. El punto 4 desarrolla nuestra postura relacionando las críticas antes expuestas en función del nuevo escenario del tráfico mercantil.

(18) Araldi, Liliana y otros. Sociedades unipersonales: su incorporación de la Ley de Sociedades. VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. T. I. Buenos Aires, 1998. Edit. La Ley.

La legislación comparada se comenta sintéticamente, en el que se describen las distintas formas en que se ha incorporado la figura de *sociedad unipersonal* en el derecho continental europeo, en el derecho anglosajón y en los países miembros del Mercosur.

El artículo concluye con algunas ideas sobre la incorporación de esta figura al régimen de la ley de sociedades, haciendo referencia a un trabajo presentado en el último Congreso de Derecho Societario llevado a cabo en Buenos Aires en septiembre de 1998.

BLANCA

LA TEORIA DE SISTEMAS EN EL DERECHO Y LA POLITICA

LINO C. MIRABELLI

Sumario: I. Introducción. II. Evolución de la Teoría General de los Sistemas. A) “El todo es más que la suma de las partes”. B) Los sistemas abiertos a su entorno. 1) El esquema del equilibrio. 2) La teoría de los sistemas abiertos. 3) La teoría de los sistemas abiertos y la cibernética. C) Los sistemas autorreferentes. III. Consideraciones finales.

I

Introducción

El presente artículo tiene la modesta, y no por ello no ardua, finalidad de dar un paso por sobre lo que los teóricos del derecho han venido utilizando y denominando como Teoría de Sistemas en sus distintas disciplinas académicas; la filosofía del derecho (1), el derecho procesal (2), la teoría del estado (3), el derecho constitucio-

(1) Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*; Abeledo Perrot, Bs. As., 1996; *Sistema jurídico y sistema ecológico*, Suplemento Actualidad Rev. L.L., 19 de agosto de 1993; *Un nuevo enfoque para la teoría general del derecho*, LL 1988-A-789; *Un enfoque sistémico-cibernético de la mediación*, en La Ley 1996-E, 112; Martyniuk, Claudio Eduardo, *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*, Biblos, Bs. As., 1994; Fernández Vicente, Alfredo, *Limites de flexibilidad del sistema jurídico*, Ponencia presentada en el III Congreso Internacional de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, 1991; Guibourg, Ricardo y otros, *Introducción al conocimiento jurídico*, Bs. As., 1984.

(2) Curso de Posgrado ofrecido en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, *Enfoques sistémico y cibernético del derecho procesal*, por los Dres. Enrique Falcón, Ernesto Grün, Jorge A. Rojas y Alfredo Fernández Vicente.

(3) Resnik, Mario, *Estado y Política. Una aproximación sistémica*, La Ley, Bs. As. 1997. Obra en que el autor de estas líneas ha colaborado.

nal (4), etc., y tiene la no velada pretensión de clarificar algunos conceptos. Podría decirse que la pregunta a la cual intenta ensayarse una respuesta es: ¿A qué nos referimos cuando hablamos de teoría general de los sistemas?

En las materias que se han mencionado, los distintos autores podría decirse que comparten la idea de que los últimos acontecimientos en el orden mundial demuestran fehacientemente que los hechos están sobrepasando todo intento por congelar la realidad social a través de modelos teóricos basados en un enfoque analítico. Se afirma en general que la tecnología y la sociedad moderna se han vuelto tan complejas que los caminos y medios tradicionales ya no son suficientes (5), imponiéndose la necesidad de actitudes holísticas, o de sistemas, y generalista, o interdisciplinaria.

También se comparte la idea de que la Teoría General de Sistemas reúne los conceptos más elementales y abstractos del procedimiento que por su generalidad resultan comunes a todo ámbito de estudio.

No se pretende aquí exponer acabadamente la Teoría General de Sistemas, entiendo que no es posible exponer una teoría totalizante como es ésta en tan pocos párrafos. Si se intentará ayudar a la comprensión y conocimiento de la evolución de los conceptos generales de manera de contribuir al difícil entendimiento de este fenómeno teórico que representa una nueva forma de pensar.

II

Evolución de la Teoría General de los Sistemas y del concepto de sistema

En líneas generales puede decirse que la teoría general de sistemas ha sufrido a lo largo de su evolución dos cambios paradigmáticos fundamentales en su constitución, que a su vez constituyen las tres formas de diferenciación centrales en que se basa la teoría.

La calificación de "paradigmáticos" merece una pequeña aclaración. De una atenta lectura de la obra de Kühn (6) se desprende

(4) Loñ, Félix, *Constitución y Democracia*, Bs. As., 1987.

(5) Posiblemente esta preocupación metodológica también la comparten otros autores que no han adoptado la teoría general de sistemas, véase por ejemplo Aníbal D'Auria y Juan Carlos Balerdi, *Estado y Democracia*, p. 42, donde citan a Paul Feyerabend y su anarquismo epistemológico.

(6) Kühn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, F.C.E., México, 1971.

que el término paradigma encierra una fuerte ambigüedad al extremo de haberse podido atribuir a esa palabra veintidós significados diferentes, por ello aquí entiendo que corresponde aclarar que la significación de paradigma que se utiliza es la que se limita a la de ejemplo o modelo de pensamiento (7). En el estudio que sigue cada cambio paradigmático habrá de entenderse como que incorpora al considerado “antiguo” dando cuenta de éste y sus planteamientos centrales de un modo nuevo.

A. “El todo es más que la suma de las partes”.

Puede decirse que la búsqueda de los predecesores en el análisis de sistemas se encuentra lejos de haber concluido, sin embargo, es cierto que ya Aristóteles (s. IV a. C.) había intuido el problema. El enunciado semimetafísico “el todo es más que la suma de las partes” revela en gran medida su percepción del problema, las limitaciones de los procedimientos analíticos. Con esto, no se quiere decir que Aristóteles haya propiciado una visión sistémica, no se me escapa que su conocimiento se dirigía a los elementos de la continuidad y no del cambio, que apuntaba a la percepción del Ser, que su visión era analítica.

No es intención de este trabajo bucear en los precedentes, pero sí poner de resalto que esta preocupación de Aristóteles por el problema de la pérdida significativa que se producía en la visión analítica de los fenómenos permaneció por largo tiempo, incluso hasta principios de este siglo.

Esta concepción de sistema basada en la diferenciación “todo/partes” constituyó (resalto que sólo a modo de precedente) un primer “paradigma”. Por supuesto, y como se dijera, sólo puede afirmarse que únicamente dio cuenta del problema, puesto que ya es común comprender que la simple diferenciación “todo/partes” pierde de vista la relación entre el sistema y el entorno, y la relevancia de este último para el sistema; con lo cual no puede decirse que esta diferenciación sea sistémica tal cual entendemos hoy la teoría de sistemas.

B. Los sistemas abiertos a su entorno.

Puede decirse que el concepto de sistema fue olvidado con el comienzo del desarrollo del conocimiento científico. La ciencia clásica

(7) Resnik, Mario, ob. cit., p. 67 y ss.

sica, en sus distintas, disciplinas, inbuida del método analítico desde Descartes hasta el siglo XIX postuló la necesidad de reducir los fenómenos complejos a partes y procesos básicos (células, enzimas, individuos en libre competencia, etc.) para, por medio de la adición, comprenderlos (mente, célula, sociedad, etc.). Los resultados obtenidos no fueron precisamente pocos, lo que sin duda explica el abandono por parte de la ciencia de aquellos años de un enfoque totalizador.

A partir de lo que puede considerarse como avances en un mismo sentido en distintos áreas del conocimiento fue Ludwig von Bertalanffy (biólogo, 1901-1972), quien ya en la década del treinta, partiendo de la biología, sintetizó tales conocimientos y concibió la posibilidad de enunciar una teoría general de los sistemas (8).

Bertalanffy la enunció como una teoría lógico matemática que se proponía formular y derivar principios generales aplicables a todos los sistemas, dicho de otra manera, la búsqueda y estudio de los isomorfismos, es decir, de las igualdades de estructuras, de las analogías, y de que tales hallazgos hagan posible la aplicación de abstracciones y modelos conceptuales coincidentes a fenómenos diversos.

La obra de Bertalanffy fue la que propició el reemplazo de la diferenciación “todo/partes” por la concepción de los sistemas abiertos, centrado en la diferenciación “sistema/entorno”.

Para Bertalanffy “un sistema es un conjunto de elementos relacionados entre sí y con el medio ambiente” (9). El sistema surge en su distinción respecto al entorno, y cada subsistema se diferencia respecto a un entorno interno al sistema global (10).

(8) Bertalanffy, Ludwig von, *General System Theory. Foundations. Development. Applications*, Londres, 1968. Traducción al castellano: *Teoría General de Sistemas*, FCE, Bs. As, 1992.

(9) Bertalanffy, Ludwig von, Historia y situación de la teoría general de los sistemas, en *Tendencias en la Teoría General de sistemas*, obra colectiva, Alianza, Madrid, 1978.

(10) Aparece innecesario reiterar aquí las características de los sistemas abiertos en la obra de Bertalanffy, que pueden ser consultados en *Teoría General de Sistemas*, FCE, Bs. As., 1992, o en nuestro medio en la obra anteriormente citada *Estado y Política. Una aproximación sistémica*, La Ley, Bs. As., 1997, Cap. V que el autor de estas líneas ha redactado.

1) *El esquema del equilibrio.*

Volviendo al marco evolutivo de la Teoría General de los Sistemas, el primer modelo que se utilizó es el diseño orientado por la metáfora del *equilibrio*. Ciertamente podría decirse que el modelo del equilibrio fue quien dio pie para que se vislumbrara una teoría general de los sistemas, sin con ello afirmar que el pensamiento de la estabilidad sea un descubrimiento propio del campo sistémico (la palabra equilibrio ya se encuentra en el siglo XVII).

En la concepción de sistemas abiertos basada en la diferenciación “sistema/entorno” el equilibrio pasa a ser una categoría dominante.

La metáfora del equilibrio presupone o contiene una distinción entre dos posibles estados de un sistema: el de estabilidad y el de perturbación, enfatizándose el aspecto de la estabilidad. Tal noción de equilibrio contribuyó a pensar que los sistemas reaccionan frente a estados inestables, cosa que sucede solamente con el objetivo de alcanzar el estado de equilibrio en que se encontraba o un nuevo estado de equilibrio (11).

La metáfora también alude a un estado de “fragilidad” en la medida que cualquier perturbación conduce a la inestabilidad, y por ello, tal fragilidad ha llevado a hablar —más claramente— de *equilibrio inestable* (12).

Por otra parte, tal metáfora adquiere sentido solamente desde el momento en que se advierte que también incluye la percepción de la existencia en el sistema de un mecanismo, mediante el cual se hace posible que el equilibrio se retome o se mantenga, es decir, que se alcance nuevamente la estabilidad del sistema (por ejemplo, el mecanismo de la manipulación de los precios en la economía).

2. *La teoría de los sistemas abiertos.*

A este desarrollo, que alcanzó una alta sensibilidad en la percepción de las perturbaciones privilegiando el estado de equilibrio, se añadieron conceptos provenientes de otras disciplinas como la

(11) Luego veremos que basta agregar a lo dicho la variable *tiempo* para descartar, al menos en los sistemas psíquicos, biológicos y sociales la idea de un retorno del sistema al estado de equilibrio precedente a la perturbación.

(12) En nuestro ámbito véase la obra de Mario Resnik, *Estado y Política. Una aproximación sistémica*, La Ley, Bs. As. 1997.

física más precisamente de la termodinámica, que sin duda permitieron ampliar y clarificar el modelo.

La termodinámica es la parte de la física que trata de las relaciones entre los fenómenos mecánicos y caloríficos. La primera ley de la termodinámica declara que la energía del universo es constante y la segunda que esa energía tiende a la incomunicación, al desorden aunque su cantidad total no decrezca (13). Con ello, la física llegó a la comprensión de que el universo se dirige a su gradual desintegración, y a esta gradual desintegración de las fuerzas que lo componen la denominó *entropía* (14).

¿Pero a qué avance condujo ello en la teoría de sistemas? Ocurrir que a partir de tales descubrimientos la física comenzó a considerar al universo como un sistema *cerrado*, donde la ley de la entropía es inexorable, pues el universo no podía realizar ningún intercambio de energía que no esté contenida en él mismo (es decir, si la luz se transforma en calor, pero ese calor no vuelve a tomar la forma de luz, y lo mismo sucede con todas las formas de la energía, no hay nada en el universo que pueda detener ese proceso de desintegración, ya que todos los intercambios que el universo puede realizar son consigo mismo). La termodinámica declara expresamente que sus leyes sólo son aplicables a los sistemas cerrados, en particular que en un sistema cerrado la entropía debe aumentar hasta el máximo, y que el proceso habrá de detenerse en un estado de equilibrio (constante), es decir, que la tendencia hacia la máxima entropía es la tendencia al máximo desorden. Tal conceptualización permitió ver que si el proceso entrópico es inevitable y válido para el mundo físico, no lo es sin más para el orden social ni el biológico, pues los organismos vivos y los sistemas sociales podían conservarse, al menos parcialmente, al margen de esta ley entrópica del universo. A partir de allí se pensó que estos sistemas (biológico, psíquico y social) tenían que ser abiertos, pues podían generar *neguentropía* o entropía negativa, podían contrarrestar el proceso entrópico. Entonces, sobre la base de la teoría de los sistemas abiertos, la aparente contradicción entre entropía y evolución desaparece.

(13) Se afirma que si proyectamos una luz sobre una superficie negra, ésta se convierte en calor, pero ese calor nunca vuelve a la forma de luz. Tanto el calor como la luz son dos formas de la energía.

(14) La frase "Esa gradual desintegración de las fuerzas que componen el universo es la entropía", le pertenece a Jorge Luis Borges en *Historia de la Eternidad*, relato "La doctrina de los ciclos", escrito en 1934, Emecé, Buenos Aires, 1993, p. 112 (1ra. edición de 1953).

Así se delimita la distinción entre sistemas abiertos y cerrados, lo que aparejó también la delimitación de las cualidades de estos sistemas capaces de enfrentar el proceso de desintegración entrópico, y se pensó que los sistemas abiertos tenían la capacidad de *intercambio* con el entorno, de realización de un proceso de trueque entre el sistema y el entorno, y tal proceso volvió a reafirmar la idea de que tales sistemas debían ser abiertos. En los organismos vivos se mantiene una continua incorporación y eliminación de materia materiándose el sistema sin alcanzar un estado de equilibrio termodinámico (estable, de igualación de las diferencias con el entorno), que dura mientras dure la vida.

Cuando se hizo énfasis entonces en el modelo sobre esta capacidad de intercambio de los sistemas abiertos, se pensó en que los sistemas biológicos podían intercambiar energía (materia) con el entorno, en tanto que los sistemas orientados hacia el sentido (psíquicos, sociales) intercambiaban información.

Bertalanffy al proponer su teoría trasladó al plano científico un hecho obvio para el conocimiento vulgar, es decir, el principio de que los sistemas vivos son sistemas abiertos, modelo a partir del cual problemas biológicos tales como el crecimiento, la regulación y el equilibrio podían comprenderse mejor (15).

El modelo de sistemas abiertos fue aceptado entonces por científicos de distintas disciplinas, y la teoría de sistemas fue entonces enriquecida en distinta magnitud por la biofísica, la fisiología, la farmacodinámica, la cibernética, etc., mereciendo esta última un lugar destacado.

3. *La teoría de los sistemas abiertos y la cibernética* (16).

El concepto de cibernética fue introducido en el lenguaje científico por el matemático Norbert Wiener. La cibernética a la que en general le conciernen los problemas de la organización, el control y la transmisión de informaciones (comunicación), tanto en máquinas como en animales, adquirió tal relevancia dentro de la teoría de

(15) Darío Rodríguez y Marcelo Arnold, *Sociedad y teoría de sistemas*, Universitaria, Santiago de Chile, 1991, p. 38.

(16) La palabra cibernética es de raíces griegas, y se desprende de la representación de quien conduce un barco de manera estable frente a las variaciones del mar y de los vientos, es decir, que originalmente era concebida como el arte de conducir la navegación, y posteriormente como el arte de la conducción de los sistemas técnicos.

sistemas que incluso llegó a confundírselas, olvidando la diferencia disciplinaria. La cibernética no es sino una parte de la teoría general de sistemas, los sistemas cibernéticos son un caso especial de los sistemas que exhiben autorregulación (17).

El modelo de los sistemas abiertos, tal cual fue presentado hasta ahora, resultaba una teoría de amplia generalidad que no podía responder a muchos interrogantes, tales como: ¿qué tipo de intercambio debe darse entre sistema y entorno para mantener o recuperar el equilibrio?, y ello ocurría porque el esquema trabajaba sobre un concepto indeterminado de entorno que no permitía distinguir entre las relaciones del sistema con el entorno, de las relaciones del sistema con los sistemas que se encontraban en el entorno (por ejemplo, las dependencias del sistema político con el funcionamiento del sistema económico).

De la teoría general de los sistemas abiertos, que ha quedado delimitada hasta ahora, surgieron entonces otras teorías subsidiarias que asistieron el modelo.

Si el sistema abierto era capaz de intercambiar energía o información con el entorno, habían entonces una teoría de *inputs / outputs*. Es decir, de los intercambios.

El esquema input/output permitió recuperar el modelo de explicación causal al relacionarse los input con causas y los output con efectos, pudiendo analizarse estos últimos también en términos de consecuencias para el sistema mayor.

Este esquema de input / output se dirige a la delimitación de aquella relación más específica entre el sistema y los sistemas en el entorno, y de manera general presupone que el sistema desarrolla una alta indiferencia con respecto al entorno en la medida en que es el propio sistema, y no el entorno, quien puede decidir cuáles son los factores que determinan el intercambio. El esquema arrojaba entonces que el sistema tenía una autonomía relativa con respecto al entorno en la medida en que él mismo decidía los intercambios de energía o de información.

De este esquema de inputs y outputs se desarrollaron dos variantes. La primera de tipo formal, basada en un modelo matemático ideal, en el que a inputs con iguales funciones correspondían respuestas (outputs) iguales, y con ello, se asimiló el modelo a las

(17) Bertalanffy, Ludwing von, Teoría General de Sistemas, FCE, Bs. As., p. 16.

estructuras de las máquinas en las que los inputs con determinadas funciones eran transformados en outputs determinados por su estructura, y en consecuencia, dadas las situaciones, las respuestas podían preverse.

Esta disposición del modelo le valió —y con sobrada justificación— a la teoría de sistemas críticas acérrimas en el sentido de considerarla un modelo tecnocrático que nunca podía dar cuenta de la complejidad de la realidad social, pues, aplicando el modelo a los sistemas sociales (excluidas las máquinas) podía observarse que frente a iguales inputs el sistema podía responder con diversos outputs, y frente a diversos inputs, el sistema podía responder con el mismo output. En una palabra, no asumía la *complejidad, ni la contingencia*.

Sin embargo esta variante del modelo fue también utilizada, aunque con correcciones, en el campo de la psicología con el diseño de estímulo/respuesta (18). La psicología de la Gestalt fue la primera en enfrentarse al esquema mecanicista.

La segunda variante es la que renunciaba a la simplificación que aportaba la matemática, volviendo la mirada sobre la complejidad del sistema, y reaccionó a las críticas utilizando el modelo de *black box* (caja negra), tomado de la cibernética. La cibernética se ocupa del estudio del control (del mando) y de las regulaciones de los sistemas.

La idea de la caja negra designa que no es posible conocer, por compleja, la parte interior de un sistema, y que en consecuencia, sólo pueden analizarse las regularidades de sus relaciones externas, siendo posible sólo por intermedio de tales observaciones llegar a conocer las estructuras del sistema. Por supuesto, que tales observaciones debían llevar a poder diseñar un mecanismo que aclare cómo reacciona el sistema frente a determinados inputs dados bajo condiciones específicas.

Es decir, la utilización del modelo de la “caja negra”, permitía a la teoría de sistemas alejarse un poco (pero sólo un poco) del

(18) No corresponde desarrollar aquí las correcciones de que fue objeto el modelo en el campo de la psicología, sin embargo, puede decirse que ya desde los años treinta se comprendió que el esquema no podía utilizarse sin tener en cuenta variables intermedias, y se afirmó entonces que los sistemas psíquicos eran más complejos que su entorno y que podían condicionarse a sí mismos, absorbiendo inseguridad del entorno y nivelando la complejidad. El término utilizado para esta relación fue el de *generalización*. En el ámbito de lo social el término se remite a sugerencias de Talcott Parsons.

modelo de máquina trivial poniendo la atención sobre las interacciones.

El derecho fue considerado a la luz del este modelo y en los años sesenta se lo concibió como un programa de inputs, en el sentido de que a determinadas informaciones se respondía con determinadas decisiones preestructuradas, y ello aunque el número y diversidad de las demandas (inputs) sea muy grande (demandas civiles, ejecuciones, denuncias, querellas, etc.). Concretamente, el input preestablecido tenía una respuesta positiva y el que no lo estaba, negativa.

Sin embargo, la utilización de la idea de caja negra para referirse a los procesos internos de un sistema seguía siendo una analogía mecanicista, que se reveló incapaz de comprender los sistemas sociales que no resisten tal trivialización de sus operaciones. Es decir, el esquema no deja de comparar al derecho con una máquina en el sentido de que no tiene en cuenta que los intérpretes del derecho (juristas, jueces, etc.) en sus interpretaciones se orientan hacia los outputs en el sentido que tienen en cuenta las consecuencias que se derivan de las interpretaciones de las normas, que en cada caso son distintas y se encuentran condicionadas a situaciones empíricas, y esto, junto a otras circunstancias como es que el derecho toma cada vez más en cuenta los intereses de personas o grupos para la toma de decisiones (es decir, qué conflictos pueden decidirse de determinada manera y no de otra en una sentencia), hacen que el derecho sea, en gran medida, incalculable, o mejor, que esté atravesado por la *contingencia* (19).

Ernesto Grün refiere que “Creemos que hoy en día con el avance de los diseños de sistemas por computadoras, se podría por lo menos comenzar a bosquejar esta multifacética figura, generando un modelo estructural-funcional, estático y dinámico a la vez, con indudable provecho tanto para la enseñanza como para la experimentación y simulación de procesos jurídicos” (20). Esta afirmación, revela en el autor, la adopción, dentro del enfoque sistémico, de una tendencia hacia los modelos mecanicistas y organísmicos, en el caso bajo el modelo del “autómata”. Aquí vale tener presente que el enunciado general de la teoría de los autómatas es que los acontecimientos que pueden definirse con un número finito de “palabras” son realizables por un autómata (máquina de Turing). En consecuencia, el autómata puede por definición, realizar una serie

(19) Niklas Luhmann, *Introducción a la teoría sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, Anthropos, México, 1996, p. 51.

(20) Grün, Ernesto, ob. cit., p. 59.

siempre finita de acontecimientos (por larga que sea), pero no una infinita, con lo cual, el enunciado de Gr \ddot{u} n es pasible de la cr \acute{u} tica formulada en el p \acute{a} rrafo anterior, pues no tiene en cuenta lo incalculable del derecho.

El modelo hasta aqu $\acute{ı}$ desarrollado, segu $\acute{ı}$ a sin poder dar respuesta a preguntas tan decisivas como \acute{z} qu \acute{e} es el sistema para que pueda transformar el intercambio de energ $\acute{ı}$ a o informaci \acute{o} n, es decir, transformar un input en un output?, y \acute{z} cu \acute{a} les son las relaciones que unen las estructuras de los sistemas con tal operaci \acute{o} n?

Como respuesta a tales interrogantes comenz \acute{o} la utilizaci \acute{o} n en la teor $\acute{ı}$ a de sistemas del esquema de *feed back* (21) tomado de la cibern \acute{e} tica. Este esquema se desarroll \acute{o} a partir de las exigencias b \acute{e} licas de la guerra. La preocupaci \acute{o} n que dio origen al modelo era la de \acute{z} c \acute{o} mo hacer para que el sistema produzca outputs relativamente estables al encontrarse frente a un entorno variable?, es decir, c \acute{o} mo medir el cambio de estado en el entorno para que el sistema pueda dar a tiempo una respuesta estable. El esquema de *feed back* informa, entonces, que debe existir un mecanismo mediante el cual el sistema pueda medir ciertas informaciones que expresan la distancia que se abre entre el sistema y el entorno (el ejemplo cl \acute{a} sico de esta innovaci \acute{o} n te \acute{o} rica fue el termostato en las m \acute{a} quinas, que en el campo biol \acute{o} gico sirvi \acute{o} para comprender fen \acute{o} menos como el del mantenimiento de la temperatura constante de la sangre en los mam \acute{i} feros).

Reformulado el esquema ser $\acute{ı}$ a: c \acute{o} mo es que entra en funci \acute{o} n en el sistema el mecanismo que hace que producida una distancia (enti \acute{e} ndase perturbaci \acute{o} n: variaci \acute{o} n de condiciones, informaciones relevantes para el sistema, eventos) considerable en el entorno con respecto al sistema, \acute{e} ste se vea obligado a reaccionar para lograr la estabilidad, pues tales perturbaciones s \acute{o} lo pueden controlarse desde dentro del sistema.

Wiener manifiesta que tanto el ser vivo en su funcionamiento f $\acute{ı}$ sico como algunas m \acute{a} quinas electr \acute{o} nica modernas hacen uso de la retroalimentaci \acute{o} n para regular la tendencia entr \acute{o} pica, y esto es posible porque poseen \acute{o} rganos sensoriales, es decir, aparatos especializados en la recepci \acute{o} n de la informaci \acute{o} n proveniente del entorno (22). Esto permite inferir que los sistemas regulan su comporta-

(21) Se traduce el concepto habitualmente como "retroalimentaci \acute{o} n".

(22) Wiener, Norbert, *Cibern \acute{e} tica y sociedad*, Buenos Aires, 1958.

miento de acuerdo con su funcionamiento real y no en relación con lo que se espera de ella; y esta indicación es fácilmente observable tanto en el sistema jurídico como en el sistema político.

De otra forma, y en pocas palabras, feed back es “la propiedad —de los sistemas— de ajustar la conducta futura a hechos pasados” (23).

Este modelo dio la posibilidad de pensar en la introducción de un dispositivo de conducción. Sin embargo, conducir o dirigir un sistema no quiere decir que sea posible anticipar todos los estados concretos que un determinado sistema pueda experimentar, sino que se trata únicamente de reducir las desviaciones (distancias) entre el entorno y el sistema que podrían producir la eliminación del sistema (por ejemplo, reducir las distancias entre la temperatura externa y la temperatura de la sangre en los animales de sangre caliente).

Lo que debe quedar aclarado (para no traer a confusión) es que mediante el esquema propuesto no debían tomarse en cuenta todas las variables existentes en el sistema y en el entorno, sino sólo una selección de las mismas (por ejemplo, la temperatura). Sin embargo, esto indica —ineludiblemente— que para predecir el estado futuro de un sistema (psíquico o social, no una máquina) deben considerarse una multiplicidad de variables.

En el campo de la política, por ejemplo, surge claro que mediante el feed back la política puede aminorar desviaciones o perturbaciones, como puede ser que frente a la propagación de una enfermedad se instaure la vacunación obligatoria, o frente a la suba de precios de mercaderías básicas, el sistema político reaccione fijando precios máximos para determinados productos.

A finales de los años sesenta se añade a todo lo anterior la idea de feed back positivo (24), en contraposición al anterior que se denomina *negativo*. Se sostiene que como el feed back negativo tiende a aminorar las desviaciones, el positivo señala su aumento, pues ocurre que los sistemas tienden a cambiar su estado inicial fundamentalmente mediante la distancia provocada en el entorno. Y la pregunta que deriva de ello es ¿qué cantidad de cambios puede

(23) Darío Rodríguez y Marcelo Arnold, *Sociedad y teoría de sistemas*, Universitaria, Santiago de Chile, 1991; p. 44.

(24) Se suele citar como clásico de este concepto a Magoroh Maruyana, y sus consideraciones sobre lo que llamó la segunda cibernética.

soportar un sistema sin destruirse? (por ejemplo, ¿hasta dónde es posible el aumento de las prestaciones sociales del Estado Benefactor, que exige como mecanismo para el mantenimiento de la estabilidad, el aumento progresivo de la presión tributaria?), y consecuentemente, ¿si el sistema posee los mecanismos para controlar esa tendencia al aumento de las distancias?

De lo dicho, se desprende que la teoría del feed back positivo no brinda una explicación causal del tipo “por qué”, sino que intenta la explicación de cómo ciertos mecanismos tienden a fortalecer las desviaciones sin tener en cuenta sus consecuencias.

La retroalimentación (feed back) informa entonces de un proceso continuo, existe un lazo de retroalimentación. Mediante el feed back negativo el sistema corrige las desviaciones manteniendo su estado de equilibrio, y conserva la variedad con respecto al entorno (lo cual es vital para el sistema, ejemplo: el termostato), y mediante el feed back positivo, el sistema tiende a aumentar las desviaciones en el mismo sentido que la comunicación precedente (acelera sus acciones o cambios futuros de acuerdo a los pasados).

Este modelo fue aplicado a los fenómenos políticos por David Easton (25), quien consideró a la política como un mecanismo de transformación de inputs en outputs que consisten en decisiones (esquema input - conversor - output - retroalimentación). Sin embargo, teniendo en cuenta la cantidad de variables que debían emplearse, el modelo no pudo llegar a una formulación mediante la cual se pudiese demostrar, cómo frente a situaciones iguales, la política debía reaccionar de la misma manera. Sin embargo, este modelo pudo arribar a explicaciones que la Teoría del Estado nunca había alcanzado. Pudo observar, por ejemplo, cómo el Estado Benefactor (26), en su afán de resolver problemas sociales se reproducía políticamente, es decir, se transformaba radicalmente desde el momento en que consideraba su output (prestaciones sociales) como un input.

Una de las aplicaciones más originales del modelo cibernético en la política fue realizada por Karl Deutsch (27), quien puso espe-

(25) Easton, David, *Esquema para el análisis político*, Amorrortu, Buenos Aires, 1969.

(26) La referencia es válida también para el Estado de Bienestar si es que hemos de distinguirlos. Véase al respecto la obra de Mario Resnik, ob. cit., p. 129 y ss.

(27) Deutsh, Karl, *Cibernética política*, 1973.

cial atención en la capacidad de las sociedades de autotransformarse sin perder su identidad, lo cual se facilitaría con una adecuada capacidad de absorción de información por parte de sus ambientes, información que a su vez se reintroduce en la sociedad.

Desde el punto de vista epistemológico, la cibernética se sustenta en una causalidad circular (cuando A causa B y B causa C, pero C causa A, en lo esencial A es autocausado y el conjunto A, B y C, se define prescindiendo de variables externas, como un sistema cerrado), por ejemplo cuando el orador político modifica su presentación a partir del monitoreo de la receptividad de su discurso en la audiencia (28). En el modelo de causación circular, cada elemento influye directa o indirectamente sobre todos los demás y a su vez sobre sí mismo a través de otros elementos.

Los procesos causales mutuos que reducen desviación son llamados “morfoestasis” (feedback negativo), y explican el mantenimiento de los estados, buscan el mantenimiento de la forma (estructura) en un sentido dado, y son los considerados habitualmente en los estudios sobre el mantenimiento del equilibrio y la identidad de los sistemas en el tiempo. En tanto que los procesos causales mutuos que producen la creación de nuevas formas en el sentido de un aumento de la desviación son llamados “morfogénesis”.

De lo dicho puede establecerse que la cibernética (con base en la retroalimentación positiva) trabaja con un modelo de sistema que recibe información del entorno (input), la procesa internamente y entrega una información (output) al ambiente. Luego, la información acerca de los resultados de este proceso ingresa nuevamente al sistema por medio de un circuito de retroalimentación (el sistema utiliza para ello los medios de recepción de que dispone), permitiendo que el sistema modifique su comportamiento siguiente al comparar su programa inicial con su propia respuesta y la información que recibió del entorno. Este modelo fue entonces enriquecido por el aporte de Maruyama (retroalimentación positiva), a partir del cual pueden comprenderse procesos en que un elemento puede contribuir a su propia modificación por ejemplo, la proyección que provoca la planificación en una causación circular, no lineal (29).

Pero los aportes de la cibernética a la teoría general de sistemas no terminan ahí. Con base en la preocupación sobre la relación

(28) Darío Rodríguez y Marcelo Arnold, ob. cit., p. 42.

(29) *Ibid.*, p. 47.

sistema/entorno, Ashby (1958) enunció la ley de la Variedad necesaria (requisite variety). El interés de Ashby era el problema de las cantidades de información involucradas en la relación sistema entorno, y en consecuencia la capacidad selectiva del sistema, pues éste no puede absorber todos los aspectos del ambiente que tiene un número de estados posibles prácticamente infinito, y por otra parte, de hacerlo, no existiría el sistema como tal. Esto ocasiona a su vez que el sistema corra el riesgo de no poder reaccionar ante determinados cambios del ambiente, y que entradas superiores a la capacidad de procesamiento del sistema actúen disminuyendo la capacidad de éste para relacionarse con el ambiente.

El aporte de Ashby a la teoría de sistemas permitió comprender la relación sistema/entorno desde la complejidad (un sistema es complejo cuando posee un elevado número de elementos cuyas relaciones aumentan exponencialmente y nunca pueden estar relacionados todos entre sí a la vez, es decir, un sistema complejo no puede poner en movimiento todo al mismo tiempo) al considerar al entorno más complejo que el sistema y la función de éste estar marcada por la reducción de esa complejidad, que se realiza mediante la selectividad. Estas consideraciones llevaron a su vez a entender que los sistemas, en la búsqueda de su homeostasis, pueden hasta modificar su estructura interna (morfogénesis) aumentando su variedad para relacionarse con entornos más complejos.

C. Los sistemas autorreferentes.

Heinz von Foerster (físico) partiendo de una posición epistemológica denominada constructivismo radical, que afirma que no existen observaciones que puedan postularse con independencia de los observadores, que no contamos con el mundo sino con nuestra experiencia, elaboró el concepto de “máquinas triviales” y “máquinas no triviales”: Las máquinas triviales son aparatos confiables en tanto son predecibles, puesto que responden con el mismo output cada vez que reciben el mismo input, es decir, no modifican su comportamiento con la experiencia (ej. automóvil). En cambio las máquinas no triviales pueden entregar outputs totalmente diferentes frente a los mismos inputs, no son confiables ni predecibles, y en consecuencia cambian su estado interno al computar cada output, son máquinas recursivas (30), cambian con la experiencia. A partir de estas consideraciones von Foerster considera a los hombres como máquinas no triviales que operan holísticamente en el

(30) Se llaman recursivos los procesos cuya característica es que sus resultados son objeto del mismo procedimiento que los originó, como por ejemplo, el pensamiento del pensamiento.

presente, que pueden recordar el pasado, pero no tiene acceso directo a él, y en consecuencia siempre actúan como una totalidad, buscando trivializar lo complejo para poderlo predecir y explicar (31).

Con estas consideraciones, von Foerster inició las discusiones sobre la “autoorganización”, que se refiere a la capacidad de ciertos sistemas de elaborar sus propias estructuras.

En este sentido se suman los trabajos de Gregory Bateson, quien sostiene que la información es “una diferencia que crea una diferencia” (32), es decir, que la información es una diferencia que lleva a cambiar el estado mismo del sistema se adopte o no el contenido de la información (ej. al leerse que el tabaco es malo para la salud ya se es otro, aunque pueda o no tomárselo en cuenta), que ya ha fijado una posición en el receptor, ha llevado a cabo una diferencia, y esta diferencia es la que pone en marcha la información siguiente. Los sistemas que procesan estas noticias sobre la diferencia son recursivos y operan con jerarquías y redes de diferencia (así la mente crea Gestalten o configuraciones).

En el ámbito de las matemáticas estas consideraciones son tomadas por George Spencer Brown en su libro *The Laws of Form* (33) quien indica que cuando se efectúa una distinción trazando una marca entre dos partes se vuelve imposible el paso de una marca a la otra sin atravesar la marca, la forma es una línea de frontera que marca una diferencia. En este sentido, cuando se indica una parte de la forma, al mismo tiempo con ella se da la otra parte de esa forma, y en consecuencia, ninguna parte es algo en sí misma, sino que se actualiza por el hecho de indicar esa parte y no la otra. En este sentido la forma es autorreferencia desarrollada en el tiempo. Existen dos tipos de distinciones, una *distinguir* y otra *indicar*. Cuando se distingue algo de todo lo demás, sin especificar el otro lado de la forma se está *indicando*, en cambio cuando se necesita limitar la otra parte de la forma para poder distinguir, se está haciendo una *distinción* (hombre/mujer; frío/caliente). Por ejemplo, podríamos decir desde estos conceptos que el desarrollo es una forma de la cual una parte consiste en la industrialización y la otra en el subdesarrollo (34).

(31) Darío Rodríguez y Marcelo Arnold, ob. cit., p. 53.

(32) Bateson, Gregory, *Pasos hacia una ecología de la mente*, Buenos Aires, 1985; Bateson, Gregory y Ruesch, Jürgen, *Comunicación. Matriz social de la psiquiatría*, Bs. As., 1965.

(33) George Spencer Brown, *The Laws of Form*, Nueva York, 1979.

(34) Niklas Luhmann y Raffaele De Gregori, *Teoría de la Sociedad*, U. Iberoamericana, U. Guadalajara, Iteso, Guadalajara-México. 1993, p. 72.

A partir de ello se puede establecer que el binomio sistema/entorno es una operación sustentada en una diferencia, pero no cualquier diferencia sino la de sistema/entorno y la *distinción* está colocada del lado del sistema y el entorno está colocado fuera.

Estos conceptos aplicados a la teoría de sistemas indican que un sistema es una forma de dos lados y que uno de esos lados (el del sistema) se puede definir mediante un único tipo de operación. Es decir, que un solo tipo de operación produce el sistema siempre que medie el factor tiempo (una operación sin tiempo no constituye sistema, sino un mero acontecimiento), la recursividad de una misma operación crea al sistema, y esta operación debe tener la capacidad de concatenar en el tiempo otras operaciones del mismo tipo (35).

La fertilidad de este tipo de consideraciones teóricas tomaron una marcada relevancia en la teoría de sistemas a partir del surgimiento de reflexiones equivalentes en el campo de la biología.

El trabajo de Humberto Maturana (36) sobre el concepto de autopoiesis, sobrepasa definitivamente la concepción de sistemas cerrados y sistemas abiertos, marcando el surgimiento de un nuevo cambio de “paradigma” en la teoría de sistemas. Es el paradigma “autorreferencial” que reemplaza al paradigma basado en la diferenciación sistema/entorno, y con él al análisis de input y output de los sistemas abiertos.

No hay input ni output de elementos en el sistema o desde el sistema. El sistema es autónomo no únicamente en el plano estructural, sino también el plano operativo. El sistema puede construir operaciones propias sólo empalmándose a operaciones propias y como anticipación respecto de ulteriores operaciones del mismo sistema (37).

(35) Niklas Luhmann, *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, Anthropos, México, 1996; p. 67. Ver asimismo, Niklas Luhmann y Raffaele De Giorgi, *Teoría de la Sociedad*, U. Iberoamericana, U. Guadalajara, Iteso, Guadalajara-México, 1993, p. 35.

(36) Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *De máquinas y seres vivos*, Universitaria, Santiago, 1973; *El árbol del conocimiento*, Universitaria, Santiago, 1984; Maturana, Humberto, *Emociones y lenguaje en educación y política*, Dolmen Ediciones/Granica, CED, Chile, 1997.

(37) Niklas Luhmann y Raffaele De Giorgi, *Teoría de la Sociedad*, U. Iberoamericana, U. Guadalajara, Iteso, Guadalajara-México, 1993, p. 40.

Entonces, el paso más significativo al que permite llegar el concepto de autopoiesis respecto de la autoorganización consiste en que ya no se trata sólo de la autoproducción de estructuras, sino de la autoproducción de los elementos del sistema. Las consideraciones de Maturana indican que lo vivo es una operación única, la vida sólo surge de la vida. Se trata de una estructura circular que se produce a sí misma. Cada una de las unidades utilizadas por un sistema está constituida dentro del sistema mismo, sin ningún input de materiales o información del entorno (38).

Estas consideraciones en el ámbito de la teoría de sistemas permiten concluir que es posible identificar en los sistemas una operación única que cumpla con la función de autoproducción circular del mismo, operación única que tenga la posibilidad de encadenar las operaciones anteriores con las siguientes. Los sistemas se refieren a sí mismos tanto en la producción de sus elementos como en sus operaciones fundamentales.

A consecuencia de lo dicho se puede entender que los sistemas son cerrados operacionalmente (clausura operacional). Es decir, ni el entorno ni ningún sistema del entorno pueden realizar dentro del sistema considerado su operación propia (ninguna cabeza puede pensar en otra cabeza).

Maturana distingue estructura de organización. La estructura se refiere a los componentes y relaciones que constituyen una unidad determinada realizando su organización. La estructura es **variable**, se encuentra en permanente cambio, en cambio la organización, es una **invariante**, como seres vivos, nuestra estructura se encuentra en permanente cambio (la adaptación es constante), pero nuestra organización debe mantenerse, pues su pérdida implica la desintegración como seres vivos.

Un sistema se encuentra entonces estructuralmente determinado, lo que significa que las interacciones de sus unidades sólo *gatillan* (39) cambios de estado determinados por su estructura, y en consecuencia no es posible que el entorno especifique lo que sucede en el sistema, que como se dijo está estructuralmente determinado y trabaja sólo de acuerdo a sus estructuras. Por otra parte, el sistema mantiene con su entorno una relación de comple-

(38) Corsi, Giancarlo; Esposito, Elena; Baraldi, Claudio; *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, Anthropos, México, 1996, p. 19.

(39) Darío Rodríguez y Marcelo Arnold, ob. cit., p. 56.

mentariedad, sufriendo permanentemente perturbaciones mutuas. A esta relación de complementariedad Maturana la denomina *acoplamiento estructural*, todo sistema está acoplado estructuralmente a su entorno, para decirlo rápidamente, todo sistema está en congruencia con su entorno o no lo está y por ende no existe. De otra forma: el entorno no determina lo que sucede en el sistema, pero debe estar presupuesto, y en este sentido todos los sistemas están adaptados a su entorno (acoplados estructuralmente), sin perjuicio que hacia el interior puedan comportarse de un modo no adaptado. En consecuencia, se excluye el hecho que los datos del entorno puedan determinar lo que acontece en el sistema. No obstante, es claro, que todos los sistemas requieren de muchos presupuestos factuales en su entorno, es decir, presuponen un continuo de materialidad necesario para su existencia (40).

Con todas estas consideraciones Maturana provoca un cambio radical en la conceptualización de sistemas abiertos y cerrados. Los sistemas vivos son cerrados en la producción de sus componentes (autopoiesis), lo cual no niega la apertura respecto a la incorporación de energía del entorno sino que la explica.

El modelo autopoietico es circular, con lo cual no tiene sentido hablar de causas y efectos, además es cerrado y no recibe información del entorno, todo lo que sucede a un sistema se encuentra determinado por su estructura y no por el entorno, el sistema se autoirrita (a partir de problemas o perturbaciones) y actúa de acuerdo a su determinación estructural. El sistema autopoietico reproduce materialmente su estructura conservando la organización.

De todo lo dicho se desprende que las ideas de Maturana han aportado a la teoría de sistemas importantes innovaciones, que a mi entender no han sido aceptadas aún adecuadamente en nuestro medio.

Tales innovaciones teóricas han sido utilizadas en el campo de la sociología por Niklas Luhmann para la comprensión de los fenómenos sociales, quien define a la comunicación como la operación que define lo social (la comunicación es la única operación genuinamente social (41)) pues un sistema social surge cuando la comunicación desarrolla más comunicación a partir de la misma comunicación.

(40) Corsi, Giancarlo; Esposito, Elena; Baraldi, Claudio; ob. cit., p. 19 y ss.

(41) Luhmann Niklas, *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, Anthropos, México, 1996, p. 69.

Luhmann sostiene que el sistema es una diferencia que se produce constantemente a partir de un solo tipo de operación, y esta operación lleva a efecto el hecho de reproducir la diferencia sistema/entorno en la medida que produce comunicación sólo mediante la comunicación. Tales consideraciones llevan a la exclusión de la acción como elemento último constitutivo de la operación de lo social, y por ende al aspecto más criticado (muchas veces sin fundamentos teóricos sino afectivos) de la teoría social de Luhmann, que los hombres se encuentran en el entorno del sistema social (42), que no es el hombre quien puede comunicarse, sino que sólo la comunicación puede comunicar (43).

Sin embargo, no resulta pertinente aquí (amén de ser imposible) agotar las consideraciones de Niklas Luhmann en la aplicación de la teoría de sistemas al campo sociológico, si interesa poner de resalto que los avances a que ha arribado este autor, en sus numerosos libros y artículos (pocos traducidos al castellano), en el refinamiento de las consideraciones generales de la teoría de sistemas, sin duda pueden ser sumamente estimulantes para los estudiosos del derecho, el estado y la política, temas que Luhmann también ha encarado (44).

El tratamiento de tales avances excede los motivos de este trabajo, que he tratado de circunscribir a la utilización de la teoría de sistemas en nuestro medio, y sin duda merecen de un posterior estudio individualizado.

III

Consideraciones finales

En el campo del derecho los intentos que se han realizado para emprender un estudio basado en la teoría de sistemas no han superado, a mi entender, el paradigma basado en la diferenciación sistema/entorno.

(42) Conviene aclarar que Maturana por su parte se resiste a la aplicación del concepto de autopoiesis a la comunicación, pues considera que no se puede pensar a la comunicación como un acto único de inicio a la manera de artefacto químico y que entonces tuviera efectos comunicativos, lo que lo lleva a pensar que la comunicación requiere del ser humano para que pueda ser explicada.

(43) Niklas Luhmann y Raffaele De Giorgi, *Teoría de la Sociedad*, U. Iberoamericana, U. Guadalajara, Iteso, Guadalajara-México 1993, p. 52.

(44) Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, CEC, Madrid, 1983; *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza, Universidad, Madrid, 1995.

Para sólo dar un ejemplo, en la filosofía del derecho, Ernesto Grün ha realizado más que significativos aportes habiendo propuesto un estudio sistémico y cibernético del derecho. Sin embargo, considera que “el sistema jurídico es (relativamente) autónomo” (45), apreciación que sólo puede realizarse utilizando la teoría de sistemas basada en la diferenciación sistema/entorno, pues para una teoría de sistemas autorreferentes no se concibe la posibilidad de que un sistema sea “relativamente autónomo”, es autónomo (clausurado operacionalmente) o no lo es y por ende no existe como tal, es decir, la radicalidad del concepto excluye la idea de autonomía relativa: “un sistema es autopoietico o no lo es” (46).

Por otra parte, considera que “decir que el sistema jurídico es autopoietico es decir que está normativamente cerrado” (47), sin embargo, tal consideración no se compadece con la teoría de los sistemas autorreferentes, toda vez que lo normativo no constituye la operación genuinamente jurídica que posibilita la clausura de operación del sistema jurídico y la autopoiesis de sus elementos.

En la Teoría del Estado, Mario Resnik ha encarado por primera vez en nuestro ámbito una aproximación sistémica, y sus consideraciones son sin duda una invitación permanente a profundizar el pensamiento de los temas del estado con las herramientas de la teoría de sistemas, ámbito en el que a mi entender la teoría de los sistemas autorreferentes puede efectuar más que significativos aportes.

En el derecho penal, la teoría de la imputación puede ser estudiada desde muchas de las consideraciones de la teoría de sistemas, que entiendo podrían sin duda ayudar a dar un paso por sobre el funcionalismo en que se enmarcan sus últimos avances.

A esta altura, espero, se podrá ensayar ya una respuesta a la pregunta ¿a qué nos referimos cuando hablamos de teoría de sistemas?: hablamos de una nueva forma de ver los fenómenos sociales, de un nuevo paradigma epistemológico (48), y también de has-

(45) Grün, Ernesto, ob. cit., p. 69.

(46) Corsi, Giancarlo; Esposito, Elena; Baraldi, Claudio; ob. cit., p. 33.

(47) Grün, Ernesto, ob. cit., p. 70.

(48) Ocurre, que la teoría de sistemas no es más —¿y qué más podemos pretender que sea?— que una forma de ver el mundo. El constructivismo sobre el que se asienta indica que el conocimiento no se basa en su correspondencia con la realidad externa, sino únicamente sobre las construcciones de un observador.

ta dónde se ha llegado en la aplicación de tan sugerentes conceptos en nuestro ámbito, en que sin duda recién ha comenzado a abrirse camino.

FORMAS DIRECTAS DE PARTICIPACION CIUDADANA

MABEL P. ROMERO

I. INTRODUCCION Y ENCUADRE TEORICO

La amplitud de conceptos que hoy en día se ponen de manifiesto con la sola mención del vocablo DEMOCRACIA es omnicompreensiva de toda una serie de ideas, creencias, que implican exactamente lo mismo tanto pensemos al oírlo en una filosofía, una ideología o un estilo de vida: libertad del hombre y pleno dominio sobre sí mismo.

En una tarea de restringir tantas diversificaciones de un vocablo mismo, pero manteniendo la misma dirección ideológica, debemos arribar al concepto más estricto que relaciona el sentido de democracia con una técnica de organización del gobierno en un Estado determinado. Generalizando esta relación entre forma de gobierno y forma de vida, podemos deducir que la democracia como régimen político se cristaliza institucionalmente como un sistema que permite, en forma libre e igualitaria, el autogobierno del pueblo. Y así se constituye en soberano a un conjunto de sujetos como voluntad colectiva, siendo más que el fundamento de todo poder político: su fuente.

Dejando fuera de este trabajo toda discusión ideológica sobre su naturaleza jurídica o sobre la soberanía popular en sí misma, es evidente que la complejidad socio económica, las dimensiones de los Estados nacionales y la creciente centralización del poder político-económico hicieron crecer la representación política como única respuesta lógica y posible nacida de raigambre liberal, que pudiera asegurar una forma de autogestión política consecuente con una ideología democrática. Esto sin dejar de reconocer como indudable que en las comunidades políticas actuales resulta mediata y distante la voluntad popular y el ejercicio del verdadero control de gobernados sobre gobernantes; que ya no es más “uno” el soberano, habida cuenta de su fragmentación actual y la confrontación permanente entre los diversos grupos sociales antagónicos; y que la democracia representativa como manifestación política ha en-

contrado otros medios de expresión alejados de las formas tradicionales.

Menos indudable aún resulta ser la grave declinación y crisis de representatividad política por la que atraviesa el electorado argentino en esta última década. “Para comprender mejor esta realidad, dice Carlos Fayt, citando a Georges Burdeau, se debe tomar conciencia de un hecho capital: el estallido del concepto de democracia”. Y agregamos, a la par de ello, la construcción de un orden social nuevo, tanto a nivel nacional como internacional, producto de las nuevas pautas económicas de globalización de los mercados, todo lo cual conlleva la actualización del concepto de soberanía nacional y de soberanía popular, introduciendo también transformaciones en el concepto de democracia para el próximo siglo. No es en vano, hablando de transformaciones, que en nuestro país, de larga data en su tradición constitucional opuesta y de rechazo, se haya comenzado con nuevas formas de participación política típicas de una democracia directa, semi-directa o semi-representativa como prefiere llamarlas Orlandi.

Es prioritario comenzar por clasificar a la democracia como forma de gobierno siguiendo el criterio de la participación del pueblo en la elaboración y toma de decisiones, y definir cada una de las categorías, en este caso, según Carlos S. Fayt: “La democracia directa, o pura, es aquella en la que el pueblo, sin mandatarios ni representantes, por sí mismo, se da sus leyes... Requiere una extensión territorial y una densidad de población compatible con la posibilidad de la consulta previa y la decisión en cada asunto inherente al gobierno de la comunidad... La democracia indirecta o representativa es aquella en la que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes... El Estado, como forma suprema de organización política y las organizaciones políticas menores o subordinadas, requieren estructuralmente la existencia de un poder en la organización que estará integrado por representantes... La democracia semidirecta como forma gubernamental consiste en aquella que posibilita la participación directa del pueblo en el proceso de formulación de las decisiones del poder en el Estado. Combina la idea de democracia directa con la idea de democracia representativa, y sin llegar a substituir por entero a ésta, satisface el requerimiento de participación directa, que caracteriza la vida política contemporánea”, integrándose ambas e intentando una nueva democracia para el siglo XXI.

O sea que “en vez de ser las formas semidirectas contrarias a la representatividad exigida por la Constitución, ellas coadyuvan a un robustecimiento de la forma representativa de gobierno, pues

permiten que los representantes legitimen su poder” (Quiroga Lavíe. Derecho Constitucional).

Ahora bien, si tomamos la definición del término participar del diccionario Anaya de la Lengua Española dice: “Tener parte en alguna cosa”. Obviamente la participación implica el hecho y el resultado de tomar parte efectiva y directamente en la realización de una cosa. De resultas, entonces, y para definirla según Mario Justo López, la expresión participación política debe ser empleada “para designar los distintos modos en que los miembros de la comunidad, y en particular los ciudadanos, toman parte en la actividad estatal (elaboración toma y ejecución de decisiones políticas imputables al Estado) sea en forma directa o indirecta... Puede decirse que las ‘formas semidirectas’ consisten en diversos mecanismos o procedimientos mediante los cuales el cuerpo electoral participa directamente en la función constituyente o legislativa realizada por los órganos representativos, o adopta decisiones acerca de los integrantes de los mismos o decisiones políticas fundamentales sobre determinados problemas”.

Cuando la participación política se da en forma directa los ciudadanos intervienen por sí mismos, generalmente en asambleas donde se realizan las votaciones. Cuando se da a través de formas representativas o indirectas los ciudadanos intervienen a través de sus representantes.

En las formas de participación política semidirectas se da una combinación única de ambas, pero cuya base es esencialmente representativa y la votación es individual.

Las principales formas de participación política semidirecta que podemos mencionar son: el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular, el recall o revocación popular, la apelación de sentencia. Si bien existen algunas formas más, todas tienen una misma base y hasta casi se confunden con la categoría de consulta popular en general, las cuales serán analizadas a continuación. De todas ellas las más difundidas son el referéndum y el plebiscito y en cuanto a su definición y diferenciación la doctrina difiere. Para algunos autores son la misma institución y para otros son instituciones distintas. En la Reforma de 1994 se decidió englobarlas bajo la denominación genérica de “Consulta popular”, tal como ya lo había hecho la ley de convocatoria. Aquí seguiremos, para su consideración, la corriente que las distingue como distintas formas orgánicas.

Siguiendo a Orlandi diremos que el “referéndum” es el “acto o procedimiento por el cual se llama al cuerpo electoral (pueblo) a

decidir sobre un acto público de los órganos constituyentes o legislativos, o sea de naturaleza normativa. Algunos lo definen como 'derecho de cuerpo electoral'. Es decir que es un acto jurídico, "casi" de naturaleza jurídica porque se refiere exclusivamente a dar o negar eficacia jurídica a una norma. Operará en concreto como un "acto público de decisión normativa". Se clasifican según su objeto (o sea dependiendo del carácter de la ley de que se trate) en constitucional, legislativo o municipal. Orlandi agrega el "referéndum diplomático" cuando se somete a consulta o decisión popular la ratificación de un tratado internacional. Según su eficacia jurídica, y de acuerdo al momento del procedimiento legislativo en que se produce, podemos clasificar a los "ante legem" en consultivos, y a los "post legem" en programáticos, de veto, y de sanción o ratificación. El referéndum, según su naturaleza jurídica, puede ser obligatorio o facultativo y puede o no ir acompañado de la "iniciativa popular". En este caso de combinación de ambos institutos se los asocia con la acción parlamentaria, para muchos autores la única forma a partir de la cual se podrían lograr verdaderos y profundos cambios en un sistema político. La valoración doctrinaria de este instituto es muy diversa: para algunos juristas es un medio eficaz y propio para que el pueblo participe efectivamente de las decisiones políticas fundamentales, y para otros puede llegar a ser un instrumento del gobierno para manipular la opinión pública y beneficiar exclusivamente sus propios intereses.

En cuanto al "plebiscito", si bien es un procedimiento similar al referéndum como acto de consulta al cuerpo electoral (pueblo), se realiza sobre "un acto político de naturaleza constituyente y/o gubernamental", como la aceptación o no de una nueva constitución o la manifestación de confianza hacia un hombre o hacia un régimen político, o la adopción de alguna decisión política fundamental. Parece ser, entonces, que la diferencia notoria es el carácter de acto jurídico del referéndum y su contenido colegislador, mientras que el plebiscito es un acto político de manifestación de la opinión pública. Para Orlandi éste es un acto político neto, ya sea porque es "constituyente fundacional" (la primera constitución o el cambio rotundo de la existente) o porque es una manifestación popular de adhesión que expresa un estado de opinión pública política en un momento histórico determinado.

La historia nos dice que, tanto en nuestro país como en el resto de América latina, el plebiscito por excelencia fue para elegir gobernantes con poderes extraordinarios. El 7 de marzo de 1835 se nombró a Rosas gobernador de la Provincia de Buenos Aires, con la suma del poder público. Al igual sucedió en Europa con los plebiscitos napoleónicos de 1793 a 1870. En 1922 por elecciones plebis-

citarias en Italia, Mussolini obtuvo el poder absoluto, al igual que Hitler en 1933 en la Alemania nazi. Otro tanto sucedió en el resto de Europa: Portugal, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, Unión Soviética y en la España franquista. Seguramente estas penosas experiencias fueron determinantes para que en las Constituciones europeas democráticas posteriores a 1945, y hasta la etapa siguiente a las de la Segunda Guerra Mundial, fueran muy pocas las herramientas de democracia semidirecta que se insertaron.

Pasando a la “iniciativa popular” diremos que es el derecho de una fracción del cuerpo electoral, de provocar la decisión popular para proponer cuestiones a los órganos estatales, para que éstos las consideren y decidan sobre las mismas. Con este instituto se pone el proceso legislativo, al decir de López, “formalmente en marcha”.

Aunque pueden ser confundidos, la iniciativa popular y el derecho constitucional de peticionar a las autoridades son distintos: el último funciona como derecho civil cuando la petición tiene un alcance exclusivamente personal; se convierte en un derecho cívico cuando la petición es dirigida a gestionar un interés público (toda medida que beneficie a un sector o grupo social o bien a toda la comunidad) (Quiroga Lavié). Inclusive para el Dr. López la iniciativa popular es una “petición imperativa” y para el Dr. Orlandi un “derecho de petición reforzado”.

La iniciativa puede versar sobre la constitución o sobre cualquier otra ley y puede ser simple, si la moción es genérica o sea expresa el sentido básico de la propuesta, o formulada si se presenta un proyecto de ley.

En los distintos países varían las condiciones que hace a su aplicación en cuanto a que se establecen porcentajes o cantidades mínimas de ciudadanos que deben avalar la propuesta con su firma. Por ejemplo algunos cantones de Suiza exigen que sean 50.000 ciudadanos y otros el 18 % del padrón electoral. En Uruguay se exige el 10 % de los ciudadanos inscriptos y en la Constitución de Weimar se somete a referéndum la iniciativa que tenga el apoyo de la décima parte de los electores.

El “recall o revocatoria popular” es definida por Orlandi como “el derecho de una fracción del cuerpo electoral a solicitar la destitución o revocación de los representantes electos antes de que concluya su período de mandato”. En otras palabras, es un derecho del cuerpo electoral que, habiendo elegido representantes, pueda

destituirlos cuando éstos se apartan de su mandato representativo. Funciona como destitución de funcionarios administrativos y representates electivos antes del fin del mandato.

De lo expuesto se deduce que, como destitución de origen popular, el cuerpo electoral puede poner fin a un error suyo al elegir representante y, por otro lado, también es una revocación respecto de sus actos públicos. El procedimiento se inicia a partir de un cierto número de electores que la suscriben para que el funcionario renuncie; si no lo hace se convoca a comicios que elegirán sustituto.

En el derecho comparado tenemos el “abberufungrecht” suizo, el “recall” norteamericano y la destitución weimariana o hispano americana. Esta revocación de mandato puede ser a funcionarios legislativos, administrativos, ejecutivos o judiciales (en los casos en que éstos también son cargos electivos): todos pueden ser sometidos al recall dentro de su jurisdicción.

El recall está extendido ampliamente en los Estados Unidos a nivel local y no así a nivel nacional: el pedido de revocatoria debe estar hecho por un número fijo de electores, hasta 20 o 25 % de ciudadanos inscriptos según el estado que sea, y “el funcionario recalled es invitado a que renuncie por haberle perdido la confianza sus representados”. Si en 5 días no renuncia, en el plazo de 20 días se hacen las elecciones para su sustitución. Puede el funcionario “recalled” presentarse para su reelección y hasta hacer un pequeño descargo en su boleta oficial. Si llegara a ser reelecto se exigirá una garantía en depósito.

También ha sido adoptada formalmente la revocatoria en países socialistas y en las nuevas democracias populares, al igual que en nuestras provincias, donde es muy variada las condiciones de su ejercicio. Como ejemplo podemos mencionar que en Córdoba se exige la petición inicial de 25 % del padrón electoral; en algunas provincias no se puede solicitar antes del año de mandato, ni sobre su terminación (entre 4 y 9 meses para finalizar); también en Córdoba se necesita que se realice una acusación por escrito con los cargos detallados y se hace también contestación y descargo por escrito, con publicación de ambas.

Otra forma de participación ciudadana que podemos mencionar es la “apelación popular” que es un procedimiento por el cual se somete a la consideración del cuerpo electoral una sentencia judicial que declara la inconstitucionalidad de una ley. El sistema lo comenzó el Presidente Roosevelt en los Estados Unidos en 1912,

y está absolutamente emparentado con el instituto anterior. Inclusive Orlandi lo señala como otro objetivo de la destitución o revocación popular, donde se apela al pueblo contra las decisiones judiciales de inconstitucionalidad, “remedio que apunta a los posibles errores sustanciales de la sentencia y a la interpretación de los principios constitucionales en que se fundamenta”. Este sería otro “recall” para revocatoria de decisiones judiciales.

Queda agregar que, en nuestro país, se da un “caso especial”, una conjunción de elementos de varios institutos: la votación popular decisoria por mayoría de la Ley de Comisiones de Fomento 2439, de la Provincia de Santa Fe que trae, para fallos judiciales discutibles sobre malversación de fondos, un procedimiento inicial de petición de 20 electores de una inspección al gobierno comunal; si la misma resultara positiva los antecedentes deberán ser girados a la justicia. Una vez terminado el proceso criminal, cualquiera sea el resultado, se recurrirá al referéndum popular para que el pueblo decida si los imputados deben o no continuar en sus respectivos cargos.

El Dr. López recuerda que la “apelación al pueblo” como “modo de resolver los conflictos entre los distintos órganos dentro de un regimen de división de poderes” fue iniciado y estimulado por Thomas Jefferson (1783), diciendo que “el pueblo es la única fuente legítima del poder y por eso debe ser el árbitro cuando surgen problemas”. Esta corriente generó objeciones dado que, por otro lado, la práctica continua y sin prudencia terminaría fragmentado a los poderes en su unidad.

Hasta aquí una apretada síntesis teórica de las formas orgánicas de participación del cuerpo electoral más difundidas en todo el mundo occidental. Igualmente se mencionarán en este trabajo otras formas más especiales y puntuales que se dan en la práctica política, tanto nacional como internacional, tal como se hizo algunos párrafos más arriba con la Provincia de Santa Fe.

II. DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado encontramos el caso suizo como típico de estudio, por la antigüedad que datan algunas de sus instituciones y por la presencia y el equilibrio articulado entre sus formas de intervención del pueblo, propias de una democracia representativa, semidirecta, y hasta directa en algunos cantones. Esta es sólo comparable, por una cierta similitud, a los “townmeetings” de Nueva Inglaterra. De éste y de otros países europeos (Italia, Francia,

Austria), algunas instituciones de participación política pasaron a algunos estados de Estados Unidos y luego se extendió a otros países americanos tal como Colombia o Cuba.

Si analizamos más detenidamente el ejemplo de la Confederación Suiza, debemos considerar que es una democracia con características particulares dado su pequeño territorio, la idiosincrasia y el nacionalismo de sus habitantes, y la tradicional exclusión de la mujer en el quehacer político decisorio del pueblo. Sin embargo, resulta interesante estudiar aquí algunas de sus instituciones por su aporte e influencia a las formas de participación política que estamos analizando.

Una institución de democracia directa que se concreta en la dinámica política del estado federal suizo es el "Landsgemeinde", único en su tipo en la sociedades contemporáneas, producto de una fuerte tradición histórico-democrática nacional.

Siguiendo a Alberto Spota, podemos decir que es una reunión de ciudadanos que conforman una asamblea con características propias que le dan identidad; institución jurídico-política que es la suprema autoridad cantonal, donde reside su autonomía. Cada Cantón tiene su Constitución Cantonal, aprobada por el poder central federal; la soberanía reside en el pueblo que la ejerce directamente, en algunos cantones, a través del "Landsgemeinde" e indirectamente a través de los funcionarios elegidos en dicha asamblea. No existe esta institución a nivel nacional. Generalmente funciona compartiendo una relación de equilibrio jurídico-político con un Consejo Cantonal (Kantonsrat), especie de Senado, constituido por miembros elegidos en cada comuna del Cantón de acuerdo a su cantidad de habitantes con derecho a voto, en proporción de uno cada mil.

La Asamblea o "Landsgemeinde" está integrado por los ciudadanos suizos varones, mayores de 20 años, quienes tienen el derecho-obligación de participar en la asamblea con voz y voto hasta que cumplan 70 años. La ausencia es multada pecuniariamente. El "Landsgemeinde" se reúne una vez al año en sesiones ordinarias; y en sesiones extraordinarias cada vez que el Consejo Cantonal lo requiera o a petición de un número de ciudadanos activos igual o mayor que la cantidad de miembros que conforman el Consejo. Elige un "Landammann" que preside la asamblea, ordena la exposición de los oradores, garantiza el cumplimiento del Orden del día y es responsable de mantener la disciplina durante su funcionamiento. El procedimiento es similar al de cualquier asamblea con su correspondiente registro de actas donde se asientan los debates y las votaciones.

De entre los integrantes del “Landsgemeinde” se elige el Consejo de Gobierno (Landemmann): órgano ejecutivo colectivo del Cantón, cuyos integrantes duran un año en sus funciones y su actuación es objeto de permanente contralor, siendo sus decisiones recurribles. Este consejo cuenta con la ayuda de departamentos especializados, a modo de ministerios o secretarías.

A su vez el “Landsgemeinde” elige de entre sus ciudadanos a los once jueces miembros del Tribunal Supremo, máximo órgano judicial del Cantón, y a los miembros de una Comisión de presupuesto cantonal que se ocupa del manejo de los fondos públicos.

A estas funciones descriptas, centradas en la calidad de cuerpo elector de mandatarios de gobierno, se debe agregar las de cuerpo constituyente, reformador y legislativo en el ámbito cantonal. Es interesante analizar cómo funciona la iniciativa para toda de esta amplia actividad legislativa. Por supuesto el “Landsgemeinde” debe considerar y sancionar, cada vez que se reúne, los proyectos de leyes que se le presenten por iniciativa de los órganos ejecutivos del Cantón. Pero puede también haber iniciativas a considerar nacidas dentro de su propio seno. Las mismas deben cumplir con ciertos requisitos formales: la iniciativa no puede ser individual en los “Landsgemeinde” de algunos cantones, sino que debe ser presentada por un número de ciudadanos igual o mayor al número de integrantes del Consejo Cantonal. En otros cantones tiene derecho de iniciativa cualquier ciudadano solo, como así también las asociaciones y corporaciones locales reconocidas. En ambos casos, siempre será considerada primero por el Consejo Cantonal. Si éste la rechazara se puede recurrir directamente al “Landsgemeinde”. Generalmente las iniciativas están limitadas a no versar sobre cuestiones modificatorias de la constitución cantonal o de la federal, o bien temas que puedan violar alguna de ellas.

A nivel nacional, las otras instituciones suizas de democracia, en este caso semidirecta, que debemos mencionar son el referéndum y la iniciativa popular o “volksbegehren”. Al igual que con el “Landsgemeinde”, en éstos también el voto es, generalmente, sólo de los hombres (Algunos cantones a nivel local, y sólo para determinados casos, incorporan el voto femenino). El referéndum, muy habitual en la vida política suiza, puede ser facultativo u obligatorio. El facultativo procede cuando lo solicitan por lo menos ocho cantones o treinta mil habitantes y debe tener por objeto la consideración de leyes votadas por el gobierno federal o bien decisiones políticas fundamentales tomadas por el Parlamento o gobierno federal. El referéndum obligatorio, establecido por la constitución nacional, es impuesto para que las reformas constitucionales en-

tren en vigencia, o para cuando el gobierno lo estime necesario a fin de conocer la opinión del pueblo en algún tema especial. Suiza es la única nación que permite realizar referéndums para vetar leyes e iniciativas a nivel nacional, aunque son varias las naciones que exigen referéndum nacional para modificar sus constituciones.

Otra institución que poseen es el “recall” para remover a los líderes de sus cargos electivos, aunque por la idiosincrasia del pueblo suizo es muy poco común que ésto suceda.

Respecto de la iniciativa popular, Spota las define como propuestas legislativas patrocinadas por la ciudadanía, con voto activo y pasivo. Un número de ciudadanos, determinado por ley, puede presentar una moción o propuesta a la Cámara de Representación Popular (especie de Cámara de Diputados) o al Consejo de los Estados o Staenderat (especie de Cámara de Senadores) los cuales deberán considerarla y decidir. Para el Dr. Spota ...“En la práctica la dialéctica política suiza contemporánea, a nivel nacional, tiene dos interlocutores o polos, a saber: a) el gobierno federal; b) el pueblo todo de Suiza, más allá de los límites cantonales. De esta relación dialéctica, de mediar tensión, el elemento decisivo es el pueblo”.

En cuanto a la democracia representativa federal o nacional suiza, se da en el caso de las elecciones a nivel general, donde la asistencia a las urnas promedia el 35 %, aumentando según el interés y las circunstancias. No se puede olvidar que este país tiene la logística del voto frecuente: en la mayoría de los cantones y comunas la gente vota hasta cuatro veces por año.

Otra democracia directa que es ejemplo necesario y no se puede pasar por alto su consideración es la de Estados Unidos de América. Ya habíamos comentado su inicio en los viejos “townmeetings” de Nueva Inglaterra de la época de la colonia, y de ahí se produjo su expansión hacia el resto del país a fines del siglo pasado, ampliándose en sus formas de votación popular, el voto a las mujeres y hasta la elección directa de Senadores por primera vez.

Pero hay que tener en cuenta que en este país, por su extensión y por su cantidad de habitantes, la diversidad de mecanismos es amplísima de un estado a otro, así como también es sumamente variada la lista de requisitos para sus respectivos procedimientos. Los Estados Unidos son, después de Suiza, el país con mayor cantidad de experiencias de democracia directa en el mundo, al decir de Martin Krause, Presidente de la Fundación América para la Capacitación Política.

Los más utilizados de los instrumentos son el referéndum y le sigue la iniciativa popular. Todos los Estados (menos Delaware) tienen referéndum obligatorio para reforma constitucional y veintinueve para autorizar el endeudamiento público. Veintiséis de los cincuenta estados tienen iniciativa popular para derogar una ley y veintitrés para introducir enmiendas constitucionales y leyes nuevas, aunque sus procedimientos son más bien restringidos (con respecto de Suiza), en materia de porcentajes o cantidad de avales, materias sobre las que puede versar la iniciativa o períodos durante los cuales los proponentes pueden recolectar las firmas necesarias. Inclusive está prevista la iniciativa simple o indirecta (el sentido de la ley) o la compleja o directa (la ley completa).

Considero importante el ejemplo práctico de las iniciativas populares de un país tan grande porque están entrenados para que se pueda hacer efectiva la proposición: los grupos que preparan los proyectos de ley que les interesa sancionar se mueven activamente para lograr su objetivo. Trabajan sobre la base de mailings de aquellos a quienes pudiera interesar el tema. O publicitan su idea con una breve explicación del proyecto y el texto de ley propuesto (en su caso). Se deben conseguir aproximadamente (en promedio de los distintos estados) un 8 % de ciudadanos en edad de votar. En general se exigen las firmas distribuidas geográficamente. A veces estos grupos trabajan con consultores de campaña. En general, como tiene arraigo popular la participación ciudadana, no es tan costoso el sistema, y en general la gente firma porque le interesa que el tema se lleve a votación. Lo importante es que no necesariamente el que firma la iniciativa popular va a estar a favor de ella y votar positivamente. Existen empresas que se ocupan de la recolección de firmas en forma profesional, como así también consultores expertos en caso de que los grupos lo necesiten (redactan la ley, los informes explicativos que se sean necesarios, la exposición de motivos, etc.).

En todos los Estados el gobierno envía un manual explicativo a todos los empadronados, con la descripción oficial de la propuesta, los argumentos a favor y en contra y hasta los gastos que han tenido los impulsores y sus oponentes. Igualmente, y a pesar de esta intervención es importante aclarar que, igual que en todas partes del mundo, los grupos más pobres son los más dificultados en lograr estos caminos. La ventaja de estos grupos pequeños o sin recursos es cuando el período de recolección de firmas es más bien extendido pues el costo es menor.

La mayor cantidad de referéndums e iniciativas en los Estados Unidos se dan a nivel local. Por ejemplo en el estado de Ohio duran-

te 1968 hubo mil ochocientos cuarenta y seis iniciativas populares a todos los niveles (estado, distrito, municipio). Hay Estados donde se limitó el número de iniciativas que pueden ser incluidas en cada votación, a fin de que no se voten temas sobre los cuales el electorado no ha podido informarse suficientemente. M. Krause recuerda el caso de las elecciones de 1988 en California donde los votantes debían expedirse sobre cincuenta y dos propuestas diferentes. La propuesta de este autor, para países de tanta movilización ciudadana local, es limitarlas aproximadamente a cinco (por ejemplo las que más firmas hayan recolectado), y que las siguientes queden para las próximas elecciones. Personalmente estimo que está en el otro extremo; seguramente deberá analizarse cada población en particular. El promedio de aprobación es aproximadamente del 60 % en los referéndums propuestos por las legislaturas, mientras que sólo se adopta el 38 % de las proposiciones comunes y el 34 % de las enmiendas constitucionales propuestas por petición popular.

En algunos Estados americanos la iniciativa popular está sujeta a revisión judicial, legislativa o, en menor medida, ejecutiva. La revisión judicial puede ser doble: pues atañe a cuestiones de procedimiento tanto como a constitucionalidad. Actualmente las Cortes de Justicia de varios Estados han objetado algunas iniciativas antes de que fueran a la votación, a pesar de que no tenían motivos aparentes. Esto implica que están cediendo, según Krause, a lobbies políticos, tan comunes en Estados Unidos, estableciendo la restricción deliberada de determinados temas: "Las únicas bases para objetar una iniciativa antes de ser votada deberían ser las mismas que se aplican a un proyecto de ley del Parlamento o de la legislatura provincial antes de convertirse en ley: si la medida viola la declaración de derechos o va más allá de los poderes de la correspondiente legislatura".

La revisión legislativa se da en casi todos los Estados, lo cual resulta inconducente a los fines esenciales de este instituto. Lo mismo corresponde decir de la revisión ejecutiva, que sólo unos pocos Estados contienen. Ambas revisiones modifican la finalidad de control y recorte de poder de los gobiernos cuando el tema de la iniciativa está referida a estos poderes precisamente.

También en catorce Estados se ha adoptado la remoción o revocatoria de mandato de los funcionarios, aunque con diversos procedimientos. Igual que en Suiza no es una medida de muy frecuente utilización a nivel nacional.

En casi todos los Estados se determinan plazos durante los cuales no se puede solicitar la revocatoria y en algunos casos se realiza una votación conjunta sobre la permanencia de un funcionario y

su reemplazante al mismo tiempo. Como ya dijimos antes, como si fuera una suerte de reelección.

A Esto hay que agregar que, a la inversa y sólo para algunos Estados, hay ciertos funcionarios tales como los jueces que requieren reconfirmación popular periódica.

Por otro lado, en América Latina es único el caso de Colombia por la absorción que hizo de estos instrumentos en su nueva Constitución de 1991, para todos sus niveles de gobierno. En su artículo 1o. consagra el sistema de "naturaleza democrática y participativa" y establece como uno de los fines del mismo, artículo 2o. "facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación".

Esta constitución establece, según M. Krause, siete formas de participación de voto no obligatorio: el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria de mandato, propias de democracia directa y que ya han sido reglamentados y por otro lado la elección de representantes propia de democracia representativa (tampoco obligatoria).

El plebiscito puede ser convocado por el Poder Ejecutivo con la firma de los ministros, sobre temas que no requieran aprobación del poder legislativo. El referéndum vinculante es un mecanismo incorporado a nivel nacional, provincial, distrital o municipal y en algunos casos está combinado con la iniciativa popular. Un referéndum puede ser solicitado por el 10 % del padrón electoral o bien por el 5 % y la mayoría de ambas cámaras. El objetivo puede ser solicitar la aprobación de una ley, de ordenanza, de acuerdo o resolución local de iniciativa popular que hay sido rechazada por la instancia respectiva, o solicitar la derogación total o parcial de leyes, ordenanzas, acuerdos o resoluciones locales. Están excluidas ciertas cuestiones: por ejemplo las de iniciativa exclusiva del gobierno; las presupuestarias, tributarias; relaciones internacionales; concesión de amnistías o indultos; preservación o restablecimiento del orden público.

Cuando se reformen constitucionalmente los derechos y garantías de los ciudadanos, o los procesos de participación ciudadana o el poder legislativo, dicha reforma será sometida a referéndum para entrar en vigencia. Además para referéndums normativos se aplicará el control de constitucionalidad.

La consulta popular es un medio de convocación vinculante del Presidente con la firma de todos sus ministros y aprobación del

Senado. También se puede realizar la consulta a nivel provincial, distrital y municipal. También el Poder Legislativo puede convocarla mediante una ley aprobada por mayoría de los miembros de cada una de las cámaras, para decidir sobre la convocatoria a Asamblea Constituyente para reforma total o parcial de la Constitución Nacional.

Se denomina Cabildo Abierto a las sesiones de los concejos municipales o distritales, o de las juntas administrativas locales, en las cuales se deben tratar asuntos propuestos por los ciudadanos con el 5 % de firmas del padrón electoral. Puede versar sobre cualquier materia no normativa, y se escuchará en la audiencia a un vocero del grupo. Terminado el cabildo, pasados tres días se dará respuesta por escrito a los planteos realizados.

La iniciativa legislativa debe contener un proyecto legislativo o normativo y puede ser presentada tanto por diputados, ministros, organizaciones cívicas, indígenas o comunales, partidos o movimientos políticos y ciudadanos. Se podrá presentar a nivel nacional, distrital o municipal o de resolución de juntas administrativas. Debe contar con el 5 % de los ciudadanos del padrón electoral y para ser el promotor se debe contar con el 5 por mil. Es de apreciar que las iniciativas populares no son votadas sino presentadas directamente al Congreso para su consideración. Si éste la rechazara o no la considera se debe solicitar convocatoria a un referéndum, y en este caso con el apoyo del 10 % del padrón electoral, contando con una extensión en el plazo para recolección de firmas.

En cuanto a la revocatoria de mandato es sólo para gobernadores o alcaldes y debe ser solicitada por un número de ciudadanos no menor al 40 % del total de votos válidamente emitidos en la elección del respectivo mandatario luego del año de mandato. La explicación de los cargos que se le imputan se hará por escrito y se considerará revocado el mandato si vota positivamente el 60 % de ciudadanos, siempre que el número de votos no sea inferior al 60 % de los votos que lo eligieron para el mandato.

De lo expuesto se deduce que es amplísima la participación con los instrumentos más variados, incluyendo los cabildos abiertos. Pero al decir de los propios colombianos, entre ellos Luis Nieto Roa "No alcanzamos a consagrar los propósitos y las formas de participación, cuando ya en la misma Constitución los hacíamos casi imposibles mediante requisitos desmesurados o limitaciones excesivas... en un país que se caracteriza por el desinterés frente a lo público y lo político, marchita la iniciativa en lugar de dinamizarla... Lo natural si queríamos estimular la participación, era hacer muy fáciles y expeditos los sistemas para poner en marcha los pro-

cesos de participación... Participar no se aprende sino participando, como tantas veces se repite, e igual que en cualquier ciencia o conducta, no se puede comenzar por el final”.

De resultados de estos comentarios es que el gobierno colombiano está realizando acciones a fin de difundir estos sistemas de participación (a través del Fondo de Participación Ciudadana) fundamentalmente a nivel local donde los requisitos son menores y las actividades voluntarias son mayores, a fin de dar inicio a una práctica que esperamos sea fecunda.

También en el ámbito de América Latina resulta interesante analizar otra institución: la rendición de cuentas de la Constitución del Perú. Para la autora peruana Milagros Maraví Sumar la rendición de cuentas contemplada es “el derecho de interpelar a aquellas autoridades sujetas a revocación o remoción. Es decir que se permite fiscalizar a las autoridades regionales y locales y al Poder Judicial, pero se deja fuera del control ciudadano a los congresistas o ministros, con lo cual el derecho es muy limitado injustificadamente”. La rendición procede respecto de la ejecución presupuestal y el uso de recursos propios pero no procede fuera del ámbito económico. Se requiere la firma del 20 % con un máximo de cincuenta mil firmas del padrón electoral en el respectivo distrito electoral.

Si bien obliga a que la autoridad responda no establece mecanismos alternativos para el caso de negativa. En general, para la mencionada autora, toda la Constitución peruana tiene un espíritu regulatorio muy restrictivo en materia de participación y control ciudadano.

Otro caso que merece mencionarse en América Latina es el de Bolivia, ya que si bien no tiene ningún mecanismo de democracia directa o semidirecta, ha dictado el 20/4/1994 una “Ley de Participación Popular” que intenta generar mecanismos de integración jurídica y económica de las comunidades indígenas, campesinas y urbanas. Para ello la ley establece: a) Reconocimiento de personalidad jurídica a las Organizaciones Territoriales de Base. b) La sección de provincia será la jurisdicción territorial del gobierno municipal. c) Distribución igualitaria de los recursos por habitante. d) Se reordenan las atribuciones y competencias de los órganos públicos. Las OTB, según M. Sumar, son los sujetos de la participación popular y están integrados por las comunidades campesinas, pueblos indígenas y juntas vecinales, a los cuales se les reconoce como representantes de toda la población rural y urbana de determinado territorio. En ese carácter la ley le enumera derechos y deberes, respecto de la educación, salud, deporte, ejecución de obras, etc.,

para su comunidad, bajo el control del Comité de Vigilancia, encargado de la articulación de las OTB con los gobiernos.

A juicio de la autora se trata “más bien de un reconocimiento y otorgamiento de facultades de participación a organizaciones que tienen vigencia en ese país, como las comunidades indígenas, sólo en la medida que sean reconocidas por ley”.

Si bien Bolivia sufre la falta de representación, la incapacidad de políticos y gobernantes de conducir el país a un desarrollo económico y político de integración y bienestar, ha podido dar este pequeño primer paso hacia la democratización de su sistema político.

III. DERECHO NACIONAL

En el capítulo nacional los modelos participativos que siguen las actuales tendencias del constitucionalismo contemporáneo que hemos analizado hasta aquí, se incorporan primero en algunas constituciones provinciales, y más especialmente en las posteriores a 1957 (por ejemplo Chaco, Chubut, Neuquén, Santa Cruz). La iniciativa popular está incorporada en catorce provincias y la consulta popular, el plebiscito o el referéndum en diecinueve. También hay provincias que tienen la revocatoria de mandato (Tierra del Fuego, Chaco, Corrientes, Misiones, Neuquén, Santiago del Estero y Córdoba). Inclusive se han incorporado estos instrumentos en varias provincias en forma sumamente extensa para el ámbito municipal. Veamos algunos ejemplos de distintos tipos del orden provincial y el caso de la reforma nacional, a fin de observar luego comparativamente el Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires, último en ser sancionado.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires:

Artículo 14: “Queda asegurado a todos los habitantes de la provincia el derecho de reunión pacífica para tratar asuntos públicos o privados, con tal que no turben el orden público; así como el de petición individual o colectiva, ante todas y cada una de las autoridades, sea para solicitar gracia o justicia, instruir a sus representantes o para pedir la reparación de agravios. En ningún caso una reunión de personas podrá atribuirse la representación ni los derechos del pueblo, ni peticionar en su nombre, y los que lo hicieren cometen delito de sedición”.

Sección Novena. De la reforma de la Constitución, Capítulo único. Artículo 206: “Esta constitución sólo podrá ser modificada por el siguiente procedimiento: a) El proyecto de reforma será tramitado

en la forma establecida para la sanción de las leyes debiendo contar con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de los miembros de ambas cámaras para ser aprobado. La ley indicará si la reforma será total o parcial y en este último caso las partes o los artículos que serán reformados; b) La misma ley establecerá si ha de convocarse o no a una convención reformadora. En este último caso la ley contendrá la enmienda proyectada y ésta será sometida a plebiscito en la primera elección que se realice. El voto será expresado en pro o en contra de la enmienda y su resultado será comunicado por la junta electoral al Poder Ejecutivo y a la Legislatura, para su cumplimiento”.

Artículo 209: “Las enmiendas aprobadas en plebiscito y las sanciones de la convención reformadora serán promulgadas y publicadas como parte integrante de la Constitución”.

El artículo catorce toma el derecho de peticionar a las autoridades de nuestra Constitución Nacional y, si bien aclara que puede ser colectivamente ejercitado, lejos de reforzarlo o ampliarlo lo restringe a casos determinados, diferenciándolo muy bien del concepto cualitativamente más amplio de iniciativa popular.

En cuanto a métodos de consulta popular se refiere, vemos que introduce el referéndum post legem opcional, o sea a decisión de las cámaras “si ha de convocarse o no”, para el caso de reforma constitucional, con el sistema que se vote por sí o por no la totalidad de la enmienda. Si consideramos por un lado que este sistema resulta desaconsejable para este tipo de situaciones porque la complejidad de los articulados torna irrisoria la respuesta, y por otro lado, los contenidos del artículo catorce son sumamente restrictivos, podemos considerar que los intentos participativos en esta constitución provincial son virtualmente inaplicables.

Otro caso distinto que podemos analizar es el de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz:

Sección Primera. Declaraciones, derechos, deberes y garantías. Artículo 7: “El pueblo de la provincia sólo gobierna por medio de sus representantes y autoridades en la forma establecida por esta Constitución, pero conserva los derechos de reunión pacífica y de petición individual o colectiva”. Sección Quinta. Del Poder Legislativo. Capítulo III. De la sanción de las leyes. Artículo 108: “La Cámara estará obligada a discutir todo proyecto o petición que le sea presentado con la firma de ciudadanos inscriptos en el padrón electoral de la provincia que alcancen al 10 % del mismo”.

Aquí se incluye el sistema de petición colectiva redactado en forma enunciativa, sin condicionamientos, lo cual lo amplía mucho más respecto de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Aunque cabe aclarar, interpretándolo dentro del marco integral de esta normativa provincial, que habrá determinadas materias que estarán excluidas de la petición como los tributos o una reforma constitucional. Se incluye además la obligatoriedad de consideración por parte de la Cámara de aquello que fuera peticionado, cuando sea presentado por un porcentaje de votantes bastante alto, si consideramos la cantidad de habitantes de esta provincia.

Más moderna y amplia, en cuanto a participación ciudadana se refiere, resulta la reforma de 1994 a la Constitución de la Provincia del Chaco: Sección Primera. Capítulo I. Principios Generales. Fuente del Poder. Artículo 2: "Todo el poder emana del pueblo y pertenece al pueblo, que lo ejerce por medio de sus representantes con arreglo a esta Constitución y a través de los derechos de Iniciativa popular, Consulta popular y Revocatoria. La ley los reglamentará con sujeción a las siguientes normas: 1o. La Iniciativa popular, para presentar proyectos de ley u ordenanzas, requerirá la petición de no más del tres por ciento de los ciudadanos del padrón electoral correspondiente. El Poder Legislativo o los Concejos Municipales deberán darle expreso tratamiento en el plazo de doce meses. No podrán plantearse por esta vía cuestiones atinentes a tributos, presupuesto y reformas de la Constitución. 2o. La Consulta popular vinculante será convocada por los dos tercios de los miembros de la Cámara de Diputados o de los Concejos municipales, y para que la misma se considere válida, se requerirá que los votos emitidos hayan superado el cincuenta por ciento de los electores inscriptos en los registros cívicos. Para su aprobación será necesario el voto afirmativo de más del cincuenta por ciento de los válidamente emitidos. 3o. La Revocatoria de los mandatos de los funcionarios electivos, por las causales previstas para el juicio políticos —a petición de no menos del tres por ciento de los ciudadanos de los padrones electorales respectivos, y aprobada por la mayoría absoluta de los electores inscriptos— destituye al funcionario". Sección Tercera. Poder Legislativo. Capítulo III. Sanción y Promulgación de las leyes. Artículo 117: "Las leyes tendrán su origen en la Cámara de Diputados por iniciativa de uno o más de sus miembros, del Poder Ejecutivo, en su caso del Poder Judicial, y por Iniciativa popular. El reglamento de la Cámara determinará los recaudos que deberán observarse en la presentación, estudio y consideración de los proyectos de ley". Sec. Séptima. Régimen municipal. Capítulo II. Disposiciones Comunes a los municipios. Artículo 204: "La ley orgánica municipal o la Carta Orgánica respectiva, reglamentarán los de-

rechos de Iniciativa popular, Consulta popular y Revocatoria, con sujeción al artículo 20. de esta Constitución”.

Sección Octava. Capítulo Unico. (Reforma de la Constitución) “Sometimiento de la declaración de la necesidad de reforma al referéndum”. Artículo 211: “Cuando la declaración sobre necesidad de reforma no contara con la cantidad de votos exigida por el Artículo 209 (tres cuartos de los miembros de la Cámara), pero alcanzara a obtener los dos tercios, será sometida al pueblo de la Provincia para que se pronuncie en pro o en contra de la misma en la primera elección general que se realice.

Si la mayoría de los electores votare afirmativamente, el Poder Ejecutivo, como en el caso del Artículo precedente, convocará a elecciones de convencionales”.

“Reforma por la Legislatura” Artículo 212: “La enmienda o reforma de un artículo y sus concordantes, podrá ser sancionada por el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Cámara de Diputados y será aprobada por la Consulta Popular prevista en el Inciso 2 del Artículo 2 de esta Constitución, convocada al efecto en oportunidad de la primera elección que se realice, en cuyo caso la enmienda o reforma quedará incorporada al texto constitucional. La enmienda o reforma de un artículo aprobada unánimemente por la totalidad de los miembros de la Legislatura, quedará incorporada a la Constitución automáticamente. Reformas o enmiendas, bajo ambas formas, no podrán llevarse a cabo sino con intervalos de dos años por lo menos.”

Como vemos se introduce, en primera instancia, la iniciativa popular tanto a nivel provincial como municipal con un bajo porcentaje de electores, pero se exige que sea para un proyecto de ley, lo cual hace pensar que no podría ser presentada una moción simple o genérica. También está restringida en cuanto a los temas que pueden ser objeto de iniciativa. Considerando que la situación socio-económica del Chaco es muy difícil, hubiera sido importante hacerla más amplia a fin de que los numerosos grupos pequeños, pobres y de comunidades indígenas de la región pudieran tomar más participación activa en las soluciones comunales (tal como se mencionó en su momento para el caso de Bolivia) ya que son ellos los que mejor pueden trabajar por su integración jurídica y económica. No se puede olvidar que precisamente estos instrumentos, según muchos autores internacionales, son la principal defensa de algunas minorías.

Se introduce la Consulta popular en forma sumamente restringida: es sólo vinculante, convocada por parte del Poder Legislativo

provincial o municipal, con mayoría calificada y siempre y cuando hayan votado el 50 % de los empadronados con un resultado de mayoría absoluta (la mitad más uno).

Evidentemente la fórmula para que la consulta sea “válida” es sumamente desalentadora, y se presta mucho, en mi opinión, a ser utilizada con fines poco claros.

Por último también introduce la revocatoria, con un bajo porcentaje de votantes requeridos, con las mismas causales que trae la Constitución para juicio político en su Artículo 120 (incapacidad física o mental sobreviniente, por mal desempeño o falta de cumplimiento a los deberes de su cargo, por delito en el ejercicio de sus funciones o por delitos comunes), aunque con la necesidad de aprobación de la destitución de la mitad más uno de los empadronados. No agrega que se hará si el funcionario es destituido. Todos estos medios de participación ciudadana deberán ser reglamentados a nivel municipal por las respectivas normativas municipales.

En cuanto al referéndum en caso de reforma constitucional adopta el obligatorio ante *legem* y *post legem*, según el caso. En ambos casos combinándolo con lo resuelto por el Poder Legislativo: respecto de la necesidad de reforma, si la Cámara no alcanza los tres cuartos de mayoría de miembros pero sí a los dos tercios, se llamará a consulta popular para decidir si se reforma o no. En el caso *post legem* no es necesario la consulta si la reforma es aprobada en la Cámara por unanimidad. De lo contrario necesita para entrar en vigencia primero ser aprobada por los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Cámara y luego por una consulta popular.

Luego de esta recepción en el ámbito local provincial se decide políticamente, a partir de la firma del Pacto de Olivos, refrendado por la ley 24.309, artículo 3, incisos c, j, y h, su incorporación, aunque más restringida, en el ámbito nacional. La Comisión No. 7 de Participación Democrática de la Convención Nacional Constituyente emite los dictámenes favorables sobre la incorporación de la consulta y la iniciativa popular como mecanismos de democracia semidirecta, los cuales al ser sancionados se agregan en los nuevos artículos 39 y 40 de la Constitución Nacional: Primera Parte. Capítulo Segundo. Nuevos derechos y garantías. Artículo 39: “Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más

del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”.

Artículo 40: “El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”.

Antes de esta última reforma, los derechos políticos mencionados podían ser deducidos del artículo 33 de derechos no enumerados del capítulo único de “Declaraciones, derechos y garantías”, incluyendo la apoyatura del artículo 23 (Derechos Políticos) del Pacto de San José de Costa Rica, que permite “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. La reforma utilizó, para la iniciativa, una cláusula no operativa con una mayoría calificada (mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara) para reglamentar su ejercicio, y una restricción en cuanto a la materia objeto de los mismos, fijando un mínimo prudentemente aceptable en cuanto a porcentajes del padrón electoral (3 %) pero distribuido geográficamente.

Utilizó el sistema de iniciativa formulada: se deberán presentar proyectos de ley exclusivamente, restricción que podemos considerar aceptable tratándose del ámbito nacional. Aunque la iniciativa no es vinculante para la Cámara de Diputados, ésta podrá aceptarla y darle trámite legislativo, lo cual no implica que deba necesariamente sancionarla o que el Poder Ejecutivo no pueda vetarla. En caso de que sí la sancione con fuerza de ley, para Gregorio Badeni, “los ciudadanos no habrán ejercido el derecho de iniciativa, sino el derecho de petición a las autoridades del artículo 14 de la Constitución” Nacional.

En cuanto a la consulta popular puede ser ante legem y vinculante, o bien opcional no vinculante y en este único caso, en contrario a lo dispuesto por el artículo 37, el sufragio no será obligatorio. La consulta vinculante sólo se hace por ley y por tanto la reali-

za el Congreso a iniciativa de la Cámara de Diputados. Tanto esta ley de convocatoria como la sancionatoria del proyecto aprobado por los ciudadanos no pueden ser vetadas por el Poder Ejecutivo. Todo ello sin olvidar que, en ambos casos, se necesita una ley reglamentaria, aprobada por mayoría calificada, que en definitiva será la que perfila con precisión los alcances, materias, procedimientos y oportunidad para el ejercicio de estos derechos.

De todas maneras, algunos constitucionalistas consideran que si bien no hay reglamentación y ya han vencido los plazos, de ser presentada una iniciativa popular que cumple con los recaudos de las firmas del padrón electoral, la misma debería ser considerada por la legislatura. En el caso de la consulta popular se puede aplicar lo dicho a una no vinculante, pero no sería viable la realización de una consulta vinculante. Parte de la doctrina considera e interpreta como inválida, una presentación a consulta popular de proyectos de leyes referidos a la reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal, temas excluidos de la iniciativa popular, así como también, para el Dr. Badeni, “en todos aquellos casos en que la Constitución impone mayorías especiales para la sanción de las leyes: ya sea la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, o los dos tercios de los miembros presentes, o los dos tercios de la totalidad de los miembros que integran el organismo. Igual solución alcanza a los proyectos de leyes para los cuales la Constitución asigna, a la Cámara de Senadores, el carácter de Cámara de origen”.

Para algunos autores sería francamente correcto y atinado, desde el contexto constitucional del artículo 30 y del artículo 40, que la ley reglamentaria solucione estas controversias eliminando estos temas expresamente de la posibilidad de la consulta vinculante.

Con esta apretada síntesis se evidencia que el temperamento de la reforma fue de mucha prudencia, y con sujeción a una interpretación restrictiva, antes que de verdadera inauguración de una nueva forma de participación democrática. Además es ampliamente reconocido, a partir de la sanción de la ley del Pacto de Olivos que lleva a esta reforma, que se constituyó en una cuestión de política agonal antes que instrumento de política arquitectónica. En mi opinión personal, coincido con el Dr. Jorge Vanossi, en sus comentarios en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: ...“en el lenguaje de la hermenéutica constitucional de los últimos lustros, se han mimetizado los voceros y los protagonistas a través de un lenguaje en el cual va desapareciendo el derecho y va ocupando en el lugar del derecho, en ese espacio, la presencia de términos como cuestiones de ‘poder’ o cuestiones de ‘decisión polí-

tica'. Tanto los que ahora son gobierno y antes oposición, como los que antes eran gobierno y ahora son oposición, suelen utilizar estas dos expresiones. Preferentemente 'cuestiones de poder' es el poder: lo dicen quienes hoy son gobierno; y preferentemente es una 'decisión política' es un acuerdo político: lo dicen los que están en la oposición. Pero en ambos casos, semánticamente y semióticamente, porque también vale esto otro. Lo que está reflejando esto es que no se habla del derecho, y en las cuestiones de derecho: ausente con presunción de fallecimiento, no interesa. Las cuestiones no se resuelven por marco jurídico o por valores signados por el derecho, sino fundamentalmente por cuestiones de poder o de decisión política".

IV. ESTATUTO DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

En cambio el novedoso Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de octubre de 1996, ya nace directamente con estos instrumentos de democracia semidirecta: "La Ciudad de Buenos Aires conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa."

Título Segundo, Derechos Políticos y Participación Ciudadana. Artículo 63: "La Legislatura, el Poder Ejecutivo o las Comunas pueden convocar a audiencia pública para debatir asuntos de interés general de la Ciudad o zonal, la que debe realizarse con la presencia inexcusable de los funcionarios competentes. La convocatoria es obligatoria cuando la iniciativa cuente con la firma del medio por ciento del electorado de la ciudad o zona en cuestión. También es obligatoria antes del tratamiento legislativo de proyectos de normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos".

Artículo 64: "El electorado de la Ciudad tiene derecho de iniciativa para la presentación de proyectos de ley, para lo cual se debe contar con la firma del uno y medio por ciento del padrón electoral. Una vez ingresados a la Legislatura, seguirán el trámite de sanción de las leyes previsto por esta Constitución. La Legislatura debe sancionarlos o rechazarlos dentro del término de doce meses.

No son objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma de esta Constitución, tratados internacionales, tributos y presupuesto".

Artículo 65: “El electorado puede ser consultado mediante referéndum obligatorio vinculante destinado a la sanción o reforma o derogación de una norma de alcance general. El Poder Legislativo convoca en virtud de ley que no puede ser vetada. El Jefe de Gobierno debe convocar a referéndum vinculante y obligatorio cuando la Legislatura no hubiera tratado en el plazo establecido un proyecto de ley por procedimiento de iniciativa popular que cuente con más del quince por ciento de firmas del total de inscriptos en el padrón de la Ciudad. No pueden ser sometidas a referéndum las materias excluidas del derecho de iniciativa, los tratados interjurisdiccionales y las que requieran mayorías especiales para su aprobación”.

Artículo 66: “La Legislatura, El Gobernador o la autoridad de las Comunas pueden convocar, dentro de sus ámbitos territoriales, a consulta popular no vinculante sobre decisiones de sus respectivas competencias. El sufragio no será obligatorio. Quedan excluidas las materias que no pueden ser objeto de referéndum excepto la tributaria”.

Artículo 67: “El electorado tiene derecho a requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos fundándose en causas atinentes a su desempeño, impulsando una iniciativa con la firma del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral de la Ciudad o de la Comuna correspondiente. El pedido de revocatoria no es admisible para quienes no hayan cumplido un año de mandato, ni para aquellos a los que restaren menos de seis meses para la expiración del mismo.

El Tribunal Superior debe comprobar los extremos señalados y convocar a referéndum de revocación dentro de los noventa días de presentada la petición. Es de participación obligatoria y tiene efecto vinculante si los votos favorables a la revocación superan el cincuenta por ciento de los inscriptos”.

Libro Segundo. Gobierno de la Ciudad. Título Tercero. Poder Legislativo. Capítulo III. Sanción de las leyes. Artículo 89: “Tienen el procedimiento de doble lectura las siguientes materias y sus modificaciones. 1. Códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación. 2. Plan Urbano Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 3. Imposición de nombres a sitios públicos, emplazamiento de monumentos y esculturas y declaración de monumentos, áreas y sitios históricos. 4. Desafectación de los inmuebles del dominio público y de todo acto de disposición de éstos. 5. Toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre el dominio público de la Ciudad. 6. Las que consagran excep-

ciones a regímenes generales. 7. La ley prevista en el artículo 75 (de presupuesto y remuneraciones de los legisladores y el jefe de gobierno). 8. Los temas que la Legislatura disponga por mayoría absoluta”

Artículo 90: “El procedimiento de doble lectura tiene los siguientes requisitos: 1. Despacho previo de comisión que incluya el informe de los órganos involucrados. 2. Aprobación inicial por la Legislatura. 3. Publicación y convocatoria a audiencia pública, dentro del plazo de treinta días, para que los interesados presenten reclamos y observaciones. 4. Consideración de los reclamos y observaciones y resolución definitiva de la Legislatura. Ningún órgano del Gobierno puede conferir excepciones a este trámite y si lo hiciera éstas son nulas”.

Del articulado expresado se deducen los cinco mecanismos de participación ciudadana que se han plasmado novedosamente en este Estatuto, a saber:

a) audiencia pública y doble lectura. b) Iniciativa popular. c) Referéndum. d) Consulta popular. Y e) Revocatoria de mandato.

Las audiencias públicas están previstas en el Estatuto como una institución similar a los cabildos abiertos de Colombia. Pueden ser convocadas por el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o las Comunas. En este caso, estas unidades de gestión política y administrativa con competencia territorial tendrán un órgano colegiado denominado Junta Comunal compuesto por siete miembros, y por otro lado un órgano consultivo y honorario de deliberación, asesoramiento, canalización de demandas, elaboración de propuestas, definición de prioridades presupuestarias y de obras públicas y seguimiento de la gestión. Estará integrado por representantes de entidades vecinales no gubernamentales, redes y otras formas de organización de segundo grado.

Como este proceso recién se implementará entre el 2000 y el 2001, falta aún reglamentar el funcionamiento y relación de estos órganos y por lo tanto falta establecer claramente el sistema de las audiencias públicas respecto de los mismos. Estas audiencias son asambleas más bien de debate, antes que decisorias, presididas por funcionarios públicos, en donde representantes de diversos grupos, ciudadanos y funcionarios expresan sus opiniones sobre el tema de la convocatoria. Pueden ser optativas u obligatorias. Las obligatorias por materia son las mencionadas al final del artículo referidas a las normas de edificación, planeamiento urbano, em-

plazamientos industriales, etc. Las obligatorias por procedimiento son las que hayan sido decididas por iniciativa popular avalada con la firma del medio por ciento del padrón electoral de la Ciudad, lo cual implica un procedimiento bastante amplio. El mecanismo de audiencia pública se emparenta con el de doble lectura previsto en los artículos 89 y 90, en el capítulo de la sanción de las leyes. En el primero de ellos simplemente se enumeran las materias para las cuales la Legislatura, por mayoría absoluta, puede disponer que el tratamiento del proyecto se haga mediante el procedimiento de doble lectura. De acuerdo con el último inciso (8), el artículo es meramente enunciativo.

El procedimiento de la doble lectura está descrito en el artículo siguiente (90): como es común comienza con el respectivo despacho de comisión y de los órganos competentes, para establecer luego, en el inciso 2, una primera aprobación de la Legislatura. Una vez que el despacho es aprobado recién se convoca a audiencia pública en el plazo de treinta días. Aquí se aplicará el procedimiento de audiencias y luego la Legislatura debe considerar los resultados de la asamblea y resolver nuevamente, ahora en forma definitiva.

Recordemos, como ya vimos antes que, en el Derecho Comparado es muy utilizada, con amplios beneficios, la combinación de acciones de participación ciudadana con la actividad legislativa, y esto es lo que verdaderamente fortalece y enriquece la forma de gobierno democrática.

En cuanto a la iniciativa popular que se incluye, tiene una estructura similar a la adoptada a nivel nacional, también con la omisión específica de determinar si estas leyes pueden o no ser vetadas por el Poder Ejecutivo. Otra evidente y negociada "cuestión de poder" como diría Vanossi, ya que se desprende de la omisión deliberada que esta ley, nacida de la iniciativa popular y aprobada por los Representantes del pueblo, podría llegar a ser vetada por el Poder Ejecutivo. El sistema es de iniciativas formuladas, o sea proyectos de ley específicamente, no vinculante para la Cámara que sólo está obligada a considerarlos y puede o no sancionarlos.

Repetimos lo dicho antes sobre la defensa, y posibilidades de presentación de proyectos ya armados y redactados, lo cual puede llegar a ser sumamente costoso para los grupos minoritarios y carentes de recursos. Además eleva el número de firmas necesarias para la presentación al uno y medio por ciento del padrón electoral. Están fuera de la iniciativa las materias de: reforma, tratados in-

ternacionales, tributos y presupuesto. Tampoco pueden serlo los tratados interjurisdiccionales y aquellas leyes que necesitan para su sanción mayorías especiales.

Aquí también cabe repetir lo mismo que hemos analizados en acápite anteriores sobre la conveniencia o no de excluir precisamente estas materias cuando también están excluidas del referéndum (artículo 65 in fine). Esto implica una restricción de uno de los ámbitos más importantes que debería estar sujeto al control institucional que el ciudadano puede ejercer a través de estos mecanismos.

Los artículos 65 y 66 se ocupan de las formas de consulta popular: tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo puede convocar a referéndum. Pueden ser vinculante ante legem o post legem, facultativo u obligatorio, y no vinculante. Siempre el referéndum es obligatorio cuando sea vinculante. Es obligatorio para el Poder Ejecutivo convocar a consulta vinculante, de acuerdo al artículo 65, cuando la Legislatura, en el término de doce meses, no hubiera tratado un proyecto de ley que fue remitido por iniciativa popular y que contó con más del 15 % de firmas del padrón electoral. Aquí combina nuevamente el accionar ciudadano con el accionar legislativo. Si en la consulta el proyecto resultara aprobado por mayoría, el Poder Ejecutivo deberá promulgarlo y publicarlo.

Para Carlos Colautti, “la sanción, reforma o derogación que haya sido aprobada por consulta vinculante es directamente operativa. Si un proyecto de sanción, reforma o derogación de ley obtiene mayoría, pasa al Ejecutivo para su promulgación y publicación. No existe ejercicio de veto en este caso”.

El artículo 66 establece la consulta no vinculante, a partir de la convocación del Poder Ejecutivo, Legislativo o Comunal, agregando en este último caso a diferencia del artículo 63, que será su autoridad. Por supuesto y como es lógico cada uno lo hará en cuestiones de su propia competencia. Si bien están excluidas las mismas materias de los artículos anteriores, sí se incluyen, como excepción, las de derecho tributario. Aquí vale acotar que las cuestiones que más interés despiertan en el electorado de los Estados Unidos son impuestos y educación. Para el ciudadano americano (y también el suizo) es sumamente importante y preocupante la determinación de los impuestos.

A continuación el artículo 67 introduce una institución no contemplada a nivel nacional: la revocatoria popular debidamente fundada, del mandato de los funcionario electivos. Los plazos de inter-

posición son después del año de iniciado su mandato, y antes de que falten seis meses para la conclusión del mismo. La iniciativa debe ser firmada por un amplio número de electores: el 20% del padrón electoral de la Ciudad o de la Comuna, según corresponda.

A esto se agrega la participación formal del Tribunal Superior de Justicia, ya que será al solo efecto de acreditar los extremos señalados y convocar a referéndum obligatorio dentro de los noventa días de hecha la presentación. La destitución sólo operará si los votos superan el cincuenta por ciento del padrón electoral. En este caso será vinculante: es decir que es obligatorio para los Poderes Legislativo, Ejecutivo o la Comuna, destituir al funcionario.

En mi opinión parecería ser bastante complejo y difícil lograr una revocatoria de mandato popular, con los requisitos que hemos señalado. Si bien éstos son funcionarios surgidos del mandato popular, debe ser posible subsanar errores que pueden ser cometidos por el electorado, tal como ya hemos señalado en párrafos anteriores al tratar este mismo tema. No debemos olvidar que la clase política ha abusado en muchos casos de sus privilegios, al decir de Bruno Frey, "excesivos en algunos países, y por lo tanto deben funcionar ciertas barreras impuestas contra el cartel de los políticos, y cuál si no, la primera de todas ellas, la barrera constitucional".

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

El capítulo de Participación Ciudadana del Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mejoró sustancialmente con respecto a la Constitución nacional la parte del garantismo y amplió mucho los instrumentos propios de un régimen político de una democracia participativa.

Es indudable que la participación política, como una manifestación del comportamiento político de los ciudadanos en un régimen democrático, incluye otros muchos presupuestos básicos, que debemos considerar previos e inherentes a toda actuación responsable, madura y comprometida a nivel constitucional. La intervención en las elecciones, la afiliación política, la lectura de los artículos políticos de los periódicos, las audiencias de los programas de opinión en radio y TV, la participación y afiliación de los obreros en los sindicatos, hasta la participación de los trabajadores en la gestión empresaria.

La aplicación a sociedades en vías de desarrollo como la nuestra, carentes de infraestructura política, caracterizadas por altos

niveles de analfabetismo, prebendas y clientelismo, de un mecanismo de democracia semi-directa meramente consultivo, muy utilizado en una sociedad desarrollada y con una sólida tradición histórica de democracia, puede ser utilizado como un arma política de bajo perfil, manipuladora, influenciadora. “Los partidos políticos, los sindicatos, los grupos de interés, han puesto en descubierto la ficción de la representación política y han transformado el contenido racional de la democracia en una relación de fuerzas, aún no institucionalizada... El poder ha quedado a merced del pueblo real: hay una extensión de las instituciones políticas con la adopción de formas semidirectas. En la escena política, el ciudadano cede su lugar al hombre ‘situado’, condicionado por su trabajo o su clase social o sus intereses; y la nación al pueblo real, cuya voluntad expresa a través de los partidos políticos, los sindicatos y los grupos de interés”. Ya escribía Carlos S. Fayt en su Manual de Derecho Político en 1971.

“La creación de un ámbito de participación no asegura por sí un cambio en el proceso de toma de decisiones. De ahora en más deberá ser la propia ciudadanía la que... haga uso de las posibilidades que le brindan institutos aptos para asegurar un mayor control de los actos de gobierno y la canalización directa de sus principales inquietudes. Del impulso que le dé directamente el accionar de los vecinos dependerá el ritmo en que evolucionen las instituciones porteñas. De resultados de estos nuevos mecanismos, deberían efectivizarse de un modo más expedito las responsabilidades de los titulares del poder estatal... La creación de espacios de participación y fiscalización acordes con las características de una sociedad madura, que aspira a crecer en libertad y democracia, se constituirán en los canales apropiados para que esos objetivos algún día se conviertan en realidad...”. Sabsay Daniel. Revista Colegio Público de Abogados. Año I Número 4. Agosto 1997.

Para Fayt hay una real y fundamental correspondencia entre estas ideas democráticas y un determinado tipo humano, que se debe tratar de realizar mediante la educación. De todas las falsas promesas no cumplidas por la democracia, al decir de Bobbio, la sexta se refiere a “la educación de la ciudadanía. La educación para la democracia se desarrolla en el mismo sentido que la práctica democrática... La participación en el voto es educativa”. Y precisamente una de las objeciones más frecuentes a la democracia directa, según Frances Kendall, es que transfiere poder de los ciudadanos educados a quienes carecen de educación. Esto sugiere que los ciudadanos que participarán no están debidamente informados, no leen los diarios, no saben de qué se trata el proyecto o moción que les es consultado, y sin embargo votan reemplazando al proceso de

deliberación y sanción de los “entendidos”. Como sintetizan muchos “los ciudadanos no son inteligentes y no tienen suficiente educación para tomar buenas decisiones”. Pareciera que el voto popular se focaliza en el corto plazo y no permite el debate, el compromiso, la negociación, mientras que los entendidos sí pueden tener una visión de más largo plazo y pueden negociar con un espectro mucho más amplio; y hasta parecen más inteligentes. Pero en general los resultados de las encuestas y las estadísticas dicen que los ciudadanos en los referéndums son mesurados, la gente casi nunca vota a favor de cambios muy bruscos y las deducciones de varios autores es que el ciudadano común tiende a ser más moderado en su juicio que los representantes electos.

De la vereda de enfrente están aquellos que opinan que los plebiscitos no son verdaderamente democráticos porque sólo vota una elite preparada, influyente, y politizada. Otros, por ejemplo Sartori, opinan que el principio activo de la democracia es el principio de la mayoría restringida o limitada. La democracia como gobierno mayoritario limitado por los derechos de las minorías se corresponde con todo el pueblo, es decir con la suma de la mayoría y la minoría. Para Molteni y Krause los mayores temores que despierta la democracia directa se centran en la posibilidad de que las decisiones tomadas en forma directa por el pueblo, “le garantizan a la mayoría resultante el poder de imponer sus preferencias, su voluntad, cualquiera que sea ésta, a toda la comunidad de ciudadanos”. Pero si tomamos las democracias constitucionales o los gobiernos restringidos por un orden jurídico, vamos a ver que igualmente este tema no ha podido ser evitado. “El problema entonces no es la representación o que la decisión sea tomada en forma directa, sino la existencia o no de mecanismo que impongan frenos y controles al poder, para proteger los derechos de las minorías”.

Para finalizar, y en mi opinión personal, para comenzar, debemos apuntar como única y verdadera propuesta significativa a la educación, puesto que se va a constituir en el único medio generador de nuevos modelos actitudinales de los actores sociales comprometidos en esta ardua y difícil tarea de gobernarnos a nosotros mismos. “La estrategia política sugerida para la construcción de sistemas educativos relevantes y efectivos en América Latina es la participación ciudadana en el contexto de la democracia como gobierno” (Benno Sander, 1995).

A la inversa podríamos decir que, para la construcción de sistemas democráticos participativos, es necesario un sistema educativo que forme a la persona como ciudadano. Este es uno de los objetivos de la transformación producida por la Ley Federal de Edu-

cación (24.195) cuyo artículo 6 dice: “El sistema educativo posibilitará la formación integral y permanente del hombre y de la mujer con vocación nacional, proyección regional y continental y visión universal, que se realicen como personas en las dimensiones cultural, social, estética, ética y religiosa acorde con sus capacidades, guiados por los valores de la 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 a través del amor, el conocimiento, el trabajo. Defensores de las instituciones democráticas y del medio ambiente”.

Y dentro de la Educación Polimodal: “Preparar para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de ciudadano/a en una sociedad democrática moderna, de manera de lograr una voluntad comprometida con el bien común, para el uso responsable de la libertad y para la adopción de comportamientos sociales de contenido ético en el plano individual, familiar, laboral y comunitario” (Art. 16 inc. a).

“Afianzar la conciencia del deber de constituirse en agente de cambio positivo en su medio social y natural” (Art. 16 inc. b).

... Si así no lo hiciéramos...

BIBLIOGRAFIA:

Badeni Gregorio. “Formas semidirectas de democracia y reforma de la constitución”. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. 1996.

Bobbio Norberto y otros. “Diccionario Político”.

Constitución de la Nación Argentina y Tratados Internacionales con Jerarquía constitucional. Comentarios a la Reforma 1994 de Javier Armando Lorente. Ediciones Gowa Profesionales. Buenos Aires. 1994.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1996

Constitución de la Provincia del Chaco. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1996.

Constitución de la Provincia de Santa Cruz. Sainte Claire Editora S.R.L. Buenos Aires. 1992.

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentada por Colautti Carlos E. Editorial Universidad. 1996.

Convención Nacional Constituyente. Diario de Sesiones. 17a. Reunión. 3a. Reunión Ordinaria. Santa Fe. 26/7/1994.

Fayt Carlos S. "Derecho Político". Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1971.

Fundación América para la Capacitación Política. International Republican Institute. Autores Varios; Krause M. - Molteni M. (coord.). "Democracia Directa". Editorial Abeledo Perrot. 1997.

López Mario Justo. "Introducción a los Estudios Políticos". Tomo II. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1987.

Orlandi Héctor R. "Principios de Ciencia Política y Teoría del Estado". Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1987.

Romero César E. "Estructuras reales de poder en la República Argentina". Editorial Depalma. Buenos Aires. 1976.

Spota Alberto A. "Democracia Directa y Semi-Directa en Suiza". Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1971.

ENSAYOS

BLANCA 94

LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SUS EFECTOS SOBRE LAS CONCENTRACIONES Y FUSIONES

ANDRÉS ZENARRUZA

INTRODUCCION

Recientemente (1) con el número 25.156 fue sancionada la nueva ley de defensa de la competencia, confirmando así, que la legislación reguladora de la competencia fue una de las ramas del Derecho que mayor desarrollo experimentó a lo largo del siglo XX (2). La nueva ley, en sintonía con la legislación comparada moderna prestó particular atención a la regulación del fenómeno concentracionista de la actualidad, de ahí que destinara un capítulo entero para regularlo.

En el presente trabajo haremos una breve reseña de los diferentes modos de concertación empresaria y analizaremos cómo la nueva ley de defensa de la competencia los regula para evitar que estas afecten la libre concurrencia del mercado.

Generalidades

Comprender la razón de la importancia de la regulación de la competencia requiere unas aclaraciones previas. Existen, según una clasificación a la que adherimos (3), dos formas de afectar la libre

(1) La ley 25.156 derogatoria de la ley 22.262 fue sancionada el 8 de agosto de 1999 y promulgada por el decreto 1019 el 16 de septiembre de 1999.

(2) En el desarrollo de legislación reguladora de la competencia el punto de partida está dado en el derecho comparado por la sanción en 1890 de la llamada Ley Sherman Antitrust modificada en varias oportunidades, complementada a su vez por la Ley Clayton de 1914.

(3) Sobre esto recomendamos *ver Cabanellas Guillermo, Derecho Antimonopólico*. Ed. Heliasta 1983. Pág. 593.

conurrencia de los mercados. Por un lado encontramos conductas que tienen efectos sobre los aspectos dinámicos de la competencia y por el otro, conductas que tienen efectos sobre los elementos estructurales de la competencia. Mientras las conductas contrarias a los aspectos dinámicos de la competencia suponen una alteración inmediata de las acciones económicas que dan lugar a la existencia de un mercado, las conductas que inciden sobre los aspectos estructurales de la competencia suponen modificar elementos que permiten, a su vez, la existencia de la libre concurrencia en los mercados. Así, una conducta que afecta los elementos dinámicos de la competencia implicará alterar los precios vigentes en un mercado, el volumen de la oferta a él dirigido, la división de la demanda entre las distintas empresas que allí operan u otros componentes de las conductas que, en conjunto, constituyen el citado mercado. Por otra parte una conducta con efectos estructurales afectará, por ejemplo, la identidad de los propietarios de las empresas que operan en cierto sector, el número de éstas o la independencia de sus respectivas administraciones.

Las concentraciones económicas (4) son conductas que pueden afectar los elementos estructurales de la competencia, ya que por ejemplo con una fusión (ejemplo típico de concentración empresarial), se modifica el número de empresas que operan en un sector determinado, ya que por ejemplo donde antes existían dos empresas tras la fusión existiría una sola (5). La gravedad de conductas con efectos estructurales sobre la competencia se encuentra en que este tipo de conductas tendientes a la concentración económica desvirtúan la libre concurrencia en el mercado, ya que donde antes había un mercado atomizado con varios oferentes hay otro con menos cantidad de oferentes que además por su mayor volumen y capacidad de producción pueden impedir la competencia del resto.

CONCENTRACION ECONOMICA

Antecedentes

Desde la segunda mitad del siglo XIX hacia nuestros días puede observarse un incremento en el desarrollo industrial reflejado en

(4) Ver más adelante las diferentes formas de concentración empresarial.

(5) Ya sea porque *dos o más sociedades, se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que sin liquidarse son disueltas*, art. 82, Ley 19.550.

un aumento de la producción y del comercio (6). Este incremento en la producción, resultado de los grandes avances tecnológicos que se iban produciendo necesitaba de mayores inversiones de capital por lo que fue concentrándose cada vez más en menos titulares, quienes a su vez fueron adquiriendo una mayor riqueza (7). Ello, sumado a factores de competencia y lucha de predominio mercantil, originó lo que podría denominarse “revolución empresarial”, consistente en la búsqueda del adecuado dimensionamiento empresarial necesario para alcanzar una mayor eficiencia.

Fue a poco de comenzada la llamada “*era industrial*”, es decir a partir del primer tercio del siglo XIX, que se operó un cambio en las relaciones comerciales, que años más tarde se profundizaría luego de los acontecimientos, políticos, económicos y sociales que siguieron a la Primera Guerra Mundial. Tales cambios, impulsados por una nueva realidad que requería respuestas originales, determinaron decididamente la construcción de un nuevo modelo de economía, al cual el derecho no pudo permanecer indiferente. Por el contrario, por necesidad de adaptación, nacieron institutos jurídicos originando a su vez un nuevo orden jurídico como instrumento del nuevo orden económico, primero, y después como instrumento para su mantenimiento. Este fenómeno económico moderno, llamado *de integración o concentración empresarial*, se presenta en el mundo jurídico a través de fórmulas variadas que no resultan sencillas de sistematizar en una clasificación que las incluya a todas (8).

(6) Este desarrollo industrial, resultado principalmente del descubrimiento del motor a vapor, tuvo lugar en sus comienzos en Gran Bretaña, extendiéndose posteriormente a otros países Europeos como Alemania y Francia y a otros no Europeos como Estados Unidos y Japón. Sobre este tema ver *Hosbawm Eric, La era del Capital. Crítica. Barcelona.*

(7) En este sentido es importante diferenciar aquí a los Estados Unidos quienes prefirieron proteger y fortalecer su industria mediante políticas proteccionistas, de otros países como Inglaterra quienes hicieron del libre comercio internacional su mejor política.

(8) A modo de enumeración, y sin perjuicio del análisis posterior sobre algunos de ellos vale la pena mencionar diversos actos con efectos estructurales sobre la competencia. Tales son: Fusión; Compras de Acciones; Compra de activos, de una empresa por una sociedad competidora, abastecedora o cliente; Compras de acciones, participaciones de capital o activos por persona que ejerce el control sobre otras empresas competidoras, abastecedoras o clientes; Sociedad Holding; Participaciones recíprocas; Directorios u órganos de administración comunes; Operaciones en relación con los derechos políticos derivados de acciones u otras participaciones societarias; Empresas conjuntas; Conglomerados; contratos de administración y dirección.

La concentración empresarial

Los empresarios siempre buscan su progreso, procurando aumentar el rendimiento y expansión de sus negocios, y para lograrlo producen reestructuraciones en los tamaños de las empresas. Uno de los procedimientos más usuales para lograr esto es el que se da mediante el sistema de concentraciones, es decir cuando se asocian en distinto grado de intensidad dos o más empresas en una sola, o cuando se deriva en que una o más empresas pasan a ser dependientes o vinculadas de otra, o al menos subordinadas de ella. Si bien este desarrollo tuvo y tiene su epicentro en los países más desarrollados (9) no es del todo ajeno a la realidad Argentina, especialmente después de la apertura económica vivida en el país en los últimos años. Hoy en la Argentina existe un aumento de la producción —tanto de bienes y servicios— que es, irónicamente, cada vez más concentrado en pocos titulares, quienes a su vez para poder competir con los productores extranjeros deben maximizar sus recursos y aunar fuerzas.

Sostenemos la necesidad de una regulación, en esta materia ya que de permitirse que una empresa tome total control del mercado en el que compiten sus productos se podría llegar a supuestos donde cese de existir la libre concurrencia en el mercado con el serio riesgo de caer en un mercado monopólico. Una economía con estas características podría llevar a la desaparición de empresas que víctimas de la ventaja que tendría un competidor de mayor volumen y recursos dejarían de ser competitivas. Es justamente para regular estas consecuencias tan nocivas que se han sancionado en el mundo leyes que regulan los efectos que este tipo de conductas puedan tener en el mercado (10). Por supuesto, no es fácil encontrar el límite teórico hasta donde la concentración es beneficiosa como método apto para el crecimiento de las empresas —con el beneficio directo para ellas e indirecto para la comunidad—, y a

(9) En los Estados Unidos por ejemplo, en 1902 se produce en un muy breve tiempo un gran proceso de concentraciones, posteriormente a mediados de este siglo también en los Estados Unidos hubo un segundo gran movimiento de fusiones probablemente causado por el creciente industrialismo y por los movimientos regionales de integración especialmente en Europa donde se producen importantes fusiones para contrarrestar la fuerza penetrante de la economía americana.

(10) En los Estados Unidos la Sherman Act de 1890 y la Clayton Act de 1914 con sus respectivas reformas legislaron en esta materia, el derecho americano ha mirado con disfavor la excesiva concentración, en Europa, en cambio si bien siempre se ha tratado de considerar los derechos de los consumidores se ha aceptado la legitimidad de las concentraciones de empresas siempre que no se pruebe lo contrario. En 1989 mediante el Reglamento del Consejo 4064/89 que regula la materia a nivel comunitario el cual establece el control previo por parte de la comisión europea.

partir del cual aparecen los perjuicios para los habitantes por la eliminación de la competencia, la creación de monopolios, y con ello la distorsión de los precios. La pregunta a resolver sería cuándo mediante las concentraciones se afecta el interés económico general de modo de necesitarse su regulación.

Modos de Concentración

Son variadas las formas (11) que adoptan las empresas en su búsqueda de expansión y mejor rentabilidad para sus inversiones. Algunas de esas formas de concentración se hacen desde un plano de igualdad mientras que por el contrario otras se hacen con una sociedad con mayor control de la situación pudiendo imponer las modalidades de la coordinación. No tenemos dudas que las distintas realidades de cada una de las partes determinarán cuál predominará sobre la otra al momento de aunar fuerzas por una actividad mancomunada.

Las concentraciones pueden realizarse mediante participaciones de una sociedad en otras, es decir en grupos con dirección unificada o sin ella; y sin participaciones, mediante acuerdos de coordinación, con subordinación económica o sin ella. Las distintas modalidades de concentraciones han sido clasificadas de diversas maneras por la doctrina. Se distingue entre aquellas que se dan en un plano vertical y otras que lo hacen en un plano horizontal (12), y entre aquellas en las cuales los sujetos no pierden la autonomía jurídica, de aquellos en los que hay pérdida de ella como es el caso de la fusión.

Niveles de Concertación

Se distingue en doctrina dos niveles de concentración: Concentración primaria y Concentración secundaria.

(11) Ver nota al pie número 8.

(12) Lo primero cuando se unen elementos que hacen a las distintas etapas de la producción, de arriba hacia abajo se coordinan los pasos desde la extracción de la materia prima hasta su venta al consumidor. La concentración vertical no necesita imperiosamente que se incluyan todas las facetas de esa cadena industrial y comercial sino que puede abarcar algunas de ellas. La concentración horizontal, en cambio, se da cuando las empresas que se vinculan desarrollan actividades en un mismo nivel, todas operan en la producción de un determinado bien, o todas se dedican a la distribución o al suministro de mismo bien, sin comprender todos los eslabones de la producción, o comercialización. *O. Solari Costa, Fusión y Escisión Nacional y Transnacional de sociedades. Ed Ad-Hoc. 1996. Pág. 43.*

i) Concentración Primaria

La encontramos en el caso en que el crecimiento está circunscrito a una sola persona jurídica únicamente. Es la referida al auto crecimiento de una sola empresa a través de un aumento de capital, de un aumento territorial o de ambas cosas funcionando conjuntamente. El *aumento de capital* se concreta: a través de capitalización de utilidades, a través de nuevos aportes de los socios, o a través del lanzamiento de una oferta pública o privada de nuevas suscripciones, es decir, vía incorporación de nuevos socios. El *aumento territorial* se concreta: a través de la creación de sucursales en el país, o a través de la creación de sucursales, representaciones permanentes o filiales en el extranjero.

ii) Concentración Secundaria

En este caso encontramos dos o más personas jurídicas que interactúan a través de alguna de las modalidades descritas a continuación. No está de más aclarar que esta denominación es aplicable también a los casos en que la conjunción se dé entre una persona física y una jurídica. Según el grado de vinculación entre las empresas intervinientes podemos esquematizarla desde una situación de mínima vinculación hacia una de máxima como sería el caso de la fusión. Entonces tenemos:

A) Agrupamientos contractuales de carácter coordinativo de empresas (con relación de absoluta independencia jurídica y de decisión entre ellas) y en estos casos encontramos:

A1) *La correulación de la competencia* a través del reparto del mercado entre pocas empresas (13).

A2) *Las agrupaciones de colaboración de empresas*, con finalidad mutua (14).

(13) La figura típica de este modo de vinculación es la creación de las *Cartells o carteles* consistentes en: la fijación o concertación de precios únicos y de cantidades de un determinado bien que serán expedidos en un determinado mercado. Las empresas vinculadas por medio de estas prácticas colusorias, consiguen actuar en forma predatoria con los precios vendiendo muy por debajo de los precios establecidos por el juego de la oferta y la demanda, impidiendo de ese modo, el ingreso a ese mercado de eventuales competidores. La conclusión para un empresario que quiera entrar a competir sería: *a los precios que estas empresas venden es imposible vender y me veo obligado a retirarme de ese mercado.*

(14) Este sistema de agrupamiento, que se concreta a través de contratos de colaboración empresarial, queda reservado exclusivamente a personas jurídicas, la finalidad no es la de obtener lucro directo desde la actividad misma (siendo esta finalidad expresamente vedada por la ley de Sociedades comerciales en el artículo 368), sino que tratan de conseguir un beneficio para su propia actividad

A3) Los *agrupamientos para la coparticipación de los resultados provenientes de un negocio transitorio*. En esta categoría encontramos: a las *Uniones Transitorias de Empresas* (15) y a los llamados *Joint Ventures* (16).

B) Agrupamiento contractual de empresas en relación de subordinación y Control. Determinado por varias sociedades con órganos de administración formalmente independientes, aunque con una dirección común. Las modalidades que encontramos aquí son: *El Grupo Económico* también llamado *Grupo Societario* (17), y el *Holding* (18).

Así llegamos a la máxima forma de concentración empresarial que es la fusión.

empresarial (facilitándola, abaratando costos, mejorando la calidad, disminuyendo riesgos, etc.). Son organizaciones con la finalidad común de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de incrementar o perfeccionar el resultado de tales actividades. Una copia del contrato debe ser remitido a la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia.

(15) Consiste en un vínculo contractual transitorio y a través del cual las empresas se reúnen para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto (o sea, limitado a un fin). A diferencia de la figura de la agrupación de colaboración, aquí sí los participantes buscan obtener un lucro directo y, en algunos casos, utilidad indirecta por el beneficio que la actividad de la unión llegue a significar para los propios trabajos o negocios, llevados a cabo independientemente, por alguna de las empresas participantes.

(16) Es una forma del derecho anglosajón y su figura es la de una *partnership* cuyo objeto se encuentra limitado a un solo y único negocio. Cuando los tribunales se encontraron con corporaciones que habían entrado en una relación que debía calificarse de *partnership* recurrieron, para evitar la aplicación de una doctrina que prohibía tal participación, a una distinción. Para ello utilizan la expresión *Joint Venture*, la relación que allí existe de la coparticipación en un proyecto específico, a la que se le aplican las reglas de *partnership* pero respecto de la cual, al no llamarse "*partnership*" sino de otro modo, la norma prohibitiva no es aplicable.

(17) Es aquel fenómeno en que dos o más sujetos de derecho se relacionan a través de una o más empresas, existiendo una dirección unificada de la política empresarial. Se observa una relación de subordinación de la sociedad controlante sobre la controlada que se hace efectiva gracias a la posibilidad, y es lo que me permite determinar que allí existe una relación de control, que tiene la primera de formar la voluntad social de la segunda y en consecuencia, de todas las demás sociedades a su vez subordinadas a esta última.

(18) Sociedades o grupos de sociedades cuyo objeto exclusivo y actividad principal es la de participar en otras sociedades "*finalidad financiera o de inversión*", sin mantener a su vez una explotación comercial o industrial propia y que por lo general, se encuentran a la cabeza de agrupamientos supranacionales. En nuestro medio aparecen normalmente bajo la figura de los fondos de inversión.

La Fusión

La fusión es la máxima concentración empresarial. En un sentido restringido se entiende por fusión al acto contractual, y a su vez corporativo u orgánico, de agrupamiento de sociedades, por medio de la extinción —o modificación contractual— de las hasta entonces existentes, con traspaso en conjunto de los bienes hacia una nueva sociedad que se constituye, o que ya constituida, absorbe a la extinguida, con continuidad de participación de los socios de la fusionante en la fusionaria.

Básicamente podemos decir que la fusión sería la unión de los patrimonios de dos o más sociedades en una sola de nueva creación o en una ya existente, con la entrega de participaciones sociales de la continuadora a favor de los socios de las extinguidas, las que no se liquidan (19). La nueva sociedad (20) o la incorporante adquieren la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas (21).

Las fusiones pueden estar determinadas por diversas razones, así se pueden dar razones anticompetitivas que serían aquellas fusiones realizadas con el fin de lograr un monopolio en un mercado determinado. Otra razón puede estar dada por la facilidad de expansión o entrada que la fusión puede brindar ya que es más rápido comprar un negocio en funcionamiento que construir uno desde la base, así la compañía adquirente compra personal, patentes, instalaciones, etc. Los mejores rendimientos operativos de las economías de escala y las fusiones defensivas son otra importante razón para las fusiones ya que a una firma puede faltarle la suficiente resistencia para enfrentar las prácticas desleales de sus competidores.

(19) La doctrina entiende que vinculando el elemento de la extranjería con el concepto general de fusión, se puede afirmar que hay fusión internacional cuando dos o más sociedades sujetas a la legislación de uno o más países, se extinguen sin liquidarse, para constituir una nueva, en un tercer país, o en uno al que pertenece una de las sociedades fusionadas.

(20) Enseña O. Solari Costa que si bien el estudio de la fusión se centra en el ámbito societario, ya que se trata de un instituto típico de estos entes, esto no excluye la posibilidad dogmáticamente hablando de que, se pueda llegara extender permitiendo la fusión de empresarios individuales. Este supuesto si bien no sería posible con nuestra legislación actual, es admitida en la Ley de Reorganización Alemana (UmwG de 1995). O. Solari Costa, *Opus citado*, pág. 129.

(21) Art. 82, 2 párr. Ley de Sociedades 19.550.

Clasificación de las Fusiones

Las fusiones son usualmente clasificadas según la relación de mercado de las partes fusionantes: *horizontal* cuando las partes son competidores, *vertical* cuando las partes son o podrían ser comprador - vendedor, y *conglomerado* en todos los otros casos (22).

Se entiende por fusiones de conglomerado aquellas que tienen lugar entre empresas no vinculadas entre sí *horizontal* o *verticalmente* por ejemplo cuando una empresa minera se une con una de fabricación de alimentos que operan en mercados no competitivos entre sí, ni vinculados a una misma rama de producción, al fusionarse forman un conglomerado.

Efectos Competitivos de las Fusiones

Una fusión de firmas competitivas elimina la competencia entre ellas. Hay algunos otros efectos que se pueden derivar de las fusiones horizontales, verticales y conglomerados. Estos pueden ser agrupados en tres categorías:

- a) *estructura de mercados menos competitiva;*
- b) *mayores oportunidades de conductas anticompetitivas;*
- c) *"rendimientos" convenientes y no convenientes.*

Una fusión horizontal elimina a un competidor y concentra el poder de mercado de dos firmas en las manos de una. Este proceso de concentración es el clásico problema la fusión (23).

DERECHO ANTIMONOPOLICO ARGENTINO

Antecedentes

Si hay una rama del Derecho dentro de la legislación Argentina que ha tenido tendencia hacia la reforma es la legislación reguladora de la competencia. Los primeros intentos en nuestro país de legislar en esta materia datan de las primeras décadas de este siglo, siendo la ley 11.210 el primer precedente de importancia. Esta ley fue sustituida en el año 1946 por la ley 12.906, la cual contenía normas que sancionaban el delito monopólico, en una postura pro-

(22) Las consolidaciones de empresas pueden ser categorizadas de la misma manera: algunas de ellas pueden tener efectos semejantes a aquellos de las fusiones verticales u horizontales, mientras otras no.

(23) También las fusiones verticales y los conglomerados de empresas son temidos por su potencial impacto de concentración a largo plazo.

hibitiva de las concentraciones, en lugar de considerar el abuso de la posición dominante en el mercado como la conducta a reprobar. Más recientemente en 1980 se sanciona la ley 22.262 que reguló la materia hasta 1999 cuando fue reemplazada por la ley 25.156.

Fueron sin duda, las diferentes mutaciones producidas en el panorama ideológico de la legislación comparada, sobre todo luego de la segunda guerra mundial, las que marcaron el nuevo rumbo en materia legislativa en esta rama del Derecho. Así en contraposición al tradicional enfoque “Norteamericano” donde la legislación antimonopólica tendía a rechazar y sancionar cualquier intento monopólico apareció lo que nosotros damos en llamar el enfoque “Europeo” enderezado más bien a posiciones prohibitivas “relativas”. Estos cambios no sólo aparecen en las legislaciones nacionales, ya que incluso “a nivel supranacional” significativos cambios se evidencian con la aparición en 1957 del Tratado de Roma constitutivo del Mercado Común Europeo (24).

En la legislación comparada encontramos por un lado la legislación antimonopólica (*antitrust*) Norteamericana, la cual se encuentra incorporada básicamente en tres leyes, la Ley Sherman, la Ley Clayton y la Ley de la Comisión Federal de Comercio (25), y por el otro la legislación sobre competencia del Mercado Común Europeo. Esta última constituye el antecedente extranjero más importante de nuestra legislación, y con la cual tiene mayor afinidad, ya que de hecho los artículos 85 y 86 del tratado de Roma constitutivo del Mercado Común Europeo han sido receptados por nuestra legislación.

Fue, la ahora derogada ley 22.262, la que comenzó el camino hacia una legislación enderezada en la defensa de la competencia. Si bien la ley 22.262 no tuvo una aplicación que fuera de utilidad para corregir las prácticas abusivas del mercado, esto para muchos se debió no tanto a una deficiencia normativa sino a una inoperancia de los organismos y mecanismos de aplica-

(24) Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma modifican radicalmente el enfoque norteamericano que tradicionalmente se seguía en esta materia.

(25) La Ley Sherman incrimina dos tipos básicos de delito: los contratos y combinaciones que restrinjan el comercio y la monopolización. La Ley Clayton, a su vez declara ilegales cuatro prácticas restrictivas: la discriminación de precios, los contratos de exclusividad y las llamadas “cláusulas atadas”, la adquisición de empresas competidoras y los directorios vinculados. Por último la ley de la Comisión Federal de Comercio declara ilegales a la competencia desleal y a las prácticas comerciales engañosas.

ción de ley (26). Creemos, coincidiendo con parte de la doctrina que probablemente la falta de regulación efectiva en esta materia se debió no sólo a una técnica legislativa errónea, sino más bien a una política en materia de concentraciones. En este sentido, con un enfoque “más europeo” se ha considerado que la estructura de gran parte de los sectores industriales deben pasar por un periodo de concentración empresarial que les permita acceder a economías de gran escala comparables con las compañías que compiten en los mercados internacionales, por lo que no era apropiado incluir restricciones estrictas a las conductas con efectos estructurales de la competencia (27).

La Nueva Ley de Defensa de la Competencia

En un trámite rápido y sin discusión, la Cámara de Diputados de la Nación aprobó el día jueves 26 de agosto de 1999, el texto de la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156, conocida también como “*ley antimonopolios*” a través de la cual se pretende definir con mayor precisión, prohibir y sancionar actos o conductas de personas físicas o legales que limiten, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia y el acceso al mercado, conjuntamente con la instrumentación de un proceso administrativo orientado a la investigación y prevención de tales conductas.

Esta nueva creación legislativa está compuesta de 48 artículos, divididos en cuatro capítulos. En el primero de ellos se definen básicamente cuáles son aquellas conductas prohibidas por ley, distinguiéndose cuáles son las figuras fundamentales sobre las cuales se estructura la ley: La primera estaría dirigida a prohibir todos los actos o conductas que tiendan a la limitación, restricción o distorsión de la competencia; la segunda sería el abuso de posición dominante, y la consideración como conducta lesiva de la competencia a todas aquellas conductas o acciones que causen perjuicio al “*interés económico general*” apreciado este perjuicio atendiendo a “*The rule of reason*”, es decir, que la sola existencia de actos anticompetitivos no implica la automática aplicación de la ley, sino que se

(26) El órgano de aplicación en la ley 22.262 era la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que fue reemplazado en la nueva ley por el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. A la fecha de conclusión del presente trabajo el Tribunal de Defensa de la Competencia aun no ha entrado en funciones continuando la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia como ente regulador.

(27) Este enfoque menos prohibitivo que damos en llamar “europeo”, creemos es la consecuencia lógica de la diferencia de volumen de mercado existente entre los Estados Unidos y el resto del mundo.

requiere la demostración de efectos económicos negativos para la comunidad (28). En el segundo capítulo se establece cuándo debe entenderse que existe posición dominante. En el tercer Capítulo regula las concentraciones y fusiones, indicando en qué casos será necesaria la notificación previa ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y el mecanismo de dicha notificación. El cuarto capítulo está destinado a la autoridad de aplicación de la ley, que pasa a ser el Tribunal de Defensa de la Competencia en reemplazo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. El capítulo cuarto regula el presupuesto del Tribunal de Defensa de la Competencia, el quinto capítulo establece el presupuesto del tribunal, el capítulo sexto establece las sanciones, el séptimo regula cómo habrán de hacerse las apelaciones (tanto ante el tribunal como ante el tribunal de alzada (29)). El capítulo noveno establece los plazos de prescripción y por último el capítulo décimo trata las disposiciones transitorias y complementarias.

Descrito en forma general el esqueleto de la nueva ley, nos proponemos profundizar en aquellos aspectos referidos al tratamiento que la misma brinda a la problemática de las fusiones y adquisiciones esto es, el capítulo III de la ley. Nos interesa observar si su regulación establece mecanismos de control suficientes y acabados para este tipo de acuerdos, si la ley plantea una política preventiva (*ex ante*) tendiente a desincentivar conductas abusivas, prácticas desleales o monopólicas no deseadas o si, por el contrario, es de carácter penalizadora (*ex post*). Y por último determinar si el carácter de la legislación está orientado hacia una “Política de Comportamiento” es decir orientada exclusivamente a prohibir conductas anticompetitivas (sancionando el acto consumado), o si brinda una base de “*Política Estructural*” es decir orientada exclusivamente hacia el control de las empresas realizadoras de tales conductas al momento de concretar los acuerdos.

LAS CONCENTRACIONES Y FUSIONES EN LA NUEVA LEY

Las concentraciones en la ley

Como ya mencionáramos *ut supra* uno de los cambios fundamentales introducidos por la nueva ley es el del capítulo III relativo

(28) La distinción entre la regla de la razón “*the rule of reason*” y la infracción “*per se*” no es aplicable en nuestro derecho. La infracción “*per se*”, requiere tan sólo demostrar los extremos de incumplimiento para configurar la infracción, mientras que “*the rule of reason*” requiere de la discreción judicial que deberá apreciar su “razonabilidad”, sus propósitos y sus efectos sobre la competencia.

(29) La ley designaba como tribunal de alzada a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial o a la Cámara Federal para el interior, pero esto fue vetado.

a las concentraciones y fusiones. Este tema, que ha sido uno de los que más ha preocupado a la legislación comparada debido a la imprevista concentracionista que ha adquirido la economía mundial en la última década (30), fue particularmente regulado por la nueva ley. Para la ley existe concentración económica cuando la toma de control de una o varias empresas se realiza a través de uno de los siguientes actos: a) la fusión entre empresas; b) la transferencia de fondos de comercio; c) la adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma; y d) cualquier otro acuerdo o acto que transfiera fáctica o jurídicamente a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa (31). Creemos que la enumeración del artículo 6° es lo suficientemente abarcativa no siendo necesario, como sí lo cree Horacio Fargosi (32), prever explícitamente la hipótesis de *joint venture de funcionamiento total* previsto por la legislación de la Comunidad Europea.

La nueva ley de defensa de la competencia introduce en la regulación de las concentraciones empresarias un nuevo instrumento que no se encontraba en la ley anterior que es la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Competencia (33). Este instrumento que fue extraído de la legislación Americana (34), no es del todo

(30) De hecho el Derecho Europeo ha formulado significativas modificaciones en 1997 al reglamento 4064 de 1989, incluso con disposiciones particulares a dimensión comunitaria relativas a bancos y empresas de seguros. *Horacio P. Fargosi*. Breves Anotaciones sobre la nueva Ley de Defensa de la Competencia. ADLA, LIX-D, pág. 3942.

(31) Conf. Art. 6 Ley 25.156

(32) Ver *Horacio Fargosi*. Breves Anotaciones sobre la nueva Ley de Defensa de la Competencia. ADLA, LIX-D, pág. 3942,

(33) Art. 8 LDC 25.156, 1er. párrafo.

(34) Como ya mencionáramos anteriormente en el derecho norteamericano las fusiones son reguladas por: la Sherman Act, sancionada 2 de julio de 1890, por la Clayton Act sancionada el 15 de octubre de 1914 y por la Federal Commerce Commission Act sancionada el 26 de septiembre de 1914. Cabe mencionar que la exigencia relativa a la aprobación de ciertas fusiones y adquisiciones fue establecida por la Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, el cual lo agrega al artículo 7A de la Clayton Act.

aceptado por nuestra doctrina nacional, sosteniendo que la misma puede ser perjudicial para una economía pequeña y necesitada de crecimiento como la argentina en donde aún no hay grandes grupos económicos que puedan traer comportamientos monopólicos en desmedro del resto de la competencia.

Fusiones horizontales en la ley

La nueva ley introduce cambios en este aspecto ya que a la prohibición y sanción general del artículo 1 de la ley le agrega en el artículo 2 una enumeración de conductas deben ser consideradas como restrictivas de la competencia. Los actos de concentración empresaria entre firmas competidoras resultan *limitativos o restrictivos* de la libre competencia, en los términos de la prohibición prevista en el artículo 1º de la ley, siendo por lo tanto cuestión esencial a resolver en su respecto la relativa sobre el interés económico general (35). A esto debe agregársele la prohibición específica del artículo 7º que establece la prohibición de todas las concentraciones económicas cuyo objeto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. También deberá ser materia de análisis la evaluación del grado en que tal asociación empresaria tiene efectos lesivos sobre la competencia. La razón está en que uno de los elementos que configuran el impacto de los actos con efectos estructurales sobre la competencia respecto del interés económico general (36).

Dos fusiones con efectos similares sobre la eficiencia y productividad de un sector pueden percibir una distinta calificación bajo el artículo 7º en razón de que en un caso la restricción que se imponga sobre la estructura competitiva sea relativamente escasa, mientras que en otro sea desproporcionadamente alta, frente a los beneficios que quepa atribuir a la concentración analizada.

(35) La subjetividad del termino *interés económico general* hacia necesaria su eliminación, pero sin embargo el mismo permanece aún en la nueva ley de Defensa de la Competencia. Este término es inexistente en la mayoría de las legislaciones extranjeras tales como Estados Unidos, Alemania, Brasil e Inglaterra.

(36) En el fallo CS, 23/11/1993, "A Gas S.A. y otros c. AGIP Argentina S.A y otros", LL, 7/7/94, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que afectar al interés económico general puede ser incluso una posibilidad futura que sanción presente, por caber dentro de los llamados delitos de peligro, por lo que en las concentraciones no se exige que el gravamen exista, sino que el proceder concentracionista que tenga aptitud de provocarlo, es ya de por sí punible.

Fusiones verticales en la nueva ley

Las fusiones verticales, que recordamos son aquellas que tienen lugar entre firmas que operan en los mismos mercados, unas en carácter de oferentes y otras en el de demandantes, se rigen por los mismos principios expuestos en relación con las concentraciones horizontales de empresas. Los efectos anticompetitivos de estos actos son potencialmente significativos, lo que los incluye, bajo la figura de la limitación de la competencia prevista en el artículo 1º y más explícitamente por el artículo 7º. Tal configuración no es automática, como en el caso de las fusiones horizontales, ya que en las fusiones verticales las firmas que cesan de actuar independientemente no eran competidoras con anterioridad al acto de concentración. Por esto se hace necesario analizar cada caso en particular para ver si se configuran los efectos anticompetitivos (es decir, se trate de una concentración económica cuyo objeto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general).

La notificación previa

Uno de los cambios introducidos por la ley más importante es la notificación previa para determinadas concentraciones previsto por el artículo 8. Con la nueva ley (37), las concentraciones que impliquen un volumen total de negocios del conjunto de empresas afectadas supere en el país los doscientos millones de pesos o cuando el volumen de negocio total a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los dos mil quinientos millones de pesos deberán ser notificadas para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante el tribunal de defensa de la competencia.

Para la ley debe entenderse por volumen de negocio total los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas afectadas durante el último

(37) Fue vetado, por no considerar objetivamente disponibles los parámetros que establecen cuando una empresa detenta el 25 % del mercado relevante, la primera parte del artículo 8 que establecía que debían ser notificadas *aquellas concentraciones que implicaran la participación de empresas o grupos de empresas en una cuota igual o superior al 25 % o más del mercado relevante, o de una parte sustancial del mismo*. No coincidimos con este veto ya que creemos que existen medios adecuados para poder determinar el porcentaje de mercado que detenta cada empresa o grupo.

ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de los impuestos de ventas, del IVA y de otros negocios relacionados con el volumen de negocios.

Estamos de acuerdo con la incorporación de la notificación previa a nuestro ordenamiento, ya que efectuar un control *ex-ante* permite evitar consecuencias posteriores muy nocivas. Así, tener que denegar una concentración luego que ésta fue efectivamente realizada y oficializada frente al público implica un costo económico mucho mayor que evitar *ab initio* su formación.

Conclusión

De todas las modificaciones introducidas por la ley, sin dudas, el mecanismo de la notificación previa ha sido el de mayor relevancia. Al asumir esta "Política Estructural", orientando el control estatal sobre aquellas empresas realizadoras de conductas concentracionistas al momento en que se realizan dichas concentraciones constituye un avance. El Estado puede ahora regular e incluso intervenir en la economía, ya que prohibir una fusión sin lugar a dudas constituye una intervención, pero lo hace desde otro plano: como regulador; no como actor de la economía. Y lo hace contando con todos los elementos del caso para evaluar, ya que son las mismas empresas quienes deberán aportar la información relevante para decidir a favor o no sobre estas operaciones. Al final la actuación del nuevo Tribunal de Defensa de la Competencia será determinante para evaluar el éxito o no de esta nueva incursión legislativa. Por ahora deberemos esperar para ver si finalmente gracias a esta intervención *ex-ante* que realizará el Tribunal de Defensa de la Competencia, el consumidor/ciudadano, destinatario al final de esta ley, obtiene un beneficio real o no.

Por último, cabe aclarar que con este trabajo solamente hemos querido delinear la nueva legislación argentina de Defensa de la Competencia prestando particular atención a sus efectos sobre las concentraciones económicas. Hemos intentado simplemente acercar el tema al debate, obviamente la tarea no es sencilla ni posible de concluirse en esta obra.

EN TORNO AL DERECHO A LA PROTECCION JUDICIAL

DEMIÁN ZAYAT

I. La protección judicial

En las sociedades modernas, los individuos no pueden resolver sus conflictos por mano propia. Está abolida la venganza privada, y el estado asume la obligación de administrar justicia; con ese fin otorga al particular el derecho de requerir la intervención estatal para el esclarecimiento o la protección de sus derechos. Frente a la “acción” del individuo, se pone en marcha la Función Judicial por medio de la jurisdicción: “potestad conferida a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que le sean sometidas, y hacer cumplir sus propias resoluciones”. En definitiva, el deber de administrar justicia y la correspondiente función jurisdiccional, tienen como correlativo el derecho de los individuos, a pedir y provocar la administración de justicia (1).

El derecho a la protección judicial es un Derecho Humano reconocido por todos los tratados y convenciones internacionales sobre la materia. Es un derecho esencial en todo sistema democrático, con un Poder Judicial que controle a los otros dos poderes. De no estar expresamente establecido en nuestra constitución, se podría desprender del art. 1 (*forma representativa, republicana y federal de gobierno*) y del art. 33 (*derechos implícitos que nacen de la soberanía del pueblo y del sistema republicano de gobierno*). La tutela judicial es un mecanismo tan básico de defensa de los derechos individuales, que sería impensable un sistema político republicano que no lo tuviera en cuenta. Este mecanismo permite acceder a la justicia en caso de una violación a derechos y garantías reconocidas por el ordenamiento jurídico. Se puede decir que es el derecho fundamental del sistema, sin el cual todos los otros derechos humanos quedarían sin reparar en caso de una violación, siendo simplemente una expresión de deseos, y no verdaderos derechos. Es, sencillamente, la garantía de un tribunal de justicia imparcial que

(1) BIDART CAMPOS, GERMÁN, “El derecho a la jurisdicción en la Argentina”. ED 11-955.

ponga fin a una situación lesiva de un derecho subjetivo. Constituye, a su vez, un derecho humano e inalienable.

Todas las normas referidas a la temática son claras al diferenciar la defensa en juicio en general y la defensa de los derechos y libertades fundamentales, en particular. Para los primeros establece el libre acceso a los tribunales, garantizado por un debido proceso adjetivo, y para los segundos establece la existencia de un recurso especial, sencillo, breve, efectivo y rápido ante los tribunales competentes. De este modo tenemos que el derecho a la protección judicial tiene un doble sistema de garantías: el acceso a la justicia y el recurso de amparo.

II. El acceso a la justicia

La defensa en juicio no sólo abarca la posibilidad de “defenderse” como demandado en un juicio, sino también el derecho a “defender” jurisdiccionalmente un derecho lesionado. Como señalamos anteriormente, este derecho en sentido general es una consecuencia de un gobierno democrático y republicano, que mantiene una división de poderes y un estado de derecho. De este modo, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que *“El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el estado de Derecho, constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”* (2). Queda claro que la defensa en juicio y el acceso a la justicia son presupuestos básicos para cualquier ordenamiento jurídico en un estado de derecho, republicano y democrático.

En nuestra Constitución, la garantía de defensa en juicio surge explícitamente del art. 18. Igualmente, puede desprenderse del art. 33 y del 1 (3), ya que, como dijimos, es un elemento necesario

(2) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30/1/87, “El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías”, considerando 26.

(3) Art. 18 CN: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...”*.

Art. 33 CN: *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumera-*

del sistema republicano de gobierno. Por esto, está implícito en toda la estructura de la Constitución. ¿Para qué querríamos un Poder Judicial, si no pudiéramos acceder a la Justicia? Toda la sección tercera de la segunda parte garantiza esta tutela.

Asimismo, un derecho inferido de la defensa en juicio es el debido proceso. El derecho al debido proceso sistematiza las garantías mínimas que debe cumplir el proceso judicial. Los códigos de procedimiento —que son materia de forma reservada a las provincias y a la Ciudad autónoma de Buenos Aires— establecen el procedimiento judicial respetando el debido proceso. De no hacerlo, debería ser reputado inconstitucional. La Constitución tiene fuerza normativa propia, y su aplicabilidad no depende de la recepción legislativa (4). El art. 18 especifica algunas garantías procesales, sin embargo es la remisión a los tratados internacionales del art. 75 inc. 22 la que incluye la mayor parte de ellas. Así encontramos una amplia enumeración en el art. 8 de la Convención Americana, en los arts. XXV y XXVI de la Declaración Americana, en los arts. 9, 10 y 11 de la Declaración Universal y en los arts. 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

III. Imposibilidad de acceder a la justicia

El acceso a la justicia es un derecho tan básico que sobre él reposa la paz. Si no existiese sería imposible la vida civilizada en sociedad, se consagraría la ley de la selva, la justicia por mano propia, la venganza, la corrupción, el descreimiento, la falta de fe, la desesperanza, etc. (5). Por esto mantenemos que es un derecho inherente a la persona, de igual rango que los derechos no enumerados del art. 33 CN (6). Sin embargo, para tener una visión completa del asunto, no podemos decir que en la práctica, el acceso a la

dos; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Art. 1 CN: *“La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.*

(4) BIDART CAMPOS, GERMÁN. *“La fuerza normativa de la Constitución”*, en *“El amparo Constitucional, perspectivas y modalidades”*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.

(5) GORDILLO, AGUSTÍN, *“Derechos Humanos”*, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As, 1997 (www.gordillo.com), Pág VII-11.

(6) Para una discusión acerca de cuál es el rango de los derechos implícitos, ver SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *“Elementos de Derecho Constitucional”*, 2 ed., Tomo II, pág. 245. Ed. Astrea.

justicia sea un derecho que se ejerza en todos los casos. Así, en la Opinión Consultiva OC-11/90, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó el supuesto en el que no se pueda agotar el derecho interno (acceso a la justicia) antes de iniciar el trámite ante la Comisión. Aquí, la CIDH elaboró dos supuestos: el indigente que no pudiera costear un proceso; y, cuando ningún abogado acepte el caso por temor generalizado. A esto, la Corte manifestó: *“El artículo 46.2.a se refiere a aquellas situaciones en las cuales la ley interna de un estado Parte no contempla el debido proceso legal para proteger los derechos violados. El artículo 46.2.b es aplicable en aquellos casos en los cuales sí existen los recursos de la jurisdicción interna pero su acceso se niega al individuo o se le impide agotarlos. Estas disposiciones se aplican, entonces, cuando los recursos internos no pueden ser agotados porque no están disponibles bien por una razón legal o bien por una situación de hecho”* (7). En estos casos, se exceptúa la carga de agotar los recursos jurídicos internos, y se puede acceder directamente ante la Comisión. Con esto se muestra que en la práctica, en algunos casos, el acceso a la justicia no se cumple.

En los párrafos siguientes analizaremos ciertos aspectos de la praxis nacional donde se viola el derecho a la protección judicial. La mayoría están muy institucionalizados, pero para empezar a cambiarlo es necesario reexaminar detenidamente todos los supuestos. Obviamente en este trabajo no pretendemos agotarlos, pero al menos mencionaremos algunos.

1. El problema de la realidad

En nuestro país, hay un acceso “formal” a la justicia, pero la realidad deja mucho que desear. La cantidad de causas entradas por año a un juzgado, por más eficaz que sea, es muchísimo mayor que las salidas. A modo de ejemplo, se puede mencionar que en materia penal, hay un juez por cada 50.000 habitantes en la Capital Federal, y un juez cada 300.000 o 350.000 habitantes en el Gran Buenos Aires (8), que representan las zonas con mayor índice de delitos. Hay causas que pueden tardar una década en resolver-

(7) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-11/90, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, numeral 17.

(8) Datos tomados de GORDILLO, AGUSTÍN, ob. cit., Cap VII. “El deficiente acceso a la justicia y privación de Justicia como violación al sistema de Derechos Humanos”. En este capítulo el autor explica cómo una violación del derecho de acceso a la justicia implica una violación al sistema de derechos humanos.

se, privando efectivamente de justicia al “justiciable”. Es claro que el sistema judicial argentino está colapsado, y solamente reformándolo será posible corregirlo. Y es necesario hacerlo. La gravedad de esta circunstancia es alarmante; la justicia no es tal si es tardía, y en la situación actual ésta es la regla: las mesas de entradas funcionan gracias a “meritorios”, los juzgados están tapados de expedientes, el sistema informático atrasa diez años. El presupuesto sin duda no alcanza. Esto muestra que políticamente no se invierte en justicia, ¿será casualidad? Una solución que es simple y acertada, es la creación de más juzgados, tribunales arbitrales barriales, tribunales de poca monta, de consumo, etc. Pero para esto es necesario comprender la gravedad del problema y tener voluntad de solucionarlo.

La Corte Suprema, en el año 1980 estableció que el artículo 18 de la CN consagra el derecho a obtener una sentencia útil (9). Bidart Campos nos aclara el concepto, diciendo que una sentencia útil es la que resuelve razonable y oportunamente la pretensión articulada en la causa. La eficacia decisoria de los fallos judiciales tiene un doble sentido: por un lado, debe recaer en tiempo oportuno, útil para la índole de la pretensión, después de un proceso de duración razonable conforme también a esa misma índole; y por otro, abordando con motivación y fundamento suficientes en los hechos y en el derecho aplicable, la plenitud de la cuestión planteada (10).

2. Los tribunales administrativos

En las sociedades modernas, con el crecimiento de la administración pública, surgieron los llamados tribunales administrativos. En éstos, el caso es resuelto por un “juez” administrativo en la órbita del Poder Ejecutivo, pero debe dejar una puerta abierta para acceder a la justicia ordinaria. Estos tribunales administrativos son avalados por la CSJN desde el fallo “*Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión*” (11). En este caso resuelto en 1960 —que analizaremos seguidamente— se han dicho cosas muy interesantes.

(9) CS, sentencia del 30/9/1980, “Cinat, Adolfo c. Provincia de Chaco”. ED 91-408.

(10) BIDART CAMPOS, GERMÁN. “Derecho a la jurisdicción, defensa en juicio y posibilidad de obtener una sentencia útil”, como nota al fallo citado en el número anterior. ED 91- 407.

(11) Fallos 237:636.

La Corte estaba formada por los doctores Benjamín Villegas Basavilbaso, Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid, Luis María Boffi Boggero, Julio Oyhanarte, Pedro Aberastury y Ricardo Colombres. Se analizó la validez de las Cámaras paritarias de arrendamiento y aparcerías rurales (administrativa), donde sólo se permitía el acceso a la justicia por medio del Recurso Extraordinario Federal. La Corte entendió que esto resultaba inconstitucional por no otorgar un *control judicial suficiente*. Se aceptó la procedencia de los tribunales administrativos, pero siempre y cuando contasen con un control judicial suficiente.

En el considerando 5, la mayoría estableció:

“que, como punto de partida, es preciso advertir que el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos es uno de los aspectos que, en mayor grado, atribuyen fisonomía relativamente nueva al principio atinente a la división de poderes. Esta típica modalidad del derecho público actual, desde luego, no ha surgido como consecuencia de especulaciones de orden teórico. Tampoco expresa ni encubre una determinada concepción del estado. Muy por el contrario, constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al apremioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado; y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es un instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social, los que de otra manera sólo podrían ser tardía e insuficientemente satisfechos”.

Es decir que mediante esta justificación se admitió la eficacia de los tribunales administrativos. Es de señalar que la jurisdicción administrativa se encuentra bajo la órbita del Poder Ejecutivo, y que el art. 109 de la CN establece expresamente que *“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”*. Para sustentar sus dichos, la mayoría se basó en jurisprudencia de los EE.UU., pero no percibió que el país del norte no tiene un artículo concordante en su Constitución. El derecho administrativo estadounidense, como parte del derecho público, es distinto al nacional. Esto lo señaló la disidencia de fundamentos (voto) de los Drs. Boffi Boggero y José Aberastury, quienes, con una claridad destacable, mostraron que los argumentos de la mayoría eran tan sólidos como un flan. Así dijeron:

“5... una cosa es interpretar normativamente de acuerdo al sentido de evolución, traduciendo las nuevas y cambiantes necesidades,

desde que nada contraría más los intereses nacionales que la propia transgresión constitucional. Si la norma fuese inconveniente, si el precepto ya no respondiera a los imperativos de la evolución económica o social, ha de ser el poder constituyente —y no otro— el órgano adecuado para traducir en nuevas normas las mejores soluciones. El Poder Judicial, entre tanto, cuyo organismo supremo es esta Corte, ha de velar por la supremacía de los principios constitucionales, lo que lleva a decidir que el Poder Ejecutivo no puede ejercer funciones que son propias de los jueces...”.

Es para destacar que hasta ahora, casi cuarenta años después de este pronunciamiento, el poder constituyente no ha reformado este artículo. Sin embargo, los tribunales administrativos se siguen aceptando.

Lo que decidió la Corte en “Fernández Arias” fue la validez de la justicia administrativa, siempre y cuando se reserve un control judicial suficiente, donde haya amplitud para valuar y realizar la prueba, cosa que el Recurso Extraordinario del art. 14 de la ley 48 no garantiza. Actualmente, las leyes que organizan tribunales administrativos para que resuelvan controversias, en general otorgan un recurso ante la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, o Cámara Federal de Provincia, sin pasar por un juez de grado, restringiendo de este modo la garantía de la doble instancia ordinaria. En el fallo comentado también se ha dicho:

“9. Puede afirmarse, por tanto, que aun cuando el artículo 18 de la Constitución no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto, debe entenderse que si impone una instancia judicial al menos...” (el subrayado es nuestro).

Sin embargo —creemos, junto con Couture (12)— que la doble instancia sí es un derecho reconocido constitucionalmente. De manera expresa, en materia penal lo garantiza el art. 8.2.h de la Convención Americana (13). Análogamente, al ser un derecho de mínima, se podría extender a otras ramas de la legislación. El derecho es todo uno, y los distintos fueros simplemente son para ase-

(12) COUTURE, en el prólogo del libro de Costa, Agustín, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Bs. As., 1950. Citado por Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1”, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As. 1997. p. IX-32.

(13) Establece que: “2. Toda persona inculpada de un delito... durante el proceso, tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

gurar especialización en la materia del juez, por lo que las garantías judiciales deberían ser todas iguales para todas las personas, ya sean ante juez penal, civil, laboral, etc. Además la doble instancia asegura la meditación más profunda de la decisión jurisdiccional, y disminuye la posibilidad de arbitrariedades y errores, siendo una garantía del sistema democrático (arg. art. 33 CN). El problema radica en que la Corte no lo aceptará, ya que de ese modo perdería su jurisdicción originaria. Empero, ¿es beneficioso que la Corte mantenga su competencia originaria? Lino E. Palacio (14), como medio de descargar tareas al Tribunal Supremo, propone derogar la competencia originaria, mediante la reforma de la Constitución, claro está. No vemos ningún beneficio en mantener esta histórica competencia, que aumenta de tareas a un tribunal sobrecargado, desvirtúa la naturaleza de casación que tiene la Corte, e impide que se consagre el derecho a la doble instancia para todas las causas.

En conclusión, los tribunales administrativos, por estar dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, no forman parte de la tutela judicial. Se encuentran imposibilitados de declarar la inconstitucionalidad de una norma, y sus jueces no tienen las garantías constitucionales de estabilidad e intangibilidad de remuneración (puede otorgársela una ley o decreto, pero su vigencia sería volátil). Sin estas garantías, es imposible sostener su independencia. Además, algunos de estos tribunales —aquellos que deben resolver conflictos en los que interviene la administración— destruyen las garantías básicas de juez natural e imparcial reconocidas por el debido proceso. Sin duda, una “sentencia” (acto administrativo) de un juez del Poder Ejecutivo no es la garantía reconocida de la tutela judicial. Para que esto se cumpla se debe dejar la posibilidad de una revisión, que no sólo debería ser suficiente, sino libre y plena. Otro vicio en el que infiere el legislador frecuentemente, al organizar juzgados administrativos, es la posibilidad de apelar sólo en relación. Además de perder el “efecto suspensivo” en la mayoría de los casos (tema abordado en el acápite siguiente), el recurso se otorga en relación. Esto significa que la prueba producida en la instancia administrativa se mantiene firme. Se podría volver a producir en la Cámara en casos de excepción (arbitrariedad), lo que imposibilita un real y completo acceso a la justicia. Más allá de la arbitrariedad en la producción, por ejemplo, la prueba pudo no haberse considerado conducente; o incluso tener la imposibilidad de pedir expedientes judiciales *ad effectum videndi et probandi*, por no contar el

(14) PALACIO, LINO ENRIQUE, “Experiencia del denominado certiorari argentino”, en LL, 1995-E-1056.

oficio con la firma de un juez, lo que produce una real violación al sistema de acceso a la justicia. Todo esto, dejando de lado la expresa y no derogada veda constitucional al respecto (art. 109 CN). Asimismo, si tenemos en cuenta que “*el Poder ejecutivo no puede ejercer funciones judiciales...*”, concluimos que la instancia administrativa y la judicial son dos procesos totalmente separados. El procedimiento administrativo no forma parte del judicial, por lo que se otorga no es un recurso, sino una acción directa (ya sea ante la primera instancia o la segunda), y que la ley, impropia mente lo denomina “recurso”, pero no lo es. En la órbita judicial se debe poder replantear libremente todo el asunto, sin restricciones.

Un punto que no queremos dejar de analizar es el requisito del “agotamiento de la instancia administrativa”. La ley 19.549, de procedimientos administrativos, dispone en su art. 23 para los actos de alcance particular, y el 24 para los de alcance general, que previo a la impugnación judicial, debió “haberse agotado las instancias administrativas”. La *ratio legis* del instituto comentado es posibilitar a la administración reparar su error. Sin embargo, si el administrado lo prefiere, debe poder recurrir a la tutela judicial sin esperar que luego de un sinuoso procedimiento, varias veces recursivo (hay que agotar la instancia, es decir, interponer todos los recursos existentes), la administración confirme o modifique su acto. Sin embargo, los recursos en instancia administrativa a veces le convienen al administrado, ya que si ataca el acto por cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, sólo ella lo podrá rever, siendo ajeno a la órbita judicial. El requisito del agotamiento de la instancia administrativa, en cuanto impide el ejercicio pleno del derecho a la protección judicial, resulta inconstitucional. Una práctica común, anterior a la reforma del '94 era rechazar *in limine* el recurso de amparo por “no haber agotado la instancia administrativa”, como lo exigía el art. 2.a de la ley 16.986. Este artículo quedó derogado tácitamente con la inclusión del art. 43 en la CN, por lo que el agotamiento de la instancia administrativa no puede ser un impedimento para acceder a la tutela judicial.

3. El solve et repete

Otro problema que dificulta la tutela judicial, lo constituye el llamado principio “*solve et repete*”. Este principio tuvo su origen en la República romana, cuando por un edicto pretoriano se le otorgó a los contribuyentes el carácter de parte actora facultándolos así a perseguir la declaración de ilegitimidad de la “*pignorís causa*”, quedando invertido el procedimiento clásico. Nuestro país lo recogió de la doctrina continental, jurisprudencialmente primero y legislativamente con la ley 11.683 y la 17.498.

Según este principio, las sentencias administrativas que condenaren al pago de tributos e intereses sólo serán apelables con efecto devolutivo. Esto hace que la administración exija el pago del tributo, incluso mediante ejecución fiscal, antes que el contribuyente discuta su procedencia: “pague y repita”. En este caso la traba al acceso a la justicia es evidente: un contribuyente que no puede hacer frente a la intimación judicial del tributo (la boleta de deuda es título ejecutivo) debe ir a la quiebra, sin acceder a la tutela judicial. Actualmente, con la incorporación de la Convención Americana al sistema normativo (ley 23.054), y luego de la reforma del '94 que le dio jerarquía constitucional, la discusión sobre su constitucionalidad volvió a surgir. El *solve et repete* no permite el acceso efectivo a la justicia del art. 8 de la CADH; y viola también el derecho a la igualdad (art. 16 CN, art. 24 CADH (15)) ya que hay un trato distinto frente a la persona —tanto física como jurídica— que pueda efectuar el pago y la que no. La primera podrá defenderse en juicio; la segunda, no.

La Corte Suprema, en un importante fallo del año 1989, “*Microómnibus Barrancas de Belgrano s/impugnación*” (16), estableció que el *solve et repete* no rige en caso “*que su pago fuera imposible atento lo excesivo del monto del depósito, de modo tal que se impida real y efectivamente el derecho a acceder a la tutela jurisdiccional*”, lo que no se produjo en el antecedente. De igual modo consideramos que, aunque la ejecución no sea excesiva, el *solve et repete* viola un derecho humano supremo, y no debe ser aplicado en ningún caso. La violación de un derecho no es una cuestión cuantitativa sino cualitativa, y la justicia debe tutelar tanto por un agravio “grande” como por uno “chico”. Si el contribuyente tiene algún reparo frente a la liquidación administrativa del tributo, debe poder hacer valer su derecho frente a un tribunal imparcial. En caso de no tener razón, deberá pagar los intereses correspondientes; o a lo sumo podría implementarse un sistema de garantías reales como sucede en México y Alemania. Es decir, la multa o intereses se aplica una vez discutido el asunto judicialmente, no antes.

Además, es lo que garantiza el principio de inocencia del art. 18 CN. Conforme la ley penal tributaria, la evasión es un delito penal, y no se puede invertir la carga de la prueba. Se es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Es decir, que la administración debe

(15) Art. 24 de la CADH: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*” (el subrayado es nuestro).

(16) Fallos 312:2490, ED 137-914.

demostrar que el contribuyente no ingresó el tributo, produciendo prueba al respecto. Esto, más allá que se haya iniciado el proceso penal o no, ya que el expediente administrativo hará plena fe en el posterior juicio penal.

4. Prisión preventiva y clausura

Dos supuestos similares al *solve et repete* se dan en el caso de la prisión preventiva y la clausura. En cuanto esta última, la ley 11.683 (t.o. 1998, con la reforma de la ley 24.765) establece que su determinación por la autoridad administrativa será recurrible en todos los casos con efecto devolutivo ante los Juzgados en lo Penal Económico o Juzgado Federal de provincia (art. 78). La Corte Suprema, en el reciente fallo “*Lapiduz, Enrique c. DGI s/amparo*” (17) estableció que la sanción de clausura es de carácter penal, y que en el procedimiento administrativo previo a su determinación “*no cabe hablar de juicio*” que exige el art. 18 de la CN, “*si el trámite ante el órgano administrativo no se integra con la instancia judicial correspondiente; ni de juicio previo si esta instancia no ha concluido, y la sanción, en consecuencia, no es un resultado de actuaciones producidas dentro de la misma*”. Así tenemos que la tutela judicial en el ámbito penal, es inalienable. Esto es coherente con el art. 8 de la CADH.

Un caso parecido, pero con matices propios, es la prisión preventiva. En la actualidad, el 70 por ciento de los detenidos, está sin condena firme. Si bien la prisión preventiva es dictada por un juez competente, impide el acceso útil a la justicia. La Constitución Nacional establece el principio de inocencia en el art. 18, y se encuentra en todos los tratados sobre derechos humanos a los que remite el art. 75 inc. 22: “Nadie puede ser penado sin juicio previo”. Sin embargo, la práctica habitual hace que la prisión preventiva, en vez de ser una medida de excepción, sea la regla. Esto se debe a la deficiente organización de la justicia penal. Un juez cada 350.000 habitantes, sin duda es muy poco; sin entrar en detalle que esos mismos 350.000 habitantes tienen un solo defensor oficial. Los detenidos, sin dinero para pagarse un abogado, dependen del defensor oficial a quien con suerte ven dos veces en todo el proceso. No por ineficiencia del defensor oficial, sino que el problema es estructural. Así, sin defensa, se ven condenados irremediabilmente a la prisión preventiva. Esto llevó a Zaffaroni a decir que la prisión preventiva es una pena “por las dudas” (18), que luego de la

(17) CS, 28/4/98. ED diario del 17/6/98.

(18) Conclusiones a las terceras jornadas sobre “Derecho Penal, la incidencia de la pobreza en el delito”, UBA, 9/5/97.

sentencia absolutoria —si no prescribió la acción— queda sin causa. Sin embargo, el detenido inocente estuvo los dos, tres o cinco años preso. Además, no correspondería la reparación por error judicial del art. 10 de la CADH (19), ya que no hubo sentencia firme. ¿Tutela judicial?

El art. 7.5 de la CADH establece que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez ... y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe su proceso...”. La ley 24.390, reglamentaria de esta garantía constitucional, establece que “*la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante, cuando la cantidad de delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación correspondiente para su debido contralor*” (art. 1). Es decir que la prisión preventiva no puede extenderse más allá de los dos años. A lo sumo un año más, por resolución fundada con comunicación al superior. Conforme a la ley, “*el imputado recuperará la libertad bajo la caución que el tribunal determine*” (art. 4). Vencidos los dos años, se dejará en libertad al procesado que pueda aportar una caución, el que no pueda, seguirá detenido. En este caso, por cada día de prisión preventiva contará dos de prisión o uno de reclusión (art. 7) (y no para todos los delitos). La ley considera que dos años es un plazo razonable de detención preventiva, vencido este se dejará en libertad al detenido siempre que pueda aportar una caución. Si no pudiere se le reducirá la pena si fuese impuesta como prisión, o no se reducirá nada si fuese condenado a reclusión (que aún se mantenga la distinción entre estas dos penas iguales, es llamativo). Si bien no hay sentencia firme que de lugar a la indemnización por error del art. 10 de la CADH, la extensión más allá de dos años de la prisión preventiva es un ejercicio irregular de la función judicial. Por esto, elastizando la interpretación del error judicial (20), la indemnización por daños sería viable.

Actualmente no se pena el delito, sino que se pena el ser pobre; y no se lo sanciona mediante sentencia firme, sino mediante

(19) Art. 10 de la CADH: “*Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial*”.

(20) BIDART CAMPOS, GERMÁN. “Una posible y audaz elastización del error judicial”. ED 143-563; GHERSI, C., “Responsabilidad del estado por actos ilícitos jurisdiccionales”, JA 1994-1-296.

prisión preventiva. Es una situación, a puertas del siglo XXI, insostenible.

5. El “certiorari”

Por último, para cerrar este análisis sobre el estado actual del derecho a la protección judicial, no podemos dejar de mencionar al certiorari.

El “certiorari” es un instituto consagrado inicialmente de manera pretoriana por la Corte Suprema, y luego reconocido por la ley 23.774, la cual —además de aumentar a nueve el número de ministros del Tribunal— introdujo la reforma en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN ley 22.434) de los artículos 280 y 285. Así, el párr. 2° del nuevo art. 280 dice lo siguiente: *“La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”*. Asimismo el art. 285 *in fine*: *“Si la queja fuere por denegación de recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recuso en los supuestos y forma previstos en el art. 280, párr. 2°”*. Este instituto, fue tomado del *writ of certiorari* del derecho estadounidense, usado en ese país para seleccionar las causas a resolver. Luego de analizarlo suficientemente, concluimos que el certiorari no es inconstitucional, y es una buena medida para restringir el ingreso de causas al Tribunal Supremo; para que éste se pueda dedicar sólo a los casos con trascendencia. Sin embargo sí consideramos contrario a la constitución la facultad de no fundar su decisorio, sin mencionar ni siquiera si se lo está rechazando por falta de agravio federal suficiente, o por insustanciación, o por carencia de trascendencia. El art. 1 de la Constitución establece la forma republicana de gobierno. Esto implica que los actos de gobierno deben ser públicos y fundados. La posibilidad de rechazar un recurso sin mencionar por qué lo hace, por más que sea el ejercicio de su sana crítica, resulta palmariamente inconstitucional. De este modo, el rechazo de un recurso extraordinario sin explicar el porqué, está privando de justicia al justiciable, contra lo que dispone el derecho a la tutela judicial.

IV. El Amparo

Es el medio específico de la protección judicial. Mucho se ha dicho sobre él y mucho más se dirá. Es materia para un trabajo completo, sin embargo, en sucinto modo, analizaremos algunos puntos salientes de este medio de protección judicial.

1. Fuente constitucional

El amparo es un proceso constitucional, que surge de la necesidad de tutelar de manera efectiva los derechos humanos y sociales reconocidos en las constituciones y tratados internacionales. Es un recurso constitucional porque constituye un instrumento procesal diseñado para garantizar la supremacía constitucional y proteger de manera sencilla, rápida y eficaz los derechos del hombre consagrados en las cartas fundamentales y en las convenciones internacionales (21). El artículo 43 de la CN introducido por la reforma de 1994, establece que

“Art. 43: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto y omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”.

De este modo se cumple lo comprometido internacionalmente, concordando con lo que establecen los Tratados internacionales de Derechos Humanos: así la Convención Americana de Derechos Humanos establece un mecanismo similar en el art. 25 (agrega que el recurso será “*sencillo*”); al igual que el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“*tendrá derecho a un recurso efectivo*”); el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos (“*un procedimiento sencillo y breve*”); y el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“*podrá interponer un recurso efectivo*”); todos con jerarquía constitucional, conforme con el art. 75 inc. 22 de la CN.

De este complejo sistema normativo que el constituyente nos llama a armonizar, tenemos que la acción de amparo es *rápida*,

(21) El amparo como proceso constitucional es analizado por MARÍA MERCEDES SERRA, en “*Rechazo in limine en el amparo*” en “El amparo constitucional, perspectivas y modalidades”, ob. cit.

expedita, sencilla y eficaz. Estas son las características del recurso que establece la Constitución. Otra característica que se contraponga con las taxativamente enumeradas anteriormente será carente de validez por ir contra la norma fundamental del sistema positivo nacional. Así, antes de la reforma constitucional que dispuso la actual estructura del amparo, se ha dicho que el amparo es un procedimiento subsidiario y excepcional. De este modo, si existiera cualquier vía judicial alternativa (así fuere el Recurso Extraordinario por denegación de justicia —procedente en los casos donde no hay vía—) no procedería el amparo. Esto estuvo plasmado en el art. 2 de la ley de facto 16.986 (tácitamente derogado).

La creación pretoriana del instituto por nuestra Corte Suprema de Justicia (casos Siri, Kot) fue prominente, pero luego la ley vino a restringir el ámbito de aplicación, apretando un poco más los requisitos, llegando al extremo en el que cada amparo admitido debía serlo *contra legem*. Finalmente, fue el constituyente de 1994 el que le dio un nuevo giro al instituto estableciendo el art. 43 citado *ut supra*. Así superó las discusiones doctrinarias acerca de los requisitos para la procedencia del amparo y estableció que el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se basa el acto u omisión lesiva.

El requisito del medio judicial más idóneo, tiene que ser analizado teniendo en miras los fines del instituto. Así se estará frente a un medio judicial más idóneo, siempre y cuando proteja los derechos lesionados de manera más *expedita, rápida, sencilla y eficaz*. Es el caso del hábeas corpus frente a la lesión, restricción, alteración o amenaza de la libertad física. En este caso, el amparo no es el medio judicial más idóneo, ya que el hábeas corpus y su reglamentación son el medio de protección específico para dicha situación. Asimismo, el amparo no procedería en el caso donde sea más idóneo algún interdicto que pueda el juez dictar más expeditamente que el amparo; o en el caso en que algún código de procedimiento determine la existencia de un recurso más eficaz para el caso concreto. Concordantemente, Gordillo (22) nos enseña que dado que la vía ordinaria no es ab initio más breve ni más sencilla que la del amparo, entendemos que este requisito de que no haya otra vía más idónea solamente puede permitir distinguir entre el amparo, el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo ambiental, algunos interdictos y juicios sumarios o sumarísimos, pero nunca el juicio ordinario como acción inicial y primera. La mayor o menor idonei-

(22) GORDILLO AGUSTÍN, "Un día en la Justicia: los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional", pub. en el Suplemento Especial 60º Aniversario de La Ley, 15/11/95, pág. 59.

dad de una vía judicial para ser preferida a otra como primer acceso a la justicia ha de estar dada en el momento inicial por su mayor o menor brevedad, sencillez y eficacia para la tutela de los derechos constitucionales afectados. Esto no es materia de interpretación: es lo que surge explícitamente de los textos supranacionales al exigir la existencia de tal vía a favor del individuo

La mera existencia de otra vía judicial, ya sea ordinaria o sumaria, o incluso un recurso administrativo previo, no pueden ser óbices para que no proceda un amparo. En un sistema completo como el nuestro, siempre existe una vía para acceder a la justicia. De no estar reglada, lo es el Recurso Extraordinario Federal, como bien la propia Corte Suprema se ha ocupado de delinear. Así, si se determinase que la mera existencia de otra vía procesal que el actor pudiera elegir, es un obstáculo a la procedencia del amparo, simplemente estaríamos convirtiendo en letra muerta a la Constitución misma y a la voluntad del constituyente.

Creemos que el art. 43 derogó tácitamente los artículos 1 y 2 de la ley de facto 16.986, y lo que sobrevive, lo hace en función de organizar formalmente el recurso. Por esto mantenemos que el amparo es un proceso de fuente constitucional.

2. Legitimación amplia

Si bien el juez en el examen de admisibilidad debe tener más cuidado que frente una acción ordinaria, hay que mantener la legitimación amplia en el instituto. El párrafo segundo se refiere a los derechos de incidencia colectiva o de tercera generación, y cuando entre los legitimados se incluye al “afectado”, simplemente se está extendiendo la legitimación considerablemente, ya que justamente estos derechos afectan de alguna manera a casi todos los individuos. Así, cualquier persona que viva en la Capital Federal o en la zona Sur del Gran Buenos Aires, podría interponer un amparo porque se está contaminando el Riachuelo por ejemplo, lo que está muy bien. El constituyente quiso que no se rechace la acción por falta de legitimación, por lo que la amplió lo suficiente para que esto no suceda. Rechazar un amparo que quiera proteger un derecho de los mencionados en el párrafo segundo del art. 43 por falta de legitimación, es casi imposible, según se desprende del texto. Sin embargo, nuestra actual CSJN, en autos “Prodelco c. PEN s/amparo” (23), donde se cuestionaba la validez del decreto 92/97 sobre el rebalanceo telefónico, dijo que:

(23) CS, 7/5/98. ED, diario del 18/6/98.

“25. Que no basta para superar estas exigencias derivadas de nuestra estructura institucional, la invocación de los intereses generales que plantean la asociación de consumidores y la señora diputada nacional como sustento de su legitimación para demandar. En efecto, el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional reconoce legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa por el acto y omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. Pero de esa ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal no se sigue la aptitud para demandar sin que exista cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, hipótesis que en el sub lite no se verifica. De otro modo, admitir la legitimación de un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en ejercicio de los poderes de gobierno, deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares.”

Es decir: aunque la acción estaba intentada por una asociación de consumidores y de una diputada nacional, se resolvió que no estaban legitimados para hacerlo. Esto llevó a Quiroga Lavié, comentando el fallo, a decir que “el derecho público en nuestro país no ha nacido, pues da lo mismo respetar el debido proceso que no hacerlo” (24).

La legitimación de las asociaciones de consumidores se otorgará siempre y cuando “propendan a esos fines” y “estén registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”. Como nos enseñó aquella Corte Suprema del caso “Siri” (25), la Constitución tiene fuerza normativa propia, y es norma obligatoria aun sin ley reglamentaria. Es decir, que si la ley a la que hace referencia el art. 43 no es dictada, las asociaciones “que propendan esos fines” están igualmente legitimadas para accionar.

3. La defensa de los derechos colectivos

Si bien nuestra CSJN pareciera reacia a aceptar la vigencia de los derechos de tercera generación (terminología que resulta por

(24) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO. “Réquiem al amparo colectivo”, a propósito de los tres fallos que han venido a convalidar la validez del decreto 92/97. Diario LL, 25/6/98.

(25) CS, Fallos 239:459, LL, 89-531, JA, 1958-II-476.

demás impropia), la verdad es que la constitución no deja demasiado margen. El amparo colectivo existe, nació pretorianamente con “Ekmekdjian c. Sofovich” (26) y la reforma del 94 lo plasmó en el nuevo art. 43. Los derechos colectivos, o de clase, están en la Constitución que tiene fuerza normativa y se debe aplicar con, sin o contra ley. Se debe comenzar a hacer valer este derecho tan importante, y poco a poco se debe tender a la reparación integral por un daño de tercera generación. Así se podrá comenzar a reclamar daños porque una fábrica contamina, o porque el cigarrillo produce cáncer, etc. Creemos que todavía no estamos preparados para esto, pero con la práctica en este tipo de casos y la doctrina favorable, en poco tiempo lo podremos lograr. Está en la Constitución, es norma suprema vigente, y se debe cumplir.

V. Protección Interamericana

El derecho a la protección judicial está también contemplado en el ámbito interamericano. El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional le da jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos que fue incorporada por la ley 23.054. Sin entrar en la discusión sobre su supraconstitucionalidad o no (27), al ratificarla los estados se comprometieron a respetar y garantizar el ejercicio de los derechos en ella establecidos (28). En la obligación de garantizar está comprendido el deber de brindar a los individuos bajo su jurisdicción los medios judiciales accesibles, rápidos y efectivos para proteger sus derechos, los cuales deben sustanciarse conforme las reglas del debido proceso legal (29). La Corte Interamericana, interpretando el art. 25 de la CADH, ha dicho que “...para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurri-

(26) LL, 1992-C-543.

(27) Es la típica discusión entre monistas y dualistas que se da en el plano del derecho internacional. Nuestra postura (concordante con la de Gordillo) es que prevalece el Tratado sobre la Constitución.

(28) Art. 1. “*Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades 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...*”.

(29) KAWABATA, ALEJANDRO J., “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos”; en “La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales”. M. Abregú, C. Courtis compiladores. CELS, 1997.

do en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado de la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.” (30). La denegación de justicia se produce en los casos citados y también es una violación a la CADH. Así, si un estado no cumple con su obligación de impartir justicia a través del funcionamiento cabal de sus órganos jurisdiccionales, se configurará una violación, no vinculada al delito o conflicto irresuelto, sino a que el estado no garantice al justiciable su derecho a reclamar justicia.

En la Convención Americana se tutela ampliamente el derecho a la protección judicial, y es derecho supremo en nuestro país. Incluso, cualquier supuesto donde se lesione este derecho puede dar causa a una sanción internacional al estado. Es imperante que el acceso a la justicia pronta y eficaz, sea ejercido en toda su extensión tanto en la vía ordinaria, con las garantías del debido proceso, como en el amparo, mediante su admisibilidad amplia. Es fundamental para la vida en sociedad, está en la Constitución y debe cumplirse. Esto es posible, y debemos exigirlo.

(30) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, numeral 24.

LA ONU Y LA OTAN DESPUES DE KOSOVO

PONENCIA PRESENTADA EN LAS XIII JORNADAS ARGENTINAS

DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

7, 8 Y 9 DE OCTUBRE DE 1999

LA FALDA, PROVINCIA DE CÓRDOBA.

JUAN JOSÉ CARBAJALES

INDICE

I) Introducción.

II) Metodología y Teoría.

III) Desarrollo.

1. ONU.

1.1. Estructura de la ONU.

1.2. Reestructuración de la ONU.

2. OTAN.

2.1. Estructura de la OTAN.

2.2. Orígenes de la OTAN.

2.3. Reestructuración de la OTAN.

3. Kosovo.

3.1. Evolución histórica del conflicto.

3.2. 50º aniversario de la OTAN.

3.3. Inacción de la ONU.

3.4. Legalidad y legitimidad de los bombardeos.

3.5. Derechos Humanos vs. Soberanía.

4. Consecuencias de la guerra y perspectivas futuras.

4.1. ¿Triunfo relativo de la OTAN?

4.2. ¿La OTAN policía mundial?

4.2.1. ¿La U.E. autónoma en materia de seguridad?

IV) Conclusión.

V) Bibliografía.

INTRODUCCION

El presente trabajo aborda la relación de la ONU y la OTAN en materia de seguridad internacional después de la guerra de Koso-

vo. El objetivo es analizar qué tipo de procedimiento se llevó a cabo y qué consecuencias traerá, desde el punto de vista político y jurídico, para las relaciones internacionales.

La *hipótesis* a desarrollar es la siguiente: el conflicto de Kosovo y el 50º aniversario de la OTAN marcan la subordinación total de la ONU a los intereses de EE.UU., impuestos a través de la alianza transatlántica. Sin embargo, la OTAN no está aún capacitada para convertirse en el poder de policía mundial debido al relativo contrapeso que puede llegar a ejercer una Unión Europea que intenta ser autónoma en materia de seguridad y defensa.

METODOLOGIA Y TEORIA

Antes de comenzar a desarrollar la presente investigación, resulta necesario explicitar cuál será la metodología a utilizar y desde qué teoría abordaremos la cuestión.

Como centraremos nuestro estudio en la relación entre las estructuras y los procesos políticos (incluyendo estos últimos los comportamientos de los actores), hemos tomado como base metodológica el concepto de G. Sartori sobre *escala de abstracción* (1). Dicho concepto es entendido como un instrumento para determinar en qué nivel de abstracción va a trabajar el investigador social. Para ello se parte de la disposición vertical de los elementos de una estructura conceptual, y se especifican los distintos niveles artificialmente construidos. Sartori divide a la escala de abstracción en tres niveles, a saber:

a) Nivel alto: compuesto por categorías universales aplicables a todo lugar y tiempo (ámbitos geográfico e histórico); aumenta la denotación y disminuye la connotación. Conceptos con pocos atributos o características definitorias.

b) Nivel medio: compuesto por categorías generales cuya extensión es similar a su intención; conceptos de clase definidos por género y diferencia.

c) Nivel bajo: compuesto por categorías específicas, es decir, por concepciones configurativas y definiciones contextuales; disminuye la denotación y aumenta la connotación —que se torna muy precisa, concreta e individualizadora—.

(1) Sartori, Giovanni, *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, FCE. México, 1984, Capítulo 9, p. 292 a 302.

Utilizaremos este concepto para analizar los diferentes niveles en que se ubican las estructuras de la ONU y la OTAN, haciendo notar que, cual círculos concéntricos, la primera abarca a la segunda.

Por otro lado, al tomar como eje a los procesos y comportamientos políticos (además de las estructuras mencionadas), utilizaremos como teoría explicativa el *realismo estructural*, desarrollada en forma acabada por Kenneth Waltz en su libro “Teoría de la política internacional” (2).

El colapso de la Unión Soviética y el consiguiente fin de la Guerra Fría transformaron el sistema internacional. *Un nuevo orden mundial* surgió de entre los escombros del muro berlinés. La bipolaridad, mantenida durante 40 años, dejó de existir. Y su ausencia motivó el debate acerca de si la tendencia venidera era hacia la unipolaridad, con una estrategia de predominio por parte de los EE.UU., o bien hacia la multipolaridad, con el surgimiento de nuevos grandes poderes, tales como Alemania y Japón, por un lado, y Rusia y China por el otro.

Estos mismos cambios son, precisamente, los que intenta explicar la teoría del realismo estructural. Según Waltz, su máximo exponente, un sistema está compuesto por una estructura y por unidades interactuantes (3). La estructura es una abstracción y se define por la disposición de sus partes, es decir, por su posicionamiento mutuo. Esta disposición está constituida por el principio ordenador del sistema, por la especificación de las funciones de las partes, y por sus capacidades relativas.

En particular, el sistema internacional se caracteriza por estar ordenado según el *principio de anarquía*. Es decir, por funcionar en ausencia de un gobierno mundial, ser descentralizado y actuar bajo relaciones de coordinación (4). Por lo tanto, las funciones a ejercer son comunes a todas las unidades. Esta falta de especialización funcional hace que cada Estado, en tanto unidad, deba defenderse a sí mismo, sin esperar la ayuda o la cooperación de otro Estado (sistema de autoayuda). La desconfianza mutua invade todas las relaciones entre las unidades. La supervivencia dentro del sistema internacional se torna, entonces, el objetivo primordial de cada

(2) Waltz, Kenneth, *Teoría de la política internacional*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988.

(3) Waltz, Kenneth, *Op. Cit.*, p. 119.

(4) Para el estudio de alternativas al gobierno mundial, tales como la denominada teoría del *Global Governance*, ver Carasales, Julio, “Una Alternativa al Go-

Estado. Mantenerse en la estructura es la consigna. En consecuencia, el fin último será la *seguridad* (alta política), no la consecución del poder —que servirá en tanto sea útil para garantizar un mayor grado de seguridad—. Ahora bien, no hay diferencias de funciones, pero sí de capacidades. Cada Estado puede desarrollar de manera más o menos eficaz las mismas funciones. Y a mayor capacidad, mayor seguridad. La estructura internacional sólo varía por medio de un cambio del principio ordenador (de anárquico a jerárquico) o por medio de variaciones de las capacidades de las unidades (cambia la disposición sistémica). No así si varían las funciones desempeñadas por las unidades (5). Aquí es necesario destacar que dentro del sistema internacional las unidades que cuentan no son la totalidad de los Estados, sino exclusivamente aquellos más importantes. De allí que el conteo de estos últimos determine la estructura política internacional.

Lo que esta teoría pretende destacar es, fundamentalmente, el efecto de los *condicionantes sistémicos*. En este sentido, las estructuras afectan la conducta de las unidades dentro del sistema. Lo hace de manera indirecta a través de los procesos de socialización y de competencia (6). La socialización es la forma en que el sistema moldea a los Estados para que actúen de una manera similar. Y la competencia es la manera en que el sistema tiende a la homogeneización de las conductas, dando lugar a continuidades; los Estados buscan emular a los más exitosos y reproducir las conductas que seguramente serán premiadas, a la vez que intentan evitar las que pueden ser sancionadas.

Llegados a este punto, debemos analizar un concepto fundamental para la teoría sistémica, a saber: el *equilibrio de poder*. Conforme la definición de Hedley Bull en su completo estudio sobre el orden, el balance de poder es una situación en la que ninguna potencia tiene tanto poder como para establecer un gobierno mundial por la fuerza (7). Hemos dicho que el número de unidades es un atributo del sistema. Y que la estructura ordena de qué manera estarán dispuestas esas unidades. Así es que, en la lucha por mantener-

bierno Mundial”, *Archivos del Presente*, Revista Latinoamericana de Temas Internacionales, Buenos Aires, Abril/Mayo/Junio de 1999, año 4, n° 16, p. 115 y ss.

(5) Idem, pág. 150.

(6) Idem, pág. 111.

(7) Bull, Hedley, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Columbia University Press, Nueva York, 1977, pág. 100.

se dentro del sistema, recurren al equilibrio de poder como mecanismo regulatorio. Ante la situación de anarquía, ningún Estado va a colaborar con el otro; hay egoísmo y defensa de la propia seguridad. La única alternativa es que nadie tenga demasiado poder para atacar e imponerse a otro. Por inestable que sea, ésta es la manera más viable de preservar la paz y, fundamentalmente, de preservar el sistema de Estados (esto es, el *statu quo*). Decimos “fundamentalmente”, porque lo más importante no es la paz sino el equilibrio de poder: a veces, para balancear el poder, la guerra es un instrumento idóneo (8). En suma, según la teoría del realismo estructural, *e/ poder repele*. Cualquier actor que empiece a juntar poder generará el rechazo de los otros, es decir, la reacción opuesta. Si se rompe el equilibrio de poder, se vuelve a la inestabilidad, a la presencia de elementos disruptivos; y esto, obviamente, pone en riesgo el futuro de las principales unidades dentro del sistema internacional.

Una vez desarrollada la teoría del realismo sistémico, debemos abocarnos a su aplicación práctica. Terminada la Guerra Fria, muchos autores se aventuraron a afirmar que el sistema internacional había sufrido un cambio radical que permitía hablar del establecimiento de un nuevo orden mundial. Esta tesis puede hoy ser sostenida, dado que se produjo una clara transformación en la disposición de las unidades principales del sistema. Derrumbada la U.R.S.S., desapareció con ella la era de la bipolaridad. A partir de entonces, serían los EE.UU. quienes ejercieran la hegemonía internacional, en un mundo unipolar. Es esta segunda aseveración, en cambio, la que puede ponerse en cuestión.

Christopher Layne, como defensor de la *teoría neorrealista*, advirtió sobre lo que él denominó “la ilusión unipolar” (9). Esta ilusión consistía en pensar que los Estados Unidos podrían implementar una estrategia de preponderancia a escala internacional. Pero, según las palabras del profesor Roberto Russell, éstos “carecían tanto del poder como del *will* [voluntad] para asumir y ejercer un liderazgo hegemónico o unilateral” (10). Los mismos factores sistémicos ya examinados son los que actúan en su contra, condicionando su pro-

(8) Idem, pág. 107.

(9) Layne, Christopher, “The Unipolar Illusion: Why New Great Powers Will Rise”, *International Security*, Spring, 1993, Vol. 17, n° 4.

(10) Russell, Roberto, “El contexto externo de la política exterior argentina: Notas sobre el ‘nuevo orden mundial’”, en Russell, Roberto (comp.), *La política exterior argentina en el nuevo orden mundial*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1992, pág. 30.

pio comportamiento y el de las potencias rivales. Según Layne, las tasas de crecimiento diferenciado (*differential growth rates*) y la anarquía conducen a la erosión del poder hegemónico por una sola potencia (11). El poderío militar y económico crece en forma diferencial, unos ganan más que otros, y se va acortando la brecha con la potencia que pretende ser hegemónica. Y el sistema de autoayuda insta a los Estados a competir entre sí para generar mayores recursos de poder, con el fin de mantener su posición en la estructura. En consecuencia, esta última se encarga de elegir a los países que tienen el *potencial para ser grandes poderes*. Tanto Alemania como Japón han sido seleccionados —según las consideraciones de Layne— para ascender y contrabalancear el poder de EE.UU (12). Pero también puede preverse la emergencia de China y el resurgimiento de una Rusia renovada. En definitiva, los efectos sistémicos no permitirían la permanencia de un orden unipolar sino, en cambio, presionarían para que se estableciera un nuevo orden mundial sobre la base de la *multipolaridad*.

Ya veremos, en el desarrollo del presente trabajo, de qué manera se insertan cada una estas dos teorías dentro de los escenarios que podrían emerger con posterioridad al ataque de la OTAN sobre Kosovo.

DESARROLLO

1. ONU.

1.1. Estructura de la ONU.

La Organización de las Naciones Unidas fue creada en 1945 como instrumento formalizador del nuevo orden mundial que surgía como consecuencia de la segunda posguerra. Como tal, es el organismo de carácter internacional por excelencia, puesto que está conformado por Estados, y su función primordial es mantener la paz y la seguridad internacionales. De este modo, su origen y generalidad hacen que cualquier otro convenio internacional deba subordinarse a sus propósitos y principios, plasmados en la Carta de las Naciones Unidas. Para lograr dicho objetivo de máxima cuenta con una estructura cuyo principio básico es la *coordinación*, según

(11) Layne, Christopher, *Op. Cit.*, pág. 10.

(12) Idem, pág. 41: "If deliberated from the bipolar structural constraints that, with Washington's help, smothered their great power emergence, states like Germany and Japan might respond to new international system constraints by becoming —and acting like— great powers. Here (...) is precisely the point: structure affects outcomes".

el cual todos los Estados poseen el mismo status jurídico (un país, un voto) y carecen de gobierno mundial que imponga la subordinación de derechos. Este principio se cristaliza en la estructura de la Asamblea General, que funciona por la regla de la mayoría, con la participación de los representantes de todos los países miembros.

Sin embargo, el Consejo de Seguridad comporta una excepción al sistema democrático de la Asamblea General. Su composición se restringe a 15 miembros, 5 de los cuales (Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Rusia y China) son permanentes. El régimen de votación dispone que para adoptar una resolución se requiere el voto afirmativo de nueve miembros, “incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes” (art. 27 de la Carta). Esto quiere decir que dichos Estados poseen el llamado *derecho a veto* mediante el cual pueden abortar cualquier tipo de resolución con la cual no estén de acuerdo. Asimismo, el Consejo de Seguridad es el único órgano internacional capacitado para determinar la existencia de toda amenaza o quebrantamiento de la paz o acto de agresión y autorizar, en consecuencia, una *intervención militar* de carácter internacional sobre un país soberano.

Estos dos mecanismos, el del derecho a veto y el de la intervención armada son los puntos cruciales que pondremos en cuestión al correlacionarlos con la estructura de la OTAN y su accionar en Kosovo.

1.2. Reestructuración de la ONU.

El Dr. Andrés Fontana (13), especialista en política internacional, sostiene la tesis de que los conflictos que emergen en el nuevo escenario no implican amenazas fundamentales a las potencias, ni a la mayor parte de las democracias y economías avanzadas, que justifiquen grandes movilizaciones o el empleo del conjunto de sus capacidades militares. En la medida en que la supervivencia nacional no está en juego, los Estados pueden elegir si se involucran o no. *El problema es decidir en qué conflictos participar*, en un contexto en que el empleo de las fuerzas armadas ya no responde exclusivamente a amenazas a la comunidad nacional o a la defensa de sus intereses vitales, e incluso corre el riesgo de ser mal visto por la opinión pública (14). Esto quiere decir que ante este nuevo orden mundial surgen “guerras por elección” o “intervenciones selecti-

(13) Fontana, Andrés, *Complejidad de Riesgo e Interdependencia. Tendencias de cambio en la Seguridad Internacional*, I.S.E.N., Serie Documentos de Trabajo, N° 24, Buenos Aires, diciembre de 1997.

(14) Idem, pág. 5.

vas”, decididas al arbitrio oportuno de las grandes potencias, para hacer frente a las *amenazas emergentes*, que poco tienen que ver con las amenazas a la seguridad clásica.

Asimismo, destaca que el *cambio en la naturaleza de las amenazas* tiene dos causas concomitantes. Por un lado, la disminución del nivel de las amenazas a la seguridad clásica, las cuales “proviene de posibles agresiones calculadas, que afectan la soberanía o la integridad territorial de los Estados e implican el empleo, real o potencial, de medios militares para su materialización, para responder a ellas o para neutralizarlas anticipadamente” (15). Por otro lado, encontramos el ascenso de *amenazas emergentes o factores de riesgo e inestabilidad*. Amenazas comunes pero no globales, aunque tienen la potencialidad de llegar a afectar la estabilidad global. Como método para combatirlas, las grandes potencias, que tienen la capacidad de velar por la seguridad global, recurren a la intervención selectiva —motivados por la potencialidad que un conflicto intraestatal, por ejemplo, puede tener para una determinada región, aun cuando no pueda llegar a afectar sus intereses directos—. Son las migraciones masivas, las guerras intra-estatales, las persecuciones y matanzas de minorías, las identidades nacionales sin territorio y las etnias o religiones enfrentadas en un mismo territorio (16). En el presente trabajo nos centraremos en este tipo de amenazas, pues en su definición puede ser incluida la situación imperante en la región de los Balcanes que da origen al ataque aéreo de la OTAN sobre la provincia sureña de Serbia.

Ante la emergencia de estas nuevas amenazas, las Naciones Unidas comprendieron la necesidad de llevar adelante una reestructuración profunda en su interior para poder afrontar con renovados mecanismos los desafíos que dichas amenazas conllevan.

Para alcanzar este objetivo, la organización recurrió a la modificación de algunas de sus herramientas de trabajo. De esta manera dio a luz el concepto de *Operaciones de Paz*. El mismo surge del informe “Un Programa de Paz”, redactado por el ex-Secretario General de la ONU, Boutros-Boutros Ghali (17).

(15) Idem, pág. 7.

(16) Idem, pág. 20.

(17) *Un Programa de Paz. Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz*, informe del Secretario General de la ONU, presentado de conformidad con la declaración aprobada el 31 de enero de 1992 en la Reunión en la Cumbre del Consejo de Seguridad.

Es de destacar que dichas medidas no se encuentran consagradas expresamente en la Carta de la ONU. Esta dedica dos capítulos al sistema de seguridad colectiva. En el Capítulo VI se regula el arreglo pacífico de controversias, y en el Capítulo VII se especifican las medidas ejecutivas para mantener o restablecer la paz, tanto aquellas que no implican el uso de la fuerza, como las que sí. Si bien estas operaciones respetarían el espíritu de la Carta, no debemos engañarnos afirmando que están contempladas en su letra. Recordemos que las acciones previstas en la Carta están destinadas a resolver los conflictos entre Estados, no a prevenir los conflictos intra-estatales, como los que emergieron con fuerza a partir de los años '90.

Para entender el funcionamiento de las Operaciones de Paz, es acertado hacer un breve análisis de las *características comunes* a todas ellas. Estanislao Zawels (18) las conceptualizó de la siguiente manera:

1) El *Consejo de Seguridad* establece las operaciones, así como su mandato. Lo hace a través de una resolución.

2) El *consentimiento de las Partes* a la operación y a los países que contribuyen con tropas. Este es uno de los pilares fundamentales de las Operaciones de Paz.

3) *Comando operativo del Secretario General*, bajo autoridad del Consejo de Seguridad.

4) *Imparcialidad* en el desempeño de las tropas. La misión debe ser neutral, sin tomar partido alguno en el conflicto.

5) *Composición multilateral*. Pero no es permanente, a pesar de que se ha analizado la posibilidad del establecimiento de reservas de recursos para permitir un despliegue rápido (Fuerzas *Stand By*).

6) *No uso de la fuerza*, salvo en caso de autodefensa. Su utilización es la última *ratio*.

7) *Financiamiento obligatorio por los miembros* de la ONU.

Podría agregarse que debe existir un riesgo actual o potencial de una amenaza o quebrantamiento a la paz. Y que la operación

(18) Zawels, Estanislao, *La Argentina y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz*, pág. 245.

debe ser transitoria, es decir, que debe intentar resolver un conflicto concreto, tener un objetivo específico. Desaparecido el conflicto, finaliza la operación.

Volviendo al documento “Un Programa de Paz”, éste refleja de manera contundente el cambio de perspectiva adoptado por la organización mundial. El eje central del informe es la *diplomacia preventiva*, a la que se le suman el establecimiento y mantenimiento de la paz, y su consolidación después de los conflictos.

Para concluir, debemos decir que las operaciones de paz se encuentran, a fin del siglo, ante el problema de lidiar con dos principios elementales, y en cierta medida contradictorios, del derecho internacional, a saber: el principio de la *soberanía* de los Estados, y el principio de defensa de los *derechos humanos*. De la flexibilidad para actuar sin destruir ninguno de estos dos principios depende el futuro de estas operaciones. Más adelante en nuestro trabajo volveremos a abordar, con más profundidad, el análisis de esta antinomia de fines de siglo.

2. OTAN.

2.1. Estructura de la OTAN (19).

El Tratado del Atlántico Norte, firmado en abril de 1949, instituyó una Alianza de países independientes que compartían la voluntad de mantener la paz y defender su libertad a través de su solidaridad política y la defensa adecuada, concebida para prevenir y, si fuese necesario, rechazar cualquier forma de agresión contra ellos. Creada en el cuadro del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas en el que se reafirma el derecho natural a la legítima defensa individual o colectiva (20), la Alianza es una asociación de Estados soberanos, unidos en su determinación por preservar su segu-

(19) Manual de la OTAN, *OTAN. Servicio de Información* y Prensa, Bruselas, octubre de 1993.

(20) Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. *Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*”. La cursiva es de mi autoría.

ridad a través de garantías mutuas y relaciones estables con otros países.

La OTAN es la organización que sirve a la Alianza. Su objetivo esencial es, pues, salvaguardar la libertad y la seguridad de todos sus miembros por medios políticos y militares conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. La Alianza intenta, desde su creación, instaurar un orden pacífico, justo y duradero en Europa, apoyándose en los *valores comunes de la democracia, el respeto a los derechos humanos y la primacía del derecho*. Asimismo, la OTAN encarna también una asociación transatlántica que provee un vínculo permanente entre la seguridad de América del Norte y la seguridad de Europa. Es la expresión concreta de un esfuerzo colectivo dirigido a defender los intereses comunes de todos sus miembros.

Para llevar a cabo su política de seguridad la Alianza utiliza los medios siguientes: a) el mantenimiento de un potencial militar suficiente para prevenir la guerra y asegurar una defensa eficaz, b) la capacidad global de gestionar con éxito las crisis que ponen en peligro la seguridad de sus miembros, 3) los esfuerzos políticos dirigidos a favorecer el diálogo con los otros países, 4) la potenciación de la seguridad europea mediante la cooperación, en especial para hacer que avancen las cuestiones relacionadas con el control de armamentos y el desarme.

La cooperación en el seno de la Alianza se basa en el siguiente dispositivo: Consejo del Atlántico Norte, Comité de Planes de Defensa (que incluye al Comité Militar y a otros comités más) y Grupo de Planes Nucleares. Para nuestra investigación nos interesa analizar la estructura del Consejo del Atlántico Norte, pues es éste quien cuenta con la autoridad política y la capacidad de decisión. Está compuesto por los Representantes Permanentes de todos los países miembros, y les proporciona un foro único donde pueden llevar a cabo consultas con profundidad sobre todas las cuestiones que afectan a su seguridad y es allí precisamente donde se toman las decisiones más importantes de la OTAN. Los 16 países miembros de la Alianza tienen los mismos derechos en la mesa del Consejo. Las decisiones —y esto es lo fundamental— se toman *por unanimidad y de común acuerdo*, traduciendo la voluntad colectiva de los gobiernos de estos países. No hay voto ni decisión por mayoría. Al tomar las decisiones por consenso, los miembros de la Alianza preservan la experiencia y las posiciones de cada país, aun utilizando los mecanismos y procedimientos que les permiten actuar conjuntamente de manera rápida y decisiva si las circunstancias así lo exigen. Pero por sobre todas las cosas, es de destacar que las deci-

siones por unanimidad son posibles desde que los países miembros compartan los mismos valores comunes anteriormente mencionados. Asimismo, esta comunidad de intereses no invalida la existencia de divergencias en materia de procedimiento, las cuales se resuelven conforme a la *flexibilidad* de la estructura (21).

2.2. Orígenes de la OTAN.

Enfrentados entre 1945 y 1949 a la urgencia de la reconstrucción económica, los países de Europa occidental y sus aliados de América del Norte estaban inquietos por la política y los métodos expansionistas de la URSS. Al tiempo que los países occidentales habían reducido sus efectivos de defensa y desmovilizado a sus tropas, advertían con preocupación creciente que la Unión Soviética intentaba preservar toda la potencia de sus fuerzas armadas.

La firma en marzo de 1948 del Tratado de Bruselas marcó la determinación de cinco países de Europa occidental (Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, y Reino Unido) de constituir un sistema de defensa común y reforzar sus vínculos para poder resistir el ejercicio ulterior de presiones de esa naturaleza. Inmediatamente después se iniciaron negociaciones con Estados Unidos y Canadá con vistas a crear una Alianza del Atlántico Norte basada sobre garantías mutuas de seguridad y compromisos de las mismas características. Dinamarca, Islandia, Italia, Noruega y Portugal fueron invitados a participar en este proceso. Las negociaciones condujeron *en abril de 1949 a la firma del Tratado de Washington* que instituía un sistema de seguridad común basado en la asociación entre doce países. En 1952, Grecia y Turquía se adhirieron al Tratado. La República Federal de Alemania se integró en 1955, y en 1982 España se convirtió también en miembro de la OTAN.

2.3. Reestructuración de la OTAN.

Tras el final de la Guerra Fría, la naturaleza de los riesgos a los cuales se enfrentaron los miembros de la Alianza cambió funda-

(21) Así, por ejemplo, Islandia no tiene fuerzas armadas y puede, si lo desea, hacerse representar por un civil en los foros militares de la Alianza. Francia, que es miembro de pleno derecho de la Alianza y de sus estructuras políticas, se retiró de la estructura militar integrada en 1966. España, que firmó su adhesión a la Alianza en 1982, no forma parte de la estructura militar integrada de la Alianza pero participa de la planificación de la defensa colectiva. Y existen otras diferencias derivadas de la situación geográfica, política, militar o constitucional de algunos países miembros.

mentalmente. Aun en un nuevo mundo, un mundo sin enemigos, los hechos demostraban que los riesgos para la paz y las amenazas para la estabilidad persistían. No estaba ya sometida a la amenaza de una confrontación militar masiva. Sin embargo, corría otros riesgos derivados de las situaciones de inestabilidad o tensión existentes (ver “nuevas amenazas” según el concepto de la ONU en el punto 1.2.). Tras las decisiones tomadas por los jefes de Estado y de gobierno de la OTAN en las cumbres de Londres (julio de 1990) y Roma (noviembre de 1991), la Alianza del Atlántico Norte se esforzó en adaptar su estrategia global a los cambios producidos en el contexto estratégico y político. La atención se concentró particularmente en la necesidad de reforzar el papel político de la Alianza y su contribución —en cooperación con otras instituciones, entre ellas la ONU— a la implantación de la seguridad y la estabilidad, indispensables para el proceso de renovación que se anuncia en Europa.

El *Nuevo Concepto Estratégico*, adoptado en Roma, propone una visión más amplia de la seguridad basada en el diálogo, la cooperación y el mantenimiento de un determinado potencial defensivo común. Se acentúa la necesidad de asociación y cooperación con los países de Europa Central y Oriental, y se reafirma la decisión de reforzar el papel del la CSCE (Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa).

Como consecuencia, se creó en diciembre de 1991 el Consejo de Cooperación del Atlántico Norte (CCAN) que reunió en su seno a los países miembros de la OTAN y, en su primera etapa, a nueve países de Europa Central y Oriental. En marzo del año siguiente, se amplió el número de países participantes en el CCAN, integrándose todos los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), todas ex-repúblicas soviéticas.

En la Declaración de Roma, la base institucional para la futura gestión de la seguridad en Europa estuvo determinada por una constatación: ninguna organización puede por sí sola enfrentarse a todos los desafíos de la nueva Europa. Por ello, se disuadieron los intentos de conformar una posible “Identidad Europea de Defensa” (IED), que llevaría al desacople de los Estados Unidos y Canadá del continente europeo. Esta idea del desacople ganaba adeptos, por ese entonces, sobre la base del simple razonamiento que indicaba que la desaparición del enemigo-cause de la OTAN, razón de ser de la Alianza, debía ser reevaluada. Confirmado este clima revisionista, desde el campo académico, influyentes especialistas como Kenneth Waltz anunciaban a fines de 1993 que “si los días de la OTAN no están contados, sus años ciertamente

sí” (22). Sin embargo, la reunión de Roma optó por desobedecer estas voces y reafirmó la vigencia del vínculo transatlántico, al reconocer que la seguridad en Norteamérica permanecería estrechamente vinculada a la de Europa. Ello exigía un conjunto de instituciones estrechamente ligadas, que reunieran a los países de Europa y de América del Norte en estructuras independientes mutuamente complementarias. Por eso la Alianza trabajó en la puesta en marcha de una nueva arquitectura europea de seguridad que facilita la realización de este objetivo de modo que los papeles de la OTAN, la CSCE, la Comunidad Europea, la Unión Europea Occidental y el Consejo de Europa fueran complementarios.

En esta visión global de la seguridad, se reafirmaron los siguientes principios claves, a saber: 1) la Alianza tiene una *vocación puramente defensiva*; 2) la *seguridad es indivisible*, pues todo ataque contra uno de sus miembros será considerado como un ataque a todos; 3) la política de seguridad de la OTAN se basa en la *defensa colectiva*; 4) *diálogo* con los ex-adversarios del desaparecido bloque socialista, y 5) mantenimiento de una combinación apropiada de *fuerzas nucleares* y de *fuerzas convencionales*, siendo sus unidades *más pequeñas, móviles y flexibles*, a fin de contribuir de manera adecuada a la gestión de crisis.

Como producto de la profundamente debatida política de acercamiento de la Alianza hacia Europa Central y Oriental, se produjo, en 1999, la incorporación a la OTAN de Polonia, Hungría y la República Checa. La inclusión de estos tres países, ex integrantes del Pacto de Varsovia, fue muy discutida al interior y al exterior de la Alianza. Desde adentro se temía ofender las sensibilidades estratégicas de Rusia. Y desde fuera se ratificaba este temor. Especialistas rusos advirtieron, en efecto, que “esta incorporación es tan humillante para Rusia como el tratado de Versalles lo fue para Alemania después de la Primera Guerra Mundial” (23). Sin embargo, el avance hacia el Este se llevó a cabo sin mayores complicaciones. Y en la actualidad, varios países pretenden ingresar a la organización. Entre los integrantes de esta nutrida “lista de espera”, los

(22) Waltz, Kenneth, “The emerging structure of international politics”, *Survival*, vol. 18, otoño 1993, p. 75, citado en Grossi, Mario Rafael, “Penúltima alianza: el proceso de expansión de la OTAN y el nuevo mapa de la seguridad internacional”, ISEN, Grupo Editor Latinoamericano, 1999, p. 17 y 18.

(23) Ex general ruso Aleksander Lebed, citado en Ygounet, Fabián José, “Los cincuenta años de la OTAN: pasado, presente y futuro de una organización clave del mundo contemporáneo”, *Historia de las Relaciones Internacionales*, UNLP, año 9, nº 16, diciembre-mayo 1999, p. 194.

aspirantes más aventajados son Eslovenia, Lituania, Estonia, Latvia, Eslovaquia, Rumania y Bulgaria. Pero la actual coyuntura internacional no los favorece, por lo que la política “de puertas abiertas” asumida en 1997 en la reunión cumbre de Madrid sufrirá seguramente una pausa “de facto” prolongada.

3. Kosovo.

3.1. Evolución histórica del conflicto (24).

Frente a Italia, en la costa oriental del Adriático, se extiende un territorio conflictivo: la península balcánica. Sus problemas provienen de la Edad Media, cuando se constituyó en frontera entre tres religiones: la *católica*, que venía desde el noroeste y se detuvo en Croacia, la *ortodoxa* de origen bizantino, que llegaba desde el sur y el este (Serbia), y la *musulmana*, que se superpuso a la segunda y provenía del medio oriente (Albania). El imperio otomano, que había dominado Grecia y buena parte de los Balcanes, se desmembró alrededor del principio del siglo XX en diversas guerras con Rusia, con Italia, con Bulgaria, con Montenegro y con Grecia; fue conmovido por revoluciones internas y, luego de la Primera Guerra Mundial, quedó reducido al territorio de Turquía y privado de su antiguo esplendor. Pero las pequeñas regiones balcánicas se hallaban divididas ya por religiones, costumbres e idiomas diversos y además, en el seno de cada una de ellas, numerosos grupos conservaban su pertenencia a etnias distintas de la predominante.

Tras la Primera Guerra Mundial, la diplomacia europea intentó abarcar toda esa realidad en un proyecto de conciliación, el reino de Yugoslavia; pero la Segunda Guerra Mundial volvió a desbaratar aquella ilusión. El mariscal Tito (el croata Josip Broz), después de la derrota de alemanes e italianos, reconstituyó Yugoslavia como una dictadura de orientación peculiar dentro de la órbita comunista, que sobrevivió pocos años a su creador. En 1974, Kosovo consiguió aún más autonomía gracias a la nueva Constitución de Yugoslavia. Pero en 1989, con la disolución del comunismo europeo y de la Unión Soviética, el líder comunista Slobodan Milosevic abrazó las tesis más nacionalistas y, contando con el apoyo de los serbios, despojó a los kosovares de su autonomía.

(24) Guibourg, Ricardo A., “Después de Kosovo”, *DIAL* – 1º Diario Jurídico Digital Argentino, Internet, p. 1; Clarín, “Viaje a un infierno llamado Kosovo. Escenario para un drama”, Sección *Zona*, domingo 7 de marzo de 1999, p. 10; Clarín, “La crisis de los Balcanes. Un conflicto con raíces centenarias”, sábado 27 de marzo de 1999, p. 41.

En 1991 Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia se independizaron de Yugoslavia, que quedó reducida a Serbia y Montenegro (que no ve la hora de irse) y comenzó una guerra civil en la que volvieron a aflorar los odios medievales.

En el actual episodio de esa guerra, la protagonista es Kosovo, una provincia serbia donde el 90 % son albaneses étnicos (musulmanes en territorio ortodoxo). Kosovo es un territorio de diez mil kilómetros cuadrados y dos millones habitantes, al sur de Serbia, encuñado en el corazón de los Balcanes, un nombre turco que quiere decir "montañas". Limita al sur con Macedonia y Albania, y al Este con Montenegro. El resto de sus fronteras da con Serbia, de diez millones de habitantes y diez veces más grande. Albaneses y serbios no están de acuerdo ni en el origen. Tierra serbia, dicen en Belgrado, recordando las andanzas de las tribus eslavas. Pero los albaneses responden que cuando esas tribus llegaron, ya vivían allí, desde dos mil años antes del nacimiento de Cristo, los ilirios, sus antepasados directos. En el siglo XII Kosovo fue anexado a Serbia, pero en 1389 el ejército otomano derrotó a los príncipes serbios en la histórica batalla del Kosovo, que prefiguró la conquista de la misma Serbia por la Sublime Puerta turca en 1459.

En el actual gobierno yugoslavo, Serbia es hegemónica. Los 200 mil serbios son eslavos y su religión es el cristianismo ortodoxo. Esta minoría, que controla la vida de la provincia de modo absoluto, en 1996 privó a Kosovo de su autonomía. Este hecho dio lugar a la aparición del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK), que inició una estrategia de ataques a policías y funcionarios serbios. Pero el gobierno intensificó su política tendiente a la expulsión de los albaneses, y comenzó la llamada "limpieza étnica". La OTAN decidió detener el proyecto serbio mediante un pacto que podría desembocar en la independencia de Kosovo bajo el protectorado de la ONU. Los serbios no lo aceptaron, la OTAN empezó a bombardear Yugoslavia, Serbia intensificó su limpieza étnica, los refugiados albaneses, sobrevivientes de las matanzas, se hacinaron en los países fronterizos. Rusia defendió a Serbia, su tradicional aliada, y los bombardeos se prolongaron por más de dos meses, dejando como saldo cuantiosos daños materiales pero, por sobre todo, innumerables víctimas civiles (tanto serbias como albano-kosovares) producto de los "errores secundarios o no deseados".

3.2. 50° Aniversario de la OTAN.

El mencionado conflicto de Kosovo produjo una nueva reestructuración en el seno de la Alianza. Si el Nuevo Concepto Estratégico, concebido en 1991, había puesto el acento en los mecanismos polí-

ticos del diálogo y la cooperación, en esta oportunidad, en cambio, se realizaron cambios de profunda significancia en la esencia misma de la organización, dando lugar a un *nuevo tipo de intervencionismo* que deja atrás la etapa de una alianza puramente defensiva.

El 23 de abril la OTAN celebró su 50º aniversario en medio del bombardeo a la provincia serbia. En Washington, muy lejos del escenario del conflicto, los jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros firmaron un documento que cristaliza los renovados aires interventores que EE.UU. y sus aliados europeos pretenden darle a la Alianza. El mismo consta de cuatro partes, a saber: 1) *The Washington Declaration*, 2) *Statement on Kosovo*, 3) *The Alliance's Strategic Concept*, y 4) *Washington Summit Communiqué*. (25)

El documento de mayor importancia para nuestro propósito es el que define el nuevo concepto estratégico que guiará a la Alianza. Dicho documento comienza repasando los principios básicos de la OTAN, pero poco a poco va dejando traslucir (con la ambigüedad que caracteriza a este tipo de documento internacional) la renovada orientación que se le quiere impregnar a la misma. En la parte referida a la "Prevención de Conflictos y Manejo de las Crisis" se establece la posibilidad de que la Alianza conduzca "operaciones en respuesta a las crisis no incluidas en el artículo 5" del Tratado de Washington (*non-Article 5 crisis response operations*) (26). Dicho artículo se refiere a las acciones de defensa colectiva frente a una agresión externa (27). *Este tipo de operaciones transforma claramente la naturaleza jurídica y política de la Alianza, pues en adelante podrá intervenir en cualquier situación en la que entienda que sus intereses están directa o indirectamente amenazados*. Es decir, se prescinde del requisito constitutivo de la OTAN que es actuar a

(25) NATO, *Press Release*, NAC-S (99) 62/63/64/65, 24 de abril de 1999, extraído de Internet.

(26) *Idem*, *The Alliance's Strategic Concept*, p. 9.

(27) Artículo 5 del Tratado de Washington: "Las Partes acuerdan que un ataque armado contra uno o más de uno de ellos en Europa o Norteamérica será considerado un ataque contra todos ellos, y consecuentemente acuerdan que, si tal ataque armado ocurre, cada uno de ellos, en ejercicio del derecho individual o colectivo de autodefensa reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o Partes atacadas tomando, individualmente y en concierto con las otras Partes, tal acción como resultare necesario, incluyendo el uso de la fuerza armada, para restaurar o mantener la seguridad del área del Atlántico Norte. Cualquier ataque armado y todas las medidas tomadas como resultado serán comunicadas de inmediato al Consejo de Seguridad. Tales medidas serán terminadas cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para restaurar y mantener la paz y la seguridad internacional".

través de una defensa colectiva en respuesta a una agresión externa sobre el territorio de algunos de sus miembros. El recurso al uso de este tipo de operaciones es equiparado en el documento con las misiones tradicionales de la Alianza. El siguiente pasaje lo refleja: “Las fuerzas de la Alianza tendrán que lidiar con una compleja y diversa categoría de actores, riesgos, situaciones y demandas, *incluyendo emergencias humanitarias. Algunas operaciones de respuesta de crisis no incluidas en el artículo 5 pueden ser tan demandantes como algunas misiones de defensa colectiva*” (28). Resulta evidente que los humores triunfalistas vividos en Washington al celebrar concomitantemente el 50º aniversario de la OTAN y el supuesto éxito de los bombardeos, llevaron a sus líderes a incluir explícitamente en el documento citado frases que aluden al nuevo intervencionismo. En efecto, en un pasaje se afirma que “la medida, disponibilidad y despliegue de las fuerzas militares de la Alianza reflejarán su compromiso con la defensa colectiva y con la conducción de las operaciones de respuesta a las crisis, a veces en corto plazo, *distantes de sus propias naciones, incluso más allá del territorio de los Aliados*” (29). Asimismo, “consideraciones regionales y, en particular, geoestratégicas dentro de la Alianza deberán ser tenidas en cuenta, pues la falta de estabilidad en la periferia de la OTAN puede conducir a crisis o conflictos, requiriendo una respuesta militar de la Alianza” (30). Si bien se aclara en el texto que tales operaciones ofensivas se realizarán bajo la autoridad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resulta claro que en Kosovo (y en cierta manera en Bosnia) este imperativo jerárquico no fue respetado. Según una investigación especial de *The Economist*, este documento “proclama el principio —ya establecido en la práctica con los dos ejemplos recién mencionados— de que las operaciones de mantenimiento de la paz situadas fuera del área de jurisdicción de la OTAN, no cubiertas por el artículo 5, son también importantes” (31).

3.3. Inacción de la ONU.

Según la Carta de las Naciones Unidas, máxima expresión de la formalización del derecho internacional desde la Segunda Guerra Mundial, el Consejo de Seguridad es el único organismo en el ámbito

(28) NATO, Press Release, *The Alliance's Strategic Concept*, p. 14. La cursiva es de mi autoría.

(29) Idem, p. 15. La cursiva es de mi autoría.

(30) Idem, p. 16.

(31) “NATO Survey. Checks and balances”, *The Economist*, 24 de abril de 1999, p. 18.

internacional habilitado para determinar si una situación constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacional y tomar las medidas apropiadas al respecto. Una resolución de dicho consejo es la única vía admitida legalmente para violar la soberanía de un país.

A su vez, hemos visto (siguiendo una escala decreciente de abstracción) que la OTAN se constituye al interior de las Naciones Unidas como un organismo regional de defensa colectiva, en virtud del artículo 51 de la Carta. Por lo tanto, es palmariamente claro que su naturaleza jurídica le impide arrogarse el derecho ejercido exclusivamente por el Consejo de Seguridad de tomar medidas de fuerza contra la soberanía de un Estado.

Habiendo repasado cuál es la teoría, aboquémonos ahora a analizar cuál fue el funcionamiento de ambos organismos. El día 24 de marzo de este año la OTAN comenzó los bombardeos sobre Serbia sin contar *a priori* con una resolución del Consejo de Seguridad que la autorizara. Este hecho, que motiva el presente trabajo, puede ser analizado desde diferentes perspectivas. Pero primero continuemos con los hechos relevantes. El 26 de marzo, a sólo dos días del inicio de los ataques aéreos, Rusia y China presentaron un proyecto ante el Consejo de Seguridad que demandaba el cese inmediato de los bombardeos de la OTAN y la simultánea reanudación de las negociaciones diplomáticas. “Estamos convencidos de que sólo por la vía política es posible que vuelva la paz a Kosovo y los Balcanes”, dijo en aquella oportunidad el canciller ruso, Igor Ivanov (32). Asimismo agregó “que el uso unilateral de la fuerza por la OTAN constituye una violación flagrante de la Carta de la ONU” (33), reafirmando, por último, su compromiso con la soberanía e integridad territorial de la República Federal de Yugoslavia. Al día siguiente dicho proyecto fue sometido a votación en el seno del Consejo de Seguridad. El resultado fue el siguiente: la mayoría de sus miembros (12 en total, incluyendo a la Argentina) rechazó el proyecto de resolución, mientras que solamente tres votaron a favor (Rusia, China y Namibia) (34). Según Estanislao Zawels y Alejandro Verdier, “ello puede interpretarse como un respaldo mayoritario de los miembros del Consejo de Seguridad a la acción de la OTAN” (35). Si

(32) Clarín, viernes 26 de marzo de 1999, p. 27.

(33) Idem.

(34) Clarín, sábado 27 de marzo de 1999, p. 44.

(35) Zawels, Estanislao y Verdier, Alejandro, “¿Qué es Kosovo?”, *Boletín del Instituto de Seguridad Internacional y Asuntos Estratégicos*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), año 2, número 6, mayo de 1999, p. 4.

bien esto es cierto, no se debe perder de vista que el origen mismo de la operación de la OTAN carecía de respaldo jurídico. Y si esta votación hubiera sido contraria a la opción militar de los bombardeos, ello no habría invalidado la génesis autoritaria y contraria al derecho internacional vigente del accionar de la Alianza transatlántica. Así fue que, aun sin mandato de la ONU, los ataques aéreos continuaron por más de dos meses. Recién unos días antes del final del conflicto las Naciones Unidas, espectadora inmóvil de la situación, se decidieron a intervenir en la guerra para lograr alcanzar una solución definitiva.

3.4. Legalidad y legitimidad de los bombardeos.

“Estamos asistiendo al reemplazo del sistema de seguridad colectivo, cuyo centro es el Consejo de Seguridad de la ONU (órgano político de un sistema de controles que limitan el uso discrecional de la fuerza) por otro, la OTAN, de carácter militar, sin sistema de control y con un solo país en el vértice de las decisiones. Esto tendrá inmensas consecuencias para la organización de las relaciones mundiales” (36). De este modo, el diputado y ex-canciller Dante Caputo resumió las implicancias de la conducta de la OTAN en Kosovo. Esta conducta está basada sobre una *supuesto derecho-deber de injerencia* (37) en los asuntos internos de un Estado (en este caso Yugoslavia), bajo el fundamento de la defensa de los derechos humanos. En efecto, la OTAN esgrimió como argumento para legitimar la violación de la soberanía de dicho país, la detención de la llamada “limpieza étnica” llevada a cabo por el gobierno de Milosevic. De esta manera, se creó una antinomia que es cada vez más frecuente en las relaciones internacionales, a saber: *la soberanía de los Estados versus la defensa de los derechos humanos*. Así, impedir que los crímenes atroces y aberrantes cometidos contra la población albano-kosovar se extendieran en el tiempo y se profundizaran fue la razón aludida para intervenir en territorio soberano extra-OTAN. El mismo presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton lo afirmó apenas iniciada la guerra: “Terminar con esta tragedia es una cuestión moral imperativa, pues ésta no es una guerra al estilo tradicional, sino un genocidio en el corazón de Europa” (38). Y Javier Solana, Secretario General de la OTAN, explicó de la siguiente ma-

(36) Clarín, sábado 27 de marzo de 1999, p. 44.

(37) El deber de injerencia fue establecido en la Resolución 688, aprobada apenas terminada la guerra del Golfo, que autorizó a ir en socorro de los kurdos y chiítas perseguidos por Saddam Hussein.

(38) Clarín, jueves 25 de marzo de 1999, p. 45.

nera el punto de vista oficial: “No es la OTAN quien viola los principios de la ONU sino Milosevic, a través de su rechazo obstinado a aplicar las tres resoluciones sobre Kosovo. Las 19 naciones de la OTAN estiman que la base jurídica internacional de su acción era suficiente en tanto la urgencia de la situación y la catástrofe humanitaria que se anunciaba” (39). En primer lugar, cabe decir que la ilegalidad mantenida por el gobierno serbio (40) no justifica la violación por la OTAN de los principios de la ONU. Una acción ilegal no compensa a la otra. En segundo lugar, resulta evidente que las razones humanitarias alegadas, de raigambre moral, son por demás atendibles. Sin embargo, lo que deviene cuestionable es utilizar dichos argumentos morales para dotar de fundamento jurídico a una acción que viola flagrantemente al derecho internacional público.

La única manera plausible de aceptar este razonamiento sería admitir que la intervención humanitaria reviste la jerarquía de una *norma universal*. Es decir, que la OTAN estuviera dispuesta a intervenir en todo conflicto donde se violaran sistemáticamente los derechos humanos. Sin embargo, existen dos hechos por los cuales debe abandonarse esta postura. El primero se trata de una simple constatación empírica: la OTAN no desplegó sus fuerzas para impedir las catástrofes en Chechenia, el Tibet, Kurdistán, Sierra Leona, Sudán, Afganistán, Congo, Liberia, Ruanda o Timor Oriental (aunque en este último caso la ONU finalmente se decidió, luego de innumerables dubitaciones, a enviar tropas). Una norma que se pretende universal, o se aplica a todos los casos o deja de serlo. Las reiteradas excepciones vician la regla, no la confirman. El segundo hecho que desestimaría la universalización de la intervención humanitaria es el rechazo que los propios miembros de la Alianza expresan sobre este precepto. En efecto, durante una reciente participación ante la Asamblea General de la ONU, Clinton justificó con las siguientes palabras la intervención en Kosovo y la falta de reacción en el caso de Timor Oriental: “Yo sé que algunos están perturbados por el hecho de que los Estados Unidos no pueden responder a cada catástrofe humanitaria en el mundo. *No podemos hacer todo en todas partes*. Pero simplemente, porque tenemos diferentes intereses en diferentes partes del mundo no significa que

(39) Solana, Javier, “OTAN: le baptême du feu”, *Politique Internationale*, nº 83, Printemps 1999, p. 60.

(40) Por el incumplimiento de las Resoluciones 1.199 y 1.203 del Consejo de Seguridad donde se enuncian las obligaciones asumidas por Milosevic: cese del fuego, fin de la agresión a los civiles kosovares, retirada de las fuerzas de seguridad serbias y apertura de diálogo político.

podamos ser indiferentes en todas partes” (41). Está claro que el no ser indiferentes difiere radicalmente de una efectiva intervención. Y que los diferentes intereses conllevarán una política *selectiva* de los derechos humanos. En concordancia con este argumento, Michael J. Glennon, profesor de derecho de la Universidad de California, sostiene que en Kosovo se abandonaron las *viejas reglas* de la Carta de la ONU que limitaban estrictamente la intervención internacional en los conflictos locales o de “jurisdicción doméstica” (42). En su lugar, se impuso un vago nuevo sistema que es mucho más tolerante de la intervención militar pero que tiene escasas y veloces reglas. El problema con este último sistema es que se basa en principios “unilaterales, *ad hoc*, oportunistas” que llevan a resolver las ocasiones de intervención “caso-por-caso”, sin un criterio formal claro (43).

3.5. Derechos Humanos vs. Soberanía.

Más allá del fundamento filosófico que se dé sobre los *derechos humanos*, estoy decididamente a favor del respeto de estos últimos. Sin embargo, el panorama se dificulta ante la pregunta de qué hacer frente a un Estado soberano que los viola sistemáticamente. ¿Puede la comunidad internacional observar inmóvil como un espectador de lujo mientras miles y miles de personas inocentes son sometidas a los vejámenes más crueles y aberrantes? Sin duda que no, pero la cuestión no es tan fácil. La comunidad internacional actúa según reglas establecidas que en su conjunto conforman el marco legal vigente. Cuando los crímenes ascienden (o descienden, según la interpretación bíblica) a niveles atroces e insostenibles, las leyes que reglamentan los procedimientos a seguir para sancionar dichos crímenes pueden resultar inoperantes. Esto sucede debido a que el derecho es una institución formalizada (y el derecho internacional lo es todavía más) de características conservadoras. Es decir, que recién cuando un cambio está elaborado, debidamente madurado y parcialmente resuelto por gran parte de los miembros de la sociedad, es el momento en que el derecho (la moral o la religión) lo acepta en su interior. Es que la sociedad —interna e internacional— produce giros que deben ser oportunamente receptados por el derecho como marco regulatorio, a riesgo de que di-

(41) Clarín, miércoles 22 de septiembre de 1999, p. 36. La cursiva es de mi autoría.

(42) Glennon, J. Michael, “The New Interventionism. Search for a Just International Law”, *Foreign Affairs*, volumen 78, n° 3, mayo-junio de 1999, p. 2 y ss.

(43) *Idem*, p. 6.

chos cambios terminen por imponerse, con la probable consecuencia de afectar su estructura interna. Proceso que podríamos denominar como de aceleramiento brusco del mecanismo normal de transformación (44). Ahora bien, es imposible eludir la problemática acerca de qué hacer cuando la sociedad demanda ciertas respuestas que el derecho aún no está en condiciones de dar. Un ejemplo claro es el caso Pinochet, donde la figura del genocidio por razones políticas no existe en la legislación vigente y, sin embargo, el proceso de extradición y posible enjuiciamiento del ex-general sigue adelante. En Kosovo se vislumbró una situación similar. Las imágenes de la CNN sensibilizaron a la comunidad internacional, o mejor dicho, a la sociedad occidental, especialmente de EE.UU. El fantasma del Holocausto comenzó a acechar con renovada eficacia en los despachos aliados. El historiador y estratega Paul Kennedy lo sintetizó de esta manera: “En la opinión pública y particularmente en el Congreso de Estados Unidos hubo una gran sensibilidad hacia las semejanzas que tenía ese caso (la limpieza étnica de los kosovares) con el Holocausto. De hecho, apoyaron los ataques a partir de que las Organizaciones Judías Americanas publicaran una solicitada a página entera en el *New York Times*, pidiendo: ‘Detengan el genocidio’. La llama del Holocausto es colosalmente fuerte en Washington” (45). Las razones morales ligadas al intervencionismo humanitario salieron a flote y permitieron que EE.UU. y la U.E. recordaran la comunidad de valores que los une, y así actuar en conjunto. Es cierto que estos valores compartidos (democracia, seguridad, estado de derecho) pudieron haber sido traducidos en medidas concretas a través de la ONU. Pero EE.UU. supo desde un principio que tanto China como Rusia vetarían cualquier resolución al respecto. Ergo, se optó por la OTAN. Y las razones por las cuales se llevó a cabo esta opción fueron lisa y llanamente de índole *pragmáticas*: la OTAN, debido a las características intrínsecas de su estructura, no sería sometida a ninguna clase de veto. “Si nos sirve lo usamos —razonaron los norteamericanos—, si no lo deseamos”. Por ello la ONU fue dejada de lado, al tiempo que se recurrió a los derechos humanos como fundamento moral proveedor de legitimidad para reemplazar al ostensiblemente inexistente fundamento jurídico.

“El respeto a la soberanía de los países no puede ser una excusa para ignorar las violaciones a los derechos humanos, ocurran don-

(44) Ver “Obedezca el derecho, no sea maleducado”, artículo de mi autoría, en Revista *Spes*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, nº 8, abril de 1999, p. 26 y ss.

(45) Clarín, “Globalización, entre la euforia y el caos”, Sección *Zona*, domingo 19 de septiembre de 1999, p. 3.

de ocurran”, subrayó Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas a meses del bombardeo a Kosovo y en plena discusión sobre el envío de tropas a Timor Oriental (46). Este razonamiento que otorga supremacía a los derechos humanos es el golpe de gracia al derecho de *soberanía territorial* de los Estados. Precisamente este *Estado-nación*, concepto hegemónico desde la Paz de Westphalia (que en 1688 dio fin a las guerras religiosas de los 30 años), consolidado en el ámbito internacional al ser plasmado como principio fundamental de la Carta de las Naciones Unidas (47), se encuentra hoy en día en franco retroceso. Las invasiones a la integridad territorial de los Estados están a la orden del día. Chipre, el Líbano, Haití, Irak, Bosnia, Serbia y quién sabe Colombia; así como la escasa importancia otorgada a la inmunidad diplomática en el caso Pinochet, son todas muestras del cambio de perspectiva ocurrido en los últimos tiempos con respecto a la soberanía. Y lo más asombroso es la variada cantidad de razones que se dieron para legitimar cada intervención.

Hoy asistimos a la preeminencia de los derechos humanos como fuente de todo consenso. Sin embargo, como científicos sociales debemos dejar en claro que esta nueva política *no se adecua al orden legal vigente*. Es por ello que innumerables voces se han levantado para pedir una reestructuración de la Carta de la ONU. Indudablemente, el *derecho de veto* debe ser eliminado o, al menos, reformado. De lo contrario no se obtendrá nunca que una política eficaz de los derechos humanos sea no sólo consensuada y legítima sino también legal. Y se corre el riesgo de que un actor poderoso (como es actualmente EE.UU.), con un instrumento político-militar estructuralmente adecuado (como la renovada OTAN) actúe arbitrariamente mientras las víctimas sufren sus ataques y quienes tienen la responsabilidad de controlarlos se entretienen en infructuosos debates jurídicos.

Como dice el Dr. Guibourg, “el derecho internacional carece de un poder central. Kelsen lo comparaba con el derecho primitivo, en la medida en que en ambos supuestos el ejercicio de las sanciones era difuso y quedaba a menudo a cargo de quien se considerase ofendido. Los acuerdos entre naciones (cuyo punto más alto fue la

(46) Clarín, miércoles 22 de septiembre de 1999, p. 22.

(47) Artículo 2, inciso 1º de la Carta: “La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”; inciso 4: “Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (...)”.

Carta de las Naciones Unidas) avanzaron más en las palabras que en los hechos. Ahora los hechos avanzan sobre las palabras y muestran descarnadamente que un estado poderoso a ratos en diálogo con otros estados individualmente menos poderosos pero relevantes en su conjunto, trata de consolidarse como poder central efectivo. La situación, [intervención de la OTAN en Kosovo sin mandato de la ONU] desde el punto de vista de la teoría del derecho de corte kelseniano, es semejante a la de un golpe de estado” (48). Pero todos sabemos que un golpe de estado, o cambio de la norma básica, como lo llamaba Kelsen, recién se convierte en fuente de derecho con el traspaso del tiempo y la extensión internalizada de su aceptación. Ahora bien, es necesario aclarar dos puntos. El primero se refiere a la dificultad de determinar qué cantidad de tiempo y aceptación son necesarios para otorgar legitimidad. “Ciertamente es una cuestión de continuos —dice la Dra. Cañal—. ¿Cuánta aceptación debe tener la revolución? Para esto no hay respuestas exactas. (...) Un mismo conjunto de hechos seguido de éxito nos coloca ante un poder constituyente, pero si lo que sobreviene es el fracaso, ante una insurrección, una invasión frustrada, etc. Entre el pelotón y los honores hay una distancia muy corta” (49).

El segundo punto que se debe aclarar es el siguiente: por más que esta forma de hacer política en el ámbito internacional termine por consolidarse y legitimarse como creadora de derecho, es menester hacer hincapié en el hecho de que *su origen está viciado de ilegalidad*. Aun sin criticar el fin, se cuestionan los medios. Debería haberse aguardado a que las negociaciones diplomáticas abrieran un camino a la resolución del conflicto. Una opción viable hubiera sido que Kofi Annan, Secretario General de la ONU, se trasladara directamente al escenario del conflicto como lo hizo un año atrás —y con mucha eficacia— cuando estuvo por desatarse el ataque armado de EE.UU. a Irak (50). De ahora en adelante tendrá que pensarse la forma de evitar que el veto no sea un impedimento a las políticas de defensa de los derechos humanos (51). Esta forma tendrá que cumplir con dos *requisitos* fundamentales que en Kosovo no se respetaron: 1) Que las reformas sean útiles y efectivas para

(48) Guibourg, Ricardo A., *Op. Cit.*, p. 4 y 5.

(49) Cañal, Diana, “¿Es legítimo hablar de legitimidad?”, *Revista Spes*, agosto de 1998, n° 7, p. 10 y ss.

(50) Ver “Un nuevo museo en Nueva York”, artículo de mi autoría, en *Revista Spes*, Nueva York, junio de 1999, n° 12, p. 33 y ss.

(51) Desde la creación de las Naciones Unidas llegaron a registrarse más de 280 vetos, según un informe del Secretario General de la Organización.

que toda intervención futura se realice *dentro del marco legal vigente*. Para lograr este objetivo, la ONU tendría que pensar la manera de adaptarse a los tiempos que corren (52). Así como a principios de la década del '90 se incorporó el concepto de *Operaciones de Paz* para hacer frente a las “nuevas amenazas”, ahora deberían hacerse reformas para que el derecho a veto deje de otorgar impunidad a los dictadores que pretendan cometer crímenes de lesa humanidad, sean tanto rusos en Chechenia, chinos en el Tíbet, o turcos en Kurdistán, como estadounidenses, ingleses y franceses en Kosovo. 2) Que las intervenciones autorizadas conforme el requisito anterior *respondan real y efectivamente a fines humanitarios*. Esta condición es necesaria pues suelen alegarse fundamentos mendaces como la defensa de los derechos humanos para perseguir, en cambio, fines que obedecen a los intereses nacionales de alguna potencia hegemónica. Como ejemplo valgan las declaraciones de Ronald Steel, historiador de la Guerra Fría: “A pesar de lo declamado, no intervenimos en Kosovo primariamente por razones humanitarias, sino porque el conflicto podía extenderse más allá de los Balcanes (...) y para probar que la OTAN era aún relevante en la Europa possoviética” (53).

4. Consecuencias de la guerra y perspectivas futuras.

Si bien se puede estar o no de acuerdo con la metodología utilizada en los Balcanes, es menester analizar los resultados de la guerra para sacar conclusiones acerca de los posibles escenarios a futuro.

4.1. ¿Triunfo relativo de la OTAN?

Con diferencias de matices, los analistas políticos coinciden en que el éxito de la OTAN fue *relativo*. Se embarcaron en una lucha exclusivamente aérea para no sufrir ninguna baja. Ello trajo dos consecuencias estrechamente vinculadas entre sí. La primera es de índole *práctica*, y se refiere a la eficacia de los bombardeos. Por

(52) El profesor Carlos Pérez Llana propone “impulsar una reforma de la Carta de la ONU donde el derecho a veto, jurídica y moralmente insustentable, dejara de existir en materia de derechos humanos”, “Sobre las cenizas de Kosovo”, *Archivos del Presente*, Op. Cit., p. 113. Y pone como ejemplo el caso de que un conjunto de Estados autorizados por una mayoría calificada estuviere dispuestos a integrar una fuerza de injerencia. Cabe preguntarse nuevamente quién determinaría cuál debiera ser esa mayoría calificada.

(53) Citado por Oscar R. Cardoso en “De Kosovo a Timor”, Clarín, Sección *Zona*, domingo 19 de septiembre de 1999, p. 12.

mucho alarde que hayan hecho los aliados de su armamento “inteligente”, no pudieron evitar que el mundo entero criticara los daños producidos contra la población civil serbia y sobre todo la albanoskova. Los errores calificados eufemísticamente por la OTAN como “colaterales” o “marginales” (54), tales como los bombardeos sobre las caravanas de refugiados, los hospitales o la propia embajada de China, constituyen muestras evidentes del relativo éxito de los ataques “quirúrgicos”.

La segunda consecuencia es de carácter *moral* y consiste en el dilema ético creado por las potencias “posheroicas” de la Alianza (como la llama Carlos Pérez Llana) jugadas a muerte cero (55). Al rechazar la posibilidad del ataque terrestre para evitar por todos los medios la pérdida de algún efectivo, se asignó jerarquía a la vida de diferentes individuos. Se puso por encima la vida de los militares aliados por sobre la de los serbios, e inclusive, la de los albanoskovares que supuestamente se trataba de defender. La vida de los que debían ser protegidos valieron menos que la de cualquier piloto. Lo mismo sucedió con la sociedad civil. “Haz el amor y no la guerra” decían en los ‘60 los entonces pacifistas líderes de la OTAN. Hoy dicen, en cambio, “hagamos la guerra pero sin sufrir bajas propias”.

4.2. ¿La OTAN policía mundial?

Todo indica que Estados Unidos han logrado, al menos en un nivel aceptable, concretar los objetivos propuestos para la intervención a Kosovo mediante el liderazgo de la OTAN. La pregunta que surge como consecuencia es si serán capaces para tener, arrojarse o ejercer el *poder de policía global*. Ya hemos visto que el propio Clinton ha negado que su país pretendiera desempeñar este rol. En concordancia con esta postura, el Secretario de la OTAN afirmó en una entrevista efectuada en conmemoración del 50º aniversario de la Alianza y en pleno bombardeo sobre la provincia serbia: “*La OTAN no es una organización global, universal, sino una organización regional*. No conozco persona aquí (en la sede de la Alianza en Bruselas) que desee transformar a la OTAN en una policía mundial. (...) Es cierto que nosotros debemos garantizar la integridad de la región cubierta por nuestro pacto contra las amenazas internas, pero también contra aquellas que pudieran provenir del

(54) Gobbi, Hugo, *Estado, Identidad y Libertad. Casuística de Kosovo a Malvinas, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, mayo de 1999, p. 29.

(55) Pérez Llana, Carlos, *Op. Cit.*, p. 109.

exterior. Por lo tanto, esta obligación no hace de nosotros una organización universal” (56).

Sin embargo, más allá de las declaraciones de los principales actores, hay destacados analistas de la política exterior norteamericana que afirman lo contrario. Por ejemplo, el profesor Michael J. Glennon propone *un nuevo intervencionismo* “considerado apropiado donde los costos humanitarios surgidos de la falta de intervención sean demasiado altos, como en los casos de genocidio” (57). Y acepta que este intervencionismo se expanda *a escala mundial* cuando la justicia de los derechos humanos pueda ser lograda por la fuerza. “Alcanzar la justicia es la parte más dura; revisar la ley internacional para reflejar dicho logro puede venir *a posteriori*. Si el poder es usado para hacer justicia, la ley lo va a seguir” (58). Por último, aclara que una medida de seguridad, “el nuevo régimen debe favorecer una intervención multilateral por sobre una acción unilateral” (59). Esta última afirmación parecería dejar traslucir que el poder de policía mundial debiera recaer sobre un conjunto de estados poderosos en lugar de una sola potencia hegemónica. En otras palabras, sobre todos los miembros de la OTAN y no exclusivamente sobre los Estados Unidos.

Sin embargo, parece poco plausible que la OTAN llegue a ejercer de hecho este poder de policía mundial. Ya hemos dado algunas razones. En primer lugar, se halla la negativa de EE.UU. a enviar sus tropas a intervenir en conflictos que, aunque justificaran ampliamente una acción internacional humanitaria, *no pusieran en riesgo sus intereses nacionales*. Es demasiado el peligro de enviar a regiones lejanas militares que puedan ser devueltos como cadáveres envueltos en bolsas de plástico “*made in Vietnam*”. En segundo lugar, la política exterior norteamericana se caracteriza por ser eminentemente *pragmática*. El cambio de postura entre el conflicto de Kosovo y el de Timor Oriental lo demuestra claramente: cuando le conviene utilizar a la OTAN, lo hace sin hesitar, a pesar de estar violando al derecho internacional vigente; en cambio, cuando la

(56) Solana, Javier, *Op. Cit.*, p. 62. La cursiva es de mi autoría. Rubén J. De Hoyos, analista de política comparada ya había señalado la orientación de la OTAN hacia este rol en su artículo “La OTAN en búsqueda de un nuevo rol. Desde un sistema de defensa a uno de seguridad regional”, *Geopolítica. Hacia una doctrina nacional*, n° 54, año XX, marzo-junio de 1995, p. 7 y ss.

(57) Glennon, Michael, J., *Op. Cit.*, p. 5.

(58) Idem, p. 7.

(59) Idem, p. 5.

presión internacional lo constriñe a actuar mediante la ONU, no opone resistencia, como en Indonesia (60). Y en Colombia, como no queda dentro del ámbito de la jurisdicción de la OTAN, pretende actuar por medio de la DEA, sin recurrir a organismo internacional alguno (61). En tercer lugar, constituirse en guardián del mundo es una gran responsabilidad que debe contar con el consenso suficiente de la comunidad internacional, esto es, del resto de las potencias no hegemónicas, para llevar a cabo las políticas pertinentes. A estos efectos, puede interpretarse que el relativo éxito en Kosovo hizo *perder legitimidad* a una OTAN que en sus 50 años de existencia había mantenido su poder sin arrojar una sola bomba. Esta pérdida de apoyo incondicional está llevando a otros estados a pensar en autonomizarse en materia de seguridad.

4.2.1. ¿UE autónoma en materia de seguridad?

A fines del siglo dieciocho, Immanuel Kant vislumbró una “paz perpetua” en el sistema internacional. Esta idea sostenía la existencia de un club de los iguales, es decir, de los países democráticos y liberales que, ubicados en una faz más evolucionada de progreso, se unieran para constituir un sistema de defensa común. Estos Estados serían, pues, imitados teleológicamente por los demás países no desarrollados a fin de terminar con todas las guerras (62). De esta manera, el filósofo de Königsberg daba la punta inicial para el *sistema de seguridad colectiva* que se establecería primero en la Sociedad de las Naciones y posteriormente en las Naciones Unidas.

En el ámbito particularmente occidental, esta sociedad se cristalizó, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en la Alianza del Atlántico Norte. La misma reunió a Estados Unidos y Europa en una comunidad de intereses, como ya hemos dicho. En lo concerniente a la seguridad internacional, esta alianza se mantuvo firme

(60) Está claro que tampoco pretende hacer desaparecer a las Naciones Unidas, pues les es útil para reparar los daños que ellos producen con sus intervenciones armadas; total todos los Estados Miembro aportan dinero para las sucesivas reconstrucciones mientras su país permanece el principal deudor del organismo.

(61) “Operación Frontera Norte. Argentina y el plan de EE.UU. para Colombia”, Clarín, Sección *Zona*, domingo 29 de agosto de 1999, p. 4 a 7.

(62) Kant, Immanuel, *La paz perpetua*, Editorial Porrúa, México, 1995. Esta teoría puede ser resumida en el siguiente pasaje: “Todo Estado puede y debe afirmar su propia seguridad, requiriendo a los demás para que entren a formar con él una especie de constitución, semejante a una constitución política, que garantice el derecho de cada uno. Esto sería una Sociedad de naciones”. Idem, p. 224.

hasta nuestros días. Bajo el mando de los Estados Unidos, pudo desarrollar eficazmente, en su primera etapa, una política de disuasión hacia la URSS; y en su segunda etapa, una política de incorporación de los países del ex-Pacto de Varsovia.

Sin embargo, desde el año pasado puede vislumbrarse la pretensión de Europa de realizar un cambio estratégico en materia de defensa y seguridad internacional. El primer paso en este sentido lo dieron los miembros de la Unión Europea en diciembre de 1998, en *Saint-Malo*. En una cumbre a la que asistieron Jacques Chirac, Lionel Jospin y Tony Blair (Presidente y Primer Ministro de Francia y Primer Ministro de Inglaterra, respectivamente), se redactó un documento donde se afirmaba que “los europeos debían disponer de fuerzas militares de mejor calidad y creíbles, capaces de proyectarse al exterior, de dotarla de autonomía de acción y de hacer escuchar la voz de Europa sobre el continente” (63). Al año siguiente, en el mes de mayo, representantes de Alemania y Francia se reunieron en Toulouse para avanzar en la idea de una defensa europea. Idea que puede ser interpretada de dos maneras diferentes: como el *refuerzo del “pilar europeo”* en el seno de la Alianza, o bien como el intento de la Unión Europea de comenzar un camino hacia la *autonomía de los Estados Unidos*. Veamos cuál de las dos alternativas se consolidó luego de la intervención a Kosovo.

La primera impresión que surge es que la Unión Europea ha devenido consciente de que si desea tener un futuro común alentador no debe depender exclusivamente de la unión monetaria. Puede que sea tarde. Para el politólogo inglés Timothy Garton Ash, “Si los dirigentes europeos hubieran dedicado más energía a resolver la inestabilidad económica y política de los países del Este antes que obsesionarse por la unidad monetaria [Euro], el continente tendría mejor futuro. (...) El ‘proyecto europeo’ parece basarse, por el momento, entera y únicamente en la unión monetaria. Es por ello que importa tanto que la Unión Europea ponga en marcha otras grandes empresas. La guerra de Kosovo nos ha hecho comenzar a fines de esta década lo que deberíamos haber hecho al comienzo” (64).

(63) “OTAN: le baptême du feu”, *Politique Internationale*, n° 83, Printemps 1999, p. 66.

(64) Garton Ash, Timothy, “Hemos construido muy mal la casa llamada Europa”, *Clarín*, Sección *Opinión*, miércoles 25 de agosto de 1999, p. 15. En una postura contraria se ubica el profesor de Relaciones Internacionales Katchik Der Ghougassian, quien en un Seminario sobre *Seguridad y Militarización* (Facultad de Ciencias Sociales, UBA, 9 y 10 de septiembre de 1999) afirmó que “la política de defensa común europea depende del éxito de la política económica financiera, es decir, del Euro”.

¿Por qué se demoró tanto en este intento? La razón es que, tradicionalmente, Europa optó por el recurso más económico: depender de la seguridad norteamericana gastando menos en defensa. Recurso que además le resultaba más cómodo, pues “la debilidad real de Europa en materia de seguridad no yace en la escasez de misiles crucero, sino en la *profunda reticencia* (nacida de años de dejar a América hacer el duro trabajo geopolítico) *a pensar estratégicamente*” (65). En efecto, en *The Economist* se afirma que “los europeos necesitan de la OTAN porque la mayoría de los Estados europeos había perdido o simplemente nunca desarrollado el hábito de pensar global y estratégicamente. Los europeos no veían la razón de adquirir semejante hábito cuando América estaba haciendo esa clase de pensamiento por ellos” (66).

Y si durante toda la Guerra Fría descansaron en la tranquilidad de saber que no debían preocuparse por construir una defensa común europea, la consecuencia inevitable es que sus fuerzas armadas hayan quedado obsoletas comparadas con las de Estados Unidos. No llevaron a cabo las tareas de *competencia y socialización* de las que hablaba el realismo estructural. “Europa carece de transporte estratégico, de inteligencia y de logística. (...) Esta deficiencia sería particularmente aguda si los gobiernos europeos tuvieran que mantener fuerzas en una zona distante de combate por más de unas pocas semanas” (67). En definitiva, el proyecto de transformar el *eurocuerpo*, creado en 1992 y orientado hacia la defensa territorial, en una fuerza de intervención; la coordinación de estructuras de comando y la posesión de medios propios de inteligencia, son algunas de las asignaturas pendientes.

Ahora bien, asumiendo esta debilidad crónica, los europeos parecen haber decidido cambiar la historia y encaminarse hacia la tan mentada Identidad Europea en Seguridad y defensa. Sin embargo, no será una tarea sencilla. La especialista en seguridad europea Nicole Gnesotto explica las dificultades de este desafío. “En la ausencia de relevo militar europeo suficientemente organizado para ser creíble, pero sobre todo en la ausencia de voluntad europea común para transformar a la Unión en un actor estratégico responsable, los Estados Unidos se encuentran finalmente, para cada crisis, en posición de interventor obligado. (...) Cuanto más

(65) “NATO Survey”, *The Economist*, 24 de abril de 1999, p. 5. La cursiva es mía.

(66) *Idem*, p. 6.

(67) *Idem*, p. 13.

poderosa es América, menos libre es. (...) Es por ello que la hipótesis de una toma de responsabilidad estratégica de los europeos está lejos de contradecir, por principio, el interés político de los propios Estados Unidos. Y cuando América quiere...” (68).

Lo cierto es que la Unión Europea debe desarrollar medidas concretas y eficaces para no sucumbir bajo la égida estadounidense. Esto implica realizar grandes gastos en defensa. La voluntad política está instalada. Francia (y después de Kosovo también Italia) ha logrado convencer a la históricamente pro-otanista Inglaterra de mirar fortalecerse adentro. El tiempo dirá si son capaces de dar el gran salto.

Por el momento, el único resultado visible que han conseguido es poner en alerta a EE.UU. y crear el riesgo de perderlo como aliado. En palabras de Henry Kissinger: “El 15 de junio, en Colonia, los quince líderes de la Unión Europea afirmaron la urgencia de crear una fuerza militar independiente capaz de actuar sin los Estados Unidos y sin la aprobación de la OTAN. (...) La única razón que pueden tener los europeos para desarrollar la capacidad de actuar de manera autónoma es escapar a la tutela estadounidense y fortalecer el poder de negociación europeo. Si estos objetivos reflejaran el deseo de hacer una contribución más importante a la acción conjunta, o de dar peso a las ocasionales advertencias europeas contra la impetuosidad estadounidense, contribuirían a la eficacia de la Alianza. Para tener sentido, esto requeriría un importante incremento en el gasto militar o un gran esfuerzo de modernización de la defensa. Pero, si Europa no realiza un verdadero esfuerzo de defensa, el rencor hacia el dominio estadounidense sólo podrá aumentar” (69). Y entonces, sin lograr su objetivo de concebir una visión del mundo y de un proyecto colectivo compartido, y enemistado con la potencia mundial, “la Unión permanecerá como un actor inexistente sobre la escena internacional” (70).

CONCLUSION

La emergencia de conflictos intra-estatales donde se violan flagrantemente los derechos humanos, impone la necesidad de in-

(68) Gnesotto, Nicole, *La Puissance et l'Europe*, Presses de Sciences-Po, Paris, 1998, citado en Cassen, Bernard, “L'introuvable défense européenne”, *Le Monde Diplomatique*, mayo de 1999, p. 15.

(69) Kissinger, Henry, “¿Rebelión en la OTAN?”, *Clarín*, Sección *Opinión*, miércoles 1º de septiembre de 1999, p. 17.

(70) Cassen, Bernard, *Op. Cit.*, p. 15.

tervenir a fin de asegurar su debido respeto. La organización que, por su estructura universal, se encuentra capacitada jurídicamente para actuar, aun subordinando la soberanía de los Estados, es la ONU. Sin embargo, ésta afronta actualmente dos problemas de gran importancia: el primero responde a que su Carta contempla intervenciones exclusivamente para los casos de conflictos entre Estados. El segundo problema, más serio aún, consiste en que el derecho de veto, tal cual se encuentra la disposición de los Estados que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad, imposibilita la toma de cualquier medida de carácter humanitario. Ergo, es imperiosa una reforma de la Carta en estos dos puntos; o de lo contrario tendremos que resignarnos a que las Naciones Unidas terminen cumpliendo una función meramente decorativa en la esfera internacional.

Ante esta parálisis de la ONU, los Estados Unidos han aprovechado para encarar, a través de la OTAN, la defensa de sus intereses más allá de su propia jurisdicción. Esta política exterior, desarrollada en Kosovo, es ostensiblemente ilegal e ilegítima, desde el momento en que viola la jerarquía superior de la ONU y carece de criterios universales de acción.

Por último, la Unión Europea ha comenzado a desandar el histórico camino de la dependencia de EE.UU., para iniciar —hasta el momento con más voluntad política que resultados concretos— un nuevo rumbo que le otorgue mayor autonomía en materia de seguridad y defensa.

BIBLIOGRAFIA

“Afrontar las urgencias humanitarias”, *Boletín ONU*, Centro de información de las Naciones Unidas, Bs. As., julio de 1999.

“Defining NATO’s aims”, *The Economist*, 24 de abril de 1999.

“Driving Out the Serbs”, *Newsweek*, 16 de agosto de 1999.

“Kosovo may need track-two negotiations”, *Peace Watch*, United States Institute of Peace, vol. IV, N° 5, agosto de 1998.

“La alianza atlántica. Datos y estructuras”, *OTAN. Servicio de Información y Prensa*, Bruselas, 1989.

“La crisis de los Balcanes. Un conflicto con raíces centenarias”, *Clarín*, sábado 27 de marzo de 1999, p. 41.

“La OTAN en Yugoslavia. Guerra entre intelectuales”, *Clarín*, Sección *Zona*, domingo 2 de mayo de 1999.

“Law and right. When they don't fit together”, *The Economist*, 3 de abril de 1999.

“Le barbaire et le bourgeois”, *Politique Internationale*, nº 84, Été 1999.

“Manual de la OTAN”, *OTAN. Servicio de Información y Prensa*, Bruselas, octubre de 1993.

“NATO Survey. Checks and balances”, *The Economist*, 24 de abril de 1999.

“NATO. Survey”, *The Economist*, 24 de abril de 1999.

“NATO's 50º Aniversary: The Washington Declaration, Statement on Kosovo, The Alliance's Strategic Concept, Washington Summit Communique”, *NATO, Press Release*, NAC-S (99) 62/63/64/65, 24 de abril de 1999, extraído de Internet.

“NATO'S future”, *The Economist*, 13 de marzo de 1999.

“NATO's Game of Chicken”, *Newsweek*, 26 de agosto de 1999.

“Operación Frontera Norte. Argentina y el plan de EE.UU. para Colombia”, *Clarín*, Sección *Zona*, domingo 29 de agosto de 1999.

“OTAN: le baptême du feu”, *Politique Internationale*, nº 83, Printemps 1999.

“Other People's Wars”, *Newsweek*, 31 de julio de 1999.

“Sorting out Kosovo”, *The Economist*, 19 de junio de 1999.

“The law and the war. Gowned warriors”, *The Economist*, 15 de mayo de 1999.

“The Law of Recenfe Rules”, *Newsweek*, 23 de agosto de 1999.

“The New Geopolitics. Survey”, *The Economist*, 31 de julio de 1999.

“Viaje a un infierno llamado Kosovo. Escenario para un drama”, *Clarín*, Sección *Zona*, domingo 7 de marzo de 1999, p. 10.

Asmus, Ronald, “Building a New NATO”, *Foreign Affairs*, vol 72, Nº 4, septiembre-octubre de 1993.

Brzezinski, Zbigniew, “En busca de un nuevo orden de seguridad”, *Revista Militar*, Bs. As., octubre-diciembre, nº 734. Saavedra, Eduardo, “Los 50 años de la ONU”, *Revista Militar*, Bs. As., octubre-diciembre, nº 734.

Bull, Hedley, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Columbia University Press, Nueva York, 1977.

Camacho, Alvaro, "Los colombianos le tenemos mucho miedo a la paz", Clarín, Sección *Opinión*, domingo 29 de agosto de 1999.

Cañal, Diana, "¿Es legítimo hablar de legitimidad?", Revista *Spes*, n° 7, agosto de 1998.

Carasales, Julio, "Una Alternativa al Gobierno Mundial", *Archivos del Presente*, Revista Latinoamericana de Temas Internacionales, Buenos Aires, Abril/Mayo/Junio de 1999, año 4, n° 16.

Carbajales, Juan José, "Obedezca el derecho, no sea maleducado", Revista *Spes*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, n° 8, abril de 1999.

Carbajales, Juan José, "Un nuevo museo en Nueva York", Revista *Spes*, Nueva York, junio de 1999, n° 12.

Cardoso, Fernando, Henrique, "La Argentina aguantará la crisis", Clarín, Sección *Zona*, domingo 22 de agosto de 1999.

Cardoso, Oscar R., "De Kosovo a Timor", Clarín, Sección *Zona*, domingo 19 de septiembre de 1999.

Cassen, Bernard, "L'introuvable défense européenne", *Le Monde Diplomatique*, mayo de 1999.

Clarín, miércoles 22 de septiembre de 1999, p. 22.

Clarín, miércoles 22 de septiembre de 1999, p. 36.

Clarín, sábado 27 de marzo de 1999, p. 44.

Clarín, sábado 27 de marzo de 1999, p. 44.

Clarín, viernes 26 de marzo de 1999, p. 27.

Chamson, Paul, "Las contradicciones en el seno de la Alianza Atlántica", *Geopolítica. Hacia una doctrina nacional*, n° 20, año VI, diciembre de 1980.

Daló, Rafael, "La reforma del Consejo de Seguridad", *Revista de Relaciones Internacionales del Instituto de RR.II.*, Universidad Nacional de La Plata (UNLP), año 9, N° 16, diciembre-mayo de 1999.

Debray, Regis, "Une machine de guerre", *Le Monde Diplomatique*, junio de 1999.

Elías, Jorge, "Guerra de Paradojas", *Archivos del Presente*, idem.

Fontana, Andrés, "Argentina-OTAN. Perspectivas sobre la Seguridad Global", *Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI)*, 1994.

Fontana, Andrés, *Complejidad de Riesgo e Interdependencia. Tendencias de cambio en la Seguridad Internacional*, I.S.E.N., Serie Documentos de Trabajo, N° 24, Buenos Aires, diciembre de 1997.

Garton Ash, Timothy, "Hemos construido muy mal la casa llamada Europa", *Clarín*, Sección *Opinión*, miércoles 25 de agosto de 1999.

Glennon, J. Michael, "The New Interventionism. Search for a Just International Law", *Foreign Affairs*, volumen 78, n° 3, mayo-junio de 1999.

Gobbi, Hugo, *Estado, Identidad y Libertad. Casuística de Kosovo a Malvinas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, mayo de 1999.

Gobul, Philip, "Cette communauté dite internationale", *Le Monde Diplomatique*, junio de 1999.

Grossi, Rafael, M., "Penúltima alianza: el proceso de expansión de la OTAN y el nuevo mapa de la seguridad internacional", *ISEN*, Grupo Editor Latinoamericano, 1999.

Guibourg, Ricardo A., "Después de Kosovo", *DIAL - 1º Diario Jurídico Digital Argentino*, en Internet.

J. De Hoyos, "La OTAN en búsqueda de un nuevo rol. Desde un sistema de defensa a uno de seguridad regional", *Geopolítica. Hacia una doctrina nacional*, n° 54, año XX, marzo-junio de 1995.

Kant, Immanuel, *La paz perpetua*, Editorial Porrúa, México, 1995

Kennedy, Paul, "Globalización, entre la euforia y el caos", *Clarín*, Sección *Zona*, domingo 19 de septiembre de 1999.

Kissinger, Henry, "¿Rebelión en la OTAN?", *Clarín*, Sección *Opinión*, miércoles 1º de septiembre de 1999.

Layne, Christopher, "The Unipolar Illusion: Why New Great Powers Will Rise", *International Security*, Spring, 1993, Vol. 17, n° 4.

Mailer, Norman, "Los humanistas", *Clarín*, Sección *Zona*, domingo 30 de mayo de 1999.

Manou, Jachy, "Au nom de l'humanitaire", *Le Monde Diplomatique*, junio de 1999.

Pardo de Santayana, José, "El nuevo mando español en la OTAN", *Política Exterior*, n° 61, Vol. XII, enero-febrero de 1998.

Pérez Llana, Carlos, "Sobre las cenizas de Kosovo", *Archivos del Presente*, ídem.

Ramonet, Ignacio, "Nouvel ordre global", *Le Monde Diplomatique*, junio de 1999.

Ratner, Steven, "Internal Law: The Trials of Global Norms", *Foreign Policy*, Spring 1998, nº 110.

Rodman, Peter W., "The Fallout from Kosovo", *Foreign Affairs*, vol 78, Nº 4, julio-agosto de 1999.

Russell, Roberto, "El contexto externo de la política exterior argentina: Notas sobre el 'nuevo orden mundial'", en Russell, Roberto (comp.), *La política exterior argentina en el nuevo orden mundial*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1992.

Saïd, Edward, "La traición de los intelectuales", *Le Monde Diplomatique*. "El Dipló", agosto de 1999.

Sartori, Giovanni, *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, FCE. México, 1984, Capítulo 9.

Seminario sobre *Seguridad y Militarización*, Facultad de Ciencias Sociales, UBA, 9 y 10 de septiembre de 1999.

Skalnes, Iars, "From the Outside In, From the Inside Out: NATO Expansion and International Relations Theory", *Security Studies*, vol. 7, nº 7, Summer 1998.

Solana, Javier, "OTAN: le baptême du feu", *Politique Internationale*, nº 83, Printemps 1999.

Un Programa de Paz. Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz, informe del Secretario General de la ONU, presentado de conformidad con la declaración aprobada el 31 de enero de 1992 en la Reunión en la Cumbre del Consejo de Seguridad.

Vila, Daniel, "Los caminos cerrados de la Tercera Vía", *Le Monde Diplomatique*. "El Dipló", julio de 1999.

Waltz, Kenneth, "The emerging structure of international politics", *Survival*, vol. 18, otoño 1993, citado en Grossi, Mario Rafael, "Penúltima alianza: el proceso de expansión de la OTAN y el nuevo mapa de la seguridad internacional", ISEN, Grupo Editor Latinoamericano, 1999.

Waltz, Kenneth, *Teoría de la política internacional*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1988.

Wilson, Gordon, "Arm in Arm After de Cold War? The Uneasy NATO-UN Relationship", *International Peacekeeping*, Vol. 2, Nº 1, Spring 1995.

Ygounet, Fabián José, "Los cincuenta años de la OTAN: pasado, presente y futuro de una organización clave del mundo contemporáneo", *His-*

toria de las Relaciones Internacionales, UNLP, año 9, n° 16, diciembre-mayo 1999.

Zawels, Estanislao y Verdier, Alejandro, "¿Qué es Kosovo?", *Boletín del Instituto de Seguridad Internacional y Asuntos Estratégicos, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI)*, año 2, número 6, mayo de 1999.

Zawels, Estanislao, *La Argentina y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz*.

Zivkovic, Andreja, "El espectro del Imperio", *Le Monde Diplomatique. "El Dipló"*, julio de 1999.

EL REQUERIMIENTO DE INSTRUCCION: ¿ES SIEMPRE NECESARIA SU EXISTENCIA?

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA DE
LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL

RODRIGO DIEGO BORDA

I - INTRODUCCION. PLANTEO DEL PROBLEMA.

Podríamos señalar en principio, que el problema principal que se suscita con relación a la necesidad del requerimiento fiscal de instrucción jurisdiccional se halla en la dificultad que le provoca al intérprete de la ley otorgarle un sentido armónico a dos de las normas en juego, el art. 188 y el 195 del CPPN.

Por un lado el art. 195 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “la instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal, o de una prevención o información policial, según lo dispuesto en los arts. 188 y 186, respectivamente...”. Al parecer, según la cruda literalidad del enunciado, puede señalarse que se autoriza la iniciación de la instrucción por vía de la “prevención o información policial” como alternativa al requerimiento fiscal, tal como se desprendería claramente del uso de la conjunción disyuntiva “o” en el precepto en análisis. Dicha interpretación se basa a su vez en la idea de que dicha norma seguiría al modelo del Código de Córdoba de 1939, que trata este tema de una manera muy particular, pues tal como lo apunta D’Albora (1), cuando Soler y Vélez Mariconde confeccionaron el proyecto cordobés, si bien se inspiraron en el código italiano —el cual sólo hacía viable la iniciación del sumario mediante el requerimiento del Ministerio Público—, tuvieron presente toda nuestra tradición de raigambre hispánica, conforme a la cual se reconocía aptitud promotora a la denuncia y a la prevención policial. Así suprimieron aquélla como acto eficaz para ser evaluada directamente por el juez y en cambio, al no poder soslayarse el impedimento que las enormes distancias significaban

(1) D’Albora, Francisco, “Curso de Derecho Procesal Penal”, t. 1, Ed. Policial, Bs. As., 1986, pág. 110.

—agudizadas entonces por la carencia de medios de comunicación—, concedieron aptitud a la prevención policial para que el juez pudiese tratarla directamente. De esta manera se constituyó un sistema ecléctico que buscó salvaguardar sólo en parte el principio acusatorio.

Pero a pesar de lo expuesto precedentemente, el art. 188 del mismo cuerpo legal, al establecer que “el agente fiscal requerirá al juez competente la instrucción, cuando la denuncia se formula directamente ante el magistrado **o la policía y las fuerzas de seguridad...**”, pareciera restarle legitimidad como acto promotor de la instrucción al sumario iniciado por la autoridad policial sobre la base de una denuncia, exigiéndose también en estos casos la necesaria exteriorización persecutoria del fiscal, con miras a la promoción de la acción penal pública.

En consonancia con esto puede citarse lo establecido en los arts. 5 y 65 del CPPN, según los cuales se determina que es el Ministerio Fiscal el órgano encargado de ejercer la acción penal pública. En este sentido, resulta muy explícito el propio autor del actual Código Procesal, Ricardo Levene (h.) cuando señala que “...éste (el Ministerio Público) es el órgano encargado de impulsar la acción penal, ya que conforme al principio *ne procedat iudex ex officio* se quita al juez este rol (el de actuar de oficio) o sea que no podrá ordenar directamente el procedimiento” (2).

Desde esta óptica puede decirse que, sin perjuicio de haberse mantenido la figura del “Juez de Instrucción”, y también, sin perjuicio de haberse establecido, en el art. 348 del CPPN, el procedimiento del “control jurisdiccional”, la nueva ley tendría una impronta acusatoria que permitiría enmarcarla dentro de los modelos de procedimientos mixtos donde la acción penal es ejercida por un órgano estatal, el Ministerio Público, y la jurisdicción por jueces técnicos, sin que una y otra función se vean confundidas (3).

Atento a lo expuesto, la contradicción surge en forma clara, pues mientras que el art. 188 prescribe que a toda denuncia presentada ante las fuerzas de seguridad debería acompañarse el requerimiento fiscal de instrucción para dar inicio legalmente a la

(2) Levene (h.) y otros, “Código Procesal Penal comentado y concordado”, Depalma, Bs. As., 2º Ed. 1993, pág. 143.

(3) Gustavo Bruzzone y Miguel G. Pons, “El modelo acusatorio en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Bs. As., N° 0, pág. 221.

causa, el art. 195 autoriza la iniciación a través de una prevención —la que conforme al art. 183, podría originarse en una denuncia— y aun por simple “información policial”.

Este problema se origina seguramente en el hecho de que al proyecto del Doctor Levene (h.) se le realizaron algunas modificaciones, a propuesta del Ministerio de Justicia, en su paso por el parlamento. Entre los cambios realizados al proyecto original, se encuentra el agregado de la norma del art. 188, la cual tampoco se hallaba contemplada en el Código de Córdoba de 1939 —fuente del proyecto Levene—. Al parecer dicha norma, junto con la del art. 196 del CPPN, implicaron una fractura de la estructura del código dispuesta en su proyecto original, respecto a la forma de dar inicio a la actividad instructora (4), y la intención en el Ministerio de Justicia de la Nación al introducir dichos cambios habría sido la de acentuar la orientación acusatoria de la nueva ley procesal (Nº 23.984), procurando a su vez que se vayan amoldando las “costumbres judiciales” al cambio que en definitiva se avizora como ineludible: el procedimiento de citación directa en manos del ministerio público (5).

Pero como bien advierte Maier (6) “estas modificaciones de último momento tienen el defecto técnico de haber sido insertadas en un contexto normativo no previsto para ellas, y por esta razón provocan dificultades de interpretación insuperables...”, “...sin embargo, esos problemas técnicos se ven agravados, fundamentalmente, por una interpretación judicial dependiente de las rutinas y vicios prácticos adquiridos en la aplicación del CPCrim. Nacional (1889), realidad que expresa la resistencia de los funcionarios judiciales a admitir nuevas instituciones e, incluso, a la interpretación progresiva de instituciones antiguas”.

Y es frente a este tipo de problemas en donde se debe reparar en que la búsqueda del “espíritu” de la ley, o bien de la “voluntad del

(4) Cf. Fedel Daniel Bladimiro, “El requerimiento de instrucción: ¿Es necesaria su existencia respecto a las prevenciones policiales iniciadas por denuncia?”, L.L., t. 1993-C, pág. 67.

(5) Gustavo A. Bruzzone y Miguel G. Pons, op. cit., pág. 221.

Es un modelo de investigación preliminar en el cual el órgano encargado de la persecución penal (el fiscal), distinto a aquel que controlará la legalidad de sus actos (Juez de garantías), recoge en forma ágil e informal, aquellos elementos que le permiten fundar **solamente** su pretensión de llevar al investigado a juicio.

(6) Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal, Tomo I. Fundamentos”, Ed. Del Puerto, 2º ed., Bs. As. 1996, págs. 433 y 434.

legislador”, como métodos interpretativos, no nos conducen a ninguna parte, pues ¿cuál es el “espíritu” del Código Procesal Penal de la Nación?, ¿debería prevalecer la estructura del proyecto original, inspirada en el código cordobés de 1939?, o bien ¿debería hacerse prevalecer la ideología que impulsó al Ministerio de Justicia a proponer las modificaciones señaladas? (7). Además, debe tenerse en cuenta que el llamado “legislador” no es una persona real, individual, de carne y hueso, sino una corporación, compuesta por muchos miembros, con un procedimiento complicado para sancionar la ley, miembros que en muchas ocasiones sólo votan afirmativa o negativamente según instrucciones, sin comprender totalmente, incluso, aquello que sancionan (8), o bien que están guiados por distintas motivaciones ideológicas y/o políticas, pudiendo llegar incluso a votar conjuntamente una ley, como en este caso la N° 23.984, pero por distintas razones o fundamentos. Lo cual se presenta comúnmente en el quehacer parlamentario, debido a que la mayoría de las leyes son fruto de largas negociaciones, y estas negociaciones traen aparejadas agregados o supresiones al proyecto original, los cuales impiden definitivamente que se pueda afirmar sin lugar a dudas cuáles fueron las motivaciones que guiaron al llamado “legislador”, pues la intención de los distintos miembros del parlamento que votaron por la afirmativa estaría guiada por distintos objetivos, y en este caso ¿la intención de que legislador debe prevalecer?

Debe resaltarse además la vacuidad de la llamada “interpretación armónica”, pues ¿cómo puede armonizarse lo literalmente contradictorio?

A la luz de lo señalado, entiendo que corresponde encarar el análisis sistemático de las interpretaciones dadas por la Cámara Nacional de Casación Penal a las normas señaladas desde una óptica que nos permita su evaluación teniendo en cuenta las siguientes dos cuestiones:

A) Consolidación de un modelo de enjuiciamiento penal que responda a lo prescripto por nuestra Constitución Nacional.

B) Determinación del rol institucional que le corresponde al Ministerio Público como titular exclusivo de la acción penal (arts. 5 y 65 del CPPN; 120 de la Const. Nac.).

(7) Sobre el informe del Sr. Ministro de Justicia y su discusión parlamentaria, ver Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación del 28/8/91, págs. 2176 y ss.

(8) Maier, Julio B. J., op. cit., pág. 234.

A) El modelo constitucional de enjuiciamiento penal.

En referencia a esta primera cuestión, debe señalarse que se parte del presupuesto de que nuestra Constitución Nacional (1853/60/1994), inspirada en el modelo estadounidense del siglo XVIII, otorga pautas claras para la formulación de un determinado tipo de procedimiento en materia penal. Dichas pautas habrían sido ignoradas a raíz de fuertes condicionamientos culturales de naturaleza inquisitiva, respecto de los cuales a nuestro país le resulta dificultoso desembarazarse por razones histórico-políticas.

Nuestro modelo constitucional fue elaborado en consonancia con una cultura, la norteamericana, que utilizaba el sistema acusatorio como instrumento para canalizar y resolver los conflictos de carácter penal. De allí que los constituyentes hayan previsto el juicio por jurados (arts. 24, 118 y 75 inc. 12, CN) lo que no puede imaginarse sin el modelo acusatorio; ello se encuentra reafirmado a su vez, por la totalidad de los artículos que se refieren a la regulación del juicio político (arts. 53, 59, 60 y 114 inc. 5º, CN), donde la estructura siempre consiste en un órgano que acusa y otro que juzga (9).

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado es el acusador quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro se presenta el imputado, como sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador, quien puede resistir la imputación ejerciendo su derecho de defensa, y finalmente es el tribunal quien tiene en sus manos el poder de decidir, pero los límites de su decisión, como así también su actuación misma, se encuentran condicionados al reclamo (acción) del acusador, al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado.

No es casualidad que este sistema de enjuiciamiento haya sido aplicado en épocas de apogeo de las repúblicas, tanto antiguas (Grecia, Roma) como las modernas (Francia y el movimiento reformador del siglo XIX), pues su correspondencia con el sistema republicano de poder político resulta evidente (10). Dicho sistema republi-

(9) Gustavo A. Bruzzone, "Sobre la garantía del juez imparcial", Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, t. 1996/A, págs. 542 y 547.

(10) Maier, Julio B. J., op. cit., pág. 444.

cano, acogido por nuestra carta magna, pretende que quien ejerza un determinado poder no se controle él mismo, sino que el freno y equilibrio provenga del enfrentamiento externo con otro (el llamado sistema de “frenos y contrapesos”). En este sentido señala correctamente Maximiliano A. Rusconi (11) que “si se coincide con que la concepción de los sistemas republicanos y también la idea de la división del ‘poder’ estuvo siempre destinada al reconocimiento de la garantía de la libertad individual, es fácilmente observable cómo el proceso penal debe estar en consonancia con el sistema político constitucional, de otro modo es seguro que la función del texto constitucional allí donde con más firmeza debe influir (frente al ***ius punendi estatal***), sólo quedará relegada a una sistemática y ordenada expresión de deseos que el desarrollo institucional del Estado se encargará de remarcar su carácter utópico”. Pues si lo que se pretende es asegurar los derechos individuales frente al poder del Estado, debe repararse en que allí donde se intenta reglamentar el uso de la violencia estatal es donde específicamente se debe ser más consecuente con el sistema republicano prescripto por la Constitución, pues como señala Maier (12) “...por estar más cerca del hombre y su realidad concreta, al tratarse de reglas jurídicas directamente dirigidas a la realización del poder penal del Estado, la correlación entre el sistema político imperante y el contenido del derecho procesal penal es aún más directa e inmediata que en cualquier otra rama jurídica, incluido el derecho penal material”.

Por lo tanto, si lo que se busca es asegurar el respeto por las garantías constitucionales precisamente en donde corren mayor peligro de ser vulneradas, esto es en la etapa instructora, no puede prescindirse del requerimiento fiscal como instrumento para salvaguardar la imparcialidad del órgano jurisdiccional, imponiéndosele de esta manera el objeto procesal y limitándosele su campo de conocimiento desde el inicio de las actuaciones.

Debe evitarse que el juzgador se encuentre comprometido con la imputación penal, pues no es posible que un mismo órgano actúe y se controle a sí mismo, y a su vez evite la parcialidad que dicha concentración o superposición de tareas implica.

La existencia de un requerimiento de instrucción tiende a garantizar no sólo la imparcialidad del Juez interviniente (cf. art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y art. 8

(11) Maximiliano A. Rusconi, “División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público”, L.L., t. 1991-D, pág. 1133.

(12) Maier, Julio B. J., op. cit., pág. 260.

Nº 1 del Pacto de San José de Costa Rica), sino también el derecho de defensa en juicio del imputado (art. 18, CN) (13), en tanto dicho principio constitucional impone, como base de todo enjuiciamiento penal, la existencia de una acusación clara, precisa y debidamente intimada.

Si bien nuestro sistema procesal merece el calificativo de “mixto” por el hecho de que el Juez de Instrucción conserva aún facultades investigativas, cuando su situación debiera ser la de mero garante del respeto a las garantías individuales durante la instrucción, que debería quedar enteramente en manos del fiscal, donde decididamente no es “híbrido” nuestro sistema sino claramente acusatorio es precisamente en el momento de la promoción de la acción penal, donde se ha eliminado definitiva y contundentemente la posibilidad de que el juez inicie de oficio una causa. Esto impone la imperiosa necesidad de dejar a salvo lo poco que de acusatorio tiene nuestra ley procesal, que por el mismo hecho de ser “mixta” “...el esfuerzo por interpretarla conforme al modelo constitucional debería ser un imperativo de cada mañana” (14).

B) El rol institucional del Ministerio Público.

En lo que respecta a esta segunda pauta señalada, la determinación del rol institucional del Ministerio Público, es de capital importancia remarcar la existencia de la llamada “selectividad espontánea” en todo sistema penal, que conduce a una aplicación irracional y poco igualitaria de la potestad punitiva estatal, frente a lo cual resulta imperioso ajustar dicha selectividad intrínseca de la persecución penal a criterios predeterminados, uniformes y racionales que permitan una mejor asignación de los recursos judiciales, reservándose los medios y las energías para la persecución penal de aquellos casos en los cuales se juzga imprescindible la aplicación del poder penal del Estado, procurándose de esta manera una mayor efectividad en determinadas áreas del derecho penal (por ej. la corrupción de funcionarios públicos, los llamados delitos de “cuello blanco”, el llamado derecho penal económico y la protección del medio ambiente (15) que por sus características requieren esfuerzos adicionales de parte del aparato punitivo estatal.

(13) Maier, Julio B. J., op. cit., págs. 553 y ss.

(14) Gustavo A. Bruzzone, op. cit., pág. 548.

(15) Maier, Julio B. J., op. cit., pág. 459.

En tanto la realidad nos señala claramente que resulta imposible evitar transgredir el Principio de Legalidad (art. 71, CP), debe procurarse establecer la forma de hacerlo de la manera menos ilegítima y arbitraria.

El éxito de este intento podrá asegurarse en la medida en que se organice la persecución penal a partir de la fijación de políticas en materia criminal y mediante la orientación de los procedimientos que sean idóneos para alcanzar aquellos objetivos preestablecidos convenientemente. Para esto es necesario que dichos criterios de oportunidad sean aplicados centralizadamente por un órgano específicamente determinado a tal fin, que no debe ser otro que el Ministerio Público Fiscal, pues su estructuración jerárquica le permite actuar en forma coordinada siguiendo criterios político-criminales fijados de antemano.

Resulta claro que no sería factible ni mucho menos deseable que sea el Poder Judicial quien se encargue de realizar ese trabajo de selección, estableciendo reglas previsibles, de los casos susceptibles de ser llevados a juicio, pues su propia organización interna impide que sus órganos (jueces y tribunales) puedan establecer estrategias de antemano sobre este tema, ya que la propia independencia que debe existir hacia adentro les impide establecer criterios de actuación en conjunto (16). Además, por una cuestión elemental de imparcialidad no parece adecuado que sean los jueces los encargados de resolver este problema. La única misión del Poder Judicial en el trazado de la política criminal del estado reside en su control de constitucionalidad y se advierte nitidamente en la interpretación de la ley penal —material y formal— mecanismo por el cual se ampliará o limitará el campo de punibilidad y, en consecuencia, el de persecución e investigación (17).

En este sentido el verdadero rol que debería desempeñar el agente fiscal es el de selector de los conflictos que ameritan ser dilucida-

(16) Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Consideraciones Políticas sobre el Poder Judicial argentino", en "Actores e Instituciones. Sistema Político y Constitución en la Argentina", Héctor Muzzopappa (CEPNA), Catalina Smulovitz (CEDES) y Mario Wainfeld (UNIDOS) compiladores, Ed. Legasa, Bs. As. 1989, pág. 250. Este autor, al hablar de independencia "interna" de la magistratura, se refiere a la independencia del Juez respecto de las instancias de Alzada y Extraordinaria. Dicha independencia se vería afectada por medio de la jurisprudencia obligatoria, que le impone al juez resolver en forma diferente a lo que le señala su ciencia y conciencia, como también por medio de la instancia de superintendencia, que es otra forma de presionar a los jueces.

(17) Gustavo A. Bruzzone, "Fiscales y política criminal", en "El Ministerio Público en el proceso penal", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., pág. 255.

dos ante la justicia, a partir de su calidad de “representante de la sociedad” y titular exclusivo de la acción penal pública (arts. 5 y 65 del CPPN), y más allá de la configuración del Ministerio Público como órgano extrapoder a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 120, CN), solución que entiendo resulta muy conveniente (18), la Dirección Nacional de Política Criminal —Ministerio de Justicia— podría dar las pautas de orientación en materia de política criminal, indicando sobre qué asuntos se deben destinar la mayor cantidad de recursos materiales y esfuerzos humanos, pues estas previsiones pareciera que sólo pueden ser trazadas por técnicos que, en base a datos empíricos establezcan pautas claras de acción y no, como ya se criticó, a través de la discrecionalidad de los jueces (19).

Coincido de esta manera con lo sostenido por Bruzzone, pues ciertamente “conducir la política criminal es una necesidad del órgano político para acompañar los objetivos que se persiguen en otras áreas de la política global (económica, demográfica, sanitaria, etc.)” (20), pero la autonomía funcional que le otorga el art. 120 de la Constitución Nacional al Ministerio Público no debe interpretarse como un obstáculo en este sentido, sino que debe entenderse que cuando se prescribe que su actuación deberá ser “en coordinación con las demás autoridades de la república” se está sosteniendo que debe actuar como ejecutor de la política criminal implementada por el poder ejecutivo, en base a objetivos políticos claramente planteados en forma pública, y en el marco normativo impuesto por el poder legislativo.

Planteadas de esta manera las cosas, debe concluirse que el rol que le cabe a la policía prevencional es el de “órgano auxiliar de persecución penal y de esclarecimiento, sin derecho de acusar” (21),

(18) Sostengo esto porque entiendo que debe repararse que en nuestro país la administración de justicia está pasando por una grave crisis de credibilidad debido, entre otras cosas, al alto grado de impunidad existente en los delitos de corrupción o los relacionados de alguna manera con el poder económico y/o político, debiéndose tener en cuenta que en realidad en nuestro país muy pocas veces, por no decir nunca, existió una administración de justicia (en sentido amplio) realmente independiente, por lo que otorgarle un grado importante de independencia de criterio al órgano encargado de la persecución penal resulta esperanzador.

(19) Gustavo A. Bruzzone, “Fiscales y política criminal”, op. cit.

(20) Gustavo A. Bruzzone, “Fiscales y política criminal”, op. cit., pág. 202.

(21) Baumann, Jürgen, “Derecho Procesal Penal, Conceptos fundamentales y principios procesales”, Ed. Depalma, Bs. As., 1986, pág. 183; cf. Cerletti, Marco L. y Folgueiro, Hernán L., “Ministerio Público en el nuevo Código Procesal de la Nación”, en “el Ministerio Público...”, op. cit., pág. 128; y Bruzzone, Gustavo A., op. cit., págs. 165 y ss.

pues como bien establece el art. 183 del CPPN las fuerzas de seguridad deben reunir pruebas “para dar base a la acusación”, a partir de lo cual resulta claro que deben actuar en apoyo del órgano encargado de la acusación, es decir, bajo la dirección de Ministerio Público Fiscal (art. 186 CPPN).

II - CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL.

La sala II de la C.N.C.P. (votos de los Dres. Pedro R. David, Juan E. Fégoli y Esteban R. Vergara) fue la primera en haber sentado la doctrina de que “cuando se inician las actuaciones por instrucción policial, no es necesario el requerimiento fiscal”. Primero lo señaló “*obiter dictum*” al fallar en la causa “Avila, Blanca” (22), del 2 de julio de 1993, y luego sí como “*materia decidendi*” en la causa “Guillén Varela” (23), del 18 de noviembre del mismo año.

En el primero de los fallos mencionados se limitan a señalar que tanto el requerimiento fiscal como la prevención o información policial “provocarán el avocamiento instructorio” (24), en cambio en el fallo “Guillén Varela” se desarrollan distinciones conceptuales muy importantes que ameritan un análisis detallado.

Distinciones relevantes. Denuncia y “*notitia criminis*”.

Se distingue, en dicho fallo, a los sumarios iniciados por denuncias presentadas ante la prevención, de los casos en que la prevención policial actúa por sí, excitada por un “mero anoticiamiento”, en un caso de flagrancia.

La distinción que realiza el tribunal entre denuncia y “mero anoticiamiento” resulta sumamente esclarecedora, entendiéndose por “mero anoticiamiento” o “*notitia criminis*” a toda comunicación por medio de la cual las autoridades de prevención toman conocimiento de un hecho delictivo sin que se den los requisitos exigidos para una denuncia en los arts. 175 y 176 del CPPN. De esta manera al plantearse la discusión en estos términos, la primera conclu-

(22) L.L., t. 1994-A, pág. 363.

(23) J.A., t. 1994-II, pág. 629.

(24) Agregándose además que “... ante la circunstancia de que la Cámara pueda intervenir ... por consulta del Juez, se crea una tercera forma...” de iniciar la instrucción.

sión que puede extraerse del fallo parecería positiva, pues debe entenderse que en los casos en que se recibiera en sede prevencional una denuncia formal, es decir en los términos y condiciones de los arts. 175 y 176 del CPPN, independientemente de la actividad que pueda disponer el órgano preventor, por razones de urgencia, o el anoticiado juez de instrucción —limitada exclusivamente a la recepción formal de la denuncia—, una vez recibido el sumario en el Juzgado se debe correr necesariamente la vista prevista en los arts. 180 y 188 del CPPN para que sea el fiscal el que defina el objeto de la investigación, atento a que toda medida tomada sin el requerimiento instructor puede ser atacada de nulidad de “orden general”, por contravenir disposiciones que hacen a la intervención del Ministerio Público (art. 167, inc. 2º del CPPN).

Se señala acertadamente que por esta vía, a su vez, se pone un freno, aunque no se la elimina, a la posibilidad del llamado “*forum shopping*”, es decir a la alteración del orden de los sorteos para la asignación del trabajo (25).

Sin embargo el problema se circunscribe a los casos en que las fuerzas de seguridad actúan por sí en respuesta a una “*notitia criminis*” y frente a un caso de flagrancia. El conflicto parece enmarcarse pues en la calidad del acto que hubo de excitar a la labor policial.

Creo conveniente aclarar, en este sentido, que la flagrancia sólo es uno de los supuestos de necesidad y urgencia que desencadenan la llamada prevención policial. A su vez debe considerarse que no toda actuación de la policía constituye “prevención”. Sólo cabe asignarle tal naturaleza a la actividad de cautela desarrollada por las fuerzas de seguridad en los casos de urgencia, tendiente a asegurar la posesión y la incolumidad de los objetos y órganos de prueba y la obtención coercitiva de los mismos.

De acuerdo a lo manifestado, le asiste la razón a Fedel (26) cuando señala que esta diferenciación que se realiza en el fallo en análisis deviene en insustancial, pues se ignoran las prevenciones que, urgencia mediante, son provocadas por la denuncia formal de cualquier particular, pretendiéndose extraerlas en su totalidad del marco de la prevención. Es correcto afirmar entonces, que resulta irrazonable la diferenciación realizada, pues la urgencia que se presenta

(25) Gustavo A. Bruzzone y Miguel G. Pons, op. cit., pág. 224.

(26) Fedel, Daniel Bladimiro, op. cit., pág. 75.

en los casos de flagrancia no difiere de la que se presentaría en las hipótesis de los arts. 184 incs. 2º, 3º, 4º, 5º y 6º; 205; 284 inc. 3º del CPPN, y además cabe remarcar que, según surge de los arts. 182, 183 y 186 del código citado, las fuerzas de seguridad tienen la obligación de investigar todos los delitos de acción pública que le fueren denunciados, sin hacer distingo alguno según se den o no requisitos de forma.

Ahora bien, según lo expuesto y tal como se concluyó en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en La Plata en 1981, “la prevención es de naturaleza preprocesal y cautelar” (27), por lo que transcurrida la flagrancia y cuando no exista la urgencia de proceder a los actos cautelares a los que se ha hecho mención, debe cesar la iniciativa policial y comenzar la del Ministerio Público, pues una vez que el sumario prevencional es elevado al Juez de Instrucción la urgencia por actuar desaparece, es decir que ésta ya fue salvada, por lo que nada obstaría a la existencia del pertinente requerimiento fiscal.

Pero la distinción que se realiza entre denuncia formal y casos de flagrancia no sólo sería ineficaz por el hecho de que no se compecede con lo que normalmente se entiende por “prevención”, sino también por el hecho de que en el art. 195 también se menciona a la “información policial”, y esta “comunicación” podría proceder no sólo en los casos de actuación de las fuerzas de seguridad por razones de urgencia y necesidad (prevención), sino en todos los casos. Por lo que si el fundamento principal que se da resulta de la necesidad de respetar la letra de la ley (art. 195 CPPN), tal “respeto” no sería del todo sincero si por un lado se señala que la conjunción disyuntiva “o” cumple la función de presentar a la “prevención” como alternativa al requerimiento fiscal y por el otro se le niega carácter alternativo a la “información policial” con respecto a la “prevención”, como forma excitante directa de la jurisdicción, ante la existencia de la misma conjunción disyuntiva.

Igualmente resultaría menos comprensible y totalmente inaceptable que se sostenga que si el sumario se inició por iniciativa de la propia policía, sin darse ninguna de las urgencias señaladas, no se necesita la requisitoria de instrucción que si se requiere para esos supuestos de urgencia y necesidad ajenos a la flagrancia, pues otorgarle tal carácter promotor a toda “comunicación policial” significa,

(27) Chiara Díaz, Carlos A., “Síntesis comentada sobre la actividad cumplida en la comisión II de Derecho Procesal Penal en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal de La Plata”, Zeus, t. 28, Julio-Setiembre/1982, p. D-34.

en primer lugar, equiparar al Ministerio Público con los órganos de prevención, equiparación que no hace más que desdibujar el rol institucional que le corresponde al Ministerio Público (arts. 5 y 65, CPPN; y 120 CN), tal como se señaló en la introducción, y también el que le corresponde a la policía como auxiliar judicial-administrativo (arts. 183 y 186, CPPN) (28), y por otro lado significa también violar lo prescripto por la Constitución, pues “si el Juez no puede instruir de oficio, pero sí puede hacerlo luego de una intervención oficiosa de la autoridad de prevención, en los hechos se permite lo que se dice prohibir” (29), es decir, esto es inquisición pura.

Denuncia anónima.

Fue desarrollado posteriormente por la sala II de la C.N.C.P. (votos de los Dres. Pedro R. David, Juan E. Fégoli y Ana M. Capolupo de Durañona y Vedia), en el caso “Batalla” (30), del 28/9/94, el concepto de “*notitia criminis*”, señalándose que debe considerarse como un “mero anoticiamiento” a la denuncia anónima recibida a través de una llamada telefónica, por no reunir los requisitos que la ley procesal impone para las denuncias. Por este motivo, y siguiendo la línea argumental de “Avila” y “Guillén Varela”, se sostuvo que “la prevención policial, excitada de este modo, desplaza al requerimiento fiscal (art. 195)”.

El razonamiento realizado no me parece correcto pues no sólo se legitima de alguna manera la iniciación del proceso por una denuncia anónima, lo cual “se encuentra en pugna con garantías que emergen de la forma republicana de gobierno y el derecho de defensa en juicio” (31), sino que a tal irregularidad se le añade que en dichos casos se permite obviar el requerimiento fiscal. Por lo que no sólo se permitiría la práctica de las delaciones anónimas, pese a lo prescripto en la última parte del art. 175 del CPPN, sino que además en estos casos se permitiría la instrucción oficiosa. Es decir que no sólo se posibilita obviar los requisitos de forma establecidos por la

(28) “La policía judicial actúa al servicio del Tribunal y del Ministerio Fiscal para cumplir sus órdenes, preparar los elementos de la investigación mediante la reunión y conservación de pruebas y abrir el camino de la actividad represiva. Por tanto su función es de naturaleza administrativa-judicial y preventiva”. CFed. Mendoza, Sala A, Enero, 21-994, “Lucero, Héctor y otro”, L.L. t. 1995-B-639.

(29) Darritchon, Luis, “Cómo es el nuevo proceso penal”, T. IV, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, págs. 19/20.

(30) J.A., t. 1996-II, pág. 551.

(31) CNPE, sala A, L.L. del 24/XI/93, f. 91.783.

ley con el objeto de evitar el peligro que encierran para la tranquilidad de los habitantes las denuncias anónimas (32), sino que todavía ante tal proceder se permite lo que se prohíbe en los casos de denuncias formales, la violación del principio acusatorio. De esta manera tendríamos que sumar a la autorización de una práctica, la de las delaciones anónimas, que representa “una característica indefendible del sistema inquisitivo del procedimiento” (33), otra práctica inquisitiva, la promoción de la acción de oficio, configurándose una transgresión clara a lo prescripto por nuestra Constitución.

Y luego habló la Sala III.

A su turno la Sala III señaló en el caso “Veisaga” (34) (voto de los Dres. Guillermo Tragant, Eduardo Riggi y Raúl Madueño) que tanto es posible provocar el avocamiento instructorio en forma directa por vía del requerimiento fiscal, **como por vía del “la actividad informativa de la policía (judicial o común) por medio de la comunicación o información dirigida al Juez inmediatamente después de tomar conocimiento de un hecho o al remitirle la prevención policial practicada”**, siguiendo de esta manera a la doctrina sentada por la Sala II.

Pero al parecer (35) los integrantes de esta sala fueron más lejos que sus colegas, pues llegaron a sostener que “la información policial promotora de la instrucción jurisdiccional es un acto cumplido por las autoridades de la policía en cuanto desempeñan funciones judiciales, por el que se anoticia oficialmente al órgano correspondiente de la instrucción del proceso acerca de la comisión de un hecho considerado delictuoso, **del cual han tenido conocimiento por sus propios medios** o por una denuncia, para que se abra la causa con respecto a él”. De esta forma pareciera que se establece la innecesidad del requerimiento fiscal en todos los casos de actuación policial previa, ya sea que actúen por simple prevención, por denuncia formal de un particular (que se trataría también, como

(32) De Luca, Javier A., “Denuncia anónima”, L.L., t. 1991-D-894.

(33) Del voto del Dr. Hendler, CNPE, Sala A, julio 8-993, “Informática Sudamericana SRL”, L.L., t. 1993-D-445; cfr. Fallo “Assad” del 28/9/92 de la Sala II.

(34) L.L., t. 1995-B, pág. 58.

(35) Digo al parecer, porque en el caso “Veisaga” la actividad policial se inició también con motivo de una “*notitia criminis*”, por lo que resulta dificultoso precisar el alcance en concreto de la doctrina sentada.

señalamos, de una prevención policial genuina), o bien simplemente de oficio y sin ninguna urgencia (36).

Esta exégesis resulta inaceptable pues, dejando de lado que es poco razonable que se establezca que el Juez no pueda disponer medida alguna sin previa vista al fiscal frente a la denuncia ante él presentada (art. 180) y si pueda hacerlo de modo directo en caso de que la denuncia se curse en sede policial, es inconcebible concluir que los preventores pueden fijarle al Juez el objeto procesal (37), pues dicha facultad jamás podría conciliarse con la imposición del art. 69 del CPPN en cuanto requiere motivar —léase razonar o fundamentar— los requerimiento del Ministerio Fiscal. Además debe repararse en que en la mayor parte de los casos los organismos de prevención actúan bajo la dirección del órgano jurisdiccional debido a la obligación que tienen de comunicar la iniciación de una investigación, por lo que la violación al principio *ne procedat iudex ex officio* resulta palmaria.

Delimitación del objeto procesal.

Sostener que la acción penal es objetivamente divisible y subjetivamente indivisible, es decir que la limitación objetiva no impide al juez que de modo directo amplíe subjetivamente la instrucción a cualquier persona que considere participe del hecho puesto en su

(36) Esto se confirmó en un fallo posterior de la sala III (“Rodríguez Andrés y/u otros del 22/9/97, Suplemento de Jurisprudencia Penal, La Ley, Bs. As., 29/5/98, pág. 43) en donde se sostiene que “(...) la policía procede a actuar preventionalmente por iniciativa propia, o en virtud de denuncia presentada ante ella (art. 183, Cód. Procesal Penal). En consecuencia, éstos son los dos medios previstos como idóneos por la ley procesal para el inicio de la prevención policial (...) no es correcto, pues, distinguir como medios diversos la comunicación policial inmediata y la elevación al Juez de las actuaciones de prevención policial (...)”, señalándose además, en lo que respecta a lo prescripto en los arts. 188 y 195, “(...) que en tales condiciones, **ante la contradicción existente, debe prescindirse de la interpretación literal y aislada del art. 188, o bien de su supremacía sobre el resto del artículo (...)**”.

(37) Cf. D’Albora, Francisco J., “Código Procesal de la Nación”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, pág. 218. Es dable remarcar la contradicción en la que incurre este autor al señalar que en los casos de los arts. 252, 371, 390 y 401 del CPPN no es necesario el requerimiento fiscal, op. cit., págs. 168, 172 y 173. Como bien destaca Marcelo Solimine en “Las fuerzas de seguridad y sus facultades promotoras de la instrucción” (D.J., t. 1995-I, pág. 173), los supuestos mencionados en los citados artículos del código no constituyen medios legítimos de promoción de la acción, sino supuestos de denuncias obligatorias (art. 177, inc. 1º), que deberán ser cursadas al Agente Fiscal a los fines del art. 180. La posibilidad de detención que refieren dichas normas no es más que el ejercicio por parte del Juez o del Tribunal denunciante de la facultad de aprehensión del art. 287 en función de los arts. 284 inc. 4º y 285.

conocimiento, implica renunciar en parte al respeto del *ne procedat iudex ex officio*, ya que el Juez asume sin excitación de parte algo del objeto procesal (38).

Entiendo particularmente que si bien no puede dejarse de reconocer que nuestra ley procesal pone en cabeza del órgano jurisdiccional la dirección de la etapa instructoria (arts. 26, 29 inc. 1º, 33 inc. 1º y 194) con todas las implicancias que esto tiene, "... esta circunstancia no debería de ninguna manera paralizarnos y todos los días de nuestro trabajo judicial debemos replantearnos hasta qué punto seguimos inmersos en la cultura inquisitiva, que sólo engendra confusión, ineficiencia, arbitrariedad y negación de garantías básicas" (39).

Lo que quiero significar en este punto es que, dadas así las cosas, tenemos dos opciones, una de "máxima", que es la de plantear la absoluta inconstitucionalidad de la ley procesal penal Nº 23.984, y otra de "mínima", que es la de intentar armonizarla lo más posible con el programa constitucional.

Sobre la base de la última opción señalada es que pienso que no sólo debe exigirse la delimitación objetiva en el requerimiento de instrucción, sino también la individualización del o los imputados (40). Por ende, si el objeto procesal se "agrandar" deberá ampliarse el requerimiento fiscal en lo objetivo; si por el contrario, se "agrandar" el número de imputados, el requerimiento de instrucción deberá ampliarse en lo subjetivo. De otro modo carecería de sentido la institución misma del requerimiento, pues no entiendo cómo puede sostenerse que el principio *ne procedat iudex ex officio* resulta menos afectado por el hecho de que se le delimiten al juez los hechos objeto de la investigación, si éste podrá después imputar, investigar o acusar de tales hechos a cualquier persona, con todas las consecuencias ya mencionadas que esto acarrea.

Extensión del concepto de prevención.

Cuando se habla de prevención, ¿a quién se hace referencia?, ¿a la Policía Federal solamente, o puede extenderse dicho concepto

(38) Maier, Julio B. J., "La ordenanza penal alemana", t. II, Ed. Depalma, Bs. As., 1982, pág. 123.

(39) Bruzzone, Gustavo A., "Sobre la garantía...", op. cit., págs. 547/548.

(40) Cfr. Díaz Cantón, Fernando, "Crítica a un proyecto de reforma al Código Procesal Penal de la Nación", L.L., t. 1996-C, pág. 942; en contra: Donna, Edgardo A. y Maiza, María C., Código Procesal Penal y disposiciones complementarias, Astrea, Bs. As., 1994, pág. 225; y Bruzzone, Gustavo A. y Pons, Miguel G., op. cit., pág. 226.

a todos los organismos con facultades para prevenir y reprimir delitos, tales como Gendarmería, D.G.I., Prefectura, entre otros?

Si alguna duda cabía a este respecto resulta de utilidad lo dicho por la Sala I de la C.N.C.P. en el caso “Musimundo” (41), del 23/3/96 (voto de los Dres. Raúl Madueño, Liliana Catucci y Juan C. Rodríguez Basavilbaso), donde se le reconoció a la Administración Nacional de Aduanas aptitud estimulante de la instrucción, a partir de las facultades preventivas con que los arts. 23 y 1118 del Código aduanero la invisten para la sustanciación de las actuaciones de prevención en las causas por los delitos previstos en el código citado.

Se le otorga un sentido amplio a la expresión “actividad preventiva” (42), pudiendo en consecuencia entenderse que también a los funcionarios de la A.N.A., como podría ser también a la Policía Aeronáutica o a los miembros de la D.G.I., debería reconocérseles las facultades atribuidas en los arts. 184 y sig., o en el art. 227 del CPPN. Por lo demás, si a un particular se le reconoce la facultad de practicar detenciones en ciertos supuesto (arts. 287 y 284 incs. 1º, 2º y 4º del CPPN) no puede dudarse que esa facultad también se le debe reconocer a un funcionario de la A.N.A., a un gendarme, o a un guardaparque en el ámbito de un parque nacional, aunque podría concluirse también, a partir de lo dicho en el fallo aquí analizado, que podrían realizar también detenciones igualmente en los casos del inc. 3º del art. 284 del CPPN.

Mas allá de esto, lo que cuadra remarcar en este caso es que sostener que la actividad preventiva realizada por estos organismos suple la exigencia del requerimiento fiscal, implica permitirle a un funcionario de Aduana, a un miembro de la Prefectura, o a un guardaparque definir el objeto del proceso, y esto es claramente inaceptable.

(41) L.L., t. 1996-B, pág. 450.

(42) Este criterio queda claro en un fallo posterior, en donde se señala que “(...) cuando el art. 224 del Cód. Procesal Penal de la Nación emplea la palabra ‘Policía’, indica más bien una función y no una repartición creada por la ley, como lo es la Policía Federal (...)” (“Oca S.A. s/Recurso de Casación”, reg. 1682 del 17/7/97, sala I —La Ley, 1997-E, 958—), concluyéndose que al gozar la Dirección Gral. Impositiva de facultades preventivas, se torna aplicable lo dispuesto en el art. 195 del CPPN.

En igual sentido se pronuncia la sala III (causa “Rodríguez, Andrés”, op. cit.) al sostener que “(...) integran las denominadas fuerzas de seguridad además de la policía federal o provinciales, otros organismos tales como Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía Aeronáutica y otros a los que se le reconocen facultades preventivas como la Administración Nacional de Aduanas, la Dirección General Impositiva, entre otros (...)”.

Con relación a esto, resulta valioso transcribir un pasaje del fallo en análisis, en donde se refiere lo siguiente: "...si se objeta el carácter prevencional de las actuaciones que en el caso cumplió la Administración Nacional de Aduanas; se ha señalado, **con alguna razón**, que las actuaciones, a más de escasas, no han sido instrumentadas en la forma que impondrían los arts. 138, 139 y 140 del Cód. Procesal Penal. Pero deberá repararse en que por sobre las particulares características que este tipo de investigación presenta, el quehacer prevencional se ha visto naturalmente limitado en sus posibilidades, por lo que **parece conveniente —sino necesario— que aquella prevención se haya complementado con la actividad jurisdiccional... sin que ello signifique devaluar la naturaleza prevencional de esa etapa del procedimiento o considerarla como una actividad instructoria autónoma**".

Lo que se denota aquí claramente es que, tal como se señaló con anterioridad, en estos casos lo que existe es una instrucción de oficio, violatoria de los preceptos constitucionales y que desdibuja el rol institucional del Ministerio Público, que se convierte de esta manera, utilizando expresiones del fallo, **en un órgano que "convalida tácitamente el progreso causídico" (sic)**.

Para finalizar, creo que resulta de importancia hacer una referencia a la interpretación que se hace en el fallo del nuevo art. 120 de la CN (43).

Con respecto a esta nueva norma constitucional se sostiene que de ninguna manera existe incompatibilidad entre ella y la interpretación que se le da al art. 195 del CPPN, pues el art. 120 de la CN "ninguna mención concreta contiene respecto a la promoción o impulsión de la acción penal", y además, en tanto ordena que las funciones del Ministerio Público habrán de coordinarse con la de las demás autoridades de la república, da por tierra, de inicio, con la exclusividad que se pretende otorgar al Ministerio Público como promotor de la instrucción.

Estimo que no es correcta la interpretación realizada, pues la norma mencionada vino a insertarse en una constitución que, desde nuestra fundación institucional como nación, establece como mandato la adopción del modelo acusatorio para la resolución de los conflictos penales, y de esta manera la reforma de 1994 no hizo más que acentuar el carácter de las cosas establecidas: la distin-

(43) Este tema no es tratado en los demás fallos por razones obvias, es que no se había reformado la Constitución Nacional entonces.

ción de las funciones de **juzgar**, la cual le corresponde al **Poder Judicial**, de la de **acusar**, que se ubica en cabeza del **Ministerio Público**, entendiendo la palabra acusar en el sentido amplio de “ejercicio de la acción penal pública”.

Por otra parte, no debe interpretarse que cuando se requiere que el Ministerio Público actúe en coordinación con las demás autoridades de la república se lo está equiparando con distintos funcionarios administrativos (A.N.A., D.G.I., Policía), pues no es conveniente darle este sentido a lo prescripto constitucionalmente, ya que debe procurarse que sea el Ministerio Público el que actúe como ejecutor de lo dictaminado en materia de política criminal por el Poder Ejecutivo Nacional —Ministerio de Justicia - Dirección Nacional de Política Criminal—, y seleccione los hechos que llegarán a juicio. Para esto es necesario que tenga una mayor comunicación con todos los organismos de seguridad y control, pero realizando una tarea **supervisora y de dirección** sobre todos ellos, en lo que se refiere a la persecución penal, que permita la obtención de los objetivos políticos que cada área en concreto persiga, intentando compatibilizarlos de esta manera con los que surgen del diseño de la política en la esfera criminal.

III - CONCLUSIONES.

a) Nuestra Constitución Nacional impone una estructura procesal claramente acusatoria. Dicho mandato ha sido desoído por todas las autoridades del poder constituido, tanto legisladores como jueces, imbuidos éstos por una ideología “inquisitiva” fuertemente arraigada en sus conciencias por razones culturales e históricas.

b) Una aplicación más racional, equitativa y eficiente del derecho penal implica la posibilidad de formulación de pautas político-criminales claras y concretas en base a las cuales debe organizarse la persecución penal, y en este sentido son los fiscales, como titulares exclusivos de la acción penal pública (arts. 5 y 65 del CPPN), los encargados de realizar la ejecución de la “política criminal” del Estado.

c) Las fuerzas preventivas, en su carácter de auxiliares administrativos-judiciales (arts. 183 y 186 del CPPN), deben actuar bajo la supervisión del Ministerio Público, con el objeto de compatibilizar los objetivos “particulares” de cada organismo con los objetivos político-criminales “generales”.

d) La reforma de la Constitución reafirmó la dirección impuesta al proceso penal nacional en donde es el fiscal el encargado de

promover la acción (art. 120 CN), siendo los jueces los que tienen a su cargo el conocimiento y la decisión de los asuntos que el Ministerio Público promueve, siguiendo éste las pautas políticas emanadas del Ministerio de Justicia —P.E.N.—, con quien deberá trabajar en forma “coordinada”.

e) La línea jurisprudencial sentada por la Cámara Nacional de Casación Penal no reconoce la estructura procesal que surge de la Constitución y desdibuja sistemáticamente el rol institucional que le corresponde al Ministerio Público.

f) Si bien como planteo de “máxima” puede llegar a postularse la declaración de la inconstitucionalidad de toda la normativa procesal penal (ley 23.984), como planteo de “mínima” debe procurarse llevar a cabo una aplicación de la criticada ley en la mayor consonancia posible con el programa constitucional. En este sentido, un respeto cabal del principio *ne procedat iudex ex officio* exige que se realice una delimitación tanto objetiva como subjetiva en el requerimiento fiscal de instrucción.

CONTRIBUCIONES DE ALUMBRADO, BARRIDO Y LIMPIEZA TERRITORIAL Y DE PAVIMENTO Y ACERAS

LEGITIMIDAD EN EL COBRO DEL REAJUSTE

ANDREA SILVIA LIBERTINO

El presente trabajo tiene por objeto analizar aspectos concernientes al relevamiento catastral y cobro de diferencias de la Contribución de Alumbrado, Barrido y Limpieza Territorial y de pavimento y aceras (en adelante, A.B.L.).

1) MARCO LEGAL. ORDENANZA FISCAL.

- **Competencia de la Dirección General:**

ART. 2: “La Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario tiene a su cargo la aplicación, percepción y fiscalización de los impuestos, tasas, derechos y contribuciones que competen al G.C.B.A. o que en el futuro se le atribuyan, así como la imposición y percepción de las sanciones que correspondan...”.

- **Facultades de la Dirección general:**

ART. 3: “En ejercicio de su competencia la Dirección General está facultada para:

Inc. 1º) Recaudar, determinar y fiscalizar los tributos del G.C.B.A.

Inc. 2º) Verificar las declaraciones juradas y todo otro elemento para establecer la situación de los contribuyentes o responsables.

Inc. 3º) Disponer inspecciones en todos los lugares donde se realicen actos o ejerzan actividades que originen hechos imponible o se encuentren bienes que constituyan o puedan constituir materia imponible.

Inc. 11º) Aplicar sanciones, liquidar intereses, actualizaciones, recibir pagos totales o parciales, compensar, acreditar, imputar y disponer la devolución de las sumas pagadas de más.

Inc. 12º) Solicitar a la autoridad judicial competente órdenes de allanamiento o cualquier medida cautelar tendientes a asegurar el tributo y la documentación o bienes, como asimismo solicitar a las autoridades que corresponda el auxilio de la fuerza pública para

efectuar inspecciones de libros, documentos, locales o bienes de contribuyentes, responsables o terceros, cuando éstos dificulten su realización o cuando las medidas sean necesarias para el cumplimiento de sus facultades. ...”

Inc. 13º) Emitir constancias de deuda para el cobro judicial de los tributos.

Del correlativo análisis de los transcritos artículos, surge la facultad de la Dirección General para determinar, percibir y fiscalizar las contribuciones de A.B.L.

Las municipalidades ejercen la competencia tributaria que les asignan las provincias o la Nación —este último caso es el de la M.C.B.A.— a las cuales pertenecen.

En cuanto a la M.C.B.A., los arts. 106 y 107 de la ley Nº 19.987 delegan en ella atribuciones para establecer los elementos básicos estructurales de los tributos, y sus procedimientos de determinación, fiscalización y percepción, lo cual es llevado a cabo por la ordenanza fiscal y tarifaria.

2) RELIQUIDACION DE GRAVAMENES A VALORES ACTUALIZADOS.

La contribución de A.B.L. es de las llamadas de **liquidación administrativa**, es la propia administración quien liquida y envía al contribuyente el comprobante de pago con la deuda líquida y determinada.

Esto nos sugiere dos planteos: ¿tiene la administración facultad para liquidar nuevamente la contribución y exigir el pago de las diferencias que surjan? ¿Qué sucede con los contribuyentes que han satisfecho su obligación de pago en base a la liquidación originaria; se liberaron de la obligación de pago o ésta subsiste con respecto a las diferencias que se determinen con posterioridad?

Al respecto, la ordenanza tarifaria (O.F.) en el **Art. 47** establece la posibilidad de cobro de reajustes: “Cuando la Administración reliquida o reajusta una obligación tributaria, como consecuencia de hechos imputables al contribuyente o responsable o por haber mediado error en la liquidación original, ya sea atribuible al propio contribuyente o a la Administración, no cabe considerar extinguida la obligación por el pago que se hubiera efectuado.

En tales casos contribuyentes y responsables continúan obligados al pago de las obligaciones reliquidadas o reajustadas con más sus intereses y actualización —según Ley Nº 21.281 y su reglamentación municipal, con las limitaciones de la ley Nº 23.928— calculados desde el vencimiento original, salvo que el error sea atribui-

ble a la Administración en cuyo supuesto la liquidación total a ingresar no computará intereses y la actualización se reducirá en un treinta por ciento (30%).

La deuda así establecida podrá ser cancelada —a pedido del contribuyente— en cuotas mensuales consecutivas con un importe por cada una que no será superior al 10% de la deuda total”.

a) Responsables de los tributos. Art. 164 O.F.

Son responsables de los tributos, los titulares de dominio, los usufructuarios y los poseedores a título de dueño.

Cuando se trata de posesión o tenencia precaria otorgadas por sujetos exentos a sujetos no exentos, el poseedor o tenedor debe hacer efectivos los gravámenes aun cuando la propiedad permanezca a nombre del sujeto exento (**Art. 165 O.F.**).

b) Deberes formales. Art. 51 O.F.

Los contribuyentes y demás responsables están obligados a facilitar la verificación, fiscalización, determinación y recaudación de los tributos a cargo de la Dirección General a cuyo efecto se consideran en forma especial: el deber de comunicar cualquier hecho que provoque una modificación al hecho imponible, que genere un hecho imponible nuevo y que extinga el hecho imponible existente, receptada por el **Art. 177 O.F.** el cual dispone que toda variación que se produce en un inmueble y que da lugar a la revisión del avalúo existente, debe ser declarada por el responsable dentro de los **dos meses** de producida, ante la Dirección General la que asentará su cumplimiento efectuando las comunicaciones pertinentes con el objeto de que tal hecho se incorpore al padrón inmobiliario para la liquidación del tributo.

Ello implica la obligación del contribuyente de comunicar aquellos avalúos que son de su conocimiento, realizar nuevas mensuras si correspondiese, adecuar los planos y obtener su aprobación para tributar de manera correcta.

c) Valuaciones

c.1.) Actualización. Art. 172 O.F.

Las valuaciones vigentes o las que se fijen se actualizan por la Dirección General conforme a los valores o índices que fije la Ordenanza tarifaria. Sin perjuicio de ello, las valuaciones pueden ser revisadas en los siguientes casos:

1º) Cuando se realizan obras públicas o privadas que benefician en forma preferente a determinada zona.

2º) Por modificación parcelaria (reunión, división o accesión) y por construcción, ampliación, reedificación, refacción, demolición o cualquier clase de transformaciones en el edificio.

3º) Cuando se compruebe un error u omisión.

4º) Por la modificación de normas urbanísticas.

c.2.) Nuevas valuaciones. Fecha de vigencia:

Las nuevas valuaciones rigen desde el mes inclusive en que se han producido en el inmueble las modificaciones que dan origen a la rectificación. **Art. 176 O.F.**

Los edificios nuevos o ampliaciones se incorporan al padrón total o parcialmente desde el mes inclusive en que se reúnen las condiciones de inmueble edificado. **Art. 178 O.F.**

En los casos en que se ha efectuado la demolición total o parcial de un edificio se efectúa a partir de la fecha de presentación de la declaración jurada de “finalización” o de aquella de la comprobación de oficio pertinente y siempre desde el mes inclusive en que se han finalizado los trabajos. **Art. 179 O.F.**

d) Omisión de denuncia:

d.1.) Cuando es imputable a los contribuyentes: en estos casos, el tributo resultante se calculará para cada período fiscal conforme las prescripciones de la respectiva Ordenanza Tarifaria y de acuerdo a lo establecido en el Art. 47, sin los beneficios y quitas que allí se prevén. Esta omisión dará lugar a la aplicación de sanciones. **Art. 180 O.F.**

d.2.) Cuando es imputable a la Administración. Mora: o en la proporción en que así ocurre, en estos casos, se calculará para cada ejercicio fiscal conforme las prescripciones de la respectiva Ordenanza Tarifaria y de acuerdo a lo establecido en el Art. 47, con los beneficios y quitas que allí se prevén. **Art. 181 O.F.**

e) Extinción de la obligación tributaria: Pago.

e.1.) Extinción total. Art. 40 O.F.: la obligación solamente se considera extinguida cuando se ingresa la totalidad del tributo adeudado con más su actualización, intereses, multas y costas, si correspondieren.

e.2.) Efectos de la extinción. Art. 41 O.F.: la extinción total o parcial de las obligaciones derivadas de un tributo, aun cuando la Dirección General no efectúe reserva alguna, no constituye pre-

sunción de extinción de obligaciones anteriores del mismo tributo ni de intereses, multas o actualizaciones.

e.3.) El modo de extinción por excelencia, es el pago. Esto, presupone la existencia de un crédito por suma **líquida y exigible**, lo que implica una previa materialización de la **liquidación o determinación** de la obligación tributaria. Esto, no significa que el acto de determinación sea un elemento constitutivo del nacimiento de la obligación, sino que, es una exigencia de carácter formal de la cual deriva la liquidez y exigibilidad del crédito tributario, el cual ya existe, desde el momento en que se perfeccionó el hecho imponible.

Conforme a la interpretación de nuestros tribunales, para que el pago produzca los mencionados efectos liberatorios es necesario:

- a) que haya **buena fe** por parte del contribuyente o responsable, la cual se presume en tanto no medie dolo o culpa grave de éste;
- b) que su **cobro** haya sido efectuado por el sujeto activo de la obligación tributaria **lisa y llanamente**, es decir, sin mediar reserva alguna.
- c) Por supuesto que el vínculo tributario entre el Fisco y el contribuyente esté constituido por una obligación **ex lege**, o sea, que no se trate de un pago sin causa.

El pago que reúne estas características es lo que la Corte ha dado en llamar en oportunidad de la causa “Coca Cola S.A. s/ ejecución fiscal, 16/10/75”, un “**pago perfecto**”.

Desde luego, los principios reseñados, no son aplicables en los casos en que el pago carezca del requisito de **integridad**, pues se entiende que “no reúne las condiciones para considerarlo cancelatorio y no existe ningún derecho adquirido”, tal como lo ha resuelto la Corte Suprema en “Estancias Santa Clara S.R.L.”, 27/12/77.

e. 4.) El hecho imponible en relación con el tiempo y efectos de los pagos realizados.

Los diversos hechos imponibles descritos en las normas legales son clasificados, en lo que atañe al momento de su producción, en: 1) hechos imponibles instantáneos, y 2) hechos imponibles de ejercicio.

Tratándose de hechos imponibles instantáneos, rige la ley vigente en el momento en que ellos ocurren. Mientras que en el caso de hechos imponibles de ejercicio, la legislación aplicable, es la vigente al momento de concluir el ejercicio, ciclo o período establecido por la ley, puesto que sólo en ese momento se contempla la producción del hecho imponible.

El art. 164 O.F. define como hecho imponible ser titular de dominio, usufructuario o poseedor a título gratuito de un inmueble

ubicado en la Capital Federal. Este surge de la mera circunstancia de ser propietario al comienzo del año fiscal. Esto es tan cierto, que aquel que vende el inmueble tiene que justificar —con anterioridad a la venta— el pago del impuesto por todo el año, sin perjuicio de que por vía de compensación, por una relación de derecho privado, se reparta la carga contributiva entre vendedor y comprador en proporción al tiempo.

Es decir, estamos ante una contribución cuyo hecho imponible se verifica de manera instantánea. El art. 164 O.F. establece que la contribución se percibirá anualmente, la liquidación de la deuda en forma bimestral es a los efectos de facilitar su pago a los contribuyentes pero nada les impide la cancelación de la misma al comienzo del período fiscal.

En igual sentido, se pronunció la Cámara Nacional Civil, Sala D, 22/10/1997 en la causa “Bernasconi, S.A.I.A.G.F.C.I. e I. c/ M.C.B.A. s/ acción declarativa”.

e.5.) Siendo el hecho imponible —en la contribución de A.B.L.— de los caracterizados como instantáneo, queda claro que éste no puede ser modificado por ley posterior. Es la manifestación del **principio de irretroactividad** de la ley. Principio que, aun siendo meramente legislativo reconoce límites en materia penal y con relación a la propiedad.

Uno de los principios fundamentales en materia tributaria es el de legalidad, que se enuncia con el aforismo latino **nullum tributum sine lege**, expresamente aceptado en el **Art. 17 C.N.A.**

Este principio no se agota o circunscribe a una mera legitimación formal, sino que comprende la necesaria consideración del contenido de la ley, que debe comulgar con los principios de certeza y seguridad jurídica, que se integran como contenidos del principio de legalidad.

El **principio de certeza** impone un orden racional a fin de que las normas tributarias sean claras, completas y precisas. La idea de certeza del derecho es una exigencia del **principio de seguridad jurídica**. Este principio fue enunciado por ADAM SMITH en su famosa obra “La riqueza de las naciones”.

El aludido economista clásico al enunciar las cuatro máximas de la tributación apuntó, que “la certeza de lo que cada individuo puede pagar es, en materia de impuestos, de tan gran importancia, que puede decirse, según me parece se deriva de la experiencia de todas las naciones, que un grado muy considerable de desigualdad no es tan peligroso como un pequeñísimo grado de incertidumbre”.

e.6.) El principio de la irretroactividad de la ley tributaria en la jurisprudencia.

- **C.S.J.N. “S.A. Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal c/ Gobierno de la Provincia de Salta”. 8/5/1957.**

- a) La circunstancia de que se admita la constitucionalidad de leyes retroactivas en materia de impuestos no puede privar de su efecto liberatorio a un pago aceptado sin reservas y cuya eficacia no ha sido puesta en tela de juicio.
- b) **Ni siquiera la posibilidad de un error en la aplicación de la ley impositiva podría justificar la exigencia del nuevo pago de un impuesto ya satisfecho; si se admitiera como causa válida el error posible en la tasación practicada por el Fisco —en un inmueble— después de exigido y satisfecho el tributo, se crearía una situación de verdadera incertidumbre para el contribuyente y una grave perturbación en las transacciones que tuvieran por objeto la fortuna inmobiliaria dentro de la Provincia, pues con un sistema de ese tipo no sería posible saber nunca al comprar, vender o al constituir derechos reales si se adeudan o no impuestos de contribución directa (del dictamen del Procurador General S. SOLER).**
- c) De acuerdo con el art. 505 C.C. el cumplimiento exacto de la obligación da al deudor el derecho de obtener la liberación correspondiente, la cual se produce cuando la administración acepta el pago del impuesto sin observación.
- d) **Que aun en el caso de que el error resultara de inmediata verificación para el contribuyente mismo, no es función ni obligación de los particulares fiscalizar, controlar o apercebir al Estado por el descuido o ineficacia de los encargados de organizar la buena percepción de la renta cuando ello no afecta sus derechos.**

- **C.S.J.N. “Ernesto N. De Milo c/ la Nación s/ cobro de pesos”. 3/4/1967.**

Nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones ni a la inalterabilidad de los gravámenes creados por ellas. Sólo cuando se ha pagado el impuesto conforme con la ley vigente al momento en que se realizó el pago, su efecto liberatorio, al amparo de la garantía constitucional de la propiedad, puede impedir que se le aplique una nueva ley que aumente el impuesto por el período ya cancelado.

- **C.S.J.N. “S.A. Cafés, Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos. c/ Dirección Nacional de Aduanas”. 26/10/1970.**

El principio de irretroactividad de la ley inserto en los arts. 2 y 3 C.C., supuesto que no medie agravio a los derechos fundamentales previstos y garantizados por la Constitución, no rige en el ámbito del derecho público administrativo en lo atinente al establecimiento y ordenación de gravámenes nacionales o provinciales.

- **C.S.J.N. “Angel Moiso y Cía. S.R.L.”. 24/11/1981.**

En este caso, la Corte mantiene en parte el criterio aplicado al caso “Milo c/ la Nación”, pero va más allá cuando establece que la particularidad de que un decreto fuera publicado con posterioridad al cierre del balance e impuesta su aplicación a él, no constituye motivo para invalidarlo, habida cuenta que no reconoce la existencia de un derecho adquirido por el mero acaecimiento del hecho generador de la obligación tributaria bajo la vigencia de normas que exigían el ingreso de un gravamen menor.

El criterio de la Corte sobre el particular no contempla los principios que deben regir en materia tributaria, desconoce todo cuanto se ha expresado con anterioridad sobre el hecho imponible de ejercicio y su sometimiento a la ley vigente en el momento de verificarse el mismo al concluir el ejercicio.

- **C.S.J.N. “Insúa, Juan P.”. 1/10/1987.**

El principio de legalidad, posee en nuestra Constitución Nacional un significado más amplio que el que siempre se le ha reconocido. El es, que el requisito de reserva de la ley en la materia, propio del Régimen Republicano y del Estado de derecho, no se agota en que una norma jurídica con la naturaleza de la ley formal tipifique el hecho que se considerará imponible, sino que se requiere además, que esa ley, sea anterior al momento de la consumación de la hipótesis de incidencia tributaria, entendida la garantía constitucional, como una limitación, tanto para la creación de nuevas contribuciones fiscales, cuanto para el agravamiento de las existentes.

Como bien lo resalta Vicente Oscar Díaz en la nota al fallo, la Corte Suprema, revierte en esta instancia el error que cometiera en la causa “Angel Moiso S.R.L.”. La solución que se adoptó en el caso Insúa era la esperada, porque hubiera sido incongruente suponer que el alto tribunal, bajo la vigencia de un Estado de derecho abjurara sin más del principio de legalidad.

e.7) Irretroactividad en materia tributaria y reajuste de la Contribución de A.B.L.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, debemos analizar, si el cobro de las diferencias implica un reclamo retroactivo, así como si corresponde reclamar la obligación o considerarla extinguida.

La pretensión fiscal de cobrar los últimos cinco años no obedece a un problema de retroactividad (nos encontramos al amparo del mismo precepto legal) sino al término de la prescripción, establecido en la ley N° 19489, la cual en su art. 1° dispone: las acciones y poderes de la M.C.B.A. para determinar y exigir este pago, prescriben: Inc. a) por el transcurso de 5 (cinco)

años, el cual comenzará a correr según lo determina el art. 2º, —sea para determinar el impuesto y facultades accesorias del mismo, así como la acción para exigir el pago—, desde el 1º de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento de los plazos generales para el ingreso del gravamen. Por lo tanto, lo reclamado se limita a los períodos no prescriptos.

Para poder considerar que la obligación se ha extinguido, el pago debe ser íntegro. Razón por la cual, si la base imponible sobre la cual se liquida la contribución no fue considerada en su totalidad, o sufrió una modificación que hiciera que el monto imponible resultare en más, el pago realizado no ha cancelado el total de la deuda; subsistiendo la obligación tributaria hasta su pago en forma íntegra, a condición que los períodos reclamados no hubieren prescripto.

Si el contribuyente realiza alguna actividad que modifica el hecho imponible, y no notifica tal circunstancia, resulta justo que la Administración reajuste la liquidación efectuada y cobre las diferencias.

Cuando el hecho es atribuible a la administración, en virtud del Art. 47 es viable el reclamo. Al respecto la jurisprudencia, se presenta contradictoria.

“M.C.B.A. c/ Prop. MARISCAL SOLANO LOPEZ 3730 S/ EJECUCION FISCAL”. C.N.Civ. 12/6/96. En cuanto al reclamo retroactivo, la pretensión se ajusta a la normativa vigente (art. 44 O.F.) por lo tanto la obligación no se encuentra extinguida por los pagos ya efectuados de la obligación impositiva original, aun cuando no se hubiera efectuado en dicha ocasión reserva alguna por parte del ente recaudador.

“GUERRERO DE LOUGE SUSANA c/ M.C.B.A.”. C.N.Civ. 23/9/97. La demandada no puede traer en su auxilio para justificar la revaluación un error de hecho advertido con posterioridad, pues ello significa la violación de los más elementales principios de la buena fe: no ha habido razón para errar y la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable adjudicable solamente a ella (lo dicho precedentemente es de aplicación para el caso de error de hecho atribuible a la administración, que se conoce con el nombre de adecuación de empadronamiento). Esta doctrina fue tomada de precedentes de la Corte Suprema T.237, pág. 556; “S.A. INGENIO Y REFINERIA SAN MARTIN DEL TABACAL c/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE SALTA”.

“BERNASCONI S.A.I.A.G.F.C.I. c/ M.C.B.A. s/ ACCION DECLARATIVA”. El pago hecho oportunamente por la actora ha tenido efectos cancelatorios, los que son definitivos, quedando el deu-

dor liberado de su obligación, que no es más que un derecho que se incorpora a su patrimonio gozando de la protección que garantiza el art. 17 C.N.A. La recategorización y su consecuente revaluación no ha sido imputable al administrado. No se demostró que de su parte mediara mala fe alguna ni tampoco, siquiera, que hubiera incurrido en un error que le sea imputable.

El problema radica en compatibilizar el interés del Estado, con el interés de los particulares, en mantener y hacer imperar la seguridad jurídica.

La jurisprudencia que toma en cuenta el error de hecho de la Administración para establecer la improcedencia del cobro de las diferencias, no está armonizando los mencionados intereses.

El error de hecho que impide en el ámbito del derecho privado alegar la propia torpeza, no puede aplicarse a la Administración pública cuando el error involucra a la facultad de recaudación del Estado, ya que los recursos son vitales para su subsistencia y funcionamiento. **Razón por la cual impera en la materia el principio de la INDISPONIBILIDAD DE LA RENTA PUBLICA, es decir, que el contribuyente debe pagar lo debido y si paga de menos sigue debiendo hasta la cancelación total de la obligación.**

No es justo que un contribuyente valiéndose de un error de la Administración pueda tributar en menor medida que aquél, cuyo tributo fue liquidado en forma exacta y soporta una carga mayor, aun estando en igualdad de situación, violándose así el precepto constitucional que establece que la igualdad es la base del impuesto, consistente en el derecho de cada uno a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

Quisiera finalizar con una frase de Juan Bautista Alberdi en su obra "Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853":

"Por el impuesto mal colocado, matáis tal vez un germen de riqueza nacional. Por el impuesto mal recaudado, eleváis la contribución que forma un gasto adicional; atacáis la seguridad, formáis enemigos al gobierno, a la Constitución y al país, alejando a las poblaciones asustadas de un fisco armado en nombre de la República de todas las herramientas de la inquisición. Las contribuciones opuestas a los fines y garantías de la Constitución son contrarias precisamente al aumento del Tesoro Nacional, que según ellas tiene su gran surtidero en la libertad y en el bienestar general".

TUTORÍA

EL DERECHO PENAL EN TIEMPO DE ROSAS (*)
UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA OBRA
DE ESTEBAN ECHEVERRÍA
JUAN IGNACIO CARMONA
CLAUDIO ENRIQUE FERNÁNDEZ

EL INFANTE. - [...]Otra cosa aguardaban mis méritos y mis esperanzas! "Quien me elija, alcanzará lo que merece." ¿Y no merezco más? [...]
PORCIA. - El juicio no es ofensa: son dos actos distintos.

WILLIAM SHAKESPEARE
EL MERCADER DE VENECIA

Este trabajo pretende ser un ensayo sobre la libertad. Ahora bien, por tratarse de un concepto abstracto, debemos referirnos a un marco histórico determinado, de manera tal que el contexto político, social, económico y cultural permita materializarlo en una realidad concreta. Dicha realidad tuvo lugar en la República Argentina durante el período transcurrido entre 1829 y 1852.

Se dice comúnmente que la historia la escriben los triunfadores, pero del relato de nuestros sucesos pasados sólo se observan perdedores, pues si bien hubo algunos avances institucionales, éstos fueron la excepción que confirma la regla de la ausencia de tan necesaria actualización en materia institucional.

La exposición de la manifestación de dicha actividad, es decir, de la relación de nuestros acontecimientos públicos y políticos, demuestra que todos fuimos derrotados.

(*) Trabajo presentado en la clase de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, cátedra Dr. Hendler, Adjunto Tedesco, primer cuatrimestre, 1999.

Están quienes reprochan lo hecho y quienes lo justifican, es por eso que nos proponemos ser objetivos al asegurar que lo importante es el cuento y no quien lo cuenta.

Por ello es que decidimos analizar la sociedad en tiempo de Rosas a partir de la narración de Echeverría en su obra *El Matadero*.

Es en la figura del Juez que tiene lugar el representante “legal” del gobierno en el matadero: “personaje importante, caudillo de los carniceros y que ejerce la suma del poder público en aquella pequeña república, por delegación del Restaurador” (1), con una actuación fría, calculada, supuestamente conciliadora. Es quien legaliza la barbarie.

El imputado identificado como tal, no a través de un proceso de verificación e investigación de los hechos o actos que haya cometido sino por sus características físicas que se supone responden a una tipología de delincuente (patillas en forma de U, correspondiente a los unitarios), no es sujeto de derecho, sino un mero objeto de investigación, es decir, que no goza de derechos de ningún tipo ya que no puede defenderse en el campo procesal porque no cuenta con ninguna protección legal.

A través de los hechos expuestos en el relato objeto de análisis, se aprecia con claridad que el juez establece los mecanismos tendientes a obtener la verdad en forma discrecional sin tener que atenerse a figuras legales preestablecidas, asimismo se observa exactamente lo mismo con relación a la aplicación de la pena.

También advertimos en el evento objeto de estudio, la prueba de la aplicación del sistema de enjuiciamiento inquisitivo ya que uno de sus aspectos tiene que ver con la persecución pública de los delitos, situación que se ve claramente y surge del relato debido a que la aprehensión del imputado fue realizada por orden del juez.

Asimismo, el autor del Dogma Socialista reconoce en *El Matadero* que la sociedad argentina se encuentra dividida en dos partidos, siendo mayoría el federal, que favorecía las autonomías provinciales e identificándose con los caudillos (rosistas), mientras que el unitario conformaría la minoría, seguidores de la tendencia política que se manifiesta a favor de un gobierno centralizado e influen-

(1) Echeverría, Esteban; *La cautiva y El Matadero*. Buenos Aires, Ediciones Colihue, p. 131.

ciados por las ideas europeas contemporáneas (antirrosistas); que el primero se apoya en las masas populares, por su parte, el segundo no tiene bases locales de criterio socialista, y es algo antipático por sus arranques soberbios de exclusivismo y supremacía. Entre uno y otro se criaba la llamada Juventud Argentina. Claro está que los términos precedentes no se corresponden con la realidad de una manera absoluta.

Rosas tomaría en sus manos la causa nacional de la federación cancelando “las libertades públicas e individuales identificando la voluntad de Rosas con el destino nacional...” (2), sin embargo, en su fuero interno, sería unitario por convencimiento y métodos adoptados. Su temperamento hizo que gobernase con un sentido personal, patrimonial.

El ejercicio de su poder no tenía límite, pues el opositor era instantáneamente, por ese solo hecho, un enemigo, y servía para enardecer; su uso de las omnímodas “Facultades Extraordinarias”, sin control de nadie, se descendía a cada instante en la escala del gobierno regular y orgánico hasta llegar al paroxismo del poder personal, es decir, que se identificaban así la causa pública y la pasión íntima.

En el período transcurrido entre 1829 y 1832, Juan Manuel de Rosas gobernaría con facultades excepcionales otorgadas por la Legislatura al Poder Ejecutivo durante la guerra civil promovida por Lavalle, por ley del 6 de diciembre de 1829. Este régimen es consecuencia de la deslegitimación de las instituciones políticas provocada por una severa crisis.

Al concluir su período la Legislatura porteña no quiso renovar las facultades extraordinarias de Rosas y éste renunció.

En la etapa que sucede de 1835 a 1852, la dictadura de Rosas se explica porque llegó después del agotamiento de la política ilustrada de los unitarios y junto con los aires renovadores de la restauración europea; resultado de los agitados días de incertidumbre e inseguridad que vivió la provincia de Buenos Aires en los años 1833 y 1834, y que amagó a extenderse a otras provincias.

Por la ley del 7 de marzo de 1835 se le confiere la Suma del Poder Público por 5 años; esta ley fue plebiscitada en los días 26 a

(2) Romero, José Luis, *Breve Historia de la Argentina (1965)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 80.

28 del mismo mes y obtuvo 9320 votos (la casi unanimidad de los sufragantes). La Legislatura declara en 1840 (vencido los 5 años) y 1845, que continua en vigor la ley de 1835.

En marzo de 1850 es reelecto gobernador con las mismas “Facultades Extraordinarias”.

La concentración del poder parecería ser el precio a pagar para obtener la seguridad social, poniendo fin al período de conmoción. Esta concepción coincide con la sostenida por Hobbes (1588-1679) que concebía al Estado como un producto del miedo generado por el “estado natural de guerra de todos contra todos”; donde el poder concentrado significaba la pérdida del poder anárquico (3). Thomas Hobbes al referirse a la distinción entre el dominio de los derechos de los soberanos por institución y el dominio paternal (4), sostiene que el segundo difiere del primero, en que los hombres que escogen su soberano lo hacen por temor mutuo, y no por temor a aquel a quien instituyen (5). “Porque han de saber los lectores que en aquel tiempo la Federación estaba en todas partes, hasta entre las inmundicias del Matadero, y no había fiesta sin Restaurador como no hay sermón sin San Agustín...” (6).

Su gobierno de “fuerza” fue creciendo por etapas (tal como ocurre en los casos de despotismo) al ritmo del aumento de la potestad judicial del Poder Ejecutivo. Al decir de Cháneton: “El avasallamiento del poder judicial fue paulatina y metódicamente consumado: unas veces por acuerdos de gobierno, y otras por actos de prepotencia sin ambages” (7).

La independencia de los Poderes Políticos es una de las bases primordiales del sistema representativo republicano, por lo que

(3) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Buenos Aires, EDIAR, 5ª edición, 1986, p. 208.

(4) Hobbes, Thomas; *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Parte II, Del Estado, Capítulo XX: “Del Dominio Paternal y del Despótico”*. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2ª edición en español, 1980, p. 162.

(5) Debemos recordar lo mencionado anteriormente respecto a que la deslegitimación de las instituciones políticas era la fundamentación del régimen de gobierno rosista.

(6) Echeverría, Esteban; *El Matadero*, p. 129

(7) Cháneton, Abel; *Historia de Vélez Sársfield*, t. I. Buenos Aires, Biblioteca de la Sociedad de Historia Argentina, 1937, p. 144.

reunir el ejercicio de ellos en un solo individuo o poder es lo que constituye el despotismo.

Rosas desempeñó los tres poderes del Estado, pues si bien los legisladores y magistrados continuaron en sus funciones existía una sumisión completa, salvo excepciones, a su autoridad.

La Junta se ocupaba únicamente de los proyectos que Rosas le sometía. En varias oportunidades el propio gobernador se abocó al conocimiento de causas judiciales, hizo cambiar el régimen procesal o quitó los autos a los jueces competentes. En el conglomerado funcional se hablaba del gobernador como si él fuera la suma y epicentro de todo el mundo institucional.

Las resoluciones tendrían entonces carácter normativo, puesto que toda la densidad doctrinaria y jurídica son “Leyes”.

Parecería, entonces, que el alcance de la política criminal no tuviese límites, dado que el hecho de subordinar los principios de igualdad y libertad al de autoridad es una de sus fundamentales características. Sin embargo, como tan acertadamente indica Binder, ésta no es absolutamente ilimitada, pues aunque sean meramente formales, se establecen límites que permitan sostener la credibilidad del modelo (8).

La concepción del orden rosista suponía el imperio de la ley, tal como se aprecia en el discurso público de su régimen, así el gobernador era llamado el “Restaurador de las Leyes”; pero lo que se restauraba era la obediencia a las mismas, su implementación, y no las leyes propiamente dichas, es decir, su naturaleza.

Es claro que, más allá de su doble discurso, se quería establecer un modo correccional del delito que subyace en el fin de la pena, preventivo general (9) (Feuerbach) (10), dirigida en la influencia que de ella derive hacia la comunidad. Que se manifiesta en dos aspectos: el primero, negativo, describe el concepto de la intimidación

(8) Binder, Alberto M.; *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 33.

(9) Roxin, Claus; *Derecho Penal. Parte general*. t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* Cap. 3: *Fin y justificación de las medidas de seguridad*. Roxin apoya la concepción de Feuerbach sobre el sentido de la prevención general, p. 89.

(10) Feuerbach, Paul Johan Anselm (1775-1833), considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho penal alemán.

ción de otros que potencialmente corren el peligro de cometer delitos semejantes, y cuya crítica es la no limitación de las penas con respecto a la culpabilidad, pues, la idea de que las penas más altas y más duras tengan un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente (como la pena de muerte para los robos o heridas aunque fueran leves) la razón más frecuente de las penas “sin medida”.

En cuanto al segundo aspecto, el positivo, con el que se busca la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico, esto es, demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo. De tal manera que se logra así legitimar el poder de mando, encubriendo un modelo autoritario, a través del consenso social. La coerción sería simultáneamente el producto y el productor de este último.

La identificación del orden con el imperio de las leyes no coincidía con una concepción articulada en torno a la noción de derechos individuales imprescriptibles, puesto que su imposición en la sociedad se lograría principalmente por medios coercitivos.

En resumen, el derecho de Rosas de ejercer coerción se apoyaría sobre un consenso previo del pueblo mientras que el imperio de la ley provendría del accionar coercitivo del poder rosista.

Se trata, entonces, de una concepción que recepta al derecho como un medio que posibilita el accionar estatal, en lugar de concebirlo como la libertad de los individuos que restrinja el poder de su autoridad.

Las leyes sólo podían ser consideradas válidas si gozaban de un consenso social previo, sin embargo, este último no podía ser el fruto de una reunión de voluntades individuales, así es que se invocaba a la situación política y social anterior al advenimiento del rosismo para justificar la recepción de las facultades extraordinarias (11).

La federación formaba parte de la propia nacionalidad, de la esencia y ser del país, ya no sólo pertenecía a un partido político sino al sistema nacional.

En poder de las Facultades Extraordinarias inicia una cruzada implacable contra los unitarios, de persecución y exterminio, a

(11) Myers, Jorge; *Orden y Virtud. El discurso republicano en el régimen rosista*. Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 1995, pp. 76/77.

quienes sindica como una logia de criminales y asesinos. Se puso así, en movimiento el engranaje gubernamental, utilizando a los funcionarios centralizados al gobierno (Jueces de Paz, Comisarios de Policía, Comandantes Militares), así como el sistema de filiaciones y clasificaciones en la individualización y reconocimiento de las personas, adoptando distintivos y lemas para la federación y contra los “salvajes unitarios”.

El 3 de febrero de 1832 tuvo lugar la realización del decreto que ordena el uso del distintivo denominado cinta punzó colocado visiblemente en el lado izquierdo sobre el pecho, divisa que identifica a los “Defensores de las Leyes” (innecesario debido a la concreción en toda la república de la causa). Es con este espíritu que el Gobierno decretó su uso para todos los empleados civiles y militares, los seculares y eclesiásticos que por cualquier título gocen de sueldo, pensión o asignación del tesoro público; todos los que aun cuando no reciban sueldo del Estado se consideren como empleados públicos, bien por la naturaleza de su ejercicio o profesión, bien por haber obtenido nombramiento del Gobierno. Llevarán en la divisa la inscripción FEDERACION O MUERTE los empleados militares, mientras que todos los restantes llevarán la inscripción FEDERACION. Otra particularidad puede notarse con la prensa a través de un decreto de febrero de 1832 que disponía: “nadie podrá establecer imprenta [...] sin expreso permiso del gobernador” (12), restringiendo de esta forma “el derecho de publicar de palabra o por escrito sus opiniones” (13) al ser éste un atributo inherente al de la libertad individual.

El día 27 de mayo de 1835 se produjo el acuerdo mandando cargar dicho distintivo a los preceptores y demás empleados de escuelas, propendiendo a que los discípulos lo hiciesen, persuadidos de que los ciudadanos deben ser educados según las miras políticas que el Gobierno se proponga en beneficios del Estado (14).

Este distintivo federal, al igual que los colores nacionales constituían una señal de fidelidad a la causa del orden, y de paz y unión entre sus hijos bajo el sistema federal, para afianzar así los princi-

(12) Myers, Jorge; *op. cit.*, p. 133; fuente: *Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires*, t. 2, vol. 1832, Bs. As, 1874.

(13) Echeverría, Esteban; *Dogma Socialista. Crítica y documentada. Prólogo de Alberto Palcos*. La Plata (República Argentina), Biblioteca de autores nacionales y extranjeros, volumen II, 1940, pp. 165-166.

(14) Myers, Jorge; *op. cit.*, pp. 128/129.

pios y poder sostenerlos en adelante con tanto empeño como la misma independencia nacional. Situación que permitiría un mayor control de los individuos, en una suerte de panóptico social (15), en donde la vigilancia se apoyaría en los mismos integrantes de la sociedad.

Las cuatro o cinco generaciones que se han sucedido desde entonces han sido educadas, por la tradición oral transmitida en los hogares y por la enseñanza escolar, en el santo horror de aquel sistema de gobierno y de sus métodos siniestros.

Por un Aviso Oficial de la Policía, del 10 de noviembre de 1837, se trató de reprimir la acción de los malvivientes en pulperías o cualquier otro sitio: "... a todo individuo a quien se le oyere por las calles, pulperías o en cualquier otra parte, hablar o proferir alguna palabra o palabras obscenas, o descortesas: los jóvenes o muchachos serán destinados a tambores y trompas en los cuerpos de línea [...] a fin de que sean corregidos en un vicio tan perjudicial a la sociedad..." (16).

En esta perspectiva puede equipararse con el positivismo criminológico peligrosista y esa idea de persecución ideológica que se funda en el consenso alrededor de los valores e intereses asumidos como generales; significa proponer a la sociedad como un bien y a la desviación criminal como un mal y por lo tanto a la política criminal como legítima y necesaria reacción de la sociedad para la tutela y afirmación de los valores sobre los que se funda el consenso de la mayoría.

Dicha desviación criminal tiene fundamento en un atributo de peligrosidad dado por un tipo de hombre determinado, esto significa que el individuo debe ser considerado por la sociedad al nivel de sus virtualidades y no de sus actos; no al nivel de las infracciones efectivas a una ley también efectiva sino de las virtualidades de comportamiento que ellas representan. Así deviniendo en un derecho penal de autor (17), en contraposición con el de acto.

Un hecho que ilustra lo dicho es la discusión, ruidosa por cierto, del artículo 7º del Tratado del Litoral celebrado el día 4 de enero

(15) Bentham, Jeremías; *Panóptico*. Puebla, México, Premià, 1989, pp. 71, 79/80.

(16) Díaz, Benito; *Rosas, Buenos Aires y la organización nacional*. Buenos Aires, El Coloquio, colección nº 2, 1974, p. 232.

(17) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *op. cit.*, p. 72.

de 1831 entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos (invitando, por artículo adicional, a Corrientes a adherirse), acontecimiento que tiene íntima conexión con las garantías procesales. Según dicho artículo los gobiernos de aquellas provincias se comprometían a no dar asilo a ningún criminal que se acogiese a una de ellas, huyendo de las otras, por delito, cualesquiera que sea, y ponerlo a disposición del Gobierno respectivo que lo reclamase como tal. Esta medida permitiría perseguir a los simples enemigos políticos, aunque no hubieran cometido crimen alguno, por lo que representa un arma terrible (18). A finales de 1832 eran pocas las personalidades que se atrevían a cuestionar la autoridad del Poder Ejecutivo.

Podemos agregar en cuanto a los límites de intervención del Estado, que por lo visto, nos referimos a un modelo perfeccionista (19) que no puede permanecer neutral respecto de concepciones de lo bueno en la vida y debe adoptar las medidas educativas, punitivas, etc., que sean necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien. Esto es justamente una contradicción en cuanto a lo que es bueno ya que: el derecho es moral, precisamente porque es la posibilidad de lo inmoral (Radbruch) (20).

El perfeccionismo, como base en el Estado con relación a la intervención, deriva en un modelo de derecho y de proceso penal llamado inquisitivo o antigarantista (21). Según el primer aspecto, definición normativa, sustancialista, el objeto de conocimiento y de tratamiento penal no es tanto ni sólo el delito en cuanto formalmente previsto como tal por la ley, sino la desviación criminal en cuanto en sí misma inmoral o antisocial, y más allá de ella, la persona del delincuente, de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente, suficiente pero no siempre necesaria para justificar el castigo.

(18) El 27 de enero de 1831, en la sesión siguiente —luego de cuatro anteriores— se consiguió la mayoría y el artículo quedó ratificado.

(19) Nino, Carlos S.; *Ética y Derechos Humanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989; pp. 413-420.

(20) Cavallero, Ricardo J.; *¿El principio de respeto a la autonomía ética del art. 19 constitucional recorta el poder punitivo estatal en relación a la tenencia de estupefacientes para uso personal?* en *Justicia Criminal. Debates en la Corte Suprema*, 2ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1997, p. 65.

(21) Ferrajoli, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. Cap. 1 (a. 1), pp. 41/42.

Por otro lado, las medidas de defensa social —de las medidas de prevención a las de seguridad, hasta las medidas cautelares de policía—, son todas irrogables a los supuestos variadamente subjetivos, como la mera sospecha de haber cometido delitos o, peor, la peligrosidad social del sujeto legalmente presumida conforme a condiciones personales o de status. Perseguir no tanto por lo que se ha hecho sino, sobre todo, por lo que se es.

Existe una confusión entre derecho y moral (idea propia de un Estado perfeccionista) o entre derecho y naturaleza, permitiendo discriminaciones subjetivas e invasiones incontroladas en la esfera de la libertad de los ciudadanos, de este modo, lo que se fundamenta es la relevancia penal que en el modelo sustancialista es directamente cualquier pretendida verdad y no ya la sola autoridad de la ley.

En cuanto a las prácticas procesales, segundo aspecto, es distinguible el decisionismo procesal (22), que es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas y en las técnicas conexas de prevención y de defensa social. Subjetividad que se manifiesta, por un lado, en el carácter subjetivo del tema procesal, consistente más que en hechos determinados en condiciones o cualidades personales, como la pertenencia del reo a “tipos normativos de autor” o su congénita naturaleza criminal o peligrosidad social; por el otro, en el carácter subjetivo del juicio, que, en ausencia de referencias fácticas exactamente determinadas, resulta basado en valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho, degradando así, la verdad procesal de verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a convencimiento íntimamente subjetivo y, por tanto, irrefutable del juzgador (23).

A la atenuación de la estricta legalidad (que se verá posteriormente) se une la de la estricta jurisdiccionalidad, esto es, una acentuación, hasta los límites de arbitrariedad, del poder de etiquetamiento y de la inquisición del juez, que viene a configurarse según la ocasión como confesor, psicoanalista o terapeuta social, en todos los casos desvinculado de criterios rígidos y ciertos de calificación penal. De esta manera, se llega a un tipo de verdad sustancial o material, es decir, una verdad absoluta y omnicomprensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines

(22) Ferrajoli, Luigi; op. cit., pp. 42-43.

(23) La Ley del 6/12/38: obliga a fundar la sentencia.

legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales.

La existencia de las facultades extraordinarias no implicaba la desaparición de los instrumentos habituales de la judicatura, representaba sí, una función judicial ejercida con timidez, con cargos amovibles, cuya permanencia en los puestos dependía de la simpatía del gobernante. La jurisdicción de los magistrados era cercenada a diario, declarándose que los delitos debían juzgarse a estilo militar, para eludir las fórmulas pausadas del procedimiento corriente. Es así como surgen, bajo los más variados nombres, los denominados “Tribunales Especiales”; y los funcionarios observaban, sin garantías para protestar, cómo el Poder Ejecutivo se erigía en dispensador de la justicia, dictando fallos o notificando los que le elevaban, por la vía de “consulta”, los órganos adventicios. Es ejemplificador el hecho de que un gobernante daba órdenes directas a los Jueces de Paz de Campaña, que obraban cual sumisos empleados administrativos, encargándoles decretar arrestos, trabar embargos, practicar secuestros, “[...] su seguridad, su vida y sus bienes, están a merced del capricho de un mandatario” (24).

Medidas como impartir órdenes directas de “embargo”, “confiscación” y “desembargo” (por solicitud directa), a cargo del Gobernador eran la antítesis de un poder judicial orgánico.

Una de las características del poder monárquico absoluto era la no necesidad de dar explicaciones a los súbditos sobre cualquier acto de autoridad que se efectuase, así las decisiones judiciales, al emanar por delegación o mandato de la autoridad del poder soberano, personal e indiscutible, tampoco requería de mayores fundamentos. Fundar una sentencia es razonarla, y el arte suasorio no ha sido nunca grato al poder absoluto. Además, esto representaría una garantía contra lo arbitrario.

La monarquía española tenía prohibido fundar las sentencias por temor a las “cavilaciones” de los litigantes, y éstas no eran otra cosa que la crítica, que hubiera sido perfectamente legítima, de los fundamentos.

La concepción absolutista del autoritarismo real sostenía que de la discusión de las ideas se tiende a pasar al análisis de la persona del Magistrado, y discutida la autoridad, ésta queda desme-

(24) Echeverría, Esteban; *El Dogma Socialista...*, p. 166.

drada (25). Es en función de esto que el primer aliento del régimen republicano argentino ha sido exigir que los pronunciamientos judiciales estuviesen fundados en ley, comenzando por la materia penal.

No obstante lo dicho, el 6 de diciembre de 1838, se ordenó por ley fundar ampliamente las sentencias que dictaba el Tribunal Superior de Recursos Extraordinarios, lo cual produjo un progreso innegable del organismo jurisdiccional, al igual que el comienzo de la publicidad de los fallos. Pero tales sentencias sólo tenían fuerza ejecutiva mediante un “Cúmplase” del Gobernador, lo que importaba negar que existiese una potestad judicial autónoma.

Las garantías procesales no contaron con un progreso venido por vía de reforma jurídica procesal, sino netamente de carácter político, nacidas como consecuencia de la estructura de las nuevas instituciones libres.

El Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811, facilita un punto de origen al establecer: “Nadie puede ser penado sin sentencia legal”; en la Constitución de 1819 en su art. 118 decía “ningún habitante del Estado puede ser penado, ni confinado, sin que preceda forma de proceso y sentencia legal”; la Constitución de 1826 en su art. 159 decía “todos los habitantes del Estado deben ser protegidos en el goce de su vida, reputación, libertad, seguridad propiedad. Nadie puede ser privado de ellos sino conforme a las leyes” y según el art. 171 tampoco “[...] puede ser penado, ni confinado, sin que preceda juicio y sentencia legal”; fue en época de Rosas que se obligó a fundar las sentencias. Pero esta garantía se concreta a lo penal, ya que no se establece explícitamente para todas las jurisdicciones. Esta última modalidad ha de influir en todos los ulteriores ensayos constitucionales, e incluso en la Constitución de 1853. “No hay libertad [...] donde sin haber violado la ley sin juicio previo ni forma de proceso alguno, puede ser encarcelado o privado del uso de sus facultades físicas o intelectuales” (26).

Ni el “Reglamento para la Administración de Justicia de las Provincias Unidas del Río de la Plata” (sancionado por el Triunvirato el 23 de enero de 1812, donde en una importante ley se suprime la “Real Audiencia” y se crea la “Cámara de Apelación”), ni el “Regla-

(25) Méndez Calzada, Luis; *La función judicial en las primeras épocas de la independencia (estudio sobre la formación evolutiva del Poder judicial Argentino)*. Buenos Aires, Losada, 1994, p. 427.

(26) Echeverría, Esteban; *El Dogma Socialista...*, p. 166.

mento para la Administración de Justicia” (dictado el 6 de septiembre por la Asamblea del año 13, que dejó en gran parte subsistentes los principios establecidos por el Triunvirato), que tenían en vista el propósito especial de organizar el Poder Judicial consignaron la obligación de que todo fallo, cualquiera que fuese su naturaleza, civil o penal, debiese ser fundado.

Sin embargo, la fórmula general (fallos de toda índole) la encontramos por primera vez en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1854. Cabe recordar que el período de gobierno de Rosas finalizó en 1852.

La intención legislativa era establecer garantías para los casos “penales”. No puede haber duda del espíritu de los redactores del cuerpo legal, ante lo intergiversable de las palabras: “[...] toda sentencia en causa criminal [...] ha de ser pronunciada por el texto expreso de la ley” (27).

Dichas garantías anteriormente expuestas son claramente vulneradas en la crónica descrita por Echeverría en *El Matadero*, en cuanto a la inexistencia de un juicio previo al castigo recibido. Otro caso fue el de José María Paz, quien en los momentos de su máximo poder, fue llevado a prisión por el término de ocho años, sin proceso, ni leyes que lo justificaran, salvo los caprichos del mandamás o del Restaurador de las leyes, como le gustaba que lo llamaran a Rosas; igualmente hallamos el caso de Monteros que fue llamado por Rosas sin sospechar que fuese conocida su connivencia en la conspiración desviada, Rosas lo recibió y lo mandó a fusilar sin darle tiempo para cosa alguna.

El 31 de octubre de 1840, Rosas, invocando en un decreto la necesidad de garantizar el orden y la tranquilidad de los ciudadanos, restableció un decreto de abril de 1812: las causas (penales) se substanciarán sumariamente y en el menor término posible, procediendo en este estado a juzgar, sentenciar y ejecutar sin demora, y de un modo que sea capaz de contener y escarmentar a los facinerosos, y agregó más tarde que no se diera al reo más audiencia que la de formarle culpa y cargo en su confesión, y que la sentencia fuera ejecutada inmediatamente; y Rosas agregó la pena de muerte contra todo autor de robos o heridas aunque fueran leves.

La época y la educación debían consentir este aspecto de la justicia represiva, esa indiferencia por la vida y por el peligro de

(27) Méndez Calzada, Luis; *op. cit.*, p. 429.

condenar a un inocente. “El caso es reducir al hombre a una máquina cuyo móvil principal no sea su voluntad sino la de la iglesia y el gobierno” (28).

El remedio ante la conmoción residía en demostrar el carácter inevitable del castigo, y en ejercer su aplicación con toda celeridad; se trataría de la necesidad de acelerar el curso de los juicios criminales ante la indulgencia e impunidad.

El mismo Gobernador Rosas, el día de hacerse cargo del mando expresó en una Proclama su exigencia de “un poder sin límites”, que a pesar de toda su odiosidad lo ha considerado necesario. “El remedio de los males (la impiedad, el desorden) no puede sujetarse a formas...”. La sanción debía ser [...] “pronta y expedita” (29).

Esta es la característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo (30), se trata de la concentración del poder procesal en una única mano: perseguir y decidir.

La administración de justicia se organiza, así, jerárquicamente, por delegación de la atribución de juzgar en funcionarios de mayor y menor jerarquía, y a la inversa, regresa (efecto devolutivo) hacia el gobernador de la misma manera, cuando se torna necesario revisar los fallos de los funcionarios inferiores (recurso de apelación restablecido por Rosas).

El acusado representa un objeto de persecución, en lugar de un sujeto de derechos, de allí que era obligado a incriminarse él mismo, mediante métodos crueles para quebrar su voluntad y obtener su confesión (averiguación de la verdad histórica). “La sala de la casilla tenía en su centro una grande y fornida mesa [...] para dar lugar a las ejecuciones y torturas de los sayones federales del matadero” (31).

El papel de la defensa resulta irrelevante o se considera un obstáculo para la buena marcha del juicio; el objeto privilegiado del proceso no es el hecho-delito sino la personalidad criminal del reo.

(28) Echeverría, Esteban; *El Matadero...*, p. 129.

(29) Méndez Calzada, Luis; *op. cit.*, p. 386.

(30) Maier, Julio B. J.; *Derecho procesal penal*, t. I. *Fundamentos*, 2º ed., Buenos Aires, Del Puerto, 1996; pp. 446-454.

(31) Echeverría, Esteban; *El Matadero...* p. 140.

El procedimiento consistía en una investigación secreta, cuyos resultados constan por escrito (actas), que es el material sobre el cual se dicta el fallo. El secreto responde a la necesidad de una investigación sin debate (característica, aún hoy, conservada en el sistema de enjuiciamiento mixto de Argentina).

Investigación, secreto, escritura, discontinuidad, falta de debate y delegación son, en realidad, caras diferentes de un mismo método para alcanzar fines políticos claramente definidos, y por ello resultan características interdependientes del procedimiento.

El nexo entre sistemas de garantías penales y sistemas de garantías procesales (antigarantista o sustancialista) se manifiesta en la perfecta correspondencia con un modelo procesal sustancialista o de mera jurisdiccionalidad, que puede llamarse decisionista, es decir, el dirigido al descubrimiento de una verdad sustancial y global fundada esencialmente sobre valoraciones (32). Con un criterio predeterminado de lo que es delito y/o de quien sea el reo. Un criterio sustancialista de definición del delito —expresados con fórmulas del tipo “es reo aquel que es enemigo del pueblo” o “es delito cualquier acto hostil contra el estado”— no puede sino fundar en modelos decisionistas de proceso penal orientados a la averiguación de las verdades éticas o políticas que van más allá de la prueba. Ejemplo claro son preguntas tales como “—¿Por qué no llevas luto en el sombrero por la heroína? —¿No sabes que así lo dispuso el Restaurador?” (33).

El carácter valorativo del juicio depende sobre todo del defecto de estricta legalidad (que propone excluir por arbitrarias o discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas) del derecho sustancial, a causa de la cual la actividad instructora no puede ser cognoscitiva sino sólo valorativa del hecho, al no ser re-cognoscitiva sino valorativa en derecho.

Claramente puede apreciarse que se debe a una desvalorización del papel de la ley como criterio exclusivo y exhaustivo de definición de los hechos desviados; esto es, la previsión de figuras de delito indeterminadas, es decir, idóneas para connotar en términos vagos o valorativos modelos globales de desviación —como, por ejemplo, lo es aquí la desobediencia a la autoridad pública, enemigo del pue-

(32) Ferrajoli, Luigi; *op. cit.*, pp. 41-44.

(33) Echeverría, Esteban; *El Matadero...* p. 142.

blo— en vez de denotar unívocamente supuestos típicos criminosos empíricamente determinables.

Del texto que precede se deriva un claro retroceso institucional, consecuencia directa de una gestión macabra. La historia argentina no fue una historia rosa, fue un período histórico de involución, cuyas consecuencias aún repercuten en nuestros días.

Al mismo tiempo, ésta es una de las hojas de esa rama que junto con otras características prácticas tales como tener un líder absoluto, delegados, símbolo propio, distintivos, uniformes, causa única, autocontrol entre sus miembros, forman la estructura de una sociedad cómplice de ese dominio. Y por encima de dichos rasgos existen el orden, la disciplina y el sentimiento de comunidad, creando así, como resultado emergente producto de ese modelo un notorio desequilibrio en que se hallaban algunos individuos para poder disponer realmente de sus derechos en un pie de razonable igualdad y libertad. Esta última sólo consagrada sin límites en la mente de aquellas personas, ya que la culpa era pensar y el delito expresarse. “[...] Qué delito cometí contra vosotros naciendo [...] ¿No nacieron los demás? [...]” (34).

Con respecto a la comunidad y esa ficticia idea de igualdad, someten a la libertad y al principio de reserva, problema que históricamente se ha tratado, en la medida que se prevalece la seguridad como control de la sociedad por sobre la libertad individual. “Quizá llegue el día en que sea prohibido respirar aire libre, pasearse y hasta conversar con un amigo, sin permiso de autoridad competente” (35).

El control social concretado por un gobierno político con respaldo en un poder con base en la generalidad del interés público, no tiene justificación en la razón cuando es en desmedro de las libertades individuales que dicho poder se erige, pues, ante el detrimento de los derechos inalterables no podría hablarse ni de interés ni de público.

Aunque pequemos de repetitivos y poco originales creemos que es valioso insistir y defender principios semejantes al de igualdad, libertad, legalidad, reserva y culpabilidad como bases de una sociedad democrática.

(34) Calderón de la Barca, Pedro; *La vida es sueño*. Monólogo primero de Segismundo. España, Salvat Editores, 1970, p. 20.

(35) Echeverría, Esteban; *El matadero...*, p. 129.

“Por la ley de Dios y de la humanidad todos los hombres son libres” (36).

BIBLIOGRAFIA

— Bidart Campos, Germán J.; *Historia e ideología de la Constitución Argentina*. Buenos Aires, EDIAR, 1969.

— Binder, Alberto M.; *Política Criminal, de la formación a la praxis*. Buenos Aires, 1997.

— Binder, Alberto M.; *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, 1993, Cap. II.

— Calderón de la Barca, Pedro; *La vida es sueño*. Monólogo primero de Segismundo. Navarra, España, Salvat Editores, 1970.

— Cavallero, Ricardo J.; *Justicia Criminal. Debates de la Corte Suprema*. 2^o edición, Buenos Aires, Universidad, 1997.

— Cháneton, Abel; *Historia de Vélez Sársfield*, t. I. Buenos Aires, Biblioteca de la Sociedad de Historia Argentina, 1937.

— Díaz, Benito; *Rosas, Buenos Aires y la organización nacional*. Buenos Aires. El Coloquio, colección ensayos n^o 2, 1974.

— Echeverría, Esteban; *Dogma Socialista. Crítica y documentada. Prólogo de Alberto Palcos*. La Plata (República Argentina), Biblioteca de autores nacionales y extranjeros, volumen II, 1940.

— Echeverría, Esteban; *El Matadero*, en *La cautiva y El Matadero*. Buenos Aires, Ediciones Colihue,

— Ferrajoli, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995; Caps. 1, 5, 7, 9.

— Ferrajoli, Luigi; *El derecho penal mínimo*, en *Revista Poder y Control*, N^o 0, 1986.

— Foucault, Michel; *El castigo generalizado*, en *Vigilar y Castigar*, México, Siglo XXI, 1976, Cap. I de la segunda parte (Castigo).

(36) Echeverría, Esteban; *El Dogma Socialista...*, p. 166.

- Foucault, Michel; *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1991.
- Giménez Bonet, A.; *La Constitución de 1826*. Buenos Aires, 1947.
- Hobbes, Thomas; *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2ª edición en español, 1980.
- Levene, Ricardo; *Historia del Derecho Argentino*, ts. VII, VIII, IX, X. Buenos Aires, C. Kraft, 1945 a 1958.
- Maier, Julio B. J.; *Derecho procesal penal*, t. 1: *Fundamentos*, 2º ed., Buenos Aires, del Puerto, 1996.
- Méndez Calzada, Luis; *La función judicial en las primeras épocas de la independencia (estudio sobre la formación evolutiva del Poder judicial Argentino)*. Buenos Aires, Losada, 1994.
- Mill, John Stuart; *Ensayo sobre "La Libertad" (1859)*, Materiales de cultura y divulgación política clásica 5, Partido Revolucionario institucional /CEN.
- Myers, Jorge; *Orden y virtud: el discurso republicano en el régimen rosista*. Universidad Nacional de Quilmes, 1995.
- Nino, Carlos S.; *Ética y Derechos Humanos*, 2º ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.
- Pavarini, Massimo; *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Primera Parte: Criminología y orden burgués*. México, Siglo XXI, 1993
- Pereira Pinto, Juan Carlos; *Los antecedentes Constitucionales Argentinos. (Historia de la Constitución)*. Buenos Aires, Ed. El Coloquio de Económicas, 1968.
- Rivarola, Rodolfo; *Orígenes y evolución del derecho penal argentino (conferencia leída en el "Centro Jurídico y de Ciencias Sociales")*. Buenos Aires, Revista Jurídica, tomo 4, 1900.
- Roxin; *Derecho Penal. Parte general. T. 1, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, cap. 3.
- Saravi, Mario Guillermo; *La suma del poder: 1835-1840*. Memorial de la patria, director Félix Luna. Ediciones La Bastilla, 1976.

— Scheverry, Sara María; *Acontecimientos Históricos de la Constitución Nacional*. 1915.

— Tau Anzoátegui, Víctor; *La Codificación en la Argentina (1810-1870) Mentalidad social e ideas jurídicas*. Buenos Aires 1977.

— Tau Anzoátegui, Víctor; *Formación del Estado Federal Argentino (1820-1852). La intervención del gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales*. Editorial Perrot, 1965.

— Taylor I., Walton P. y Young J.; *La nueva criminología, contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Ed. Amorrortu, noviembre de 1990.

— Vélez Mariconde, Alfredo; *Derecho Procesal Penal*, T. 1, 3º ed., Córdoba, Marcos Lerner, 1982, cap. III.

— Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Buenos Aires, 1987, 5º edición, 1986, Cap. II; Cap. V.

— Zorraquín Becú, Ricardo; *Historia del Derecho Argentino*, tomo II (1810-1960). Editorial Perrot, 1986 1ª edición.

BLANCA 220

ENTREVISTA

BLANCA 222

ENTREVISTA A GERMAN J. BIDART CAMPOS

Estudio Wanschellbaum
Santiago

EMILIO WEINGELBAUM

DANIEL ALBERTO SABBAY

BEATRIZ SUSANA RIVAS

SIRAFIMIAN NEIMARK

CONSULTOR ASOCIADO:

GERMAN J. BIDART CAMPOS

A la Revista "Lecciones y Ensayos"

Queridos amigos:

*La generosa carta que me hizo
llegar a través de Roberto Spota me em-
cionó mucho. Se las agradezco de todo cor-
dón con mucho cariño, deseando que sus
respuestas al cuestionario propuesto sean sa-
tisfactorias y, dentro de su brevedad, re-
sulten claras en su lectura por los lectores.*

Un fraternal abrazo

German J. Bidart Campos

Cuestionario

1. ¿Puede hacerse Derecho Constitucional sin Ciencia Política? ¿Y sin Historia? ¿Cuáles son sus ventajas e inconvenientes?

Como poder hacerse, se puede. Lo que ocurre es que resulta muy difícil hacer derecho constitucional "aséptico", o sea, sin las conexiones con la ciencia política y con la historia (política y constitucional). Un mínimo de remisiones a la ciencia política y a la historia creo que no solamente es útil, sino indispensable, porque de lo contrario, muchos temas no podrán comprenderse ni explicarse bien, o acaso se-

rán objeto de un tratamiento explicativo fragmentado. Por eso empecé diciendo que era difícil hacer derecho constitucional a secas.

2. ¿Los Derechos Humanos deben ser estudiados como disciplina autónoma o como subespecie del Derecho Constitucional?

Prefiero que los derechos humanos sean objeto de un doble estudio, o sea, de dos asignaturas. Por supuesto que en el derecho constitucional los derechos humanos se estudian y se deben estudiar, pero el enfoque que se les da es el propio de la constitución donde los derechos tienen base —expresa o implícita—. Es decir, en derecho constitucional los derechos humanos se analizan desde la positivación normativa y fáctica (o sociológica) que logran, o no, en un derecho constitucional determinado, que es del estado al que ese derecho constitucional pertenece. En cambio, una asignatura de derechos humanos autónoma —si así cabe llamarla— tiene su propio contenido, en el que —por ejemplo— se estudian los fundamentos de los derechos desde un punto de vista iusfilosófico, desde su desarrollo histórico, más los condicionamientos sociopolíticos, económicos, culturales, etc. que favorecen o perjudican su vigencia. Y se añade un enfoque jurídico —por supuesto— de derecho constitucional general, y hasta podría ser de derecho comparado, más el propio del derecho internacional de los derechos humanos. La dualidad que yo prefiero es la que con el nuevo plan de estudios se viene aplicando en nuestra Facultad.

3. ¿Cree Ud. que la imposibilidad fáctica de dar cumplimiento a una amplia cantidad de derechos y declaraciones establecidos en la Constitución Nacional, en particular las largas listas de derechos consagrados por intermedio de los incisos 17, 19, 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, afecta o puede afectar la legitimidad de la propia Constitución?

Yo contestaría esta pregunta diciendo que el texto escrito, o la "letra" de la Constitución reformada en 1994, no pierde legitimidad, si es que coincidimos en reconocer —como personalmente yo lo hago— que el acrecimiento que nuestro sistema de derechos ha logrado a partir de entonces, es bueno, es justo, está de acuerdo con la progresividad y maximización del plexo axiológico. Lo que ocurre es que si todo eso se queda bloqueado e inerte en la letra de las normas constitucionales, lo que se deslegitima es el sistema democrático en su vigencia real, en su funcionamiento sociopolítico. Y, por supuesto, la constitución que permanece escrita sin cumplirse —acaso hasta siendo violada por omisión— pierde credibilidad y respeto en las valoraciones sociales, lo cual es muy malo para la democracia y para el régimen político en general.

4. ¿Cuáles son los ejemplos más recientes y relevantes de los supuestos que habilitarían, a su entender, la declaración de la inconstitucionalidad por omisión?

Propongo un solo ejemplo: el que impide al poder ejecutivo —según mi interpretación— dictar decretos de necesidad y urgencia por no existir la Comisión Bicameral Permanente que debe darles seguimiento y control hasta su ingreso a las cámaras del congreso. Quizá se pueda añadir, según la interpretación que se adopte por cada uno, que también hay omisión inconstitucional en no haberse dictado la ley que reglamente qué le ocurre al decreto de necesidad y urgencia una vez que, en su etapa final, ingresa al congreso. Yo no estoy muy seguro de que esta última omisión revista la entidad inconstitucional que para mí tiene la inexistencia de la Comisión Bicameral, porque si ésta existiera —como también existe el Jefe de Gabinete de Ministros— el tratamiento del decreto en el congreso sería capaz de funcionar aun sin ley reglamentaria, aplicándose una serie de pautas y principios constitucionales (por ej., el que prohíbe la sanción ficta o tácita, que tanto con ley como sin ley impide tener por aprobado un decreto de necesidad y urgencia por el mero silencio del congreso, que ni lo aprueba ni lo rechaza).

5. ¿A qué motivo atribuye Ud. la no reglamentación del instituto de Juicio por Jurados contemplado en los artículos 24 y 118 de la Constitución Nacional?

Esta pregunta sugiere muchas cosas. Para empezar, me limito a lo que ella estrictamente plantea. Creo que el juicio por jurados no ha sido reglamentado porque por mucho tiempo una opinión predominante ha considerado que no responde a nuestra tradición judicial y que es un trasplante de una institución ajena a nuestro medio. Más allá de esto, la no reglamentación durante un siglo y medio no configura, para mí, una omisión inconstitucional porque la fórmula que emplea el viejo art. 102, hoy art. 118, le depara al congreso el tiempo que éste crea conveniente tomarse, ya que el texto alude a que los juicios criminales se terminarán por jurados luego que en la república se establezca esta institución. Acá hay una prórroga para dictar la ley y para que funcione el jurado, que queda librada a juicio del propio congreso, de modo que si hasta ahora no ha dictado esa ley, me parece que no puede pretenderse que el jurado tenga que funcionar ya. La fórmula del art. 118 se diferencia mucho de las otras normas que en forma imperativa emplean otras expresiones gramaticales: por ejemplo “la ley establecerá”, “la ley asegurará”, etc. Acá no se concede un margen temporal al congreso para dictar esa ley, de modo que si transcurrido un lapso razonablemente prudencial el congreso no legisla, su omisión es inconstitucional.

6. ¿Qué opinión le merece a Ud. la eliminación del colegio electoral? ¿Cuáles son sus implicancias en el sistema federal?

Siempre pensé que nuestro colegio electoral funcionaba normalmente de modo equivalente a una elección directa, y por eso siempre creí también que había que suprimirlo. Vigente la reforma de 1994 me hice cargo de que la elección directa no da cabida a mucho protagonismo electoral de una gran cantidad de provincias, por lo que la elección presidencial se decide fundamentalmente con el electorado de la Ciudad de Buenos Aires y de las provincias de mayor población. La crítica que hoy se hace a tal resultado se funda en la idea de que el federalismo se desdibuja. Aun cuando así sea, seguimos creyendo que la elección directa ha sincerado las cosas.

7. ¿Es parte integrante del Poder Judicial el Consejo de la Magistratura? ¿La instauración del Consejo de la Magistratura afecta a la supremacía de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como máxima autoridad administrativa y disciplinaria dentro del Poder Judicial?

Hay doctrina que al Consejo de la Magistratura lo considera una parte integrante del poder judicial federal, y otra que lo niega. Seguramente, para tomar partido no hay que quedarse únicamente en la letra de las normas, porque éstas no siempre resuelven por sí solas un problema dudoso. Es cierto que el texto reformado en 1994 coloca al Consejo y al Jurado de Enjuiciamiento en el fragmento normativo dedicado al poder judicial federal, pero esto no basta. Se alega en contra —por ejemplo— que sigue incólume el art. 108, según el cual “El poder judicial de la nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el congreso estableciere en el territorio de la nación”. Esta norma no se reformó para incluir al Consejo y al Jurado. ¿Qué opinión sostengo yo?

En cuanto al art. 108, digo que su texto quiere significar que la función de administrar justicia está a cargo exclusivo de la Corte y los demás tribunales. Eso era así antes de 1994 y sigue siendo así después, porque ni el Consejo ni el Jurado cumplen función judicial. Las competencias que les asignan los arts. 114 y 115 no son las correspondientes a los tribunales del Poder Judicial. Con esto, despejo la objeción.

En lo demás, creo que el Consejo y el Jurado integran “orgánicamente” el Poder Judicial con las atribuciones que la reforma les otorga. Que guste o no guste, queda librado a la crítica, pero que las tienen no puede negarse si es que acaso no gustan. Lo que dejo en claro es que la Corte sigue reteniendo la jefatura, a la cabeza del Poder Judicial Federal. Como se advierte, el tema es complicado y da margen a confusiones. Espero que ni el Consejo ni el Jurado interfieran en cuanto sigue siendo competencia constitucional de la Corte.

8. A la luz de los antecedentes jurisprudenciales de los casos “Graffigna Latino, Carlos”, “Nellar, Juan Carlos”, etc. ¿Qué postura cree Ud. que tomar la Corte Suprema a razón de la recurribilidad por ante ella de un fallo pronunciado por el Jurado de Enjuiciamiento? ¿Qué postura entiende Ud. que le correspondería adoptar a la Corte Suprema ante el mismo supuesto?

La irrecurribilidad que la reforma constitucional asigna a la decisión destitutoria del Jurado de Enjuiciamiento debe, para mí, entenderse de la siguiente manera. Aplico el criterio de la Corte en su fallo del caso “Nicosia” que, aunque anterior a la reforma de 1994, creo que ha dejado sentada la interpretación correcta. Lo que de irrecurrible —en el sentido de que no puede ser sometido a revisión de la Corte mediante recurso extraordinario— ha de revestir la decisión del Jurado versa únicamente sobre el encuadre que éste hace de una o más conductas respecto de la causal de remoción aplicada al juez que destituye, según las pruebas acumuladas. Todo lo demás: revisar si el órgano ha actuado con competencia; si formalmente la tramitación de la causa se ha ajustado a la Constitución; si se ha respetado el debido proceso; si los derechos y garantías del acusado han sido o no violados, debe quedar sujeto a posible control judicial de la Corte en instancia extraordinaria. En suma, lo que no puede pretenderse es que la Corte diga: según la prueba, está mal calificada la causal destitutoria, por lo que el Jurado no debió destituir; en consecuencia, yo dejo sin efecto su decisión. Si la Corte actuara así, estaría entrando en el ámbito de una cuestión que según mi punto de vista queda librada exclusivamente a decisión final y definitiva del órgano al que la Constitución le confiere la facultad de juzgar y, eventualmente, de remover al juez incurso en una causal constitucional dentro de la cual encuadró su conducta.

Realmente, no me arriesgo a opinar cuál será la jurisprudencia futura de la Corte en esta materia, cuando acaso un juez destituido recurra ante ella alegando que ha sido mal removido por el Jurado. Me gustaría que aplicara la del ya citado caso “Nicosia”.

9. ¿Existe una verdadera zona de reserva de la Administración en la Constitución?

Contesto afirmativamente: cada órgano de poder tiene su propia zona de reserva. Por ende, la administración tiene la suya. El ejemplo para mí más convincente es el siguiente, en el que siempre he seguido la doctrina de Miguel S. Marienhoff sobre el punto: la creación de entidades autárquicas en el área de la administración que depende del Poder Ejecutivo le pertenece exclusivamente a éste, porque implica desmembrar un sector propio de su zona de reserva. Hacerlo por ley del congreso es inconstitucional porque implica

que un órgano ajeno invade la mencionada zona de reserva. El congreso solamente puede crear entidades autárquicas en relación con materias que, explícita o implícitamente, encuadran en alguna de las competencias que la Constitución le atribuye.

10. ¿Es apropiado referirse a los Municipios como entes autárquicos con posterioridad a la reforma constitucional de 1994?

Lo considero totalmente incorrecto y equivocado, porque desde la reforma de 1994 ya no cabe duda alguna acerca de que los municipios son autónomos, cualquiera sea la categoría que la constitución de cada provincia pueda asignarles a los de su jurisdicción territorial.

11. ¿Cuál es el status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires a posteriori de la reforma constitucional de 1994?

Lo fundamental para definir el status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires es decir que se trata de una ciudad autónoma. No es una provincia, pero es más que un municipio. No juzgo erradas algunas de las explicaciones que circularon a partir de la reforma de 1994: una ciudad-estado, un municipio federado, un sujeto de la relación federal, etc.

Desde la reforma, y mientras la ciudad siga siendo Capital Federal, digo que su territorio ya no está federalizado (prueba de lo cual es que la Constitución prevé la intervención federal a la ciudad); solamente queda funcionalmente sometido de modo parcial a jurisdicción federal para la tutela de los intereses federales, en razón de que el gobierno federal reside en la Ciudad de Buenos Aires como Capital Federal.

12. En el caso “Monges” la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que no existe posibilidad de colisión entre los tratados de derechos humanos y el texto constitucional ya que se trata de un juicio del Constituyente cuya imprevisión no es dable presumir, escapando los mismos por ende al control constitucional. ¿Podrían quedar sujetos, ante este precedente, los tratados sobre derechos humanos que sean jerarquizados constitucionalmente en el futuro al control de constitucionalidad”.

Desde mi punto de vista, aunque los tratados de derechos humanos a los que el congreso puede conferir jerarquía constitucional conforme al art. 75, inc. 22, no han pasado por el “juicio de compatibilidad” al que aludía la Corte Suprema en el caso que cita la pregunta, yo entiendo que al situarse en el vértice de nuestro orde-

namiento con el mismo nivel de la Constitución, no pueden ser eventualmente declarados inconstitucionales. Normas que se hallan en pie de igualdad en cuanto a su jerarquía impiden comprender que se las declare contradictorias entre sí. Por ende, nuestro control judicial de constitucionalidad no puede funcionar respecto de tratados de derechos humanos a los que el congreso erige como de jerarquía constitucional.

13. ¿Qué opinión le merece el caso “Pinochet”? ¿Debe ceder el principio de territorialidad y/o el de temporalidad de la ley ante delitos de lesa humanidad?

Esta pregunta requeriría un muy extenso comentario. Lo voy a limitar a un solo punto, consistente en afirmar con toda seguridad personal que nuestra constitución histórica, en el que fue su art. 102 y ahora art. 118, admitió desde mitad del siglo XIX la extraterritorialidad en el juzgamiento de delitos contra el derecho de gentes. Me es muy fácil interpretar, con la lectura de esa norma, que nuestros tribunales quedaron habilitados para conocer de procesos penales por delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera de nuestro territorio y, viceversa, para admitir que tribunales de estados extranjeros puedan juzgar delitos de esa misma naturaleza cometidos en nuestro país. Por ende, Argentina nunca debió defender oficialmente el principio rígido de territorialidad al modo como lo reivindicó Chile, porque hacer eso significó ignorar que nuestra Constitución de hace un siglo y medio atrás ya dejó sentado desde entonces el caso de excepción al principio de territorialidad. Precisamente, el mismo caso que quedó tipificado con el de Pinochet.

14. ¿Es compatible la implementación del arancelamiento universitario con el mandato constitucional de garantizar “los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal” plasmado en el inc. 19 del art. 75?

El arancelamiento en los estudios de grado es inconstitucional porque viola el art. 75, inc. 19 que define e impone la gratuidad y equidad de la educación pública estatal. La gratuidad jamás puede descartarse so pretexto de que hay que compaginarla con la equidad, como si entonces pudiera hacerse viable el arancel para quienes se hallan en situación económica de poder afrontar su pago. El argumento es falso: la educación pública estatal siempre debe ser gratuita —guste o no guste— porque lo manda la constitución. La equidad es, para mí, un “plus”, que exige añadir a la gratuidad algo más en el caso de un estudiante que precisa agregar otro tipo de ayuda; por ejemplo, recursos mediante un subsidio para comprar libros.

15. ¿Qué opinión le merece el nivel académico tanto de los docentes como de los estudiantes de la Universidad de Buenos Aires?

Conozco solamente nuestra Facultad de Derecho. Aun así, hace ya varios años que no tengo cursos a mi cargo, no obstante mantener contactos con estudiantes a través del Centro, desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales donde estoy desde 1994. Creo que en cualquier centro universitario hay mixturas: estudiantes buenos, muy buenos, brillantes, haraganes, desinteresados y docentes de excelencia, o de buen nivel, o bastante buenos y desgraciadamente algunos otros malos o irresponsables. Las generalizaciones son difíciles. De todos modos, en una estimación-promedio, creo que el nivel predominante de nuestra Facultad en sentido académico es bueno. Me parecería arriesgado decir que es excelente.

MISCELÁNEA

BLANCA 232

DERECHO, RELIGION Y PODER

SEBASTIÁN R. GHERSI

Introducción

Numerosas veces se ha estudiado este tema diferenciando y analizando estos dos sistemas teóricamente, sin embargo poco se atendió a la **relación de justificación** que existe entre ellos.

Cabe preguntarse para empezar, si el derecho puede inferirse de los textos religiosos y por qué en sistemas de derecho laicos como el nuestro existen numerosas alusiones a dios y a la religión. Para tal objeto debemos analizar sintéticamente los principales textos religiosos para saber si es posible encontrar normas jurídicas, es decir, y sin querer entrar en polémica ante un concepto tan difuso, técnicas de motivación indirecta que prevén sanciones aplicables por seres humanos.

Para el análisis procederemos a dividir a las religiones mayoritarias en dos vertientes: la vertiente india y la vertiente hebrea.

Por el lado de la primera encontramos las religiones hinduistas a las cuales pertenecen los textos más antiguos conocidos, escritos en sánscrito, como los textos védicos como el Rigveda, el Vedanta y el Mahâbhârata entre otros. También encontramos la religión budista con textos como el Sin-sin-ming chino y el Zen japonés. Así mismo la religión jainista que comparte con la secta budista de los Digambaras las normas de los Svetambaras.

En la vertiente hebrea encontraremos a la religión judía con sus tres clases de libros sagrados La Tora, Los Proféticos, y los restantes escritos. La religión cristiana con el libro del Nuevo Testamento. Y los musulmanes con su libro sagrado del Corán.

El hinduismo se presenta como un conjunto de creencias complejas y variables a través del tiempo, sin creador definido. Forma-

da en un principio por el choque de la cultura indo-iraní y los pueblos arios. Los vedas primitivos reconocían deidades como Mitra-Varuna, Indra y Náshtyâ. Posteriormente con el hinduismo brahmánico, el dios Brahma es introducido como deidad superior, quedando las demás con carácter de semidioses, es en esta época en la que aparece el sistema de castas. Se pueden encontrar tanto en este período como en el anterior, normas de conducta cuya infracción es objeto de todo tipo de castigos, que bien podrían caracterizarse como normas jurídicas primitivas. Con el hinduismo especulativo y la reinterpretación de los textos Védicos, ocurre un alejamiento del ritualismo excesivo y se comienza a especular sobre la vida y la naturaleza del alma. Nacen escuelas como el Vedanta y el Yoga.

Paulatinamente y no por completo las religiones hinduistas tendieron al monoteísmo.

También derivadas del hinduismo aparecen sectas como el budismo y el jainismo, que luego se convierten en religiones autónomas. Aunque algunos consideran al budismo como una filosofía y no como una religión, ya que el mismo Siddârtha Gautama evitó abordar problemas sobre la naturaleza y la existencia de Dios, por creerlos temas de desunión entre hermanos; dedicó su vida y prédica al descubrimiento y la realización de las verdades universales, con armonía y paz para evitar el sufrimiento de la humanidad.

El jainismo fundado por Mahâvîra busca la obtención del estado de Nirvana a través del alejamiento de los placeres sensuales y materiales y respecto a toda forma de vida

Los textos de esta vertiente tienden a influir en la esfera interna de la persona y salvo en el hinduismo primitivo, no suelen establecer penas terrenales, sino que marcan un “camino”, un modo de ser, una forma de comprender la vida.

En el Bhagavad-gîtâ, Krisna (Dios), enseña a Arjuna, su discípulo y primo la forma en que debe vivir y le revela la verdad suprema. El único castigo que prescribe este texto es la encarnación sucesiva por no alcanzar la verdad que significa fundirse con Krisna (también llamado Brahma o Visnú según el estado en que se encuentre), mediante el servicio devocional.

Con sentido similar se hallan el Vedanta hindú, el Sin-Sin-ming chino y el Zen japonés, que de acuerdo con algunos autores como Arnaud Desjardins, podrían tener un origen común. En estos textos se intenta que el discípulo siga la “Gran Vía” y evite la dualidad de la vida terrenal, para unirse en uno con Dios.

Si bien no puede incluirse dentro de esta vertiente, es interesante analizar otra religión, o filosofía que se dice, preparó el camino para la introducción del budismo en China: el taoísmo. Lao Tse también predicó la humildad, tanto material como espiritual, y fue un estorbo para los absolutistas gobernantes de ese tiempo. Por esta razón, se dice que fue expulsado del gobierno del que era ministro y fue desterrado. Lao Tse mostraba desprecio a las leyes y si no al estado, por lo menos lo veía de forma muy distinta, así decía en el Tao Te Ching, que los príncipes debían nombrarse a sí mismos como pequeños, huérfanos e indignos y tomar lo ínfimo como fundamento. Decía que cuanto más privaciones haya en un pueblo, éste sufrirá más penurias, y cuanto más decretos y reglas habrá más ladrones y bandidos; el gobierno no debía buscar riqueza para no empobrecer al pueblo y pensaba que sólo quien soportaba las desgracias de éste, podía gobernarlo. Pensaba que el sabio debía observar los pactos de los contratos, pero sin reclamar sus derechos. Distinto es el caso de la filosofía confucionista, donde el derecho y el estado pueden encontrar fundamento, pero no incumbe para el análisis de esta vertiente religiosa.

Es difícil en esta vertiente encontrar normas que atañen al ámbito externo de la persona y, sobre todo penas, que deban hacerse cumplir por los mismos hombres.

El análisis de la otra vertiente es tanto más complicado. Si bien los textos sagrados de las tres religiones se ocupan del fuero interno del sujeto, algunos se ocupan también del fuero externo.

La Tora contiene en numerosos pasajes la ley del talión. Este principio retribucionista no induce a un castigo ultraterrenal, por su infracción, sino a un castigo que será llevado a cabo por los mismos humanos en esta tierra. En mi opinión una verdadera muestra de norma jurídica. Además se encuentran otras normativas relativas a diversos temas y hasta la organización de un primitivo sistema judicial.

Por otro lado el decálogo, que podría interpretarse erróneamente como una especie de código de normas jurídicas, contiene normas de índole exclusivamente moral, que muestran el modo de ser querido, pero no se compunge a aceptarlo.

También el Corán contiene la Ley del Talión, aunque morigerada, ya que se considera misericordioso rebajar la pena al culpable. A pesar de que hoy en algunos países se aplica la "shalia" sin miramientos. Además, Muhammad Ibn Abdallah predica la escrituración de las deudas con escribano y testigos.

Por lo tanto concluimos que no habría contradicción alguna en establecer estados de derecho con base en las sagradas escrituras de estas dos grandes religiones.

Pero encontramos una gran diferencia en los textos cristianos, que no sólo no contiene la ley taliónica, sino que además la doctrina de los evangelios hacen imposible todo juzgamiento cuando proponen dar la otra mejilla, “no juzguéis o seréis juzgados con la misma medida”, “ves la paja en el ojo de tu hermano y no ves la viga en el tuyo”, “el que esté libre de pecado que arroje la primera piedra”. También el derecho de propiedad tiene difícil fundamentación cuando se propone darle también el manto a quien pide la túnica, y cuando Cristo predicaba la prodigalidad total y absoluta.

En cierto sentido, sin castigo terrenal y a modo de ser ejemplo, el cristianismo se distancia de su vertiente hebrea, para tener cierto acercamiento (sin pretender una identificación ideológica), a la vertiente india. Los evangelios cuentan la vida de Jesús como ejemplo, al igual que los textos budistas la de Siddhartha. Así en los primeros siglos de la vida cristiana el movimiento gnóstico pareció fundir ciertos elementos de ambas religiones. Este acercamiento también se pone en evidencia en ciertas comunidades cristiano-hindúes, que sostienen que luego de la resurrección Jesús siguió predicando en la India hasta su ancianidad.

Pero entonces se presenta paradigmática la aparición del culto cristiano en numerosos cuerpos legales, como nuestra Constitución; y más aún su participación en la historia y formación de los estados occidentales. No nos olvidemos que era el papa quien coronaba a los emperadores y reyes. Si bien pueden encontrarse palabras de sumisión a las leyes y al estado en el nuevo testamento, no aparecen en boca de Cristo, más aún su mención parece extraña al mensaje cristiano y para quien quiera pensar mal, insertada más tarde. Hago referencia concreta a la carta que supuestamente escribió San Pablo a los romanos (Romanos 13, 1).

Esta relación aparentemente paradójica entre cristianismo y derecho o más específicamente entre las iglesias cristianas, aparentes representantes del credo cristiano, y los estados generadores de ese derecho es el tema de estudio principal de este trabajo. La centralización del estudio en esta relación, se debe a que ya sea para bien o para mal esta relación determinó el futuro y la idiosincrasia de la civilización occidental, a la cual pertenece nuestro país.

Capítulo I

Para alcanzar buena comprensión del tema debemos remitirnos a un tiempo histórico lejano y ser testigos del encuentro entre dos civilizaciones, entre dos culturas, entre romanos y cristianos.

Debemos dirigirnos primero a la cultura indo-iraní primitiva, es decir, la cultura que vinculaba India e Irán antes de la llegada de los arios a la India y por su puesto de los musulmanes a Irán. Es aquí donde comienza a cimentarse la civilización occidental, aunque parezca extraño por las divergencias entre nuestra cultura y las culturas que hoy se presentan en estos lugares. Según Dumézil, los pueblos indo-europeos, cuyo sistema de creencias se origina en la cultura indo-iraní, se extendieron a todo el continente europeo conformando diversas civilizaciones como ser los griegos, los romanos, los celtas, escandinavos, sajones, etc. Todos estos pueblos al igual que los que compartieron la primera fase de las religiones hinduistas fueron politeístas y sus dioses no sólo estaban relacionados sino que muchas veces se derivaban uno de otro o eran derivaciones de un mismo Dios primitivo. Al igual que la lengua proto-indoeuropea, que parecieron hablar los primitivos pueblos indo-iraníes, de la cual se originaron las más de ciento cuarenta lenguas que hoy conocemos en occidente, las deidades de las civilizaciones europeas parecen haber derivado de las indo-iraníes, al igual que su estructura. Siguiendo nuevamente a Dumézil, las deidades indo-iraníes poseían una estructura y función tripartita que estaría presente en todas las culturas indo-europeas. Los tres dioses centrales de esta cultura serían Vohu Manah, Srdasa, Bhaga. En la cultura Védica iraní (del hinduismo primitivo) serían Mitra-varuna, Indra y Nâsatyâ. En los mitos escandinavos Odín, Thor y Freyr. Sus equivalentes alemanes Thor, Wodan y Fricco. Y los romanos Júpiter, Marte y Quimino. También los pueblos celtas anteriores a la llegada de los milesios, adoraban a Eriu, Fotla y Banba, que en realidad eran una misma deidad con triple aspecto, siendo en tres el número sagrado de los magos celtas (Druidas). Asimismo nos dice Rutherford, que de la raíz indo-europea Dyeus Peter se derivaron tanto el Júpiter romano, como el Diaspater celta. El mismo autor nos dice que el Apolo griego podría llegar a ser el Belenos Celta gálico (belinus para los celtas británicos), ya que Apolo llega tarde al panteón griego y que el ataque celta a Delfos podría haber sido un ataque por el interés posesivo de su deidad tutelar. Según Markael las “declaraciones místicas” del péndulo de Apolo estaban siendo distorsionadas por los griegos con fines políticos, para servir a los fines del estado. Y en esto, precisamente, se convirtió el péndulo de Apolo, tanto para griegos como para los roma-

nos. Esta justificación que prestaría la religión para los actos de poder y para los gobernantes mismos sería una constante en estos pueblos politeístas indoeuropeos, y sobre todo los dioses romanos, a los que sólo había que adorar para que se pongan del lado del emperador de turno.

Sin embargo, el imperio romano comenzó un período de decadencia donde según nos dice Gamba, el espíritu latino estaba agotado en sus fuentes creadoras y vivía del recuerdo de las escuelas de la decadencia griega. El final estaba anunciado por su propia disolución interna, aunque todavía no se había producido la ruina política del imperio. Esta decadencia había alcanzado también a sus dioses, que comenzaban a perder respeto y credibilidad. Nos dice Rutherford que tanto entre los romanos (invasores), como entre los celtas (ocupados), habían empezado a florecer cantidad de cultos, algunos extravagantes y esotéricos; y fue cuando los romanos comenzaron a alabar a los Dioses célticos seriamente. También entre los cultos florecientes estaba el cristianismo.

Sabemos por Justo L. López, que tanto el emperador Diocleciano como Maximino Daza habían tratado de lograr, sin éxito, la restauración del imperio romano mediante el reforzamiento de las deidades del panteón. Pero por esos años (316 d.C.), a la muerte del emperador Galerio, quien fuera el primero que dictara un edicto de tolerancia a los cristianos (en sus últimos años), quedaría el imperio en manos de cuatro hombres: Licinio, Maximino Daza, Majencio y Constantino. Este último al igual que su contrincante Maximino Daza, también buscaba restaurar el imperio, pero no mediante la restauración del panteón romano cuyos dioses se habían vuelto inertes para la vida romana y fuente de descreimiento, sino mediante un nuevo culto: elegiría el Cristianismo.

Sobre la conversión religiosa de este personaje podemos encontrar diversas versiones. Unas nos cuentan que cuando Constantino se dirigía a la batalla contra Majencio vio el signo de la cruz en el sol con las palabras “en este signo conquista”, luego puso el signo de la cruz en las banderas.

Según Lactancio, Constantino en un sueño recibe la orden de poner un símbolo cristiano sobre los escudos de los soldados, este símbolo era el “*labarum*”, o sea la superposición de las dos primeras letras del nombre de Cristo (X y P), que en griego era XPÍSTOL.

Eusebio de Cesarea dice que la visión del “*labarum*”, apareció en las nubes, junto a las palabras escritas en el cielo “vence en esto”.

Según otra versión realmente interesante del libro de Rutherford, la visión del Chi (X) y el Rho (P), Constantino la habría tenido en un templo gálico, y que según algunos eruditos franceses, cuenta, el "*labarum*" podría haber sido en realidad el símbolo del Dios celta Taranais, y que incluso pudo haber considerado convertirse al druidismo. Tampoco sería demasiado extraño que Constantino haya adoptado el "*labarum*" como símbolo celta en un principio, ya que la primera vez que lo utilizó fue contra Majencio, reuniendo todas sus tropas en la Galia para avanzar sobre Roma y tomando en cuenta que los territorios donde Constantino era más fuerte eran precisamente los territorios celtas ocupados de la Galia y Gran Bretaña, y que posteriormente lo haya convertido en símbolo cristiano. Mas allá de todas las versiones, lo único seguro es que Constantino cambiaría el curso de la historia cambiando no sólo su sociedad sino también el cristianismo, que habiendo nacido como un rechazo hacia la violencia, ahora era usado para justificar una conquista guerrera.

Los cristianos habían nacido como una secta judaica durante la ocupación romana. Primero Juan el Bautista, un gran rebelde y predicador revolucionario, que según se dice nunca se conformó con la ocupación romana de su pueblo, hasta su muerte por decapitación en manos de Herodes. Luego su primo Jesús que con su prédica pacífica y rebelde sobre la igualdad fue una molestia al poder romano, que él ni siquiera reconocía como vemos en su conocida frase "al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios", que pronunció al ver un denario romano. Y que lo llevaría a ser crucificado por el mismo imperio tiempo después. Jesús que habiendo nacido judío y había predicado exclusivamente entre su pueblo, sería prácticamente romanizado posteriormente por los creyentes romanos. Cabe aclarar además que los primeros cristianos no creían ser parte de una nueva religión, sino que se seguían considerando judíos, y que a su vez los judíos de la época también los consideraban como tales. La identificación como cristianos ocurre con posterioridad y debido al gran número de conversos romanos, a quienes les costaba identificarse como judíos, o sea como pertenecientes a otra raza y a otro pueblo, les resultaba más sencillo hacer una abstracción del culto cristiano y convertirlo en una nueva religión, apoyados por las teorías paulistas.

Sabemos que furiosamente perseguidos casi hasta la conversión de Constantino, los cristianos estaban conformados en su mayoría por gentes de clase baja. Según Justo L. González, por cada cristiano rico había centenares de baja posición, sobre todo esclavos, carpinteros, albañiles y herreros; y aunque la mayoría sostenía la imposibilidad de ser soldado, sabemos que el ejército romano poseía gran número de cristianos.

Según Elaine Pagels, para los emperadores romanos el culto cristiano presentaba todas las características de una conspiración: los cristianos se identificaban como seguidores de un hombre acusado de magia, y ejecutado por ello y por traición; denunciaban como demonios a los dioses que protegían las fortunas del estado romano; y pertenecían a una sociedad ilegal. Los romanos no dudaban en aplastar toda forma de vida distinta a la suya, sobre todo a todo rebelde que amenazara el statu quo de la sociedad romana, como lo había hecho Espartaco, setenta años antes de Cristo, con la rebelión de esclavos; como lo habían hecho los judíos, castigados con la diáspora y como sin duda lo estaban haciendo los cristianos.

Según esta misma autora el cristianismo primitivo fue mucho más diverso de lo que se piensa. Había comunidades cristianas esparcidas por todo el mundo conocido, que se organizaban de formas muy distintas, circulaban además de los escritos del “Nuevo Testamento”, numerosos escritos como el Evangelio de Tomás, de Felipe, de la verdad, Apocalipsis de Pedro, de Pablo, de Adán, Apócrifón de Juan, etc. (muchos de los cuales fueron encontrados en las excavaciones de Naghamanadi, en Egipto este mismo siglo).

Pero para el año doscientos la situación había cambiado. El cristianismo se había convertido en una institución jerarquizada de tres rangos: obispos, presbíteros (sacerdotes) y diáconos, que se consideraban a sí mismos como guardianes de la “única fe verdadera” y la Iglesia Romana desempeñaba el papel más importante, rechazaba todos los cultos distintos a los de la Iglesia Romana tachándolos de herejes y expulsándolos. El cristianismo había cambiado. Había comenzado como un culto judaico pero el número creciente de romanos, ahora predominante, habían logrado desnaturalizar el culto, contagiar su totalitarismo y romanizarlo. Esta intolerancia con la que los romanos contagiaron a la iglesia fue la que la iglesia católica conservaría definitivamente y que posteriormente como bien dice García Hamilton, ésta trasladaría al nuevo continente y sería una característica indispensable de los pueblos latinoamericanos.

Sin embargo en oposición a estos cristianos “ortodoxos”, existían diversos grupos disidentes que los ortodoxos llamaron “gnósticos”. Los debates religiosos entre estos dos grupos, llevaban implicaciones sociales y políticas. Unos sostenían su autoridad en la sucesión discipular de Pedro, los otros solían aludir a María Magdalena como principal Apóstol y verdadera entendedora del mensaje, otros gnósticos, como los Valentinianos, creían en la propia experiencia interior como último criterio de verdad, desvirtuando de lleno la autoridad ortodoxa. Más aun los gnósticos pneumáticos,

por ejemplo no poseían jerarquía ni entre ellos mismos, cuando se reunían, al iniciar la ceremonia echaban suertes para saber quién ocupaba los distintos cargos durante estas reuniones. No discriminaban entre órdenes superiores ni inferiores, participaban en igual forma hombres y mujeres. Los ortodoxos se regían por un sistema por el cual el único Dios delegaba su autoridad en un solo obispo, quien rehusara a su autoridad era culpable de insubordinación contra el mismo Dios. Nace la fórmula propuesta por Ignacio de Antioquía “un Dios, un Obispo”. Quienes sostenían estas doctrinas eran las clases altas romanas del cristianismo ortodoxo, las mismas que contrariamente al común de los cristianos no veían oposición entre el cristianismo y el imperio; y se esforzaban por convencer a las autoridades que su fe no se oponía a la política imperial. Seguramente esta corriente fue la que apoyó con énfasis la inclusión en el nuevo testamento de la llamada epístola de San Pablo a los romanos.

Entre los que creían en que tal contradicción existía se encontraba el mártir Télica quien expresaba: “No me interesa sino la ley de Dios, que he aprendido, ésta es la ley que obedezco, por la que he de morir y en la que he de triunfar, aparte de esta ley no hay más ninguna”.

Para Ignacio al igual que para sus contemporáneos romanos las concepciones religiosas conllevaban necesariamente relaciones políticas y viceversa. Para los romanos cristianos y romanos paganos la política y la religión formaban una unidad inseparable, no olvidemos que el emperador tenía rango de deidad.

Al emperador romano la estructura jerárquica de la iglesia ortodoxa le fue de suma utilidad y quizás por eso escogió esta rama del cristianismo, sumada a que poseía mayor número de adeptos. Constantino sabía que dominando al obispo dominaría al gran número de seguidores que le debían obediencia absoluta, y así ocurrió. Vale decir que dos de los mayores defensores de la jerarquía y autoridad clerical (como representación divina indiscutible), y luchadores contra la herejía, como lo fueron Tertuliano e Hipólito terminaron reaccionando contra la autoridad de la iglesia que ellos siempre habían defendido, cuando el obispo de turno era su oponente e incluso en el caso del primero ingresó al movimiento Montanista que era considerado hereje.

Sabemos que Constantino no era el gobernante ideal como luego lo caracterizaría la teología “oficial”. En Tréveris, se hizo construir un enorme y fastuoso palacio, mientras que los viñedos de los que dependía la economía de la ciudad permanecían inundados por falta de atención a las obras de drenaje. Poseía circos para su

diversión, donde los cautivos bárbaros eran tantos, que según un cronista de la época hasta las bestias se cansaron. Le ofreció a su contrincante Licinio la mano de su propia medio hermana (Constancia) para lograr un acuerdo.

Su conversión fue muy diferente a la del común de los romanos paganos a quien se sometía a un largo proceso de disciplina antes del bautismo. Constantino hábilmente nunca se sometió en materia alguna a las autoridades temporales de la iglesia; se preservó el derecho de determinar sus propias prácticas religiosas y se llamaba a sí mismo “obispo de obispos” (nótese que no existía todavía el papado). Continuó practicando los ritos paganos y consultaba frecuentemente al oráculo de Apolo, y continuó siendo sumo pontífice del culto romano, que siguió siendo la religión oficial del imperio. Hizo llevar a Constantinopla una escultura de Apolo, confeccionada por un gran escultor de la época Fidias, e hizo poner su cabeza en lugar de la del Dios romano. No fue bautizado hasta el lecho de muerte, por lo tanto podía recibir el consejo de las autoridades eclesiásticas, pero no su dirección ni menos aun su condena.

Ya sea que la conversión de Constantino haya sido sincera o no, no cabe duda a mi entender, que Constantino con su habilidad política no sólo había logrado restaurar el imperio y utilizar a la iglesia como justificadora de los actos del estado, sino que también había logrado que cuando se le temiera al emperador se le temiera a Dios.

Sin embargo nos dice González que al momento de adoptar el *labarum* como símbolo de lucha, los principales aliados de Constantino estaban en la aristocracia romana que era pagana. Sin embargo él seguramente ya tomaba en cuenta que contaría igualmente con el apoyo de la aristocracia romana que se encontraba bajo la opresión de su rival Majencio. También es de tomar en cuenta que la fundación posterior de Constantinopla no sólo se debió a su importante lugar estratégico (entre oriente y occidente y entre el mar Mediterráneo y el mar Negro), sino que también sirvió para seguir quitándole poder a la vieja aristocracia romana que era quien propiciaba los cambios políticos en el poder romano mediante su influencia. Constantino evadiendo confesar estos motivos aludió a la elección de Bizancio como de “mandato divino”.

También recalca este autor que al momento de adopción del símbolo, la lucha era en occidente y no en oriente donde se encontraba el mayor número de cristianos. Pero cabe argüir que como menciona Rutherford, el cristianismo era una religión en crecimiento en las regiones occidentales antes de la conversión de Constantino.

Otras fuentes nos dicen que al final de la persecución romana, los cristianos ascendían a la mitad de la población del imperio. Si bien esta cifra parece exagerada, no hay duda de que debieron ser numerosos, que muchos se encontraban en la milicia. Tampoco hay que descartar que Constantino haya adoptado el Labarum como símbolo celta en las primeras batallas.

Ante este acontecimiento, la reacción de los cristianos fue diversa, algunos veían a esta conversión como la corrupción de la iglesia, muchos de los cuales se retiraron al desierto y se convirtieron en sectas ocultas, otros siguieron practicando su credo como cultos secretos y otros participaron de las reacciones monástica y donatista.

Por otro lado estaban los que veían a Constantino como el elegido de Dios y la culminación de la obra de la Iglesia, es decir lo que se llamó la “teología oficial”. Los romanos cristianos no eran ajenos al modo de vivir romano y cansados de ser perseguidos y de escapar a la muerte a cada instante, deben haber accedido a la nueva situación con entusiasmo.

Debía adorarse a Dios sobre todas las cosas, pero también al emperador. No es de extrañarse que más adelante los emperadores romanos empezaran a ser coronados el 25 de diciembre, Día en que la Iglesia Católica conmemora el nacimiento de Cristo.

Este es el momento en que la historia dio un giro contundente que marcaría a la humanidad para siempre, el momento en que la historia cambió, o mejor dicho dejó de cambiar. Antes de la conversión los cristianos adoraban a Dios en casas particulares o en pequeñas Iglesias como la de Dura-Europo, que consistía en una pequeña habitación apenas decorada, luego de ésta Constantino hizo construir grandes Iglesias, similares a los templos romanos, los ministros oficiaban las misas con vestimentas lujosas, se hacía sentir el protocolo imperial, y se introduce el incienso que hasta aquel momento era señal de culto al emperador. Se introdujeron los coros y las procesiones, la congregación que antes participaba de manera familiar, pasó a tener una participación casi nula. Se ritualizó el culto, los romanos que ya habían introducido a otras civilizaciones indoeuropeas, como los celtas, la costumbre de dar forma humana a los dioses para su adoración construyeron estatuas en las iglesias de los distintos personajes bíblicos, muchas veces imitando la indumentaria y rasgos romanos. La riqueza y el lujo que antes eran mal vistos ahora se observaban como favor divino, y se formaba una aristocracia clerical. La iglesia se había llenado de maestros en retórica, filósofos y abogados que se sumergían en la

confección de reglas rigurosas que beneficiaban al imperio y discusiones superfluas. Estos que generalmente ingresaban como asesores de los obispos muchas veces terminaban convirtiéndose en obispos. Tanto en la liturgia como en su estructura social, la Iglesia y el imperio se unían. Los que regresaban a la esperanza de la llegada de una “Jerusalén de justicia” eran tenidos por herejes y revolucionarios y condenados por tales. Los ricos y poderosos se convertían para lograr posiciones de prestigio. Así el ministro de Roma, que era el sacerdote del emperador empezó a obtener derechos especiales y privilegios reales, hasta obtener un estatus superior al de los otros ministros y luego convertirse en la figura del papa. Junto a los privilegios sobrevino la restricción de seleccionar a los obispos y papas sólo de familias aristocráticas. Cuando estos cargos fueron ocupados por familiares del emperador o de los obispos anteriores, se volvió más fácil el ejercicio del poder.

Constantino consideraba a la iglesia como el cimiento del imperio, entonces cualquier división de la iglesia amenazaba la unidad del imperio. Por lo tanto convocó y financió la Convención de Nicea, donde no sólo se seleccionaron los textos que hoy conocemos como “Nuevo Testamento” (aceptando la posición ortodoxa, donde se incluía la epístola de San Pablo a los romanos), sino que se desechó y destruyó numerosos textos religiosos entre los que se encontraban los textos gnósticos. Entre los textos incorporados al Nuevo Testamento figura la paradójica epístola de San Pablo a los romanos, que llama a los súbditos a someterse a las autoridades, por estar éstas puestas por Dios. Si bien su autoría está discutida, cabe decir que aun si fuera así, Saulo de Tarso (su nombre hebreo), pertenecía a un estrato social muy diferente al de Cristo y lo que es más importante era ciudadano romano. Desde aquí la teología “oficial” (ortodoxa) se unía al poderío militar del imperio proscribiendo a los cultos no ortodoxos y persiguiéndolos en la mayoría de los casos hasta hacerlos desaparecer, como a los gnósticos, de los que hoy tenemos conocimiento gracias a los pergaminos que ocultos durante muchísimos años fueron encontrados en 1945 en Nag Hammadi (Egipto).

También en esta convención se solucionaría el problema más grande que tenía Constantino: el monoteísmo.

Los cristianos así como los judíos y más tarde los musulmanes, eran monoteístas, lo que hacía dificultosa la conversión de los pueblos indo-europeos ocupados por Roma que eran todos politeístas. Era extraño para los griegos, romanos, celtas y otros concebir una religión de un solo Dios. Además el hecho de que los cristianos eran un desprendimiento del pueblo judío, que se había rebelado valien-

temente a la opresión romana (castigado con la diáspora), era una amenaza para los romanos y había que buscar una forma de diferenciar más los dos credos, y qué mejor forma que hacer al cristianismo politeísta. Sin embargo la pérdida completa del monoteísmo hubiera hecho temblar la jerarquía eclesiástica basada en “un Dios, un obispo”. En la Convención de Nicea se trata la cuestión arriana, donde Arrio y sus seguidores sostenían la no consustanciación entre el padre y el hijo, Arrio es declarado hereje y desterrado por Constantino (luego sería perdonado), y se establece la deidad de Jesús. Jesucristo no sólo no se había identificado con Dios, sino que siempre cuidó de diferenciarse del Padre. La doctrina del convenio aceptaría los conceptos de un abogado romano que se había convertido al cristianismo a los cuarenta años, que criticaba enardecidamente la dialéctica aristotélica, pero que en el fondo no dejaba de ser un filósofo, que Gamba bien compara con Platón: Tertuliano. Su teoría era la de la Santísima Trinidad, tres personas una substancia. Constantino había logrado su último objetivo; por un lado tenía tres Dioses, pero por el otro podía seguir manteniendo la doctrina de Ignacio de Antioquía. Y a su vez se reestablecía la trilogía divina que Dumézil reconocía en los pueblos indo-europeos. El emperador había comenzado a ser vinculante en el tema religioso, costumbre que persistiría.

Trescientos años después una secta judeo cristiana reaccionaría, entre otras cosas contra la deificación de JesuCristo, sin embargo, su creador Muhammad Ibn Abdallab cita en numerosas oportunidades a Jesús y lo coloca en un lugar fundamental. No olvidemos que en aquella época la península de Arabia Saudita era el refugio de muchas sectas judías y cristianas que eran perseguidas por las religiones ortodoxas. El mismo primo de Jadicha, la primera esposa de Mahoma, era cristiano (Waraqah Ibn Nawfal).

Si bien pareciera que la religión musulmana nació paralela a un estado, quizás influida por la romanización del cristianismo, sabemos que en realidad, a la muerte de Mahoma en 632, el Corán no contenía indicación alguna para su sucesión y que se produjo una intensa guerra entre las tribus árabes hasta que fue nombrado Califa Abu Bakr. Con las conquistas, los conversos amenazaban con cambiar las lecturas del Corán por su ignorancia de la lengua árabe. Según Jomier, desde los años 644 al 656, las orientaciones políticas del Califa Utman, provocaron gran tensión entre los musulmanes, porque se sospechaba que éste pretendía usar los textos coránicos para los fines de su partido; y al igual que Constantino, en la convención de Nicea Utman mandó a redactar un texto oficial del Corán.

En Roma y en los pueblos ocupados, la conversión superficial de los terratenientes con motivos políticos, para ganarse el favor del emperador ocurrió de modo más que frecuente; sobre todo a partir del año 378 cuando Teodosio convirtió al cristianismo en la religión oficial del imperio e hizo a los súbditos del imperio convertirse compulsivamente. En secreto se continuaron practicando las religiones paganas, parecía que para los indo-europeos, tres dioses no eran suficientes, entonces llegó la época en que los dioses paganos se convirtieron en Santos. Según autores como Geofrey, el mito de San Miguel como matador de serpientes derivaría del Apolo griego y del Belinus celta. Según Rutherford, San Córnelio patrono de los animales astados derivaría del dios celta Cernnuno. De la Diosa celta Brigit y de su equivalente griega Artemis derivaría Santa Brígida, que luego los escribas católicos se encargarían de convertirla en la partera de la virgen María. Santa Ana derivaría de la Diana romana, y de la Dana o Ana celtas, también se crearía el mito de que había sido una duquesa expulsada de su casa por su malvado marido a la que un ángel llevó hasta Jerusalén, en una barca, donde dio a luz a la Virgen María. El Dios Celta herrero Govannon se habría convertido en San Govan en Escocia y San Gobain en Francia. También los escribas católicos convirtieron a San Patricio, que sin duda sufrió numerosas penurias en la evangelización de Irlanda, en un mágico héroe celta al mejor estilo del rey Arturo.

Generalmente se reemplazaba el día de culto de las deidades paganas por las de los santos. También, al parecer la fecha del nacimiento de Jesucristo fue cambiada. Según el astrónomo alemán Johannes Kepler, quien calculó astronómicamente la fecha del nacimiento de Jesús, habría nacido el día 6 de agosto del año seis antes de Cristo (qué paradójico). Quizás el 25 de diciembre se estableció para reemplazar, la festividad del solsticio de invierno, que compartían todos los pueblos indo-europeos, y que era el 26 de diciembre. De esta forma los pueblos politeístas extrañaban menos a sus deidades. También en las regiones celtas donde se adoraba a los árboles y a la naturaleza en general, la virgen María fue nombrada con diferentes títulos como: Nuestra Señora de los pinos, de los robles, de las ortigas e incluso fue llamada Nuestra Señora de las aguas. Vale decir que en el año 431 se la nombró Madre de Dios. El cristianismo se convertía en amalgama de cultos y lograba imponerse en casi la totalidad de los pueblos ocupados, cosa que los Dioses romanos jamás habían conseguido. Para el emperador, se formaba una masa más homogénea de súbditos más fácil de dominar.

Además se crearon leyendas para producir terror a los adversarios. En el año 326, la emperatriz romana Elena marchó en pere-

grinación a tierra santa donde dijo haber descubierto la “Vera Cruz”, que una vez trasladada a Roma se dijo que tenía poderes milagrosos y fue conservada por los sucesivos emperadores romanos. En la mitología celta el Dios Lug poseía una lanza inmensamente destructiva capaz de arrasar ciudades enteras, que con el tiempo pasaría a ser llamada la invulnerable “lanza de Longino”, con la que, según la mitología cristiana, el centurión romano Longino habría traspasado a Cristo cuando éste estaba en la cruz, y que tiempo después usaría Carlomagno en las batallas. Tiempo después Robert de Boron, a pedido de Enrique II de Inglaterra, para probar que esta nación había jugado un papel importante en la Génesis del cristianismo, crearía la fabulosa historia donde el antiguo caldero mágico celta, que con el tiempo había mutado a un cáliz, se transformaría en el santo grial que José de Arimatea, supuesto tío de Jesús (que según los evangelios solicitó el cuerpo de Jesús una vez crucificado para sepultarlo), habría llevado a Inglaterra al fundar la primera iglesia de este lugar, Glastonbury, mismo cáliz que poseería luego Arturo, y que moviéndose solo, nutría a los caballeros de la mesa redonda.

Otro método realmente útil para ampliar esta relación de justificación, entre la iglesia y el poder político fueron las “interpretaciones”. Desde el primer Concilio de Nicea, cada emperador o rey utilizó su propio teólogo oficial que le daba una interpretación conveniente de algún texto bíblico. El caso quizás más evidente y grosero se dio con la formación del Sacro Imperio Romano Germánico y la llegada al poder de Carlomagno. Este emperador según nos dice Justo L. González, no sólo se sintió “llamado” a gobernar los asuntos civiles sino también los eclesiásticos, los obispos al igual que los condes eran nombrados por el Rey, y cada obispo era directamente responsable ante éste. También se ocupó de legislar acerca de la vida de la iglesia, sus medidas incluyeron el descanso dominical obligatorio, y la imposición del diezmo a manera de impuesto. Cultivó las letras y fomentó la educación, para lo cual trajo a Teodulfo de España y a Alcuino de York. Este último redactaría un principio que sería utilizado por mucho tiempo, e incluso erróneamente atribuido a la Biblia muy frecuentes veces. Este principio era justificador de todo accionar “Vox populi, vox Dei”.

El gran acierto de Carlomagno, fue permanecer fiel al papado desde el primer momento, sabedor de que consistía en una inapreciable autoridad espiritual, que le sería muy útil para el futuro, para llevar a cabo su plan mayor, que al igual que para Constantino era la reestructuración del imperio romano. Para lograr su objetivo tenía que recuperar las tierras perdidas, aferrándose de manera evidente al papado y haciendo muestras explícitas de ello, por

ejemplo, besar uno por uno los escalones de la basílica de San Pedro o hincarse ante el papa, para justificar sus conquistas en nombre de la cristiandad, y motivar a sus súbditos o guerreros, con la estrategia de plantear los conflictos con disyuntivas como “cristianos contra paganos” o “cristianos contra musulmanes”. En su lucha contra los Sajones quemó primero sus bosques a los que éstos adoraban, al igual que lo había hecho César contra los celtas, para demostrar que su Dios era más poderoso. Luego de haberlos derrotado, y pidiendo su líder, Witikindo, piedad para su pueblo, Carlomagno lo hizo bautizar junto con los jefes de su ejército, en señal de sumisión y seguidamente lo ejecutó. De esta forma, para los paganos, era él el que representaba a su Dios. Cuando el duque de Baviera se encontraba en Benevento, Carlomagno, sometiéndolo al terror le rapó la cabeza a él y a su familia y los hizo confinar en un monasterio, anexando sus territorios.

De esta forma Carlomagno fue recuperando casi todos los territorios del antiguo imperio, pero su ambición iba más allá, hizo comprometer a su hija, Rothrude, con Constantino VI, emperador de oriente. La unificación del imperio estaba cerca pero la Iglesia de Constantinopla, que ya se sentía independiente (aunque no lo fuera oficialmente), se negó a someterse al papado romano y el compromiso fue roto. A los 58 años Carlomagno fue coronado emperador de occidente. La situación era bien diferente de cuando Carlomagno era un conquistador independiente hincado y sometido al papa, ahora, el papa que lo coronaba se inclinaba ante él reconociéndolo como a su dueño y emperador. Se hizo coronar precisamente un 25 de diciembre, no hay duda de que si Carlomagno no se sentía Dios, se sentía por lo menos dueño absoluto de todo lo terrenal. Más aún fue él mismo y no el papa el que coronó a su hijo Luis, el piadoso.

Caídos los carolingios, dos generaciones después, y sometido a las invasiones musulmanas, el imperio casi se diluyó dando paso a la era feudal, donde el papado que quedaba como sucesor del imperio, influiría determinadamente en los señores feudales y luego en los reyes de los nuevos estados en formación. La iglesia que había sido conquistada por Constantino, se convertía en conquistadora, dando paso a uno de los períodos más oscuros de la historia occidental, precisamente, el oscurantismo, que sería, a mi modo de ver, una nueva fase del imperio. La iglesia se volvió rica y poderosa. El absolutismo del que antes había disfrutado el imperio, ahora lo disfrutaba la iglesia.

Vale decir, siguiendo a García Hamilton, que en América la iglesia justificaría la encomienda, que había nacido con un afán pura-

mente comercial, y le daría un fin evangelizador. Más allá que quizás se haya tratado de suavizar la institución con esta medida, no deja de ser cierto que con esta justificación, que además no se cumplió, este horrendo sistema se encargaría de masacrar millones de indígenas americanos.

Capítulo II

Poco tiempo después de la llegada de Colón a América, en Europa, la amalgama del culto cristiano con los diferentes cultos paganos europeos, por la cual se transformaron Dioses en santos, y mitos locales en liturgia cristiana, generaría en las diferentes iglesias locales características propias, produciéndose divergencias con la iglesia romana. Así también como pensadores, teólogos y sobre todo nobles con anhelo de independencia y una identificación nacional que en algunos casos desembocaría en el nacionalismo. Muchas de esas características fueron causadas, entre otras cosas, porque los establecimientos de enseñanza de los pueblos paganos se convirtieron en centros de estudio de teología católica, como por ejemplo los establecimientos druidicos. Este sentimiento de independencia, conjugado con un papado bochornoso, exprimidor de sus súbditos y asediado por los turcos, generó un hecho tan importante como la conversión de Constantino: la reforma.

Los estados volverían a utilizar la religión, pero esta vez, para un objetivo diferente: librarse de su opresor, la Iglesia Católica, el papado. Cuando el estado fue fuerte, como el romano y la iglesia débil, éste la anexó, pero cuando la iglesia se volvió fuerte el estado buscó separarse de la iglesia fuerte y crear o adoptar otra más subordinada.

Si bien es cierto que ya se había producido una “reforma”, la ortodoxa, ésta había tenido matices distintos.

La iglesia oriental u ortodoxa se separa oficialmente de la iglesia romana en el año 1054, cuando el Papa León IX excomulga al patriarca de Constantinopla, perdiendo la iglesia católica todo su territorio oriental. Sin embargo, las dos sedes habían vivido en conflicto permanente desde poco después de la conversión de Constantino, más precisamente desde la fundación misma de Constantinopla. La rivalidad por el poder continuó hasta que la situación llegó al límite, por lo cual la separación de la iglesia de Constantinopla no fue una sorpresa. En ese momento la divergencia insostenible fue acerca del “filioque”, es decir los occidentales atribuían el espíritu santo al padre y al hijo, mientras que los orientales sólo al

padre. Sin desprestigiar el conflicto teológico, creo que en realidad se encubría una lucha de poder y subordinación. A pesar de la distancia temporal, este hecho, la pérdida de poder del papado, marcaría un precedente que sin lugar a dudas tomarían en cuenta los reformadores occidentales; a tal punto que éstos tratarían en incontables ocasiones de unir a los ortodoxos a sus filas, sin éxito y adoptarían algunos de sus ritos, como por ejemplo, la comunión mixta.

Para analizar el tema de la reforma debemos aclarar primero un tema fundamental. Cuando se habla de la reforma se alude sin duda a Martín Lutero, quizás porque fueron sus doctrinas las que alimentaron el movimiento. Sin embargo, se suele saltar un punto de suma importancia, hay algo que hizo a Lutero diferente, y es esencial saber qué es. Sabemos que hubo muchos teólogos, sacerdotes, monjes y laicos que se rebelaron contra la iglesia e hicieron expresas sus críticas. Los hubo antes y los hubo después de Lutero, sin embargo no tuvieron la repercusión que él tuvo. Sin querer desmerecer su doctrina, sabemos que anteriormente, se habían presentado otras doctrinas críticas. Cien años antes que Lutero, Juan Huss y John Wycliff, habían reaccionado contra el papado, una en Bohemia y el otro en Inglaterra, e incluso habían introducido una doctrina de la eucaristía y de la transustanciación, muy similares a las de Lutero, al igual que habían rechazado la intermediación del Papa entre Dios y los hombres. También nos menciona Stuart Mill que “la reforma estalló lo menos veinte veces antes de mudarse con Lutero y otras tantas veces fue reducida al silencio”. Entre los vencidos, menciona a Arnaldo de Brescia, Fra Dolcino, Savonarola, a los albigeneses, los valdenses, y los lollardos. Quizás los primeros rebeldes habían sido los Gnósticos, algunos de ellos, los valentinianos orientales, con el liderazgo de Teodoto, creían al igual que Calvino, mucho tiempo después, que había unos cuantos escogidos, antes de la fundación del mundo cuya salvación era segura, predestinada y exclusiva. Seguramente muchos otros desconocidos habían reaccionado, y sin embargo y aquí está la diferencia con Lutero, habían sido quemados, asesinados, declarados herejes para luego ser desterrados o habían sufrido una penuria similar. El hecho de que Lutero no haya sufrido esta suerte se debió a un personaje que a menudo pasa desapercibido en la historia de la reforma, pero que en mi opinión fue tan o más importante que el religioso, su nombre fue: Federico III, llamado el sabio, Duque y elector de Sajonia.

Lutero a diferencia de los “reformadores” anteriores contaba con el respaldo de Federico, había sido apoyado por un estado. Federico, al igual que muchos otros nobles de la época, sentían que

ya era hora de liberarse del tirano que los oprimía. El sentimiento de independencia y de incipiente nacionalidad (si se le puede llamar así), se había impregnado en muchos príncipes europeos, que reaccionarían aprovechando el peor momento del papado. No olvidemos que cuando Lutero tenía 20 años, en 1503, dejaba el papado quien quizás haya sido el peor papa de la historia, Rodrigo Borja, quien cambiaría su apellido luego por Borgia y que llegado al papado sería llamado Alejandro VI. Su doble discurso destaparía la hipocresía eclesiástica de entonces. Organizaba fastuosas orgías en las que participaban las personas más conocidas de la elite romana, entre ellas, su propia hija, Lucrecia Borgia, con la que Alejandro tuvo un hijo, producto de las relaciones incestuosas mantenidas en dichas orgías. Su hijo César, un asesino despiadado, hizo un fastuoso imperio con los territorios papales.

Federico, fundó la universidad de Wittemberg, la cual se convertiría en la cuna del protestantismo. Lutero fue nombrado para dictar clases en esa casa, no sabemos si enviado por su confesor y superior como sostiene Justo L. González o nombrado por el mismo Federico como sostiene Wilfred G. Davis. Lo cierto es que allí fue acogido por la protección de Federico, quien financió luego el Doctorado en Teología. Lutero fue nombrado vicario principal, desde allí compuso noventa y siete tesis, que según creía provocarían una gran conmoción, sin embargo sólo se discutieron en el fuero académico. Paradójicamente, el argumentó que lanzó a Lutero por un nuevo camino estaba basado en una parte del nuevo testamento que ya había causado conmoción, la epístola de San Pablo a los romanos, pero en esta ocasión, donde se refiere a la justificación por la fe. Posteriormente produjo nuevas tesis que sí provocaron debate, las que se oponían a la venta de indulgencias. Estas habían sido autorizadas por el papa León X a Alberto de Brandeburgo, de la poderosa casa de Hohenzollern, que poseía dos sedes arzobispales y deseaba obtener una tercera (la de Mainz), para lograr la hegemonía en Alemania. Para conceder este objetivo León X le exigió 10.000 ducados, y como esta cifra era realmente elevada, le permitió la venta de indulgencias a cambio de la mitad de las ganancias obtenidas, que para el papa significaba terminar la reforma de la Basílica de San Pedro. El espíritu nacionalista del pueblo alemán y sobre todo de los nobles (entre los que estaba Federico) enardeció al ver que aprovechándose de la credulidad de su pueblo se los volvía a esquilmar.

Las tesis de Lutero fueron distribuidas, gracias a la imprenta con tipos móviles, por toda Alemania, tanto en latín como en el idioma nacional cosa que gustó de sobremanera al pueblo, sabiendo que Lutero procedía de una familia pobre, siendo su padre mi-

nero, imaginamos que las impresiones fueron financiadas por Federico.

El papa pidió que Lutero se retractara bajo apercibimiento de ser arrestado, en Augsburgo donde se reunía la dieta imperial, cosa que hubiera ocurrido si Lutero no hubiera escapado a Wittenberg, donde gozó de la protección del duque de Sajonia.

Federico III, sabía cual era su posición, sabía que el papa lo necesitaba, ya que tras la muerte de el emperador Maximiliano había quedado vacante el trono alemán, y León X aunque parezca paradójico lo quería como nuevo emperador. Esto no se debía a que le tuviera aprecio personal, sino a que los otros dos candidatos al trono eran mucho más poderosos, lo que pensaba, el papa, que disminuiría su poder (y tenía razón).

Por un lado, estaba Carlos V (I de España), quien tenía posesiones en España, los Países Bajos, Austria y el sur de Italia. Por el otro, estaba Francisco I que poseía Francia. Con Federico como Emperador, las potencias europeas quedarían divididas, ampliándole el poder al Papado; quizás por esta razón Federico, según nos cuenta la historia rehusó a la corona y se inclinó por Carlos, quizás suponiendo que su amplio poder mitigaría el del papa y haría grande a las provincias alemanas.

Una vez coronado Carlos V como emperador, León X ya no tenía que ser condescendiente con Federico y precisamente, junto a Carlos, que era católico ferviente, resolvieron que Lutero compareciera ante la dieta del imperio reunida en Worms. Parecía que el reformador correría la misma suerte que sus antecesores inspiradores, pero Federico volvió a aparecer; un grupo de hombres armados, a sus órdenes, secuestró al fraile y lo llevó a Wartburgo, salvando su vida. Allí, hizo las traducciones del Antiguo y Nuevo Testamento en alemán, cosa que exaltó aún más el creciente sentimiento nacionalista incipiente de los alemanes.

Ahora era Carlos V quien no podía ponerse en contra de los príncipes alemanes, a quienes necesitaba para contrarrestar los constantes choques que tenía con Francisco I y con el nuevo papa Clemente VII que se habían aliado, y luego contra los turcos. Carlos declaró, obligado por las circunstancias, la libertad de culto para los príncipes alemanes. Para ese entonces Federico acababa de morir, pero su objetivo estaba casi cumplido. Posteriormente, los restantes príncipes protestantes formaban la liga de la escaramada para defender su fe. Muerto Lutero, el emperador, libre de los acechos extranjeros, invadió el país y tomó prisioneros a varios príncipes

protestantes, entre ellos a Juan Federico de Sajonia, sucesor del príncipe revolucionario. Los restantes príncipes protestantes conspiraron contra Carlos V y lo vencieron con la ayuda de Enrique II, haciéndolo abdicar en favor de su hermano Fernando I, quien muchos decían que era protestante secretamente. Bajo este nuevo emperador y sus sucesores, que mantuvieron una política religiosa de tolerancia, el protestantismo se extendió por toda Alemania y aun fuera de ella. Federico había triunfado por completo. Había logrado tres cosas fundamentales: independencia del poder del papado; los príncipes, ciudades y nobles obtuvieron inmensas riquezas como consecuencia de las confiscaciones a los bienes del papado que estaban en las ciudades protestantes; pero fundamentalmente ganó una iglesia sumisa a los intereses de los príncipes, la religión dejaba de ser una fuente autónoma de poder para volver a ser, al igual que con Constantino, un instrumento del poder del estado.

El absolutismo que había poseído el estado del Imperio romano y que caído éste había heredado la Iglesia Católica, ahora volvía al estado que apareció con forma de reino. Una evidente prueba de la importancia del estado en este conflicto es el nombre de “protestantes”, con el que conocemos hoy a los seguidores de este movimiento religioso, este nombre no fue dado a los religiosos, sino a los príncipes alemanes, que en la segunda dieta de Spira protestaron formalmente contra la imposición de la fe Católica, que se había declarado en el edicto de Worms.

Lutero devolvió el apoyo de Federico, con doctrinas que defendían el poder del estado. Bajo la teoría de los dos reinos, Lutero otorgó a Federico poder absoluto, decía que Dios había establecido dos reinos, uno bajo la ley y otro bajo el evangelio. El estado que opera bajo la ley debe poner límite al pecado humano. En la rebelión de los campesinos, que se sublevaron tras años de opresión e influidos por una mala interpretación de las ideas luteranas, Lutero se puso del lado de los príncipes y los incitó a la represión (cosa que por supuesto hicieron). Negó el derecho de rebelión y postuló la obediencia civil absoluta.

Asimismo, apoyó la condena de los anabaptistas, quienes volvían a la idea de los cristianos primitivos de que existía una incompatibilidad entre la cristiandad y estado. Por ello fueron perseguidos y muertos, tanto por católicos como por protestantes.

Esto apoya la idea de que la reforma se llevó a cabo gracias a que había un estado tras las ideas de Lutero, un estado que era parte interesada. Los anabaptistas sin duda no convenían a nin-

gún estado y por eso, a pesar de sus doctrinas realmente revolucionarias, como la imposibilidad de tomar las armas tanto en defensa propia o de la patria, imposibilidad de emitir juramento, bautismo llevado a cabo en la madurez, incompatibilidad entre comunidad civil y religiosa, o el trato igualitario a ricos como a pobres, a mujeres como a hombres, fueron condenados a muerte por el papado y los distintos credos protestantes, siendo casi todos los representantes de este movimiento asesinados. Poco o en realidad nada tenían que ver con este movimiento los anabaptistas revolucionarios, que vinieron posteriormente y que carecerían del pacifismo de los anteriores. Si más relacionados con ellos están los seguidores de Menno Simons, los menonitas; con la importante diferencia, de que obedecían a las autoridades civiles, aunque no pudieran ocupar cargos públicos, lo que sin duda los hizo sobrevivir.

El segundo reformador que nos muestra la historia del protestantismo fue Ulrico Zuinglio, que como cura de Zurich inició otro movimiento de protesta que por supuesto y al igual que Lutero, contó con el apoyo de las autoridades de Zurich, quienes echaron a los vendedores de indulgencias a su pedido. Sin embargo este apoyo no fue suficiente, cuando el papado y los demás cantones católicos atacaron Zurich por sorpresa, y a pesar de que este cantón peleó con todos sus soldados y que incluso Zuinglio salió a pelear, éstos fueron derrotados y el reformador muerto. Pero el camino había quedado preparado para que un abogado francés continuara su obra iniciada en los cantones suizos. Juan Calvino, perseguido por su libro "Institución de la religión cristiana", llegó a Ginebra de camino a Estrasburgo, donde fue bien recibido y protegido por las autoridades ginebrinas, entusiasmadas con el gobierno teocrático que Calvino proponía. La iglesia propia justificadora del estado era un beneficio que debía aprovecharse. Sin embargo el rigorismo de Calvino hacía impopular al gobierno ginebrino, que era electo en votación. Calvino fue desterrado, pero vuelto a llamar más tarde debido a que la reforma se estaba yendo de las manos del gobierno de Ginebra, ya que para esa época la reforma religiosa se había vuelto un arma de doble filo para el poder del estado. Por un lado se independizaban del papado, pero por el otro aparecían movimientos como los anabaptistas que negaban la autoridad del estado. Por ello los gobernantes necesitaban reformadores como Lutero, Zuinglio o Calvino, para que reafirmaran y justificaran su poder. Así como Lutero se había tenido que enfrentar, condenando sus teorías, a anabaptistas y campesinos para proteger a las autoridades, Calvino se encontraría con un problema similar. Un médico español que había escapado a la inquisición católica y que sostenía que la conversión de Constantino había sido una gran apostasía y que además negaba la doctrina de la trinidad y condenaba la vincula-

ción entre iglesia y estado. Miguel Serveto, quien podría haber quedado inscripto como uno de los principales reformadores, por el gran valor de sus argumentos, no tuvo por supuesto, el apoyo de un estado ni poder que lo respalde y fue condenado y quemado por orden de Calvino.

No hay duda de que los que quedaron inscriptos como los grandes reformadores, no podían argumentar la conversión de Constantino sin atentar contra el poder de quien los protegía.

Más allá que la doctrina de la predestinación haya podido dar lugar y esto es discutible, al pensamiento democrático moderno, es claro que el gobierno de Calvino (ya que éste había quedado casi a cargo de la ciudad luego de defender la autoridad de la sociedad civil de los argumentos de Serveto) estuvo marcado por la intolerancia, la arbitrariedad y la crueldad. Incluso en cierta ocasión ordenó la decapitación de un niño por haberle pegado a su madre. Los seguidores de Calvino no fueron más piadosos. A cargo de los puritanos ingleses, Cromwell, dirigió el ejército del parlamento inglés y venció a Carlos I de Inglaterra y lo decapitó. A continuación depuró el mismo parlamento que dejó de ser electivo y pasó a ser designado por él. Creó un ejército permanentemente de 40.000 hombres, y nombró sucesores. Prohibió las fiestas populares, tabernas, los deportes, los juegos públicos y la actuación de las mujeres en el teatro. Sin duda revivió el estado teocrático que Calvino había formado, Cromwell como amo absoluto de Inglaterra, ni siquiera tuvo que invocar a una iglesia para que lo justifique, él mismo lo hacía.

Sin embargo, la expresión quizás, más grosera de esta relación de justificación de la que vengo hablando, es anterior a Cromwell, me refiero a otro de los más conocidos reformadores: Enrique VIII.

Según nos dice Rutherford, la iglesia de Gran Bretaña poseía un gran sentido de la independencia desde siempre, que había dificultado mantenerla bajo el control de Roma y estuvo al borde de la excomuniación. Sin embargo su ruptura con la sede romana tuvo características realmente singulares. Enrique estaba casado con Catalina de Aragón (hija de los reyes católicos), viuda a su vez de su hermano, y con ésta no había podido conseguir un heredero varón. Entonces solicitó al por entonces papa Clemente VII que anulase su matrimonio en base a que la ley canónica prohibía que alguien se case con la viuda de su hermano. El papa que antes había otorgado una dispensa para que el matrimonio pueda ocurrir, no podía otorgar la anulación, ya que en ese momento estaba acorralado militarmente por Carlos I de España (V), sobrino de Catalina. El papa acorralado por la situación aconsejó, según cuenta Justo L.

González, a Enrique que casase a un hijo bastardo que tenía (duque de Richmond), con la hija que había tenido con Catalina, María Estuardo (“the bloody Mary”, como la llaman los ingleses), haciéndolo su heredero. El rey disconforme con una iglesia que no justificaba sus actos, rechazó esta propuesta y aprovechando el espíritu nacionalista e independentista celta, hizo que el parlamento que le era adicto declarara nulo el matrimonio, y lo nombrara cabeza suprema de la iglesia de Inglaterra. La utilidad que dio Enrique a la iglesia Anglicana no sólo se puso en evidencia con los cinco casamientos posteriores y la decapitación de varias de sus esposas, sino con el hecho de que al contrario de Lutero, Zuinglio o Calvino que apostaron a una nueva y divergente doctrina sobre materia religiosa, Enrique buscó con todo esfuerzo que la nueva iglesia fuera lo más parecida posible a la de Roma, excepto por supuesto, en que la obediencia al papa se cambiaba por la obediencia a él. Enrique no sólo no tenía simpatía hacia los protestantes, sino que pocos años antes había compuesto un tratado contra Lutero.

También en los países nórdicos, el rey de Dinamarca Cristián II invadió Suecia y se hizo coronar en Estocolmo y poco después ordenó la tristemente famosa “matanza de Estocolmo”, matando a los aristócratas y eclesiásticos de ese país. Este hecho trajo gran conmoción, no sólo en Estocolmo, sino también en Dinamarca, tomando en cuenta que la corona danesa era electiva, Justo L. González cuenta que Cristián apelando nuevamente como los reformadores, al nacionalismo creciente en su pueblo, intentó utilizar el movimiento reformador como instrumento para justificar su política. Vale decir que no fue suficiente ya que fue derrocado, pero el protestantismo luterano quedó establecido en los países nórdicos.

Conclusión

La utilización de la religión con los fines antedichos, es seguramente, uno de los temas más repetidos a través de la historia, y citar todos los casos sería imposible. Hoy quizás este método de justificación de los actos del estado esté en desuso, pero seguramente existen otros, como el populismo, por ejemplo.

Sin embargo, hace no tanto tiempo, la religión volvería a ser usada, precisamente por un admirador del imperio romano, un militar alemán y sangriento asesino, Adolf Hitler. Por medio del doctor Ludwing Mueller, Hitler unificó en 1933, todas las iglesias protestantes (luteranas y calvinistas), formando la Iglesia Nacional Evangélica Alemana. Con Mueller como obispo del Reich, la Iglesia Nacional se vio integrada y dirigida por nazis entusiastas que se

llamaban a sí mismos “cristianos alemanes” y que eran dóciles al poder hitleriano. A pesar de esto, numerosos eclesiásticos alemanes formaron la Iglesia Confesional Alemana, que se convirtió en un movimiento de resistencia contra el aberrante régimen del nazismo.

No se quiere decir con este trabajo que Constantino no haya logrado definitivamente que no se persiga a los cristianos, ni que Carlomagno no haya cultivado las letras entre sus súbditos, ni que los reformadores no hayan aportado ideas trascendentales a la cultura universal o a la religión. Tampoco debe inferirse que no existieron ni existen religiosos católicos, judíos, mahometanos, hindúes, budistas o protestantes de grandes valores, ya que sobrarían los ejemplos de personajes símbolos de bondad a lo largo de la historia. Lo que este trabajo intenta mostrar es que la religión ha sido usada en numerosas oportunidades por los gobernantes de todas las épocas, para justificar su poder y las normas jurídicas que imponían el estado a los habitantes. Si bien no creo que la religión sea el opio de los pueblos, no tengo duda de que muchas veces fue transformada en una droga cegadora y útil para los actos e intenciones del poder. Quizás esta complicidad hizo que hasta hace poco nuestro presidente debía tener cierta religión y que actualmente nuestro estado “sostiene” una religión determinada.

Bibliografía

—Arnaud Desjardins, *Zen y Vedanta*. Ed. José J. de Olañeta. España, 1997.

—Elaine Pagels, *Los evangelios gnósticos*. Ed. Grijalbo Mondadori. España, 1982.

—El Bhagavad-Gîtâ, tal como es. Ed. The Bhaktivedanta Book Trust. España, 1984.

—El Corán. Ed Herder. España, 1995.

—García Hamilton, José Ignacio, *Los orígenes de nuestra cultura Autoritaria e improductiva*. Ed. Albino y asociados. Argentina, 1991.

—Gigi Mathew's Cyber Home, *Christian Church History, Deviation from Apostolic Teachings*. Internet.

—Grandes Biografías. Ed. Océano. España 1992.

—John Lechet, 50 pensadores contemporáneos esenciales. Sobre Dumézil. Ed. Cátedra. España 1997.

—John Stuart Mill, Sobre la libertad. Ed. Aguilar. Argentina, 1962.

—Justo L. González, Historia del Cristianismo, tomos 1 y 2. Ed. Unilit. Colombia, 1994.

--Lao Tse, Tao Te Ching. Ed. Need, Argentina, 1998

--Rafael Gamba, historia sencilla de la filosofía.

--Santa Biblia, Antiguo y nuevo testamento. Ed. Paulinas. Argentina, 1964.

--Ward Rutherford, El misterio de los druidas. Ed. Martínez Roca. España, 1994.

**COMENTARIOS
BIBLIOGRÁFICOS**

BLANCA

CUANTIFICACION ECONOMICA DEL DAÑO. VALOR DE LA VIDA HUMANA

CARLOS ALBERTO GHERSI, ED. ASTREA, 2DA. EDICIÓN AMPLIADA, BUENOS AIRES 1999, 175 PÁGINAS.

Comentado por Alejandro A. Gordano

El libro está dirigido a cubrir un tema del Derecho estrechamente relacionado con la Economía, tal es la cuantificación económica del daño. Es aquella actividad de las partes, y la del juez al momento de sentenciar, que se encamina a establecer la cuantía del daño causado, es decir, a traducir en una unidad monetaria la pérdida de valor del bien dañado. En esta oportunidad el autor sólo analiza el valor de la vida humana.

El libro está estructurado en seis capítulos y un apéndice. El primero trata, como introducción al tema, el concepto de Análisis Económico del Derecho y sus conexiones con el Derecho Económico. Al respecto dice sobre el primero —que es el que interesa en esta obra— que es una herramienta científica que relaciona el Derecho y la Economía, permitiendo analizar si en cada institución se cumplen las finalidades de la Economía y del Derecho.

En el segundo y tercer capítulo tratan temas de Obligaciones, como son la *reparación del daño en dinero y en especie*, y la *extensión de la indemnización*. Para el primero de los conceptos, propone la utilización del término “reparar” en cambio de “indemnizar”, y le asigna la significación de “componer el daño” en el ámbito económico, “desagraviar” en el extraeconómico, además de “evitar un daño” como función de prevención. En cuanto al segundo concepto, trata la extensión de la indemnización en el Código de Vélez y la reforma del año 1968 analizando los distintos fundamentos socio-jurídicos e ideológicos.

En el capítulo cuarto describe lo que entiende por “*sistema capitalista de acumulación privada*” (SECAP). *Sistema económico*, dice, es aquel que se ocupa de la asignación de recursos con una determinada lógica. Para que sea *capitalista* es necesario que dentro de ese sistema se inicie la producción con un capital, y de lo que se produzca en la sociedad mediante el trabajo, exista una deducción

para proveer de ingresos a la formación de ese capital. En cuanto a la *acumulación privada*, considera que es expedirse sobre la titularidad de dicho capital. Concluye el capítulo diciendo que nuestro país adoptó en su legislación (C.N. arts. 14 y 17, Cód. Civil, Cód. de Comercio, Cód. Penal) el SECAP, y que por lo tanto la cuantificación debe realizarse ponderando dicho sistema.

En el capítulo siguiente analiza los elementos constitutivos de las clases sociales, especialmente los elementos cualificantes que han sido seleccionados para la conformación de una clase. Estos elementos son factores económicos, sociológicos y culturales. Seguidamente se analiza el significante de la participación de la clase, en cuanto a que cada clase tiene una identidad y una participación en la generación de riqueza del país.

En el capítulo sexto se considera el valor económico de la vida humana como unidad productiva (UP). En primer lugar se analiza al hombre como fuerza y calificación, la evolución que ha tenido la humanidad en cuanto a los avances tecnológicos y de conocimientos y cómo ha disminuido el valor de la fuerza física y aumentado el de la calificación. Por último, se trata la ubicación de una UP en función de las variables socioeconómicas-culturales.

El libro termina con un apéndice de jurisprudencia sistematizada (muy breve) y con unas "pautas socioeconómicas para la estructura social" extraídas del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC). Esto último a los fines de ilustrar las preguntas que deben realizarse para efectuar el pertinente enclasmiento (ubicación en una clase social) de la víctima dentro de los estamentos socioeconómicos.

Cabe resumir la lógica de este libro de la siguiente forma: estamos ante un sistema que nos permite cuantificar el daño en un SECAP, que no es necesario aportar las pruebas del daño, y que se trabaja con datos estadísticos, en principio del INDEC.

Para cuantificar el daño por este sistema, el primer paso es establecer la clase social a la que pertenece, o pertenecía, la víctima; seguidamente se puede establecer el modelo abstracto de generación de riqueza de esa persona y comprobar si coincide con el modelo de generación de riqueza de la clase social a la que pertenece. Es decir, estadísticamente se sabe que alguien de, por ejemplo, clase baja genera hasta los 65 años (jubilación) X cantidad de riqueza. Producido el daño a los 30, se puede determinar qué cantidad de riqueza generó esa persona y cuánto le faltaba generar.

Entonces, será posible reemplazar a la capacidad de la víctima de generar valor por un capital (siguiendo la lógica del SECAP) que reproduzca y continúe ficticiamente hasta los 65 años el modelo que iba siendo trazado por esa persona, y que quedó truncado por el daño.

Claro que no se pueden dar todos los matices que representa el sistema explicado, pero creo que es suficiente para hacerse una idea de cómo es su lógica. Cabe agregar que el daño sufrido por una persona mayor de 65 años en principio no sería reparable, pues ya cesó de producir riquezas, es más, se transformó en una carga-gasto bajo la lógica del SECAP. Por otra parte, el daño sufrido por una persona en estado de indigencia es casi cero, pues su participación como UP es ínfima.

Todo ello cobra razón, como se aclaró, en un sistema capitalista de acumulación privada, donde lo que se busca es reparar el daño causado y no hacer una transferencia injustificada de recursos. Es decir, volver las cosas al estado anterior y no enriquecer a nadie.

En cuanto al libro en sí, a veces se torna repetitivo, volviendo una y otra vez sobre las mismas ideas; tiene abundantes citas pero su lectura traba un poco y no todas son importantes para la comprensión del texto. Sí son muy útiles los cuadros y gráficos desplegados a lo largo del trabajo que ayudan a resumir y asentar las ideas.

En general creo que aporta una idea útil para aquellos que buscan un criterio objetivo al momento de cuantificar el daño, y no se conforman al establecer a ojo algo que luego va a ser determinado por el juez en el medio de lo pedido por la actora y lo ofrecido por la demandada.

Alejandro A. Gordano

BLANCA

DERECHO MUNICIPAL, PUBLICO PROVINCIAL Y CONTRAVENCIONAL

NÉSTOR OSVALDO LOSA, EDICIONES JURÍDICAS CUYO, MENDOZA, 1998,
464 PÁGS.

Comentado por Mariano López

Una de las ramas importantes del derecho público, es el derecho provincial y el derecho municipal. La problemática del derecho local es una de las más antiguas que tenemos en nuestro mundo jurídico local.

Pero si bien es importante, en no todos los ámbitos es considerado como tal. Desde los niveles básicos de educación, como puede ser el primario, secundario, e incluso el universitario, la injerencia del derecho público o el derecho municipal, no tiene la misma intensidad en los ámbitos provinciales que en el distrito capitalino.

A nivel doctrinario no encontramos la misma cantidad y variedad de obras de derecho público local que en otras ramas como el derecho penal, civil, laboral, o el mismo administrativo y constitucional.

Por eso, creo que la obra del Dr. Losa, viene a llenar en algunos aspectos, parte de ese vacío que anteriormente comentaba. Desde el punto de vista estructural, es dable destacar que el libro está compuesto de 15 capítulos, con un total de 463 páginas.

Desde el punto de vista ideológico-doctrinario, la obra está basada en 3 pilares fundamentales. La primera idea, está dada en la autonomía municipal, allí el Dr. Losa nos muestra dos cuestiones de importancia, por un lado una evolución con relación al concepto y a la necesidad de reconocimiento como tercer nivel gubernativo junto a la Nación y a las Provincias, del municipio; y por el otro lado el peligro latente que existe en algunas provincias donde al municipi-

pio no se lo reconoce como tal, dentro del marco del artículo 123 de nuestra carta magna.

Se hace referencia al famoso fallo Rivademar c/ Municipalidad de Rosario, donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cambia su postura con relación al concepto de municipio, ya alejándose de la “mera delegación administrativa”, para hacer una distinción entre las características propias de un municipio y las de un mero ente administrativo.

La segunda idea, está basada en la existencia de los juzgados de paz, tanto letrados como legos, y la necesidad de la existencia de una verdadera justicia municipal, ya que en algunos municipios no existe, afectando de este modo el sistema republicano dentro de las propias esferas de competencia que le corresponden a este nivel gubernativo.

Con relación a la Justicia de Paz Provincial, menciona a la Provincia de Buenos Aires, Mendoza, Neuquén, Chubut, San Juan, Córdoba, etc, destacando sus características principales. Por último se destaca también, la existencia en algunas provincias, de una policía judicial, como elemento colaborador de la justicia local, y cuya responsabilidad recae por lo general en los tribunales superiores.

Y la tercera idea y más importante creo yo, está relacionada con el derecho Contravencional. En este tema, Dr. Losa presenta un proyecto de unificación, tanto del código Contravencional como del de Faltas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, constituyendo así un único cuerpo legal que contenga tanto las faltas municipales, los ilícitos que se conocieran como “edictos policiales” y las infracciones y transgresiones.

Este proyecto está estructurado en 3 libros donde se hace constar en el libro primero, las disposiciones generales, las penas (Multa, Inhabilitación, Demolición, Arresto domiciliario, etc.), el registro de antecedentes, la reincidencia, el concurso de contravenciones, el ejercicio de la acción, la extinción de las penas; en el libro segundo los derechos que pueden ser afectados (Libertad individual, Sentimientos Individuales, Propiedad, Seguridad Pública, etc.); y finalmente en el libro tercero, se menciona al procedimiento, estableciendo una jurisdicción que será ejercida por jueces Contravencionales y de Faltas y posteriormente, en grado de apelación una Cámara de Apelaciones, una competencia improrrogable, el libramiento de actas, el juicio oral y público, y los recursos (Apelación, Nulidad, Queja y Reposición).

En conclusión, el autor con la presente obra, nos permite una ampliación y una actualización de las distintas circunstancias que plantea la problemática del derecho municipal, facilitando así, que el alumno tenga nociones básicas de la materia, interrelacionando la historia y el surgimiento de este derecho, con el sistema normativo vigente tanto nacional como provincial; y siendo en definitiva, una herramienta indispensable para aquella persona que le interese el derecho local y el derecho público en general.

¿LO SABÍA?

“Si bien el alojamiento en un establecimiento de seguridad implica en cierto modo una restricción de la libertad, ésta no depende de las características del hecho que se les endilgue, es decir, de disposiciones de carácter procesal, sino que la externación o no del menor imputado está íntimamente ligada con la problemática del tutelado, de su familia, de la contención y protección de ésta respecto del mismo, por lo que las características del hecho atribuido serán una circunstancia más a tenerse en cuenta, pero que en la mayor parte de los casos, no reviste carácter determinante”.

(Cfr. Juzgado Nacional de Menores N° 2, Secretaría N° 5 en C. 4733 S. N. A., 27/11/97).

*“El tribunal de menores no puede ser un tribunal “paternal” y desjuridizado, en el que sólo cuenta la peligrosidad y se pasan por alto las garantías individuales y la cuantía de la lesión al derecho inferida por el menor. Semejante criterio, como cualquier derecho “tutelar”, ha llevado a aberraciones jurídicas. Cabe tener presente que la “tutela” ha sido el pretexto de casi todos los derechos penales autoritarios idealistas y el derecho del menor se ha acercado frecuentemente a esos extremos, llegando a privar de defensa al menor (so pretexto de no ser necesaria, ya que no “pena” sino que “tutela”). (Eugenio R. Zaffaroni, “Derecho penal y derecho del menor”, en *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Tomo 1, Ediar, Buenos Aires, 1995 (reedición), pág. 226).*

RESEÑA DE DECISIONES INTERNACIONALES

Corte Internacional de Justicia: Caso relativo a la Legalidad del Uso de la Fuerza (Yugoslavia c. Bélgica, Nro. 105; Yugoslavia c. Canadá, Nro. 106; Yugoslavia c. Francia, Nro. 107; Yugoslavia c. Alemania, Nro. 108; Yugoslavia c. Italia, Nro. 109; Yugoslavia c. Países Bajos, Nro. 110; Yugoslavia c. Portugal, Nro. 111; Yugoslavia c. España, Nro. 112; Yugoslavia c. Reino Unido, Nro. 113; Yugoslavia c. Estados Unidos de América, Nro. 114) (2 de junio de 1999)

El 2 de junio de 1999 la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) se expidió acerca del pedido de medidas provisionales por parte de la República Federal de Yugoslavia (“Yugoslavia”) en los diez casos (Nros. 105 al 114) relativos a la legalidad del uso de la fuerza a raíz de los bombardeos de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (“OTAN”) en territorio yugoslavo. La decisión de la CIJ se compuso en cada caso de una orden, a la cual se le agregarían distintas opiniones separadas, declaraciones y opiniones disidentes (1). En todos y cada uno de los casos, la Corte negó la posibilidad de indicar medidas provisionales.

La posición de Yugoslavia

El 29 de abril de 1999, sólo cuatro días después de la aceptación por parte de Yugoslavia de la competencia de la CIJ, este país demandaba en casi idénticos términos a diez de los estados integrantes de la OTAN ante el más alto tribunal internacional.

(1) La decisión puede ser consultada en *Table of Contents Orders - Yugoslavia v. Belgium* http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iybe/iybeorders/iybe_iorder_toc.htm (visitado 10/7/2000). Para aquellos interesados en profundizar en el estudio de este caso, recomendamos la lectura de la opinión disidente del Vicepresidente de la Corte, Juez Weeramantry, así como la de los votos de los Jueces Oda y Higgins.

La República Federal de Yugoslavia alegaba que, a través de su participación en los bombardeos de la OTAN, los Estados demandados violaron, entre otras, i) la prohibición del uso de la fuerza contra otros Estados, ii) la prohibición de atacar a poblaciones civiles, iii) la prohibición de no atentar contra monumentos culturales, históricos o espirituales, iv) la prohibición del uso de armas no admitidas por el Derecho Internacional, v) la obligación de no causar daño ambiental y vi) la obligación de no interferir con la libertad de navegación en cursos de agua internacionales. Por otra parte, Yugoslavia resaltó la asistencia brindada por los Estados demandados al denominado “Ejército de Liberación de Kosovo”, en clara violación al principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados. Como consecuencia de estos actos, Yugoslavia sostuvo que cada uno de los Estados demandados había violado “su obligación de no infligir deliberadamente sobre un grupo nacional condiciones de vida que puedan llegar a causar su destrucción física, en forma total o parcial”, es decir, genocidio contra la población serbia de Yugoslavia. Por último, Yugoslavia solicitó a la Corte que, como medida provisional hasta que se decidiera sobre el fondo del asunto, ordenara a cada uno de los Estados demandados que “cesara inmediatamente en el uso de la fuerza y se abstuviera de cualquier amenaza o uso de la fuerza contra la República Federal de Yugoslavia” (2).

Jurisdicción

El caso en estudio presenta ciertas complejidades en relación con la jurisdicción de la CIJ. Yugoslavia presentó fundamentalmente tres bases para la competencia de la Corte: a) la jurisdicción obligatoria del artículo 36(2) del Estatuto de la Corte, b) el artículo IX de la Convención de Genocidio de 1948 (3) y c) la jurisdicción consensuada del artículo 38(5) del Reglamento de la Corte.

Luego de expresar su profunda preocupación por la situación en Yugoslavia, la CIJ consideró oportuno recordar que no puede resolver disputas entre Estados sin el consentimiento de los mismos. Expresó asimismo que si bien no era necesario establecer jurisdicción de manera definitiva a fin de indicar medidas provisiona-

(2) Los argumentos de Yugoslavia pueden encontrarse en *YALL: Yugoslavia v. YALL - CR9914 - 10 May 1999* http://www.icj-cij.org/icj/idocket/iyall/iyall_cr/iyall_icr9914_19990510.html (visitado el 24/1/2000).

(3) Convención de 1948 sobre la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio, 78 UNTS 277 (1951), Art. IX (“Convención de Genocidio”).

les, las mismas no pueden ser ordenadas si no existe al menos jurisdicción *prima facie* (4).

En cuanto a la jurisdicción obligatoria del artículo 36(2) de su Estatuto, la CIJ remarcó que Yugoslavia declaró su aceptación de la jurisdicción de la Corte con fecha 25 de abril de 1999, pero limitó *ratione temporis* su aceptación a las disputas que surgieran con posterioridad a la firma de dicha declaración (5). La Corte concluyó que las demandas yugoslavas se dirigían fundamentalmente contra los bombardeos de la OTAN que comenzaron antes del 25 de abril de 1999, no habiendo podido establecer Yugoslavia que nuevas disputas se hayan originado con posterioridad a esa fecha. En este punto, la CIJ realizó lo que se considera una interpretación demasiado estricta de la declaración yugoslava con relación al momento en que se iniciaron los bombardeos y consecuentemente, surgió el conflicto internacional (6). La Corte sólo tuvo en cuenta los bombardeos, ignorando algunas de sus consecuencias que como el daño ambiental o la violación al principio de libertad de navegación de los ríos internacionales, pudieron originarse con posterioridad y continuar en el tiempo. Tal como lo señala Jorri Duursma, se trata de la legalidad de toda la estrategia del bombardeo más que del bombardeo en sí mismo (7). Ahora bien, en virtud del principio de reciprocidad —por el cual un Estado puede invocar las reservas o limitaciones en las declaraciones de su contraparte— (8) no existe jurisdicción bajo este artículo entre el Estado actor y Bélgica, Canadá, los Países Bajos y Portugal. En los casos específicos de España y el Reino Unido, cada una de las declaraciones por las cuales estos Estados aceptaron la competencia de la Corte posee una reserva por la cual se excluyen los casos con Estados que hubiesen

(4) La jurisdicción *prima facie*, junto con el peligro de que se cause un daño irreparable que haga inútil el tratamiento del caso en etapas posteriores, son requisitos esenciales para la procedencia de medidas provisionales.

(5) Yugoslavia aceptó la jurisdicción de la Corte utilizando la fórmula estándar que incluye “disputas surgidas o que puedan surgir con posterioridad a la firma de la presente Declaración, con relación a las situaciones o hechos posteriores a dicha firma”, es decir, después del 25 de abril de 1999. Ver Legalidad del Uso de la Fuerza (Yugoslavia c. Bélgica), Solicitud de Medidas Provisionales, Orden del 2 de junio de 1999, para. 23.

(6) Jorri Duursma, *Justifying NATO's Use of Force in Kosovo?*, LEIDEN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Nro. 12 (1999), pag. 293.

(7) *Id.*

(8) Ver, Ciertos Empréstitos Noruegos, (Francia c. Noruega) 1955-1957, disponible en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions.htm> (visitado el 10/7/2000).

aceptado la jurisdicción obligatoria de la CIJ en un lapso menor a 12 meses antes del inicio de la demanda (9). Por lo tanto, tampoco existe jurisdicción sobre estos países ya que Yugoslavia inició su demanda ante la Corte sólo cuatro días después de aceptar su jurisdicción.

En segundo lugar, la Corte rechazó el fundamento del artículo IX de la Convención de Genocidio de 1948 como base para establecer jurisdicción *prima facie*. Por un lado, la Corte señaló la dificultad para determinar en esa etapa de los procedimientos si los actos que se le imputaban a los Estados demandados son pasibles de ser encuadrados dentro de los prohibidos por la Convención de Genocidio. Así y todo, en ocho de los diez casos, el más alto tribunal internacional no encontró configurado el delito de genocidio, principalmente debido a la ausencia de la intención de destruir a un grupo, elemento necesario para que tenga lugar esta figura. En los dos casos restantes —España y EE.UU.— la falta de jurisdicción era aún más patente ya que ambos Estados realizaron una reserva en su momento al Artículo IX de la Convención de Genocidio. Aunque la Corte no pareció interesada en determinar en esta etapa si las reservas de estos países eran contrarias al objeto y fin del tratado en cuestión, sabemos que no estaban expresamente prohibidas por la Convención de Genocidio ni que fueron objetadas oportunamente por Yugoslavia, por lo que en principio serían válidas.

Por último, y con relación al Artículo 38(5) del Reglamento de la Corte como fuente de jurisdicción, la CIJ resaltó la falta de consentimiento a su jurisdicción por parte de Francia, Alemania, Italia, España y los EE.UU., lo que también demostraría la ausencia de jurisdicción *prima facie* bajo esta disposición (10).

En la segunda ronda de argumentos orales, Yugoslavia intentó invocar motivos adicionales para la jurisdicción de la Corte sobre algunos Estados demandados (v.gr. tratados bilaterales con Bélgica y los Países Bajos de 1930 y 1931 respectivamente). Sin embar-

(9) *Véase*, Tratados Multilaterales Depositados ante el Secretario General de Naciones Unidas, Status al 31 de diciembre de 1997, Pág. 25 y 27.

(10) "When the applicant State proposes to found the jurisdiction of the Court upon a consent thereto yet to be given or manifested by the State against which such application is made, the application shall be transmitted to that State. It shall not however be entered in the General List, nor any action be taken in the proceedings, unless and until the State against which such application is made consents to the Court's jurisdiction for the purposes of the case." Art. 38(5), Reglas de la Corte, disponible en *Basic Documents* <http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdocuments/ibasictext/ibasicrulesofcourt.html> (visitado 11/7/2000).

go, la Corte manifestó que la invocación de nuevas bases para su competencia en esa etapa no era procedente y constituía “una seria amenaza al principio de buena fe procesal y de administración de justicia”, denegando su admisibilidad (11).

Los casos de España y los Estados Unidos fueron eliminados por la Corte de su lista de casos pendientes debido a una manifiesta falta de jurisdicción. En relación con los otros Estados, la Corte declaró no poseer jurisdicción *prima facie* a fin de indicar medidas provisionales pero reservó su decisión en cuanto a la jurisdicción sobre el fondo del asunto para etapas posteriores.

Observaciones finales

Enfrentada con el dilema moral que originara la situación sufrida por las minorías albanas en Kosovo —el respeto estricto del Derecho Internacional o la necesidad de arbitrar los medios para la cesación de violaciones masivas a los derechos humanos—, la Corte pareció legitimar la segunda alternativa al escudarse en elementos técnicos para negar la medidas provisionales solicitadas por Yugoslavia. Sin embargo, no podemos adelantar juicios acerca de la decisión del tribunal de La Haya hasta que no se expida sobre el fondo del asunto.

En lo que constituye un importante aporte al Derecho Internacional, la Corte resaltó que “hayan o no los Estados aceptado la jurisdicción de la Corte, éstos serán siempre responsables por los actos que le sean imputables y que violen el Derecho Internacional, incluyendo el Derecho Internacional Humanitario...” (12). Por otra parte, mediante lo que la doctrina considera un claro *obiter dictum*, la Corte instó a las partes en conflicto a que el mismo no se viera agravado ni extendido, recordándoles que si el mismo constituye una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el Consejo de Seguridad como órgano responsable podrá actuar en virtud de las atribuciones que le confiere el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (13).

A más de un año de haber arribado a esa decisión, la Corte sólo ha emitido decisiones en cuanto al procedimiento, pero sin haberse

(11) *Ver* nota 1, para. 44.

(12) *Id.*, para. 19.

(13) *Id.*, para. 50.

expedido aún sobre los méritos del asunto. Dicha decisión se demorará aún más, debido a las objeciones preliminares planteadas por los ocho Estados que aún continúan como parte del litigio. Según el Art. 79(3) del Reglamento de la Corte estas objeciones suspenden el procedimiento sobre el fondo del asunto hasta tanto no sean resueltas (14). Posiblemente, Yugoslavia abandone su pretensión, la que en parte carece ya de objeto y que le acarrea enormes costos. La comunidad jurídica internacional, por su parte, espera ansiosa el resultado de este litigio, que echará luz sobre instituciones polémicas de Derecho Internacional como la así llamada “intervención humanitaria” y el actual alcance del principio de no intervención.

Hernán E. Vales Benavente
Julio de 2000

(14) Información de prensa 2000/25, 7 de julio del 2000, *The respondent States challenge the Court's jurisdiction and the admissibility of Yugoslavia's Applications*, disponible en <http://www.icj-cij.org>, (visitado 11/7/2000).

NOTA DE LA REDACCIÓN

LECCIONES Y ENSAYOS publicó en su N° 72/73/74 un trabajo del profesor Ubertone titulado “*Las tesis doctorales en Derecho en la Universidad de Buenos Aires (1829-1960)*”. Por circunstancias ajenas a la Revista, el texto no incluyó algunas correcciones que el autor nos había enviado a tiempo para su incorporación. Sirva el presente trabajo como complemento y enmienda del anterior.

Además, por un error tipográfico, en la pág. 377, cuarto párrafo, se cita a 1825 como año de fundación de la Universidad de Buenos Aires: la fecha correcta, como sabemos, es 1821. Pedimos disculpas a los lectores.

TESIS DOCTORALES: ¡MATILDE ERA VARÓN!

FERMÍN PEDRO UBERTONE

I

Hace un tiempo estuvimos estudiando unos listados de tesis doctorales en Derecho presentadas en la Universidad de Buenos Aires, y nos encontramos con una tesis doctoral de Matilde Lobo en 1858.

Su título era: “*La mujer puede pedir se quite a su marido jugador la administración de los bienes gananciales*” (1). Según nuestra fuente, la tesis estaba fechada en Bs. As. en 1858 y constaba de 32 páginas.

(1) Fuente: Universidad de Buenos Aires, Instituto Bibliotecológico: “*Tesis presentadas a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1829-1960*”, Bs. As., 1979; 314 págs.; lo citado, pág. 17. En el listado allí publicado esta tesis lleva el N° 67.

Nos sorprendía pensar que en esa época una mujer hubiera estudiado Derecho en Buenos Aires.

Tuvimos dudas. ¿Podía tratarse de un error de transcripción de la última letra del nombre, “Matildo” en lugar de “Matilde”?

Esta posibilidad la verificamos por otras fuentes, y la descartamos. Todas las fuentes decían “Matilde” (2).

¿Podía en aquel entonces el nombre “Matilde” ser usado para un varón? Al fin y al cabo, recordábamos que el primer ganador de un “prode” millonario se llamaba “Mercedes”, y —para sorpresa de todos— resultó ser un hombre...

Esta posibilidad existía, y había que seguir investigando. En particular nos llamaba la atención que una mujer universitaria en esa época pudiera haber pasado inadvertida en la sociedad de su tiempo, sin dejar rastros, sin figurar en las listas o diccionarios de mujeres argentinas destacadas (3).

Pero lo que nos inclinaba a creer que era un mujer era el tema estudiado: la administración de los bienes conyugales, el marido jugador que podía perder todo y los derechos de la mujer al respecto. El tema, de especial interés para las mujeres casadas, hacía pensar que era una mujer quien había elegido y estudiado ese tema.

Quisimos leer la tesis, para ver si allí había algún dato sobre la persona de Matilde Lobo. En la Biblioteca Nacional hay una antigua ficha manuscrita que indica que la biblioteca posee un ejemplar de la obra, en la “Colección Candiotti” (4). Sin embargo, cuando la solicitamos, los bibliotecarios no la encontraron, por lo que no pudimos consultarla.

(2) Candiotti, Marcial R.: *“Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires y catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario. 1821-1920”*, Bs. As., 1920, 804 págs. En el ejemplar consultado no figuraba el nombre del editor; sólo mencionaba a la imprenta, Talleres Gráficos del Ministerio de Agricultura de la Nación. En esta obra la tesis referida está mencionada en la página 458 y lleva el N° 226.

Otras fuentes concordantes se citan más adelante.

(3) En particular, no figura en el valioso diccionario de Lily Sosa de Newton. SOSA DE NEWTON, Lily: *“Diccionario Biográfico de Mujeres Argentinas. Aumentado y actualizado”*, Editorial Plus Ultra, Bs. As., 1980, segunda edición, 533 págs.

(4) Esta ficha confirma que no hay errores en la transcripción del nombre “Matilde”.

Así las cosas ofrecimos nuestro trabajo sobre las tesis doctorales en la Universidad de Buenos Aires a la revista "LECCIONES Y ENSAYOS" (5). Fue aceptado para su publicación, y creemos que está en prensa en momentos de escribir estas líneas.

Allí incluíamos los datos que hasta entonces teníamos, nuestras dudas y suposiciones.

II

Bastante tiempo después tuvimos oportunidad de consultar el Archivo Histórico de la Universidad de Buenos Aires (6). Por la gentil colaboración de su personal, tuvimos acceso a tres fichas que hacían referencia a la tesis doctoral de Matilde Lobo (7).

Son fichas de cartulina de color verdoso, muy prolijamente mecanografiadas (8).

Cada ficha refiere la existencia de un documento o expediente, y en conjunto nos cuentan que:

- el 19 de marzo de 1858 Matilde Lobo y otras dos personas solicitan al Rector de la Universidad que se fije día y hora para rendir su examen de tesis. El día siguiente el Rector pasa el asunto a secretaría para que informe al respecto, y recibido el informe —todo en el mismo día— fija el 26 de marzo para los otros dos interesados y el 27 para Matilde Lobo.

- las fechas previstas deben haberse cumplido, porque el 7 de abril de 1858 los cinco doctorados ese año —los tres peticionantes del 19 de marzo y otros dos, uno de los cuales era Nicolás Avellaneda, futuro presidente de la Nación— solicitan al rector de la Uni-

(5) UBERTONE, Fermín Pedro: *Las tesis doctorales en Derecho en la Universidad de Buenos Aires (1829-1960)*, 1996, 21 págs.

(6) La Dirección Archivo Histórico de la Universidad de Buenos Aires tiene actualmente su sede en Azcuénaga 280, 4º piso, ciudad de Buenos Aires. Se agradece especialmente la colaboración de la Profesora María Clementina González.

(7) Fecha de la consulta: 31-3-99. Definitivamente, el nombre "Matilde" estaba bien transcrito.

(8) El tipo de letra pone de manifiesto que fueron hechas en máquinas de escribir bastante modernas. Estas fichas, pues, no son documentos antiguos.

versidad la fijación de día y hora para recibir sus respectivos grados de doctor en Jurisprudencia. El 9 de abril el Rector fija el día 12 del mismo mes para la realización de la ceremonia. En el expediente los interesados adjuntan los recibos del pago de los aranceles correspondientes.

- la fecha prevista para la entrega de diplomas debió también cumplirse, porque el 12 de abril se labra un acta donde consta la graduación de los cinco nuevos doctores (9). La ficha hace notar el hecho de que ese documento no está firmado. La fecha del acta nos indica que se hacía el mismo día de la entrega de los diplomas (10).

Datos interesantes. Pero nada aportaban sobre el asunto del sexo de la persona que nos interesaba.

III

Por fin, unos días más tarde la gestión de la gente del Archivo Histórico de la Universidad de Buenos Aires encontró en otra dependencia de esa casa de estudios una copia del acta de graduación, del 12 de abril de 1858, y nos facilitó su consulta (11).

En esa acta se deja constancia de que en la ceremonia llevada a cabo ese día los doctorados prestaron juramento y recibieron sus grados de manos del Rector de la Universidad, Dr. Antonio Cruz Obligado.

En el acta figura que el padrino de doctorado de Lobo fue el Dr. Marcelino Ugarte. Aparece también un dato importante sobre lo que estábamos tratando de averiguar: su sexo. En efecto, el texto del acta cita hace referencia dos veces a Matilde Lobo.

La primera vez cita a “*don Matilde Lobo*”. “Don”, no “Doña”. ¡Matilde Lobo era varón! (12)

(9) Que sólo esos cinco obtuvieron el grado de Doctor en Jurisprudencia en 1858 resulta de la obra y lugar citados más arriba, en la nota 1, tesis N° 64 a 68.

(10) Las tres fichas se transcriben más adelante, como Anexo I.

(11) Fecha de la consulta: 4-5-99. El acta se transcribe más adelante, como Anexo II.

(12) Quede claro que se trata de un texto todo manuscrito. No se trata de un formulario preimpreso, donde podría imaginarse la posibilidad de que un empleado no se hubiera tomado el cuidado de corregir el “Don” impreso para transformarlo en “Doña”.

La segunda vez la cita remite al orden en que los doctorados figuran más arriba en el acta, y la referencia a Lobo dice “*al cuarto*”: otra vez en masculino. Se confirma así el sexo de Matilde Lobo.

IV

Descartada la posibilidad de que Matilde Lobo fuera una mujer, el primer nombre de mujer que aparece en los listados de tesis doctorales en Derecho de la Universidad de Buenos Aires es el de Celia Tapias (13).

Y Celia Tapias sí figura en el diccionario de Sosa de Newton, quien la presenta como la “Primera abogada recibida en Buenos Aires”, agregando después que “a la doctora Tapias le cupo el privilegio de ser [la] primera letrada de Buenos Aires”. También se informa que ejerció la profesión de abogada y la docencia (14).

El dato de que Celia Tapias fue la primera mujer graduada de abogada y de doctora en Jurisprudencia en la Universidad de Buenos Aires es concordante con el hecho de que Matilde Lobo no era mujer.

Ahora todo concuerda: Matilde Lobo era varón.

V

Sirvan esta nota como rectificación de lo publicado en “LECCIONES Y ENSAYOS”.

Pedimos disculpas por nuestras equivocadas suposiciones. Nunca habíamos oído que el nombre “Matilde” se usara para varones.

Pero también habrá de reconocerse que cuando nos quedan dudas, seguimos investigando. Aunque sea despacio, en los tiempos que nos dejan las ocupaciones docentes y profesionales que son nuestro medio de vida, pero no abandonamos el asunto.

Gracias.

(13) Nos remitimos a la obra citada supra, en la nota 1. También nuestro trabajo citado en la nota 5, pero con la aclaración de que no es una fuente autónoma, ya que los datos de este listado se basan en los de la obra anteriormente citada.

(14) SOSA DE NEWTON, Lily: *op. cit.*, pág. 454.

ANEXO I

**TRES FICHAS DEL ARCHIVO HISTÓRICO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (15)**

1858 - Marzo 19, Bs. As.

Norberto Rodríguez, Adolfo Cano y Matilde Lobo piden al Rector día y hora para rendir su tesis jurídica.

Observac. El rector con fecha 20/3/ eleva a la secretaría para que informe. Después del informe de ésta el Rector con fecha 20/3/ señala el día 26/3 para Cano y Rodríguez y el 27 para Lobo.

2 fojas

14-1-41

1858 - Abril 7, Bs. As.

Francisco Cordoneda, Adolfo Cano, Norberto Rodríguez, Matilde Lobo y Nicolás Avellaneda piden al Rector día y hora para recibir el grado de doctor en Jurisprudencia.

Observac. El Rector con fecha 9/4/ señala el día 12 del cte. para la ceremonia. Adjuntan recibo de pago de derechos por el doctorado.

7 fojas

14-2-13

1858 - Abril 12, Bs. As.

Acta de graduación de doctores en Jurisprudencia de Adolfo Cano, Norberto Rodríguez, Matilde Lobo y Nicolás Avellaneda y Francisco Cordoneda.

Observac.: Acta sin firma.

1 foja

14-2-20

(15) Originales obrantes en el Archivo Histórico de la Universidad de Buenos Aires. Transcripción respetando la presentación general de las fichas pero no la extensión de cada línea de texto. (Copias confrontadas por FPU con fichas originales: 4-5-99.)

ANEXO II
UN ACTA
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (16)

1858
Abril 12

— En este día, el Señor Rector de la Universidad, Doctor Don Antonio Cruz Obligado, con asistencia de los Señores Catedráticos del Departamento de Jurisprudencia, de varios Doctores, estudiantes y algunos particulares, confirió el grado de Doctor en la expresada Facultad Mayor de Jurisprudencia a los candidatos Don *Francisco Cordoneda*, Don *Adolfo Cano*, Don *Norberto Rodríguez*, DON *Matilde Lobo* y Don *Nicolás Avellaneda*, después de haber prestado todos individualmente el solemne juramento de cumplir fielmente las obligaciones que les impone el grado con que fueron condecorados. Sirvió de padrino al primero, el Dr. Don Juan Rayces; al segundo el Dr. Don Carlos Tejedor[;] al tercero el Dr. Don Francisco de Elizalde; AL CUARTO el Dr. Don Marcelino Ugarte y al quinto [el] Dr. Don José Roque Pérez; pasándose el acto por ante mí el infrascrito Secretario

José Ma. Reybaud Secret.

Acta asentada en el folio 80.

19-5-99.

(16) Copia de acta, obrante en la Dirección Títulos y Planes de la Universidad de Buenos Aires, a fojas 204 del volumen que lleva la siguiente portada “Copia de las Actas asentadas en el Libro de Grados de Doctor - Años 1826-65. Original depositado de los Archivos de la Universidad Nacional de Buenos Aires”.

En nuestra transcripción se han suprimido las comillas al principio de cada línea y al final de cada párrafo, no se ha mantenido la separación del texto línea por línea, y se han agregado entre corchetes un signo de puntuación y una palabra que parecen faltar. Los nombres de los nuevos doctores (aquí en bastardilla) están subrayados en el documento transcrito. “Don” y “al cuarto” han sido puestas por nosotros en todas letras mayúsculas, para resaltar las referencias al sexo masculino de Matilde Lobo.

