

ISSN 0329-9430

Revista de la FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 22



FDER UNR

**ROSARIO
REPÚBLICA ARGENTINA
2016**

Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 22

Año 2016

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

AUTORIDADES

Decano	Dr. MARCELO E. VEDROVNIK
Vicedecano	Dr. ALFREDO M. SOTO
Secretario general	Dr. HERNÁN J. BOTTA
Secretario Académico	Dr. GERMÁN E. GERBAUDO
Secretaria de Extensión Universitaria	Dra. MARÍA EMILIA BARBERIS
Secretaria de Concurso y Carrera Docente	Dra. ROMINA PÉREZ
Secretario de Relaciones Internacionales	Dr. ALDO BARAVALLE
Secretaria de Acreditaciones	Dra. SANDRA FRUSTAGLI
Secretario Financiero	CPN. RAÚL LUNGH
Secretario Técnico	Dr. EDUARDO SILVANO
Secretaria de Ciencia y Técnica	Dra. ERIKA NAWOJCZYK
Secretaria de Asuntos Estudiantiles	Dra. MELISA VILLEGAS
Secretaria Administrativa	Sra. AMADA A. GAITÁN
Director Escuela de Graduados	Dr. ALFREDO M. SOTO
Secretario Escuela de Graduados	Dr. EMILIO FANTONI
Presidente Asociación Cooperadora	Dr. MARIO DUCLER
Secretario de Gestión	Dr. JUAN MANUEL SCARAVAGIO
Gerente COFADE	CPN. LAURA RODRÍGUEZ
Secretario Privado	Dr. EDGARDO NÉSTOR D'AGOSTINO

PROFESORES EMÉRITOS

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

PROFESORES HONORARIOS

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Prof. IVÁN CULLEN

Prof. JUAN MARÍA FARINA

Prof. JORGE BOF

Prof. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

Prof. PEDRO WOLKOWICZ †

Prof. JUAN JOSÉ CASIELLO

Prof. JUAN MALCOM DOBSON

Prof. ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

Prof. MARIO SACCONI

Prof. GUILLERMO FIERRO †

CONSEJO DIRECTIVO

CLAUSTRO DOCENTE

Titulares

ANDREA ANGÉLICA MEROI	SOLANGE MARÍA MARTA DELANNOY
ADRIANA TALLER	ALEJANDRA VERDONDONI
JUAN JOSÉ BENTOLILA	MARGARITA ZABALZA
ADRIANA NOEMÍ KRASNOW	VÍCTOR GUSTAVO MOLOEZNİK
GUSTAVO DANIEL FRANCESCHETTI	LUIS FACCIANO

Suplentes

ANA CLARA MANASSERO	ADRIANA HAYDEÉ MACK
ANDREA ALEJANDRA STRAZIUSO	FABIÁN AGUSTÍN PÉREZ
MARCELO MARCHIONATTI	ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS
GUILLERMO DANIEL APANOWICZ	DANIEL ANÍBAL ERBETTA
MARÍA PAULA ARIAS	ARACELI MARGARITA DÍAZ

CLAUSTRO GRADUADOS

Titular

FERNANDO MARCHIONATTI

Suplentes

FLAVIA PETROCELLI
PAMELA SOLEDAD LOBATO
PAULA V. CALACE VIGO

CLAUSTRO NO DOCENTE

Titular

MARÍA INÉS POPOLO

Suplentes

JULIO ANDREANI
ENRIQUE ANTONIO DI SIMONE

CONSEJO SUPERIOR

MAURO SEBASTIÁN PÉREZ

CLAUSTRO ESTUDIANTIL

Titulares

FRANCISCO PITA	MARTINA DOTTO
GUSTAVO ÁLVAREZ	VANESA DI BENE
MARÍA PAULA SALEY	LUCIANO AVETTA
GUILLERMO CANSECO	ANABELLA BERMÚDEZ

Suplentes

MARÍA SOL ZULATTO	CARLA ROMERO
ALEJANDRO TOMÁS	SANTIAGO MARROCO
LAUTARO MARTÍN MILMAN	CRISTIAN GENRE BERT
BETANIA GALLO	MATEO GARCÍA FUENTES

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

Dr. CARLOS ENRIQUE ARCOCHA	Dra. ANUNCIADA LATTUCA
Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI	Dra. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

COMITÉ EVALUADOR PARA ESTE NÚMERO

DÁMASO JAVIER VICENTE BLANCO (Universidad de Valladolid – España)	LAURA GIOSA (UNICEN)
HERNÁN BOTTA (Fder – UNR)	ALICIA LEDESMA (Fcecon – UNR)
MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI (Fder – UNR)	MARÍA CELESTE MAYOR (UNICEN)
ANÍBAL CORRADO (UNLAM)	MICAELA MIRALLES BIANCONI (FHumyAr – UNR)
ARACELI DÍAZ (Fder – UNR)	FERNANDO RONCHETTI (UNICEN)
JULIÁN FERONI (FHumyAr – UNR)	GUSTAVO RUGGIERO (UNGS)
MARIANELA FERNÁNDEZ OLIVA (Fder – UNR)	MARÍA ADRIANA VICTORIA (UNSE)
DIEGO GANTUS (UNER)	JUAN CARLOS WLASIC (UNMDP)

COORDINACIÓN DE ESTE NÚMERO

Secretaría de Ciencia y Técnica	ERIKA NAWOJCZYK
	MARÍA ROSA BUPO
	LAURA ROMERO

ÍNDICE

<i>Presentación</i> , por MARCELO E. VEDROVNIK	11
--	----

DOSSIER

EL BICENTENARIO DE LA DECLARACIÓN DE LA INDEPENDENCIA NACIONAL

<i>Una declaración de independencia de 2016</i> , por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI	15
<i>La singularidad de Manuel Belgrano</i> , por ANUNCIADA LATTUCA	17
<i>Las banderas de Sudamérica y de la Nación Argentina:</i> <i>Sus bicentenarios</i> , por MIGUEL CARRILLO BASCARY	31
<i>La forma monárquica de gobierno en el Congreso</i> <i>de 1816</i> , por MARCELO LUIS MARCHIONATTI	53
<i>Cómo pagar la revolución. Formación del sistema de</i> <i>Hacienda Pública hacia 1816</i> , por SERGIO MÁS VARELA y JUAN PABLO MARTÍNEZ	77
<i>El principio de igualdad en la Constitución Nacional</i> <i>y sus precedentes. La evolución de su concepto y</i> <i>alcance en el bicentenario de nuestra independencia</i> , por RICARDO ALEJANDRO TERRILE y LUISINA LÓPEZ HIRIART	95
<i>200 años de país federal y Derecho unitario (positivismo</i> <i>jurídico extremo)</i> , por GUSTAVO J. THOMAS	111
<i>¿De qué independencia hablamos? Del acta pública del</i> <i>9 de julio a la sesión secreta del 19</i> , por PABLO YURMAN	129

DOCTRINA

<i>El derecho a la luz solar urbana en el Código Civil</i> <i>y Comercial</i> , por HORACIO L. ALLENDE RUBINO	143
--	-----

<i>“Esta loca idea de la igualdad”. Sobre la persistencia de la violencia contra las mujeres,</i> por ANALÍA AUCÍA	169
<i>Política democrática y gobernanza global,</i> por JORGE R. DE MIGUEL	195
<i>Reflexiones sobre la importancia de la educación en la problematización de la discapacidad,</i> por ALDANA FERREYRA	207
<i>Debates actuales del Derecho Concursal: Presupuesto objetivo, presupuesto subjetivo y legitimación,</i> por GERMÁN E. GERBAUDO	223
<i>Desde los Convenios de Dublín al acuerdo UE-Turquía. El fracaso de un sistema,</i> por MARIO KALAINIS	245
<i>Del Tribunal de Cuentas a la Auditoría General de la Nación,</i> por ADRIANA H. MACK y LUISINA LÓPEZ HIRIART	263
<i>Los estados contables y la necesidad de la interdisciplinariedad entre Derecho, contabilidad y finanzas,</i> por MÓNICA G. MARGUERITTE	281
<i>Constitucionalización de los derechos humanos de la niñez y adolescencia: ¿Garantía de efectividad/exigibilidad de sus derechos sociales?,</i> por ALEJANDRA FLAVIA PORTAPILA	291
<i>La incorporación del enfoque de los Derechos Humanos Laborales en los fallos argentinos,</i> por ANA BELÉN YSASA	313

PRESENTACIONES EN REUNIONES ACADÉMICAS

<i>El discurso de los operadores judiciales,</i> por GRACIELA E. ÁLVAREZ	335
<i>Justicia y venganza (el caso Emma Zunz),</i> por JUAN JOSÉ BENTOLILA	343
<i>Derecho y lenguaje,</i> por MARÍA A. ZANETTI	351

APORTES DE ESTUDIANTES

<i>Luces y sombras sobre la juridicidad de nuestra independencia,</i> por JUAN FACUNDO BESSON	371
<i>La interpretación e integración de la ley tributaria y las sociedades civiles profesionales desaparecidas,</i> por FERNANDA MABEL FERNÁNDEZ	391
<i>Notas sobre praxis educativas hacia inéditos viables,</i> por PABLO MENGASCINI	413

PRESENTACIÓN

Presentamos para la consideración de los lectores una nueva edición de la *Revista de la Facultad de Derecho de la UNR*.

En esta oportunidad, con la presentación del número 22 de la *Revista*, el tema que hemos seleccionado como principal refiere a *El Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*.

Lo primero que debe señalarse es la calidad y jerarquía de los trabajos individuales que se han incorporado a la *Revista* de nuestra Facultad, y que sin lugar a dudas no hacen sino prestigiar a esta nueva edición de la misma.

Los artículos doctrinarios que integran la presente son objeto de referato por parte de evaluadores (externos e internos) ajustándose a pautas editoriales y apuntando a una futura indexación.

En efecto, recordemos que la *Revista* que hoy presentamos tiene como objetivo promover y difundir los estudios e investigaciones que docentes, investigadores, graduados y estudiantes de la Facultad llevan a cabo año tras año.

Por otro lado, debo destacar el compromiso, la pertenencia y la voluntad permanente e irrestricta de nuestros docentes e investigadores en el aporte de su producción científica a la Facultad, y en este caso particular, a la *Revista* de nuestra Casa de Estudios.

Es que si frecuentemente afirmamos que el prestigio y nivel académico de una Casa de Altos Estudios está dado, entre otras cosas, por quienes integran el plantel Docentes e Investigadores, la producción científica puesta de manifiesto en esta *Revista* no hace sino confirmar que la Facultad de Derecho de la UNR se encuentra en un lugar de privilegio y debe ser reconocida como tal.

La *Revista* que hoy presentamos se integrará al material bibliográfico de nuestra Biblioteca, y también será obsequiada a tales fines a otras bibliotecas, docentes, investigadores y visitantes destacados a nuestra Facultad.

Nos enorgullece comunicar que en la actualidad nos encontramos transitando un proceso de digitalización de los números anteriores de la *Revista*, a fin de darles mayor visibilidad e incorporarlos al Repositorio Hipermedial de nuestra Universidad.

Es por ello que quiero finalmente agradecer la colaboración de todos quienes han participado en la elaboración de este número de la *Revista de la Facultad*, especialmente a quienes han compartido su trabajo con nosotros, permitiéndonos no sólo enriquecernos intelectualmente, sino comprometernos en el estudio y profundización de las temáticas abordadas, pero fundamentalmente a la Secretaría de Ciencia y Técnica y a todo su equipo de trabajo para que una nueva edición de la *Revista* que tanto nos enorgullece sea una realidad.

DR. MARCELO E. VEDROVNIK

Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario

DOSSIER
El Bicentenario de la Declaración
de la Independencia Nacional

UNA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE 2016

por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI*

El 9 de julio de 1816, el Congreso reunido en Tucumán, con representación de provincias del actual territorio argentino y del Alto Perú, declaró la independencia de las Provincias Unidas en Sudamérica, dando manifestación normativa a la voluntad de la mayoría de nuestro pueblo. Parte de las provincias, entre las que se encontraba la nuestra de Santa Fe, en la esfera del protectorado de José Gervasio Artigas, no concurrió. El 19 de julio se amplió la expresión refiriéndola a toda otra dominación extranjera.

La declaración de Tucumán sucedió a la del 29 de junio de 1815 que, en la esfera de predominio artiguista, había establecido, según el relato de las actas perdidas de la Asamblea de Arroyo de la China (Concepción del Uruguay), la independencia no sólo de España sino de todo poder extranjero, y el sistema republicano y federal.

Si nos atenemos más a las normas, se puede hacer más referencia a dos declaraciones enfrentadas, pero considerando más la realidad social y los valores se advierte que, en dos orientaciones que en sentidos de “partidos” se enfrentaban, había una firme voluntad coincidente de independencia. Cabe reconocer además el sentido heroico de quienes desde las dos corrientes, afrontando grandes riesgos, manifestaron a la faz de la Tierra que en nuestra Patria Grande, que incluía provincias actualmente bolivianas, había una firme voluntad de independencia a lograr dentro de las posibilidades que las circunstancias pudieran presentar.

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UNR. Texto publicado en el *Blog de Decanato*, el 9-7-2016 (mciuroc@arnet.com.ar).

La independencia no se logra con la sola escritura en los papeles, sino con el empeño en la realidad social y los patriotas de esos días que lograron avanzar en la realización de los ideales que con diferentes particularidades habían comenzado a manifestarse ya en la Reconquista y la Revolución de Mayo. Pese a las grandes dificultades, los autores de las dos declaraciones hicieron lo mejor que estuvo en sus posibilidades realizar.

Creemos notorio que la declaración de Tucumán, impulsada por héroes de las tallas de San Martín y Belgrano, es la que tuvo la mayor concreción histórica. Es indudable el extraordinario mérito de la declaración en cuyo nombre San Martín se convirtió en libertador de la Argentina, Chile y Perú y protector del Perú. Sin embargo, superando las pequeñeces que procuran dividirnos, es viable y debido comprender que la independencia es un proceso histórico complejo cargado de grandes posibilidades de realización humana, con el que debemos estar permanentemente comprometidos. Los patriotas de 1815 y de 1816 hicieron, a nuestro parecer, lo que estratégicamente podían realizar. En 1947, una declaración promovida por Perón se refirió a la independencia económica.

La independencia es una exigencia a realizar superando el localismo y la globalización en la universalización. Es un medio muy relevante para la libertad, la democracia y los derechos humanos. Hoy estamos comprometidos a pronunciar, en la profundidad de nuestros corazones y nuestras mentes, la declaración de independencia de 2016, dirigida a continuar la grandeza de 1816.

Contribuyamos para que la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, en cada uno de sus integrantes y en su conjunto, sea una parte importante de ese logro.

LA SINGULARIDAD DE MANUEL BELGRANO¹

por ANUNCIADA LATTUCA

SUMARIO: 1. ¿Cómo era el país por entonces? 2. Creación de la enseña patria. 3. El Pago de los Arroyos que encontró Belgrano. 4. Bibliografía. 5. Referencias en páginas web.

Resumen

El presente trabajo expone brevemente algunas consideraciones sobre el prócer en su desempeño durante la etapa de la creación de la Bandera en la ciudad de Rosario en el año 1812, como respetuoso homenaje al Bicentenario de la Independencia argentina. Ello se ha motivado al hilo de mi prolongada labor docente que me ha permitido comprobar el reducido conocimiento que persiste en los diversos niveles de enseñanza, respecto de su biografía, que en general se limita a la realización de aquel acto significativo y a su deceso en condiciones de extrema pobreza.

El suceso de la creación, llevado a cabo en momentos que el país se debatía en ensayos institucionales no siempre exitosos, y que fuera juzgado por el gobierno como “un entusiasmo, un tamaño desorden o una desobediencia genial”, se convirtió en el decurso del devenir histórico argentino en una verdadera “creación genial”.

¹ El presente artículo tiene como base el presentado en el Seminario *El Rosario que vio Belgrano y la creación de la Bandera*, organizado por la Junta de Historia de Rosario y la Comisión de Cultura de la Municipalidad, Rosario, Sala de las Banderas, 3 y 4 de junio de 2016.

Abstract

The present study explains briefly some considerations about the national hero in his performance during the stage of flag's creation in Rosario in 1812, as a respectful tribute to Argentina's Bicentennial Independence. The experience gained through my prolonged teaching work has allowed me to verify the limited knowledge remaining in the different educational levels in relation to his biography, usually restricted to this remarkable achievement and his death in absolute poverty.

The heroic deed carried out when the country discussed which form of government would be chosen, and the fact of being judged by the current rulers as "an enthusiasm, a huge disarray or a brilliant disobedience", have made into a real "great creation" over the years in our history.

Palabras clave

Bandera. Creación. Independencia.

Keywords

Flag. Creation. Freedom.

1. ¿Cómo era el país por entonces?

En 1812, hacía apenas dos años que las Provincias Unidas del Río de la Plata, del ex Virreinato, habían formalizado el 25 de mayo de 1810 un verdadero pródromo de la independencia argentina, según nos explica el jurista e historiador Germán Bidart Campos, y allí se constituyó el primer gobierno representativo del territorio rioplatense.

Las circunstancias en las que se hallaba el territorio fueron complicadas e impredecibles, tanto a nivel interior como internacional.

En la península hispánica la perspectiva era por demás aflictiva. Napoleón Bonaparte, que había dominado varios países de Europa Occidental, se apoderó de España y merced a una hábil estratagema provocó el exilio de los legítimos soberanos de la dinastía borbónica de-

signando como rey en 1808 a su hermano José². Los actos de patriotismo y rebeldía del pueblo español en contra del nuevo rey impuesto y en la defensa del monarca cautivo Fernando VII son hartos conocidos, así como su proyección en el devenir del espacio americano. Sin desconocer, además, la atenta vigilancia que ejercía Inglaterra, enemiga declarada de Napoleón, cuyas veleidades expansionistas alteraron el equilibrio europeo y sumido al viejo continente en una guerra general. Ergo, ese país había hecho de la aspirada derrota del emperador francés el objetivo prioritario de su política internacional.

Pero la guerra de los españoles contra el invasor francés la convirtió de tradicional enemiga de España en aliada fiel. En consecuencia, se debía estar alerta a la intervención extranjera –inglesa o portuguesa– que podía adoptar la forma de una colaboración con España para mantener el orden en sus colonias, desalentando a los “insurgentes” patriotas que aspiraban lograr la independencia.

En cuanto al interior de las Provincias Unidas del Río de la Plata, urgía exportar la Revolución de Mayo hacia todo el territorio. La idea de organizar el país resultó una empresa lenta, muy ardua y compleja.

Desde la Primera Junta Provisoria de Gobierno, las experiencias institucionales que le sucedieron fueron diversas, en las que el éxito fue esquivo: Junta Grande, Primer Triunvirato, Segundo Triunvirato, Asamblea General Constituyente y supremo director de las Provincias Unidas del Río de la Plata se enmarcaron en el período de 1810 a 1814, siendo Belgrano un activo partícipe de su evolución histórica.

Fue una etapa en la que los disensos acerca de la oportunidad de concretar la impostergable misión de consolidar la Revolución, entre morenistas y saavedristas, el desacuerdo de las opiniones entre provincianos y porteños, entre otras causas, diferían la materialización de aquel objetivo independentista.

Es que todo era muy nuevo para un gran sector de la población de varias provincias que permanecía aún en una verdadera siesta co-

² Los españoles lo ridiculizaban al rey José I, con el mote de Pepe Botella o el rey Plazuela. Históricamente se ha creído que se le llamaba Pepe Botella debido a su afecto por la bebida, sin embargo parece que tal historia no era cierta y que sólo se trataba de una manera de desprestigiarlo. En Madrid fue apodado el rey Plazuelas por su interés en abrir plazas en la capital, a costa de derribar conventos e iglesias.

lonial, y la teoría de la retroversión o la figura de la gestión de negocios declamadas por Castelli y Paso que les comunicaban podían resultar alejadas o extrañas de la cosmovisión en la que desarrollaban sus vidas. Asimismo, algunas consideraban que la destitución del virrey Cisneros era un atentado a la autoridad real y a la tradicional dependencia de estas regiones hacia la Metrópoli.

Desde el Virreinato del Perú –defensor de la obediencia a España– avanzaba su poderoso ejército sobre las provincias del norte argentino, con el propósito de destronar la gesta de Mayo y retornar al sistema político que lo había precedido. El resultado de la batalla de Huaqui (1811) fue totalmente nefasto para las armas patriotas y significó un duro golpe para el largo y sinuoso proceso de las luchas por la independencia, en las que Belgrano asumió con lealtad y responsabilidad una función muy distante de sus inclinaciones: la de militar.

Las fuerzas realistas continuaron fortaleciéndose y comenzó la secesión del extenso territorio del ex Virreinato que comprendía Argentina, Bolivia, Uruguay, Paraguay, partes del sur de Brasil y del norte de Chile.

Paraguay no reconoció la Junta de Gobierno de Buenos Aires. Hacia allí partió Belgrano con la esperanza de lograr que los paraguayos se unieran espontáneamente a la Revolución. Pero el país permaneció fiel al Consejo de Regencia español y se independizó en mayo de 1811, ratificando en 1842. Bolivia y Uruguay declararon la independencia de sus respectivos países en 1825.

2. Creación de la enseña patria

En estas infortunadas y cruentas circunstancias, Manuel José Joaquín del Sagrado Corazón de Jesús Belgrano, un abogado, intelectual, economista, periodista, político, educador y militar, creó la Bandera en Rosario el 27 de febrero de 1812³.

³ Cabe destacar los méritos de su activa y multifacética labor en las distintas dimensiones que abarcó. Fue pionero en la educación, al proponer en 1798 la educación libre y gratuita, la igualdad de derechos de hombres y mujeres, afirmar la educación para los indígenas de Misiones y subrayar la igualdad con los naturales. En economía, declaró el derecho a la posesión de la tierra para los más desposeídos y fue el primero

Corrían por entonces tiempos difíciles para el país, sumido en luchas intestinas con remate en Buenos Aires. El Brasil portugués se insinuaba contra los orientales, en tanto la marina realista desde Montevideo hostigaba las poblaciones costeras del Paraná en procura de víveres y riquezas. Era necesario defender las vías fluviales, el territorio interior y procurar la salvaguardia al norte.

Desde principios de 1811, el gobierno intentó levantar fortificaciones para frenar el avance realista y posicionarlas como baluarte contra las incursiones enemigas. La escuadra apostada en Montevideo no sólo demostró estar en condiciones de lanzar ataques sobre cualquier punto de la costa del río, sino que hasta llegó a ocupar ambas márgenes del río Uruguay.

El gobierno encargó a Belgrano el 24 de enero de 1812 partir hacia Rosario con un cuerpo de ejército para cumplir con aquellos propósitos e instalar dos baterías defensivas, llegando el 7 de febrero y no el 9 como sostienen algunas versiones⁴.

Una de ellas fue emplazada en las mismas barrancas rosarinas, a la que llamó Libertad, desde donde dominaba un estrecho canal del río. La otra, levantada en la isla ubicada al frente, terminaba de compendiar sus patrióticos sentimientos tras su bautizo bajo el nombre de Independencia. “Y de los nombres bautismales dados a ‘sus’ baterías, se desprende la consecuencia lógica de ir por más, de ir por la creación del símbolo revelador de la plena soberanía del Plata, independiente y libre del poder monárquico español”⁵.

en proponer una verdadera reforma agraria. Respecto de la industria, recomendó que el país debía abocarse a la elaboración de sus materias primas con un valor agregado. Su pensamiento de avanzada profundamente humanitario y social suele ser en parte desconocido u olvidado. Su muerte, en extrema pobreza, el 20 de junio de 1820 en plena guerra civil, pasó inadvertida; sólo un periódico, *El Despertador Teofilantrópico* del padre Castañeda, se hizo eco del fallecimiento. Los demás callaron.

⁴ NARDIELLO, Víctor, *La Capilla del Rosario que encontró Belgrano*, en Seminario *El Rosario que vio Belgrano y la creación de la Bandera*, disponible en http://www.monumentoalabandera.gob.ar/uploads/archivos/material_el_rosario_que_vio_belgrano.pdf, 2016. Fue su tercera visita precedida por las realizadas en 1810 y 1811, y no fue la última, ya que regresaría en 1819 poco antes de su fallecimiento.

⁵ ENZ, Héctor M., *Manuel Belgrano*, en *Conceptos. Boletín de la UMSA*, N° 87, Museo Social Argentino, Buenos Aires, 2012, p. 23, disponible en <http://www.umsa.edu.ar/wp-content/uploads/2014/10/Marzo-2012.pdf>, 2016.

Se alojó en la residencia de su amigo Vicente Anastasio Echevarría (con quien compartió la misión al Paraguay en el año 1811), única construcción relevante por entonces situada en calle Córdoba entre las actuales Juan Manuel de Rosas y Buenos Aires.

Sus tropas, ante la carencia de locales para hospedarlas, acamparon en la plaza Mayor, un gran baldío situado frente a la Capilla del Rosario, aunque algunos autores, como el reconocido historiador de Rosario Wladimir Mikielevich, lo sitúan en el actual parque Urquiza⁶.

Puede suponerse que aquel caluroso febrero de 1812 el arribo de la tropa tras penosa marcha, con escalas en San Pedro, San Nicolás, Arroyo Seco y Arroyo Frías, con pocos caballos y carros, escasos de alimentos e indumentaria, de materiales propios de un regimiento y muchas dificultades por vencer, causara gran revuelo, así como grandes discusiones acerca del futuro tormentoso que se avecinaba.

3. El Pago de los Arroyos que encontró Belgrano

Por entonces, la población del Pago de los Arroyos, conocida también como Capilla de Nuestra Señora del Rosario, se ha calculado en alrededor de 758 habitantes, con superioridad del elemento femenino⁷.

El desarrollo edilicio lo constituían 15 manzanas, con unas 130 casas y ranchos, de una planta, en adobe o barro crudo, techo de paja y barro con cabriadas de madera. Algunas pocas casas pudieron ser de ladrillos cocidos. La composición típica la constituían cocina, dormitorio y cobertizos, y los pisos eran por lo general de tierra apisonada.

⁶ Víctor Nardiello expresa: “A pesar de las limitaciones de población e infraestructura, la Capilla del Rosario ya tenía su prestigio ganado durante las invasiones inglesas, colaborando con reclutas y suministro de caballada. Más tarde, cuando el enfrentamiento fue con Montevideo ayudaría desde la orilla a los derrotados en San Nicolás en 1811” (NARDIELLO, ob. cit., p. 43).

⁷ Es de señalar que los datos demográficos son para el período ni tan comunes y en parte tampoco muy confiables. Consiglio analizó el censo realizado por el alcalde de la Santa Hermandad Bernardino Moreno entre los años 1815-1816 que registró 761 pobladores, de los cuales un 57% eran mujeres y 42,7% varones (CONSIGLIO, Alfredo, *Pueblo de Rosario de los Arroyos, año 1816. Análisis estadístico*, en Seminario *El Rosario que vio Belgrano y la creación de la Bandera* cit., p. 53).

Las más acomodadas tenían sala y despensa, contaban con grandes patios, galerías o enramadas, horno, aljibe, huerta y corrales. Entre sus casas bajas, unas pocas techadas con tejas, sobresalía el edificio parroquial.

En cuanto a su actividad económica se reducía a la ganadería, la cría de mulas, la extracción de cueros y sebos, algunos cultivos de cereales y huertas domésticas. El comercio se centraba principalmente en las pulperías y se relevaban varios oficios y servicios de artesanos. Aunque, dada su estratégica posición como nodo de caminos virreinales y con el acceso por el río Paraná, ya poseía cierto desarrollo mercantil.

También funcionaba una tahona donde se molía el cereal producido en la zona; una de las primeras perteneció a Santiago Montenegro, a quien se propuso designar fundador de Rosario⁸.

El primer izamiento de la Bandera se produjo junto a la batería Libertad, en un sector ocupado hoy por el Monumento Histórico Nacional a la Bandera, aunque una versión errada pero bastante extendida sostiene que se izó en la isla donde estaba emplazada la batería Independencia⁹.

⁸ Varios historiadores, tales como Augusto Fernández Díaz, Alberto Montes y Juan Álvarez, entre otros, propusieron designarlo en la categoría de fundador de Rosario. Fue Montenegro uno de los pioneros de la ciudad establecido en el pago en las primeras décadas del siglo XVIII; se dedicó a la cría de ganados, a la agricultura y explotaba un local de pulpería. Prosperó en sus negocios y ocupó el cargo de alcalde de la Santa Hermandad. Edificó la Capilla, puesto que la construida por Gómez Recio en 1757 estaba destruida. Adquirió diversas lonjas de terreno y donó un extenso predio en el sitio donde está la Basílica y el Palacio Municipal. Se le recuerda muy especialmente al ser el primero en concebir el ordenamiento de su tierra a efectos de posibilitar un lugar estable para el templo en su nueva fábrica y el asentamiento de nuevos pobladores, *acción que configura indiscutiblemente la génesis urbana de la ciudad de Rosario* (MONGSFELD, Oscar E., *La Capilla del Rosario de Santiago Montenegro*, en *Revista de Historia de Rosario*, Año XX, N° 34, Imprenta Amalevi, Rosario, 1982, p. 164; MONTES, Alberto, *La propiedad del suelo y la fundación de Rosario*, en *Revista de Historia de Rosario*, Año XX, N° 34, Imprenta Amalevi, Rosario, 1982, ps. 69 y ss. También del autor: *Santiago Montenegro, fundador de la ciudad de Rosario*, IEN, Rosario, 1977).

⁹ Miguel Carrillo Bascary sostiene y fundamenta, entre otros autores, su izamiento en la batería Libertad: *Cuatro hipótesis sin respuesta. Sobre el diseño original de la Bandera Nacional argentina*, en Seminario *El Rosario que vio Belgrano y la creación de la Bandera* cit., p. 29.

Otra de las cuestiones que aún se litigan es respecto de su bendición a cargo del párroco Julián Navarro, aunque Belgrano no dejó constancia de ello en su oficio al Triunvirato. Sin embargo, los usos de la época y la religiosidad de Belgrano podrían avalar la realización de este acto¹⁰. Pero es incuestionable que la primera bendición solemne de la Bandera ocurrió en Jujuy el 25 de mayo de 1812, según él mismo lo atestiguara.

También se debaten en la actualidad varias hipótesis acerca del diseño de nuestra insignia¹¹.

El 27 de febrero convocó al pueblo de Rosario, dispuso formar a la guarnición en la plaza de Armas de la batería Libertad y con las solemnidades del caso mandó izar por primera vez nuestro pabellón, confiando la tarea al regidor del Cabildo de Santa Fe Cosme Maciel, única autoridad del pago. Eran las seis y media de la tarde. Dirigiéndose a la guarnición les tomó juramento: “¡Soldados de la Patria! Juremos vencer a los enemigos interiores y exteriores y la América del Sur será el templo de la independencia, de la unión y de la libertad. En fe de que así lo juráis decid conmigo: ¡Viva la Patria!”¹².

¹⁰ Es muy probable que al bendecir Navarro las baterías y su entorno haya incluido a la Bandera y a los presentes. En el Museo Histórico Dr. Julio Marc se exhibe el hisopo utilizado en esa ocasión. La tradición rosarina hizo llegar hasta el presente la crónica según la cual doña María Catalina Echevarría de Vidal, hermana de Anastasio Echevarría, fue la dama que confeccionó la Bandera.

¹¹ De ella –expresa Carrillo– “Mucho se ha escrito al respecto, pero lo que más concentra la atención es el debate sobre cómo era esa Bandera. De ella conocemos hasta la hora de su primer izamiento, pero no su diseño. Belgrano envió al Triunvirato un oficio donde informó en detalle sobre los hechos, pero soslayó una descripción precisa. Se limitó a escribir: «...la mandé hacer blanca y celeste, conforme a los colores de la escarapela»” (CARRILLO BASCARY, *Cuatro hipótesis...* cit., p. 30). También se asocia Carrillo a la tesis del académico y pariente del prócer, Mario Belgrano Vega Belgrano –que así era su nombre–, quien la fundamenta en su libro *Belgrano* con la descripción que hizo el prócer en su oficio al Triunvirato el 27-2-1812 y lo acrecienta con testimonios pictóricos y materiales (íd., p. 31).

¹² Esta fórmula está inscrita en el mármol del Monumento. La primera insignia quedó, quizás, en la guarnición de Rosario. Pero las conclusiones del dictamen de una Comisión conformada por la Academia Nacional de la Historia (1999) expresa que “...debe reconocerse que son diversas y divergentes las opiniones manifestadas por destacados estudiosos respecto del destino de la enseña enarbolada por el general Manuel Belgrano en las barrancas de Rosario, luego de haber recibido la orden de deshacerla por parte del Triunvirato, sin que ninguno de ellos haya arrojado luz de-

Tal es el mismo pabellón que acompañó al propio San Martín en su cruce de los Andes y batallas trasandinas por él libradas; no obstante, el modelo que para el cuerpo de granaderos confeccionaron las damas mendocinas –usado por la tropa– lleva un escudo bordado al centro ocupando prácticamente todo el paño¹³.

El Triunvirato no había pensado aún cortar los lazos con España. Poco antes había proclamado: “la unidad indivisible de la nación española de la cual forman parte las Provincias del Río de la Plata”.

Al enterarse el gobierno del acto solemne por un oficio de Belgrano, le giró una respuesta desaprobando el acto cumplido. Lo calificó de desobediencia y de tamaño desorden y le ordenó que “Haga pasar como un rasgo de entusiasmo el suceso de la Bandera blanca y celeste enarbolada, ocultándola disimuladamente”. Pero el prócer no la recibió porque se encontraba en viaje para ponerse al frente del Ejército del Norte, según se le ordenara perentoriamente.

La extensa respuesta de Belgrano desde Jujuy declaraba que “La Bandera la he recogido y la desharé para que no haya ni memoria de ella y se harán las banderas del Regimiento número 6, sin necesidad de que aquélla se note por persona alguna; pues si acaso me preguntasen por ella, responderé que se reserva para el día de una gran victoria por el ejército y como ésta está lejos, todos la habrán olvidado y se contentarán con lo que se les presente”¹⁴.

El destino de esta primera Bandera aún hoy es desconocido¹⁵.

finitiva” (Informe de Presidencia de la Nación, *La Bandera Nacional de la República Argentina*, 2015, disponible en <http://www.mininterior.gov.ar/asuntospoliticos/pdf/BanderaNacionalArgentina.pdf>, 2016).

¹³ ENZ, *Manuel Belgrano* cit., p. 26.

¹⁴ “Oficio de Belgrano al Gobierno, señalando no haber recibido su oficio anterior acerca del apercibimiento que se le hacía con respecto al uso de la Bandera celeste y blanca, y se compromete a deshacerla para que no haya ni memoria de ella” (Jujuy, 18-7-1812, Archivo General de la Nación, División Nacional, Sección *Gobierno, Bandera y Escarapela*, 1812-1818, sala X, 44-8-29, 2016).

Un mes después en *Carta de Belgrano a Rivadavia* “Considera injusta la reprimenda con respecto a la Bandera por no haber tenido conocimiento de la misma. Río Pasaje, 31 de agosto de 1812” (en Museo Mitre, Buenos Aires, Archivo de Belgrano, A5, C7, C16, disponible en <http://www.mininterior.gov.ar/asuntospoliticos/pdf/BanderaNacionalArgentina.pdf>, 2016).

¹⁵ Algunos historiadores sostienen que la misma se encuentra en Bolivia. Ver DÚNHO-

Su designación fue de carácter revolucionario, pues por lo general en esa época no se manifestaban ideas de independencia en forma pública; aunque entre los patriotas ellas se afianzaban progresivamente, no estaba muy firme aún la conveniencia de romper los lazos con la Corona hispánica.

Al haber elegido los nombres de Libertad e Independencia para las dos baterías, estaba anunciando todo un programa en pos de la organización institucional de un nuevo país.

Y cuando procedió a izar la Bandera en su Proclama a los soldados de la Patria amplió el ámbito de aplicación de sus principios defendidos a ultranza, al enunciar en su parte final: “Juremos vencer a los enemigos interiores y exteriores, y la América del Sur será el templo de la independencia y de la libertad”, augurando con ello un dificultoso proceso de integración latinoamericana formalizada, luego de diversas experiencias y postergaciones a finales del siglo XX, con la constitución del Mercado Común del Sur (Mercosur).

Varios autores manifiestan que el acto de Belgrano fue una *desobediencia genial*, opinión que parece disminuir la magnitud del acto. Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, el sustantivo significa el incumplimiento de una ley o una orden. Ahora bien, por lo que se ha reseñado la situación de desorden y desconcierto interno e internacional era muy grave, sumado al probable retorno de Fernando VII al trono, con las peligrosas consecuencias que ello reportaría. Asimismo, la retahíla de marchas y contramarchas dilataban y complicaban la prolongada empresa de la organización nacional.

El trascendental acto realizado por Belgrano reveló su acendrado espíritu independentista, y fue un hecho verdaderamente revolucionario al crear la enseña patria.

FER, O. Eduardo, *La primera Bandera argentina está en Bolivia*, en *Revista Historia*, N° 72, Buenos Aires, diciembre de 1998-febrero de 1999, opinión compartida por SCENNA, Miguel Ángel, *La Bandera blanca y celeste*, en *Revista Todo es Historia*, N° 14, Año II, Sudamericana, Buenos Aires, junio de 1968, p. 88. El eminente historiador Vicente Sierra afirma que “Al tomar la ruta del norte, Manuel Belgrano llevó consigo una bandera. Pocos días antes la había enarbolado como enseña de las tropas a su mando” (*Historia de la Argentina: Los primeros gobiernos patrios, 1810-1813*, UDEL, Buenos Aires, 1962, t. V, p. 469).

Mientras ejecutaba la orden de levantar en la Capilla del Rosario y en la isla contigua las baterías Libertad e Independencia, cuyos nombres constituían una cabal expresión de las ideas que agitaban su espíritu, Belgrano decidió ir más allá, dotando a la causa de Mayo y al país de su propia enseña: “Las banderas de nuestros enemigos son las que hasta ahora hemos usado”. Le recordó al Triunvirato que los gobiernos anteriores perseveraban en declamar la “máscara de la monarquía” sin decidirse a romper definitivamente. Y expresó con firmeza los anhelos de la mayor parte de los patriotas: “Abajo, señor excelentísimo, esas señales exteriores, que para nada nos han servido y con que parece que aún no hemos roto las cadenas de la esclavitud”¹⁶.

Por ello creo que las situaciones referidas no se corresponden con la expresión utilizada por algunos autores de “desobediencia”, acompañada con el calificativo “genial”, quizás para atemperarla.

En todo caso, fue una verdadera *creación genial*, al dar visibilidad y sentido a la epopeya nacional.

Quizás algún sector lo podría juzgar como un entusiasmo, un ensueño, una utopía, o un acto de aventura cual Quijote de la Mancha. Pero en verdad el Quijote traduce unos valores por demás significativos, como describe Luis Rosales Camacho de la Real Academia Española en su libro *Cervantes y la libertad*: “...es un símbolo a la honestidad, la bondad, la justicia, la valentía y los sacrificios solidarios. Y sobre todo, a la libertad. La libertad encarnada en su propia persona, en la decisión valiente, férrea, serena, de encaminar su vida a la defensa de la libertad de los demás, asumiendo el riesgo físico que entraña”, valores a los cuales se adhirió Belgrano profundamente durante toda su vida, y concluye: “...fue un emprendedor que abrió caminos nuevos, que lo mejor fue la entrega a sus semejantes; el Caballero Andante nació para el prójimo, y ésta fue su singularidad”¹⁷.

¹⁶ DE MARCO, Miguel Ángel, *Manuel Belgrano. Artífice de la Nación, soldado de la libertad*, Planeta, Buenos Aires, 2012, p. 153.

¹⁷ Citado por DUFFÉ MONTALVÁN, Aura Luz, *Los valores que nos transmiten Don Quijote y Sancho Panza*, en *Revista Didáctica, Lengua y Literatura*, Barcelona, 2005, vol. 17, p. 53, disponible en <https://depoetasyenergumenos.wordpress.com/2008/10/08/el-quijote-la-locura-libertaria-ub-junio-2008>, 2016.

Belgrano obedeció a su plena conciencia del bien, al que se ofrendó él todo en favor del país y sus paisanos. Jamás claudicaba en instancia alguna, lo demostró en redobladas oportunidades y en su vida toda. Joaquín V. González lo ha caracterizado “en la integridad de su genio en tan sólo tres geniales cristianas palabras: «vivió de darse»”¹⁸.

Creo, modestamente, que ésa es la gran singularidad de don Manuel Belgrano.

4. Bibliografía

- ÁLVAREZ, Juan, *Historia de Rosario (1689-1939)*, Imprenta López, Buenos Aires, 1943.
- DE MARCO, Miguel Ángel, *Manuel Belgrano. Artífice de la Nación, soldado de la Patria*, Planeta, Buenos Aires, 2012.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Augusto, *Fundación de Rosario, sus orígenes*, en *Álbum del Libro de Oro de Rosario*, Mahdilex, Rosario, 1969.
- *Rosario desde lo más remoto de su historia*, Imprenta Pomponio, Rosario, 1941.
- MIKIELEVICH, Wladimir, *Orígenes de Rosario. Nuevos documentos vinculados al problema*, en *Revista de Historia de Rosario*, N° 5 y 6, Imprenta Perelló, Rosario, 1964.
- MONTES, Alberto, *La propiedad del suelo y la fundación de Rosario*, en *Revista de Historia de Rosario*, Año XX, N° 34, Imprenta Amalevi, Rosario, 1982.
- *Santiago Montenegro, fundador de la ciudad de Rosario*, IEN, Rosario, 1977.
- SCENNA, Miguel Ángel, *La Bandera blanca y celeste*, en *Revista Todo es Historia*, N° 14, Año II, Sudamericana, Buenos Aires, 1968.
- SIERRA, Vicente, *Historia de la Argentina: Los primeros gobiernos patrios, 1810-1813*, UDEL, Buenos Aires, 1962, t. V.

5. Referencias en páginas web

- CARRILLO BASCARY, Miguel, *Cuatro hipótesis sin respuesta. Sobre el diseño original de la Bandera Nacional argentina*, en *Seminario El Rosario que vio Belgrano y la creación de la Bandera*, disponi-

¹⁸ ENZ, *Manuel Belgrano cit.*, p. 43.

- ble en http://www.monumentoalabandera.gob.ar/uploadsarchivos/material_el_rosario_que_vio_belgrano.pdf, 2016.
- CONSIGLIO, Alfredo, *Pueblo del Rosario de los Arroyos. Análisis estadístico*, en Seminario *El Rosario que vio Belgrano y la creación de la Bandera*, disponible en http://www.monumentoalabandera.gob.ar/uploadsarchivos/material_el_rosario_que_vio_belgrano.pdf, 2016.
- DUFFÉ MONTALVÁN, Aura Luz, *Los valores que nos transmiten Don Quijote y Sancho Panza*, disponible en <https://depoetasyenergumenos.wordpress.com/2008/10/08/el-quijote-la-locura-libertaria-ub-junio-2008>, 2016.
- ENZ, Héctor M., *Manuel Belgrano*, en *Conceptos. Boletín de la UMSA*, N° 87, Museo Social Argentino, Buenos Aires, 2012, disponible en <http://www.umsa.edu.ar/wp-content/uploads/2014/10/Marzo-2012.pdf>, 2016.
- Informe de Presidencia de la Nación Argentina, *La Bandera Nacional de la República Argentina*, Buenos Aires, 2015, disponible en <http://www.mininterior.gov.ar/asuntospoliticos/pdf/BanderaNacionalArgentina.pdf>, 2016.
- NARDIELLO, Víctor, *La Capilla del Rosario que encontró Belgrano en 1812*, en Seminario *El Rosario que vio Belgrano y la creación de la Bandera*, disponible en http://www.monumentoalabandera.gob.ar/uploadsarchivos/material_el_rosario_que_vio_belgrano.pdf, 2016.

LAS BANDERAS DE SUDAMÉRICA Y DE LA NACIÓN ARGENTINA: SUS BICENTENARIOS

por MIGUEL CARRILLO BASCARY*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Historia y las banderas. 3. Las Jornadas de Mayo, antecedente directo. 4. Belgrano y el sueño de la Patria Grande. 5. La Bandera nacida escarapela. 6. Hipótesis sin respuestas. 7. La Bandera de Belgrano es públicamente evidenciada. 8. La “Bandera del Ejército”. 9. Otras banderas en uso. 10. La “Bandera Nacional de la Libertad Civil”. 11. La Bandera de las “Provincias Unidas de Sudamérica”. 12. Una discutida fecha bicentenaria. 13. La Bandera “vieja” y la “nueva”. 14. Por los mares del orbe. 15. La “Bandera con sol” y su evolución. 16. En conclusión. 17. Bibliografía.

Resumen

Todo argentino conoce (o debería saberlo) que la independencia nacional se proclamó el 9 de julio de 1816 en la ciudad de Tucumán, una fecha ya dos veces centenario. Muchos saben que la Bandera argentina ondeó por primera vez el 27 de febrero de 1812, en las barrancas de Rosario; pero muy pocos pueden aseverar que el 20 de julio de 2016 se cumplieron doscientos años del momento en que se oficializó como emblema de identidad de la Nación. En este trabajo sintetizamos los acontecimientos relatados, basándonos en documentación fehaciente, a la par que los relacionamos entre sí, intentando estructurar una

* Profesor titular interino y adjunto por concursado en Derecho Constitucional II y profesor adjunto por concurso en Derecho Constitucional I (Facultad de Derecho, UNR). Miembro de número del Instituto Nacional Belgraniano. Actual presidente de la Junta de Historia de Rosario. Vexilólogo (especialista en banderas). Blogista: banderasargentinas.blogspot.com.ar; mcarrillobascary@gmail.com.

secuencia integral que esclarezca el origen y la evolución de nuestro más querido símbolo nacional. Anticipamos desde ya que las conclusiones llegarán a sorprender.

Abstract

Every Argentinean knows (or should know) that our national independence was proclaimed on July 9, 1816 in Tucumán. This fact accredits two centennials. Lots of people know that Argentinean flag fluttered for the first time on February 27, 1812, in the ravines of Rosario; but very few can assert that the time it was formalized as an emblem of identity of Argentina was July 20, 2016. In this work the events will be synthesized, based on reliable documentation and, at the same time, they will be interrelated, trying to structure a comprehensive sequence in order to clarify the origin and evolution of our most beloved national symbol. Findings may be amazing.

Palabras clave

Símbolos nacionales. Bandera argentina. Nación sudamericana. Historia argentina.

Keywords

National symbols. Argentinean flag. South America nation. Argentinean history.

1. Introducción

El 9 de julio de 1816 el Congreso General proclamó la independencia de las “Provincias Unidas de Sudamérica”, apelativo que evidencia el objetivo de formar una gran nación continental. Con el tiempo se comprobó lo ambicioso del propósito, pero la designación persistió al menos hasta 1819, como resulta de la Constitución de 1819¹ que nunca rigió. Con el tiempo, aquellas “Provincias Unidas”

¹ PRADO, A., *Registro Oficial de la República Argentina*, ed. oficial, Buenos Aires, 1879, t. I, p. 502. Por su carácter unitario, esta Constitución fue rechazada ya que en las provincias predominaban las ideas federales.

formaron el Estado que hoy conocemos con los nombres de “República Argentina”, “Confederación Argentina” y “Provincias Unidas del Río de la Plata”, tal como lo admite el artículo 35 de la Constitución de 1853.

El bicentenario de esa declaración justifica transcribir la parte sustancial del Acta de la Independencia², que se difundió en español, quechua y aymara, para conocimiento de los pueblos americanos. La cita incorpora las modificaciones dispuestas en sesión secreta del 19 de julio: “Nos, los representantes de las Provincias Unidas de Sudamérica, reunidos en Congreso General, invocando al Eterno que preside el universo, en nombre y por la autoridad de los pueblos que representamos, protestando al Cielo, a las naciones y hombres todos del globo la justicia que regla nuestros votos: declaramos solemnemente a la faz de la tierra, que es voluntad unánime e indubitable de estas Provincias romper los violentos vínculos que las ligaban a los reyes de España, recuperar los derechos de que fueron despojados, e investirse del alto carácter de una nación libre e independiente del rey Fernando VII, sus sucesores y metrópoli y de toda otra dominación extranjera...”

En Tucumán, aquella Nación continental registró la participación de las jurisdicciones de Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Charcas, Chichas, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Mizque, Salta, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán, y también habilitaba que se les sumaran las que estaban bajo dominio español (el resto del Alto Perú, el Bajo Perú, Chile, Colombia, Guayaquil, Quito y Venezuela), así como las ausentes por encuadrarse en la “Liga de Pueblos Libres”, de neta ascendencia artiguista (Banda Oriental, Corrientes, Entre Ríos, Misiones y Santa Fe), al igual que el Paraguay, escindido por su autócrata dominante Gaspar Rodríguez de Francia. Con esta declaración surgió formalmente un nuevo Estado³ que pocos días más tarde adoptó un primer símbolo identitario: su Bandera, tema que se abordará más adelante.

² Íd., p. 366.

³ No fue un eufemismo; el bando del 19 de julio que divulgó la independencia específica con toda claridad la dimensión continental: “El Soberano Congreso de estas Provincias Unidas del Río de la Plata ha declarado con esta fecha la independencia de esta parte de la América del Sud de los reyes” (PRADO, ob. cit., p. 370).

2. La Historia y las banderas

Desde las primeras civilizaciones las banderas corporizaron un vínculo místico que reúne e identifica a un “pueblo”; esto les dio “sacralidad cívica”, una cualidad que en la antigüedad era un valor concreto pues se las consideraba don de los dioses. Por eso, muchas enseñas nacen en las leyendas, se revisten con las luces de la épica y disimulan las sombras de sus génesis. Más tarde, los registros documentales aportaron racionalidad a la creación de estos emblemas. La Historia explica⁴ que estos símbolos evidencian complejos procesos sociales, especialmente los aparecidos en las revueltas populares contra las monarquías absolutas. Los regímenes surgentes advirtieron su potencial como aglutinante social; esto favoreció el alcance y la conservación del poder, lo que explica la proliferación de normas sobre su ceremonial, hasta el punto de organizar una verdadera liturgia laica afín a la pretérita sacralidad. Es increíble observar cómo una simple tela de colores crea conciencia de pertenencia, reforzada por apelaciones a héroes y grandezas memorables, conjugados en designios de progreso y hermandad.

3. Las Jornadas de Mayo, antecedente directo

La declaración de 1816 no fue espontánea; entronca con la formación de la Primera Junta de 1810 que tuvo vocación expansiva, aunque decía gobernar “en nombre de Fernando VII”, esto último retardó la aparición de símbolos. La Revolución de Mayo se hizo sin banderas en manos patriotas. El ímpetu emancipador afloró en toda la América española, pero sólo el Río de la Plata fue capaz de resistir las fuerzas de la reacción hasta que con las victorias en Ayacucho (9 de diciembre, 1824) y Tumusla (1º de abril, 1825) se consumió el poderío español en Sudamérica. Para entonces era evidente que el proyecto de una nación continental no sería factible; muy a pesar de visionarios como Miranda, San Martín y Bolívar, sin olvidar a Manuel

⁴ SMITH, W., *Flags, through the ages and across the world*, Mac Graw-Hill, New York, 1975, ps. 32 y ss.; ZNAMIEROWSKI, A., *The World Encyclopedia of Flags*, Lorenz, New York, 1999, ps. 8 y ss.

Belgrano y a una pléyade de otros revolucionarios. Fueron años de guerra y penurias de todo tipo, una tragedia que no parecía tener fin, que desmembró a las familias y destruyó los sistemas productivos, sumiendo a los pueblos en el hambre y la ignorancia.

4. Belgrano y el sueño de la Patria Grande

Aunque educado en España, Belgrano vibraba con el espíritu de libertad de los jóvenes criollos que estudiaban en las universidades de América. Anhelaban conducir sus destinos, vivir su identidad, comerciar con el mundo, suprimir privilegios de casta, extender la educación, liberar a indígenas y esclavos, abrir las mentes erradicando la censura, suprimir el ocio y generar trabajo productivo. Para ellos no existían fronteras, desde la California hasta el Plata, la América criolla sabía que llegaba su oportunidad en la historia.

Entre los protagonistas de Mayo, Belgrano descolló por ser el primero que sinceró sus propósitos de alcanzar la emancipación. Tradujo su pensar en gestos concretos, aunque su más temprana y pública manifestación ocurrió en la Capilla del Rosario, modestísimo poblado de poco más de 600 habitantes⁵. Sintetizaremos los hechos recordando que a fines de 1811 Belgrano mandaba el regimiento “Patricios”, principal sustento militar del Triunvirato y factor de poder en la época. Manipulado por adversarios del Gobierno, en noviembre estalló el “motín de las trenzas”, que se reprimió por las armas. Para alejar al cuerpo de las influencias disociantes se lo destinó a Rosario, con el pretexto de construir unas baterías que cerraran la navegación del Paraná a los realistas sitiados en Montevideo. Belgrano llegó a Rosario el 7 de febrero de 1812⁶ y se avocó de pleno a la tarea. El pueblo de la zona colaboró, generoso y entusiasta; fue el marco social que aceleró el pronunciamiento por la libertad y el ambiente catalizador para que Belgrano expusiera sus ideales de independencia.

⁵ ANÓNIMO, *Padrón de los habitantes de la Capilla del Rosario levantado en 1816 por el alcalde Bernardino Moreno*, archivo personal de Arnoldo López, inédito, 25 ps.

⁶ ANÓNIMO, atribuido al general BELGRANO, M., *Diario de marcha del coronel Belgrano a Rosario*, Instituto Nacional Belgraniano, Buenos Aires, 1995, p. 37.

5. La Bandera nacida escarapela

Desde Rosario Belgrano solicitó al Triunvirato⁷ una “escarapela nacional [para] que no se equivoque con la de nuestros enemigos”. El pedido se despachó favorablemente⁸, “declarándose por tal la de dos colores, blanco y azul celeste”. El 23 de febrero Belgrano informó⁹: “Se ha dispuesto la ejecución de la orden de V. E., para el uso de la escarapela nacional, cuya determinación ha sido del mayor regocijo”, lo que evidenció “la firme resolución en que estamos de sostener la independencia de la América”. De diversos testimonios iconográficos y del contexto político vigente se infiere que esa escarapela fue redonda, de centro celeste y corona blanca¹⁰. Es factible que Belgrano considerara que el gobierno patrio adoptaría una bandera que tuviera los mismos colores que la escarapela.

Tras veinte días de intenso trabajo, el prócer quiso dar una señal auspiciosa, cuando el 27 de febrero manifestó el ideal de libertad política, no ya del antiguo Virreinato, tampoco de los pueblos del Plata, sino de toda Sudamérica. Además, Belgrano bautizó las baterías “Libertad” e “Independencia”, lo que definía con claridad el ideal emancipador que muchos preferían ocultar. Ese día la dotación abandonó las escarapelas rojas que usaba y lució el nuevo emblema. En la oportunidad, Belgrano dispuso una formación militar; reunió a la población de la región y presentó una Bandera a la que llamó “Nacional” y “blanca y celeste”, que identificó con la surgente Nación sudamericana, sin dar mayores referencias sobre su composición. Esta representación resulta del posterior oficio que dirigió al Triunvirato¹¹, de donde se interpreta que el lábaro simbolizaba la libertad del continente. Prueba de ello es el juramento que reclamó a sus hombres: “Juremos vencer a los enemigos interiores y exteriores y *la América del Sur* será el

⁷ PALOMBO, G., *Documentos para la historia de la Bandera argentina*, Instituto de Estudios Iberoamericanos, Buenos Aires, 2001, p. 63. Oficio del 13-2-1812.

⁸ Íd., p. 64. Oficio del 18-2-1812.

⁹ Íd., p. 65. Oficio del 23-2-1812.

¹⁰ GOLMAN, A., *Enigmas sobre las primeras banderas argentinas*, De los 4 Vientos, Buenos Aires, 2007, ps. 75 y ss.

¹¹ PALOMBO, ob. cit., ps. 67 y 68. Oficio del 27-2-1812 y proclama que lo acompañaba.

templo de la independencia, de la unión y de la libertad. En fe de que así lo juráis, decid conmigo: ¡Viva la Patria!” (la cursiva nos pertenece).

Pareciera inexplicable por qué Belgrano destacó la continentalidad del concepto pero las razones surgen claras, si se considera que los patriotas se caracterizaban como “americanos”, con plena conciencia de una realidad y un destino común. Esta convicción reapareció, con mayor fuerza aún, cuando el Congreso reunido en Tucumán proclamó la independencia de las “Provincias Unidas de Sudamérica” y ratificó la dimensión continental de la bandera que adoptó pocos días más tarde, según veremos.

Como el gobierno estaba en una muy precaria situación se vio obligado a ocultar en lo formal sus aspiraciones de independencia; lo amenazaba una poderosa expedición militar que se preparaba en España; todavía no había sido reconocido por ningún Estado y el ambiente internacional le era hostil por acción de las potencias europeas alineadas en la “Santa Alianza”. En consecuencia, cursó a Belgrano un oficio¹², reprendiéndole por su conducta, y le mandó sustituir su bandera por la del fuerte de Buenos Aires, la roji-gualda que le correspondía por ser un establecimiento de la Marina Real¹³, pero Belgrano no llegó a conocer la orden pues antes de que llegara a Rosario había partido para asumir el mando del Ejército del Norte¹⁴.

Decíamos que la historia de las banderas se entrelaza con el mito y la leyenda; nuestra Enseña Patria no escapa a esta caracterización. Conocemos sus colores, el día, la hora precisa y el lugar del primer izamiento. La tradición cuenta que la confeccionó María Catalina Echevarría y que la izó por vez primera el regidor de tercer voto del Cabildo de Santa Fe Cosme Maciel, pero no sabemos cómo se distribuyeron sus colores. Al respecto, mucho es lo escrito y hablado; también abunda lo fantaseado. No es posible dar respuestas seguras a falta de documentos precisos; sin embargo, la debilidad humana a veces no trepida en aseverar certezas cuando sólo existen especulaciones. Igual ocurre con el origen de los colores: la combinación se remontaría al manto de la

¹² PALOMBO, ob. cit., p. 70. Oficio del 3-3-1812.

¹³ AGN, Documentos Escritos, sala IX, 25-3-2016, Real Decreto del 11-6-1785.

¹⁴ PRADO, ob. cit., t. I, p. 141. Decreto del 27-2-1812.

Inmaculada Concepción, patrona principal de España e Indias¹⁵ y de la “Orden de Carlos III”. Otros aluden al blasón de Buenos Aires. Lo cierto es que la dinastía borbónica tenía sólo el blanco (no la combinación citada) como color de las banderas que correspondían a sus dominios.

6. Hipótesis sin respuestas

¿Cómo fue la Bandera de Rosario? En el citado oficio al Triunvirato dijo Belgrano: “...la mandé hacer blanca y celeste, *conforme a los colores de la Escarapela Nacional*” (el destacado nos pertenece). Él mismo nos señaló la fuente inmediata: la cucarda “nacional”. Hay consenso general que la mención del blanco en primer lugar indica su predominio sobre el celeste, pero, reiteramos, no hay documentos que acrediten la forma en que se distribuyeron. Quienes contribuimos a formar opinión sobre un tema tan importante como nuestra Bandera haremos bien en dominar el natural deseo de imponer el propio criterio, precisamente por falta de certezas. Corresponde respetar los disensos, explicar las diversas hipótesis y sus antecedentes. Aquí no podemos extendernos en este punto, pero puede ampliarse en otras contribuciones doctrinarias¹⁶ en las que nos basamos. Entendemos que la posición mejor fundamentada es la que en 1927 expuso Mario Belgrano¹⁷ (bisnieto de José Belgrano, hermano del prócer). Indica que la Bandera de Rosario tenía dos franjas horizontales, la superior blanca y la inferior celeste. Se apoya en un verdadero documento pictórico, el retrato pintado al prócer, que modeló en persona ante Françoise Carbonnier (Londres, 1815), donde se observa una escena de batalla con dos

¹⁵ Bula *Quantum Ornamenti*, del 25-12-1760 (Clemente XIII), proclamada por Carlos III mediante Real Decreto del 12-1-1761. Referencia tomada de <http://www.pazybien.org/mi/index.php/2-uncategorised/581-la-inmaculada-concepcion-patrona-de-espana>, consultada el 7-8-2016.

¹⁶ V. gr., CARRILLO BASCARY, M., *Rosario y el Bicentenario de la Bandera Nacional*, en *Revista de Historia de Rosario*, Junta Historia de Rosario, N° 49, Rosario, 2012, p. 93; *Cuatro hipótesis sin respuesta*, en *Banderas argentinas*, disponible en <http://banderasargentinas.blogspot.com.ar/2016/02/cuatro-hipotesis-sin-respuesta-sobre.html>, consultada el 20-4-2016.

¹⁷ BELGRANO, M., *Belgrano*, reimp., Instituto Nacional Belgraniano, Buenos Aires, 2006, p. 162, en nota 14.

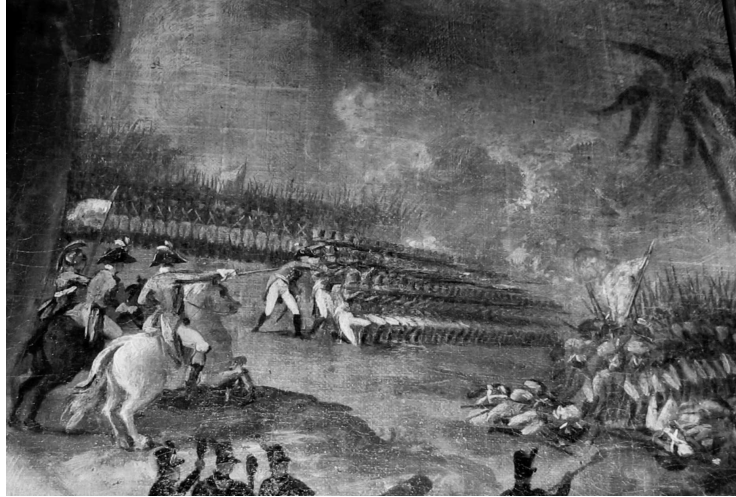
banderas de este diseño. Por entonces era usual representar al retratado con algún atributo de sus logros o actividad. Se considera que Belgrano dio precisas instrucciones al artista sobre cómo debían iluminarse esas banderas. Otras enseñas similares son evidencias circunstanciales coadyuvantes: la del Ejército de los Andes, la del Regimiento “Patricios”¹⁸; la del batallón¹⁹ de “Libertos” y la que aparece en la litografía, “Batalla de Maipú” (T. E. Brown, Londres, 1819)²⁰.



¹⁸ LUQUI LAGLEYZE, J., *Banderas históricas de los patricios*, en RUIZ MORENO, I. y DE MARCO, M., *Patricios de Buenos Aires*, Evidém, Buenos Aires, 2000, p. 253.

¹⁹ Imagen tomada de www.museohistorico.gub.uy/innovaportal/v/44767/33/mcweb/una_bandera_de_1813, consultada el 24-4-2015.

²⁰ Fue elaborada al dictado de aquella prodigiosa memoria visual que caracterizó a José Antonio Álvarez de Condarco, oficial del Estado Mayor sanmartiniano, presente en la misma. La de Mario Belgrano es la tesis que sostiene hoy el Instituto Nacional Belgraniano, ente académico oficial que investiga, divulga y asesora sobre todo lo referido al general Belgrano (Instituto Nacional Belgraniano, en su web <http://manuel-belgrano.gov.ar/bandera/dictamen-del-inb-sobre-los-colores-de-la-bandera>, consultada el 5-5-2016).



Retrato pintado por Carbonnier y detalle ampliado de la imagen de su lateral

La tesis se explica con el “argumento²¹ basado en la construcción material de la primera escarapela”, que consiste en un sencillo desarrollo experimental: si se deshace el fruncido de una escarapela y se estira, queda un diseño idéntico a la bandera del cuadro de Carbonnier.

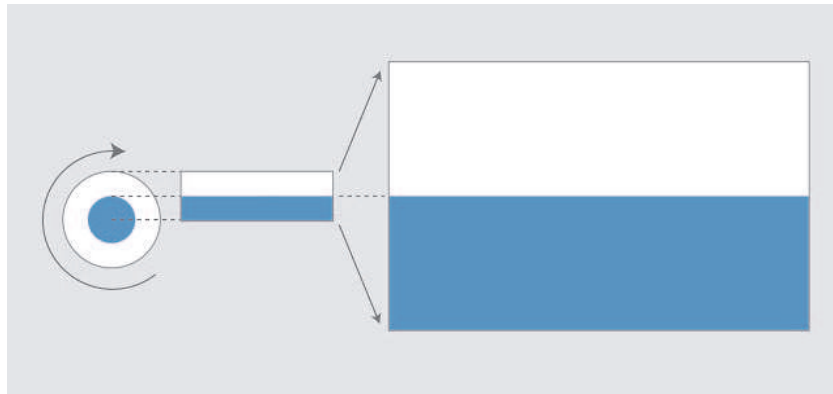


Ilustración de Sebastián Schwartzman, según Carrillo Bascary

²¹ CARRILLO BASCARY, M., *Blanco y cielo*, en *Belgrano*, coord. por R. Elisalde, Bolsa de Comercio de Rosario, Rosario, 2012, ps. 95 y ss.

Sintetizamos las otras hipótesis: a) Augusto Fernández Díaz²² (1957) estimó que la primera bandera fue blanca, celeste y blanca, en horizontal; considera que es una de las cuatro descubiertas en 1885 en la Capilla de Santa Teresa (Titiri, Macha, Bolivia), hoy en Sucre. Más allá de ese testimonio material sólo se basa en presunciones. b) Mitre²³ sugirió que fue idéntica a la actual: tricolor y sin sol. Como fundamento apela al mito de que Belgrano observó una nube blanca sobre el cielo. Fue la impuesta por la historiografía oficial. c) Félix Chaparro²⁴ (1941) señaló que según una “tradición local” tenía un segmento blanco y otro celeste en vertical, pero en 1957 adhirió tangencialmente a la tesis de Mario Belgrano.

7. La Bandera de Belgrano es públicamente evidenciada

En 1812 el Triunvirato dispuso²⁵ que cada autoridad celebrara los sucesos de Mayo con los medios a su alcance. En Jujuy, Belgrano presentó una bandera que sería idéntica a la creada en Rosario (no tenía motivo para cambiarla) y que él suponía la había aprobado el gobierno. El 25 de mayo la hizo bendecir y jurar con gran solemnidad e informó al gobierno por oficio²⁶. En perspectiva, el acto de presentar una nueva bandera con las formalidades con que se hizo era propio de un estado independiente. Contra lo esperado, el Triunvirato lo reprendió severamente²⁷ por volver a mostrar la Bandera de Rosario y le ordenó revertir lo actuado. El prócer²⁸ aclaró que desconocía la orden; se comprometió a “deshacerla” y, que si fuera preguntado por ella, diría que se guardaba hasta el día de una “gran victoria”. El Triunvirato admitió tácitamente la disculpa. La proverbial honestidad

²² Citado por ROSENKRANTZ, E., *La Bandera de la Patria*, Grito Sagrado, Buenos Aires, 1988, p. 132.

²³ MITRE, B., *Historia de Belgrano*, Jackson, Buenos Aires, 1947, t. II, ps. 80 y ss. (1858).

²⁴ CHAPARRO, F., *Belgrano y los símbolos de la Patria*, ed. del autor, Santa Fe, 1942.

²⁵ PRADO, ob. cit., t. I, p. 167. Decreto del 12-5-1812.

²⁶ PALOMBO, ob. cit., ps. 81, arenga a la tropa, y 83, oficio del 29-5-1812.

²⁷ Íd., p. 85. Oficio del 27-6-1812.

²⁸ Íd., ps. 87 a 88. Oficio del 18-7-1812.

intelectual del prócer hace pensar que cumplió con su palabra, con lo que el ejército quedó privado de bandera.

8. La “Bandera del Ejército”

Poco más tarde, el 24 de septiembre de 1812, Belgrano obtuvo un categórico triunfo en la batalla de Tucumán, lo que implicó la supervivencia de la Revolución, literalmente. Su derrota hubiera precipitado una cruel represión y la caída del gobierno patrio. Luego de reorganizar sus fuerzas, a fines de enero de 1813, Belgrano avanzó hacia el Norte. El prócer había hecho confeccionar una nueva Bandera, a la que llamó “del Ejército”. No hay pruebas sobre su diseño, pero consideramos que fue igual a la presentada en Jujuy; no había razón para cambiarla. Se conservan los documentos sobre su preparación²⁹, lo que ratifica que la mostrada en Jujuy había desaparecido y que no se usó en Tucumán. El 13 de febrero, luego de vadear el río Pasaje, Belgrano hizo que sus tropas juraran obediencia a la Asamblea General Constituyente³⁰, en presencia de la nueva Bandera, que tuvo su bautismo de fuego en la batalla de Salta (20-2-1813), triunfo que consagró a Belgrano como general exitoso. En este contexto, la reaparición de la Enseña no encontró ningún reparo, lógicamente.

9. Otras banderas en uso

Por entonces, la compleja situación política demoró que el Gobierno dispusiera sobre los símbolos que debían usarse; continuaron empleándose las banderas del régimen colonial³¹ y los enfrentamientos se libraron bajo enseñas idénticas, apenas particularizadas con atributos menores propios de cada unidad, tal como lo habilitaban las ordenanzas militares españolas. Esta anárquica situación hizo que muchas unidades dispusieran sus enseñas con amplia libertad³². La mayoría tomó los

²⁹ PALOMBO, ob. cit., p. 97. Orden de pago/recibo por compra de raso para bandera del 25-1-1813.

³⁰ Íd., p. 100. Oficio del 13-2-1813.

³¹ ROSENKRANTZ, ob. cit., Cap. XVI, p. 175.

³² PALOMBO, ob. cit., ps. 164 a 168. Comunicaciones intercambiadas entre el coronel Domingo French y el director supremo sobre las banderas del Regimiento de Infantería 3, fechadas el 6-9-1815.

colores que empleó Belgrano en 1812, pero con variados diseños; el que tuvo mayor difusión fue el de tres franjas horizontales en celeste y blanco. Recién el 27 de abril de 1813 se mandó³³ quitar las armas reales de lugares públicos aunque se ordenó que permanecieran en uso las “banderas y estandartes que las tengan”. Es significativo que el Estatuto Provisional de 1815³⁴ ordenó que “La Bandera de la Patria al tope de la torre del Cabildo” era señal de reunión de las milicias cívicas (art. VI, Cap. III, Sec. VI), que el sombrero o gorra del uniforme de los milicianos tuviera “las armas de la ciudad en campo azul y blanco” y que los no alistados sólo llevaran el escudo (art. VIII, Cap. III, Sec. VI). Las banderas debían ser “iguales a las del Estado, con la sola diferencia de ocupar el centro las armas de la ciudad”. La expresión “Bandera de la Patria” alude a la tricolor celeste, blanca y celeste, como bien lo prueba Eduardo Rosenkrantz³⁵.

10. La “Bandera Nacional de la Libertad Civil”

Mientras tanto, la Asamblea General parecía cercana a declarar la independencia; adoptó una “marcha patriótica”, un escudo y acuñó moneda. Fue entonces que Belgrano intentó difundir la orientación política del gobierno apelando al ceremonial y los símbolos como herramientas útiles para transmitir las abstracciones del pensamiento emancipador a una población mayormente iletrada, permeable a las manifestaciones del poder. En las “Fiestas Mayas” de 1813³⁶ Belgrano mostró lo que él consideró que sería el emblema oficial del nuevo Estado, la “Bandera Nacional de la Libertad Civil”. Era de color blanco (el “plata” heráldico), referencia directa a las “Provincias Unidas del Río de la Plata”, con el escudo de la Asamblea³⁷. El apelativo de la Enseña la sitúa como representación del “Estado de Derecho”, esto es que las autoridades deben gobernar conforme a la Constitución y a las leyes,

³³ PRADO, ob. cit., t. I, p. 210. Decreto del Triunvirato, sin numerar.

³⁴ Íd., t. I, p. 311. Documento datado el 5-5-1815.

³⁵ ROSENKRANTZ, ob. cit. Tesis que sostiene a lo largo de todo su ensayo.

³⁶ PALOMBO, ob. cit., ps. 115 a 117. Relación de los hechos y minuta fechada el 6-6-1813.

³⁷ Íd., p. 121. Constancias del pago por la pintura y compra del raso para confeccionar la bandera.

evitando toda arbitrariedad³⁸; consecuentemente representa a los derechos humanos de los ciudadanos. Belgrano entregó la insignia al Cabildo de Jujuy, como testimonio del sacrificio de este pueblo en la lucha emprendida³⁹. Se conserva en Jujuy y en 2015 fue reivindicada como “símbolo patrio histórico”, segunda Bandera Nacional (ley 27.134)⁴⁰, norma cuya iniciativa nos honró concretar. A nuestro juicio, fue una protobandera, elaborada conforme a las usanzas vexilológicas de la época. El Triunvirato recibió el informe de Belgrano⁴¹; no desaprobó la medida pero advirtió que sobre el símbolo debía resolver la Asamblea, a la que remitió la comunicación⁴² que como no fue desautorizada podemos interpretar que hubo una tácita aceptación⁴³.



³⁸ CARRILLO BASCARY, M., *La Bandera Nacional de la Libertad Civil, su historia y su pueblo*, Instituto Belgraniano de Jujuy, Jujuy, 2013, ps. 98 a 100.

³⁹ Íd., p. 248. Acta del Cabildo de Jujuy, donde se hace constar la recepción de la “Bandera Nacional de la Libertad Civil”, del 29-5-1813.

⁴⁰ *Boletín Oficial de la República Argentina*, del 8-6-2015. Ley originada en la petición de particular del autor de esta colaboración (expte. 9-P-2012, Senado nacional, acompañando del respectivo Anteproyecto de la norma).

⁴¹ PALOMBO, ob. cit., p. 124. Oficio del 26-5-1813.

⁴² Íd., p. 125. Oficio del 26-6-1813.

⁴³ CARRILLO BASCARY, ob. cit., p. 120.



La Enseña histórica, tal como se conserva y su imagen vectorizada, según ley 27.134

11. La Bandera de las “Provincias Unidas de Sudamérica”

Declarada la independencia el Congreso debió definir una bandera para el nuevo Estado. El uso vexilológico de la época determinaba que las enseñas nacionales llevaran blasones dinásticos o cargas alusivas a la forma de gobierno adoptada. En el seno del Congreso la opción mayoritaria era la monarquía constitucional, pero no alcanzó los votos suficientes; una minoría auspiciaba la república. La indefinición planteó una verdadera disyuntiva sobre la bandera que se debatió durante varias jornadas y, finalmente, tuvo una solución práctica. En sesión del 18 de julio⁴⁴, Juan José Paso pidió “que se fijase y se jurase la Bandera Nacional”. Mientras que Esteban Gascón mocionó “que se diese orden para que no se usase otra, en los regimientos, buques, etcétera”, lo que se “apoyó suficientemente”, según consta en el *El Redactor del Congreso General*⁴⁵. El día 20⁴⁶, Gascón insistió y pidió

⁴⁴ RAVIGNANI, E. (dir.), *Asambleas constituyentes argentinas*, Peuser, Buenos Aires, 1937, t. I, p. 237.

⁴⁵ Íd., t. I, p. 237. *El Redactor* era el periódico oficioso del Congreso General.

⁴⁶ Íd., t. I, p. 237.

que “...se autorizase por un decreto la bandera menor del país, azul y blanca, que actualmente se usa, sin perjuicio de acordarse después la bandera grande nacional, según la forma de gobierno que se adoptase, cuyo decreto pidió también se circulase. Quedó aprobado por unánime acuerdo”. Es claro que entonces se estableció una “bandera menor”, postergando definir la “bandera grande” u oficial, hasta que resuelta la forma de gobierno se establecieran los atributos que cargaría el paño. Aclaremos que si bien Gascón aludió al “azul”, el plenario del Congreso ratificó el “celeste”, como resulta de la transcripción siguiente⁴⁷: “Elevadas las Provincias Unidas en Sud América al rango de una Nación después de la declaratoria solemne de su independencia, será su peculiar distintivo la bandera celeste y blanca que se ha usado hasta el presente y se usará en lo sucesivo exclusivamente en los ejércitos, buques y fortalezas en clase de bandera menor, ínterin, decretada al término de las presentes discusiones la forma de gobierno más conveniente al territorio, se fijen conforme a ella los jeroglíficos de la Bandera nacional mayor [...] Tucumán, julio 24 de 1816. [Firmado:] Francisco N. Laprida, Presidente. José Mariano Serrano, Diputado Secretario”. En consecuencia, la Bandera del joven Estado continental fue celeste, blanca y celeste, sin ningún aditamento.

12. Una discutida fecha bicentenaria

Se debate si la Bandera se aprobó en la sesión del 20 de julio o en la del 25, pero de la documentación de la época surge una conclusión indubitada: la decisión se tomó el 20, por lo que el mismo día del año 2016 debe reconocerse como “Bicentenario de la oficialización de la Bandera Nacional argentina”. La validez de esta conclusión se apoya en el oficio del 24 de julio⁴⁸ que el Congreso envió al director supremo Pueyrredón, que reza: “En Sesión de 20 de julio presente ha expedido el soberano Congreso...” y sigue la transcripción de lo resuelto por la Corporación respecto de la Enseña, lo que constituye la comunicación oficial de la aprobación de la “bandera menor” de las Provincias Unidas de Sudamérica. El consiguiente acuse de recibo por

⁴⁷ Íd., t. I, p. 238.

⁴⁸ PRADO, ob. cit., t. I, p. 370.

parte del director está datado el 13 de agosto de 1816⁴⁹. En consecuencia, es claro que fue el 20 de julio cuando se aprobó la Bandera, momento en que el Congreso comisionó a su secretario Serrano para que redactara el pertinente decreto; así lo hizo formalizando lo ya resuelto en un texto que se aprobó en la sesión pública del día 25.

Como lo dispuso el Congreso, la independencia debía ser jurada por los pueblos de las Provincias Unidas; esto se verificó en diversas fechas. En Buenos Aires, las autoridades juraron el 30 de agosto y las tropas al día siguiente. Un decreto de Pueyrredón del 27 de agosto de 1816⁵⁰ ordenó diversas celebraciones para acompañar la lectura del Acta; se debía mostrar al “Pabellón Nacional” (art. 5º), que luego se “batirá” ante el pueblo (art. 7º) y se disponía que el presidente del Cabildo desfilara portando la “Bandera Nacional” (art. 3º).

13. La Bandera “vieja” y la “nueva”

Acatando el decreto del Congreso relativo a la divisa de las “Provincias Unidas”, en la significativa fecha del 24 de septiembre de 1816, segundo aniversario de la victoria de Tucumán, el general Belgrano, nuevamente a cargo del Ejército Auxiliador, dispuso sustituir la Enseña del cuerpo. En una ceremonia solemne se bendijo “la nueva” y “la vieja” y se ofrendó a la “generala María Santísima de las Mercedes”. Es pertinente transcribir lo que dijo Belgrano en la ocasión⁵¹: “Soldados. Una nueva Bandera del Ejército os presento, para que reconociéndola sepáis que ella ha de ser vuestra guía y punto de reunión, la que acabo de depositar a los pies de nuestra generala, María Santísima de las Mercedes, sirvió al mismo efecto mientras tuve el honor de mandaros. No la perdáis de vista en ningún caso; sea próspero o adverso, pues donde ella estuviere allí me tendréis. Jurad no abandonarla, jurad sostenerla para arrollar a nuestros enemigos y entrar triunfantes, rompiendo las cadenas que cargan nuestros pueblos hierros. La América y la Europa os miran: que vean el orden, la subordinación y disciplina que

⁴⁹ PALOMBO, ob. cit., p. 171, reiterado en fecha 17-8-1816, p. 174.

⁵⁰ PRADO, ob. cit., t. I, p. 374.

⁵¹ PALOMBO, ob. cit., p. 175.

observáis y al fin admiren vuestros trabajos, vuestra constancia y vuestro heroísmo, como lo desea vuestro general”.

14. Por los mares del orbe

Entre los antecedentes que certifican el uso de la nueva Bandera cabe mencionar las “instrucciones reservadas” que el gobierno de las “Provincias Unidas” daba a los corsarios, como, por ejemplo, el texto⁵² de las impartidas por el director supremo Álvarez Thomas al comandante de la golea “Constitución” Andrés Barrios; su artículo 3º disponía: “Si se trabase combate, se tremolará al tiempo de él el pabellón de las Provincias Unidas a saber, blanco en el centro y celeste en sus extremos al largo”. El 25 de junio de 1817, el director Pueyrredón extendió otra patente⁵³ a Vicente A. Echevarría, armador de la fragata “La Argentina”, capitaneada por Hipólito Bouchard. Su artículo 3º mandaba combatir bajo pabellón de las “Provincias Unidas de Sudamérica [...] blanco en su centro y celeste en sus extremos al largo”. Bouchard, Guillermo Brown, Luis Miguel Aury y decenas de otros corsarios difundieron esta Bandera hasta el punto que los patriotas centroamericanos la tomaron como modelo de sus respectivos pabellones (Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Honduras, Nicaragua y los Estados fallidos de Chiapas y Los Altos), según lo probó Carlos Ferro⁵⁴.

15. La “Bandera con sol” y su evolución

Hacia 1818 la forma de gobierno estaba aún lejos de poder definirse y por eso se continuaba usando la Bandera tricolor, sin ninguna carga. Fue entonces que a instancias del ministro de Marina Matías de Irigoyen, el director Pueyrredón solicitó al Congreso que estableciera la “bandera mayor” en los siguientes términos⁵⁵: “...se digne resolver la

⁵² CARRILLO BASCARY, M., *Evolución historia de las normas sobre los atributos de la nacionalidad argentina*, inédito, p. 16. Patente de corso datada el 21-9-1815.

⁵³ Íd., p. 21. Patente de corso fechada el 25-6-1817.

⁵⁴ En su libro *La Bandera argentina inspiradora de los pabellones centroamericanos*, Depalma, Buenos Aires, 1970.

⁵⁵ PALOMBO, ob. cit., p. 181. Oficio del 9-1-1818.

distinción que estime oportuna en el uso de las banderas de este Estado, ordenándome cuáles sean las que deben tremolarse en las plazas, fuertes y buques de guerra del Estado y cuáles en los mercantes de la misma Nación, pues en el día es sólo una la que se usa con unos y otros, causando equivocaciones perjudiciales”. El Congreso aprobó el dictamen elaborado por el presbítero José Luis de Chorroarín estipulando⁵⁶: “En sesión de ayer 25 [de febrero] ha sido sancionado: Que sirviendo para toda bandera nacional los colores blanco y azul en el modo y forma hasta ahora acostumbrados, sea distintivo peculiar de la Bandera de guerra un sol pintado en medio de ella”. No se especificó el diseño del astro, pero podría servir de guía el usado en el sello del Congreso⁵⁷. Perdidas sus actas desconocemos qué interpretación se dio al sol, tema no dilucidado hasta el presente, aunque para el sentir general representa a las raíces americanas y, eventualmente, a la más afianzada de sus culturas vernáculas, la incásica.

La norma estipuló que la Bandera con sol sería privativa de fortificaciones y buques de guerra; por esto, la esperada “bandera mayor” se caracterizó como “de guerra” y “oficial”. La Enseña “sin sol” quedó para las embarcaciones mercantes y uso de los particulares. Contra lo que aducen los mal informados, la prohibición de emplear el sol data de aquella lejana fecha, 1818, y no del decreto de Sarmiento⁵⁸ de 1869, ni de su similar⁵⁹ de 1889, los que se limitaron a ratificar la exclusividad dispuesta en tiempos de Pueyrredón. En aquel entonces no fue necesario definir técnicamente la representación de los símbolos. Las banderas usadas fueron similares entre sí, pero no idénticas. Durante un estado de guerra continuo se confeccionaban en la forma que se podía. El sol era un emblema neutro que tanto podía identificar a una monarquía como a una república y que, por lo demás, se venía usando en sellos y monedas desde 1813.

Cuando Rosas asumió las relaciones exteriores de la “Confederación Argentina”, se reemplazó al celeste de las banderas nacionales por un

⁵⁶ PRADO, ob. cit., t. I, p. 458. Oficio del 26-2-1818.

⁵⁷ CARRILLO BASCARY, *Evolución historia de las normas...* cit., p. 18. Decreto del 29-8-1816.

⁵⁸ PRADO, ob. cit., t. V, p. 468. Decreto sin número emitido el 19 de septiembre.

⁵⁹ Íd., t. IX, p. 738. Decreto sin número emitido por Roca en fecha 25-4-1889.

azul oscuro; se le agregaron gorros rojos, leyendas hostiles a los unitarios y hasta se enrojeció el sol, que adoptó diversos diseños. En muchas otras el Escudo Nacional⁶⁰ reemplazó al astro. Tras la batalla de Caseros (3-2-1852) se restableció el celeste y se eliminaron las otras cargas, pero la diversidad relativa persistió. Más aún, no fue extraño que en una de las caras de la Bandera se viera al sol y en la otra un escudo, también con muy distintos diseños⁶¹.

Hubo que esperar hasta 1944, cuando en el decreto⁶² 10.302, de conformidad a un dictamen de la “Academia Nacional de la Historia”, se ratificó el uso del celeste y se reglamentó que el sol fuera idéntico al usado en las primeras monedas patrias acuñadas en julio de 1813. Recientemente, el decreto⁶³ 1650 de 2010 estableció el diseño y color de la Bandera y su sol, de conformidad a precisas normas Iram. De esta forma quedó definitivamente establecido cómo debe ser la “Bandera Oficial de la Nación Argentina”.

16. En conclusión

- Conforme a la Escarapela, Belgrano creó una Bandera “Nacional” franjada blanca y celeste, que entendió representaba a “Sudamérica”; estos colores se difundieron con diversos formatos, aunque predominó el de tres franjas horizontales.
- Las “Provincias Unidas de Sudamérica” oficializaron ese diseño como “bandera menor” al mismo tiempo que se postergó definir la “bandera grande o mayor” (oficial) hasta que se resolviera cuál sería la forma de gobierno del nuevo Estado independiente. La decisión implicaba que el paño se cargaría con un blasón, en caso de erigirse una monarquía, o con algún atributo alusivo, de optarse por la república.

⁶⁰ PEÑA, J. y ALONSO, J., *Las banderas de los argentinos*, Aluar-Fate, Buenos Aires, Cap. III, p. 105.

⁶¹ V. gr.: la Bandera del Batallón “1º de Santa Fe” en la guerra del Paraguay, que defendiera con su vida Mariano Grandoli en Curupaytí, que se preserva en el Museo Histórico de Rosario.

⁶² *Boletín Oficial de la República Argentina*, ed. del 10-5-44.

⁶³ *Íd.*, ed. del 23-11-2010.

- La postergación de la trascendental decisión determinó que en 1818 se estableciera la “bandera mayor” para uso en fortificaciones y naves de guerra, con un sol en su centro, cuyo diseño y significado no se expresó. Se considera que en el imaginario de entonces este sol aludía a la libertad de que gozaba América antes de caer bajo el régimen colonial español.
- Recién en 1944 se definió como modelo de sol el las “primeras monedas patrias” y en el 2010 se fijó con precisión técnica la composición de la “Bandera Oficial” argentina.

A la fecha de la redacción de este ensayo los argentinos celebrábamos el Bicentenario de nuestra Independencia y de la oficialización de nuestra Enseña Patria, tal como lo acredita el Derecho y los hechos aquí expuestos. Un pueblo orgulloso de sus colores mira esperanzado hacia el futuro, sin duda muy distinto al imaginado por los congresales de Tucumán pero igualmente duro y estimulante. “Se levanta a la faz de la tierra una nueva y gloriosa Nación”.

17. Bibliografía

- ANÓNIMO, atribuido a BELGRANO, Manuel, *Diario de marcha del coronel Belgrano a Rosario*, Instituto Nacional Belgraniano, Buenos Aires, 1995.
- ANÓNIMO, *Padrón de los habitantes de la Capilla del Rosario levantado en 1816 por el alcalde Bernardino Moreno*, inédito.
- BELGRANO, Mario, *Belgrano*, reimp., Instituto Nacional Belgraniano, Buenos Aires, 2006.
- CARRILLO BASCARY, Miguel, *Evolución historia de las normas sobre los atributos de la nacionalidad argentina*, inédito.
- *La Bandera Nacional de la Libertad Civil, su historia y su pueblo*, Instituto Belgraniano de Jujuy, Jujuy, 2013.
- CASTAGNO, Antonio, *Símbolos y mitos políticos*, Eudeba, Buenos Aires, 1980.
- CHAPARRO, Félix, *Belgrano y los símbolos de la Patria*, ed. del autor, Santa Fe, 1942.
- FERRO, Carlos, *Historia de la Bandera argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1991.

- GOLMAN, Adolfo, *Enigmas sobre las primeras banderas argentinas*, De los 4 Vientos, Buenos Aires, 2007.
- GREGORIC, Francisco y GOLMAN, Mario, *La Bandera del "Ejército de los Andes". Reflexiones sobre la carta que explica su confección*, De los 4 Vientos, Buenos Aires, 2014.
- Instituto Nacional Belgraniano, *La Bandera Nacional de la República Argentina*, Ministerio del Interior, Buenos Aires, 2011.
- MITRE, Bartolomé, *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, reproducción de la 4ª ed., Jackson, Buenos Aires, 1947, t. II.
- PALOMBO, Guillermo y ESPINOSA, Valentín, *Documentos para la historia de la Bandera argentina*, Instituto de Estudios Iberoamericanos, Buenos Aires, 2001.
- PEÑA, Manuel y ALONSO, José, *Las banderas de los argentinos*, Aluar, Buenos Aires, 2009.
- PRADO, Aurelio (comp.), *Registro Oficial de la República Argentina*, ed. oficial, Buenos Aires, 1879, t. I.
- RAVIGNANI, Emilio (dir.), *Asambleas constituyentes argentinas*, Peuser, Buenos Aires, 1937.
- ROSENKRANTZ, Eduardo, *La Bandera de la Patria*, Grito Sagrado, Buenos Aires, 1988.
- RUIZ MORENO, Isidoro y DE MARCO, Miguel, *Patricios de Buenos Aires*, Edivém, Buenos Aires.
- SMITH, Whitney, *Flags, through the ages and across the world*, Mac Graw-Hill, New York, 1975.
- VELASCO PEDRAZA, Julián, *Fiesta y poder: persistencias y significaciones de las representaciones sobre el poder*, Universidad de Santander, Bucaramanga, 2001, disponible en <http://www.red-redial.net/referencia-bibliografica-76870.html>.
- ZNAMIEROWSKI, Alfred, *The World Encyclopedia of Flags*, Lorenz, New York, 1999.

LA FORMA MONÁRQUICA DE GOBIERNO EN EL CONGRESO DE 1816

por MARCELO LUIS MARCHIONATTI

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 2.1. El proyecto carlotista. 2.2. La misión Sarreatea. 2.3. La misión de Rivadavia y Belgrano. 2.4. El negocio de Italia. 2.5. La misión de Manuel García. 2.6. Debates sobre la forma de gobierno en el Congreso de Tucumán. 2.7. La monarquía incaica. 2.8. El Protectorado portugués. 2.9. El Protectorado francés. 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

Resumen

Este artículo se centra en la idea de establecer una monarquía en las Provincias Unidas al mismo momento en el cual se declaraba la independencia durante el Congreso de Tucumán en 1816. Para entender esta situación es necesario analizar los antecedentes, el contexto europeo, los peligros externos y la situación política interna. En efecto, para 1816 se habían producido diferentes misiones diplomáticas tendientes a establecer una monarquía, entre ellas las de Manuel de Sarreatea, Bernardino Rivadavia, Manuel Belgrano y Manuel García. Luego de declarada la independencia el 9 de julio, los congresistas comenzaron a pensar cuál era la forma de gobierno que mejor se adaptaba a las necesidades de estas tierras. El Congreso analizó el proyecto monárquico de Belgrano, pero hubo otros, como el llamado “Protectorado portugués” o el intento de coronar un príncipe francés. La situación era compleja: los ataques realistas desde el Alto Perú, los peligros desde Chile, la invasión portuguesa a la Banda Oriental, la anarquía, la Liga Federal de Artigas y la renovada situación europea

son algunos de los motivos de lo que veremos en este artículo. Estas ideas comienzan en 1808 y finalizan en 1820 tras la batalla de Cepeda.

Abstract

This article focuses on the idea of establishing a monarchy in the United Provinces at the same time when independence was declared during the Congress of Tucumán in 1816. To understand this situation it is necessary to analyze the background, the European context, external dangers and the internal political situation. Indeed, for 1816 there had been different diplomatic missions tending to establish a monarchy, including those of Manuel de Sarratea, Bernardino Rivadavia, Manuel Belgrano and Manuel García. After declared independence on July 9, congressmen began thinking that was the form of government best suited to the needs of these lands. The Congress analyzed the monarchical project of Belgrano, but there were others, as the called “Protectorate portuguese” or the attempt to crown a French prince. The situation was complex: the spanish attacks from Alto Perú, the dangers from Chile, the portuguese invasion to the Banda Oriental, the national anarchy, the Federal League of Artigas and the renewed European situation are some of the reasons of what we see in this article. These ideas begin in 1808 and end in 1820 after the Battle of Cepeda.

Palabras clave

Congreso de Tucumán. Forma de gobierno. Proyectos monárquicos.

Keywords

Congress of Tucumán. Form of government. Monarchical Schemes.

1. Introducción

La idea de este artículo es reflejar los diferentes proyectos monárquicos que se pretendieron implementar en nuestro país desde poco antes de la Revolución de Mayo de 1810 y hasta 1820, fecha en que cesaron esos intentos. Para ello creemos indispensable analizar no sólo

los mencionados intentos, sino también los motivos que llevaron a nuestros patriotas a sostener tales posturas. Para ello es fundamental tener en cuenta no sólo los antecedentes sino además la situación política interna y externa al momento de sugerirse cada uno de ellos. Resulta entonces necesario comenzar por los primeros antecedentes.

2. Antecedentes

2.1. *El proyecto carlotista*

Las ideas monárquicas estaban relacionadas en gran parte con la situación política imperante en Europa y con los estallidos internos en el Río de la Plata. En efecto, desde la invasión francesa a Portugal y España y luego, tras la primera caída del Imperio de Napoleón Bonaparte en 1814, se fue consolidando en Europa un orden conservador impulsado por el Congreso de Viena y la creación, al poco tiempo, de la Santa Alianza. Estas uniones, integradas por las potencias que habían derrotado a Francia, tenían como principal objetivo asegurar la continuidad de las monarquías derribadas por Napoleón, como era el caso de España. Así fue que esas naciones no dudaban en apoyar las intenciones de Fernando VII de recuperar sus antiguas colonias en América. Pero volvamos al primer proyecto monárquico, aquel que tuvo como protagonista a la infanta Carlota Joaquina de Braganza, princesa consorte del reino portugués, hija de Carlos IV y hermana de Fernando VII. Recordemos que Napoleón había invadido Portugal en 1807 y la Corte de ese país había huido a Brasil e instalado allí la sede del reino; luego, Napoleón invadió España, encarceló a Carlos IV y Fernando VII e impuso en el trono a su hermano José Bonaparte. Estos hechos generaron una gran efervescencia y temor en el Río de la Plata, cuyo virrey Santiago de Liniers era reemplazado por Baltasar Hidalgo de Cisneros, en 1809, nombrado por una Junta Central de Gobierno formada en España.

La llegada de la familia real portuguesa a Río de Janeiro en 1808 dio impulso a la decisión de imponer a la infanta Carlota Joaquina al frente del Virreinato.

En el Río de la Plata surgió un apoyo a la idea de establecer una

monarquía moderada, donde los criollos tuvieran participación en el gobierno. Entre los simpatizantes de ese proyecto se encontraban Belgrano, Castelli, Nicolás Rodríguez Peña, Vieytes, Berutti y otros. Así, se puede señalar la siguiente nota a la Corte portuguesa firmada por Castelli, Beruti, Rodríguez Peña y Belgrano el 20 de septiembre de 1808: “En ocasión tan angustiada como la que ha tocado a los Soberanos de España, nada podía sernos tan satisfactorio como la proximidad de V. A. R. y los altos Títulos con que la Serenísima Sra. Princesa del Brasil Da. Carlota Joaquina, y el Serenísimo Señor Infante Dn. Pedro Carlos han significado los derechos de la Augusta Casa de Borbón al Trono de América [...] confiamos en que V. A. R. se sirva prestar su protección Real para los efectos que puede prometernos la felicidad de estar bajo los auspicios de tan ilustre Soberanía, sin los embarazos que la facción pueda oponer”¹.

Con el auspicio del agente portugués Felipe Contucci, se decidió que Juan Martín de Pueyrredón, quien gozaba de reconocimiento por su actuación en las invasiones inglesas y por ser un importante comerciante porteño, partiera para Río de Janeiro para ponerse en contacto con Saturnino Rodríguez Peña, principal operador de aquel proyecto en Río de Janeiro, y con lord Strangford, el embajador británico destinado a esa ciudad. Sin embargo, el encuentro no tuvo nada de positivo, sino más bien tuvo consecuencias disvaliosas para los criollos “carlotistas”. La princesa, arrepentida o ya descreída de las motivaciones políticas de los rioplatenses, no sólo rechazó la propuesta, sino que procedió a denunciar sus actividades al embajador español destacado en Río, el marqués de Casa Irujo y a las autoridades del Río de la Plata.

2.2. *La misión Sarratea*

Recién después de la disolución de la Asamblea del año XIII renació la idea monárquica en la región y así fue que comenzó el envío de distintas misiones diplomáticas a Europa. El Segundo Triunvirato envió a Manuel de Sarratea, miembro del Primer Triunvirato, a Inglaterra. Primero debía pasar por Brasil y convencer a los representantes ingleses sobre la utilidad de designar diplomáticos en Buenos Aires; los ingleses

¹ RELA, Walter, en *Revista Digital Estudios Históricos*, N° 3, 2010.

pusieron como condición el fin del asedio a Montevideo (que perjudicaba su comercio); las negociaciones se truncaron cuando Carlos de Alvear tomó esa ciudad. Sarratea siguió a Londres con las instrucciones de considerarla una nación más favorecida en el comercio a cambio de protección contra España, y estaba autorizado, incluso, a entregar la Banda Oriental a estos últimos.

En Inglaterra, Sarratea se sorprendió porque los británicos lo ignoraron, es más, lo trataron de rebelde americano. Este cambio de Londres tenía una razón, y era el tratado firmado entre España e Inglaterra, por el cual España garantizaba el comercio con las colonias. La misión del enviado terminó en un absoluto fracaso. En marzo de 1815 le escribió al director Posadas lo siguiente: “En el negocio incoado descubro los medios de concluir nuestros negocios por nosotros mismos, con nuestros propios elementos, sin que tengamos que confesarnos deudores del favor de ningún gobierno europeo [...] Mi lord Castlereagh nos ha honrado la otra noche en el debate de la Casa de los Comunes con el honorífico título de rebeldes y declarado formalmente que jamás se prestaría a proteger a los de esta clase que traten de sacudir el yugo de sus legítimos soberanos. Su señoría y yo no tenemos las mismas nociones sobre lo que es rebeldía...”²

2.3. *La misión de Rivadavia y Belgrano*

El director supremo Gervasio Posadas, en 1814, envió a Manuel Belgrano y Bernardino Rivadavia a Europa en carácter de diputados ante la Corte de Madrid para negociar y obtener la paz de estas tierras sin perjuicio de mantener libertad y derechos. El propio Posadas le escribía al rey Fernando VII, reintegrado al trono de España, declarando a Buenos Aires vasalla de España: “...expresándole los sentimientos de amor a su real persona de los gobernantes y el pueblo del Río de la Plata, y finalizaba su extensa presentación al monarca, en la que se titulaba vasallo de su majestad y diputado del gobierno de Buenos Aires para la conciliación con la metrópoli”³.

² LORENZO, Celso, *Historia constitucional argentina*, UNR, Rosario, 2004, t. II, ps. 38/39.

³ REYES ABADIE, Washington, *Artigas y el federalismo en el Río de la Plata*, Hyspamérica, Buenos Aires, 1986, p. 147.

En tanto, poco después, el nuevo director supremo Alvear envió a José Manuel García en 1815 a negociar secretamente en Brasil con lord Strangford, como dijimos, embajador inglés ante la Corte portuguesa. Asimismo, se envió a un parlamentario a negociar con el general Pezuela, vencedor en Vilcapugio y Ayohuma, y convencerlo de que habían cesado las causas de la guerra en virtud que Fernando estaba de nuevo en el trono.

Belgrano y Rivadavia llevaban instrucciones públicas y reservadas. Según las primeras debían dirigirse a Río de Janeiro, donde se entrevistarían con lord Strangford y tratarían de obtener autorización para presentarse ante las autoridades inglesas. Una vez en Inglaterra, debían lograr que las autoridades de ese reino les gestionasen una entrevista con Fernando VII. Le transmitirían al rey las felicitaciones por “su feliz restitución al trono de sus mayores” y le harían saber “el amor y fidelidad de estos pueblos a su real persona [...] harían y aceptarían proposiciones sobre la base de justicia que, examinadas por las Provincias en Asamblea de sus representantes, pudieran admitirse sin chocar con la opinión de los pueblos [...] y que fueran conformes a los sentimientos piadosos y paternales del monarca...”⁴

Al final de las instrucciones públicas se encargaba a los diputados “reproducir sin cesar ante la persona del Rey las más reverentes súplicas para que se digne dar una mirada generosa sobre estos inocentes y desgraciados Pueblos que de otro modo quedarán sumergidos en los horrores de una guerra interminable y sangrienta”, lo que nuevamente denotaba la voluntad de combatir tenazmente por parte del gobierno rioplatense⁵.

Las instrucciones reservadas le fueron entregadas a Rivadavia, quien no podía abrirlas hasta llegar a Londres. De aquéllas surgía que Belgrano no podría acompañarlo a España, sino que debía quedarse en Londres como enlace informativo con Buenos Aires. Rivadavia debía ganar tiempo para asegurar la independencia. Podía proponer la coro-

⁴ LORENZO, ob. cit., p. 40.

⁵ Academia Nacional de la Historia, LEVENE, Ricardo (comp.), *La política externa con los Estados de Europa (1813-1816). Historia de la Nación Argentina (desde los orígenes hasta la organización definitiva en 1862)*, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, t. VI, Sec. 1ª, p. 418.

nación de un príncipe español en el Plata con una constitución o mantener el vínculo, quedando la administración en manos americanas. En efecto, dichas instrucciones decían lo siguiente: “Que las miras del Gobierno, sea cual fuere la situación de España, sólo tienen por objeto la independencia política de este Continente, o a lo menos la libertad civil de estas Provincias. Como debe ser obra del tiempo y de la política, el diputado tratará de entretener la conclusión de este negocio todo lo que pueda sin compromiso de la buena fe en su misión”⁶. Asimismo, Rivadavia debía proponer el envío de emisarios reales a las Provincias del Río de la Plata “para que instruidos de su verdadero estado consulten los medios de una conciliación acordada con sus representantes sobre bases de seguridad, igualdad y justicia”. En caso de fracasar esta proposición y si “peligrase el curso de la negociación, entonces hará ver con destreza que los americanos no entrarán jamás por partido alguno que no gire sobre estas dos bases o la venida de un príncipe de la Casa Real de España que mande en soberano este Continente bajo las formas constitucionales que establezcan las Provincias; o el vínculo y dependencia de ellas de la Corona de España, quedando la administración de todos sus ramos en manos de los americanos”⁷.

Eran juegos peligrosos. Por otra parte, previamente Rivadavia debía ofrecer el “trono” a un príncipe inglés bajo una constitución. Si aceptaban, no había viaje a España; del mismo modo se suspendería si Londres se comprometía a proteger a Buenos Aires por otros medios “...por que, en el caso que pueda conseguirse que la Nación Inglesa quiera mandar un Príncipe de su Casa Real o de otra de sus aliadas para que se corone en esta parte del Mundo bajo la constitución que fijen estos Pueblos o bajo otras formas liberales tomando sobre sí la obligación de allanar las dificultades que oponga la España o las demás Potencias Europeas, entonces omitirá su viaje a España y sólo tratará con la Inglaterra”⁸.

Para analizar los resultados es necesario saber que ya en Brasil los delegados no fueron recibidos ni por el príncipe de Portugal ni por

⁶ Íd., p. 418.

⁷ Íd., p. 419.

⁸ Íd., ps. 419/420.

su esposa. Tan sólo los recibió un embajador español ante la Corte portuguesa que les recomendó viajar directamente a España a pedir clemencia al rey. Strangford los recibió fríamente y por medio de él se enteraron de que García estaba en Brasil. Al arribo de los delegados a Europa, Napoleón se había fugado de su prisión y había reconquistado Francia.

2.4. *El negocio de Italia*

Sarratea, en ese momento, buscaba coronar a un infante italiano (Francisco de Paula, hijo de Carlos IV) como monarca del Río de la Plata, Chile y Perú. Carlos IV, que se encontraba en Roma, a cambio de dinero –y pensando que Napoleón lo repondría en el trono–, aceptaba la transacción. Rápidamente Rivadavia redactó la abdicación de Carlos IV sobre las Indias, y Belgrano una constitución; es que estaban convencidos de que esto garantizaba la independencia de los tres Estados.

El enviado Sarratea había encargado al conde de Cabarrús, influyente personaje tanto frente al antiguo rey español como ante Bonaparte, la tarea de entablar la negociación con Carlos IV. Este último debía firmar un documento por el cual cedía a su hijo Francisco de Paula “el dominio y señorío de los territorios que formaban el virreinato de Buenos Aires, la presidencia de Chile y provincias de Puno, Arequipa y Cuzco con sus costas e islas adyacentes”. La nueva monarquía tendría el nombre de Reino Unido del Río de la Plata⁹.

Sarratea le había escrito a Carlos de Alvear: “entretanto aquí he movido la única tecla que hay que menear; y si encontramos dispuesta la materia, enredaremos la lista en disposición que no la desenredará ni el mismo demonio”¹⁰. Este plan de Sarratea se conoce en los textos de historia con el nombre de “negocio de Italia”. Las palabras del director supremo Álvarez Thomas –sucesor de Posadas y de Alvear– a Sarratea no dejaban dudas acerca del alcance de este plan: “Vea usted la necesidad de barajar el proyectillo de Italia y entretenerlo sin pasar a compromisos serios hasta que veamos en que para el Congreso

⁹ Íd., ps. 419/420.

¹⁰ RODRÍGUEZ, Gregorio, *Historia de Alvear*, G. Mendeky, Buenos Aires, 1913, t. II, p. 241.

General, el rumbo que deben tomar las relaciones exteriores. Váyase usted con pies de plomo, y redúzcase a trabajar sobre la protección de nuestra independencia, haciendo que se ahorre sangre, pues por lo visto, los Españoles no se juntan con los Americanos, a lo menos con los de este rumbo”¹¹.

Pero en vísperas de la partida de Cabarrús a Italia, Napoleón Bonaparte era derrotado en Waterloo. Este cambio en el contexto europeo hizo prever una reacción del autoritarismo monárquico contra las ideas liberales y malogró las negociaciones con Carlos IV.

Frustrado el “negocio de Italia”, Sarratea pensó en la opción de propiciar la creación, en el antiguo Virreinato de Buenos Aires y Reino de Chile, de un estado independiente con un príncipe de la casa real española al frente del mismo. Para ello, nuevamente utilizó a Cabarrús como mediador. Éste celebró dos entrevistas con el ministro de Estado español Pedro Cevallos, quien rechazó la idea de un estado independiente en el Plata, pues implicaba un insulto a la soberanía del rey. Belgrano y Rivadavia se enteraron de la decisión del director interino Ignacio Álvarez Thomas de dar por finalizada su misión europea a mediados de 1815. Esta medida fue tomada en Buenos Aires tras recibirse noticias del nuevo escenario político europeo. Belgrano abandonaría Londres para regresar al Río de la Plata en noviembre de 1815, y notificaba a su gobierno acerca de la conveniencia de mantener a Rivadavia en Europa para que siguiera gestionando la alternativa monárquica. Rivadavia continuó en Europa y concibió el siguiente plan: Fernando debía enviar a un hijo a América como virrey, quedando para más adelante el tema de la constitución.

Rivadavia fue bien recibido en España, pero las operaciones de corso que realizaba Guillermo Brown contra buques españoles provocaron que intimaran al enviado a abandonar España el 16 de julio de 1816. Nadie sabía que en Tucumán se había declarado la independencia.

2.5. *La misión de Manuel García*

Como se dijo, el entonces director supremo Carlos Alvear había

¹¹ RODRÍGUEZ, Gregorio, *Contribución histórica y documental*, Casa Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1921, t. I, p. 192.

enviado a Manuel García a Brasil a entrevistarse con lord Strangford. Sobre el contenido de los pliegos a presentarle a este último existen discusiones; sin embargo, señalamos que el destinado a lord Strangford decía así: “Cinco años de repetidas experiencias han hecho ver a todos los hombres de juicio y opinión, que este país no está en edad ni en estado de gobernarse por sí mismo, y que necesita una mano exterior que lo dirija y contenga en la esfera del orden, antes que se precipite en los horrores de la anarquía [...] En estas circunstancias solamente la generosa nación británica puede poner un remedio eficaz a tantos males, acogiendo en sus brazos a estas provincias que obedecerán a su gobierno y recibirán sus leyes con el mayor placer: porque conocen que es el único medio de evitar la destrucción del país” (Buenos Aires, 25-1-1815)¹².

El otro pliego, que debía entregarse a las Cortes en Londres –mucho más explícito dentro de la misma idea–, tenía estos otros párrafos que no existen en la comunicación al embajador ante la Corte de Río: “Estas provincias desean pertenecer a la Gran Bretaña, recibir sus leyes, obedecer a su gobierno y vivir bajo su influjo poderoso. Ellas se abandonan sin condición alguna a la generosidad y buena fe del pueblo inglés, y yo estoy dispuesto a sostener tan justa solicitud para librarlas de los males que las afligen. Es necesario que se aprovechen los momentos, que vengan tropas que impongan a los genios díscolos, y un jefe autorizado que empiece a dar al país las formas que sean del beneplácito del rey y de la nación, a cuyos efectos espero que V. E. me dará sus avisos con la reserva y prontitud que conviene preparar oportunamente la ejecución”¹³.

García llegó a Río de Janeiro el 23 de febrero y solicitó inmediatamente audiencia a Strangford. Se encontraban en la misma ciudad Rivadavia y Belgrano desde los primeros días de enero, y García, colega y amigo de ambos, no sólo no los buscó, sino que su actitud da la impresión de que se ocultaba de ellos.

En febrero de 1815 la posición política de Strangford estaba comprometida. Es decir que en el preciso momento de conferenciar el

¹² LÓPEZ, Vicente F., *Historia argentina*, Sopena, Buenos Aires, 1957.

¹³ MITRE, Bartolomé, *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, Jackson, Buenos Aires, 1950, t. II, p. 348.

embajador con el comisionado argentino, ya estaba decretado en Londres el retiro del primero. Ante ello, la gestión de García se tornaba absolutamente inútil –por lo menos en el trámite que le era personal a lord Strangford– y esto debió contribuir a su negativa a recibir el pliego que le estaba dirigido y aconsejar que el destinado a Londres fuera llevado personalmente por Rivadavia a la Cancillería británica.

El historiador Emilio Ocampo sostiene que García llegó a Río de Janeiro en marzo de 1815 e inmediatamente solicitó una reunión con el embajador inglés, a quien entregó una escueta carta de Alvear que decía lo siguiente: “El estado de la situación en este país me obliga a encargar a D. Manuel José García, secretario de este gobierno, la misión de comunicarse verbalmente con V. E. con la esperanza de producir una determinación que sea conforme a los intereses de Gran Bretaña y que sea tan efectiva como las circunstancias de estas provincias lo requieren”. Ésta es la única carta de Alvear a Strangford que existe en los archivos ingleses y no coincide con la anteriormente mencionada¹⁴. Nótese que en esta carta Alvear sostiene que García va a informarle verbalmente su misión y no por escrito. Strangford transmitió el mensaje de Alvear reafirmando que el gobierno de éste resistiría a toda costa volver bajo el yugo absolutista de Fernando VII. García sostuvo que Alvear lo envió a Río de Janeiro con el objetivo de determinar si se podía esperar “la asistencia necesaria para preservar el país de los peligros que lo acechan” y que si Inglaterra se mantenía indecisa, el gobierno revolucionario se vería forzado a continuar la lucha con sus propios recursos. García termina con una advertencia: “Esta será la ultima prueba de amistad de este gobierno”¹⁵.

Otros historiadores han intentado explicar la misión García partiendo de la premisa de que el gobierno de Alvear “intentaba una maniobra diplomática, y no estaba dispuesto a cumplir lo prometido”¹⁶.

Más allá de estos vaivenes políticos, en España Fernando VII de-

¹⁴ OCAMPO, Emilio, *La traición de Alvear*, Carta de García a Strangford, Río de Janeiro, 3-3-1815, en NA FO 63/169, disponible en www.entrelafabulaylahistoria.tumblr.com, 2016.

¹⁵ Íd. nota anterior.

¹⁶ RUIZ GUIÑAZÚ, Enrique, *Lord Strangford y la Revolución de Mayo*, La Facultad, Buenos Aires, 1937, p. 233.

sesperaba por reconquistar sus colonias; sin embargo, Estados Unidos e Inglaterra no acompañaron estos procesos de recolonización.

Pese a esto, España no se detenía. Fue derrotada la Revolución mexicana en 1815 que terminó con el fusilamiento del cura José Morelos, líder del alzamiento. Las tropas españolas se dirigieron a Venezuela donde derrotaron a Bolívar que debió refugiarse en Jamaica. En Chile, luego de la batalla de Rancagua, O'Higgins y sus hombres eran prófugos exiliados en Mendoza bajo la protección de San Martín. Asimismo, Rondeau había sido derrotado desastrosamente en Sipe-Sipe, lo que produjo la pérdida definitiva del Alto Perú para las Provincias Unidas.

2.6. *Debates sobre la forma de gobierno en el Congreso de Tucumán*

Sobre el Congreso de Tucumán se ha dicho “que debe su celebridad al hecho de haber declarado la independencia producto de cansancio de los pueblos [...] elegido en medio de la indiferencia pública [...] revolucionario en su origen y reaccionario en sus ideas [...] proclamando la monarquía cuando fundaba una república [...] que sin embargo salvó a la revolución”¹⁷.

Al establecerse en la sesión extraordinaria del 26 de mayo el plan de trabajo del Congreso, se fijó como punto cinco definir “Qué forma de gobierno sea más adaptable a nuestro actual estado, y más conveniente para hacer prosperar las Provincias Unidas”¹⁸.

2.7. *La monarquía incaica*

Manuel Belgrano, recién llegado de su misión diplomática en Europa, fue invitado por los congresales para que les informara cuál era la situación en ese continente y con qué tipo de apoyo podrían contar en su lucha contra España. En sesión secreta, el 6 de julio, Belgrano dijo “que si la Revolución había merecido en un principio simpatías de las naciones europeas ‘por su marcha majestuosa’, en el día y debido a «su declinación en el desorden y la anarquía [...] sólo podíamos

¹⁷ LORENZO, ob. cit., p. 143.

¹⁸ *El Redactor del Congreso Nacional*, N° 6, del 23-8-1816.

contar con nuestras propias fuerzas»”; que las ideas republicanas ya no tenían predicamento en Europa y ahora “se trataba de monarquizarlo todo”, siendo preferida la forma monárquica-constitucional a la manera inglesa; que la forma de gobierno conveniente al país era, por eso, la monarquía “temperada”, llamando a la dinastía de los incas “por la justicia que envuelve la restitución de esta Casa tan inicuaamente despojada del trono”, el entusiasmo general se despertaría en los habitantes del interior y podía “evitarse así una sangrienta revolución en lo sucesivo”; que España estaba débil por la larga guerra contra Napoleón y “las discordias que la devoraban”, pero con todo “tenía más poder que nosotros y debíamos poner todo conato en robustecer el ejército...”¹⁹

En definitiva y como lo señala Halperín Donghi: “El 6 de julio Belgrano ha defendido elocuentemente la restauración de la monarquía incaica; a su juicio, los directores de la política europea no podrán poner objeciones de principio a esta inesperada aplicación ultramarina de las doctrinas legitimistas. La monarquía incaica no sólo debía reconciliar a la revolución porteña con Europa; también la reconciliaría con su ámbito americano, en que se implanta mal; transformaría definitivamente la revolución municipal en un movimiento de vocación continental”²⁰.

Bartolomé Mitre, en sus libros, destrata a Belgrano y su plan. Sostiene que tenía “más inocencia que penetración política, y con tanto patriotismo como falta de sentido práctico y reflexión [...] era un plan inconsistente, extravagante y sin sentido práctico”²¹. No fue el único, ya que, según Mitre, Agrelo hablaba de que el proyecto era “la monarquía en ojotas”; Manuel Dorrego decía: “Este es un rey de patas sucias”, y el coronel Nicolás de Vedia expresaba: “Yo seré el primero en recibir al rey, mi amo [...] con un fusil en la mano”²².

También se produjo un fuerte debate sobre el tema en la prensa. En ese sentido, el periódico *El Censor* era partidario de una monarquía,

¹⁹ ROSA, José María, *Historia argentina*, Oriente, Buenos Aires, 1992, t. III, ps. 168-171.

²⁰ HALPERÍN DONGHI, Tulio, *Historia argentina. De la revolución de independencia a la confederación rosista*, Paidós, Buenos Aires, 1993.

²¹ MITRE, ob. cit., p. 53.

²² Íd., ps. 66/67.

en tanto *La Crónica Argentina* sostenía que “se esperó declarar la independencia para clavar un puñal en el corazón de las Provincias Unidas [...] Estas cuestiones no deben decidirse por los generales, sino por la razón, por el convencimiento y el voto libre de los ciudadanos ilustrados [...] mejor sería que Belgrano dejase de escribir y ganase batallas; que es para lo que está constituido [...] Rey de burlas sacado de una choza o del centro de la plebe...”²³ Finalmente, *El Observador Americano* pretendía ser neutral y sólo proponía un gobierno que terminase con la anarquía.

Mitre sostuvo que la idea monárquica fue condenada por la prensa y el plan de coronar un inca destrozado “Fue la derrota de la idea monárquica, representada por los directores inteligentes de la revolución, envuelta en la merecida burla de que fue objeto la dinastía incásica...”²⁴

Sin embargo, como veremos, no todos los congresistas opinaban igual. Del mismo modo avalaban la idea monárquica influyentes hombres como Güemes y San Martín. Este último sostuvo: “Ya he dicho lo admirable que me parece el plan de un Inca a la cabeza: las ventajas son geométricas: pero por la patria les suplico, no nos metan en una regencia de (varias) personas: en el momento que pase de una sola, todo se paraliza y nos lleva el diablo. Al efecto, no hay más que variar el nombre de nuestro director, y queda un regente: esto es lo seguro para que lleguemos á puerto de salvación”²⁵.

José Darragueira escribía a Tomás Guido el 28 de octubre de 1816: “...En contra de los que discurren a favor del sistema monárquico, se presenta una masa enorme de federalistas que trabajan sobre el vulgo de todos los pueblos y algunos hombres de séquito que apadrinan sus pensamientos. Las ideas de todos éstos están en oposición con las que el Congreso ha dejado entrever en sus sesiones; y no es despreciable la fuerza física y moral que obra en cada una de las provincias en apoyo de un desenfrenado republicanismo. La contradicción de prin-

²³ Íd., p. 71.

²⁴ Íd., p. 80.

²⁵ MITRE, Bartolomé, *Historia de San Martín y de la emancipación sudamericana*, Jackson, Buenos Aires, 1950, t. II, p. 155.

MITRE, *Historia de Belgrano...* cit., p. 63.

cipios en los diversos partidos que conspiran a constituir un gobierno nacional, amaga la disolución del Estado si la decisión del problema se precipita por el Congreso [...] Yo quisiera que por ahora e ínterin, las provincias de arriba, en plena libertad no envíen sus diputados al Congreso, mande indefinidamente un Director, sujeto a un Código Provisional...”²⁶

Años más tarde, Tomás Anchorena le escribía a Juan Manuel de Rosas: “...Mas éste no fue rechazado o ridiculizado en público porque hubiésemos proclamado o porque nos hubiésemos ocupado de discutir si debíamos proclamar un gobierno monárquico constitucional, sino porque poníamos la mira en un monarca de la casta de los chocolates, cuya persona, si existía, probablemente tendríamos que sacarla borracha y cubierta de andrajos de alguna chichería para colocarla en el elevado trono de un monarca, que deberíamos tenerle preparado. Reconviniendo yo privadamente al general Belgrano por una ocurrencia tan exótica, con que nos había puesto en peligro de un trastorno general en toda la República, me contestó que él lo había hecho con ánimo que corriera la voz, y penetrando en el Perú, se entusiasmasen los indios y se esforzasen en hostilizar al enemigo, con lo que, distraído éste, tendría el general Belgrano tiempo para engrosar su ejército para atacarlo llegada la oportunidad”²⁷.

Manuel Belgrano, en tanto, escribía lo siguiente “Verá Ud. cómo unos me atacan y otros me defienden acerca de nuestro pensamiento de monarquía constitucional e Inca. Digan lo que quieran los detractores, nada y nadie será capaz de hacerme variar de opinión: creo que es nacional y justa, y ni el cadalso, ni las llamas me arredrarían de publicarla...” (Carta a Manuel Ulloa, catedrático de la Universidad de San Francisco Javier, Sucre, 18-10-1816)²⁸.

“Nuestro soberano congreso trata de restablecer la monarquía de los antiguos incas, destronados con la más horrenda injusticia por los

²⁶ ESTRADA, Marcos, *Belgrano y Anchorena en su correspondencia*, Estrada, Buenos Aires, 1966, p. 45.

²⁷ IRAZUSTA, Julio, *Tomás de Anchorena*, La Voz del Plata, Buenos Aires, 1950.

²⁸ VILLARINO, Laura (comp.), *Manuel Belgrano. Cartas, anécdotas y testimonio*, Arte Gráfico, Buenos Aires, 2002, p. 18.

mismos españoles. Yo soy testigo de algunas sesiones sobre ello y espero tener la gloria de contribuir, por mi parte, a tan sagrado designio...” (Manuel Belgrano a Manuel Ascencio Padilla, 23-10-1816)²⁹.

El 27 de febrero de 1817 Rivadavia le escribía a Pueyrredón: “He sabido con sorpresa y dolor la idea de proclamar a un descendiente de los Incas. Como he llegado a comprender que uno de los que había abrazado con más calor esta opinión, es D. Manuel Belgrano, le he escrito largamente exponiéndole las principales razones que a mi concepto deben condenar a tan desgraciado pensamiento a un olvido absoluto”³⁰.

Según el periódico *El Redactor del Congreso Nacional*, en la sesión del 12 de julio “...el diputado Acevedo [...] hizo moción para que desde los primeros momentos en que fuese posible se empezase a discutir la forma de gobierno que debía adoptarse, expresando por su parte, que ésta fuera la monarquía temperada en la dinastía de los Incas [...] designándose [...] para sede de gobierno la misma ciudad de Cuzco”³¹. El debate seguiría el 15. Allí fray Justo Santa María de Oro dijo que sería conveniente consultar antes la voluntad de las provincias, y si el debate seguía “precediéndose sin aquel requisito a adoptar el sistema monárquico constitucional a que veía inclinados los votos de los representantes, se le permitiese retirarse del Congreso”. Fray Justo faltó a las siguientes sesiones y comunicó el 20 por boca de Laprida que “el no asistir a las discusiones acerca de la forma de gobierno era porque las consideraba extemporáneas y por la necesidad de consultar antes a su Pueblo, pero que lo haría si el Soberano Congreso se lo ordenase”, dándole un documento para satisfacer a San Juan que no le había dado instrucciones a ese respecto. Aceptado, Oro volvió a las sesiones. No es que fuera republicano, como ha recogido la leyenda, sino meticuloso de sus poderes. En las sesiones secretas del 4 de septiembre, donde se votó la forma de gobierno, aprobó la monarquía constitucional³².

²⁹ Íd., p. 18.

³⁰ MITRE, *Historia de Belgrano...* cit., p. 65.

³¹ *El Redactor del Congreso Nacional*, N° 11, del 17-10-1816.

³² PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Las ideas monárquicas en el Congreso de Tucumán*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 18.

El 5 de agosto, “...El señor Serrano tomó la palabra y propuso cuatro inconvenientes para que no debiera defenderse con plena confianza al restablecimiento del trono de los Incas [...] Primero, porque esta idea lejos de alarmar a los naturales a favor de la independencia del país, produjo lo contrario [...] Segundo, por los males que inevitablemente debían temerse de la regencia interina que debería establecerse. Tercero, por las crueles divisiones que moverían los pretendientes [...] Cuarto, por las dificultades que presentaría la creación de la nobleza que hubieran de formar el cuerpo intermediario entre pueblo y trono...”³³

Sin embargo, el 19 siguió el debate y Serrano sostuvo que si bien prefería un gobierno federal, ahora por la necesidad del orden y la unión, rápida ejecución de las providencias y otras consideraciones se inclinaba a la monarquía temperada. Pacheco, Castro Rivera y Sánchez de Loria adhirieron a la idea de la monarquía inca, y considerando este último suficientemente discutida la materia pidió votación. Aceptó Acevedo siempre que se votara el agregado de que el Cuzco sería la capital del nuevo reino; se opuso a esto último Gascón, que quería mantener la capital en Buenos Aires. No se votó por entender que si había pronunciamiento general en favor de la monarquía temperada, no era lo mismo en cuanto a la dinastía del inca y a la capital en el Cuzco. El 5 de agosto el congresal Thames, que presidía, se manifestó en favor del inca; Godoy Cruz se expresó en favor de la monarquía pero no aceptó al inca, arrastrando a Castro, que rectificó su voto en favor del inca dado anteriormente; Aráoz sostuvo que debía tratarse primeramente la forma de gobierno y después establecerse la dinastía; Serrano también se pronunció en contra del inca y fue rebatido por Sánchez de Loria y Malabia, sostenedores del monarca indígena. El 6 de agosto Anchorena pronunció un discurso político, exponiendo los inconvenientes del gobierno monárquico; resaltaba las diferencias que caracterizaban los llanos y los altos del territorio, el genio, hábitos y costumbres de unos y otros habitantes, la mayor resistencia de los llanos a la forma monárquica de gobierno, y por la imposibilidad moral

³³ MERONI, Graciela, *La historia en documentos*, Braga, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 90.

de conformar a unos y otros bajo la misma forma y gobierno que se adoptase en las montañas, concluyendo con que a vista de las dificultades que estas diferencias ofrecían, el único medio capaz de conciliarlas era de la federación de provincias. Es de destacar que, sin embargo, votaría por la monarquía temperada³⁴.

2.8. *El Protectorado portugués*

De todas maneras, no sólo fue el proyecto monárquico de Belgrano el que se discutió en esos días. En efecto, en mayo de 1816 se coronó a Juan VI como rey de Portugal, Brasil y Algarves en Río de Janeiro. Era idea del soberano avanzar sobre el Río de la Plata a través de la Banda Oriental. Asimismo, Artigas con sus ideas republicanas se había convertido en un enemigo tanto para las Provincias Unidas como para Portugal. En comunicaciones a Buenos Aires se esforzaba por aclarar que Portugal invadiría sólo la otra Banda y que la Provincias Unidas nada tenían que temer. A mediados de julio de 1816 diez mil portugueses invadieron la Banda Oriental y Pueyrredón solicitó instrucciones al Congreso. Éste le ordenó la defensa del territorio y la unidad con Artigas. A su vez, se debían enviar dos misiones a Brasil. La primera debía exigir el inmediato cumplimiento del pacto de 1812 en el que se estableció el retiro de los portugueses de la Banda Oriental. La segunda llevaba instrucciones “reservadas y reservadísimas”.

Mediante las primeras se explicaría a los portugueses que, pese a la exaltación democrática, la idea era establecer un sistema monárquico constitucional en nuestro territorio. Asimismo, se le solicitaría a Portugal que se declarara protectora de estas provincias.

Este Protectorado se podía articular de las siguientes maneras: restablecimiento de la Casa de los incas y matrimonio del nuevo monarca con una infanta de la Casa de Braganza; en caso de que no prosperara esta propuesta, coronar un infante de Brasil y finalmente, si esto tampoco era aceptado, se propondría coronar cualquier príncipe extranjero menos de España que debía casarse con una infanta portuguesa. Las instrucciones reservadísimas eran peores. Si Río de Janeiro exigía la

³⁴ Íd., p. 90.

incorporación de las Provincias a Brasil, los delegados dirían que no, pero luego, llegado el caso, podían sostener que formando un estado distinto al de Brasil reconocerían su monarca como propio mientras se encontrara en América y bajo una constitución. Pueyrredón se opuso y no envió a los delegados³⁵. Sin embargo, el Congreso y el director libraron a los Pueblos Libres a su suerte. No hubo declaración de guerra ante la promesa del invasor de no atravesar el río Uruguay y tal vez reconocer la independencia.

2.9. *El Protectorado francés*

Pero esto no fue todo, ya que el restaurado rey de Francia Luis XVIII y su ministro el cardenal Richelieu sabían de las intenciones monárquicas de las Provincias Unidas.

Es por ello que Richelieu envió un emisario para entrevistarse con Pueyrredón, con el que convinieron que de establecerse una monarquía, Europa reconocería la independencia. El Congreso apoyó la idea. Se trataba de coronar al duque de Orleans Luis Felipe, bajo la protección de Francia. Todo avanzó muy rápido, ya que Luis Felipe era muy prestigioso, por lo que se envió a Francia una delegación para organizar la coronación. Ahora bien, cuando el delegado habló del duque de Orleans recibió una negativa categórica por los eventuales derechos sucesorios del duque a la Corona de Francia. Los franceses propusieron otro candidato: Carlos Luis de Borbón y Parma, hijo de una hermana de Fernando VII. El gobierno de Buenos Aires analizó la propuesta y la aceptó con las siguientes condiciones: Francia debía obtener la aprobación de Inglaterra, debía facilitar el matrimonio con una infanta de Brasil; el rey de Portugal debía renunciar a sus pretensiones sobre territorios que habían pertenecido a España; Francia debía prestar ayuda económica y militar; el rey debía jurar la Constitución de 1819 y que el proyecto se llevaría a cabo si se oponía España, pero no si se oponía Inglaterra. El proyecto se canceló porque cuando las instrucciones llegaron a Europa el Congreso y el Directorio ya no existían y con ello desaparecieron para siempre las ideas monárquicas³⁶.

³⁵ LORENZO, ob. cit., p. 165.

³⁶ *Íd.*, ps. 166/167.

3. Conclusión

El diputado porteño Antonio Sáenz le confesaba a la Junta Electoral de Buenos Aires, el 1º de febrero de 1817, lo siguiente: “No fue difícil reunir, en Tucumán, la generalidad de dictámenes a favor de la monarquía constitucional como la más adecuada a la naturaleza y necesidad del país, y la más propia para acabar con la anarquía”³⁷.

El problema mayor de los republicanos radicaba en que no había modelos de organización en funcionamiento, salvo el de las excolonias que se constituyeron en los Estados Unidos. Es más, la idea misma del republicanismo en el contexto mundial estaba totalmente desprestigiada. Cabe destacar que existía un fuerte temor de que Europa no reconociese al nuevo Estado por ser República; que el sistema de directorio resultaba concentrador del poder; que existía un profundo caos nacional; que los realistas se encontraban en Chile y en el Alto Perú; que los portugueses amenazaban invadir; que se consideraba que todo ello requería figuras fuertes, y que, finalmente, hombres muy influyentes, como Belgrano, San Martín y Güemes, proponían una monarquía constitucional.

No fue casualidad que al establecerse en la sesión extraordinaria del 26 de mayo el plan de trabajo del Congreso, se fijó como punto cinco definir “Qué forma de gobierno sea más adaptable a nuestro actual estado, y más conveniente para hacer prosperar las Provincias Unidas”. Las palabras son contundentes: que fuera más “adaptable” y “conveniente”, esto es, en ningún momento se planteaba la idea de la república. En efecto, podemos agregar que la Constitución que dicta el Congreso en 1819 fue centralista, aristocratizante y perfectamente adaptable a una monarquía.

Es por todo lo antedicho que no debe sorprender la posición de los congresistas, ya que indudablemente la monarquía parecía ser la forma más conveniente de gobierno en ese momento. Recién con la derrota porteña en la batalla de Cepeda en 1820 finalizarían los proyectos monárquicos, con la caída del Directorio y la disolución del Congreso de 1816.

Sin embargo, aún hoy hay quienes consideran que las posiciones

³⁷ PÉREZ GUILHOU, ob. cit., p. 94.

monárquicas lindaban con la traición. Entendemos que es un error en la forma de interpretar los hechos del pasado. El análisis de la historia no puede realizarse desde una perspectiva estática ni según los criterios actuales; la misma debe apreciarse en su contexto.

Ahora bien, ¿cómo debería analizarse el pasado? Un filósofo de la Antigüedad, Parménides, sostenía: “Lo que es, es y lo que no es, no es”. Ésta es una forma conservadora y estática de analizar la historia. Nada tendría posibilidad de ser analizado. Heráclito, en cambio, afirmaba: “Nadie se baña dos veces en el mismo río”, esto es, la historia cambia, muta permanentemente con los valores de quienes la construyen. Es por ello que resulta absurdo analizar la historia con valores fuera de época. Tampoco podemos negarnos a investigar. Como universitarios, no podemos dejar de formularnos interrogantes. No debemos tener miedo a las respuestas. Responder preguntas puede derrumbar mitos o engrandecer a sus protagonistas. Debemos, en definitiva, ir hacia delante, sin detenernos en generar discusiones estériles o inventándonos una historia a medida. Sólo bucear para intentar conocer más, porque ello implicará un aporte valioso para poder avanzar en un saber lo más objetivo posible, dejando atrás inútiles análisis sesgados.

4. Bibliografía

- Academia Nacional de la Historia, LEVENE, Ricardo (comp.), *La política externa con los Estados de Europa (1813-1816). Historia de la Nación Argentina (desde los orígenes hasta la organización definitiva en 1862)*, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, t. VI, Sec. 1ª.
- CHIARAMONTE, José, *Ciudades, provincias, Estados: Orígenes de la Nación Argentina (1800-1846)*, Ariel, Buenos Aires, 1997.
- DE MIGUEL, María E., *Las batallas secretas de Belgrano*, Seix Barral, Buenos Aires, 1995.
- DE TITTO, Ricardo, *Hombres de Mayo*, Norma, Buenos Aires, 2010.
- El Redactor del Congreso Nacional*, Nº 11, del 17-10-1816, y Nº 6, del 23-8-1816.
- ESTRADA, Marcos, *Belgrano y Anchorena en su correspondencia*, Estrada, Buenos Aires, 1966.

- GALASSO, Norberto, *Historia de la Argentina*, Colihue, Buenos Aires, 2014, t. I.
- GALLO, Klaus, *Bernardino Rivadavia. El primer presidente argentino*, Edhasa, Buenos Aires, 2012.
- HALPERÍN DONGHI, Tulio, *El enigma Belgrano*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.
- *Historia argentina. De la revolución de independencia a la confederación rosista*, Paidós, Buenos Aires, 1993.
- HOROWICZ, Alejandro, *El país que estalló*, Sudamericana, Buenos Aires, 2004.
- Instituto Nacional Belgraniano, *Manuel Belgrano*, Buenos Aires, 2010.
- IRAZUSTA, Julio, *Tomás de Anchorena*, La Voz del Plata, Buenos Aires, 1950.
- Junta Gubernamental de Montevideo, *La Revolución de 1811 en la Banda Oriental*, Montevideo, 1964.
- LÓPEZ, Vicente F., *Historia argentina*, Sopena, Buenos Aires, 1957.
- LORENZO, Celso Ramón, *Historia constitucional argentina*, UNR, Rosario, 2004, t. II.
- LUNA, Félix, *Historia integral de la Argentina*, Planeta, Buenos Aires, 1995, t. IV.
- MERONI, Graciela, *La historia en documentos*, Braga, Buenos Aires, 1997, t. II.
- MITRE, Bartolomé, *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, Jackson, Buenos Aires, 1950, t. III.
- *Historia de San Martín y de la emancipación sudamericana*, Jackson, Buenos Aires, 1950, t. II.
- O'DONNELL, Pacho, *Monteagudo, la pasión revolucionaria*, Planeta, Buenos Aires, 1995.
- OCAMPO, Emilio, *Alvear en la guerra con el Imperio del Brasil*, Claridad, Buenos Aires, 2003.
- *De la Doctrina Monroe al destino manifiesto*, Claridad, Buenos Aires, 2009.
- *La traición de Alvear*, Carta de García a Strangford, Río de Janeiro, 3-3-1815, en NA FO 63/169, disponible en www.entrelafabulaylahistoria.tumblr.com, 2016.
- PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Las ideas monárquicas en el Congreso de Tucumán*, Depalma, Buenos Aires, 1966.

- RELA, Walter, en *Revista Digital Estudios Históricos*, N° 3, 2010.
- REYES ABADIE, Washington, *Artigas y el federalismo en el Río de la Plata*, Hyspamérica, Buenos Aires, 1986.
- RODRÍGUEZ, Gregorio, *Contribución histórica y documental*, Casa Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1921, t. I.
- *Historia de Alvear*, G. Mendesky, Buenos Aires, 1913, t. II.
- ROSA, José María, *Historia argentina*, Oriente, Buenos Aires, 1992, t. III.
- RUIZ GUIÑAZÚ, Enrique, *Lord Strangford y la Revolución de Mayo*, La Facultad, Buenos Aires, 1937.
- TERNAVASIO, Marcela, *Candidata a la Corona. La infanta Carlota Joaquina en el laberinto de las revoluciones hispanoamericanas*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.
- ULLOA, Alejandro, *José Artigas: el caudillo revolucionario*, Planeta, Buenos Aires, 2009.
- VILLARINO, Laura (comp.), *Manuel Belgrano. Cartas, anécdotas y testimonio*, Arte Gráfico, Buenos Aires, 2002.

CÓMO PAGAR LA REVOLUCIÓN. FORMACIÓN DEL SISTEMA DE HACIENDA PÚBLICA HACIA 1816

por **SERGIO MÁS VARELA** y **JUAN PABLO MARTÍNEZ**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contexto histórico. 3. Sistema fiscal del Virreinato: el eje Potosí-Buenos Aires. 4. El Plan de Operaciones. 5. Planificación fiscal de la guerra de independencia. 6. Algunos aportes para el análisis de la ciencia de las finanzas. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

Resumen

La supervivencia del primer gobierno patrio exigía sostener bajo su centro la integridad de los territorios del Virreinato, concentrando recursos para repeler la restauración monárquica, luego de Waterloo. Su costo recayó sobre el bloque mercantil porteño, en medio de su ocaso y diez años antes de la formación por estas pampas del capitalismo agrario. En la urgencia, el diseño hacendístico se configuró ante la doble ausencia de la autoridad monárquica como centro de legitimación y del mineral potosino como factor estructural. Y, sin embargo —quizás por la inercia del proceso histórico—, se logró el objetivo de asegurar la transición y declarar la independencia de las Provincias Unidas, a la espera del ferrocarril y los Remington que dieron forma definitiva al Estado nacional. Lo cierto es que las notas iniciales de nuestro sistema fiscal expresan tensiones sociales y económicas que la decisión pública sintetizó en su opción por la proliferación de empréstitos y la imposición de aranceles aduaneros a la importación. La

disyuntiva, tan cara a la literatura financiera, desde la tradición iniciada por David Ricardo, pasando por De Viti de Marco y su actualización bajo la crítica de Benvenuto Griziotti y Dino Jarach, nos permite analizar con rigurosidad teórica fenómenos de traslación de la carga fiscal y sus efectos políticos en la crisis de los años venideros.

Abstract

The survival of the first national government requires to keep below its center the integrity of the Viceroyalty's territories, concentrating resources to repel the monarchical restoration, after Waterloo. Its cost fell on the port mercantile sector, on its endings and ten years after the conformation thru this pampas of the agrarian capitalism. During the urgency, the financial desing configures itself in front of a double absency of the monarchical authority as a legitimation source and the mineral coming from Potosí as a structural factor. Moreover –maybe because the historical process inercy– the objective was completed to ensure the transition and declare the independency of the United Provinces, waiting for the coming of the train and the new Remington weapons that gave a definitive shape to the national State. The fact is that the initial notes of our tax system expressed social and economical tensions that public opinion syntesized in its option about the loans proliferation and the tariff imposition to imports. The controversy, so recurrent to financial literature, from the tradition begun by David Ricardo, passing by De Viti de Marco and its upgrade made by Benvenuto Griziotti and Dino Jarach, allows us to analyze with theoretical grueling translation phenomena of the physical charge and their political effects on the crisis of the coming years.

Palabras clave

Derecho Financiero. Presión financiera. Declaración de la independencia.

Keywords

Financial Law. Financial pressure. Declaration of Independence.

1. Introducción

La definición de las finanzas públicas como objeto de estudio de las ciencias jurídicas, es decir, diferenciado en su fenomenología y productor de los principios que componen el Derecho Financiero, fue elaborada a partir de los trabajos de Benvenuto Griziotti¹. No por casualidad el eminente jurista italiano comenzó estudiando las teorías económicas de Francesco Ferrara y Antonio De Viti de Marco, para luego enlazarlas con la otra gran tradición peninsular: la sociología política de Luigi Einaudi y, fundamentalmente, Vilfredo Pareto. Su labor sintetizadora evidenció la imposibilidad de transferir los criterios utilitaristas a las decisiones estatales, ponderando la naturaleza política del problema de la distribución de ingresos y gastos. De este modo, colocando el centro de gravedad en la actividad parlamentaria, logró acercarse a la complejidad del fenómeno financiero. Su punto de partida, realista y pragmático, se proyectó en la función progresista de la ciencia que producía. Así pudo elaborar objetivos de política económica y social que finalmente apuntaron al mejoramiento institucional, aun antes de su desarrollo por el pensamiento keynesiano.

El ensayo que sigue es el extracto de una serie de estudios que abordan nuestro origen nacional, contrastando los registros históricos con las teorías financieras, con la particularidad de colocar a los factores de política fiscal como explicación final de procesos complejos. Sin pretensiones de originalidad, entendemos que la tesis propuesta, al colocar a los problemas distributivos como racionalizaciones legislativas, contiene una gran potencia intelectual en el campo jurídico. Queda a los lectores juzgar su grado de acierto o la calidad de la ejecución.

2. Contexto histórico

La disciplina metodológica, aun en los trabajos de divulgación, es el valor agregado de las investigaciones. Pero aun a riesgo de distender el objeto de estudio, resulta necesario remontarnos en el tiempo para engarzar los procesos económicos y sociales con sus hitos definitorios.

¹ JARACH, D., *Finanzas públicas y Derecho Tributario*, cuarta edición - 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 26.

En sí, el desarrollo de la periferia sudamericana fue el fenómeno desencadenante de la potencia capitalista. Sin ese primer orden económico mundial, Europa no habría podido costear su déficit comercial con Asia, desde donde fluían las especias, el café y los bienes suntuarios. La producción aurífera mexicana y la capacidad de separar escoria y plata de las cumbres altoperuanas fueron requeridas de manera incesante para sostener el sistema estamental de los Habsburgos, pertrechar a los tercios para su gloria en Flandes y extender la fe en la Iglesia de Roma. Pero puertas adentro y con la sola excepción catalana, la península ibérica sufría el retraso de una agricultura sin excedentes, parasitada por el señorío, sus derechos, quintos y alcabalas. La denuncia al idealismo romántico de su elite, augurada de muerte en medio de intervalos lúcidos, logró la consagración póstuma de Cervantes, pero jamás la comprensión cabal de su pueblo que nunca creyó en la primacía del pensamiento práctico. Y así, con la *Enciclopedia* prohibida en el Index, el último acto de hidalguía fue el levantamiento partisano contra el ejército de Napoleón y su emprendimiento burgués continental. Que la ideología liberal de los combatientes² haya sido prohibida luego de la restauración monárquica se parece mucho a las aventuras quijotescas.

Antes que Villeneuve ordenara girar a barlovento y Nelson cortara en cuña la línea de la flota combinada a la altura del cabo de Trafalgar, Cádiz se ocupaba de triangular el comercio entre negreros ingleses y los matriculados para el comercio en la América. La diferencia entre los valores FOB y FAS al menos duplicaba el precio de las mercaderías que atravesaban el Atlántico, con márgenes de ganancia que rondaban el 30%³. Por estos lares, las reformas borbónicas habían encumbrado a su bastión más austral en cabecera del Virreinato. Lima y Buenos Aires eran equidistantes de Potosí, pero la salida al Pacífico alargaba inútilmente la travesía. Además, urgía la necesidad de montar defensas sobre la línea de frontera con el Brasil y repeler sus ambiciones sobre

² LÓPEZ CASTELLANO, F., *Las Cortes de Cádiz y la implantación del buen orden económico. 1810-1814*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2013, p. 1, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmczk738>.

³ FERRER, A., *Historia de la globalización I. Orígenes del orden económico mundial*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, p. 149.

la Banda Oriental, el monte chaqueño y el Iguazú; en esos territorios fue donde los jesuitas montaron el sistema de producción intensiva más eficiente del mundo colonial, adiestrando a guaraníes y charrúas, lo que les valió la expulsión.

El resto de las capitanías generales fueron establecidas hasta donde los incas surcaban caminos. Abundante población y diversidad productiva eran la nota diferencial de Salta, Tucumán y Cuyo, a diferencia de la patria de las llanuras, con sus tribus nómadas, agreste e inhabitada.

Establecida la centralidad de la salida al Atlántico, se puso en marcha el giro que proveía al Alto Perú de mulas santafesinas y manufacturas inglesas, a cambio del metal acuñado. En complemento, la abundancia de ganado cimarrón posibilitó el lento desarrollo de la vaquería, actividad extractiva de la cual se obtenían los cueros para su exportación, dejando a la res pudrirse allí donde se la encontraba. Tal sería el origen precapitalista de la ganadería pampeana y el inicio de las tensiones en la frontera con el indio.

3. Sistema fiscal del Virreinato: el eje Potosí-Buenos Aires

En materia fiscal, la organización colonial simulaba la estructura de una cascada invertida, donde los flujos se acumulan en instancias intermedias autofinanciadas, garantizando que el remanente llegue a la unidad central. De este modo, la autoridad real se libraba de la obligación de sustento de las instancias inferiores, haciendo fluir los recursos en un solo sentido.

En la faz operativa, se implementaron reales cajas, principales y menores, a cargo de oficiales de Real Hacienda –un contador y un tesorero– en cada una de las diferentes subdivisiones regionales. Se les encargaba la recepción de gravámenes en su jurisdicción.

El sistema de traspasos de saldos desde las cajas menores hacia las propietarias, y de allí hacia la principal del Virreinato, estaba diagramado para conducir la sangría de recursos que seguían viaje hacia la metrópoli, en forma de remesas de Real Hacienda. En 1767 se creó además la Contaduría de las Provincias del Río de la Plata, Tucumán y

Paraguay, por lo que las cajas rioplatenses dejaron de rendir cuentas al Tribunal de Lima; finalmente, con la creación del Virreinato, la Contaduría se constituyó en Tribunal de Cuentas⁴.

Bajo este régimen, el Real Situado potosino operaba como transferencia para sostener los gastos administrativos y militares centralizados en la Real Caja de Buenos Aires, del mismo modo que la Nueva España sostenía el desarrollo de las Antillas con el excedente aurífero. En suma, la nueva capital funcionaba como base comercial, bastión defensivo y centro administrativo, al menos hasta 1806, cuando la crisis minera causada en conjunto por sequías, escasez de trabajadores y falta de mercurio, las invasiones inglesas y el bloqueo marítimo obstruyeron el funcionamiento del sistema colonial.

Para mejor, el análisis historiográfico del sistema hacendístico descubrió características bastante particulares del método de contabilidad. Básicamente, se sabe que cada caja real organizaba sus cuentas a partir del sistema de cargo y data. Se llevaba un libro mayor, donde se consignaban las entradas y salidas de dinero de cada año, según cada ramo/impuesto. Ello servía de base para elaborar el resumen que era la “carta-cuenta”. Pero también era necesaria la confección de un libro diario en donde se indicaban día por día los montos ingresados y salidos de la caja. A partir de las inconsistencias halladas entre ambos documentos se puede afirmar que la base de las transferencias a las cajas principales se encontraba distorsionada por la compensación de salidas en la cuenta de los ingresos –pues no se utilizaba la contabilidad por partida doble–. Como resultado, la carta-cuenta exponía los recursos subvalorados y escondía la cancelación de gastos.

En conclusión, la práctica repetida de subvalorar los recursos obedecía a la prioridad otorgada por los funcionarios al desarrollo local, en estrecha connivencia con las elites regionales. La promiscuidad entre los intereses privados y del erario público se evidencian también en el rol fundamental del bloque mercantil en el traslado de los recursos del Alto Perú y aun la financiación de la Real Caja cuando los flujos se interrumpían, es decir que existían factores de poder que condicio-

⁴ GALARZA, A., *La fiscalidad en el Río de la Plata tardocolonial: un posible balance historiográfico a partir de las cajas reales*, en *Revista Bibliográfica Americana*, ps. 9-30.

naban las pretensiones absolutistas de la política fiscal, que pasó de ser netamente coercitiva y extractiva de rentas a negociado y autointeresado en el desarrollo local⁵. Desde aquel entonces, las tensiones se concentrarán en postular una presencia fiscal tan poco onerosa como sea posible, enunciado que fue llevado al extremo de quebrantar la posición dominante del sector mercantil.

Como anticipamos, el enfoque fiscal sirve para ensayar la explicación del doble proceso por venir: por un lado, la autosuficiencia de las colonias para sobrevivir luego de la farsa de Bayona y el bloqueo marítimo inglés, y por otro lado, la preponderancia de la lógica local por sobre la construcción de la unidad nacional, luego de 1810. En este punto, cabe destacar que la preponderancia de la ciudad portuaria —desde donde habitualmente se nos narra la Revolución de Mayo— viene establecida por el tamaño de su presupuesto público, que se convierte en el tesoro central de un poder en guerra, según la fórmula de Halperín Donghi⁶. Por entonces, la capacidad bélica demostrada durante las invasiones inglesas apoyaba la pretensión de sustituir la centralidad comercial del puerto de Cádiz, resguardando la integridad del sistema fiscal con sustento en Potosí.

4. El Plan de Operaciones

El debate historiográfico, con sus apropiaciones y sesgos, nos obsequia un variopinto de interpretaciones con relación al famoso documento confeccionado por el secretario de la Primera Junta Mariano Moreno. Para mayor perplejidad, también se le atribuye la famosa *Representación de los Hacendados*, dirigida a la autoridad virreinal por encargo de sus empleadores y un rol protagónico en el levantamiento de Álzaga de 1809⁷.

⁵ WASSERMAN, M. L. E., *Real Situado y gestión patrimonial del recurso fiscal. Remesas para la defensa del Puerto de Buenos Aires en el siglo XVII*, en *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* (en ligne), Débats, 07 juillet 2016, disponible en <http://nuevo-mundo.revues.org/69317>.

⁶ HALPERÍN DONGHI, T., *Guerra y finanzas en los orígenes del Estado argentino*, 1ª ed., Prometeo, Buenos Aires, 2005, p. 16.

⁷ NOCERA, E. L., *El Plan de Operaciones en marcha. Más allá de Mariano Moreno*, coord. por Tomás Lambré, 1ª ed., Del Nuevo Extremo, Buenos Aires, 2010, p. 10.

Pues dado que en el Plan abundan referencias tácticas al empleo del terror, los intérpretes obtienen de ahí una supuesta influencia jacobina de Moreno, que oponen al “potosino” Saavedra, creando un partido del progreso y otro de la conservación. Sin embargo, a la luz de nuestra metodología de estudio, esta versión –digamos ideológica– de la histórica obedece más a una relectura interesada que a la pretensión concreta de sus protagonistas. En contrapunto, podemos afirmar que la misión militar planificada por el secretario de la Primera Junta obedecía a la imperiosa necesidad de resguardar la integridad del sistema fiscal del Virreinato, con centro en el Cabildo de Buenos Aires. En nuestra ayuda, cabe destacar que la filosofía política de Mayo y su proceder desde el punto de vista jurídico se engloban en el ideario del sistema monárquico, en su forma ilustrada y contractualista desarrollada por Melchor Gaspar de Jovellanos. El sistema fiscal autonómico antes descrito, donde los excedentes del clúster minero aflúan a la metrópolis luego de cumplir con las necesidades geopolíticas, se explica por el fuerte basamento territorial y localista del poder de la Corona. Así, frente a la caída en desgracia de Fernando, quedaba clara la extinción del poder delegado y su recupero por las instituciones representativas, esencialmente los cabildos municipales. Efectivamente, hasta resuelta la crisis de la década del '20, la debacle colonial impone la revinculación de los territorios ante la ausencia real.

En este proceso, Buenos Aires reclama la administración del comercio y la inserción de las provincias en el nuevo sistema mundial, hegemonizado por una nueva potencia atlántica. De manera inmediata, Paraguay –industrial en la yerba mate y el tabaco– se revela. Su aislacionismo exigió un esfuerzo que sólo la Triple Alianza, ya en tiempos de Mitre, pudo finiquitar. Enseguida, Montevideo se propuso como alternativa a la pretensión porteña, subordinándose a las Juntas de Cádiz, también esforzadas en conservar el orden colonial bajo su égida. Pero al enfrentar a la amenaza portuguesa –con base en Río de Janeiro y protección británica– perdió la campaña oriental y se recluyó tras los muros de la ciudad. En el Norte, las barreras geográficas impidieron sostener la logística de la campaña militar emprendida desde las quebradas jujeñas, para la conservación del Alto Perú.

Sin el metálico resultaba imposible balancear el comercio con las

importaciones inglesas. El cuero sostenía sólo el 20% de ese volumen, al tiempo que debilitaba la provisión de carnes, tensaba la relación con el indio al Sur y con las montoneras de López y Ramírez en la frontera litoral, quienes rápidamente habían interpretado que la propuesta de la Primera Junta significaba el emplazamiento del mismo monopolio, ahora tierras adentro.

Sólo la irrupción de un veterano capitán de la Caballería española cambiaría las proyecciones geopolíticas del fallido Plan de Operaciones, una vez emprendida la restauración monárquica en 1815. Es que, hasta el revés militar, nadie apostaba por el regreso del príncipe deseado al trono. Para sostener el gobierno bastaba con repetir burdamente los términos de la Constitución de Cádiz, sin referencias a la independencia política, como en la Asamblea del año 13, y esperar que las tropas veteranas del Ejército del Norte triunfaran sobre el entrevero de la Caballería gaucha.

Aun a pesar del juicio de Mitre, debe entonces reconocerse que la lucidez política de San Martín igualaba su destreza militar⁸. Jamás aceptó el repliegue de fuerzas para el sostenimiento de Buenos Aires tras Sipe-Sipe. Bastó una breve intervención para reencauzar el rumbo de la política directorial, en el año 1812. Luego, se dedicó a convencer a las provincias de su Plan continental: asegurar Potosí salteando Bolivia por el Pacífico y tomando Lima por la retaguardia. Con ese objetivo reunió el Congreso de Tucumán y apuró la declaración de la independencia de las Provincias Unidas. Entonces, la hegemonía del bloque comercial porteño llegaría a su fin. Nuevamente, la imagen que condensa el declive es fiscal: la imposibilidad de atender al sostenimiento financiero de la campaña militar marcaría la necesidad de una nueva alianza, cuya emergencia encauzaría el proyecto nacional.

5. Planificación fiscal de la guerra de independencia

Con la pérdida definitiva del situado en Sipe-Sipe, la cúpula del autogobierno criollo se veía impedida de retomar las riendas del sistema financiero imperial. Sin embargo, la transfiguración del siste-

⁸ ENTIN, G. (et al.), *Crear la independencia. Historia de un problema argentino*, 1ª ed., Capital Intelectual, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 26.

ma económico había comenzado. Es que la liberalización comercial había llegado de la mano del virrey Cisneros, tras la mutación de las alianzas en la guerra continental. Para entonces, lo que la conspiración de Francisco de Miranda y Heresford no logró llegar de la mano menos esperada: el último de los delegados borbones en el Río de la Plata.

Con ese primer impulso, la medida liberadora ya reclamada en la *Representación de los Hacendados* ponía en la plaza porteña un flujo incesante de productos a precio rebajado; pues, hasta entonces, la vía natural de acceso –el contrabando– encarecía ostensiblemente su valor. Una vieja institución viene entonces a cobrar sentido relevante en el proceso: la Aduana de Buenos Aires.

Por el lado de los gastos, los apremios de la guerra en múltiples frentes colocan al erario en déficit crónico. La Caja de Buenos Aires pierde el rol centralizador como tesorería, pues los libramientos ocurren también desde las cajas del interior o por parte de las comisarías de guerra de los ejércitos en campaña.

La Aduana se transforma en centro independiente de pagos. Para 1815, la expansión del comercio exterior financia más del 40% de los recursos de la empresa patriótica⁹, a través de los derechos que gravan la importación. En cambio, los grupos vinculados al cuero consiguen beneficiarse por la deliberada moderación de los derechos de exportación, que no alcanzan a representar el 6% de los ingresos fiscales. El resto de los impuestos internos no llegó a superar el 20%. Así las cosas, todavía la balanza comercial permanecía deficitaria, cubriéndose el desequilibrio con la salida de moneda circulante, ya no dispuesta con ese fin, sino parte de ganancias atesoradas en el pasado. La preeminencia de los intereses fiscales se enfrentaría al desarrollo de los pueblos del interior, como se vivenció en los debates del Congreso de Tucumán, por junio de 1818¹⁰.

⁹ HALPERÍN DONGHI, ob. cit., p. 88.

¹⁰ “Tomás Godoy Cruz consideró: a) Que los derechos percibidos por la Aduana de Buenos Aires y las demás aduanas con respecto al comercio interior provocaban el espíritu de rivalidad provincial.

”b) Que los vinos y aguardientes de Cuyo no podían competir con los importados por dos razones: la calidad superior de los vinos extranjeros, y por estar elaborados a menor costo de producción.

Como corolario, a fines de inspirar confianza en la plaza comercial y evitar los pesares de la burocracia central, los pagos comenzaron a librarse instrumentados en letras contra la Aduana. Según pudo corroborarse, cerca del 80% de los pagos mayores a cinco mil pesos fueron absorbidos por comerciantes británicos¹¹. Ocurría que alrededor del 10% de los ingresos fiscales serían cubiertos mediante empréstitos forzosos y voluntarios, contra los cuales se emitían papeles, para su circulación por la vía de endosos. Al establecerse largos plazos de espera para su ejecución, sin que se devengaran intereses, la transferencia de los títulos se realizaba bajo la par: por un valor inferior al nominal. Bajo tales condiciones y ante el apuro de hacerse de los bienes importados, los comerciantes criollos endosaban los valores en pago a los mercaderes ingleses, quienes rápidamente lograron imponer condiciones y reproducir su capital inicial. Sumado a ello, por los

”c) Que la prohibición de productos extranjeros, similares a los que se producían en el país, era una medida universal que adoptaban todas las naciones que deseaban fomentar la industria nacional.

”d) Que no entrando vinos importados, dentro del término de 12 años los vinos argentinos serían tan finos como los extranjeros.

”e) Que los principios económicos reprobaban los derechos aduaneros sobre la exportación. Sin embargo, los productos del interior que pasaban por la Aduana de Buenos Aires con destino a Montevideo y Brasil estaban recargados con aranceles de salida”.

“El miembro informante, diputado Malabia, replicó a Godoy Cruz, diciendo:

”a) Que correspondía aplicar derechos de aduana sobre los caldos de Cuyo porque las sumas recaudadas acrecentaban el tesoro nacional.

”b) Que los derechos que percibía la Aduana de Buenos Aires y las demás aduanas, lejos de provocar la rivalidad provincial aumentaba la hermandad y unión nacional. Significaba un auxilio recíproco entre pueblos que tienen un solo tesoro público y que son regidos por un solo gobierno central. Reflexiona que todas las provincias sufren contribuciones sobre artículos de primera necesidad, como el pan y la carne. Y si es que se ha suprimido el impuesto directo al pan es porque se gravó a las harinas, trigos y otros artículos de importación; cuyo pago significa también un sacrificio general. Son medidas que se adoptan por la imperiosa ley de la necesidad, aunque estén reprobadas por los principios económicos.

”c) Que lo correspondía resolver no era precisamente la prohibición de los vinos importados sino comprobar si los derechos aduaneros podían ser pagados por los contribuyentes sin que se afectase el desarrollo nacional. La concurrencia es la única que promueve la emulación de los fabricantes, emulación que en todos tiempos, y en todas las Naciones ha sido la causa motriz del gusto, y de los progresos de la industria” (en *Documentos del Congreso de Tucumán*, 347).

¹¹ HALPERÍN DONGHI, ob. cit., p. 100.

apuros de la Hacienda Pública se dictó un decreto de amortización, por el cual se admitían los papeles directamente contra el pago de derechos¹² y se intentó aumentar la alícuota. Ya había fracasado la posibilidad de imponer empréstitos sobre los españoles europeos, extranjeros y americanos enemigos de la causa¹³ y, por supuesto, sobre los comerciantes ingleses, por protesta de su diplomacia. También la contratación de un empréstito externo con EE. UU., frustrado porque –antes de la vigencia de la Doctrina Monroe– se consideró a la lucha entre España y sus colonias como una guerra civil, en que correspondía mantener neutralidad¹⁴.

Por ese entonces, San Martín, vencedor en Maipú, insiste en la empresa trasandina, exigiendo al Directorio la suma de 500.000 pesos para formar flota y acabar con la amenaza limeña. El ministro de Estado Tagle propone poner al Ejército de los Andes al servicio de la defensa de Buenos Aires, más interesado en resolver la disputa con los Pueblos Libres por la navegación de los ríos interiores. San Martín impone su visión geopolítica, pues aun cuando parte de las tropas dispuestas por el rey Fernando se revelan en Cádiz y exigen la jura de la Constitución de 1812, la restauración continúa siendo una ame-

¹² Decreto de amortización del 29-3-1817: “1. Que todo crédito contra el Estado sea de la naturaleza que fuere se amortice en la Aduana en cuenta de derechos de entrada marítima y terrestre, la que los admitirá por los pagos que se fueren á efectuar en ella, mitad en papel y la otra en dinero debiendo ser endosable todo documento por quantas personas llegase á circular [...] 8. Que en justa consideración á los sacrificios que han hecho los naturales de Sud-América se les concede el beneficio de un 8 por ciento de baxa, sobre la parte de los derechos del Estado en las introducciones marítimas que se hagan en su nombre, pudiendo variarse las consignaciones de los efectos que hoy existen en los almacenes de Aduana”.

¹³ “Que los españoles europeos pudientes i de Buenos Aires habían desaparecido por fallecimiento o por haberse trasladado a otros países extranjeros.

”2. Que las pocas casas de giros españolas que estaban en la ciudad eran atendidas por los hijos americanos.

”3. Que los españoles europeos solteros son, en su mayoría, mozos asalariados. Resultará exiguuo lo que se puede sacar de sus contribuciones.

”4. Que una clasificación de los americanos enemigos de la causa patriota es de imposible realización”.

¹⁴ CUCCORESE, H. J., *Economía y finanzas durante la época del Congreso de Tucumán*, en *Trabajos y Comunicaciones*, 15, 160-247; *Memoria Académica*, disponible en http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.1027/pr.1027.pdf.

naza. Informando del fracaso del empréstito a su cofrade, el director Pueyrredón expone claramente la situación general de la administración y de la economía:

¡Ah mi amigo! ¡En quantas amarguras nos hemos metido con el maldito empréstito! Hta aquí no se han sacado mas q.e 87.000 p.s de los españoles: los ingleses se han resistido abiertamente; y de 141.000 q.e les cupieron no han entregado mas q.e “6.700”. No hay numerario en la plaza: los pesos fuertes ganan hta un 4% de premio. En suma es imposible sacar el medio millon, en numerario, aunque se llenen las carceles y los cuarteles. Admire V. al oir, q.e ayer perdía el.papel del Empréstito 25 q. %, q.do no se ha sacado aun la sexta parte. El resultado de todo es, q.e el Estado no se remedia; q.e el comercio nacional se arruina; q.e los ingleses, únicos introductores, utilizan exclusivamente toda la quiebra del papel, q.e no entra un peso en la Aduana, porq.e todos los derechos se satisfacen con el dcho papel: y lo peor y mas ruinoso q.e todo es, q.e el credito publico se destruye de un modo escandaloso. Estoy ahogado, estoy desesperado. Ayer he dicho q.e se me proporcionen arbitrios, o q.e se me admita mi dimision de este lugar de disgustos y amarguras¹⁵.

6. Algunos aportes para el análisis de la ciencia de las finanzas

Hasta aquí describimos los elementos característicos del sistema hacendístico colonial y su transición tras las primeras experiencias de gobierno patrio. Nos atuvimos a la reseña historiográfica, presentando los cambios en la estructura fiscal en su contexto económico y social.

Para finalizar introduciremos un tipo de análisis propio de la ciencia de las finanzas con el objetivo de lograr una perspectiva particular, que pone el ojo en las tensiones distributivas como modelo explicativo del proceso histórico.

Es que para el pensamiento clásico en materia financiera, al abordar la teoría de los déficits presupuestarios se plantea el problema de comparar la presión fiscal provocada por un impuesto extraordinario y un empréstito¹⁶. Tempranamente, David Ricardo se inspiraba en

¹⁵ Citado por CUCCORESE, ob. cit., p. 190.

¹⁶ FERRERO DE FIERRO, I., *Presión comparativa del impuesto extraordinario del empréstito*, en *Revista de Economía y Estadística*, Segunda Época, vol. 3, N° 1-2, 1950, 1^{er} y 2º trimestre, ps. 53-75.

Say para ubicar el punto de partida, mereciendo de Antonio De Viti de Marco un tratamiento minucioso. Ambos encuentran que tributo y endeudamiento ejercen igual presión sobre la economía. Recién con Benvenuto Griziotti se toma en cuenta el factor transgeneracional del problema que se proyecta por el financiamiento del déficit actual con empréstitos.

Nosotros mencionaremos aquí los aspectos más salientes de la teoría, tal como la formuló en el país Dino Jarach, para concluir con el análisis histórico.

Como punto de partida, Jarach formula la crítica al modelo simplista –a la fecha ampliamente difundido–, por el cual la presión fiscal es el peso de las exacciones sobre la economía. En su modelación, la presión fiscal (P) se formula como el cociente entre la recaudación o entradas estatales (e) y la riqueza nacional (R): $P = e / R$.

Puesto que seguimos al profesor de Pavía¹⁷, utilizaremos el concepto de presión financiera (PF) como resultado del cociente enriquecido, por considerar los efectos de la difusión de los tributos ($\pm d$) y la utilidad de los servicios públicos ($- us$) en el numerador y el rédito neto en el denominador ($s - c$).

Entonces: $PF = e \pm d - us / s - c$.

El planteo formal trae aparejadas profundas consecuencias en la interpretación del vínculo entre economía y finanzas públicas. En principio, la relación comienza a ponderar los efectos de traslación, fenómeno que se presenta para evaluar si los sujetos seleccionados jurídicamente para tributar son efectivamente repercutidos por las consecuencias económicas de la imposición (v. gr., disminución en la renta o el patrimonio), o bien, por su posición en la cadena productiva son capaces de proyectar esos efectos hacia atrás o hacia adelante.

Con relación a la comparación entre fuentes de recursos, tendremos en cuenta que los tributos generan un solo movimiento de riqueza: el de su percepción. Al contrario, con los empréstitos la secuencia admite

¹⁷ JARACH, D., *Concepto de presión tributaria y de presión financiera*, en *Revista de Economía y Estadística*, Primera Época, vol. 3, Nº 2, 1941, 2º trimestre, ps. 15-39.

tres momentos: a) se ingresan los montos acordados, b) luego se requiere el ingreso al Fisco de los montos necesarios para la atención de los servicios de deuda, y c) se deben obtener los recursos para la amortización del capital.

Los intentos de acortar la cadena secuencial tripartita requieren de la comprensión acabada del problema, en su sentido dinámico, es decir que el factor tiempo opera ordenando la relación entre bienes actuales y cargas futuras, delineando aspectos estructurales de corto, mediano y largo plazo.

Volviendo a nuestro objeto de análisis, podemos comprobar que, tras la crisis colonial que implicó la cesación de las transferencias desde Potosí y la apertura comercial, se planteó el problema de financiación del déficit fiscal y su concurrencia con circunstancias extraordinarias de gastos: la guerra de independencia.

Como vimos, la opción casi ineludible fue la sanción de derechos de importación sobre las manufacturas introducidas por los agentes británicos. Como hasta aquí los valores de importación se encarecían por la triangulación vía Cádiz (sistema monopolista colonial) o bien por el contrabando, la presión fiscal pudo proyectarse a los precios de las mercaderías. Es decir, los tributos fueron trasladados al mercado interno, repercutiendo en sus consumidores. Por otra parte, al removerse barreras naturales, el interior en desarrollo debió afrontar las consecuencias de competir con los productos de las potencias industrializadas. La opción de recurrir a herramientas parafiscales (prohibición) les fue negada, pues se priorizó la estabilidad fiscal –prohibir implicaba renunciar a ingresos– por sobre el desarrollo futuro de la industria. Sin embargo, tampoco se consideró la tributación sobre las exportaciones, cuya imposibilidad de traslado al precio final –por efecto de la demanda inelástica– genera el efecto económico de gravar la renta del productor (traslación hacia atrás).

Luego bien, cuando intentó financiar el déficit remanente con empréstitos, el régimen directorial se encontró con la oposición diplomática de la potencia beneficiaria de los nuevos términos de intercambio. Y tras obtener parcialmente y a duras penas la exacción de los intermediarios de la plaza local, no se tuvo en cuenta las características del sistema secuencial del empréstito que desarrollamos más

arriba. En esencia, se omitió el segundo momento, puesto que se obtuvo el empréstito contra la emisión de letras endosables, que establecían esperas pero no el devengamiento de intereses. Al recibir la presión fiscal sobre su renta marginal, los comerciantes criollos intentaron aliviar la carga colocando los títulos por debajo de su valor nominal, absorbiendo negativamente los intereses, ante los únicos sujetos del mercado con suficiente liquidez: los mercaderes ingleses. Por sus efectos económicos, tal fenómeno se asemejó a la imposición de nuevos tributos, en tiempos de depresión económica. Finalmente, en el momento c, el Directorio pretende cubrir la amortización de las letras con aumento de los derechos *ad valorem*, hecho que coincide con las conclusiones de Einaudi¹⁸. En respuesta, los comerciantes extranjeros acudieron masivamente a descontar las letras a cuenta del pago de los tributos, logrando igualmente su completa traslación al precio final y el giro de la renta diferencial a la plaza financiera en Londres.

7. Conclusiones

Luego de haber desarrollado someramente las notas distintivas del sistema financiero en crisis y de su sustituto tras la declaración de independencia, creemos haber cumplido con el planteo inicial, dejando en claro que el panorama posterior a 1820 sería condicionado por el desplazamiento del bloque comercial colonial¹⁹.

Quizás la pretensión de mayor autonomía que movilizaba a las elites locales no podía conciliarse con el rol que les deparaba el orden mundial. Contaban con las herramientas y los contextos, pero faltaba el convencimiento y la capacidad de volcar las circunstancias a favor del desarrollo integral. En definitiva, la subordinación formal a la Corona española, burlada por la práctica contable y la incidencia política

¹⁸ “Verdaderamente, la comparación entre el impuesto extraordinario y la deuda pública, en realidad se resuelve en la comparación entre el impuesto extraordinario pagadero de una sola vez [...] y el impuesto anual pagadero a perpetuidad...” (cit. por FERRERO DE FIERRO, ob. cit., p. 58).

¹⁹ HOROWICZ, A., *El país que estalló antecedentes para una historia argentina 1806-1820*, 1ª ed., Edhasa, Buenos Aires, 2016, p. 355.

del Cabildo, fue sustituida por las formas jurídicas de la libertad, que nos sometieron a intereses sustanciales ya irrefrenables.

8. Bibliografía

- CUCCORESE, Horacio J., *Economía y finanzas durante la época del Congreso de Tucumán*, en *Trabajos y Comunicaciones*, 15, 160-247; *Memoria Académica*, disponible en http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.1027/pr.1027.pdf.
- ENTIN, Gabriel (et al.), *Crear la independencia. Historia de un problema argentino*, 1ª ed., Capital Intelectual, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.
- FERRER, Aldo, *Historia de la globalización I. Orígenes del orden económico mundial*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013.
- FERRERO DE FIERRO, Irma, *Presión comparativa del impuesto extraordinario del empréstito*, en *Revista de Economía y Estadística*, Segunda Época, vol. 3, Nº 1-2, 1º y 2º trimestre, ps. 53-75.
- GALARZA, Antonio, *La fiscalidad en el Río de la Plata tardocolonial: un posible balance historiográfico a partir de las cajas reales*, en *Revista Bibliográfica Americana*, ps. 9-30.
- HALPERÍN DONGHI, Tulio, *Guerra y finanzas en los orígenes del Estado argentino*, 1ª ed., Prometeo, Buenos Aires, 2005.
- HOBSBAWM, Eric, *La era de la revolución: 1789-1848*, 6ª ed., 1ª reimp., Crítica, Buenos Aires, 2009.
- HOROWICZ, Alejandro, *El país que estalló antecedentes para una historia argentina 1806-1820*, 1ª ed., Edhasa, Buenos Aires, 2016.
- JARACH, Dino, *Concepto de presión tributaria y de presión financiera*, en *Revista de Economía y Estadística*, Primera Época, vol. 3, Nº 2, 1941, 2º trimestre, ps. 15-39.
- *Finanzas públicas y Derecho Tributario*, cuarta edición - 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- LÓPEZ CASTELLANO, Fernando, *Las Cortes de Cádiz y la implantación del buen orden económico. 1810-1814*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2013, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmczk738>.
- MÍGUEZ, Eduardo José, *Historia económica de la Argentina: de la conquista a la crisis de 1930*, 1ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 2008.

NOCERA, Eduardo Luis, *El Plan de Operaciones en marcha. Más allá de Mariano Moreno*, coord. por Tomás Lambré, 1ª ed., Del Nuevo Extremo, Buenos Aires, 2010.

WASSERMAN, Martín L. E., *Real Situado y gestión patrimonial del recurso fiscal. Remesas para la defensa del Puerto de Buenos Aires en el siglo XVII*, en *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* (en ligne), Débats, 07 juillet 2016, disponible en <http://nuevomundo.revues.org/69317>.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y SUS PRECEDENTES. LA EVOLUCIÓN DE SU CONCEPTO Y ALCANCE EN EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA

por RICARDO ALEJANDRO TERRILE*
y LUISINA LÓPEZ HIRIART**

Resumen

La igualdad ante la ley establecida en la Constitución Nacional ha sido identificada por la mayor parte de la jurisprudencia y doctrina como la expresión del principio de igualdad entendido como no discriminación.

En el Bicentenario de la Independencia de la República Argentina, en un contexto signado por profundas desigualdades, el presente artículo propone un análisis sobre la evolución en la interpretación del concepto de igualdad que, junto al principio de razonabilidad, resulta insuficiente en la búsqueda de una sociedad más justa en el plano social y político.

Abstract

Equality before the law established in the National Constitution was identified by most of the jurisprudence and doctrine as the expression of the principle of equality as non-discrimination. In the Bicentennial

* Profesor titular por concurso de Derecho Constitucional I, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

** Estudiante de Abogacía, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Ayudante de 2º en Derecho Constitucional I (Cátedra Dr. Terrile).

of the Independence of Argentina, in a country marked by a context of deep inequalities, this article proposes an analysis of the evolution in the interpretation of the concept of equality which, together with the principle of reasonableness, is insufficient in the search a fairer society in the social and political level.

Palabras clave

Discriminación. Igualdad. Protección de los derechos humanos. Constitución Nacional.

Keywords

Discrimination. Equality. Protection of fundamental rights. National Constitution.

La intención del presente artículo es analizar la evolución del concepto del principio de igualdad en el Bicentenario de nuestra Independencia (1816-2016), acotado a los requerimientos establecidos por los editores, con el objeto de dar cabida a una diversidad de colaboraciones sustentadas en el proceso interpretativo de los últimos doscientos años.

Posiblemente, el antecedente documental más relevante haya sido el decreto proyectado por Mariano Moreno el 6 de diciembre de 1810, que luego sancionaría la Primera Junta, según la cual “La libertad de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad”¹. Sin lugar a dudas, los postulados ensayados por los convencionales en la Constitución de Estados Unidos de 1776, los principios de la Revolución Francesa de 1789 y la concepción filosófica de Baruch Spinoza (1630) ejercieron una enorme influencia en la concepción de libertad e igualdad con que Mariano Moreno abordó su proyecto de decreto.

¹ Cit. por MILLER, J.; GELLI, M. A. y CAYUSO, S., *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, t. II, p. 1524.

En la Asamblea General Constituyente se tomaron como antecedentes el Proyecto de Constitución para las Provincias del Río de la Plata (1812), el Proyecto de la Sociedad Patriótica (1813) y las leyes del 21 de mayo y del 13 de agosto de 1813, en la cual establecieron que “todos los ciudadanos gozan de igualdad ante la ley [...] bajo la inmediata protección de las leyes”² y “el Congreso no podrá conceder títulos de nobleza”³⁻⁴. Debemos tener presente que Buenos Aires, a esa fecha, había repelido dos invasiones inglesas (1806-1807); luego fue protagonista del Cabildo Abierto en mayo de 1810 y testigo del desarrollo de la Primera Junta y del Primer Triunvirato.

En la Constitución histórica de 1853/60, su artículo 16, vigente en la actualidad, dispone que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. Sin lugar a dudas, Caseros y más tarde Pavón constituyeron hitos relevantes en nuestra historia mientras en Europa, aproximadamente cien años antes (1750), había cobrado impulso la Revolución Industrial con la máquina de vapor, y cuatro años antes (1848) se había publicado en Francia el *Manifiesto Comunista*. La Europa industrial que desplazó a grandes sectores hacia América y la guerra de Secesión en Estados Unidos fueron influencias que algunos de los protagonistas del proceso gestado por la generación de 1837 y 1880 impulsaron en nuestro país.

Nuestro superior tribunal, desde 1860, recepta con generosidad precedentes de su par de los Estados Unidos. La Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos dispone, en lo que al caso es pertinente, que “ningún Estado podrá negar a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción, la protección igual de las leyes”⁵. En la causa “F. S. Royster Guano Co. vs. Virginia”⁶ dispuso: “la cla-

² Art. 1°.

³ Art. 25.

⁴ ZARINI, H., *Constitución de la Nación Argentina: aportes para el estudio de Derecho e historia constitucionales*, 2ª ed., 1982, p. 36.

⁵ GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 233.

⁶ 253, U. S. 412.

sificación debe ser razonable, no arbitraria y debe fundarse la diferencia de trato en una relación justa y sustancial entre ella y el objeto buscado por la legislación, del modo que todas las personas ubicadas en circunstancias similares deben ser tratadas del mismo modo”.

La esencia del artículo 16 de nuestra Constitución Nacional (en adelante CN) refiere a que todas las personas son iguales ante la ley. Ello, por supuesto, no implica un trato idéntico y en tal sentido la interpretación sobre el alcance de su concepto ha sido y es una constante en los últimos ciento sesenta y tres años.

La igualdad de trato que la CN exige no anula ni significa la posibilidad de hacer distinciones o diferenciaciones, pero éstas deben ser realizadas sobre la base de criterios de razonabilidad. Lo expuesto constituyó la primera de las interpretaciones que los tribunales fueron construyendo sobre el alcance del concepto de igualdad. El principio de razonabilidad jugó un papel importante en la consideración judicial. En tal sentido, la doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha sostenido que “la ley debe ser igual para los iguales en iguales circunstancias”. Ésta fue la doctrina que la CSJN adoptó en 1875 en el caso “Caille”⁷. En dicho fallo, se sostuvo que “la igualdad ante la ley establecida por el artículo 16 de la CN [...] no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que, en iguales circunstancias, se concede a otros”.

En el caso “García Monteavaro c/Amoroso y Pagano” (1957), la CSJN sostuvo que “la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”⁸.

El artículo 16 de la CN también establece que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimientos: no hay en ella

⁷ CSJN, *Fallos*: 153:67.

⁸ CSJN, *Fallos*: 238:60.

fueros personales ni títulos de nobleza”. La norma conforma una clara resistencia con el régimen monárquico de origen, asentado en la nobleza, clase social que llega al poder sin exigencia de mérito personal y adopta los beneficios de la función pública en provecho propio. La clara y determinante disposición del artículo 1º de la CN, declarando como forma de gobierno a la República, ha consagrado en el marco del principio de igualdad ciudadana un verdadero muro a los fueros personales o títulos de nobleza que se tiene como antecedentes en la condición de colonia de un régimen monárquico. Los tribunales, a partir de 1860, no tuvieron que debatir en torno a las prerrogativas de sangre ni de nacimiento frente a la clara literalidad del mencionado artículo 16 y de los requisitos propios que el sistema republicano encierra. De la misma manera, la referencia a “la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”, que reconocen como antecedentes las disposiciones de la Revolución Francesa, al abolir los derechos señoriales y los diezmos. La igualdad tributaria debe ser interpretada en simultáneo con las garantías de la propiedad establecidas en el artículo 17 de la CN, pues la prohibición de la confiscación se extiende a los tributos que tengan o participen de esa condición, ya sea porque trasladen al Fisco la totalidad o una parte sustancial de la propiedad o ingresos de las personas.

El principio de igualdad en materia tributaria admite la creación de categorías impositivas por la ley, pero éstas están sujetas al control de razonabilidad bajo el estándar de la proporción.

A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX el alcance del concepto vinculado al principio de razonabilidad del artículo 28 de la CN provocó uno de los debates más complejos e interesantes de la teoría constitucional. La CSJN adoptó la jurisprudencia de su par de los Estados Unidos, que planteaba una distinción entre actos superficiales o aparentemente neutros (razonabilidad de medios) y actos que se apoyan en una intención discriminatoria (razonabilidad de fines). En la causa “Repetto c/Provincia de Buenos Aires”⁹ y “Hooft, Pedro c/Provincia de Buenos Aires”¹⁰, la CSJN estableció algunos criterios como la estatura, la nacionalidad o el sexo como irrazonables para

⁹ CSJN, *Fallos*: 311:2272.

¹⁰ CSJN, *Fallos*: 327:5118.

efectuar distinciones que justifiquen tratos desiguales por parte del Estado con miras a regular los derechos a trabajar, enseñar, estudiar o a ocupar cargos públicos.

Otro aspecto que traduce la evolución del concepto y alcance del principio de igualdad es lo que la doctrina denominó “el trato igual entre particulares”. Durante todo el proceso que abarcó 1853/1902, los precedentes judiciales condenaban la conducta discriminatoria y la consiguiente irrazonabilidad o arbitrariedad del Estado. Más tarde, comenzó a desarrollar su doctrina analizando la relación entre los particulares, asimilando esta conducta de la misma manera que provocaba el Estado. El caso “Kot”¹¹ en materia de amparo es un ejemplo de ello. Uno de los casos más relevantes ha sido la causa “Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo SA”¹², en la que la justicia consideró que el trato desigual fundado en criterios no razonables y no funcionales a la finalidad del contrato laboral, aun cuando es ejecutado por un particular, es contrario a la igualdad constitucional. En el caso, una organización del sector social inició un amparo colectivo a fin de que cesara la actitud discriminatoria contra las mujeres, en la política de empleo instrumentada por una conocida empresa de helados. En el proceso, la amparista logró acreditar que: a) La desproporción entre empleados varones y mujeres era notoria; b) de varios avisos solicitando trabajadores para diversas categorías, publicados por la empresa, surgía la oferta expresa o implícita únicamente a varones; en los locales de venta al público, la atención a los clientes estaba en manos de varones, y c) en otras empresas de la rama se empleaban varones y mujeres indistintamente. La demandada sostuvo que empleaba a varones por la calidad del trabajo requerido que implicaba tareas pesadas, penosas o peligrosas. Sin embargo, para el tribunal, esa argumentación no hacía más que sustentar el estereotipo del sexo débil y a tal fin comparó el eventual trabajo en las heladerías con otros penosos que sí realizan las mujeres, casi con exclusividad. La sentencia adujo que en materia laboral la protección contra la discriminación se extiende al acceso, la permanencia y la finalización de

¹¹ CSJN, *Fallos*: 241:291.

¹² CNCiv., sala H, 16-12-2002, “Fundación de Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA”, L. L. 2003-B-970.

la relación de trabajo, disponiendo un control estricto de la diferenciación sexual en la política de empleo de particulares y por fin el sexo constituye una categoría neutra en materia de contrataciones laborales incluso para la actividad privada.

La jurisprudencia, en el Derecho Comparado, justifica la realización de distinciones por parte de los particulares en el ámbito de la libertad de contratar, en tanto en cuanto la “calificación” sea de buena fe.

¿Cómo se mide la distinción, en el marco de la libertad contractual en el ámbito laboral, y se define qué es “lo razonablemente necesario para el normal desarrollo del negocio o empresa particular”?

A diferencia de la conducta estatal, que no es sujeto de derechos fundamentales, los particulares tienen derechos que son expresión de su autonomía¹³: a contratar y a asociarse¹⁴; derechos que pueden entrar en conflicto frente al derecho de las personas a ser tratadas en forma igualitaria ante la ley, por lo que los criterios interpretativos, en el análisis de los casos, señalan el deber de armonizar dicha autonomía contractual con el respeto por el principio de igualdad de trato.

En el proceso evolutivo del principio de igualdad, la jurisprudencia comenzó a requerir del Estado y de los particulares que eviten tratos desiguales e irrazonables introduciendo en la doctrina el denominado “principio de no discriminación”. Este principio establece que la igualdad de trato se encontrará siempre lesionada en tanto no sea posible superar el llamado “test de razonabilidad” y omitan prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas.

El Estado abandonó su concepción liberal, ajena e indiferente a la forma en que la costumbre social se modificaba, y elaboró paulatinamente una doctrina en la que cuestionó aquellas posturas del Estado y de los propios particulares que efectuaban diferenciaciones irrazonables basadas en las características de nacimiento, físicas o de sexo.

En la Argentina, uno de los casos más representativos fue “González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba”¹⁵. El caso llegó a la CSJN de una manera atípica: lo hizo a instancia de

¹³ Art. 19, CN.

¹⁴ Art. 14, CN.

¹⁵ CSJN, *Fallos*: 323:2659.

los padres de los alumnos varones de un prestigioso colegio público centenario, que no admitía mujeres en sus aulas y modifica su postura. Los padres de los estudiantes alegaban un supuesto derecho de sus hijos a continuar asistiendo al mencionado colegio, sin mujeres en las aulas. El doctor Petracchi, ministro de la CSJN, manifestó que “La Universidad Nacional de Córdoba, al disponer que las inscripciones en el Colegio Nacional de Monserrat se efectuaran sin distinción de sexo, no sólo ha actuado como órgano competente dentro de la esfera de sus atribuciones, sino que, más aún, ha removido un valladar discriminatorio –que hoy resulta moral y jurídicamente abominable– que impedía la plena participación de las jóvenes cordobesas en la vida educacional y cultural de su provincia”.

A partir de 1980, la CSJN estableció que las distinciones que el Estado realiza entre las personas, dirigidas a justificar un trato diferente y que estén basadas en criterios vinculados a la nacionalidad o el sexo, ingresan dentro de lo que dio en llamarse “categorías sospechosas” de carácter orientativo¹⁶. La “categoría sospechosa” sufre una fuerte presunción de inconstitucionalidad y aunque no puedan descartarse sin más, algunas diferenciaciones legales basadas en ellas están sujetas a un estricto control de razonabilidad y deben responder a un fuerte interés público. En “Repetto, Inés María c/Provincia de Buenos Aires”¹⁷ la CSJN declaró la inconstitucionalidad de una norma que imponía la nacionalidad argentina para enseñar en el nivel de educación preescolar. Repetto era de nacionalidad norteamericana pero se había trasladado a nuestro país junto a sus padres con muy pocos años de edad y cursado toda la escuela primaria, secundaria y terciaria en establecimientos educacionales argentinos, egresando, incluso, como profesora educativa. Efectuado el análisis de razonabilidad de la situación ex-

¹⁶ La Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reafirma esta postura al incluir nuevas categorías prohibidas de discriminación (es decir, distinciones no aceptables jurídicamente) a las ya previstas en el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (se utiliza el criterio de género en lugar de sexo y se agregan origen étnico y edad). El hecho de que en dicho artículo de la Convención se utilice la expresión “y cualquier otra condición social” es indicativo del carácter abierto del listado de motivos prohibidos de diferenciación.

¹⁷ CSJN, *Fallos*: 311:2272.

puesta, se consideró irrazonable y en consecuencia arbitraria la generalización de la norma frente a la particular situación de la actora.

En “Hooft, Pedro c/Provincia de Buenos Aires”¹⁸ se interpuso una acción declarativa tendiente a la inconstitucionalidad del artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en tanto, la norma requería entre las condiciones para ser juez de Cámara la de “Haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero...” El actor, nacido en Holanda, comenzó a residir en la República Argentina a la edad de seis años, cursó sus estudios primarios, secundarios, universitarios y de posgrado en el país, obtuvo la nacionalidad argentina e inició la carrera judicial en la que llegó a ser titular de un juzgado en la Provincia de Buenos Aires. La CSJN dispuso que sin perjuicio que se admiten, en el marco del principio de igualdad, gradaciones y apreciaciones que hacen a criterios ponderativos, reiteró que las categorías normativas basadas en el origen nacional son sospechosas de discriminación y portadoras de una presunción de inconstitucionalidad, que obliga al Estado provincial a que los fines de la norma sean sustanciales y no sólo convenientes y, además, debe acreditar que no existen, para el caso, medios alternativos menos restrictivos de los derechos en cuestión.

El test de razonabilidad, en el ámbito interpretativo del alcance del concepto de igualdad, alcanzó a la categoría “edad”. En “Fernández, Emilio Manuel c/UBA y otro s/Amparo”¹⁹, el Estatuto de la Universidad de Buenos Aires imponía a sus profesores una eventual discriminación al fijar en 65 años la edad jubilatoria. Efectuado el llamado “escrutinio estricto”, el tribunal ponderó que la pauta, es decir, fijar la edad jubilatoria en 65 años, es común y similar a todos los sistemas universitarios, por lo que descalificó la tacha de arbitrariedad alegada y, en consecuencia, ponderó su aceptación por la mayoría de los estatutos universitarios, de tal manera que la convierte en una pauta de razonabilidad²⁰. La demandada, por su parte, frente a la carga de la prueba impuesta por el tribunal y tomando en consideración lo expuesto pre-

¹⁸ CSJN, *Fallos*: 327:5118.

¹⁹ CNFed.CAdm., sala I, 9-5-2000, “Fernández, Emilio Manuel c/UBA s/Amparo”.

²⁰ *Ibíd.*, conf. consid. 10.

cedentemente, acreditó que la Universidad cuenta con categorías de profesores consultos y eméritos después de los 65 años, por lo que la presunción de discriminación no tenía cabida.

Sin perjuicio de las diferentes concepciones que se adoptaron en el extenso período que se está analizando, no solamente la jurisprudencia colaboró con la ampliación del primitivo concepto, sino que la doctrina impulsó criterios que fueron incorporados en los precedentes judiciales. Precisamente, la doctrina sugirió la posibilidad de identificar en un “listado” a las categorías sospechosas²¹. Dicha postura encontró eco en la disposición de la ley federal 23.592 contra la discriminación²² que planteó el problema del sujeto obligado a no discriminar, pues el artículo 1º de la norma no distingue entre funcionarios públicos y personas privadas. La disposición establece que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la CN será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos de religión, raza, nacionalidad, ideología, sexo, opinión política o gremial, posición económica, condición social, características físicas y se debe agregar orientación sexual (caso “CHA”)²³⁻²⁴.

La norma federal establece sanciones civiles contra aquellos que ejecuten acciones disvaliosas contra otras personas y también impone sanciones penales contra los individuos que realicen conductas motivadas por el odio hacia diferencias raciales, políticas, religiosas, étnicas o racionales.

²¹ Entre los doctrinarios, véase GULLCO, H., *El uso de las categorías sospechosas*, en ALLEGRE, M. y GARGARELLA, R. (comps.), *El derecho a la igualdad*. Entre los jueces, véanse las decisiones de la CSJN comentadas aquí.

²² Ley 23.592 (B. O. del 5-9-88).

²³ La Inspección General de Justicia de la Nación le denegó el reconocimiento de la personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), quien recurrió esa negativa hasta la máxima instancia judicial, que culminó con el fallo de la CSJN que convalidó la denegatoria de la personería el 22-11-91.

²⁴ GELLI, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada* cit., p. 247.

Roberto Saba señala “tres argumentos que la Corte argentina utiliza indistinta y alternativamente, como si todos ellos tuvieran un juego armonioso y carente de tensiones. En primer lugar, sostiene que la categoría es sospechosa de ser contraria a la Constitución Nacional porque su utilización para hacer distinciones confronta con una clara prohibición de la Norma Fundamental. Esto sucede en los casos en los que el criterio utilizado es el de la nacionalidad, cuando la Constitución Nacional establece en su artículo 20 que nacionales y extranjeros gozan de los mismos derechos civiles. Por otro lado, en votos individuales de algunas sentencias, se establece que la categoría es sospechosa porque es palmariamente irrazonable, es decir, que es prácticamente imposible encontrar algún caso en el que la categoría podría justificar un trato diferente en virtud del principio de razonabilidad. En este sentido, es muy difícil imaginar que el sexo, la nacionalidad o los diferentes tipos de ciudadanía puedan ser categorías que resulten funcionales a algún tipo de propósito estatal”²⁵.

La reforma constitucional de 1994 atribuyó al Congreso la competencia para legislar medidas de acción positiva, a fin de garantizar la igualdad real de trato, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y discapacitados. Por su parte, el artículo 37 y la cláusula transitoria segunda de la CN garantizaron las acciones positivas a favor de las mujeres, en materia electoral y partidaria. El cupo femenino constituye acciones afirmativas o de discriminación inversa en las que una categoría sospechosa, en ese caso fundada en el sexo, es empleada para superar una desigualdad cultural y hasta tanto ésta se supere. Las normas de cuotas o cupos establecen formas de discriminar o desigualar para igualar y, de esta manera, se puede llegar a igualar a quienes no parten de la misma situación. La doctrina ha interpretado que las acciones positivas no modifican el principio de igualdad del artículo 16 de la CN, sino que colocan, por ejemplo, a las mujeres, mediante las acciones positivas, en el mismo plano que los hombres²⁶.

²⁵ SABSAY, D. (dir.) y MANILI, P. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 599 y ss.

²⁶ El 6-11-91 se sancionó la ley de cupos femeninos que obliga a los partidos

Las “acciones afirmativas” son políticas impulsadas desde el Estado, con el objeto de revertir una situación de exclusión o segregación de un grupo de personas de la posibilidad de realizar ciertas actividades o gozar de espacios de la comunidad a los cuales el grupo discriminado no puede acceder como consecuencia de prácticas sociales.

Para Saba, las acciones afirmativas requieren la identificación de tres situaciones²⁷:

- a) Que se acepte la existencia de un grupo como entidad individualizable (afrodescendientes, mujeres, asiáticos, bolivianos, descendientes de inmigrantes, pobres estructurales);
- b) que existen y son identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo (política, mercado laboral, universidades), y
- c) que ese grupo resulta o haya resultado excluido de alguno o algunos de esos ámbitos por un tiempo considerable de modo que su situación de sometimiento se perpetúe, cristalice y naturalice.

Un precedente notorio es el caso que la Suprema Corte de los Estados Unidos debió resolver en 1978: “Regent of University of California vs. Bakke”²⁸. En el caso, una persona de raza blanca invocó ser sujeto de una discriminación inversa en el sistema de ingreso a la Universidad, en la Carrera de Medicina. En dicho establecimiento, el sistema garantizaba una cuota o cupo a los ingresantes de ciertas minorías (negros, asiáticos y chicanos) por sobre los demás postulantes. Con fundamento en la Enmienda XIV de la Constitución norteamericana, que asegura la protección igualitaria de las leyes, la mayoría de la Suprema Corte sostuvo que cuando el Estado dispone una distribución de cargos o beneficios en base a una clasificación racial,

políticos a incorporar un mínimo de 30% de candidatas mujeres en las listas de candidaturas a cargos electivos para el Congreso de la Nación.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Conf. Opinión de Powell en “Regent of University of California vs. Bakke”, 438 U. S. 265 (1978). Puede verse la sentencia y el análisis crítico de S. Cayuso a ese fallo en MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y derechos humanos* cit., ps. 1555 y ss.

debe probar que la clasificación cuestionada es necesaria para promover un interés estatal sustantivo.

El artículo 75, inciso 23, de la CN dispone que el Congreso está facultado y obligado a “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

El artículo 37 de la CN, por su parte, establece que “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

En los últimos doscientos años de la reciente historia argentina, acompañando la dinámica propia de una sociedad global en constante evolución, el “principio de igualdad” ha recibido relevantes transformaciones en sus alcances y comprensión, lo que se ha pretendido sintetizar en la presente colaboración.

Se ha partido de la noción tradicional que encierra el derecho de la primera generación: “igualdad ante la ley”; luego se ha remarcado la influencia del “principio de razonabilidad” y su necesaria diferenciación que los precedentes judiciales establecieron entre “razonabilidad de medios” y “razonabilidad de fines”, donde aquel concepto vinculaba al Estado y evitaba a los particulares. La CSJN se avino a establecer doctrina judicial en el “trato igual que se deben entre particulares”, para más tarde ingresar en el alcance del concepto como “no discriminación” o “no sometimiento”.

Tal como se ha señalado, los precedentes extranjeros ejercieron una importante influencia en nuestra CSJN, fundamentalmente los establecidos por la Suprema Corte de Estados Unidos, al introducir las “categorías sospechosas”, la “arbitrariedad en la aplicación de las leyes” y la “discriminación inversa”, dejando a un lado la distinción entre “igualdad formal” e “igualdad material” o la concepción en torno a la “igualdad tributaria y de las cargas públicas”.

Por su parte, el Congreso avanzó con la sanción de la ley 23.592, estableciendo sanciones civiles y penales frente a conductas discriminatorias.

La Convención Constituyente habilitada por el Congreso en 1994, con la clara inhibición para modificar la primera parte de la Constitución histórica, reconoció las llamadas “acciones positivas” consagrando dos disposiciones que juegan armónicamente con la nueva comprensión de la igualdad y, simultáneamente, en el artículo 75, inciso 22, de la CN, al incorporar con la misma jerarquía que mantiene la CN a los tratados internacionales de derechos humanos, tanto los que superaron el “test de constitucionalidad” por parte de la Asamblea Constituyente o los supervisados por el Congreso de la Nación, convirtió al histórico artículo 16 de la CN en una norma amplia en su concepción, dado que debe ser interpretada convencionalmente con los siguientes aportes: artículo 2º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículos 1º, 2º y 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 2.1, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 1º, 3º, 5.a, 6º y 7º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículos 16 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

A doscientos años de la independencia, la adopción del monismo en derechos humanos, la vinculatoriedad de los fallos de la Corte IDH y las decisiones de la CSJN han trazado una notable evolución del derecho de igualdad, que mantiene un respaldo en los nuevos principios de irreversibilidad, progresividad, adecuación normativa, la expansión de los derechos humanos y fundamentalmente el “*pro homine* o *pro persona*”.

Bibliografía

- GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- MILLER, J.; GELLY, M. A. y CAYUSO, S., *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, t. II.

- SABA, R., *El principio de igualdad constitucional*, en SABSAY, D. (dir.) y MANILI, P. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- *Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?*, en GARGARELLA, R., *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, t. II.
- SABSAY, D. (dir.) y MANILI, P. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- ZARINI, H., *Constitución de la Nación Argentina: aportes para el estudio de Derecho e historia constitucionales*, 2ª ed., 1982.

200 AÑOS DE PAÍS FEDERAL Y DERECHO UNITARIO

(POSITIVISMO JURÍDICO EXTREMO)

por GUSTAVO J. THOMAS¹

SUMARIO: I. Federalismo. II. País federal, Derecho no tan federal: Civil, Privado, Público. EE. UU., Roma, Francia, Argentina. III. Renovada oportunidad: CCyC, el diálogo de fuentes y el *mito* de la publicación del Derecho Privado. IV. Conclusión.

Resumen

Argentina, país federal por definición constitucional, tiene una estructura legal que ha padecido etapas de confusión ideológica por ignorancia y dependencia económica de las provincias en el Estado central. En la práctica, por años ha vivido como un Estado unitario, con una Corte federal cuyos fallos muchas veces brindan sombras más que luces sobre este tema.

¹ Abogado. Especialista en Derecho Tributario. Máster en asesoramiento jurídico de empresas. Doctorado en Derecho. Profesor por concurso de Derecho Administrativo en la UNR. Profesor invitado del posgrado de Especialización en Derecho Administrativo de la UNR. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Premio Mérito Jurídico Mención de Honor 2008, Premio Mérito Jurídico Distinción Especial 2010, Premio Mérito Jurídico Mención de Honor 2012 y Premio Mérito Jurídico 2013, todos del Colegio de Abogados de Rosario. Director de la *Revista de Derecho Provincial, Municipal y Comunal*, Nova Tesis. Autor de *La responsabilidad del Estado. Análisis exegético de la ley 26.944*, Nova Tesis; *Cómo litigar contra el Estado en Santa Fe*, Nova Tesis; *El Estado del siglo XXI*, Thomson; *Empleo público en Santa Fe para abogados litigantes (Abogados del Estado y de los trabajadores)*. *Cómo agotar la etapa administrativa y posterior proceso judicial*, Nova Tesis, y coautor de *Doctrina jurisprudencial. Cámara Contencioso Administrativa N° 2*.

Sin dudas los perdedores de la guerra civil argentina jamás aceptaron el orden impuesto y trabajaron hasta el día de hoy para aplacar el federalismo argentino. El comercio y las riquezas son el motor de esta lucha, tal como lo fueron los derechos de comercio y exportación en la llamada “Revolución de Mayo”.

Mucho se ha avanzado desde lo político en las correcciones históricas que pretendieron borrar la estructura nacional definida en los pactos preexistentes a la formación de la Nación Argentina.

Pero en lo jurídico, la reforma del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) ha demostrado que queda mucho por recorrer. La función de las universidades públicas es estudiar los institutos desde los ángulos jurídicos y fácticos, para no permitir olvidar la verdadera naturaleza de los institutos y, en este caso, del Estado argentino.

Abstract

The legal structure of Argentina, defined in its Constitution as a Federal country, has faced ideological confusion through ignorance and economic dependence of the provinces on the central government. In practice, Argentina has lived in Unitarianism (government centralization), with a Federal Court whose rulings frequently shed more darkness than light on the matter.

Without question, the losing side in the Argentine civil war never accepted the new order and has been hard at work ever since with the intent of checking Argentine Federalism. The driving forces behind this struggle are trade and wealth, as were trading and exporting rights in what was known as the “May Revolution”.

Great progress has been made from a political standpoint in rectifying that which aimed to disrupt the national structure set out in the covenants predating the establishment of the Argentine State.

However, from a legal standpoint, the reform of the Civil and Commercial Code (from hereinafter referred to as C&CC) has made it clear that there is still much to be done in this respect. It is the responsibility of state-run universities to study institutions, both legally and in terms of their actions, so that their true nature, in this case, that of the very Argentine State, is not forgotten.

Palabras clave

Federalismo. Derecho Público. Derecho Civil.

Keywords

Federalism. Public Law. Civil Law.

I. Federalismo

El término “federal” proviene de la palabra latina *fœdus-eris*, cuyo significado es pacto o alianza. Argentina, luego de la lucha posrevolucionaria, optó entre la estructura del Estado español unitaria, donde el país se dirige y organiza desde un solo centro e irradia su acción desde una ciudad capital, y una nueva forma, la federal. En el federalismo, los estados particulares o regionales gozan de autonomía e incluso soberanía en importantes aspectos de la política interna.

El federalismo es una doctrina política; busca que una entidad política u organización esté formada por distintos organismos (provincias) que se asocian delegando algunas libertades o poderes propios a otro organismo superior, a quien pertenece la soberanía, y que conservan una cierta autonomía, ya que algunas competencias les pertenecen exclusivamente. En otras palabras, es un sistema político en el cual las funciones del gobierno están repartidas entre un grupo de Estados asociados, primeramente, que luego delegan competencias a un Estado federal central.

En esta forma de Estado coexisten un sistema jurídico central, válido para todo el territorio nacional, y subsistemas jurídicos que rigen en las unidades territoriales autónomas, de modo que se da allí una dispersión de los centros de poder, en contraste con la centralización de ellos que caracteriza al Estado unitario. En este sistema, el ciudadano está sometido a dos órdenes de autoridad: la del gobierno federal y la de los gobiernos locales, según sus respectivas competencias.

Hay dos maneras de realizar la distribución del poder en esta forma de Estado: una es asignar al gobierno central un cúmulo de competencias básicas para mantener la unidad nacional en medio de la di-

versidad regional y dejar las competencias no asignadas a disposición de los gobiernos locales, y la otra es la contraria: entregar a los órganos descentralizados las facultades legislativas, ejecutivas y judiciales necesarias para su autogobierno y reservar a la federación las competencias residuales. Argentina se definió en la primera acepción, delegando algunas competencias determinadas de las provincias originales en la Nación.

El Estado federal entraña una cierta forma de división de poderes que implica una distribución del poder con relación al territorio. Así, el Estado federal tiene una doble división de poderes: la división clásica de Montesquieu, a la que agrega la división territorial. La primera es una división en sentido *horizontal*, y la segunda, en sentido *vertical*, pero ambas contribuyen a limitar el ejercicio de la autoridad pública y a prevenir los abusos del poder. Su estructura de organización se refleja en el Congreso federal, que es un órgano integrado por dos Cámaras: la de *Senadores*, que son representantes corporativos de las unidades territoriales en que se descompone la unión, y la de *Diputados*, que representan a la población nacional en su conjunto. De este modo, en el Parlamento se conjugan los intereses de la totalidad con los de las partes, puesto que los diputados están obligados a velar por los primeros mientras que los senadores lo hacen por los otros.

Cuando Argentina se independiza de la Corona de España en 1816, internamente existían fuertes poderes consolidados de las provincias con sus dirigentes políticos (caudillos como López en Santa Fe, Rosas en Buenos Aires, Ramírez en Entre Ríos, o Artigas en Uruguay) que jugaron un gran rol político, militar y económico independiente del poder de Buenos Aires en el control del territorio y el esfuerzo separatista de España.

Ello sin dudas llevó a que se buscara una fórmula política de contención de tantos poderes “con peso específico autónomo” y la respuesta fue el novel sistema federal. El primer sistema federal fue adoptado por los Estados Unidos de América en su Constitución de 1787, que se convirtió en el primer Estado federal de la historia, imitado después por Suiza, Australia y otros Estados. Ello hace más que lógico que

cuando el “constituyente original” estudiaba la tarea de la organización nacional tomara la Constitución de EE. UU. como modelo.

**II. País federal, Derecho no tan federal:
Civil, Privado, Público. EE. UU.,
Roma, Francia, Argentina**

En Argentina existe una tendencia del Derecho Privado a coartar los derechos constitucionales de las provincias por una razón extraña desde lo lógico y positivista desde lo jurídico. Se argumenta que si algo está en la “letra” del Código Civil argentino es materia delegada por las provincias a la Nación, y si es delegada, sólo la Nación puede “hablar” (legislar) de cualquier cosa que los privatistas crean que debe contener un código civil, sin reparar en la estructura federal del Estado argentino (estructura constitucional federal).

En virtud de la base genética institucional, en nuestro país existe un problema: nadie le explicó al “Codificador original” (Vélez, cuyo proyecto se aprobó a libro cerrado) qué debía contener un código civil, razón por la cual avasalló los derechos federales de las provincias sin tapujos. Luego, en un razonamiento positivista irracional, “si estaba en el Código Civil, era materia delegada”, iniciando años de disputas legales entre la Nación y las provincias principalmente en materias de poder de policía y tributación.

Como explicamos más arriba, cuando Argentina estaba buscando su solución política-legal para poder contener los poderes provinciales existentes al momento de dictarse la Constitución, existía sólo un antecedente federal, el de la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787. Sabemos que Alberdi se “inspiró” en la Constitución Federal de ese Estado, pero era una persona formada en una estructura legal distinta, básicamente española.

Problemas de los “copie y pegue”: sabemos que mientras la Constitución argentina está *inspirada* en la Constitución norteamericana y sus Enmiendas (liberal y federal, básicamente protección del individuo contra el Estado, en múltiples Estados asociados), el Código Civil era una copia (se inspira básicamente) del Código de Napoleón en lo principal más sus subproductos, el Código chileno y el trabajo de Freitas

en Brasil (pro Estado continental, europeo y unitario). Ambos cuerpos legales son incompatibles el uno con el otro desde lo jurídico e ideológico.

El constituyente original argentino *no* trabajó una Constitución desde cero, sino que tomó la norteamericana para desarrollar la propia (único modelo de Estado federal hasta ese entonces). Como ejemplo damos el Preámbulo de aquélla, que sostiene “Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América”. La similitud palmaria con nuestro Preámbulo constitucional (y la sola idea de un preámbulo) nos releva de comentarios.

En su momento, la organización política norteamericana debió lidiar con los propios problemas internos, por lo que al momento de ver la luz en 1787 esa Constitución no contenía más que los elementos de organización del Estado federal (los departamentos del Estado federal, Ejecutivo, Legislativo y Judicial). No había dado respuesta a todas las situaciones que los Estados parte requerían ni los derechos de los ciudadanos, por lo que luego se dio a la afanosa tarea de completarse mediante el sistema de *Enmiendas*.

Las Enmiendas existentes en 1787 (“estudiadas” por el “constituyente original”) eran las diez primeras Enmiendas (Bill of Rights) que fueron ratificadas efectivamente el 15 de diciembre de 1791, la Enmienda XI² del 7 de febrero de 1795 y la Enmienda XII del 15 de junio de 1804, ya que la Enmienda XIII es del 6 de diciembre de 1865 (sobre la esclavitud) y no fue contemplada por “no existir” en 1787.

A la hora de delimitar las competencias del Estado federal norteamericano, desarrolló la décima Enmienda que dice: “*Amendment X: «The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively,*

² El Poder Judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de Derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero.

or to the people»” (N. de Th: “Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, no prohibidos por ella a los Estados, están reservados a los respectivos Estados o a la gente”). Esta décima Enmienda ayuda a definir el concepto de federalismo norteamericano, esto es, la relación entre el Estado federal y los gobiernos locales. Como en Argentina, la actividad federal en EE. UU. se ha incrementado desde la definición legal original, generando problemas de conciliación entre los intereses estatales y del gobierno federal en temas como impuestos y poder de policía en materias delegadas o no.

Esa Constitución (de EE. UU.) da al Congreso la potestad de dictar leyes de determinados temas contenidos en su primer artículo, incluidos: “...*To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes; To establish an uniform Rule of Naturalization, and uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States; fix the Standard of Weights and Measures; To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries...*” Problema de las traducciones: estos derechos son *Civil Law* para un angloparlante, pero no significan “ley civil o Código Civil” con el contenido y alcance para países como Francia y España (donde se formaron abogados rioplatenses que nos “dieron la Carta Magna de 1853”).

Esta Constitución da al Congreso la potestad de dictar leyes de determinados temas contenidos en su primer artículo, incluidos temas civiles (*Civil Law*) y bancarrota. Pero el significado en inglés de “*Civil Law*” –ley civil– en su primera acepción es, según Dictionary.com de EE. UU., “1. *The body of laws of a state or nation regulating ‘ordinary private matters’, as distinct from laws regulating criminal, political, or military matters*”. Es decir, un conjunto de leyes o recursos de un Estado que regulan las cuestiones de Derecho Privado, como distinción de las leyes que regulan las cuestiones penales, políticas o militares.

Vemos que la traducción de la Constitución norteamericana que hace Alberdi no es feliz, tal vez por no ser el mismo un traductor legal, sino simplemente un angloparlante. Para completar la idea, recurrimos a un diccionario inglés para poder determinar si el constituyente original (el norteamericano, no el argentino) quiso darle otro

sentido a la voz “ley civil”. Veamos al *British Dictionary* para estudiar sus definiciones para “*Civil Law*”: “*body of rules that delineate ‘private rights and remedies’, and govern disputes between individuals in such areas as contracts, property, and family*”. Esto quiere decir que para el inglés británico la ley civil es el cuerpo de leyes que define los derechos y acciones privados, que gobiernan las diferencias entre los individuos en áreas como contratos, propiedad y familia, es decir, habla de derechos intersubjetivos, ajenos al Estado.

Consultando otras fuentes³, llegamos al mismo resultado: “*Private law which (in contrast to administrative law, criminal law, ecclesiastical law, and military law) deals with relationships among individuals [...] the body of law having to do with the private rights of individuals*”⁴. “...noun a. *The body of law of a state or nation governing the ‘behavior of individuals and corporations’*. b. *The law determining private rights and liabilities, as «opposed to criminal law and other public law»*”⁵. Es decir, en la primera acepción es el cuerpo de leyes de un Estado o Nación que gobiernan el comportamiento de los individuos o las empresas, no al Estado. En su segunda acepción, se lo define como la ley que determina los derechos y responsabilidades privadas, como concepto opuesto al de ley penal y otras “leyes públicas”.

Entonces, cuando el constituyente original redacta/traduce la Constitución comienza (como Vélez después) con los problemas de interpretación. Al definir pobremente lo que era esta rama del Derecho que las provincias (supuestamente) delegaban, se iniciaron 150 años de desencuentros legales, dando pie a un persistente unitarismo jurídico del Derecho Privado. Las provincias no delegaron en la Nación su Derecho Público, que se lo reservaron para sí para darse su propia organización (sin alterar las jurisdicciones locales). El ejemplo típico es el Derecho Laboral, donde la Ley de Contrato de Trabajo no se

³ Disponible en <http://www.businessdictionary.com/definition/civil-law.html#ixzz42jQQHzbt>.

⁴ *Webster's New World College Dictionary*, Wiley Publishing, Inc., Cleveland, Ohio, used by arrangement with John Wiley & Sons, Inc., 2010.

⁵ The American Heritage, *Dictionary of the English Language*, 5th edition, Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company, Published by Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company, 2013.

aplica al Estado salvo que el mismo lo manifieste especialmente. La excepción es el Código Penal, pero la técnica legislativa aquí es clara. Como excepción que es, se encuentra especialmente mencionado y sin lugar a dudas.

En el caso argentino, al adoptar la décima Enmienda norteamericana esto debió haberse superado, pero no fue así. Esta Enmienda sostiene que “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*” (“Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, no prohibidos por ella a los Estados, son reservados a los Estados respectivos, o a la gente”). Nótese que en EE. UU. los poderes son de los Estados (provincias en el sistema argentino) o de la gente. Aquí esa parte no se trasladó. Históricamente, el Congreso y la Corte Suprema han interpretado y enunciado los poderes delegados en el mismo sentido que la Corte argentina. La CSJN⁶ sostiene que “de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75)”. A través del artículo 75, inciso 12, las provincias delegaron en la Nación la redacción de los Códigos Civil, Penal, Laboral, de la Seguridad Social y Minería. Claro que el problema del contenido de lo civil no está (a nuestro entender) bien resuelto.

Como vemos, la enumeración norteamericana es taxativa por un lado, pero rígida por el otro, por lo que se le dio una interpretación dinámica a su alcance para que el gobierno federal pudiera desplegar sus políticas.

Por otro lado, el constituyente argentino jamás habló de los *Códigos de “fondo”* (que la Nación dictaba los Códigos de fondo), siendo ello una construcción doctrinal. Textualmente dice “Dictar los *Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social*, en cuerpos unificados o separados, *sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales*, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”. Evidentemente analizó la Cons-

⁶ CSJN, *Fallos*: 304:1186.

titución de EE. UU. y las Enmiendas, más la jurisprudencia de la Corte de EE. UU. hasta ese momento, y adaptó los temas sintetizándolos de ese modo: Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social.

No es menor el hecho de que el legislador constituyente aclara que esto *no debe alterar las jurisdicciones locales*, porque Argentina es un país federal. Así las cosas, parece que estaría claro qué es lo que cada Estado nacional o provincial puede o no hacer. Pero qué es lo que debe contener un *código civil argentino* jamás fue resuelto hasta 2014 en el marco de los debates universitarios y parlamentarios por la reforma del Código Civil y su unificación con el Código de Comercio, más la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944.

Rápidamente dijo la doctrina que estos 5 temas delegados a la Nación son “las cuestiones de fondo”, pero surge la primera pregunta: *¿Qué es una cuestión de fondo? ¿Se usa esa frase como sinónimo de lo importante?* Si ésta es la respuesta, ella es errada, porque sin decir qué es lo de fondo, por ejemplo, ¿qué hay más importante (¿de fondo?) que un impuesto? (luego de la vida, obviamente, ya que el impuesto se relaciona con la propiedad). O las cuestiones eclesiásticas, o la elección de los jueces, o la obra pública, o las elecciones democráticas, etcétera. Nadie en su sano juicio puede pretender que esto esté en el Código Civil y, sin embargo, no son temas procesales, ergo serían “de fondo”.

¿Civil? En 1853 el constituyente dijo (le hicieron decir) “elaborar el Código Civil”. Para despejar dudas, tendremos que estudiar y remontarnos al Derecho español y el francés, es decir, al Derecho imperante al momento del Código de Napoleón (1804) que la excolonia española podía llegar a estar familiarizada. Este Código napoleónico se ve atravesado por el Derecho consuetudinario que imperaba en el norte de Francia, las Partidas Reales del centro del país y el Derecho Romano del sur.

En el caso español (cuna de formación directa o indirecta de los juristas rioplatenses) reconoce su fuente en el Derecho Romano de España (específico, subsistema). Al ser invadida España a mediados del siglo II antes de Cristo ciertas instituciones, como colonato y municipios de los celtas, arraigan en la legislación local. En esta época

las fuentes del Derecho Romano en España son: a) El Derecho consuetudinario de los celtiberos; b) el Derecho Romano primitivo, y c) el Derecho Romano local, especialmente para regir a los vencidos.

Las Partidas, redactadas por Alfonso X en 1269, contenían 7 volúmenes que trataban: 1) Derecho Eclesiástico; 2) Derecho político; 3) procedimiento civil; 4) familia y matrimonio; 5) contratos y materia comercial; 6) Derecho Sucesorio, y 7) procedimiento penal.

En el Derecho Romano, el Derecho se dividía en Derecho Civil (*jus civilis*), Derecho de Gentes (*jus gentium*) y Derecho natural (*jus naturale*). En el *jus civilis* estaban conglobados el *Derecho Público* (*jus sufragium*: votar; *jus honorum*: función pública; *jus sacrum et sacerdotum*: desempeño de funciones religiosas, y derecho al nombre) y el *Derecho Privado* (*jus commercium*: propiedad, negocios; *jus connubium*: matrimonio; *jus testamendi factio*: testamento, y *jus provocatio ad populum*: apelar frente al pueblo la pena de muerte).

El problema se agrava con Vélez Sársfield en 1869, ya que es quien, sin pretender hacerlo, responde la pregunta *no hecha* de “qué debe contener el Código Civil”. Este Código fue aprobado a libro cerrado por ley 340 y entró a regir en 1871, es decir, el debate que se dio desde 2011 hasta el 2015 en Argentina no ocurrió, perdiéndose la oportunidad de su estudio.

De este modo es fácil observar que en el sistema jurídico francés, país unitario, su Código Civil contenía normas de Derecho Público y Privado, lo mismo que su antecedente normativo, el Derecho Romano también unitario. Por ello fue fácil en Francia tomar como base las instituciones de Derecho Romano. No es el mismo escenario para Argentina obviamente.

Evidentemente, el primero que no se percató del tema fue el constituyente originario (Alberdi) cuando redactó/tradujo/interpretó la frase “Código Civil, Penal, Comercial...” No consideró que el *Derecho Civil de la época* era *Penal, Público, Comercial, Eclesiástico*, es decir, *el Derecho Civil contenía el Derecho Público y Privado*. Pero siendo un Estado federal, debió decir Código de *Derecho Privado*, de Derecho Comercial, Penal, etcétera.

Este *traductor-codificador* cordobés, lejos de estudiar sistemática-

mente este interrogante sobre qué debe contener un código civil a la luz del sistema federal, instituto por instituto, toma literalmente el Esboço de Freitas, quien a su vez traduce/copia al Código napoleónico (Derecho continental europeo) con algunos agregados del Código chileno, y luego de una opinable traducción lo *entrega iniciando 150 años de desencuentros legales* entre las provincias federales y la Nación cuasifederal, cuasiunitaria. Técnicamente es un avasallamiento a la raíz federal del sistema de gobierno argentino y a los pactos preexistentes, fruto de derramamiento de sangre entre argentinos, traicionando esas luchas.

El cordobés *tal vez ni notó* que estaba poniendo en la base del sistema liberal federal constitucional argentino un elemento jurídico totalmente extraño como era un Código unitario (Francia, país unitario). Ese elemento ya venía con respuestas para el sistema político francés sobre qué debía o no tener un código, pero desde otra Constitución no federal, otro pueblo, otra realidad legal.

Y este ir a copiar el Derecho francés sin un estudio del sistema federal de gobierno pagó caro tributo, por ejemplo, en el sistema de responsabilidades argentino, desde la tortuosa interpretación del Código Civil para que el Estado responda, hasta los primeros 100 años de irresponsabilidad total del Estado.

Eso no despeja la duda, pero en 2015 explotó el debate en las narices de los positivistas argentinos, quienes gritan inconstitucionalidad al hecho de tocar algunos temas como prescripción de las provincias o *sacar* la responsabilidad del Estado del Código (por ej., ver el ascendido y desafortunado debate del senador Sans, quien claramente nunca entendió realmente de qué se trata la reforma para las provincias argentinas), pues entienden que la responsabilidad debe estar en el Código Civil, sin importar que el Estado no es un particular cualquiera (violando el principio de igualdad constitucional) ni que son temas de Derecho Público (reservados por las provincias). Sin dudas, que el Derecho Público no debe estar más en un cuerpo de Derecho Privado, por muchas razones, ha sido un acierto del legislador nacional.

El lenguaje no sería utilizable si no hubiera algunos acuerdos convencionales sobre qué rótulos poner a qué cosas: hay, por ello, un uso común o convencional de las palabras. Pero ese uso común sirve de

poco en el lenguaje científico, pues generalmente carece de suficiente precisión, estando afectado de vaguedad y ambigüedad, es decir que frecuentemente una misma palabra puede ser utilizada en una gran diversidad de sentidos. Es el caso del constituyente, que le dio un uso común al término “civil” y aquí estamos nosotros intentando desentrañar el alcance técnico-jurídico del mismo, lo cual puede ser un error.

Entonces, si en realidad debemos entender al Derecho Civil en la concepción de Napoleón, hija del Derecho Romano, el *Derecho Administrativo, Derecho Público, es Derecho Civil* y he allí su relación, pero ninguna con el Derecho Privado. Desde esta inteligencia, al separarse las provincias del Derecho local para sí, reservaron (separaron) *parte del Derecho Civil técnico para sí* (no así el Derecho Privado –relaciones intersubjetivas–, que es el efectivamente delegado en el art. 75 de la CN) y por ello es natural que las provincias traten temas “de fondo” (impuestos, jueces, responsabilidad del Estado, expropiación, prescripción, etc.) que hagan a la vida del Estado, Derecho Público y Civil, no pudiendo tratar las relaciones entre los ciudadanos individuales, lo cual ha sido la intención del constituyente original.

Esto tiene importancia no sólo para el tema en debate hoy aquí, sino para el nuevo rol de las provincias autónomas y del Derecho Público, a la luz de la nueva legislación 2014/2015.

III. Renovada oportunidad: CCyC, el diálogo de fuentes y el mito de la publicación del Derecho Privado

“El nuevo CCyC es el fruto de una generación de juristas”, refieren los expositores de las charlas monótonamente, para significar que el nuevo Código no viene a revolucionar los institutos legales, sino a actualizarlos según las doctrinas mayoritarias en cada materia. Ello es verdadero, y es falso.

La modificación del CCyC padeció un endémico mal en el Derecho argentino, que no llegó a superar la “vieja guardia” privatista/positivista: el hecho de que un Código de Derecho Privado contenga normas de Derecho Público. El afán unitario de superioridad total del Derecho Privado (mal llamado Civil) está vivo en muchos de los disertantes y de los reformadores. No en todos.

Reiteradamente –y con un alto grado de paciencia– hemos escuchado a los doctrinarios, jueces y funcionarios disertantes exponer que se trata de un Código de principios, y no más “dispositivo” o “positivista”, lo cual nos hace reparar en el hecho de haberse acometido, con cierto grado de ingenuidad, un intento de apertura hacia el Derecho Constitucional (Público) colocándolo dentro del CCyC como fuente. La *ingenua* pregunta primera que surge es: si recién ahora reconocen a la Constitución Nacional como fuente, ¿antes qué hacían? ¿Necesita la Constitución Nacional ser “bajada” al CCyC para ser *reconocida*, para ser tenida en cuenta?

Generaciones de juristas han tratado temas de Derecho desde la ley, las prácticas sociales y culturales, todo lo cual ha sido volcado en el nuevo texto del unificado CCyC. El nuevo Código ha ganado así un sistema de fuentes integral que la doctrina ha denominado “diálogo de fuentes”. Este diálogo importa una interpretación de la norma en la búsqueda de su sentido y valor, pero vinculado a la Constitución Nacional, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, prácticas y costumbres.

Conforme surge de los fundamentos de la reforma, “...queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución”⁷.

Reiteradamente se “habla” de la “constitucionalización del Derecho Privado”, lo cual abre la puerta a un sinnúmero de preguntas, como por qué antes no aplicaban la Constitución Nacional o los tratados, o más bien, y ante la obvia respuesta de “sí, antes también lo aplicaban”, la razón por la cual el Derecho Privado desea ahora reconocer a la Constitución como fuente (algo innecesario por definición), pero “como

⁷ YUBA, Gabriela, *Los cambios de paradigmas en el nuevo Código Civil y Comercial. Influencia en el Derecho de Familia*, disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/13/eldialogodelasfuentesfragmentacionycoherenciaenelderechointernacionalcontemporaneo.pdf.

parte integrante del CCyC y no al revés”. Es una cuestión ideológica, obviamente. Pero esta “constitucionalización tardía” debería arrojar como resultado el respeto al sistema federal.

“En el año 2014 se dio un hito en la política legislativa argentina”, decíamos en alguna obra⁸, pensando en la rejerarquización del Derecho Público frente al absolutismo jurídico del Derecho Privado. El escenario elegido para este cambio lo dio la problemática de la reforma del CCyC, que fue realizada por un grupo de notables privatistas, como era lógico que así ocurra. Esta conformación privatista de la comisión de estudio no permitió oír el permanente lamento del Derecho Público en general, en especial de las provincias, y Administrativo federal en particular sobre el error de la confusión de normas públicas y privadas en este cuerpo normativo y en su predecesor.

La puesta en tensión de la intolerancia privatista se da con la intervención de los publicistas típicos representantes del pensamiento federal argentino. ¿Cuándo? Cuando el Poder Ejecutivo nacional revisa el Proyecto de reforma del Código remitido por la Comisión de Reforma designada por decreto 191/2011. En ese momento, los administrativistas lograron que primero se separara la responsabilidad del Estado del CCyC (posición hartó pedida por del Derecho Público, como de hecho se estudia en las universidades nacionales desde hace 40 años, integrando los programas de la materia Derecho Administrativo) y se resolviera en favor de la posición de las provincias la prescripción en general y de los impuestos en particular, en el marco de que “no pueden existir normas de Derecho Público en el CCyC porque no es materia delegada a la Nación”.

Este tema del sistema federal de gobierno y el desentendimiento jurídico con el sistema del Derecho Privado de este régimen es necesario retomarlo, instalarlo y explicarlo, porque ahora éstas son fuentes “reconocidas” por el sistema privatista al “constitucionalizarse”, y la insatisfacción de la situación narrada importa tratar de volver a los “viejos hábitos”, “olvidándose de las leyes y resolviendo cada juez, sin atención al precedente, la ley y la propia Constitución” (“Código de principios, no más positivista”). Por supuesto que la mirada *sólo*

⁸ THOMAS, Gustavo J., *La moderna responsabilidad del Estado argentino desde la ley 26.944. Análisis exegético de la norma*, Nova Tesis, 2016.

privatista es insuficiente para entender las razones de estas acciones y sus fuentes, y por ello, el mentado diálogo de fuentes puede ser una linda idea, pero no una realidad si no abarca todas las fuentes.

Cuando se estudian los debates parlamentarios del CCyC y los fundamentos de la reforma, y/o los fundamentos de la Ley de Responsabilidad del Estado, se ve claramente el puño administrativista federal, desde la cita de los casos de jurisprudencias administrativistas tradicionales, el discurso técnico, hasta la misma definición de algunos temas (por ej., la responsabilidad del Estado o del funcionario público “debe ser tratado por el Derecho Administrativo”).

Y aquí esta participación publicista salvó el debate, porque el tema de la responsabilidad del Estado y prescripción de la acción fue lo que trabó el Proyecto de reforma del año 1998. Recordemos que este debate en los 200 años de historia institucional jamás se detuvo. Cuando se llegó a este estadio en el debate en el año 2014 (responsabilidad del Estado y prescripción), se planteó desde la Comisión Asuntos Constitucionales del Congreso de la Nación esta reformulación. Y la firma administrativa federal quedó plasmada en la reforma: “...Son regulados por el derecho administrativo local” (con su fundamento jurídico en la CN, en los artículos 1º, 5º, 75, 121, 122, 123, ss. y concs.).

Desde siempre, los publicistas (constitucionalistas y administrativistas) han sostenido que, en base a todas las constituciones argentinas en el tiempo, las pasadas, las derogadas y la vigente, el orden federal impone que el Derecho Público es local y no es materia delegada a la Nación, como tampoco lo son los temas procesales. Recordemos que el legislador constituyente aclara que esto no debe alterar las jurisdicciones locales, porque Argentina es un país federal. Para Francia, que su CC tuviera normas de Derecho Privado y Público era natural por su concepción de Derecho Civil de fuente romana.

Esta situación de confundir sistemas políticos en el Derecho Privado fue “natural” para Vélez por su formación cultural y legal, pero siendo abogado y sabiendo que se estaba en un Estado federal debió haberlo notado, es decir, no debió seguir “en ese estado de naturaleza” (citamos a Rousseau, para seguir utilizando autores franceses). La eterna posición de la provincia de la cual proviene este jurista, históricamente contrario al régimen federal, ¿puede haber influido en este error? Nunca

lo sabremos. Recordemos que en 1869 este Código propuesto por Vélez fue aprobado a libro cerrado por ley 340 y entró a regir en 1871, es decir, el debate que se dio desde 2011 hasta el 2015 en Argentina no ocurrió, perdiéndose la oportunidad de su estudio. Sin embargo, las provincias, desde que el Código Civil vio la luz, resistieron –y resisten– estas cuestiones.

Esto hoy repercute en la estructura mental de los privatistas, quienes de manera *positivista* (posición filosófica abandonada por el CCyC al declararse como un Código de principios) creen que por estar contenido en el extinto Código Civil deben mantenerse temas como de la responsabilidad del Estado en el CCyC, sin dar mayores argumentos de fondo que nutran el debate. El problema se notará a la hora del diálogo de las fuentes, si éstas pretenden ser ignoradas, porque se desconocerán los principios que las gobiernan.

En este entendimiento entran en juego las propias constituciones provinciales y el sistema federal, por el cual deben respetarse los límites y condiciones originales arriba referenciados. Además, en un segundo nivel vamos a encontrarnos con los usos, prácticas y costumbres cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, en situaciones no regladas legalmente y siempre que no sean contrarios a derecho.

IV. Conclusión

La organización federal argentina es puesta en tensión luego de 200 años de historia por el Derecho interno. Esta problemática ha recobrado actualidad en los debates técnicos dados en las universidades nacionales y el Congreso entre los años 2011 al 2015.

La Ley de Responsabilidad del Estado y la reforma del CCyC han vuelto a excitar los espíritus positivistas-privatistas. Si como se ha expresado la reforma se consumó en recoger la jurisprudencia de una generación de juristas y no innovó, la obvia pregunta es *cuál fue el objetivo de la reforma*. Uno de los aparentes cambios reales se vincula con el aparente cambio de posición del Derecho Privado sobre no tener ya un Código dispositivo sino de principios, como sinónimo de “máxima libertad al juez para resolver [...] según le parezca”.

Bajo una dudosa frase de “constitucionalización del Derecho Pri-

vado” se movilizan más preguntas sobre la ideología detrás de esta desacertada forma de expresión, ya que la Constitución no necesita ser referenciada como fuente de nada porque es el orden jurídico superior del Estado. Los reformadores no “elevaron al CCyC” a la Constitución, sino que “bajaron” ésta a este cuerpo normativo menor, con la misma e histórica visión. Un único Derecho, una sola visión, mi visión del Derecho (visión unitaria del Derecho).

Sin embargo, Argentina, país federal, tiene un orden que nunca dejó de cuestionar a la lógica unitaria del Derecho Privado. En este orden se presentan las fuentes del Código, que deben dialogar para dinamizar la aplicación en cada caso. No enunciada especialmente en el texto, pero tratada unánimemente por los autores, esta teoría del diálogo de fuentes importa una revisión en cada caso concreto de los preceptos constitucionales y en temas puntuales, que significa que los operadores del Derecho deben ampliar la mirada por fuera de la norma privada e ir a normas, incluidas las fuentes del Derecho Público (empezando por la propia CN). Al ser la ley 26.994 una reforma de “compartimientos estancos”, esta construcción doctrinal del diálogo de fuentes deviene en una salvaguarda del sistema y del concepto de justicia más eficaz, o en manos positivistas de la “vieja guardia”, un elemento perturbador del sistema constitucional federal.

Creemos que en los 200 años de vida institucional Argentina ha pasado por estadios legales, acompañados siempre por una puja entre un sistema victorioso en la batalla, perdidoso en la implementación legal. El trasfondo de esta discrepancia impacta en la estructura federal, en temas sensibles como la organización de los Estados (poder de policía) en su vida ordinaria y su sustento económico (autonomía tributaria).

Nos encontramos en pleno desarrollo y aplicación de este nuevo escenario legal, situación que nos empuja a renovar viejas discusiones. Sin duda, 200 años después de la independencia política del Estado, el diálogo e intercambio de ideas, razones y el repaso de la historia nos brindará la oportunidad de darnos una Nación más justa, coherente en lo jurídico/institucional y acorde a nuestra historia, nuestro presente, y nos dará un mejor futuro para todos. O quizás, no...

¿DE QUÉ INDEPENDENCIA HABLAMOS? DEL ACTA PÚBLICA DEL 9 DE JULIO A LA SESIÓN SECRETA DEL 19

por PABLO YURMAN*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las dos fórmulas. 3. El antecedente de 1815 y los rumores de 1816. 4. ¿Cambio sólo de formas gramaticales? 5. Del collar visible español al invisible inglés. 6. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

Se analizan las razones dadas por el Congreso reunido en Tucumán para modificar, ampliándola, la fórmula de la independencia. Influencia del cambio sobre el contenido del concepto. Las circunstancias en que el Congreso de Tucumán proyectó a toda Sudamérica la independencia de las Provincias Unidas de Sudamérica. Su vinculación con el proyecto de San Martín tras el cruce de la Cordillera al frente del Ejército de los Andes. El fracaso en orden a conservar la unidad tras la caída del Imperio español.

Abstract

The reasons given by the Congress gathered in Tucumán to modify, by extending it, the formula for independence. Influence of change on the content of the concept. The circumstances in which the Congress of Tucumán projected throughout the sub-continent the independence of the United Provinces of South America. The link with the project

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Docente de la Cátedra "A" de Historia Constitucional Argentina, Facultad de Derecho, UNR. Director del Centro de Estudios de Historia Constitucional Argentina "Dr. Sergio Díaz de Brito", Facultad de Derecho, UNR.

of San Martín after crossing to Chile in front of the Army of the Andes. The failure in order to preserve unity after the fall of the Spanish empire.

Palabras clave

Independencia. Fórmulas. Alcance.

Keywords

Independence. Formulas. Extent.

1. Introducción

De entre todos los temas sobre los que el Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional invita a analizar, no por mero academicismo sino para discernir su auténtico sentido, desde la composición del Congreso de Tucumán, pasando por las circunstancias de su convocatoria y reunión, hasta la discusión en torno a la forma de Estado a adoptar por las Provincias Unidas, este trabajo se propone, más modesta y acotadamente, indagar sobre una cuestión de formas (pero que acaso también lo sea de fondo) que puede incluso lucir intrascendente si se la compara con las indicadas y con muchas otras más.

¿Qué poderosas y fundadas razones pudieron motivar que de la fórmula utilizada en la célebre y pública sesión del 9 de julio de 1816 se pasara, diez días más tarde, a adoptar otra más amplia, con relación al poder del cual nuestros antepasados decidieron independizarse?

Acaso la comparación entre ambos textos, su lectura detenidamente reflexiva y su análisis a partir de las circunstancias en que se plasmaron en el papel deparen alguna sorpresa y nos interpele, a dos siglos de ocurridos, acerca del concepto y el alcance efectivo que los argentinos del siglo XXI manejamos, o debiéramos proponernos manejar, sobre la expresión “independencia”.

2. Las dos fórmulas

Según el Acta del 9 de julio de 1816, tras la explicación de los motivos que derivaron en la cuestión a tratar, el presidente del Con-

greso, el diputado por San Juan Francisco Narciso Laprida, preguntó a los congresales “Si querían que las provincias de la unión fuesen una nación libre e independiente de los Reyes de España y su metrópoli”. Y continúa el texto de la siguiente forma: “Aclamaron primero, llenos del santo ardor de la justicia, y uno a uno sucesivamente reiteraron su unánime y espontáneo decidido voto por la independencia del país, fijando en su virtud la determinación siguiente: «Nos los representantes de las Provincias Unidas de Sud-América, reunidos en Congreso General, invocando al Eterno que preside el universo, en el nombre y por la autoridad de los pueblos que representamos, protestando al cielo, a las naciones y hombres todos del globo la justicia, que regla nuestros votos: declaramos solemnemente a la faz de la tierra que es voluntad unánime e indubitable de estas provincias romper los violentos vínculos que la ligaban a los reyes de España, recuperar los derechos de que fueron despojadas, e investirse del alto carácter de una nación libre e independiente *del rey Fernando VII, sus sucesores y metrópoli...*»” (la cursiva me pertenece)¹.

Mas luego de las exteriorizaciones de júbilo popular a las que tal declaración dio lugar, el historiador Vicente Sierra señala que “En la sesión del 19 de julio se acordó la fórmula del juramento que debían prestar los diputados y todas las corporaciones”², juramento solemne que se concretaría dos días después, y agrega el citado autor la siguiente puntualización: “Mientras el Acta de Declaración de la Independencia se refiere sólo a los reyes de España y su metrópoli, en el juramento se lo modificó así: ‘...del rey de España Fernando VII, sus sucesores y metrópoli, y *toda otra dominación extranjera*’. Tal cambio fue resuelto en la sesión secreta del mismo día 19, a propuesta del diputado Pedro Medrano, dando por razón «que de este modo se sofocaría el rumor esparcido por ciertos hombres malignos de que el Director de Estado, el general Belgrano y aun algunos individuos del Soberano Congreso alimentaban ideas de entregar el país a los portugueses»” (cursiva del autor del trabajo)³.

¹ SIERRA, V. D., *Historia de la Argentina*, Científica Argentina, Buenos Aires, 1965, t. VI, p. 445.

² Íd., p. 447.

³ Íd., p. 447.

Mitre, por su parte, subraya esta modificación de la fórmula de la independencia (nótese que se trata, nada menos, de la fórmula del juramento a prestar por todas las autoridades constituidas) dando por ciertas las mismas razones. Nos dice que “Alarmado el Congreso con estos rumores y acusaciones, no se le ocurrió para desvanecerlos sino celebrar una sesión secreta, con el objeto de adicionar al Acta ¡diez días después de firmada y promulgada! acordando, que después de las palabras: ‘una nación libre e independiente del rey Fernando VII, sus sucesores y metrópoli’, se agregasen estas otras: ‘y de toda otra dominación extranjera’. Por la solemnidad del correctivo, singularísimo en la historia del mundo, puede juzgarse de la importancia de la cuestión a que respondía, la cual constituye en efecto uno de los principales nudos de la situación”⁴.

La mayoría de los historiadores, sin detenerse en mayores detalles que los indicados, concuerdan en que la modificación de la fórmula ocurrió en los plazos y de la forma antes señalada. Así, por ejemplo, lo escrito por el historiador rosarino Héctor Petrocelli⁵. Algunos reflexionan sobre el cambio, en apariencia intrascendente, e insinúan que “...Medrano pidió sesión secreta el 19 de julio y exigió que en la fórmula del juramento a tomarse al ejército se agregase ‘...y de toda otra dominación extranjera...’ Naturalmente fue acordada, aunque tal vez a regañadientes”⁶.

3. El antecedente de 1815 y los rumores de 1816

Ahora bien, ¿eran fundados los rumores a los que aluden los historiadores como para modificar, ampliándola, la fórmula de la independencia votada en medio del ambiente entusiasta del Congreso el 9 de julio? El cambio, ¿obedeció tal vez a determinadas aspiraciones respecto del Estado a crear inmediatamente después de la Declaración

⁴ MITRE, B., *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, El Ateneo, Buenos Aires, 2014, p. 566.

⁵ PETROCELLI, H., *Historia constitucional argentina*, UNR, Rosario, 2009, t. I, p. 98.

⁶ ROSA, J. M., *Historia argentina*, ed. por Juan C. Granda, Buenos Aires, 1967, t. III, p. 167.

de Independencia? Entiendo que en ambos casos la respuesta afirmativa se impone. Esto es, por un lado, que en efecto había proyectos, en paralelo al que aquí se estudia, tendientes a ofrecer nuestro país a una potencia extranjera distinta de España y, en ese sentido, ampliar la fórmula equivaldría a neutralizarlos. Asimismo, es posible que los deseos de quienes promovieron el correctivo respecto de los alcances reales de tal declaración apuntaran más alto que la fórmula del día 9 de julio. En este sentido, no debe omitirse destacar que el Congreso no constituía un todo uniforme en cuanto a sus ideas. Entonces, como en la actualidad, un órgano colegiado de esas características bien podía albergar en su seno no sólo matices, sino también concepciones muchas veces antagónicas. Y en algo cabe coincidir con Mitre, quien con sorpresa señala que el Congreso sólo atinó a ampliar la fórmula de la independencia en “sesión secreta”: en efecto, debió habérsela solemnizado en sesión pública con asistencia de fuerzas vivas y el pueblo congregado, de modo que no quedaran dudas a las futuras generaciones sobre la noción y el alcance de la independencia que se perseguía.

En primer lugar, resulta menester recordar que apenas un año antes de que el Congreso iniciara sus sesiones en Tucumán, bajo el Directorio de Carlos María de Alvear, se comisionó a Manuel García a Río de Janeiro provisto de dos oficios, uno dirigido al embajador británico ante la corte de Portugal aún residente en dicha ciudad, lord Strangford, y el otro directamente al gobierno inglés. En este último se podía leer, con la firma del entonces director argentino y entre otras muchas frases de similar factura, que “Estas Provincias desean pertenecer a la Gran Bretaña, recibir sus leyes, obedecer a su gobierno y vivir bajo su influjo poderoso. Ellas se abandonan sin condición alguna a la generosidad y buena fe del pueblo inglés”⁷.

Es de imaginar la hierática expresión del representante de la Corte de Saint James, por lo indecoroso de semejante propuesta, la que no llegó a concretarse pero quizás por no convenir a las prioridades británicas del momento. Acaso la Inglaterra que sufriera dos derrotas consecutivas en 1806 y 1807 en el Río de la Plata hubiera ya decidido

⁷ LORENZO, C. R., *Manual de historia constitucional argentina*, Juris, Rosario, 1994, t. I, p. 160.

modificar su táctica, mas no su objetivo estratégico, de cara al coloso espacio sudamericano, como se analizará más adelante. Una formal colonia en Buenos Aires, con la *Union Jack* flameando en el Fuerte, quizás no fuese lo más prioritario en ese momento.

Sin perjuicio del desdén británico a la oferta llevada por García, el conocimiento por la opinión pública de los términos de ambas misivas firmadas por Alvear, junto a otras circunstancias, operó como el tiro de gracia para su fugaz y trimestral gobierno y acaso haya constituido la afrenta última que colmó la paciencia del caudillo oriental Gervasio de Artigas, quien finalmente convocó a las provincias que lo reconocían como protector de los Pueblos Libres al Congreso celebrado en Concepción del Uruguay el 29 de junio de ese 1815, ocasión en que la Banda Oriental, Entre Ríos, Santa Fe, Córdoba, Corrientes y las Misiones declararon su propia independencia de España. Circunstancia que explica, dicho sea al pasar, que no hubiera diputados de estas provincias (excepto la de Córdoba que al final se decidió por mandarlos) en el Congreso de Tucumán.

En segundo lugar, dados los antecedentes de 1815 con el ofrecimiento hecho por Alvear a Gran Bretaña, no podía descartarse que en 1816 pudiera repetirse una similar experiencia, aunque no ya con Inglaterra sino con otra potencia europea: Portugal. En efecto, ante la virtual anarquía en que se hallaban sumidas las Provincias Unidas, la Corte de Braganza, a la sazón residente desde 1808 en Río de Janeiro en virtud de la invasión napoleónica a Portugal, ultimaba sus aprestos para la concreción de un viejo sueño, la invasión y ocupación de la Banda Oriental del Uruguay. Es el ya citado Mitre quien en su obra detalla los pormenores de las misiones enviadas desde Buenos Aires para, por vía del reconocimiento de dicha ocupación, librarse de la amenaza que significaba la posibilidad de que Artigas erigiera un poder alternativo en todo el Litoral, negociaciones que ciertamente existían y alentaban los rumores bien fundados al respecto y a los que refiriera el congresal Medrano al impulsar la corrección del Acta.

En ese sentido, un dato aparece por demás de sugestivo: tras la caída de Alvear en abril de 1815, se habían sucedido los directores con carácter interino, con residencia en Buenos Aires (Álvarez Thomas, Balcarce) y sin embargo la diplomacia rioplatense seguía en manos

de Manuel García. Por otra parte, el gobierno residente en Buenos Aires y quizás divorciado por tal circunstancia de las deliberaciones en Tucumán impartió al comisionado Matías de Irigoyen dos clases de instrucciones, reservadas unas y reservadísimas las otras. Las últimas estipulaban que “Si se le exigiese al comisionado que las Provincias Unidas se incorporen a las del Brasil, se opondrá abiertamente; pero si después de apurados todos los recursos de la política insistiesen, les indicará (como una cosa que nace de él y que es lo más tal vez a lo que pueden prestarse las provincias), que formando un estado distinto del Brasil, reconocerán por su monarca el de aquél mientras mantenga su Corte en este continente”⁸.

4. ¿Cambio sólo de formas gramaticales?

En virtud de lo señalado hasta aquí, puede afirmarse que el cambio en la fórmula de la independencia con el agregado “y de toda otra dominación extranjera” no fue meramente gramatical, sino substancial. Y debe valorárselo junto con otro detalle de redacción que no resulta secundario. En efecto, el Acta del 9 de julio de 1816 refiere a la independencia (aunque con el acotado alcance ya señalado referido a “Fernando VII, sus sucesores y metrópoli”) de las Provincias Unidas *de Sud-América*, que posteriormente, luego del 19 de julio, quedaría redactado como Provincias Unidas *en Sud-América*, canon que parecía dejar atrás el de “Provincias Unidas del Río de la Plata” utilizado en algunos documentos oficiales desde 1810 y que daba a entender una ampliación del nuevo Estado, trascendiendo los límites de la cuenca del Río de la Plata y también del ex Virreinato del mismo nombre.

Sobre este particular aspecto de la Declaración de la Independencia reflexiona Sabsay, descartando que fuera meramente casual, en tesis que comparto, ya que “desde comienzos de julio, el redactor del Congreso eliminó las referencias a lo ‘rioplatense’ y puso el acento en lo «sudamericano»”, agregando que “Desde ese momento, cualquier distrito sudamericano que adhiriera a tal declaración, *quedaba de hecho y de derecho incorporado a la Nación sudamericana*, cuyo potencial económico y poderío militar habría de protegerlo. El cambio de de-

⁸ MITRE, ob. cit., p. 585.

signación no fue un accidente –como creen algunos simplistas– sino una decisión categórica promulgada en el único lugar del subcontinente meridional donde las armas del rey no habían podido ahogar la revolución” (la cursiva me pertenece)⁹.

A mayor abundamiento, Sabsay trae a colación otros detalles poco difundidos, que parecieran ir en la misma dirección tendiente a continentalizar la revolución, como ser, verbigracia, la declaración, pocos días después, por el Congreso de Santa Rosa de Lima como Patrona de la América del Sur y el cambio de la designación del titular del Ejecutivo que, desde entonces, fue director supremo de las Provincias Unidas de Sudamérica.

No parece un dato menor que los congresales de Tucumán (recuérdese que muchos representaban a provincias altoperuanas, hoy constitutivas de otro país, Bolivia) apuntaran a un proyecto continental, una suerte de Estados Unidos de Sudamérica, lo que nos lleva a concluir que hablar de una independencia “argentina” suena, quizás, a un reduccionismo injusto del mucho más ambicioso proyecto plasmado en el papel durante aquellas jornadas.

Ello se completa con la conducta desplegada por Belgrano y San Martín en torno a este punto. En efecto, Belgrano, como es conocido, propuso para el nuevo Estado a independizar, en la sesión secreta del 6 de julio de 1816, una forma monárquica de gobierno. Pero no cualquier monarquía, sino una que, además de temperada (constitucional), fuera encabezada por el descendiente legítimo de los últimos emperadores incas y que tuviera por capital del Estado la mítica ciudad de Cuzco, ubicación que nos habla a las claras, por un lado, de un cambio radical respecto de la localización del poder, alejándolo llamativamente de la ciudad puerto de Buenos Aires y sus intereses creados, y por otro lado, de una continentalización del proyecto emancipador, máxime si se considera que el Cuzco no estaba localizado en territorio del ex Virreinato del Río de la Plata sino en el del Perú.

Por su parte, San Martín, que en pocos meses habría de cruzar con sus tropas la cordillera de Los Andes para liberar Chile, denominará

⁹ SABSAY, F., *Rosas. El federalismo argentino*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, ps. 45/46.

a su Ejército como “De los Andes” y no “Ejército argentino”, y utilizará como pabellón, coherentemente, la “Bandera del Ejército de los Andes” y no la Bandera argentina aprobada recientemente por el propio Congreso de Tucumán como pabellón de uno de los países que integraría, con su individualidad propia, la proyectada Confederación Sudamericana.

Volviendo a Sabsay, nos devela un dato sumamente significativo en el rumbo que venimos analizando: “En la 14 instrucción reservada que el general [en referencia a San Martín] debía cumplir, se establecía taxativamente *el envío de diputados al Congreso por parte de los países liberados*, «a fin de que se constituya una forma de gobierno general, que de toda la América unida en identidad de causa, intereses y objeto, constituya una sola nación»” (cursiva del suscripto)¹⁰.

5. Del collar visible español al invisible inglés

En plenos festejos por el centenario de los procesos de emancipación de las repúblicas hispanoamericanas, el pensador mexicano Vasconcelos intentaba sacudir los espíritus alertando y recordando que un siglo antes “La rebelión de las armas no fue seguida de la rebelión de las conciencias. Nos rebelamos contra el poder político de España y no advertimos que, junto con España, caímos en la dominación económica y moral de la raza que ha sido señora del mundo desde que terminó la grandeza de España. *Sacudimos un yugo para caer bajo otro nuevo*” (la cursiva me pertenece)¹¹.

Vasconcelos, con acento mexicano pero con visión de conjunto, agudamente sintetizaba una idea clara: los procesos de independencia acaecidos durante el siglo XIX quedaron inconclusos por no haber concretado el ideal de unas Provincias Unidas en Sudamérica capaces de preservar en la unidad, aunque con respeto por las identidades regionales, el vasto espacio heredado de España, cosa que por supuesto sí pudieron lograr las trece colonias británicas del Norte y, vecinos a nosotros, los portugueses, logrando que el Brasil fuera, al decir de

¹⁰ Íd., p. 47.

¹¹ VASCONCELOS, J., *La raza cósmica. Misión de la raza iberoamericana*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 55.

Luiz Moniz Bandeira, “la América portuguesa que no se desintegró, que mantuvo su unidad económica, social y política, al contrario de la América española, fragmentada en más de diez Estados”¹².

En efecto, el anhelo continental presente en la fórmula ampliada adoptada por el Congreso el 19 de julio de 1816, conforme ha quedado señalado, dio paso a sucesivas escisiones, generalmente por incapacidad en el plano diplomático, que convirtieron al antiguo Virreinato en el escenario donde habrían de surgir cuatro repúblicas: Argentina, Uruguay, Paraguay y Bolivia, que a lo sumo se contentarían con aspirar a verse como buenos vecinos (y durante décadas ni tan siquiera eso), pero carentes de toda mirada de conjunto. Como símbolo de este proceso aparece la figura de Bernardino Rivadavia y su conocida negativa a apoyar la campaña libertadora de San Martín en el preciso momento de su punto culminante, y también el ignominioso tratado, años más tarde, que puso fin a la guerra contra el Brasil, fruto del cual surgió como Estado independiente, a contrapelo de la historia, idiosincrasia de su pueblo y victorias de las armas patriotas durante el conflicto la República Oriental del Uruguay.

Y si el sueño continental quedó sepultado conforme lo señalado, también el concepto mismo de independencia, despojado por completo de la idea de soberanía económica, derivó en un proceso al que Marcelo Gullo caracteriza como pasar “del collar visible español al collar invisible inglés”, puntualizando que durante la década de 1820 “...la profundización del libre comercio agudizó la agonía de las economías provinciales. La competencia británica liquidó toda la producción textil del norte argentino. Las artesanías también son arrasadas por la avalancha de productos británicos que inundaron las Provincias Unidas del Río de la Plata”¹³.

Finalizando estas breves reflexiones acerca del tema propuesto, invito al lector a releer un capítulo de la vida de uno de los protagonistas de aquellas épocas, el cual no por conocido deja de sorprender por la posibilidad de una nueva lectura entre líneas de su texto. Me refiero

¹² MONIZ BANDEIRA, L. A., cit. por GULLO, M., *La historia oculta. La lucha del pueblo argentino por su independencia del Imperio inglés*, Biblos, Buenos Aires, 2013, p. 89.

¹³ GULLO, ob. cit., p. 169.

a la parte del testamento del libertador general José de San Martín en la que expresa que “El sable que me ha acompañado en toda la guerra de la independencia de la América del Sur le será entregado al General de la República Argentina don Juan Manuel de Rosas, como una prueba de la satisfacción que, como argentino, he tenido al ver la firmeza con que ha sostenido el honor de la república contra las injustas pretensiones de los extranjeros que trataban de humillarla”¹⁴.

El icónico sable corvo le fue legado a Rosas en circunstancias en que se desarrollaba la llamada, y en general olvidada por los argentinos, guerra del Paraná, en la que la Confederación Argentina luchó contra Francia e Inglaterra en defensa de su soberanía. Era, acaso, la lucha por nuestra independencia económica como necesario complemento de 1816, para librarnos definitivamente de todo collar, visible o invisible.

6. Conclusión

Es posible que las razones que motivaron la ampliación de la fórmula de la Declaración de nuestra Independencia hace dos siglos conserven plena vigencia en la actualidad. Reflexionar acerca del cabal contenido del término se presenta como de la mayor trascendencia en medio de un mundo signado por el fenómeno de la globalización, pero en el que, a pesar de dicho fenómeno, los pueblos no renuncian a su propia individualidad y soberanía en temas sensibles. El riesgo que se corre es el de repetir el error de muchos de los patriotas que luego de 1810 no advirtieron que una independencia sólo política y no económica y financiera suponía, en los hechos, y recordando las palabras de Vasconcelos, sacudir un yugo para caer bajo otro nuevo.

Por último, el fracaso del plan trazado desde los salones de la Casa de la Independencia en la ciudad de Tucumán, con ambiciones de constituir las Provincias Unidas de Sudamérica, el cual, como se ha señalado, dio paso a una multiplicidad de Estados nacionales en el espacio que debió ser cuna de una única confederación sudamericana,

¹⁴ Íd., p. 167.

permite conjeturar que en todo proceso serio de integración regional debe partirse del presupuesto de que cada Estado, incluida la Argentina, no es un todo que se integra, sino que es parte de un todo lejano cuya unidad desapareció.

Bibliografía

- GULLO, Marcelo, *La historia oculta. La lucha del pueblo argentino por su independencia del Imperio inglés*, Biblos, Buenos Aires, 2013.
- LORENZO, Celso Ramón, *Manual de historia constitucional argentina*, Juris, Rosario, 1994, t. I.
- MITRE, Bartolomé, *Historia de Belgrano y de la independencia argentina*, El Ateneo, Buenos Aires, 2014.
- PETROCELLI, Héctor, *Historia constitucional argentina*, UNR, Rosario, 2009, t. I.
- ROSA, José María, *Historia argentina*, ed. por Juan C. Granda, Buenos Aires, 1967, t. III.
- SABSAY, Fernando, *Rosas. El federalismo argentino*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- SIERRA, Vicente D., *Historia de la Argentina*, Científica Argentina, Buenos Aires, 1965, t. VI.
- VASCONCELOS, José, *La raza cósmica. Misión de la raza iberoamericana*, Aguilar, Madrid, 1966.

DOCTRINA

EL DERECHO A LA LUZ SOLAR URBANA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

por HORACIO L. ALLENDE RUBINO*

SUMARIO: I. Introito. II. El derecho humano al ambiente. III. El bien jurídico ambiente y el derecho humano al ambiente. IV. La luz solar. V. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo verifica la protección explícita que el Código Civil y Comercial (CCyC) otorga al ambiente, en un todo de acuerdo con el artículo 41 de la Constitución Nacional. En dicho marco, se analiza el derecho a la luz solar urbana, integrante del derecho humano al ambiente consagrado en la norma constitucional, y la primacía de la protección de tal derecho –como colectivo– en relación conflictiva con los derechos individuales.

Abstract

This paper verifies the explicit protection that the Civil and Commercial Code grants the environment, in full accordance with Article 41 of the Constitution. In this framework, the right to urban sunlight, member

* Abogado (UNR). Abogado especializado en Derecho Agrario (UNL), magíster en Sistemas Ambientales Humanos (UNR). Investigador categoría III del Programa de Incentivos. Juez del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la 6ª Nominación de Rosario.

of the Human Right to Environment enshrined in constitutional law and the primacy of the protection of that right –as collective– in conflictive relationship with the individual rights.

Palabras clave

Derecho humano al ambiente. Derechos y bienes colectivos. Primacía. Derecho a la luz solar urbana.

Keywords

Human Right to Environment. Rights and collective goods. Primacy. Right to urban sunlight.

I. Introito

El objeto del presente artículo se halla delimitado al análisis de uno de los componentes del derecho humano al ambiente, cual es el “derecho a la luz solar urbana”, que halla su corolario con la pretensión de evolucionar, en pos del cuidado del ambiente, hacia las llamadas “ciudades solares”.

El nuevo CCyC incursiona en determinados aspectos relacionados con el Derecho Ambiental, en aras de la protección del bien jurídico constitucionalmente protegido “ambiente” (art. 41, CN), comprendiendo, asimismo, la reparación y prevención del daño ocasionado tanto al bien jurídico colectivo como el llamado daño reflejo, *per ricochet* o daño ambiental individual. Si bien el Derecho Ambiental cuenta con una estructura normativa desarrollada en nuestro país (más allá del análisis de la eficiencia de las normas ambientales), la importancia de la incorporación en el CCyC de normas que son directamente aplicables a la protección del ambiente deviene de la calidad de “normas de Derecho general” tradicionalmente contenidas en el Código Civil velezano y que se ubican ahora en el nuevo Código. Este “Derecho general” contenido en el Código resulta de aplicación a todas las ramas (o fraccionamientos) del Derecho, constituyendo, además, una reafirmación de los derechos constitucionales.

Todo el Título Preliminar del CCyC se constituye en Derecho general, y asimismo todo aquello referido a personas y bienes. También puede incluirse en la categoría de Derecho general aquello referido a hechos y actos jurídicos, obligaciones y responsabilidad. Igualmente la parte general de los contratos, siendo la parte especial de aplicación supletoria a los legislados en leyes especiales, como, verbigracia, el caso de los agrarios. Debe sumarse, finalmente, la aplicación supletoria del Derecho Civil a las ramas especiales¹. Consecuentemente, las normas del CCyC que impactan sobre el Derecho Ambiental serán aplicables en forma directa en cuanto fueren del tipo general y en forma subsidiaria en todo aquello no específicamente normado pero en tanto en cuanto se adecuen a los principios reguladores del Derecho

¹ “En realidad el Derecho Civil no es Derecho general, como suele decirse, sino una de las tantas ramas en que se divide el Derecho, constituyendo así una parte especial de la ciencia jurídica, tal como sucede con los restantes sectores que estudian diferentes áreas del fenómeno jurídico (penal, laboral, administrativa, etc.). Lo que ocurre es que los conceptos fundamentales del Derecho, con vigencia en todo el ámbito jurídico, por razones históricas, han sido receptados por el Derecho Civil, que por ser el primero en formarse necesitó desarrollar aquéllos para poder elaborar después las instituciones civiles específicas [...] En otros términos, el Derecho Civil es una rama jurídica especial que, por razones históricas, en la parte que contiene los conceptos fundamentales, hace las veces de Derecho general pero no es Derecho general. Y resulta muy importante precisar que el Derecho Civil no es Derecho general –aunque de hecho y provisoriamente funcione como tal– porque debe quedar bien en claro que los conceptos fundamentales receptados por la ley civil han sido elaborados en base a los principios, técnicas y necesidades del Derecho especial (Derecho Civil) y no a una teoría general aplicable a todo el Derecho. Lo dicho cobra especial importancia en el momento de tener que aplicar el Derecho Civil cuando hace las veces de Derecho general, esto es como supletorio de los derechos especiales, ya que en algunos casos no será posible trasladar a éstos y de un modo directo, los principios, conceptos e instituciones que han sido legislados desde una perspectiva puramente civil [...] el régimen de nulidades civiles no constituye una teoría general de las nulidades, aplicable a todo el Derecho, sino solamente al Derecho Civil, pero que, por constituir la regulación legal existente de la invalidez, se puede aplicar supletoriamente en caso de que los derechos especiales presenten lagunas o vacíos normativos. Como dijimos anteriormente, el Derecho Civil no es el Derecho general o común, si bien hace las veces del mismo mientras no sea necesario modificarlo para adaptarlo al Derecho especial” (vid. RODRÍGUEZ MANCINI, J., *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015).

especial subsumidos, en definitiva, en el principio jurídico (general) del derecho de protección ambiental².

II. El derecho humano al ambiente

El derecho humano al ambiente constituye el correlato del bien jurídico protegido “ambiente”, consagrado como tal en la Constitución Nacional, en su artículo 41³. Tal bien jurídico se constituye con carácter de “supraindividual”. En los últimos tiempos han irrumpido en el Derecho tal calidad de bienes, llamados supraindividuales o colectivos, o como lo hace nuestra Constitución Nacional “de incidencia colectiva”, con rango de especial protección en general por el orden constitucional.

En el caso del ambiente, la finalidad del Derecho Ambiental, en orden al artículo 41 de la CN, es la *protección*, que se desarrolla en base a la *prevención* y a la *precaución*. La sanción al daño llega tarde, y si bien este análisis puede aplicarse a todos los bienes jurídicos protegidos, la realidad es que los daños a los bienes colectivos implica un perjuicio mayor que aquel que impacta sobre un bien individual, en razón de la implicancia en el espectro de los complejos temporal, personal, territorial y material. Va de suyo que en muchos casos el daño sobre el bien colectivo implicará asimismo daños sobre diversos bienes individuales. Así, verbigracia, la contaminación con residuos industriales de una vía de agua potable seguramente producirá daños

² V. ARCOCHA, C. y ALLENDE RUBINO, H., *Tratado de Derecho Ambiental*, Nova Tesis, Rosario, 2007.

³ Art. 41: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para contemplarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

a la salud individual de numerosas personas. Resulta evidente entonces que la protección de los bienes jurídicos colectivos plantea conflictividad con otros intereses.

Los bienes supraindividuales son considerados por el Derecho como bienes jurídicos protegidos, en razón de haber construido la sociedad una especial valoración en torno a los mismos. Tal el caso del ambiente. La sociedad ha tomado conciencia de la importancia basal de la protección ambiental y la directa relación con la salud pública y con la calidad de vida. La protección deviene en función de y para el desarrollo del hombre. En este sentido, en la tensión entre la protección del bien individual y de los bienes colectivos, correspondientes a la sociedad en su conjunto, la primacía de la protección de los bienes colectivos deviene en la razón de la protección de los individuales; sin la protección de determinados bienes colectivos se atenta contra la cohesión del Estado, contra la paz social, contra la existencia misma de la especie humana; los bienes colectivos juegan de alguna manera como una limitante en función social al ejercicio de los bienes individuales.

El principio protectivo del ambiente deviene en una “función ambiental” de la propiedad, en especial de la propiedad de los recursos naturales, donde el propietario individual deberá “administrar” el recurso en función de los intereses sociales, sin que por ello pierda su derecho de propiedad, pero limitando su ejercicio en función de la sustentabilidad. Los bienes colectivos están en función y en interacción con los bienes individuales⁴. Tal relación de protección ambiental in-

⁴ Esain, con claridad, afirma que “La intervención administrativa sobre la propiedad puede y debe garantizar el que no se cometan tales excesos. Este nuevo esquema se apoya sobre la vieja idea de límite al Derecho. Creemos que esta figura deberá ser superada por futuros esquemas más novedosos, vinculados con la aggiornada figura del abuso del derecho, trasvasada en esta fértil del límite al ejercicio de derechos individuales, en contraposición con la esfera de actuación de la comunidad. Hoy la actividad ambiental se centrará en colocar límites en el actuar de los seres humanos para impedir este tipo de consecuencias. En este contexto, los derechos de carácter individual serán limitados en su ejercicio por el influjo del nuevo sistema axiológico. Creemos de todas maneras que éstos no serán el límite legal impuesto, sino que serán el círculo externo de los derechos individuales, a partir del cual la comunidad podrá establecer el contorno legal en sentido estricto hacia adentro. A esto se refiere la norma cuando habla de utilización racional de los recursos naturales” (v. ESAIN, J., *El principio de progresividad en materia ambiental*, en Lexis N° 0003/013499).

fluye poderosamente, verbigracia, en el Derecho Agrario, mutado hoy hacia un Derecho Agroalimentario con base en la seguridad alimentaria⁵, lo cual ha llevado a entender que la propiedad agraria ha evolucionado de tener una “función social”, a evidenciar una multifunción, ambiental, económica y social⁶.

Los bienes colectivos se caracterizan por la inexistencia de exclusividad en su uso, ni rivalidad en su consumo. Nadie puede pretender una apropiación directa y exclusiva del bien, pueden disfrutarlo todos quienes componen la sociedad, sin excepción alguna.

El CCyC incorpora expresamente la consideración de los bienes colectivos en la Sección 3ª, titulada *Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva*, artículos 240 y 241. El primero de los artículos adopta la concepción jurídica de estatuir los bienes colectivos como un límite al ejercicio de los derechos individuales⁷; así, dispone: “Artículo 240 – *Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes*. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los eco-

⁵ “109: Ponemos de relieve la necesidad de revitalizar los sectores de la agricultura y del desarrollo rural, especialmente en los países en desarrollo, de modo que sean sostenibles desde los puntos de vista económico, social y ambiental...” (v. Declaración Final de Río+20 [2012], *El futuro que queremos*).

⁶ “La actividad agraria adentró el siglo XXI encargada de la creación de utilidades diversas, «en una realidad en la cual la agricultura no es más unifuncional, sino multifuncional o, inclusive, multidimensional»”. La noción de multifuncionalidad identifica múltiples funciones clave para la agricultura: “a) contribución a la seguridad alimentaria; b) función ambiental; c) función económica; d) función social” (v. ABREU BARROSO, L., *Por una nueva función de la propiedad en el Derecho Agrario contemporáneo*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, N° 19, marzo de 2016, IJ-VC-205).

⁷ Indica Marisa Herrera: “Lo que se regula, entonces, es un campo de colisión entre la esfera privada y la esfera pública y social mediante una cláusula general. Esta cláusula permite juzgar si el ejercicio del derecho individual es conforme con la función que tiene respecto del de incidencia colectiva” (v. LORENZETTI, R. [dir.], *Código Civil y Comercial comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII. Ver en la misma obra el coment. a los arts. 240 y 241 de Néstor A. Cafferatta, Rosana I. Aguilar y Lily R. Flah).

sistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”, y en su artículo 241: “*Jurisdicción*. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”. Por su parte, en el Capítulo 3, *Ejercicio de los derechos*, del Título Preliminar, en el artículo 14 expresa: “*Derechos individuales y de incidencia colectiva*. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Así pues, el Código determina que el ejercicio de los derechos individuales debe realizarse cumpliendo determinados requisitos, esto es, que dicho ejercicio halla las limitantes que el propio articulado indica, a saber:

- Compatibilidad. La praxis de los derechos individuales ha de ser “compatible” con los derechos de incidencia colectiva. Conforme al *Diccionario* de la Real Academia Española, compatible es aquello “dicho de una persona o de una cosa: Que puede estar, funcionar o coexistir sin impedimento con otra”⁸. Ello significa que el límite del ejercicio del derecho individual no podrá funcionar o coexistir si ello implica de algún modo la afección de un derecho de incidencia colectiva. La compatibilidad incluye el denostar el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando el mismo afecte el ambiente u otro derecho de incidencia colectiva, tal como indica el mencionado artículo 14⁹.

⁸ Disponible en <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=compatible> (consultado el 10-8-2016).

⁹ He de hacer notar que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial incluía expresamente el derecho al agua potable (art. 241), el cual fue eliminado del Proyecto, y en el artículo 240 el derecho de acceso a la información. En consonancia con ello, los Fundamentos indicaban: “En consecuencia distinguimos entre: *Derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular*: se trata del patrimonio como atributo de la persona, los bienes que lo integran, y los derechos reales o creditorios. *Derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos*: se refiere a aquellos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no

- Debe conformarse, dicho ejercicio, a las normas de Derecho Administrativo tanto en el orden nacional como local que se dicten en el interés público, protectivas de los derechos de incidencia colectiva. Este límite en realidad constituye un corolario o complemento de la necesaria compatibilidad, la cual, en este punto, debe ser analizada en función del complejo normológico protectorio de los derechos supraindividuales.
- Todo derecho individual halla una limitante en su ejercicio, cual es la preservación del ambiente protegido conforme al concepto de éste incluido en la cláusula ambiental constitucional (art. 41, CN): el ambiente constitucionalmente protegido es aquel conformado por el patrimonio natural y el patrimonio cultural. El Código recepta y entiende la importancia que tiene la protección ambiental: sin ambiente no hay vida, sin vida no hay especie humana, no hay humano, no existe la razón central de la existencia del Derecho (*ubi societas ubi jus*). El derecho a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano deviene en principal, dado que si no se respeta ese derecho no se cuida el bien jurídico protegido ambiente¹⁰.

son divisibles en modo alguno. *Derechos individuales homogéneos*: en estos supuestos una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros en cuanto a que se permiten procesos colectivos, como lo proponemos en materia de responsabilidad. Se distinguen de los segundos porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles, como el ambiente. Esta clasificación tiene un impacto decisivo en las normas referidas al patrimonio, contratos y responsabilidad civil [...] La Sección 3ª trata de los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva donde se innova en gran medida respecto de proyectos anteriores y de otros códigos. En tanto, conforme al Título Preliminar, se reconocen derechos individuales que recaen sobre bienes que integran el patrimonio y derechos de incidencia colectiva que son indivisibles y de uso común. Para ser coherente con ese principio, el Anteproyecto introduce reglas mínimas relativas al ejercicio de los derechos sobre ciertos bienes privados o públicos o colectivos en relación a los derechos de incidencia colectiva al incorporar limitaciones y presupuestos mínimos de protección ambiental, de acceso a la información medioambiental y a la participación en las discusiones sobre decisiones medioambientales. Además se establece el derecho fundamental de acceso al agua potable”.

¹⁰ Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y Ernesto Solá afirman que “El texto remitido al Congreso de la Nación y finalmente aprobado por ley 26.994 reconoce a los derechos individuales y a los derechos de incidencia colectiva, estableciendo el artículo 11,

III. El bien jurídico ambiente y el derecho humano al ambiente

El bien jurídico protegido ambiente es un bien del tipo complejo, integrado por diversos elementos, pero que, a su vez, dimana como

como se anticipó, que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los primeros cuando puedan afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. La alteración no sólo implicó suprimir la categoría de los derechos individuales homogéneos del elenco del artículo 14 sino, también, remover la sección referida a los daños a los derechos de incidencia colectiva, originariamente previstos en los artículos 1745, 1746, 1747 y 1748 del Anteproyecto y ha merecido la crítica de la doctrina (De Los Santos, Rivera, Basterra o Stiglitz, entre otros). Sobre el particular, Giannini advierte que en los Fundamentos del mensaje de elevación del Proyecto, presentado el 6 de junio de 2012, el Poder Ejecutivo nacional parece indicar que los derechos individuales homogéneos han quedado comprendidos entre las variantes de intereses tutelados en el nuevo Código, pues en el párrafo 41 se dice: ‘En materia de responsabilidad civil el Proyecto resulta innovador al articular los diferentes tipos de derechos: aquellos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los derechos individuales homogéneos y los derechos de incidencia colectiva, con las funciones preventiva, punitiva y resarcitoria’. De ahí que el autor sugiere la posibilidad de dos lecturas: o el mensaje entiende que los derechos individuales homogéneos integran la categoría de los derechos de incidencia colectiva, o se ha incurrido en un error al mantener la referencia a la incorporación ‘innovadora’ de los derechos individuales homogéneos, sin advertir que la categoría contenida en el artículo 14, inciso b, del Anteproyecto original había sido suprimida al remitirse el documento al Congreso, tesis que encuentra respaldo en la decisión de remover, además, los artículos 1746 y siguientes del Anteproyecto, en los que se regulaba con buena técnica algunos aspectos de la acción de resarcimiento grupal de los daños a los derechos individuales homogéneos. No obstante lo expuesto, Giannini considera que los derechos individuales homogéneos deben ser incluidos en la categoría de los derechos de incidencia colectiva, sin importar si se trata de prerrogativas patrimoniales o extrapatrimoniales, interpretación amplia que ha sido sostenida por otros autores, como Salgado, quien considera que frente a la tesis negatoria debería desandarse un camino similar al que llevó al dictado del citado fallo ‘Halabi’ y a otros que admitieron esa forma de tutela, con sustento en que la Constitución Nacional en su artículo 43 también contiene la única expresión ‘derechos de incidencia colectiva’ y como no se trata de un precepto limitativo o excluyente, se pudo llegar a la recepción jurisprudencial mencionada. En similar sentido ha señalado Solá que el artículo 43 de la Constitución crea las acciones de clase como una fuente normativa plena que no requiere de una norma inferior para su vigencia” (v. RIVERA, J. C. y MEDINA, G., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, arts. 1º a 400). En la misma obra, Leopoldo L. Peralta Mariscal, comentando los artículos 240 y 241, sostiene: “El artículo en comentario tiene la enorme importancia de relativizar el ejercicio de los derechos individuales en función de la protección de los derechos de incidencia

generador de derechos. Así, a partir de su protección, como elemento esencial para la existencia física, intelectual y cultural del hombre, se genera el derecho a un ambiente sano, como derecho humano. Este derecho humano al ambiente es comprensivo del acceso a los recursos elementales para la vida.

Los derechos humanos han sido concebidos como innatos al hombre, inalienables y universales. Los mismos constituyen una exigencia moral de todo sistema civilizado. Entiendo que se constituyen asimismo en principios, en la concepción de Alexy, como mandatos de optimización, cuando han de ser analizados en el caso concreto en cuanto se generen tensiones, pero, asimismo, son de aplicación manifiesta en cuanto se despliegan en protección del ser humano¹¹.

colectiva. Esta normativa constituye una importante innovación respecto de proyectos anteriores y de otros códigos [...] Este artículo otorga un importante margen de incidencia a las normas de Derecho Administrativo dictadas en interés público, tanto nacionales como locales, en el ámbito del Derecho Civil, lo que implica una apreciable ampliación de fuentes y, en algún punto, una subordinación de las normas de Derecho Privado a las de Derecho Público, lo que puede generar problemas interpretativos [...] El puntapié inicial de los derechos de incidencia colectiva en nuestro Derecho positivo está dado por el artículo 43 de la Constitución Nacional, reformado en 1994. A partir de allí se le dio jerarquía de nuevos derechos y garantías constitucionales y se establecieron vías específicas de protección como el amparo colectivo. Antes de ese hito sólo se hablaba de ‘intereses difusos’ o ‘intereses colectivos’, sin referencia directa a los derechos de incidencia colectiva. Si bien esta normativa implica un importante avance en la materia, lo es en menor medida que el Anteproyecto originario, que era mucho más amplio y puntilloso en estas cuestiones (Azar). Los derechos de incidencia colectiva son aquellos que garantizan a la humanidad una vida digna y sustentable a futuro, de allí su importancia estratégica y la preocupación de las legislaciones modernas por su regulación. Sin ellos se tornaría cada vez más difícil el ejercicio de los derechos individuales y esta circunstancia justifica la anteposición de aquéllos sobre éstos”.

¹¹ Así, la Declaración de Viena (1993) expresa: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales [...] La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia

Se ha entendido a los derechos humanos como de eficacia directa, en cuanto la aplicación de las disposiciones convencionales internacionales de derechos humanos directamente en el Derecho interno argentino, sin necesidad de su reglamentación legislativa¹².

Específicamente, en cuanto a la construcción normológica del derecho al ambiente como un derecho humano, encontramos los siguientes documentos internacionales:

- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, ratificado por ley 24.658, que en su artículo 11 dispone: “*Derecho a un medio ambiente sano*. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional. La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero [...] El derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce que el vertimiento ilícito de sustancias y desechos tóxicos y peligrosos puede constituir una amenaza grave para el derecho de todos a la vida y la salud. Por consiguiente, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos hace un llamamiento a todos los Estados para que aprueben y apliquen rigurosamente las convenciones existentes en materia de vertimiento de productos y desechos tóxicos y peligrosos y cooperen en la prevención del vertimiento ilícito”.

¹² V. CSJN en el *leading case*, *in re* “Simón, Julio Héctor y otros”, L. L. 2005-E-331, con nota de Nicolás Diana, Gonzalo S. Kodelia y Florencia Moscariello; L. L. 2005-D-651, con nota de Gregorio Badeni y Fernando R. Moreno; L. L. 2005-D-520, con nota de Calogero Pizzolo; L. L. del 30-6-2005, p. 4, con nota de Roberto J. Boico; L. L. 2005-D-142, con nota de Roberto J. Boico; L. L. del 21-6-2005, p. 6, con nota de Andrés Gil Domínguez; L. L. 2005-C-845, con nota de Andrés Gil Domínguez; L. L. 2005-F-24, con nota de Pablo L. Manili; J. A. 2005-IV-378, Supl. Penal 2005 (julio), p. 20, con nota de Gregorio Badeni y Fernando R. Moreno; *Fallos*: 328:2056, cita online AR/JUR/602/2005.

- Convención sobre los Derechos del Niño, la cual en su artículo 29 dispone: “1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a [...] e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural”.

Dado que la vida del hombre depende del ambiente en el cual se halla inserto, del cual forma parte, el derecho al ambiente se origina en el derecho a la vida, con lo cual se hallaba subyacente en: a) Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, artículo 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, y b) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo I, “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona”.

En el ámbito de la UE, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone en su artículo 35 que “Todas las políticas de la Unión garantizarán la protección y conservación de un entorno con la calidad de vida adecuada, así como la mejora de la calidad del medio ambiente, teniendo en cuenta el principio del desarrollo sustentable”.

Existen numerosos tratados internacionales de protección especial ambiental, ratificados por la Argentina, como asimismo en el ámbito nacional la Ley General del Ambiente (de presupuestos mínimos ambientales) y leyes especiales de presupuestos mínimos ambientales. Así:

- Ley 22.344, que aprueba la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre.
- Ley 23.918, que aprueba la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres.
- Ley 23.724, que aprueba el Convenio de Viena para Protección de la Capa de Ozono.
- Ley 23.778, que ratifica el Protocolo de Montreal, relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono.
- Ley 23.919, que aprueba el Convenio relativo a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Ramsar).
- Ley 23.922, que aprueba el Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación.

- Ley Nacional 24.216, que aprueba el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente.
- Ley 24.295, que aprueba la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático.
- Ley 24.375, que aprueba el Convenio sobre la Diversidad Biológica.
- Ley 24.623, que aprueba el Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del Mercosur.
- Ley 25.438, que aprueba el Protocolo de Kyoto sobre Cambio Climático.
- Ley 25.568, que aprueba la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas.
- Ley 25.841, que aprueba el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur.
- Ley 25.279, que aprueba la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos, adoptada en Viena.
- Ley 26.011, que aprueba el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.
- Ley 26.562 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para Control de Actividades de Quema en todo el Territorio Nacional.
- Ley 25.612 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental sobre la Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios.
- Ley 25.675 General del Ambiente, de Presupuestos Mínimos para el Logro de una Gestión Sustentable y Adecuada del Ambiente, la Preservación y Protección de la Diversidad Biológica y la Implementación del Desarrollo Sustentable.
- Ley 25.670, de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de los PCBs.
- Ley 25.688 de Presupuestos Mínimos Ambientales, para la Preservación de las Aguas, su Aprovechamiento y Uso Racional.

- Ley 25.831 de Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental.
- Ley 25.916 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión Integral de Residuos Domiciliarios.
- Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos.
- Ley 26.639 de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.

En suma, el derecho a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano deviene en un derecho humano. Esta calidad, y en función de lo antedicho, conforme los instrumentos de Derecho Internacional Público mencionados, lo hace directamente operativo en nuestro país¹³.

IV. La luz solar

Uno de los componentes del ambiente natural lo constituye la luz solar. Los centros urbanos conforman enormes centros fagocitadores de recursos naturales. Dentro de los recursos que necesitan y utilizan se encuentra la energía. La demanda energética en las ciudades crece constantemente, y también crecen, en consecuencia, los efectos adversos hacia el ambiente. A fin de paliar tales impactos negativos, entre ellos el calentamiento global, se hace hincapié en la necesidad de energías alternativas o sustentables. Entre ellas encontramos la luz solar. Así, el acceso, uso y aprovechamiento de la energía solar adquiere hoy una enorme importancia en las ciudades. Sin embargo, lo cierto es que la dinámica inmobiliaria genera obstrucciones a la posibilidad de captación de dicha energía, especialmente por parte de pequeños

¹³ Valls entiende al derecho al ambiente como “inherente al derecho a la vida, pues protege la integridad física de la persona. Es inherente también a la libertad y a la igualdad, por cuanto protege, asimismo, su integridad moral. Está implícito en el tríptico romano *honeste vivere, alterum non ledere, jus suum cuique tribuendi* y ello siempre aparece difuso en todo el sistema jurídico”. Afirma que, en consecuencia, se caracteriza por natural, humano, universal, absoluto, que debe ser reglamentado, cuya violación puede no causar perjuicio económico, inalienable e imprescriptible y la contracara del deber de preservarlo (v. VALLS, M., *Manual de Derecho Ambiental*, Ugerman, Avellaneda, 2001).

inmuebles, casas o departamentos y espacios públicos. El acceso a la luz solar se define como “la continua disponibilidad de luz solar directa que posee una edificación y sin obstrucción de otra de propiedad (edificios, vegetación u otro impedimento)”¹⁴, entendido en el Derecho anglosajón como “servidumbre”.

La Provincia de Santa Fe –verbigracia– cuenta con diversas normas tendientes a garantizar y propiciar el uso de la luz solar. Así, por ejemplo, el programa “Un sol para tu techo”¹⁵, la Ordenanza 8784 de la Municipalidad de Rosario, cuyo artículo 1° dispone que “El objeto de la presente ordenanza es declarar y regular la incorporación obligatoria de sistemas de captación de energía solar de baja temperatura para la producción de agua caliente sanitaria en todos los edificios públicos e instalaciones públicas situadas en la ciudad de Rosario”; la Ordenanza 9638 de la misma ciudad que regula la recarga solar de celulares en lugares públicos, etcétera.

El CCyC no regula expresamente el derecho a la luz solar urbana, sino que lo reconoce al referirse al mismo en el contrato de locación

¹⁴ MCCANN KETTLES, Colleen, *A Comprehensive Review of Solar Access Law in the United States. Suggested Standards for a Model Statute and Ordinance*, Florida Solar Energy Research and Education, disponible en <http://www.solarabcs.org/about/publications/reports/solar-access/pdfs/Solaraccess-full.pdf>: “«Solar easements» refers to the ability of one property to continue to receive sunlight across property lines without obstruction from another's property (buildings, foliage, or other impediment)” (consultado el 10-8-2016).

¹⁵ “Este Programa apunta a facilitar la adquisición de calefones solares en la Provincia de Santa Fe, a través de una línea preferencial de crédito ofrecida por el Banco Santa Fe a las familias santafesinas. Dicha línea cuenta con dos opciones, una de préstamos personales a tasas bajas hasta en 60 cuotas mensuales y otra de pago con tarjeta de crédito hasta en 18 cuotas sin interés. El objetivo es que los hogares de cualquier localidad de la Provincia puedan afrontar el costo inicial del equipo y optar por un calefón solar. ‘Un sol para tu techo’ fomenta la financiación de equipos de fabricación nacional que cumplan con los requisitos establecidos por la Subsecretaría de Energías Renovables y que cuenten con la aprobación del INTI. El Proyecto está destinado a todos los habitantes de la Provincia que quieran acceder a los créditos para la compra de calefones solares. Especialmente a aquellos ciudadanos que actualmente no cuentan con acceso a la red de gas natural, ya que en dichos casos permite un importante ahorro con la utilización de energía solar para el calentamiento del agua...” (disponible en <https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/157867/%28subtema%29/202790> [consultado el 10-8-2016]).

urbana. Así, en el artículo 1204 dispone: “*Pérdida de luminosidad del inmueble*. La pérdida de luminosidad del inmueble urbano por construcciones en las fincas vecinas, no autoriza al locatario a solicitar la reducción del precio ni a resolver el contrato, excepto que medie dolo del locador”. La norma resuelve que no se considera un vicio oculto que habilite la rescisión contractual o disminuir el precio de la locación que el inmueble devenga oscuro como consecuencia de construcciones en inmuebles vecinos, tomando la solución inversa al Código de Vélez, que sí lo habilitaba en el artículo 1605, el cual refería a “volverse la casa oscura”. De hecho, la pérdida de luminosidad, existente a la fecha de la formalización de un contrato de compraventa, no habilita el ejercicio de la garantía por defectos ocultos (arts. 1051 y 1053 del CCyC), pero la “oscuridad” influye en el precio de mercado: vale menos una casa oscura que una luminosa. Pero ello refiere a la relación entre comprador y vendedor, y no a la relación del titular del inmueble respecto de quien lo priva de su derecho.

El Código velezano refería ya al derecho a recibir luz solar. La prohibición a reclamar por la privación de tal derecho en el marco del contrato de locación, si bien es un retroceso –contradictorio con toda la hermenéutica del CCyC en orden a la prioridad de los derechos humanos– demuestra que la cuestión representa un problema, por cuanto la pérdida de luminosidad, el devenir de una casa en “casa enferma”¹⁶

¹⁶ “En los ecosistemas se habla comúnmente de servicios de la naturaleza como aquellos que los ecosistemas prestan posibilitando la vida en nuestro planeta, como la absorción del agua de lluvia, el suministro de agua, el aire, las especies arbóreas que ayudan a limpiar la atmósfera y protegen de los vientos, etcétera. Aunque parezca obvio, la radiación solar, así como sus efectos, también debería considerarse como servicio de la naturaleza siendo que el mismo no sólo posibilita la vida en el planeta sino que, además, juega un rol de relevancia en relación con la generación y el consumo de energía en las ciudades. La radiación proveniente del sol –así como también la luz– forma parte sin duda de los activos ambientales, mientras que la falta de la misma bien podría considerarse como un novedoso pasivo ambiental. Como ejemplo simple se puede señalar lo que ocurre en el mercado inmobiliario, donde una vivienda sin luz natural suficiente (antiguamente conocida con el nombre de ‘casa enferma’) es ya acreedora de un importante pasivo mientras que otra con muy buena iluminación solar posee un activo ambiental fuertemente cotizado” (v. BAUTISTA, G., *Un nuevo desafío para las ciudades del siglo XXI: Garantizar y proteger el derecho al sol*, Área de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Defensoría del Pueblo

como consecuencia de la imposibilidad del acceso a la luz solar, evidencia, sin lugar a dudas, una disminución de la calidad de vida. El CCyC se enmarca en lo que ha dado en llamarse –entre otros nombres– la “constitucionalización del Derecho Privado”, orden plasmado en los artículos 1° y 2°, en general, y en particular en todos aquellos artículos que consagran de manera explícita o implícita la protección de derechos constitucionales. Esta sujeción al bloque de constitucionalidad pareciera ser una obviedad, pero lo que hace el CCyC es dar por tierra con un criterio que fue en una época dominante (aunque aún hoy encontramos resabios) en el sentido de entender a los derechos constitucionales –o cuanto menos a su mayoría– como meramente programáticos, siendo necesaria para su vitalidad la existencia de una ley reglamentaria.

Esta posición llevó a ensalzar la solución de los casos a la luz única de la ley, perdiéndose el faro de nuestra Carta Magna. Tal criterio, como dije, ha sido abolido, consagrando el nuevo Código precedentes jurisprudenciales de nuestro más alto tribunal nacional. El sistema del CCyC determina en los indicados artículos 1°, 2° y 3° que es función de los jueces, dentro de su jurisdicción y competencia, como integrantes de uno de los poderes del Estado contribuir, en cumplimiento de la manda constitucional, a la efectividad de los derechos humanos consagrados en la misma. En tal sentido se ha dicho que “Toda esta normativa marca una clara tendencia proteccionista del hombre considerado como una integridad física, psíquica y moral. Sin embargo es importante tener presente que la importancia de los derechos radica en que puedan hacerse efectivos. Porque los derechos como construcción social «no son más que lo que la realidad hace con ellos y uno de los retos de este siglo en tornarlos eficaces...»”¹⁷ En consecuencia, y en virtud de aquello que hemos desarrollado hasta ahora, ponemos un signo de interrogación en la constitucionalidad del artículo 1204 del CCyC.

de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, disponible en <https://bibliotecalegalambiental.files.wordpress.com/2013/12/derecho-al-sol-dr-gabriel-bautista.pdf> [consultado el 10-8-2016]).

¹⁷ CALCATERRA, M., *El derecho a la salud como expresión de uno de los derechos humanos más elementales*, en *Derechos humanos y teoría de la realidad*, Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, Santa Fe, 2003.

Ahora bien, el punto es que el derecho a la luz solar urbana constituye un derecho del hombre, en cuanto integrante del derecho humano al ambiente, y su mención tangencial en la norma referida no hace más que ratificarlo. Dicho ello, frente a la violación concreta del derecho, nos preguntamos si puede accionarse en miras a su recuperación, o en miras a evitar que sea conculcado. Intentaré dar algunas aproximaciones, dejando sentado que la cuestión ameritará, sin duda, otras contribuciones que podrán enriquecer el debate.

En primer lugar, como adelanté, la venta de una casa enferma no da derecho al comprador a reclamar al vendedor (salvo dolo), dado que nadie puede transmitir un derecho más extenso que el que posee.

Dicho ello, ¿podrá el adquirente reclamar a quien lo priva de la luz solar? Si la privación puede ser solucionada por medios técnicos, razonablemente accesibles que requieran la colaboración del propietario del fundo limitante, entiendo que éste deberá prestar su colaboración, e incluso, según los casos, podrá contribuir económicamente a la solución. Lo que no podrá el propietario de la casa enferma es reclamar una indemnización, dado que al momento de la adquisición ya sabía que se encontraba privado del derecho.

Si la propiedad se encuentra recibiendo sin problemas luz solar, es posible que:

1) Se conozca una amenaza sobre la continuidad en la percepción. En tal caso, el titular del derecho podrá accionar preventivamente, por vía de las distintas acciones a su alcance, entre ellas la acción de prevención consagrada en el artículo 1711 del CCyC. El artículo 1711 dispone que “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”. La procedencia corresponde frente a cualquier acción u omisión antijurídica que amenace con producir un daño, o producido éste sea previsible su continuación o su agravamiento.

La acción halla su fundamento en la “función preventiva”. La misma se halla indicada en el Título V de la Sección 2ª del CCyC, y hace referencia al llamado “principio de prevención”, el cual debe ser ca-

talogado como un principio general del Derecho, el cual fuera ya receptado como principio en la Ley General del Ambiente 25.675.

En el marco del Derecho Ambiental, el principio de prevención invoca la necesidad de impedir la producción de un daño ambiental mediante una práctica, respecto de la cual se sabe conocido y previsible. La ley 25.675 lo define indicando que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. La reparación en el caso del daño ambiental deviene tardía y a veces imposible; y en función de la necesidad de proteger el ambiente en pos de la continuidad de la vida humana, la prevención implica una obligación inserta en el derecho-deber a un ambiente sano, que se traduce asimismo en la primaria acción del Estado, ya sea tanto desde el órgano Ejecutivo, como desde el Legislativo y el Judicial. La prevención es un rasgo distintivo del Derecho Ambiental¹⁸. El principio de prevención en definitiva implica lo dicho: el daño debe ser evitado, la reparación es una consecuencia necesaria pero no deseada, entendiendo que la reparación plena (*restitutio in natura* o *restitutio in pristinum*) resulta, la mayoría de las veces, de imposible cumplimiento. La idea misma de restitución al estado anterior, de alguna manera reconocía que la pretensión del Derecho era, precisamente, evitar el daño. Tal idea –de restitución al estado anterior– la encontrábamos en el artículo 1083 del Código Civil de Vélez¹⁹ hoy plasmado

¹⁸ Conforme CAFFERATTA, N., *El principio de prevención en el Derecho Ambiental*, en *Revista de Derecho Ambiental*, N° 0, 2004: “Es la regla de oro de la lucha por la defensa del medio ambiente. La tutela civil preventiva, que encuentra fundamento en el mismo texto constitucional, tiene sustento axiológico, cultural y, a la vez, económico en tanto coadyuva a la eficiencia”.

¹⁹ “...fijemos el concepto de lo que sea la *restitutio in pristinum*. Con este latinismo estamos haciendo referencia a la necesidad de devolver a su estado inicial las cosas, objetos o bienes en general de contenido medioambiental dañados con ocasión del actuar de un particular o, como en este caso, de las administraciones públicas. Podemos usar también otros latinismos parecidos para expresar la misma idea, tales como la reparación *in natura* o la reparación *quo ante*, pero nos parece mejor esta expresión, más común en el Derecho Civil Romano, donde se hablaba de *in pristinum statum redire*, o sea, de la devolución de los bienes dañados a su estado primario, mediando reparación a cargo del que lesionó. Tanto se usa esta expresión, que aún en Derecho italiano se emplea el verbo *ripristinare*, con idéntico sentido. Pero debemos aclarar

en el artículo 1740 del CCyC²⁰. Se ha pasado, entonces, de la “punición” decimonónica a la “prevención” en el marco de la sociedad del riesgo global. La sociedad de riesgo comienza allí donde falla la seguridad prometida en los sistemas de normas sociales en relación con los peligros desatados por las decisiones. Sostiene Beck que la sociedad de riesgo sucede como forma societal al capitalismo tardío o capitalismo de organización. Sus problemas nos han llevado a esta estructura social

que la reparación *in natura* no es exactamente lo mismo que la *restitutio in pristinum*, ya que aquélla es un concepto más amplio. Efectivamente, con esa expresión hacemos alusión no solamente a la restitución de la cosa a su estado inicial tras una lesión a la misma, sino que engloba también la evitación de futuros daños a la misma gracias a la adopción de medidas correctoras. También diferente es la reparación (o recomposición, como se dice en el art. 41 de la Constitución argentina) de la *restitutio in pristinum*. Usamos la perífrasis latina porque, como en tantas otras ocasiones, el latín expresa más sencillamente lo que en español tendría que traducirse con una larga locución. Para abreviar, y por motivos de generalidad, las leyes y sentencias suelen usar el verbo reparar el daño causado, que es el *genus* dentro del que está la *restitutio* como *species*. La reparación del daño implica la obligación de dejar indemne al que lo recibe, pero deja abierto al aplicador del derecho la fijación de los medios a usar: ya sea indemnización económica, valor de compensación, seguros, fondos de garantías, restitución en especie, valor de reposición, valor de equidad, valor de sustitución, etcétera [...] También diferente es la expresión latina *restitutio in integrum*, expresión ésta que a veces la jurisprudencia confunde con la que estamos tratando y que no es más que la reparación integral del daño causado. Cuando así decimos nos estamos refiriendo a que la naturaleza específica de los bienes ambientales requiere muchas veces para satisfacer al lesionado no solamente proceder al pago de cantidades monetarias sino también a regenerar el terreno dañado, compensarle el lucro cesante, etcétera, hasta conseguir compensar el daño sufrido [...] El vector económico que tanto se usa en el Derecho Privado no puede servir con exclusividad para restaurar los daños ambientales, y se requieren técnicas de mayor imaginación para compensar los riesgos y lesiones causados. Pero como quiera que la necesidad de restauración es uno de los principios fundamentales del medio ambiente, en contra de lo que muchos pretenden ficticiamente hacer pensar, nos hallamos en la obligación de intentar devolver el alma y el cuerpo de la naturaleza dañada a su anterior estado. Ésta es la causa de la dificultad y, a la vez, necesidad de la *restitutio in pristinum*, una institución lábil, resbaladiza y difícil porque marca la frontera entre la lógica y la justicia en el mundo del medio ambiente”. Así lo expresa SÁNCHEZ SÁEZ, A., *La “restitutio in pristinum” como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente*, en *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, N° 3, 1999.

²⁰ Art. 1740: “La reparación debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso...”

en la que la formación binaria riesgo-seguridad ha sido sustituida por la de riesgo-daño. Ello –asevera– ocurre porque el envejecimiento de la sociedad industrial ha permitido que el riesgo residual, controlado, haya dado paso al riesgo específico e inevitable. La consecuencia es que las propias instituciones sociales se convierten en las legitimadoras de peligros que no pueden controlar: se actúa siguiendo parámetros normativos del tiempo del riesgo controlado cuando ese eón ha pasado ya²¹. El principio de prevención a no dudar se condice elegantemente con el principio *alterum non ledere*.

2) El nuevo CCyC instituye la función preventiva del daño imponiendo como deber genérico de toda persona –en cuanto de ella dependa– de evitar causar un daño no justificado (inc. a, art. 1710), y adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud (inc. b, art. 1710) y no agravar el daño si ya se produjo (inc. c, art. 1710). En caso de que este deber genérico refiera a evitar o disminuir un daño del cual un tercero sería responsable, cabe el derecho de reembolso de los gastos en que hubiere incurrido (art. 1710, inc. c, segundo párrafo), de manera tal que en caso que el deber no sea observado por el obligado, cualquier tercero –más allá del ejercicio de la acción preventiva– puede llevar adelante las medidas que eviten o disminuyan el daño, en tanto cuente con un “interés razonable”, exigencia derivada de una interpretación sistémica con relación al artículo 1712, teniendo en cuenta la finalidad de la ley (art. 2º, CCyC), tanto –en esta oportunidad– desde la perspectiva del legislador como desde la inherente al sistema jurídico objetivamente considerado²².

3) El deber genérico impone –como indiqué– el evitar causar un daño no justificado, esto es, un daño antijurídico. Borra la antijuridicidad, la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho en los términos del artículo 1718.

²¹ BECK, U., *La sociedad del riesgo global*, trad. Jesús Alborés Rey, Siglo XXI, Madrid, 2002.

²² Ver sobre el tema de interpretación de la ley AZAR, A., *Del espíritu de la ley a los fines de la ley: concepto, evolución del concepto y alcance de la regla de interpretación legal*, en J. A. N° 3, 2015-1-3 y ss.

Adoptar, de buena fe y teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud. Las medidas que se requieren deben ser adoptadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso y conforme al principio general del derecho de la buena fe. El principio de la buena fe se halla consagrado en el artículo 9° del CCyC: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Constituye una imposición ineludible: nunca el ejercicio de un derecho puede ser contrario a la buena fe. El deber genérico de prevención impone tomar medidas que eviten el daño o lo atenúen. Dichas medidas deben ser ejercidas conforme al parámetro de la buena fe. La imposición del artículo 1710 guarda absoluta coherencia con el artículo 9° dado que el ejercicio de un derecho, en la medida que implique causar un daño antijurídico deviene contrario a la buena fe, a más de ilegal. Así, se impone la obligación de adoptar las medidas conducentes a su evitación o morigeración. El principio de la buena fe, en cuanto general, constituye un mandato de optimización.

En consecuencia, quien construya se halla obligado a evitar conculcar el acceso a la luz solar urbana, debiendo buscar las alternativas técnicas que impidan la afección de tal derecho. Si ello no es posible, en el caso concreto se deberá evaluar el grado de afección del derecho, a fin de verificar la compatibilidad de la actividad de construcción con el derecho, y en su caso indemnizar.

Si el derecho se afecta, porque, verbigracia, el titular del mismo no ha podido prever que tal cosa iba a ocurrir, quien lo ha afectado deberá restituir las cosas al estado original, y si —conforme cada caso— ello no es posible, indemnizar. Ha de tenerse en cuenta que los parámetros indemnizatorios no serán fáciles de determinar. Obviamente deberá, en primer lugar, verificarse qué daños (esto es, qué otros derechos) se han visto afectados como consecuencia de la privación de la luz solar. Así, verbigracia, puede verse afectado el derecho a la salud²³, la calidad de vida, aumento de humedades en el inmueble,

²³ “La energía solar es esencial para la subsistencia de la vida en el planeta Tierra. La energía que desprende el sol es la fuente de luz para nuestra visión, es la fuente constante y gratuita de radiación y calor que mantiene la vida en nuestro planeta. La luz que atraviesa la atmósfera y llega a la corteza terrestre provee un ritmo a nuestras

mayores gastos de electricidad o gas como consecuencia de impedirle acceder a la energía solar, etcétera. Por lo demás, este derecho constituye sin lugar a dudas un “derecho adquirido”²⁴.

vidas, sus movimientos informan a nuestra percepción el transcurrir del tiempo en el espacio, la alternancia día-noche, el cambio de estaciones, las épocas de siembra y cosecha, entre otros cambios. De acuerdo a Partonen, T. & Pandi-Perumal, S. R. (2010) muchas de las funciones endocrinas del cuerpo humano están guiadas por el ritmo circadiano, es decir el ciclo: día (luz), noche (oscuridad). La alteración a este ritmo perturba el funcionamiento normal del organismo; existen dos efectos muy conocidos de la afectación al ritmo circadiano: el *jet lag* y la alteración del sueño. Este ritmo es el encargado de regular en el cuerpo humano el ciclo sueño-vigilia, las secreciones hormonales, la temperatura del cuerpo, la actividad cardiovascular y el metabolismo en general. En la actualidad existe un aumento de enfermedades que están relacionadas [...] El acceso garantizado a la energía solar es por lo tanto primordial para el sostenimiento y la salud de nuestras vidas. Sin este acceso, nos enfrentaríamos a la incertidumbre y desorientación; nuestro metabolismo se perturbaría, nos enfrentaríamos a un desequilibrio hormonal y psíquico” (v. FRANCO, R., *Acceso solar: Estudio comparativo de acceso solar por el método descriptivo entre las ciudades: Jerusalén, Israel [31,8° Norte] y Bogotá, Colombia [4,5° Norte]*, Máster: Arquitectura, Energía y Medioambiente, 2013-2014, Universitat Politècnica de Catalunya-ETSAB, disponible en http://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2099.1/24081/RicardoFranco_TFM.pdf [consultado el 10-8-2016]).

²⁴ “El mismo recurso ‘radiación solar’ está limitado por la actual volumetría de construcción y FOS (Factor de Ocupación del Suelo) en las ciudades. En tal sentido y observando la importancia de acceder de forma segura a este recurso renovable, el mismo debería considerarse como un derecho adquirido que condicione otras construcciones. Si un propietario invierte en una propiedad con buena radiación solar y decide optar por un consumo más sostenible de energía mediante la utilización de colectores térmicos y paneles fotovoltaicos, entonces está contribuyendo a la sostenibilidad del sistema y por ende a la sostenibilidad de su ciudad. En el caso particular de la Ciudad de Buenos Aires, a partir de la aprobación de la ley CABA 4024 esto será debidamente reconocido y recompensado mediante exenciones impositivas, ya que sin lugar a duda tal situación no sólo genera ahorros energéticos, coadyuvando al desarrollo sostenible, sino que la misma puede destinarse a sectores hoy sin real acceso a los servicios públicos básicos. En la medida en que los paneles solares fotovoltaicos y los colectores solares térmicos vayan siendo una opción a mayor escala, tanto para generar electricidad como para producir calentamiento de agua, entonces la necesidad de contar con accesos directos a la radiación solar va a ser cada vez mayor” (v. BAUTISTA, G., *Un nuevo desafío para las ciudades del siglo XXI: Garantizar y proteger el derecho al sol*, Área de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, disponible en <https://studylib.es/doc/7400094/un-nuevo-desaf%C3%ADo-para-las-ciudades-del-siglo-xxi-garanti...> [consultado el 10-8-2016]).

V. Conclusión

Si bien en algún momento se consideró como una suerte de “intangible” a este derecho, lo cual se traducía en la imposibilidad de reclamar por su violación, lo cual en definitiva era sustentar su inexistencia, a la luz de las normas constitucionales referidas y el sistema de Derecho general instaurado por el CCyC, tal derecho tiene una presencia real y concreta en el mundo jurídico, y las distintas jurisdicciones en el marco de su competencia deberán legislar sobre el particular²⁵.

El análisis verificado implica que, en defensa del bien colectivo, deberá primar éste frente a la regla del artículo 1981²⁶ del CCyC (correlativo del antiguo art. 2657 del CC). A ello ha de adunar que, conforme al artículo 1970, las limitaciones al dominio impuestas en el Capítulo 4 del Título III lo son en subsidio de las normas del Derecho Administrativo. De manera tal que la cuestión bajo análisis, incluso el conflicto con el artículo 1981 (resuelto como se vio en beneficio del derecho a la luz solar urbana), se resolverán en definitiva por las normas administrativas municipales, las cuales deberán respetar el derecho a la luz solar urbana, en razón de las normas de Derecho general contenidas en el CCyC que he referido al principio de este opúsculo y en virtud del propio artículo 41 de la CN.

Bibliografía

ABREU BARROSO, L., *Por una nueva función de la propiedad en el Derecho Agrario contemporáneo*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, N° 19, marzo de 2016, IJ-VC-205.

²⁵ “Después de la década de 1970 del siglo XX, el concepto de acceso a la luz solar ha derivado en una cuestión de estrictas regulaciones urbanas: estatutos, normas y leyes, tales como las llevadas a cabo en la planificación de las ciudades de Nueva York, Toronto, San Francisco, Tel Aviv, entre otras ciudades densas en el mundo, estas regulaciones tienden a garantizar el acceso a la energía solar y a luz del día para las personas y edificaciones a través de la idea inmediata de los ‘ángulos de obstrucción solar’ (Littlefair, P. [1998])” (v. FRANCO, ob. cit.).

²⁶ Art. 1981: “Quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de luz o de la vista”.

- ARCOCHA, C. y ALLENDE RUBINO, H., *Tratado de Derecho Ambiental*, Nova Tesis, Rosario, 2007.
- AZAR, A., *Del espíritu de la ley a los fines de la ley: concepto, evolución del concepto y alcance de la regla de interpretación legal*, en J. A. N° 3, 2015-1.
- BAUTISTA, G., *Un nuevo desafío para las ciudades del siglo XXI: Garantizar y proteger el derecho al sol*, Área de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, disponible en <https://bibliotecalegalambiental.files.wordpress.com/2013/12/derecho-al-sol-dr-gabriel-bautista.pdf> (consultado el 10-8-2016).
- BECK, U., *La sociedad del riesgo global*, trad. de Jesús Alborés Rey, Siglo XXI, Madrid, 2002.
- CAFFERATTA, N., *El principio de prevención en el Derecho Ambiental*, en *Revista de Derecho Ambiental*, N° 0, 2004.
- CALCATERRA, M., *El derecho a la salud como expresión de uno de los derechos humanos más elementales*, en *Derechos humanos y teoría de la realidad*, Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, Santa Fe, 2003.
- Declaración Final de Río+20 (2012), *El futuro que queremos*.
- ESAIN, J., *El principio de progresividad en materia ambiental*, en Lexis N° 0003/013499.
- FRANCO, R., *Acceso solar: Estudio comparativo de acceso solar por el método descriptivo entre las ciudades: Jerusalén, Israel (31,8° Norte) y Bogotá, Colombia (4,5° Norte)*, Máster: Arquitectura, Energía y Medioambiente, 2013-2014, Universitat Politècnica de Catalunya-ETSAB, disponible en http://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2099.1/24081/Ricardo-Franco_TFM.pdf (consultado el 10-8-2016).
- LORENZETTI, R. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII.
- MCCANN KETTLES, C., *A Comprehensive Review of Solar Access Law in the United States. Suggested Standards for a Model Statue and Ordinance*, Florida Solar Energy Research and Education, disponible en <http://www.solarabcs.org/about/publications/reports/solar-access/pdfs/So-lar-access-full.pdf> (consultado el 10-8-2016).
- RIVERA, J. C. y MEDINA, G., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, arts. 1° a 400.

RODRÍGUEZ MANCINI, J., *Código Civil y Comercial y su proyección en el Derecho del Trabajo*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015.

SÁNCHEZ SÁEZ, A., *La “restitutio in pristinum” como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente*, en *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, N° 3, 1999.

VALLS, M., *Manual de Derecho Ambiental*, Ugerman, Avellaneda, 2001.

“ESTA LOCA IDEA DE LA IGUALDAD”

SOBRE LA PERSISTENCIA DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

por ANALÍA AUCÍA¹

SUMARIO: 1. De la desigualdad a la igualdad formal. 2. El *cómo* de la desigualdad. 3. Sobre la posibilidad de la violencia. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Resumen

Este trabajo aborda críticamente algunos discursos filosóficos y científicos que han justificado la violencia contra las mujeres, por y para el *bien de las mujeres*, con el objeto de mostrar que, pese a que la igualdad formal es un camino indiscutible de conquista en el campo de las representaciones jurídicas, los avances legales son absolutamente insuficientes para desarmar las estructuras culturales que sostienen la violencia basada en el género como un modo relacional naturalizado entre los sexos, entendiendo a éstos como construcciones políticas-históricas. Las estructuras jurídicas-políticas producen y reproducen formas de violencia que, en la actualidad, operan con mayor fuerza en los cuerpos de las mujeres, aun cuando el camino de la ampliación de los derechos humanos se presenta prolífico, así como también al-

¹ Docente, investigadora de la Universidad Nacional de Rosario. Coordinadora del Programa Género y Sexualidades de la Facultad de Derecho, UNR. Máster en Sistemas Penales y Problemas Sociales, Universidad de Barcelona. Magíster en la Problemática de Género, UNR.

gunas políticas públicas que se implementan fragmentariamente para la erradicación de la violencia contra las mujeres. La propuesta apunta a mostrar algunas tensiones en estos procesos que parecen tener sentidos opuestos: la ampliación de las normas y conceptos de derechos humanos que nacen de las demandas de los movimientos sociales de mujeres, en un sentido, y en el otro, el recrudecimiento de la violencia contra las mujeres.

Abstract

This paper critically discuss some philosophical and scientific discourses that justify violence against women, by and *for the good of women*, in order to show that despite formal equality is an indisputable way of conquer in the field of legal representation, legal developments are absolutely insufficient to disarm cultural structures that support violence based on gender as a relational mode naturalized between genders, understanding these as historical-political constructions. Legal-political structures produce and reproduce forms of violence that currently operate more strongly in the bodies of women, even if the expanding of human rights presents itself prolific and as well it does some public policies that are implemented fragmentarily for the eradication of violence against women. The proposal aims to show some tensions in these processes that seem to have opposite directions: the extension of the rules and concepts of human rights arising from the demands of the social movements of women, in one sense and in the other, the upsurge violence against women.

Palabras clave

Igualdad. Derechos humanos. Violencia de género.

Keywords

Equality. Human Rights. Violence based on gender.

1. De la desigualdad a la igualdad formal

Desde las primeras reflexiones de los filósofos occidentales de la

Antigüedad² transitando por los largos siglos del Medioevo, en los cuales la hegemonía del pensamiento filosófico fue exclusivamente de carácter religioso³, se ha explicado, argumentado y reproducido la diferenciación de la humanidad en dos categorías de seres humanos, fundándose tal distinción en una diferencia anatómica designada como sexual: mujer y varón.

El pensamiento antiguo, basándose en un supuesto orden natural inmutable, y el pensamiento religioso medieval, alegando representar la voluntad divina en la tierra, justificaron que esa distinción entre *varones* y *mujeres*, en tanto formas humanas binarias de existir, opuestas, presentan características subjetivas no sólo diferenciadas sino también desiguales, jerarquizadas. Por más de veinte siglos las mujeres fueron pensadas y tratadas como seres humanos inferiores a los varones. El pensamiento hegemónico occidental explicó que, por la peculiar característica del aparato reproductor de las mujeres, las posibilidades de acción sólo pueden estar centradas en la reproducción, la vida familiar, los asuntos domésticos y la satisfacción de los deseos sexuales masculinos. Tal fue la fuerza histórica de tales argumentos que la mayoría de la humanidad los creyó y, así, actuó en consecuencia. La relación dicotómica varón-mujer se construyó como una estructura de poder desigual, en detrimento de la condición política-jurídica de las mujeres.

Según Carole Pateman, la diferencia sexual, es decir, lo que es *ser* “hombre” o “mujer”, ha sido una construcción que fue al mismo tiempo pensada como diferencia política; esta diferencia sexual en tanto diferencia política constituye un punto central para la sociedad civil⁴. Esa estructura de poder ha sido conceptualizada de diversas maneras: sistema “sexo-género”⁵, “patriarcado”⁶, entendiendo por este último el

² Ver, entre otros, *Timeo*, y *Teeetes* de Platón, y *La política* de Aristóteles.

³ Ver, entre otros, *Confesiones*, y *El matrimonio y la concupiscencia* de Agustín de Hipona, y *Suma teológica* de Tomás de Aquino.

⁴ PATEMAN, C., *El contrato sexual*, coedición Anthropos, Barcelona y Universidad Autónoma Metropolitana, México, Iztapalapa, 1995, p. 28.

⁵ Para ampliar el concepto ver RUBIN, G., *El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo*, en *Nueva Antropología*, vol. III, N° 30, México, 1986.

⁶ El patriarcado ha sido caracterizado por la filosofía política y, posteriormente, como el poder que ejerce el *pater familia* sobre el resto de quienes integran la unidad

sistema por el cual se otorga al *pater familia* y por extensión a los varones adultos de la familia el poder de dominio y control sobre los cuerpos de las mujeres, hijos, hijas y, en su caso, la servidumbre. Según Pateman, el Derecho paterno es sólo una dimensión del poder patriarcal, pero no la dimensión originaria. De acuerdo a su análisis, “el poder de un hombre en tanto padre deviene luego de que haya ejercido el Derecho patriarcal como hombre (esposo) sobre una mujer (esposa)”⁷.

La diferentes versiones de la “historia oficial”, escrita desde el silenciamiento de esta desigualdad estructural fundante de nuestra cultura, no enuncia las diversas formas en que el patriarcado ha excluido y exterminado sistemáticamente a las mujeres por su condición de tal. Visibilizar, hacer existir en la conciencia social la desigualdad y la exclusión, requiere de un trabajo de deconstrucción de las categorías dominantes del pensamiento y una revisión crítica de los acontecimientos que han quedado en los márgenes del constructo histórico que hemos aprendido. En este esfuerzo, Silvia Federici, en su trabajo *Calibán y la bruja*, al explicar la tortura y quema de mujeres bajo el mote de “bruja” durante los siglos XVI y XVII, tanto en Europa como en América, advierte que es muy difícil conocer la cantidad de “brujas” que fueron asesinadas⁸ por ausencia de registros; sin embargo, señala que algunas académicas “defienden que la cantidad de brujas ejecutadas equivale a la de judíos asesinados en la Alemania nazi”⁹.

Luego de la exclusión y degradación padecida durante siglos, las mujeres vimos llegar el siglo XVIII, “Siglo de las Luces”, por el cual

familiar: mujer, hijos, hijas y servidumbre. Para indagar en un análisis crítico del patriarcado desde la filosofía ver AMORÓS, C., *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Barcelona, 1991; PATEMAN, *El contrato sexual* cit.

⁷ PATEMAN, ob. cit., p. 12.

⁸ La autora expresa: “¿Cuántas brujas fueron quemadas? Se trata de una pregunta controvertida dentro la investigación académica sobre la caza de brujas, muy difícil de responder, ya que muchos juicios no fueron registrados o, si lo fueron, el número de mujeres ejecutadas no viene especificado. Además, muchos documentos, en los que podemos encontrar referencias a los juicios por brujería, aún no han sido estudiados o han sido destruidos” (FEDERICI, S., *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Traficantes de sueños, Madrid, 2010, p. 222, nota 3).

⁹ Íd. nota anterior.

transitaron decenas de pensadores que bregaron por los principios de la igualdad y la libertad, desarrollando fuertes argumentos para una reforma profunda de las relaciones sociales que permita la conformación de una nueva forma política denominada “contrato social”. Esta nueva forma política trajo cambios en el orden jurídico-aristocrático, ya que el contrato social sólo podía ser suscrito entre personas libres e iguales. Así, el ingreso a la modernidad bajo esta nueva organización social necesitó que se sancionaran normativas donde la libertad y la igualdad quedaran definitivamente selladas.

Una de las primeras declaraciones consideradas universales fue la francesa de 1789, conocida como Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Las activistas parisinas que luchaban por el acceso de las mujeres a los derechos políticos bajo la consigna de la igualdad y fraternidad vieron frustradas rápidamente sus ilusiones. La Declaración, pese a la prometedora característica de “universal”, no las incluía¹⁰. La persecución, el encarcelamiento y la muerte de las activistas francesas pusieron fin a la ilusión acerca de la pretendida *universalidad* de la Declaración producto de la Revolución Francesa. No sólo la mitad de la humanidad –las mujeres– quedaron excluidas del pacto social sino también los varones que revestían la condición de esclavos, negros y mulatos. Se desvanece así la creencia de que el término *hombre* es sinónimo de *humanidad*.

El Siglo de las Luces –Ilustración– aporta en la modernidad dos

¹⁰ En septiembre de 1791, la activista Olympia de Gouges le presenta a la reina un Proyecto de Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana para que fuera aprobado por la Asamblea Nacional, el cual se basó en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Algunos de los planteos que hizo de Gouges fueron los siguientes: “La mujer nace libre y tiene los mismos derechos que el hombre”; “nadie puede ser molestado por sus opiniones: si la mujer tiene derecho de subir al patíbulo, también tiene derecho de subir a la tribuna”; “la mujer participa en todos los trabajos y servicios penosos, por lo tanto, ha de tener la misma participación que el hombre en la distribución de cargos, cargas, dignidades e industrias”. De Gouges, junto a otras mujeres activistas por el derecho al voto, fue perseguida y, luego de permanecer un tiempo en la cárcel, en 1793 fue enviada a la guillotina. Para ampliar la exclusión de las mujeres del ideal universal ver AUCÍA, A., *¿A dónde están las mujeres? Los derechos humanos desde una perspectiva de género*, en *Revista Zona Franca*, Año XII, N° 13, CEIM, Facultad de Humanidades y Artes, UNR, Rosario, 2004

grandes propuestas políticas: la de la libertad y la de la igualdad. La legitimación de estas propuestas tiene su fundamento en la noción de estado de naturaleza del individuo: todos los individuos nacen libres e iguales porque todos son portadores de una razón natural común y originaria. De esta manera, se confiere a la razón y a los principios de libertad e igualdad un carácter de universalidad. La Ilustración se presenta en el siglo XVIII como un discurso filosófico que elimina las diferencias de raza y de sexo; sin embargo, al momento en que los varones, portadores de una doble condición jurídica en tanto *sujetos* y *objetos* del *contrato social*, quieren situar a las mujeres en este esquema se genera una tensión en el marco del planteo iusnaturalista que postula la *igualdad por naturaleza*. Nos encontramos con dos posicionamientos filosóficos distintos y opuestos respecto de las relaciones de igualdad o desigualdad entre mujeres y varones. Por un lado, François Poulain de la Barre –*La igualdad de los sexos*–, John Stuart Mill –*La esclavitud femenina*–, Nicolas de Condorcet –*Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía*– bregaban por la igualdad social y política entre hombres y mujeres¹¹. Del otro lado, el resto de los filósofos, la mayor parte de ellos contractualistas, justificaron la inferioridad “natural” de las mujeres, imponiéndose sus ideas como pensamiento dominante. En esta línea nos encontramos con Immanuel Kant, Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu y muchos enciclopedistas. De diversas formas, sutiles o explícitas, mantienen la tesis de que existen facultades y caracteres naturales específicamente femeninos que se distinguen de los masculinos, en función de los cuales se deriva una desigualdad práctica en cuanto a los derechos de ciudadanía. De una u otra manera, todos ellos justifican la servidumbre de las mujeres respecto de los varones; las mujeres por “naturaleza” están excluidas del espacio público, pero también por naturaleza están asignadas a la esfera doméstica. Este papel de sometimiento a un espacio –el doméstico–, desvalorizado y ligado exclusivamente a la reproducción de los miembros de la familia, fue funcional a la formación del prototipo de ciudadano activo que describe Kant y necesario para la consolidación del nuevo orden mundial capitalista. Este ciudadano

¹¹ Para Poulain de la Barre, la lucha contra el prejuicio de la desigualdad de los sexos se sostenía en la premisa “la razón no tiene sexo”.

activo, para poder desempeñar el papel político que le correspondía, supuestamente por *naturaleza*, necesitaba de un respaldo en la esfera privada del hogar que pudiera encargarse de su cuidado personal y de la crianza de hijos e hijas¹².

El *sujeto jurídico-político*, sustentado por la filosofía de la modernidad, es un sujeto que excluye a la mujer del modelo de ciudadanía¹³, confinándola en el espacio doméstico y atribuyéndole características de personalidad y psíquicas de origen natural, del mismo modo que atribuye, por *naturaleza*, el dominio pleno de la razón a los varones¹⁴. En palabras de Pateman, los teóricos del contrato no tuvieron la “intención de cuestionar el Derecho patriarcal original en su ataque al Derecho paterno”; el patriarcado hace mucho ya que ha dejado de ser *paternal* en tanto que “la sociedad civil moderna no está estructurada según el parentesco y el poder de los padres; en el mundo moderno, las mujeres están subordinadas a los hombres en tanto que varones,

¹² Como expone Femenías, para las mujeres “espacio privado” ha significado, sobre todo, privado de ley, privado de equidad, “donde la violencia simbólica y moral anteceden a la física” (FEMENÍAS, M.^a L., *Violencia de sexo-género: el espesor de la trama*, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M.^a L. y RUBIO, A. [coords.], *Género, violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 54).

¹³ Ver, entre otros, *Carta a D'Alembert*, y *Emilio o la educación* de Jean-Jacques Rousseau; *Crítica a la razón pura*, y *Lo bello y lo sublime* de Immanuel Kant; *El espíritu de las leyes* de Montesquieu.

¹⁴ Por ejemplo, en el último tomo de la obra *Emilio o de la educación*, Rousseau se va a referir a la educación de las mujeres y habla de *Sofía*. Todo el texto está plagado de justificaciones sobre las desigualdades entre varones y mujeres, niñas y niños. Entre otras cosas, señala: “En la unión de los sexos, cada uno concurre por igual al objeto común, no empero de un mismo modo: de esta diversidad nace la primera diferencia asignable entre las relaciones morales de uno y otro. El uno debe ser activo y fuerte, flaco y pasivo [...] Asentado este principio, se sigue que el destino especial de la mujer es agradar al hombre. Si recíprocamente debe agradarle el hombre a ella, esto es una necesidad menos directa: el mérito del varón consiste en su poder, y por eso sólo que es fuerte agrada. Ésta no es la ley del amor, confiésolo, es empero la ley de la naturaleza, más antigua que el amor mismo”. Más adelante, sostiene que las mujeres nunca dejan de estar sujetas a los hombres y no les está permitido mostrarse superiores a los juicios de los hombres. Las mujeres deben ser blandas y están destinadas a obedecer a los varones; “desde muy temprano debe aprender a padecer hasta la injusticia, y aguantar, sin quejarse, los agravios de un marido; que no por él, sino por ella, debe ser blanda” (ROUSSEAU, J., *Emilio o de la educación*, Pedro Beaume, Burdeos, 1817, Libro V, ps. 3, 4 y 32).

o a los varones en tanto que fraternidad”¹⁵. La autora hace notar que es errónea la interpretación habitual que se hace del pensamiento político moderno respecto de que “la teoría patriarcal y el Derecho patriarcal fueron muertos y enterrados hace unos trescientos años”¹⁶. Para Pierre Bourdieu sucede que “la fuerza del orden masculino se descubre en el hecho de que prescinde de cualquier justificación: la visión androcéntrica se impone como neutra y no siente la necesidad de enunciarse en unos discursos capaces de legitimarla”¹⁷. De ahí que podamos comprender que la no percepción de la estructura no significa que la misma haya dejado de existir.

El siglo XIX fue un momento en el que se sancionaron códigos civiles, penales y normativas en muchos países de nuestra región, en los cuales vimos cómo las mujeres aún no podíamos alcanzar el estatuto de sujeto pleno con iguales derechos a los que se autoadjudicaron los varones. Para nuestro Código Civil de 1869, las mujeres eran incapaces de hecho, según el estado civil estaban bajo el control y poder de padres y maridos; no podían ejercer genuinamente el derecho a la patria potestad sobre hijos e hijas, etcétera. Cuando las mujeres se casaban eran obligadas a agregar a su apellido el de su marido. Características similares se presentaban en el Código Penal, particularmente en lo relativo a la tipificación de los delitos sexuales, protegiendo fundamentalmente más que la libertad sexual y los cuerpos de las mujeres a la honra y honor de los varones de la familia. Muchas fueron las formas en que estas legislaciones reprodujeron formas de *violencia simbólica* contra las mujeres, sustrato de todas las formas de violencia física, psíquica, política y sexual.

El universalismo anunciado en el siglo XVIII se hizo esperar para las mujeres, para todas las mujeres con independencia de su pertenencia

¹⁵ PATEMAN, ob. cit., p. 12.

¹⁶ PATEMAN, ob. cit., p. 31.

¹⁷ Para él, el orden social “funciona como una inmensa máquina simbólica que tiende a ratificar la dominación masculina en la que se apoya”. Asimismo, hace notar que “tanto en la percepción social como en la lengua, el sexo masculino aparece como no marcado, neutro, por decirlo de algún modo, en relación al femenino, que está explícitamente caracterizado” (BOURDIEU, P., *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona, 2000, p. 22).

social, económica, étnica, etcétera, porque lo que se pone en juego en la restricción de acceso a los derechos con base en el género de las personas es, precisamente, la ubicación en el término –el lado– degradado del binarismo sexual: *femenino/mujer*¹⁸. La segunda mitad del siglo XX y la primera década del siglo XXI fueron escenarios de profundas conquistas legales del movimiento de mujeres a nivel internacional con repercusiones en lo local. Contamos con normativas internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU) del año 1948, en la que se logra introducir el concepto de “derechos humanos”¹⁹. Luego de esta primera declaración formalmente considerada “universal”, se perfila un camino de conquista de derechos por parte de los movimientos de mujeres con importantes repercusiones en las instancias de los sistemas de derechos humanos internacionales –Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (OEA)–. A partir de la década del '70 tienen lugar varios fenómenos jurídicos-políticos de relevancia para las mujeres. Uno de los hechos más importantes se da en 1979 cuando la Asamblea de las Naciones Unidas aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw). A partir del año 1990 se llevan a cabo una serie de conferencias internacionales y cumbres mundiales, organizadas por las Naciones Unidas, algunas de ellas de vital importancia en cuanto al reconocimiento de experiencias de vida de las mujeres como derechos humanos. Así, por ejemplo, en el año 1993 se lleva adelante la II Con-

¹⁸ Esta generalización con base en el *género*, concepto que siempre está modelado por el contexto cultural, en el cual es construida la diferencia sexual, es decir, no tiene carácter universalizante y homogeneizante de quienes se identifican con la mitad de la humanidad *mujeres*, no desconoce los atravesamientos diversos de origen cultural, de nacionalidad, las condiciones de clase social, de religión, etc., que hacen que las experiencias de las mujeres sean distintas, incluso muy diferentes entre sí. Se sabe que las formas de violencia basadas en el género se profundizan bajo otros determinados condicionamientos o características que construyen la identidad, tales como los que hemos mencionado.

¹⁹ Un grupo de mujeres delegadas de varios países, tras algunos meses de debate, lograron que se reemplazara el nombre de “Declaración Universal de los Derechos del Hombre” por “Declaración Universal de Derechos Humanos”. Además de estos logros, consiguieron que se incluyera en el art. 2º de la Declaración la no discriminación por razones de sexo.

ferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, en la cual se produjo un hecho histórico esencial: por primera vez se reconoce a los derechos de las mujeres como derechos humanos. Recién en Viena, en el año 1993, se proclamó que *los derechos humanos de las mujeres y las niñas son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales*. Otro logro de esta Conferencia fue tipificar la violencia contra la mujer como una violación de derechos humanos, lo que posibilitó reconocerle categoría de delito.

En el ámbito americano, en 1994 la OEA sanciona la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará. Todos estos instrumentos internacionales de derechos humanos establecen principios de igualdad de trato, de no discriminación por sexo o género, innumerables derechos relativos a las experiencias de vida de las mujeres, tales como el derecho a vivir una vida libre de violencia, el derecho a verse libres de prácticas estereotipadas, etcétera.

2. El cómo de la desigualdad

Observa María Ángeles Barrère Unzueta que la violencia contra las mujeres es un asunto político, no tanto por su presencia en la agenda política-legislativa de los Estados, de la comunidad internacional, sino en el hecho de que para llegar a ingresar en las agendas, el movimiento y los estudios de mujeres han teorizado sobre la violencia otorgándole un significado político, en tanto pone en cuestión el poder establecido en favor de los varones. Así, una vez que la violencia contra las mujeres, conceptualizada como estructura de dominio-s subordinación, ingresa en la agenda política, “supone una auténtica revolución en la cultura jurídica”²⁰.

Conforme lo antedicho, en general las formulaciones jurídicas y las medidas estatales que se toman en materia de protección de derechos humanos han estado sucedidas de una larga lucha por el reconocimiento, la visibilidad y el acceso a los espacios sociales destinados sólo a un

²⁰ BARRÈRE UNZUETA, M.^a A., *Género, discriminación y violencia contra las mujeres*, en LAURENZO, MAQUEDA y RUBIO (coords.), *Género, violencia y Derecho* cit., p. 27.

sector social. En este sentido, el rol de las normativas de derechos humanos es formular paradigmas de humanidad que tienen un sustento filosófico-político y que constituyen el piso de las acciones y conquistas futuras. Las construcciones jurídicas de derechos humanos designan marcos ideales e irrenunciables de vida digna, marcos que son exigibles precisamente por su objetivación en normativas generales. Coincidentemente, Encarna Bodelón observa que el movimiento de mujeres a nivel mundial está expresando algunas de sus reivindicaciones en el Derecho. No obstante, reconoce que, tal como ella la denomina, esta “praxis jurídico-feminista no es nueva en términos históricos” aludiendo a las activistas del siglo XVIII que apelaron al Derecho para incluir a las mujeres, utilizando los propios fundamentos del Derecho liberal e intentando reformularlo²¹.

Es este reconocimiento político-jurídico de las mujeres el que permite la reformulación de la idea de sujeto moderno, con marcas de género, etnia y clase –masculino, blanco-occidental y propietario²²-. En efecto, tal como sugiere Femenías, las mujeres no le dan fuerza a sus prácticas y discursos desde un sentido de individualidad, por el contrario, generar modos de subjetividad filosófica y política sólo sería posible analizando las relaciones de poder²³ que constituyen lo masculino como dominante y lo femenino como subordinado. Así, sostiene la autora que el sujeto formal no es un punto de llegada, sino más bien un punto de partida que permite su reformulación en el interior de sí²⁴.

Resultan útiles los aportes de Michel Foucault sobre el poder, el saber y el Derecho. Como hemos visto en la breve mención del recorrido histórico del pensamiento filosófico occidental, los discursos hegemónicos han circulado produciendo efectos de verdad. Se pregunta

²¹ En cuanto a las activistas, menciona además de la ya citada Olympia de Gouges a la inglesa Mary Wollstonecraft (BODELÓN, E., *La violencia contra las mujeres y el Derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo*, en LAURENZO, MAQUEDA y RUBIO [coords.], *Género, violencia y Derecho* cit., p. 221).

²² Ver también FEMENÍAS, M.ª L., *Sobre sujeto y género. (Re)lecturas feministas desde Beauvoir a Butler*, 2ª ed. revisada y aumentada, Prohistoria, Rosario, 2012, p. 61.

²³ Íd., p. 59.

²⁴ Íd., p. 60.

Foucault “qué reglas de Derecho hacen funcionar las relaciones de poder para producir discursos de verdad, qué tipo de poder es susceptible de producir discursos de verdad que están, en una sociedad como la nuestra, dotados de efectos tan poderosos”²⁵. En relación con la fuerza constructiva de las *relaciones de poder*, se ha planteado en el apartado anterior cómo ciertos discursos filosóficos han tenido preeminencia sobre otros, reproduciendo concepciones acerca del contenido de lo femenino y masculino o, dicho de otro modo, en qué consiste ser *varón* o *mujer*. Las relaciones de dominación entre los sexos, siguiendo el planteo de Foucault, también están posibilitadas por el Derecho, en tanto instrumento que “hace funcionar relaciones que no son relaciones de soberanía sino de dominación”, entendiendo por Derecho no sólo a la ley sino también al “conjunto de los aparatos, instituciones, reglamentos”, y por dominación a las “múltiples formas de dominación que pueden ejercerse dentro de la sociedad”²⁶.

Los discursos con efecto de *verdad*, comenzando con Platón y Aristóteles, siguiendo con los exponentes del Medievo, de la Ilustración, hasta los discursos sustentados en la filosofía positivista del siglo XIX y comienzos del siglo XX, entre los cuales la medicina²⁷ –no sólo el Derecho– ha jugado un papel fundamental en la reproducción de las relaciones de dominación entre los sexos, tienen un claro y determinante condicionamiento político.

²⁵ FOUCAULT, M., *Genealogía 2. Poder, Derecho, verdad*, en *Genealogía del racismo*, Altamira, Buenos Aires y Nordan Comunidad, Montevideo, 1993, p. 24.

²⁶ Íd., p. 25.

²⁷ El neurólogo alemán Moebius, en su conocido texto *La inferioridad mental de la mujer*, publicado por primera vez en el año 1900, no escatima argumentos de orden biológico para justificar las posiciones sociales que deben asumir mujeres y varones. Así, entre otras cosas significativas, ha señalado: “La hembra humana no sólo debe parir los hijos, sino también cuidarlos, porque éstos [...] tienen necesidad de ser atendidos durante muchos años. *Precisamente, la necesidad de cuidar a los niños es la causa de que la diferencia entre los sexos sea más marcada en la especie humana que en los animales [...] La naturaleza exige de la mujer amor y abnegación maternales [...]* Por lo tanto, la deficiencia mental de la mujer no sólo existe, sino que además es muy necesaria [...] Si queremos una mujer que pueda cumplir bien sus deberes maternales, es indispensable que no posea cerebro masculino” (MOEBIUS, P., *La inferioridad mental de la mujer*, Bruguera, Barcelona, 1982, ps. 16 y 17. La cursiva pertenece al autor).

En acuerdo con algunos señalamientos de Foucault, quiero señalar que las condiciones políticas y económicas de existencia constituyen el suelo a través del cual se forman los sujetos –dirá Foucault, “sujetos de conocimiento”–, los dominios de saber y las relaciones con la verdad²⁸. En síntesis, lo que signifique ser un *ser humano mujer* o un *ser humano hombre* será, ni más ni menos, que los efectos de relaciones de poder y de saber, en los cuales el Derecho tiene un rol importante que jugar, desde el momento en que es uno de los instrumentos que pone en funcionamiento las relaciones de poder y de saber. Para este filósofo, “en la ciencia encontramos modelos de verdad cuya formación es el producto de las estructuras políticas que no se imponen desde el exterior al sujeto de conocimiento sino que son, ellas mismas, constitutivas de éste”²⁹. Estas relaciones entre la verdad, el saber y los sujetos femeninos pueden verse, por ejemplo, con Paul J. Moebius en toda su argumentación sobre la deficiencia fisiológica de las mujeres: “la mujer está dotada de una capacidad mental inferior a la del hombre y, además, la pierde prematuramente”. De aquí su rechazo al tratamiento que las leyes deben dar a varones y mujeres: “también la ley debe tener en cuenta la deficiencia mental fisiológica de la mujer, nuestras leyes están hechas solamente para hombres”³⁰. El neurólogo alemán critica duramente al tratamiento que la ley penal da a las mujeres porque considera que se trata a las mujeres y a los hombres por igual, resultando “una gran injusticia juzgar a los dos sexos del mismo modo”, ya que “el pertenecer al sexo femenino no vale, en modo alguno, como circunstancia atenuante”, es decir, las leyes no tienen “presentes las cualidades psíquicas de la mujer, y sobre todo la incapacidad para dominar las tempestades afectivas y la falta del sentido de equidad”³¹.

Se puede advertir cuáles serán las conclusiones de Moebius respecto de la lucha por la igualdad formal. Para él, “las feministas son arras-tradas por la manía de la emancipación”; reivindicar la igualdad ba-sándola en el principio de que todos los hombres son iguales, como

²⁸ FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1991, p. 32.

²⁹ *Íd.*, p. 33.

³⁰ MOEBIUS, ob. cit., ps. 19 y 21.

³¹ *Íd.*, p. 20.

pretendían los revolucionarios de tiempos atrás, es predicar una estupidez, porque los hombres no son iguales, y mucho menos los dos sexos”; en definitiva, la igualdad es una *idea loca*³².

Dentro de la lógica productora de los sujetos, el cuerpo de las mujeres ha sido considerado, históricamente, *el cuerpo otro*; parece comprensible, entonces, que esta manera de dar formato a lo femenino haya sido la condición de exclusión de la mujer en los órdenes político, jurídico y social. Quizá es por todo esto que, retomando las ideas de Barrère Unzueta, si la significación de la violencia tiene un sentido político y su ingreso en las normativas en términos de mandato de *erradicación de la violencia contra las mujeres* revoluciona la cultura jurídica, del mismo modo, también aparece como revolucionario el reconocimiento de la igualdad ante la ley y la no discriminación en el acceso a los sistemas de justicia. En este sentido, Femenías sugiere que “la fórmula de igualdad de derechos ante la ley es portadora de un mensaje de verdadera transformación ética de la sociedad”³³.

3. Sobre la posibilidad de la violencia

Pese a que las mujeres a partir del siglo XIX ingresamos en el *universal normativo de la igualdad*, la violencia de género contra las mujeres, adultas y niñas se perpetúa. Sin embargo, no sólo persiste sino que pareciera que antiguas formas de violencia contra las mujeres fueran reactualizadas y hubieran adquirido mayor envergadura, crueldad y ensañamiento.

Existen en el planeta cientos de millones de mujeres demográficamente desaparecidas en razón de su sexo. Las prácticas de exterminio son variadas, algunas visibles y cruentas, otras sutiles, otras aceptadas social y culturalmente, pero todas tienen en común, entre otras cosas,

³² Íd., p. 83 del *Prólogo a la cuarta edición*. El autor diferencia la lucha por la igualdad en derechos civiles y políticos de la lucha por los derechos laborales, respecto de esta última lucha manifiesta su acuerdo. En este sentido, expresa: “En efecto, esta loca idea de la igualdad no tiene nada que ver con el movimiento del *proletariado femenino*; se trata solamente de la supresión de la miseria, fruto de nuestras desgraciadas condiciones sociales” (la cursiva pertenece al autor).

³³ FEMENÍAS, *Sobre sujeto y género. (Re)lecturas feministas desde Beauvoir a Butler* cit., p. 177.

que no causan indignación ni estupor a la comunidad internacional en su conjunto, que esas muertes no son investigadas y sus autores castigados, que los Estados no priorizan la eliminación de la violencia contra las mujeres en sus políticas públicas. Desde diversos discursos se ha comenzado a usar el término *generocidio* para hablar del genocidio invisibilizado de mujeres en todo el mundo³⁴.

El Banco Mundial, en su informe sobre igualdad de género del año 2012, afirma que las tasas de mortalidad femenina en relación con las de los varones son más elevadas, y más lo son aún en los países con ingresos bajo y medio. Allí se informó que anualmente la mortalidad femenina ascendía para el año 2011 a 3,9 millones de mujeres menores de 60 años y una buena parte de esas muertes son consideradas muertes basadas en el género³⁵. Entre las prácticas de exterminio de mujeres que han sido relevadas por investigaciones académicas e informes de organismos locales o internacionales, entre otros, se pueden señalar: a) feticidio e infanticidio selectivo para eliminar a las niñas³⁶. El reciente informe del Banco Mundial plantea que “Las niñas que no llegan a nacer son un reflejo de una discriminación manifiesta en el hogar, consecuencia de la suma de una fuerte preferencia por hijos varones y de la reducción de la fertilidad y la difusión de las tecnologías que permiten que los padres conozcan el sexo antes del nacimiento”³⁷; b) la trata de mujeres –adultas, adolescentes y niñas– para explotación sexual acarrea un número incalculable de muertes di-

³⁴ ALÍ, A., *Un genocidio contra las mujeres*, en *El País*, del 15-3-2006, disponible en http://elpais.com/diario/2006/03/15/opinion/1142377205_850215.html (fecha de consulta: 27-8-2016). Ver también *Gendercide. The worldwide war on baby girls*, en *The Economist*, del 4-3-2010.

³⁵ “Aproximadamente dos quintas partes de ellas no llegan a nacer, una quinta parte muere durante la infancia y la niñez y las dos quintas partes restantes lo hacen entre las edades de 15 y 59 años” (Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2012. Panorama general. Igualdad de género y desarrollo*, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, Washington, 2011, p. 14).

³⁶ Para ampliar información ver CAMPOS MANSILLA, B., *Feticidio e infanticidio femeninos*, en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, vol. 27, Nº 3, Universidad Complutense de Madrid, 2010, disponible en <http://revistas.ucm.es>.

³⁷ Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2012. Panorama general. Igualdad de género y desarrollo* cit., p. 15.

rectas e indirectas producto de las condiciones de explotación³⁸; c) la mutilación genital de niñas causa, además de problemas de salud durante el resto de sus vidas, centenares de muertes; d) la falta de alimentos y de asistencia médica, fundamentalmente de las niñas, para privilegiar la atención de los varones –adultos o niños– de la familia; e) los femicidios por violencia doméstica o por violencia perpetrada en la comunidad³⁹; f) el fuerte desinterés respecto de los procesos reproductivos de las mujeres, en muchos países, produce una elevada tasa de mortalidad materna⁴⁰; g) el abandono de niñas por su condición de tal, por considerarlas una carga para la familia o porque cuando se toman decisiones de reducir miembros de la familia en situaciones sociales de exclusión se prefiere a los niños.

Es evidente que la existencia de órganos y normativas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos no son suficientes para desmontar las relaciones violentas y de discriminación hacia las mujeres. Por otra parte, si reflexionamos sobre cómo los Estados y los organismos internacionales han tratado los genocidios por razones políticas, sociales o étnicas, caben las siguientes preguntas: ¿Cuántos tribunales especiales se han creado para juzgar la comisión de estos genocidios?, ¿cuántos museos se han creado para dar cuenta de los genocidios de mujeres –*generocidios*– y recordar a las víctimas?, ¿cuántas comisiones de la verdad y justicia se han instituido para investigar estos crímenes?, ¿en qué asignaturas del sistema escolar y de las carreras terciarias y universitarias se habla de los asesinatos de mujeres basados en su género?⁴¹. En este sentido, Segato, en *Las estructuras*

³⁸ Ver CACHO, L., *Esclavas del poder*, Debate, Barcelona, 2010.

³⁹ Para datos no oficiales en Argentina ver el sitio web de La Casa del Encuentro, <http://www.lacasadelencontro.org>; las estadísticas de femicidios en Chile se pueden ver en el sitio oficial de Sernam, <http://estudios.sernam.cl>; para estudios sobre América Latina ver sitio web <http://www.feminicidio.net>.

⁴⁰ Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2012. Panorama general. Igualdad de género y desarrollo* cit., p. 16.

⁴¹ Varela explica que “el discurso misógino, es decir, el odio, rechazo, aversión y desprecio de los hombres hacia las mujeres y, en general, hacia todo lo relacionado con lo femenino, permanece aún impregnando en buena parte de la sociedad mundial” (VARELA, N., *La nueva misoginia*, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 19, 1^{er} semestre de 2012, p. 40).

elementales de la violencia, llama la atención respecto de la ineficacia de la ley para, por su sola existencia, cambiar la conciencia social y las maneras de relación entre los sexos con el fin de eliminar la violencia. Señala que tanto el turismo sexual como la explotación de niñas, niños, los femicidios, “no muestran indicios de ceder ante la andanada legislativa”. Por un lado, tenemos la ley que se pretende igualitaria, pero detrás del *contrato igualitario* aparece “el sistema de estatus que ordena el mundo en géneros desiguales, así como en razas, minorías étnicas y naciones desiguales”⁴². La dificultad para erradicar la violencia reside en que ésta es una dimensión “inherente en la propia dinámica tradicional de género, prácticamente inseparable de la estructura misma, jerárquica, de esa relación”⁴³.

Esa afirmación acerca de la relación entre construcción binaria de los sexos y violencia está presente en muchos otros estudios. Para Miguel Lorente, la violencia hacia las mujeres no es consecuencia de la desigualdad entre los sexos sino, por el contrario, un instrumento fundamental que ha posibilitado la propia construcción de la desigualdad; es decir, la violencia le es inherente a la cultura patriarcal, es “un elemento esencial para levantar la estructura sobre la que edificar la sociedad”⁴⁴, de ahí que se comprenda cómo la violencia se ha perpetuado a lo largo del tiempo.

Explica Bourdieu que la violencia simbólica⁴⁵ es, en realidad, la

⁴² SEGATO, R., *Las estructuras elementales de la violencia*, Universidad Nacional de Quilmes, 2003, p. 137.

⁴³ Íd., p. 133.

⁴⁴ LORENTE ACOSTA, M., *¡Me alegro de reconocerte! Juventud, identidad y violencia de género*, en *Revista de Estudios de Juventud*, N° 86, 9 de septiembre, Juventud y violencia de género, Ministerio de la Igualdad, Gobierno de España, p. 24.

⁴⁵ Ver BOURDIEU, *La dominación masculina* cit., ps. 50 y ss. Para entender en este trabajo la referencia a la violencia simbólica me remito a la historización realizada en el punto 1, *De la desigualdad a la igualdad formal*, la cual permite ver cómo se ha construido la posición femenina —o a las mujeres— como una posición culturalmente inferiorizada a través de los discursos filosóficos y científicos. Para ampliar el concepto de violencia simbólica me remito a la definición de la ley 26.485, que en el art. 5°, inc. 5°, expresa: “*Simbólica*: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad”.

que sostiene la violencia física: el orden patriarcal (en cualquiera de sus vertientes, en todos sus tiempos históricos, con sus diversas formas) es el sistema mítico-ritual que ratifica y naturaliza la asimetría fundamental en la cultura que, en última instancia, posibilita el uso de la fuerza y la muerte.

Es la repetición del ciclo de la violencia la que permite que el sistema se reproduzca y no la existencia de una *ley natural* que así lo determine; la cultura hace un esfuerzo por restaurar permanentemente la economía simbólica que organiza “la relación entre los estatus relativos de poder y subordinación representados por el hombre y la mujer como íconos de las posiciones masculina y femenina”⁴⁶. Mujeres y varones estamos marcados por los elementos simbólicos del patriarcado: mientras que la identidad maternal formatea la identidad de las mujeres, los varones están identificados con “el deseo de poder, la agresividad y la superioridad natural”⁴⁷. La subjetividad de los hombres, según Segato, se asienta en la “capacidad de dominar y de exhibir prestigio”, y es allí, “en esa posición jerárquica, que llamamos ‘masculinidad’, donde su sentido de identidad y humanidad se encuentran entramados”. Existe una economía de poder de la cual dan cuenta, por ejemplo, los rituales de iniciación masculina, los mitos de creación, que está “basada en la conquista del estatus masculino mediante la expurgación de la mujer”, su circunscripción dentro de los límites que la moral tradicional le destina y la construcción de “lo femenino” como algo maldito tanto en la vida política como en la psique de los hombres⁴⁸.

Femenías y Soza Rossi hacen una lectura de las condiciones económicas actuales y tratan de entrecruzar algunas variables acerca de las posiciones masculinas y femeninas en relación con la incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo. Entienden que la globalización y la crisis económica mundial han llevado a muchos varones a mantener condiciones precarias de trabajo “desposeyéndolos de una imagen de

⁴⁶ SEGATO, ob. cit., p. 146.

⁴⁷ FEMENÍAS, M.^a L. y SOZA ROSSI, P., *Poder y violencia sobre el cuerpo de las mujeres*, en *Sociologías*, Año 11, N° 21, Porto Alegre, enero/junio de 2009, p. 59.

⁴⁸ SEGATO, ob. cit., p. 145.

sí configurada mayormente a partir del varón proveedor decimonónico y del sistema de valores y preconceptos que lo acompañan”⁴⁹. La idea del varón en tanto proveedor, idea que subyace en el modelo contractualista⁵⁰, queda desconfigurada con el actual orden económico y social mundial. La crisis actual deja por fuera del pacto a muchos varones, quienes quedan marginalizados, sintiéndose inferiorizados por la supresión del rol de abastecedor económico de la familia, con el consiguiente prestigio que otorga ese rol, en tanto permite el acceso a bienes materiales. De este modo, se perciben en posiciones desjerarquizadas, tal como las posiciones femeninas. Según la hipótesis de las autoras, el abandono de los lugares privilegiados y dominantes “es leída como el desplazamiento de los varones de sus espacios-tiempos históricamente tradicionales naturalizados debido a ‘la irrupción de las mujeres’ en la esfera pública”⁵¹, de tal forma que la inclusión social, económica y política que las mujeres han logrado en los últimos tiempos ha abierto una “herida narcisista” al patriarcado moderno, descargándose con violencia cruenta contra las mujeres como una estrategia de reafirmación de esa identidad masculina que se cree perdida; en definitiva, como un reaseguramiento de las relaciones de poder y sujeción que instala el patriarcado respecto de las mujeres. De esta forma se posibilitaría la redefinición y el reacomodamiento de los varones estructuralmente más débiles, en relación con su reconocimiento económico o identitario⁵². Una vez más, Moebius arroja claridad sobre la tensión entre las demandas de las mujeres por acceder, en un plano de igualdad con los varones, a las actividades sociales y políticas y el interés del sistema de jerarquía entre los sexos de impedir esa igualdad: “El hombre no odia realmente al sexo femenino, salvo en el caso de que deba luchar con él”. Convoca a los varones a luchar contra las pretensiones del

⁴⁹ FEMENÍAS y SOZA ROSSI, ob. cit., p. 50.

⁵⁰ En este punto traigo nuevamente el pensamiento de Moebius para recordar que desde el pensamiento científico también se han reforzado las ideas filosóficas de la Ilustración: “La mujer debe ser madre, pero para serlo debe ante todo hallar un hombre que provea a las necesidades de ella y de sus hijos” (MOEBIUS, ob. cit., ps. 21 y 22).

⁵¹ FEMENÍAS y SOZA ROSSI, ob. cit., p. 50. El destacado pertenece a las autoras.

⁵² Íd., p. 60.

movimiento feminista: “Muchas veces los médicos se han mostrado irritados por la pretensión de la mujer de dedicarse al estudio de la medicina [...] Yo creo que el punto más importante para los médicos es [...] que hagan todo lo posible para combatir, en interés del género humano, las aspiraciones contra natura de las feministas. Se trata de la salud del pueblo, en peligro por la perversión de la *mujer moderna*”⁵³. La irritación, el odio, el rechazo y el miedo que muchos varones sienten por la presencia de las mujeres en los espacios públicos y por la conquista de mayor autonomía se expresa hoy de muchas maneras; una de ellas es el disciplinamiento de los cuerpos a través de violencia cruenta y perversa, tanto material como simbólica⁵⁴.

Lo paradójico de esta situación es que la precarización general del trabajo afecta también a las mujeres. Debido a las nuevas condiciones de flexibilización laboral y la reducción de la protección laboral y seguridad social tradicionales, las mujeres se ven afectadas con mayor fuerza, tal como lo ha expuesto el Banco Mundial: “Aunque en buena parte del mundo en desarrollo muchas mujeres han ingresado en la fuerza de trabajo en el último cuarto de siglo, este aumento de la participación no se ha traducido en la igualdad de oportunidades de empleo o de ingresos para los hombres y las mujeres [...] En casi todos los países las mujeres tienen más probabilidades que los hombres de dedicarse a actividades de baja productividad. También es más probable que tengan trabajos asalariados o no remunerados en la familia o que trabajen como asalariadas en el sector informal [...] En casi todos los países, las mujeres asalariadas ganan menos que los hombres”⁵⁵.

⁵³ MOEBIUS, ob. cit., p. 18. La cursiva pertenece al autor.

⁵⁴ Con violencia material me refiero a la que directamente y sin mediación se ejerce sobre los cuerpos de las mujeres: física, sexual, psíquica, emocional. La violencia simbólica, según Femenías, “resuelve su *eficacia en violencia física* [...] la violencia física es el *emergente excesivo* de una violencia estructural más profunda, que en parte la invisibiliza, mientras no pase un cierto umbral tenuemente delimitado por la cultura” (FEMENÍAS, M.^a L., *Violencias cotidianas [en las vidas de las mujeres]*, Prohistoria, Rosario, 2013, ps. 26 y 27).

⁵⁵ Otra de las formas que adquiere la precarización laboral para las mujeres aparece bajo la modalidad de los “cuerpos maquila”, de productoras subasalariadas, donde su trabajo a destajo, sin vacaciones, sin horario, sin descanso, sin leyes laborales, etc.,

Femenías y Soza Rossi se preguntan por lo que le ocurre a los varones frente a “la pérdida de los privilegios naturales”. Pareciera que el mecanismo de sobrevivencia para mantener su estatus de dominio es luchar desde su espacio de “inclusión histórica tradicional en la ciudadanía y la economía por permanecer en ellas”, pero en vez de dirigir su oposición contra los varones que monopolizan y concentran las posiciones de dominio, cada vez más exclusivas, construyen imaginariamente a las mujeres como un peligro⁵⁶. Los varones se sentirían *resentidos* por la pérdida del goce del estatus conquistado en la modernidad, razón por la cual reformulan la manera de imponer la jerarquía patriarcal “inaugurando nuevas formas colectivas de sometimiento de las mujeres”⁵⁷, como si existiera la ilusión de que la violencia cruenta, como modo de disciplinar a las mujeres manifestando el (*re*)sentimiento por la pérdida de sus prerrogativas, operara como una forma de “recuperar” algo de su estatus devaluado de varones integrándose al colectivo revalorado⁵⁸. La consecuencia de esto es la proliferación de cuerpos disciplinados, aterrados, destruidos, mutilados, muertos.

No obstante, a esta situación coyuntural de los contextos actuales de fragmentación y pauperización de las condiciones de trabajo por las políticas económicas mundiales, debemos considerar algo ya planteado más arriba respecto de la construcción de las identidades y de la relación binaria sexual⁵⁹. Tal como se ha planteado en muchos análisis sobre la construcción de los géneros, Raquel Osborne también se pregunta: “¿Qué significa ser varón en esta sociedad?”. La socialización de género masculina alienta un modelo que adjudica cierta dosis de agresividad en los varones como algo propio, es decir, *normal*. Habi-

adquiere –como dijimos– las características de la economía del trabajo doméstico fuera del hogar (FEMENÍAS y SOZA ROSSI, *Poder y violencia sobre el cuerpo de las mujeres* cit., p. 55).

⁵⁶ FEMENÍAS y SOZA ROSSI, ob. cit., p. 57.

⁵⁷ Íd., p. 62.

⁵⁸ Íd., p. 57.

⁵⁹ HUERTA ROJAS, F., *Un acercamiento al abordaje teórico/metodológico de la violencia de género masculina*, en GARDA SALAS, R. y HUERTA ROJAS, F. (coords.), *Estudios sobre la violencia masculina*, Hombres por la equidad, México, 2006, p. 36.

tualmente se acepta que *los niños y los varones adultos son un poco o muy brutos*, y cuando estas características no están presentes aparecen las sospechas acerca de *cuán hombres* son. En cuanto a las mujeres, ocurre lo contrario: “no sólo la violencia no entra a formar parte de la socialización femenina sino que en ellas se promueve, sobre todo, su asociación con los valores ligados con la vida [...] a la maternidad, al cuidado, a la dulzura, a la entrega”⁶⁰. Si la violencia forma parte de las características de la masculinidad, es comprensible que se minimice la violencia que ejercen los varones y los efectos que ésta tiene sobre la vida de las mujeres. La violencia masculina vendría a sellar “*el código del grupo de iguales*”⁶¹. La sexualidad de los varones, sostiene Huerta Rojas, tiene como sustento la virilidad y la hombría, y la expresión y eficacia de la sexualidad masculina adquiere sentido en la violencia⁶².

4. Conclusiones

Como se ha dicho, la violencia de género no solamente actúa limitando violentamente la autonomía personal sino que también modela, construye el sentimiento de no poseer un *status* como un sujeto moral que puede interactuar de manera igual con otros/as y que a su vez sea considerado plenamente valioso⁶³. Este no reconocimiento que muchas mujeres tienen respecto de ser sujetos capaces de poseer juicios morales es una situación propiciada por la violencia y que posibilita la violencia⁶⁴, en cualquiera de sus formas, material y simbólica. En este sentido, son interesantes algunos planteos que realiza Butler en *Cuerpos que importan* respecto de los cuerpos abyectos. Si bien la autora refiere a cuerpos marginalizados en función de asumir sexualidades o identi-

⁶⁰ OSBORNE, R., *El poder del amor (o las formas sutiles de la dominación patriarcal)*, en LAURENZO, MAQUEDA y RUBIO (coords.), *Género, violencia y Derecho* cit., p. 146.

⁶¹ FEMENÍAS, *Violencia de sexo-género: el espesor de la trama* cit., p. 56. La cursiva pertenece a la autora.

⁶² HUERTA ROJAS, *Un acercamiento al abordaje teórico/metodológico de la violencia de género masculina* cit., p. 28.

⁶³ LORENTE ACOSTA, ob. cit., p. 24.

⁶⁴ Íd. nota anterior.

dades de género no hegemónicas, considero un aporte valioso la idea de la abyección y de la existencia de vidas humanas (cuerpos que no importan) que no son dignas de ser lloradas, poniéndose en cuestión claramente el estatuto de sujeto de derecho, de persona, en tanto vidas que no son dignas de ser vividas. Es un planteo que Butler no refiere directamente a las mujeres, como mitad de la humanidad socializada en el género/sexo femenino, pero sí es posible retomar algún aspecto de ese tema para comprender las respuestas sociales, estatales, frente a la violencia contra las mujeres. La violencia contra las mujeres, tal como hemos expuesto más arriba, se justifica, se minimiza, se ignora, se acepta como un aspecto más de un pretendido orden natural. Bajo estas circunstancias actúan muchas veces los operadores de justicia y la policía, incluso, creyendo en que *hacen el bien* a la sociedad y a las mujeres en particular cuando no hacen más que reproducir los privilegios patriarcales.

El reconocimiento de todas las formas de violencia en el campo de lo formal, es decir, la sanción de normas nacionales e internacionales de derechos humanos que reconozcan que la violencia y la discriminación basada en el género constituyen graves violaciones a los derechos humanos, resultan fundamentales, no porque la reglamentación, las leyes por sí mismas vayan a evitar la violencia. Sabemos que el aspecto formal del reconocimiento de los derechos es un paso vital para nuevos logros, porque de hecho las normas son una consecuencia de transformaciones materiales y significan conquistas de la lucha de los movimientos sociales, de la organización histórica de las mujeres. La existencia de tratados de derechos humanos provenientes del sistema interamericano (OEA) y del universal (ONU) que definen y promulgan derechos para las mujeres, así como la sanción de leyes nacionales que se adecuan a los paradigmas jurídicos-filosóficos de dichos tratados, son fundamentales para que la violencia “deje de ser parte de las estructuras sociales y mentales de las personas, las culturas, las sociedades, los estados y los gobiernos”⁶⁵. Para Segato, la ley tiene la potencialidad de contribuir a la “transformación de las posiciones y subjetividades de género”; permite la reflexividad y posibilita instalar una

⁶⁵ HUERTA ROJAS, *Un acercamiento al abordaje teórico/metodológico de la violencia de género masculina* cit., p. 39.

nueva referencia moral que apunte a la igualdad⁶⁶. Según ella, la ley “previene el anclaje de los sujetos sociales en prácticas prescriptas como inmutables”, dado que las leyes son reconocidas como originadas en un movimiento permanente de creación. Pero tanto como es fundamental esa dimensión formal de las normas, es tanto más fundamental las políticas públicas, las políticas culturales que materialicen los fundamentos éticos, que habiliten las transformaciones de las relaciones humanas en su aspecto material, en la vida cotidiana de los sujetos. El texto de las leyes tiene que cobrar vida en la efectiva realidad, posibilitando que los cuerpos humanos (sujetos) seamos tratados, considerados, vistos, pensados, imaginados como cuerpos que importan y cuyas vidas son dignas de ser vividas; eliminando la posibilidad de la *otredad*, de construir *cuerpos otros* en referencia a cuerpos/sujetos hegemónicos y *plenos*.

5. Bibliografía

- AMORÓS, Celia, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Barcelona, 1991.
- AUCÍA, Analía, *¿A dónde están las mujeres? Los derechos humanos desde una perspectiva de género*, en *Revista Zona Franca*, Año XII, N° 13, CEIM, Facultad de Humanidades y Artes, UNR, Rosario, 2004.
- Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2012. Panorama general. Igualdad de género y desarrollo*, Washington, 2011.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles, *Género, discriminación y violencia contra las mujeres*, en LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa y RUBIO, Ana (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- BODELÓN, Encarna, *La violencia contra las mujeres y el Derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo*, en LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa y RUBIO, Ana (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona, 2002.

⁶⁶ SEGATO, ob. cit., p. 143.

- BUTLER, Judith, *Cuerpos que importan*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- *El género en disputa*, Paidós, México, 2001.
- CAMPOS MANSILLA, Beatriz, *Feticidio e infanticidio femeninos*, en *Nómaditas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, vol. 27, N° 3, Universidad Complutense de Madrid, 2010, disponible en <http://revistas.ucm.es>.
- CAVARERO, Adriana, *Horrorismo. Nombrando la violencia contemporánea*, Anthropos, Barcelona y Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, México, 2009.
- FEDERICI, Silvia, *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Traficantes de sueños, Madrid, 2010.
- FEMENÍAS, María Luisa, *Sobre sujeto y género. (Re)lecturas feministas desde Beauvoir a Butler*, 2ª ed. revisada y aumentada, Prohistoria, Rosario, 2012.
- *Violencia de sexo-género: el espesor de la trama*, en LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa y RUBIO, Ana. (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- *Violencias cotidianas (en las vidas de las mujeres)*, Prohistoria, Rosario, 2013.
- FEMENÍAS, María Luisa y SOZA ROSSI, Paula, *Poder y violencia sobre el cuerpo de las mujeres*, en *Sociologías*, Año 11, N° 21, Porto Alegre, enero/junio de 2009.
- FOUCAULT, Michel, *Genealogía del racismo*, Altamira, Buenos Aires y Nordan Comunidad, Montevideo, 1993.
- *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1991.
- HUERTA ROJAS, Fernando, *Un acercamiento al abordaje teórico/metodológico de la violencia de género masculina*, en GARDA SALAS, Roberto y HUERTA ROJAS, Fernando (coords.), *Estudios sobre la violencia masculina*, Hombres por la equidad, México, 2006.
- LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa y RUBIO, Ana (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- LORENTE ACOSTA, Miguel, *¡Me alegro de reconocerte! Juventud, identidad y violencia de género*, en *Revista de Estudios de Juventud*, N° 86, 9 de septiembre, Juventud y violencia de género, Ministerio de la Igualdad, Gobierno de España.
- ONU Mujeres, INMujeres México, LXI Legislatura Cámara de Diputados, *Feminicidio en México. Aproximación, tendencias y cambios, 1985-2009*, México, 2011.

- OSBORNE, Raquel, *El poder del amor (o las formas sutiles de la dominación patriarcal)*, en LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa y RUBIO, Ana (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- PATEMAN, Carole, *El contrato sexual*, coedición Anthropos, Barcelona y Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, México, 1995.
- RUBIN, Gayle, *El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo*, en *Nueva Antropología*, vol. III, N° 30, México, 1986.
- SEGATO, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia*, Universidad Nacional de Quilmes, 2003.
- VARELA, Nuria, *La nueva misoginia*, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 19, 1^{er} semestre de 2012, ps. 25-48.

POLÍTICA DEMOCRÁTICA Y GOBERNANZA GLOBAL

por JORGE R. DE MIGUEL*

SUMARIO: 1. Política de poder y Derecho cosmopolita. 2. Problemas de legitimidad. 3. Ciudadanía y cultura política global. 4. Reflexión final. 5. Referencias.

Resumen

El artículo procura, desde un punto de vista filosófico, reflexionar en torno al estado de las relaciones políticas y jurídicas globales, interpretándolas en el sentido de una transición hacia un Derecho cosmopolita. Partiendo de la tradición kantiana, se cuestiona que el orden global sea presentado como un mero juego de poder entre los Estados y demás actores, que no puede ser subordinado a principios éticos. Por el contrario, son examinadas críticamente las condiciones de legitimidad de una gobernanza global democrática basada en una constitucionalización del Derecho Internacional. En particular, se considera el problema en torno a la imposibilidad de una solidaridad cívica internacional. Se concluye y defiende la idea de que se está en presencia de un proceso que supone la extensión del control jurídico doméstico de la política.

Abstract

The paper aims to think about the global relations status of the present time from a philosophical point of view. By considering them as

* Universidad Nacional de Rosario. Universidad Nacional del Litoral.

a Kantian transition to a cosmopolitan law, it criticizes power game-based conceptions among states and others actors incapable of being subject to ethical principles. On the other hand, the article poses questions about legitimacy aspects of a global democratic governance and constitutionalization of international law. Particularly, the problem about global civic solidarity is considered. As a conclusion, the author proposes understanding the global democratic process as a continuation of the domestic legal control of politics.

Palabras clave

Filosofía del Derecho Internacional. Democracia. Gobernanza global.

Keywords

Philosophy of International Law. Democracy. Global governance.

Hace ya más de dos décadas, David Held se preguntaba si el principio de legitimidad democrática podía ser trasladado al orden internacional, ámbito en el cual Estados, organizaciones, agencias y corporaciones desempeñan el rol de actores, mientras que quienes resultan afectados por sus decisiones, los ciudadanos, carecen de herramientas eficaces para controlarlos¹. La posibilidad de pensar el orden global en términos de una sociedad democrática supone avanzar en el camino de la tradición kantiana de un Derecho cosmopolita, en el cual los individuos son los destinatarios últimos. Como ciudadanos, ello nos obliga a sentirnos partícipes política y jurídicamente de una comunidad nacional y, a la vez, a entendernos como miembros de una sociedad global con derechos y deberes legítimos. Desde luego que ni los Estados ni los demás actores colectivos mencionados pueden ser soslayados; antes bien, deben ser reubicados en sus diferentes responsabilidades ante la comunidad global. Pero sería un retroceso a un “estado de naturaleza” internacional prekantiano concebir tal orden sólo como el escenario en el cual los intereses de los príncipes y sus pueblos pugnan por imponerse, subordinando los derechos universales del hombre y poniendo en riesgo la convivencia pacífica.

¹ HELD, D., *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford Univ. Press, Stanford, 1995, ps. 135-36.

Desde una perspectiva filosófica, las condiciones históricas del mundo actual, que incluyen la globalización económico-financiera y de las comunicaciones y la juridización de las relaciones internacionales, convalidan *conceptualmente* las principales tesis kantianas acerca del proceso hacia un estado jurídico de la humanidad. No obstante ello, las mismas deben ser adaptadas, entre otras razones, en virtud del mayor reconocimiento que hoy se otorga al pluralismo cultural. Por otra parte, son todavía débiles las posibilidades de una efectiva gobernanza global democrática, vale decir, de acrecentar y consolidar una sociedad civil y un orden institucional que, sin conformar un Estado mundial, sea capaz de deliberar y decidir sobre asuntos globales en instancias donde además de los Estados estén representados los individuos. En las reflexiones que siguen, se pretende mostrar las líneas más generales de la problemática que es dable esperar de la transición aludida.

1. Política de poder y Derecho cosmopolita

Que se pongan de resalto ciertos aspectos del estado actual de las relaciones internacionales, que confirman un proceso hacia una mayor legalización de las mismas, no debe confundirse ni con una actitud conformista ni con la invocación de un modelo ideal deseable. No cabe desconocer que, más allá de las fronteras nacionales, subsiste todavía el recurso a la fuerza y a las estrategias políticas basadas en la desigualdad de poder. Tampoco se debe ocultar que, a veces, los Estados que en su ámbito doméstico exhiben una práctica efectiva de respeto a los principios democráticos-constitucionales, al mismo tiempo, ejecutan políticas exteriores agresivas y hasta contrarias al Derecho Internacional, en particular cuando entienden que sus intereses nacionales se hallan en peligro. Pero que tal tendencia persista no debe conducir a otorgarle legitimidad, consagrando a la arena internacional como un entrecruzamiento de fuerzas mecánicas, carente de todo horizonte normativo. Por el contrario, lo que se pretende es que las relaciones globales sean sometidas al control de los pueblos y sus ciudadanos, bajo condiciones éticas y jurídicas compatibles con la vida democrática. Estas condiciones, por otra parte, lejos de imponerse desde

un modelo teórico, ya están presentes en la estructura normativa e institucional y, crecientemente, en el comportamiento de los distintos actores. Lo que se quiere superar, aunque no desconocer en sus alcances, es que los Estados y sus asociaciones más poderosas transformen el orden internacional en un campo de fuerzas basado *únicamente* en relaciones de poder, cuya lógica subordine toda consideración de principios jurídicos a un cálculo de intereses.

En cierto modo, asistimos a una segunda etapa del cosmopolitismo contemporáneo, en el que se plantean las cuestiones relativas a la democratización global y no sólo el problema de la guerra internacional, algo que décadas atrás constituía el núcleo de las preocupaciones teóricas y prácticas. Así, Karl Jaspers, en los comienzos de la Guerra Fría, ilustraba el estado de la política internacional de entonces confrontándolo con un hipotético orden cosmopolita que pudiera evitar la recaída en los belicismos globales. Para él, era necesario que se reconociera la universalidad de la verdad científica, el respeto a la dimensión más profunda del hombre representada por los múltiples credos religiosos y que éstos renunciaran a propagarse por medio de la violencia. Éstas eran las condiciones que, a su juicio, podían pensarse en ese momento para alcanzar una comunidad global pluralista².

Dentro de esta visión general se torna necesario reflexionar acerca de la gobernanza global democrática, en el marco del vigente proceso de transición hacia un Derecho cosmopolita. Tal derrotero exige la revisión y superación del Derecho Internacional clásico, en particular de su interpretación como un código legal entre naciones autodenominadas “civilizadas”, con sus ribetes exclusivistas, colonialistas y eurocentristas. Es por ello que la democratización del orden global no puede ser alcanzada por medio de una ingenua operación de extensión de las instituciones domésticas occidentales a la sociedad internacional. Antes bien, cabe someter a crítica dicho procedimiento, en el intento de dotar a la comunidad global, más ampliamente pluralista que la nacional, de la estructura jurídica apta para su desarrollo. La misma no puede basarse, entonces, en particularismos culturales, incluido el

² JASPERS, K., *Conocimiento y voluntad en la política actual*, en *Sur*, N° 271, 1961, p. 14.

occidental, sino en el reforzamiento de la tendencia iniciada a mediados del siglo XX de una verdadera constitucionalización del Derecho Internacional, en especial tras la sanción de la Carta de las Naciones Unidas y el reconocimiento de los derechos humanos como principios universales. La actual normativa, junto a una necesaria democratización de la ONU, son los pilares del Derecho cosmopolita a la altura de los tiempos.

2. Problemas de legitimidad

Es dable reconocer, sin embargo, que la gobernanza global presenta ciertos déficits de legitimidad democrática si se la compara con los Estados constitucionales. Muestra de ello son el diseño institucional de las organizaciones internacionales, la inserción de los Estados en la esfera global y la relación entre los ciudadanos y las instituciones internacionales. Como sostiene Anne Peters en un trabajo reciente, aun cuando los desequilibrios y los procedimientos elitistas deban ser corregidos, cabe admitir que la democracia global no puede ni necesita ser idéntica a la de las sociedades domésticas. La pregunta es: ¿Qué tipo de democracia es la más apta para la sociedad global? La legitimidad por vía de la deliberación en condiciones de igualdad de acceso y de consideración de todos los posibles afectados, aun con todas sus dificultades de aplicación, parece más apropiada que otros tipos de democracia, como la que se basa sólo en el voto y la agregación de intereses³.

Las prácticas democráticas no tienen por qué quedar confinadas a los marcos del Estado nacional. Aunque éste nació en la modernidad como resultado de un proceso de concentración del poder político necesario para superar la dispersión medieval, su derivación posterior en un Estado de Derecho fue el paso obligado para limitar al gobierno, dividiéndolo en sus funciones, y garantizar, de ese modo, la libertad y los derechos de los individuos. Puede admitirse, entonces, que las

³ PETERS, A., *Dual Democracy*, en KLABBERS, J.; PETERS, A. y ULFSTEIN, G. (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2009, p. 263. Ver también THOMPSON, D., *Democratic Theory and Global Society*, en *The Journal of Political Philosophy*, vol. 7, N° 2, 1999, p. 120.

instituciones legislativas y los ámbitos públicos de la sociedad civil en las democracias constitucionales están organizados de modo tal que las prácticas deliberativas permiten arribar a decisiones legítimas. Pero ello no convierte a los Estados en unidades políticas irrebasables, que sólo pueden cumplir sus funciones tras las murallas de un Derecho nacional. La visión de unas relaciones internacionales donde las prácticas políticas son esencialmente diversas de las domésticas corresponde a una época de búsqueda de consolidación de los Estados, para la cual el riguroso respeto de las soberanías nacionales constituía un instrumento legal fundamental. En el denominado orden “westfaliano”, los Estados-nación, debidamente resguardados en sus decisiones, como ha señalado Jürgen Habermas, reunían ciertas precondiciones para que en ellos pudiera alojarse la democracia constitucional: un aparato institucional para implementar decisiones colectivas, una identidad histórico-cultural apta para la autodeterminación, una disposición de los ciudadanos a participar y un contexto económico-social para el intercambio y el desarrollo material. Pero la evolución hacia una “constelación posnacional” condujo, necesariamente, a que los Estados perdieran “sustancia democrática”, erosionando su capacidad de control, particularmente del proceso económico-financiero, al separar las decisiones globales fundamentales de quienes son afectados por ellas, sean individuos o naciones⁴. De modo que el paso a una sociedad global inclusiva de los más diversos actores e individuos exige repensar el rol de los Estados y transformar la política mundial desde un mero juego de débiles y poderosos a un orden jurídico cosmopolita, ante el cual, en distinto grado, todos somos responsables.

3. Ciudadanía y cultura política global

Junto a una transformación y extensión diferenciada a la arena internacional de los procedimientos democráticos es preciso también que aparezca una más poderosa ciudadanía global. La misma contendrá y tratará de conciliar la tensión entre la libertad del ciudadano y la

⁴ HABERMAS, J., *Euroskepticism, Market Europe, or a Europe of (World) Citizens?*, en *Time of Transitions*, trad. de C. Cronin y M. Pensky, Polity, Cambridge, 2006, pos. 1824-1862 (Kindle).

pertenencia a una nación. Ello implica que los individuos deben ser capaces de mantener una relación democrática no sólo con sus Estados sino también con otros Estados y organizaciones internacionales. Seyla Benhabib ha mostrado que todo ello obliga a repensar los requerimientos para otorgar los derechos cívicos al interior de las sociedades políticas domésticas, en virtud de que la legitimidad democrática exige “fronteras porosas” y no quedar aprisionada por una comunidad ética excluyente⁵.

No obstante, cabe analizar críticamente los obstáculos que tal gobernanza democrática enfrenta para la conformación de una ciudadanía y una cultura política universal. Entre los más debatidos se halla la aparente imposibilidad de generar una solidaridad cívica global que cumpla en el orden internacional el rol que cabe a los compromisos éticos en una sociedad doméstica. Para algunos autores, una sociedad política democrática no podría existir más allá del Estado nacional por la ausencia e improbable configuración de un pueblo europeo o de cualquier región y, menos aún, de un pueblo del mundo⁶. Sin embargo, aquella carencia de solidaridad global puede ser llenada por figuras sustitutivas. En la segunda mitad del siglo XIX, en sus reflexiones internacionalistas, Juan B. Alberdi traducía la exigencia kantiana de un estado jurídico de la humanidad para sostener el estado jurídico de un pueblo, como la “soberanía del pueblo-mundo”, garantía de la soberanía nacional y, por tanto, meta imprescindible para lograr la eliminación de la guerra internacional como proceso y sanción al vencido. Para el jurista argentino, la sociedad mundial existía ya “por la ley natural que ha creado la de cada nación” y que se va expandiendo por el progreso de las comunicaciones y el comercio⁷. Vale decir, no

⁵ BENHABIB, S., *Dismantling the Leviathan: Citizen and State in a Global World*, en *The Responsive Community*, vol. 11, N° 2, 2001, ps. 14 y ss.; *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, trad. de G. Zadunaisky, Gedisa, Barcelona, 2005; *On the Alleged Conflict between Democracy and International Law*, en *Ethics & International Affairs*, vol. 19, N° 1, 2005, ps. 85 y ss.

⁶ Con referencia a si es posible un “pueblo europeo” puede verse HABERMAS, J., *Does Europe Need a Constitution?*, en *Time of Transitions* cit., pos. 2389 (Kindle).

⁷ ALBERDI, J. B., *El crimen de la guerra*, AZ Editora, Buenos Aires, 1994, ps. 70-71 y 86-87.

se requeriría que dicha sociedad fuera construida especialmente, sino tan sólo dejar que la libertad humana haga su trabajo. Estas ideas, acaso, no sean del todo aplicables hoy ante un mundo de creciente complejidad y desigualdad. Podría decirse, en cambio, que no es posible ni conceptualmente necesario que una sociedad global multicultural se apoye en un *demos* del mundo al modo hegeliano, como unidad ética sustancial. Habermas y otros han mostrado que, en los orígenes del Estado moderno, el pueblo no fue una entidad prepolítica en estado de naturaleza, sino el producto de la constitución jurídico-política de una nación, que supuso la adaptación de los derechos universales del hombre a la historia particular de los Estados. En el orden global, a su vez, es menester un mayor grado de abstracción de los principios y, por tanto, una cultura política menos densa, en la medida en que dicho orden no podrá basarse en ninguna cultura específica en totalidad. Con razón Habermas afirma que la autocomprensión de los ciudadanos del mundo sólo podría ser jurídico-moral, por lo que su solidaridad cívica se centraría tan sólo en el universalismo moral de los derechos humanos, en un deber negativo de no violación de los mismos⁸.

En consecuencia, el proceso de constitución de unidades políticas transestatales se corresponde con una transformación de la solidaridad cívica de los ciudadanos de las democracias constitucionales, en la medida en que son capaces de pensarse, al mismo tiempo, como miembros de una sociedad doméstica y de una unión regional, aun cuando sus compromisos éticos en ese nivel estén vinculados más directamente con requerimientos de justicia, igualdad y libertad. Ello supone dejar de considerar las culturas nacionales como entidades homogéneas que se corporizan en un pueblo, sino más bien como un desarrollo histórico basado en la sujeción a principios e instituciones democráticas por las cuales dicho pueblo se autogobierna en el respeto a su pluralidad de creencias. No obstante, este proceso de transferencia y, a la vez, de transformación de la cultura política pública democrática no está exento de problemas, como queda patentizado en la reticencia que se observa

⁸ HABERMAS, J., *The Divided West*, trad. de C. Cronin, Polity Press, Cambridge, 2006, ps. 142-43; *The Crisis of the European Union: A Response*, trad. de C. Cronin, Polity, Cambridge, 2012, pos. 761 y ss. (Kindle).

en los ciudadanos de países europeos respecto de la unión continental. Se trata de la transición hacia una política no basada en la soberanía plena sobre un territorio, en la cual los ciudadanos tengan que acceder a un nivel más abstracto de autocomprensión que neutralice, en el nivel político-jurídico, los lazos históricos-culturales más inmediatos con sus conciudadanos nacionales. James Bohman afirma que el proceso de democratización global lleva a considerar a la humanidad como un sujeto político nuevo, necesariamente plural, o sea, una “demoi-cracia”, aludiendo a pueblos que se autogobiernan⁹.

Lo que importa es que sea posible un espacio público de comunicación, al tiempo que las instituciones internacionales deliberen y decidan según procedimientos democráticos, de manera de estimular en los ciudadanos del mundo una solidaridad global que, como la que se da en los marcos de una sociedad política nacional, debe ser aprendida a través del funcionamiento de las instituciones constitucionales. De allí la observación de Peters sobre el argumento que niega la posibilidad de una democracia global en virtud de la inexistencia de una identidad cívica mundial: el mismo recuerda las razones que en otro tiempo se invocaban sobre la ignorancia de las mujeres de los asuntos públicos para impedirles la ciudadanía plena¹⁰.

4. Reflexión final

El estado actual de las relaciones internacionales, el progreso hacia un Derecho cosmopolita y la creciente conciencia acerca de la validez universal de los derechos humanos hacen posible una mayor democratización de la gobernanza global, sin que ello conduzca a la formación de un Estado mundial, por medio de una adaptación de los procedimientos democráticos a la esfera internacional. La ausencia de un gobierno del mundo tiene que poder ser compensada por una robusta sociedad civil internacional que logre contrapesar, en mayor medida, a las organizaciones transnacionales integradas por representantes gubernamentales. Pero es preciso dotarla de instituciones capaces de tras-

⁹ BOHMAN, J., *From “Demos” to “Demoi”: Democracy across Borders*, en *Ratio Juris*, vol. 18, N° 3, 2005, ps. 293 y ss.

¹⁰ PETERS, ob. cit., p. 312.

ladar a decisiones colectivas la deliberación pública sobre los asuntos globales. En tal sentido, hay una fuerte coincidencia en reclamar la democratización del Consejo de Seguridad de la ONU, en fortalecer la jurisdicción vinculante de la Corte Penal Internacional y en ampliar la Asamblea General de la ONU con una nueva cámara que represente a los ciudadanos del mundo.

Por último, la condición cosmopolita no supone una moralización política, sino la *constitucionalización* de las relaciones internacionales, de manera que los mismos actores que aceptan integrarse a los organismos globales sean, al mismo tiempo, los autores de las decisiones que los obligan. En cierto modo, la democratización global implica la continuación del proceso de control jurídico de la política que ya está representado en los Estados constitucionales modernos.

5. Referencias

- ALBERDI, Juan B., *El crimen de la guerra*, AZ Editora, Buenos Aires, 1994, (1870).
- BENHABIB, Seyla, *Dismantling the Leviathan: Citizen and State in a Global World*, en *The Responsive Community*, vol. 11, N° 2, 2001, ps. 14-27.
- *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, trad. de G. Zadunaisky, Gedisa, Barcelona, 2005.
- *On the Alleged Conflict between Democracy and International Law*, en *Ethics & International Affairs*, vol. 19, N° 1, 2005, ps. 85-100.
- BOHMAN, James, *From “Demos” to “Demoi”: Democracy across Borders*, en *Ratio Juris*, vol. 18, N° 3, 2005, ps. 293-314.
- HABERMAS, Jürgen, *Does Europe Need a Constitution?*, en *Time of Transitions*, trad. de C. Cronin y M. Pensky, Polity, Cambridge, 2006, pos. 2172-2676 (Kindle).
- *Euroskepticism, Market Europe, or a Europe of (World) Citizens?*, en *Time of Transitions*, trad. de C. Cronin y M. Pensky, Polity, Cambridge, 2006, pos. 1767-2167 (Kindle).
- *The Crisis of the European Union: A Response*, trad. de C. Cronin, Polity Press, Cambridge, 2012.
- *The Divided West*, trad. de C. Cronin, Polity Press, Cambridge, 2006.

- HELD, David, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford Univ. Press, Stanford, 1995.
- JASPERS, Karl, *Conocimiento y voluntad en la política actual*, en *Sur*, N° 271, 1961, ps. 1-22.
- PETERS, Anne, *Dual Democracy*, en KLABBERS, J.; PETERS, A. y ULFSTEIN, G. (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2009, ps. 263-353.
- THOMPSON, Dennis, *Democratic Theory and Global Society*, en *The Journal of Political Philosophy*, vol. 7, N° 2, 1999, ps. 111-125.

REFLEXIONES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA EDUCACIÓN EN LA PROBLEMATIZACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

por ALDANA FERREYRA*

SUMARIO: 1. Modelos con relación a la discapacidad en los diferentes contextos sociohistóricos. 2. La construcción social de la discapacidad, nuevo paradigma basado en los DD. HH. 3. Conceptualizaciones de los instrumentos legales acerca de las personas con discapacidad. 4. La responsabilidad estatal en el cumplimiento de los derechos. 5. La discapacidad como cuestión social. 6. Derechos humanos y cultura. 7. La educación como una de las instancias fundamentales para el ejercicio cotidiano de los derechos humanos. 8. La problemática de la discapacidad desde una perspectiva filosófica y pedagógica freireana. Bibliografía. Páginas web.

Resumen

Distintos paradigmas con relación a la discapacidad: modelo eugenésico de exclusión, modelo hegemónico rehabilitador, modelo bio-psico-social.

Conceptualizaciones, alcances y consideraciones de los instrumentos legales acerca de las personas con discapacidad. El reconocimiento legal de los derechos humanos como fuente de responsabilidad estatal e instrumento para reclamar su cumplimiento.

La discapacidad como cuestión social: una mirada que no limita la problemática al ámbito individual. Diversidad, cultura: ¿Cuáles son las diferencias que se aceptan y cuáles las que se invisibilizan?

* Abogada. Profesora en Derecho. JTP Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales, Cátedra III, Facultad de Derecho, UNR. Integrante del Instituto de Investigaciones en Ciencias Sociales, Ética y Prácticas Alternativas "Paulo Freire Rosario", Facultad de Derecho, UNR.

Desafíos: ¿Cómo nos educamos para la defensa continua de los derechos?, ¿cómo educarnos hacia la construcción de un imaginario social inclusivo y respetuoso de la diversidad humana?

Abstract

Different paradigmatical models concerning people with disabilities: eugenical model of exclusion, hegemonic rehabilitative model, bio-psycho-social model.

Conceptualizations, scopes and considerations of people with disabilities in Law. Acknowledgement of Human Rights as a source of State responsibility and as tools to demand theirs goals at the command of Government.

Disabilities as a social question: an overview that avoid a merely individual sight considering the problem. Diversity, Culture: wich are the accepted differences and wich others are hidden?

Challenges: how are we educated towards the constant preservation of rights?, how can we be educated in the construction of an inclusive Social Imaginary, respectful with human diversity?

Palabras clave

Discapacidades. Educación. Derechos humanos.

Keywords

Disabilities. Education. Human Rights.

1. Modelos con relación a la discapacidad en los diferentes contextos sociohistóricos

Tomando como punto de partida el planteo de Michel Foucault¹, hayamos que en Occidente existieron dos grandes modelos de control y normalización de las personas con discapacidad, quienes eran denominadas “anormales”.

En primer lugar, el modelo negativo de exclusión medieval (desde

¹ V. FOUCAULT, Michel, *Los anormales*, en *Curso en el Collège de Francia (1974-1975)*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

el siglo V hasta mediados del siglo XV), en el cual las personas con una condición corporal estigmatizada eran expulsadas de la sociedad. Desde esa concepción comienzan a englobarse dentro de la misma categoría al mendigo, al loco y al discapacitado, quienes ante la diferencia generaban temor y eran vistos como animales. Lejos de ser considerados seres humanos, su expulsión se hacía en nombre de una purificación de la sociedad que conformaban.

Luego, el modelo positivo de inclusión o tecnologías positivas de poder (siglo XVIII) deja atrás la expulsión de los considerados “anormales” y crea un poder de inclusión que intenta producir un saber sobre los cuerpos, dando origen así a la anatomía patológica como conocimiento científico. Desligada del desconocimiento, la acumulación del saber es generadora de poder, siendo el conocimiento científico la única voz a ser escuchada. No se tiene en cuenta el abordaje de la subjetividad, que es olvidada y deportada de los saberes considerados válidos por la mirada hegemónica del campo de la medicina biologicista.

2. La construcción social de la discapacidad, nuevo paradigma basado en los DD. HH.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), a través de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), define a la discapacidad partiendo del estado de salud de una persona en interacción con el contexto, adoptando un *modelo bio-psico-social*².

También a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³ se produjo un cambio de paradigma en la manera de entender la discapacidad, influenciado por las organizaciones de personas con discapacidad que asumen que las causas que dan origen a la discapacidad son principalmente culturales, debido a que ella es el resultado de una sociedad que no las considera ni las tiene presentes. La importancia de este paradigma radica en que re-

² PANTANO, Liliana, *La palabra discapacidad como término abarcativo. Observaciones y comentarios sobre su uso*, en *Revista*, N° 9, UCA, Argentina, 2007, p. 8.

³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378, promulgada el 6-6-2008) (en línea), disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm> (consulta: 10-6-2015).

conoce que la diversidad forma parte de la sociedad, y su objetivo es la inclusión a través de la igualdad de derechos.

La Organización de Naciones Unidas (ONU), en el Preámbulo de la Convención, reconoce que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. De este modo, reconoce su carácter de construcción histórica-social, aunque sigue sosteniendo la idea de deficiencia. En esta perspectiva, la dimensión social es central, ya que la Convención afirma que la misma “contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural...” Asimismo, en su artículo 1º declara que

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, y dispone que el propósito es “... promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

En consecuencia, podríamos problematizar el término “discapacidad” ya que

...está surgiendo un nuevo paradigma, un nuevo esquema que nos permite pensar la discapacidad como un tema de derechos, de acceso a bienes sociales, de mecanismos que excluyen a este grupo de ciudadanos de espacios –reales o simbólicos– que nos son comunes a todos. Sin embargo, cada nuevo paradigma no viene a suplantarlo al anterior, sino a participar en un juego de pujas y disputas en el que diferentes sectores de la sociedad tratan de imponer su manera particular de representar un aspecto de lo social: en este caso la discapacidad⁴.

⁴ BROGNA, Patricia, *Posición de discapacidad: los aportes de la Convención*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006, p. 87, disponible en www.juridicas.unam.mx.

Los derechos humanos representan espacios de libertad que todas y cada una de las personas necesitan para poder desarrollar su personalidad conforme a sus propios criterios. No obstante, muchas veces en la práctica esto no se cumple porque existen impedimentos físicos, sociales, económicos y culturales.

En este sentido, comprendiendo la discapacidad desde una perspectiva crítica de los derechos humanos, concebimos a las personas con discapacidad como sujetos de derechos y obligaciones, debiendo tener las mismas oportunidades de acceso a la educación, la salud, el trabajo, la recreación, la participación, etcétera, para una real inclusión en condiciones de equidad. En concordancia, creemos necesario que los distintos ámbitos socioeducativos opten por una formación ético-política que devenga en futuros ciudadanos comprometidos hacia una transformación social respetuosa de la diversidad. Ello significa aceptar la identidad de cada persona como es y no exigirle que se adapte a una idea de normalidad, apostando a una educación democrática y multicultural.

Sobre este tema dice Nuria Pérez De Lara Ferré:

...en la universidad estamos invadidos de saberes y discursos que patologizan, culpabilizan y capturan al otro, trazando entre él y nosotros una rígida frontera que no permite comprenderle, conocerle ni adivinarle [...] hacen de los demás los especiales, los discapacitados, los diferentes, los extraños, los diversos y de nosotros los obviamente normales, los capacitados, los nativos, los iguales...⁵

3. Conceptualizaciones de los instrumentos legales acerca de las personas con discapacidad

Desde la normativa legal nos encontramos con variados textos que desmenuzan el concepto de discapacidad y sus diversas clasificaciones.

Para empezar debemos tener en cuenta las convenciones ratificadas por Argentina. Entre ellas, encontramos que el artículo 1º de la Con-

⁵ PÉREZ DE LARA FERRÉ, Nuria, *Identidad, diferencia y diversidad: mantener viva la pregunta*, en *Habitantes de Babel. Políticas y poéticas de la diferencia*, Laertes, 2008, p. 296.

vención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶ declara que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Además, el artículo 1º de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁷ entiende que el término “discapacidad” implica “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

También mencionaremos el artículo 2º de la Ley Nacional 22.431 del Sistema de Protección Integral de los Discapacitados⁸: a efectos de esta ley, “se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

Sin embargo, nos parece acertado destacar el modo en que Liliana Pantano analiza la definición otorgada por la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF):

La CIF es el instrumento oficial de la OMS para definir y clasificar la discapacidad. Este documento, conocido como CIF, la presenta bajo un modelo bio-psico-social y marca una interesante evolución conceptual. Se propone superar enfoques reduccionistas que ponen el acento en lo “dañado”. Parte de la totalidad del individuo, al que entiende como

⁶ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cit.

⁷ Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (DOF 12-3-2001, Estados Unidos Mexicanos, OEA), publicada el 20-12-2011 (en línea), disponible en http://www.mineduc.edu.gt/recursoseducativos/Descarga/Educacion_Especial/Documentos/Convencion_interamerica_para_la Eliminaci%C3%B3n_de_todas_las_for.pdf (consulta: 10-6-2015).

⁸ Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, Buenos Aires, 16-3-81 (B. O. del 20-3-81) (en línea), disponible en http://www.infojus.gov.ar/legislacion/ley-nacional-22431-intitucion_sistema_proteccion_integral.htm?26 (consulta: 10-6-2015).

sujeto de derechos y obligaciones, y define discapacidad como los aspectos negativos del funcionamiento humano, es decir, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación, a partir de un estado o condición de salud de una persona en interacción con el contexto⁹.

Partiendo de dicha definición, la autora sostiene que

...Si bien discapacidad o personas con discapacidad son términos técnicos que buscan designar objetivamente una condición que tiene o puede tener un individuo, en la práctica, y en nuestro medio al menos, en muchas ocasiones, son remplazados por otros, ya como sinónimos, ya como alternativas que no necesariamente tienen las mismas implicancias.

Lo adecuado sería usar los originales sin resquemores y evitar eufemismos como personas con “capacidades diferentes” o con “necesidades especiales”, que llevan a reconocer segregando, buscando respuestas aparte de las de los demás.

Por otro lado, correspondería trabajar sobre las valoraciones positivas de las diferencias y no pretender borrarlas aduciendo que “todos somos discapacitados”¹⁰.

4. La responsabilidad estatal en el cumplimiento de los derechos

En todas partes del mundo y en cada sociedad hay personas con discapacidad, y tanto las causas como las consecuencias de la discapacidad varían. Estas variaciones tienen suma relación con las diferentes circunstancias socioeconómicas y con las distintas disposiciones que los Estados adoptan en favor del bienestar de sus ciudadanos. Como destaca Liliana Pantano, la sociedad está integrada por personas diversas, algunas con y algunas sin discapacidad, pero desde un enfoque de derechos, son todos ciudadanos¹¹.

Por otro lado, la palabra “discapacidad”, luego de la Clasificación

⁹ PANTANO, ob. cit., p. 8.

¹⁰ Íd. nota anterior.

¹¹ PANTANO, Liliana, *Discapacidad: conceptualización, magnitud y alcances. Apuntes para el mejoramiento de las prácticas en relación a las personas con discapacidad*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Departamento de Sociología, FCSE, UCA/Conicet, Documento de trabajo, 2008.

Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), refiere a un término abarcativo de la deficiencia en interacción con factores contextuales, las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación, manteniendo un concepto amplio de salud pero sin cubrir las circunstancias originadas por factores socioeconómicos; la discapacidad no es predestinación ni castigo y también se puede adquirir durante el curso de la vida. La autora plantea que la diversidad también existe en el colectivo de las personas con discapacidad. Por ello, “una sociedad es accesible cuando depone barreras y construye facilitadores en todos los aspectos: en lo físico y en lo cultural”¹².

La actual política en materia de discapacidad por parte de los Estados intervinientes es el resultado de un proceso registrado a lo largo de los doscientos últimos años. En muchos aspectos refleja las condiciones de vida y las políticas sociales y económicas seguidas en épocas diferentes. En lo que respecta a la discapacidad, hay muchas circunstancias concretas que han influido en las condiciones de vida de las personas que la padecen: la despreocupación sobre el tema, el abandono, la superstición y el miedo son factores sociales que a lo largo de toda la historia han aislado a estas personas.

5. La discapacidad como cuestión social

Considerando la definición bio-psico-social que instala la CIF, podemos dar cuenta de diversos motivos por los cuales gran parte de la discapacidad de una persona está determinada por el contexto histórico-social en que está inserta, la sociedad en la que se desarrolla y vive a diario, su entorno familiar y de allegados, los ámbitos en que se expresa, etcétera. Todos estos aspectos y espacios determinan el modo de reaccionar, afrontar y lidiar con la vida cotidiana ante la discapacidad que la persona posee.

Desde el primer momento en que una discapacidad se manifiesta, ya sea congénita o adquirida, es de gran importancia la reacción del entorno social cercano con respecto a dicha discapacidad. La familia tiene un papel primordial ante la condición del sujeto discapacitado,

¹² Íd. nota anterior.

ya que su apoyo y aliento son claves para el proyecto futuro de vida. Esto resulta de gran importancia en caso de la niñez, si tenemos en cuenta que es precisamente la familia la institución que más tempranamente nos educa.

También consideramos a la escuela como una de las instituciones de asistencia de la familia, por lo tanto, los adultos en las escuelas deberían poder ejercer la función de posibilitar las condiciones de aprendizaje siendo ellos los mediadores entre las significaciones culturales y la realidad difícil que se presenta en estos casos.

Sin embargo, como bien hace notar María Silvia Villaverde, "...es frecuente hallarse ante la práctica de que un derecho reconocido como universal no se aplica del mismo modo (en caso de que se ejerza) a las personas con discapacidad..."¹³ Con ello queremos significar que es obligación del Estado garantizar el efectivo acceso a los derechos de las personas con discapacidad con el objeto de que se hagan realidad y no se reduzcan a meras expresiones formales. Pero es conocido que aún hoy las personas discapacitadas tienen grandes dificultades para ejercer sus derechos en iguales condiciones que el resto de la sociedad. Este impedimento no se debe en sí mismo a la afección personal, sino que responde a la misma estructura social inequitativa, un problema que debe ser asumido de todos nosotros como sociedad, que al presentarle obstáculos mediante la no comprensión o no aceptación de esa persona tal cual es, evita su pleno goce de derechos en igualdad de condiciones.

6. Derechos humanos y cultura

Para establecer una relación entre cultura y derechos humanos comenzaremos por expresar qué entendemos por cultura, tomando la concepción elaborada por Adolfo Colombres:

Se puede decir que cultura es toda clase de comportamiento aprendido o creado por el hombre en el marco de una sociedad determinada, por

¹³ VILLAVARDE, María Silvia, *La nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). En clave de derechos civiles y políticos*, publicación especial sobre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en J. A. 2008-III-27.

lo que toda cultura ha de referir, por fuerza, a la sociedad que la creó y que la usa como herramienta para la apropiación material y simbólica del mundo y como elemento de cohesión de sus miembros. Es preciso destacar por ello su carácter histórico, por ser el resultado de un largo proceso acumulativo y selectivo, en el que entran a jugar factores biológicos, ambientales y también axiológicos¹⁴.

De esta manera, entendemos que la cultura no es algo dado sino que es creada históricamente por una sociedad y de esta manera cultura y sociedad tienen influencias recíprocas en el sostenimiento de una determinada visión del mundo. Es decir que hombres y mujeres estamos condicionados por la cultura en la que vivimos y, al mismo tiempo, ésta interviene en el lugar que ocupamos en la sociedad. Siguiendo a otro autor, Guillermo Bonfil Batalla, el posicionamiento que nos emplaza en la sociedad genera relaciones asimétricas entre grupos culturales diferentes, cuando uno de ellos ejerce control sobre el otro, ya sea en los elementos materiales, de organización, de conocimiento, simbólicos y/o emotivos:

Por control cultural se entiende la capacidad de decisión sobre los elementos culturales. Como la cultura es un fenómeno social, la capacidad de decisión que define al control cultural es también una capacidad social, lo que implica que, aunque las decisiones las tomen individuos, el conjunto social dispone, a su vez, de formas de control sobre ellas [...] Por elementos culturales se entienden todos los recursos de una cultura que resulta necesario poner en juego para formular y realizar un propósito social¹⁵.

Consideramos que en el plano de la cultura la característica humana es la diversidad y no pretendemos negar esta cualidad que a nuestro parecer es enriquecedora. De lo que se trata es de defender una igualdad de derechos, ya que la diversidad es utilizada a menudo por un grupo social para oprimir a otro. En este contexto, estimamos adecuado que el sistema jurídico, en algunas ocasiones, aborde a la persona de manera

¹⁴ COLOMBRES, Adolfo, *La cultura y su dialéctica*, en *La Marea. Revista de cultura e ideas*, Año 12, verano 2005/2006, p. 15.

¹⁵ BONFIL BATALLA, Guillermo, *Pensar la cultura*, Alianza, México, 1992, p. 177.

diferencial para compensar precisamente una relación desigual (como sucede también, por ejemplo, en las relaciones de trabajo dependiente en el Derecho Laboral) protegiendo a la más vulnerable. Esto, en el Derecho positivo argentino, ya está previsto y creemos que es justo que así sea para asegurar legalmente una equidad en el acceso al derecho a la educación, a la salud, al trabajo, entre otros.

Sin embargo, la situación que nos preocupa es la condición de las personas con discapacidad en el ámbito sociocultural cotidiano, es decir, en cuanto a la autonomía, los vínculos afectivos, el disfrute de espacios recreativos, la participación en la toma de decisiones políticas, etcétera. Esta preocupación implica una concepción de los derechos humanos desde una perspectiva crítica, histórica e interdisciplinaria.

Como expresa Jacques Parraguez,

En la lógica jurídica formal dominante, éstos se entienden sólo en su dimensión restrictiva de garantías individuales y en el entendido de que su protección se cumple al consagrarse en el ilusorio mundo de la sociedad legal.

De concebirse, en cambio, en un sentido amplio que incorpora además a los derechos económicos, sociales y culturales, como también a las necesidades humanas fundamentales, entre ellas las de participación, recreación, identidad, etcétera [...] la dimensión formal será sobrepasada por la exigencia legítima de su protección real. Mientras ésta permanezca insatisfecha habrá violación de un derecho fundamental y existirá conflicto jurídico¹⁶.

Las fórmulas escritas de los textos legales son necesarias pero insuficientes para tender hacia la resolución de los conflictos sociales. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento formal que requiere (y habilita el reclamo de) políticas públicas específicas que permitan el uso y goce de los derechos humanos que proclama.

¹⁶ JACQUES PARRAGUEZ, Manuel, *Educación para los DD. HH. y las estrategias de defensa jurídica desde la sociedad civil*, en *Documento de Debate*, N° 12, abril de 1989, Chile, p. 126.

7. La educación como una de las instancias fundamentales para el ejercicio cotidiano de los derechos humanos

Este trabajo pretende focalizarse en la discapacidad y problematizar la significación que conlleva esta palabra en el *imaginario social*¹⁷, en las propias personas con discapacidad y que se refleja en la práctica cotidiana, respecto a la inclusión social y las condiciones de vida, tanto para ellas como para las personas que las rodean. Si bien se ha logrado un gran avance en materia de discapacidad en el plano de las leyes, las barreras para la inclusión de los sujetos discapacitados siguen existiendo. Vemos a diario barreras arquitectónicas (físicas) y no arquitectónicas (actitudinales) que configuran obstáculos permanentes en la cotidianeidad de estos sujetos.

Es por eso que nuestra preocupación requiere el abordaje cotidiano de los problemas que presenta esta realidad, como punto de partida para proponer las transformaciones que nos parezcan posibles, teniendo en cuenta la doble dimensión del imaginario social: “su capacidad de conservar lo instituido, pero también su potencialidad instituyente de transformación”¹⁸, cuestión que nos sumerge en problemáticas inespablemente ligadas al poder¹⁹. Para ello, creemos necesario problematizar el concepto de discapacidad, entendiéndolo no como algo dado sino como una construcción histórico-social, como así también cuestionar prácticas que se presentan como naturales y/o ideológicamente neutrales.

Cabe ejemplificar con la liviandad con que se repiten las frases “respetar la identidad”, “educar en la diversidad”, “aceptar la diferencia”, etcétera, para notar cómo se encubre o se desconoce una realidad que poco tiene que ver con esas afirmaciones. Notamos que en la

¹⁷ FERNÁNDEZ, Ana María, *De lo imaginario social a lo imaginario grupal*, en *Revista Actualidad Psicológica*, 1992, p. 2: “La unidad de una sociedad en el plano de la subjetividad colectiva se mantiene a través de la consolidación y reproducción de sus producciones de sentido (imaginario social). Sentidos organizadores (mitos) que sustentan la institución de normas, valores y lenguaje por los cuales una sociedad puede ser visualizada como una totalidad”.

¹⁸ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 2.

¹⁹ Íd. nota anterior.

sociedad posmoderna la inclusión es la bandera pero eso no significa que los discapacitados estén integrados²⁰. Ana María Fernández plantea:

Esta invisibilización de lo diverso no sólo deja sin lugar la singularidad, sino que a través de estos discursos morales, universalistas, se invisibiliza el proceso sociohistórico de su construcción, presentando como realidades naturales y ahistóricas –y por lo tanto inmodificables– aquello que es producto efecto de su eficacia²¹.

Tratamos entonces de problematizar *lo obvio*, aún dentro de los colectivos de personas con discapacidad.

De lo dicho anteriormente surge nuestro desafío de conjugar nuestra tarea de educadores/as y abogados/as, no solamente en cuanto a la utilización de conocimientos técnicos, sino también para educar en el sentido de que la comunidad reconozca como conflicto jurídico la violación de sus derechos y participe en su propia defensa.

Jacques Parraguez destaca:

...el carácter educativo que una estrategia jurídica de defensa de los derechos humanos contiene y, cómo ésta puede ligarse a la construcción de una sociedad civil orientada en la perspectiva de la protección constante de tales derechos [...] la idea de lo educativo, en cuanto proceso de conciencia, construcción de valores y de opciones de vida²².

El mismo autor explica que el trabajo de abogar consiste en “des-educar” en un doble plano, en una perspectiva de creencias y en una perspectiva de actitudes. La primera para desarmar el sentido legalista, la segunda creando un rol activo de la comunidad en la defensa de sus conflictos, “entendiendo el rol del abogado como de apoyo, un facilitador que preponderantemente desde la dimensión de su destreza técnica legal co-ayuda a un proceso común de defensa”²³.

Además, vemos que la problemática de la discapacidad es una cuestión presente en el amplio campo educativo porque, si bien todas las

²⁰ SILBERKASTEN, Marcelo, *La construcción imaginaria de la discapacidad*, Topia, Buenos Aires, 2006, p. 47.

²¹ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 5.

²² JACQUES PARRAGUEZ, ob. cit., p. 125.

²³ Íd. nota anterior.

personas somos distintas, muchas veces seguimos discriminando en categorías como “*nosotros* los normales” y “*ellos* los discapacitados”. En palabras de A. Colombres, “Ser distinto del modelo dominante [...] aún hoy sirve de argumento para discriminar, para considerar al otro como inferior, con lo que se termina aboliendo el pluralismo tan proclamado por los documentos oficiales”²⁴.

Pensamos que dentro de una misma sociedad coexisten varios grupos con características culturales diferentes, que se convierten en conflictivas cuando esas diferencias son utilizadas por un sector para oprimir a otro. El escenario se agrava con otro componente: la división en clases sociales, cuando la persona tiene una discapacidad y además padece carencias económicas el problema se acentúa aún más.

8. La problemática de la discapacidad desde una perspectiva filosófica y pedagógica freireana

Proponemos una tarea educativa que intente que las personas con discapacidad puedan tomar consciencia del contexto que las posiciona como *oprimidas* para trabajar colectivamente hacia la superación de la situación de opresión. Resaltamos que, como sujetos sociales, nos educamos *con* otros, en una *construcción* de conocimientos que se da en el vínculo, mediatizado por el mundo. Es decir que apostamos a una educación sin paternalismos ni asistencialismos que silencien las voces de las personas con discapacidad (gráficamente, pedagogía *del* oprimido y no *para* el oprimido).

A su vez, coincidimos con Miró Quesada en que “...la filosofía habrá de servir para intensificar la toma de conciencia que hará posible el cambio del sistema social imperante, la forjación del modelo y la denuncia de los peligros, que no dejarán de presentarse en el camino”²⁵. En este sentido, para que la filosofía pueda ser auténtica debe surgir de los problemas de su propia comunidad. Por ello debemos crear y potenciar espacios para el desarrollo de las personas y de su autonomía, posibilitando que ellas mismas sean partícipes de sus propias historias.

²⁴ COLOMBRES, ob. cit., p. 15.

²⁵ MIRÓ QUESADA, Francisco, *Los derechos humanos en América Latina*, Serval/Unesco, París, 1985, p. 113.

Para Jacques Parraguez, “...se trata de plantearse una educación de derechos humanos afirmada en la idea de construcción del orden junto con y por medio de la formación de los sujetos crecidos en los conflictos reales e históricos [...] asumidos interdisciplinariamente y desde y con la propia comunidad...”²⁶

Para finalizar este trabajo, invitamos a develar qué imaginarios portamos sobre la discapacidad y, al mismo tiempo, a revisar nuestras prácticas cotidianas. Porque estamos esperanzados en que la educación es una *praxis* que puede permitirnos la construcción colectiva de configuraciones conceptuales que sean inclusivas y respetuosas de la diversidad humana. Dicha tarea se nos presenta como un presupuesto ineludible para alcanzar el *uso y goce* de los derechos humanos plasmados en las normas escritas.

Bibliografía

- BONFIL BATALLA, Guillermo, *Pensar la cultura*, Alianza, México, 1992.
- BROGNA, Patricia, *Posición de discapacidad: los aportes de la Convención*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.
- COLOMBRES, Adolfo, *La cultura y su dialéctica*, en *La Marea. Revista de cultura e ideas*, Año 12, verano 2005/2006.
- FERNÁNDEZ, Ana María, *De lo imaginario social a lo imaginario grupal*, en *Revista Actualidad Psicológica*, 1992.
- FREIRE, Paulo, *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI, México, 1997.
- JACQUES PARRAGUEZ, Manuel, *Educación para los DD. HH. y las estrategias de defensa jurídica desde la sociedad civil*, en *Documento de Debate*, N° 12, abril de 1989, Chile.
- MIRÓ QUESADA, Francisco, *Los derechos humanos en América Latina*, Serval/Unesco, París, 1985.
- PANTANO, Liliana, *Discapacidad: conceptualización, magnitud y alcances. Apuntes para el mejoramiento de las prácticas en relación a las personas con discapacidad*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Departamento de Sociología, FCSE, UCA/Conicet, Documento de trabajo, 2008.
- *La palabra discapacidad como término abarcativo. Observaciones y comentarios sobre su uso*, en *Revista*, N° 9, UCA, Argentina, 2007.

²⁶ JACQUES PARRAGUEZ, ob. cit., p. 128.

PÉREZ DE LARA FERRÉ, Nuria, *Identidad, diferencia y diversidad: mantener viva la pregunta*, en *Habitantes de Babel. Políticas y poéticas de la diferencia*, Laertes, 2008.

SILBERKASTEN, Marcelo, *La construcción imaginaria de la discapacidad*, Topia, Buenos Aires, 2006.

VILLAYERDE, María Silvia, *La nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). En clave de derechos civiles y políticos*, publicación especial sobre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en J. A. 2008-III.

Páginas web

www.infojus.gov.ar.

www.infoleg.gov.ar.

www.juridicas.unam.mx.

www.mineduc.gt.

DEBATES ACTUALES DEL DERECHO CONCURSAL: PRESUPUESTO OBJETIVO, PRESUPUESTO SUBJETIVO Y LEGITIMACIÓN

por GERMÁN E. GERBAUDO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Debates actuales. 1. Presupuesto objetivo. 2. Presupuesto subjetivo. 3. Legitimación para la apertura del concurso preventivo. III. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El Derecho Concursal se encuentra en un proceso de transformación donde han entrado en crisis los viejos paradigmas que imperaban en esta disciplina jurídica. En este trabajo analizamos tres cuestiones de debate actual en esta materia. Abordamos las alteraciones que se están produciendo en relación con los presupuestos concursales y a la legitimación para la apertura de los procesos de reestructuración. Con respecto a cada uno de estos temas exponemos el estado actual de la materia, indicando los debates que giran alrededor de los mismos y los horizontes que en el futuro se postulan con relación a estos institutos.

Abstract

The insolvency law is in a process of transformation where the old paradigms that prevailed in this legal discipline have entered into crisis.

¹ Abogado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magíster en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Profesor adjunto de Derecho de la Insolvencia, Facultad de Derecho (UNR). Secretario académico, Facultad de Derecho (UNR).

In this paper we analyze three questions of current debate in this matter. We address the changes that are occurring in relation to the bankruptcy budgets and the legitimation for the opening of restructuring processes. In relation to each of these topics we present the current state of the topic, indicating the debates that revolve around them and the horizons that in the future are posited in relation to these institutes.

Palabras clave

Presupuesto subjetivo. Presupuesto objetivo. Legitimación.

Keywords

Subjective budget. Target budget. Legitimation.

I. Introducción

El Derecho Concursal de nuestro tiempo está atravesando una etapa de cambios, donde los viejos paradigmas que se presentaban como inexpugnables han entrado en crisis. Estas transformaciones que experimenta este Derecho generan interesantes debates doctrinarios y tesis divididas en la jurisprudencia.

Las proposiciones de la doctrina y las líneas que traza la jurisprudencia en muchos países se han receptado normativamente. En tal sentido, Héctor Alegria expresa que en el Derecho Concursal Comparado se observa una gran movilidad legislativa, que motiva la sanción de múltiples leyes en distintos países en un breve período de tiempo². Asimismo, Julio Cesar Rivera señala que el Derecho Concursal es una rama que se encuentra en permanente evolución³. En definitiva, existe como dice Ariel Dasso un *tsunami* concursal que provoca las reformas de las leyes de insolvencia en todo el mundo⁴. Generalmente, estas modificaciones obedecen a la necesidad de reformar las normas con-

² ALEGRIA, H., *La crisis global y los impactos (duraderos y pasajeros) en el Derecho Concursal. Enseñanzas y conclusiones*, en *Edición homenaje al Dr. Ricardo S. Prono*, UNL, Santa Fe, 2010, p. 13.

³ RIVERA, J., *Propuestas para un sistema concursal más eficiente*, en *Estudios de Derecho Privado. 1984-2005*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 406.

⁴ DASSO, A., *El Derecho Concursal hoy*, en L. L. 2009-B-921.

cursales ante el advenimiento de una crisis, dado que es indudable que éstas constituyen el banco de prueba de las legislaciones concursales.

En este trabajo analizamos algunos de los debates más actuales y trascendentes que exhibe el Derecho Concursal de nuestro tiempo. Examinamos las transformaciones que se observan en torno al presupuesto objetivo, subjetivo y a la legitimación para la apertura de los procesos de reestructuración. En cada uno de estos temas expondremos cuál es el estado de la regulación en la Ley de Concursos (en adelante LC) de nuestro país y cuáles son las tendencias que sobre esos temas se observan en la doctrina y en las regulaciones extranjeras.

II. Debates actuales

1. *Presupuesto objetivo*

La apertura de cualquier proceso concursal, sea de reestructuración o liquidación, requiere de la presencia de dos presupuestos: objetivo y subjetivo.

Enrique Gadea indica que “constituye el presupuesto objetivo la delimitación del estado patrimonial del deudor al que el legislador vincula la apertura del concurso de acreedores”⁵. El presupuesto objetivo alude a la situación económica-financiera en la que se encuentra el patrimonio del sujeto insolvente. En otros términos, como señala Adolfo Rouillon, refiere “a las condiciones del patrimonio”⁶.

Nuestra legislación, en el artículo 1º, 2º párrafo, adopta al estado de cesación como presupuesto objetivo de los procesos concursales reglados en la LC, y como sistema de comprobación judicial de ese estado, en el artículo 79 de la misma, recepta el denominado sistema de los hechos reveladores, que es propio del Derecho francés posterior a la reforma de 1838.

Julio César Rivera dice que la insolvencia se puede caracterizar como “el estado general y permanente de desequilibrio patrimonial

⁵ GADEA, E., *Iniciación al estudio del Derecho Concursal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 60.

⁶ ROUILLON, A., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 17ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 18.

que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones exigibles”⁷. Por su parte, Héctor Cámara expresa que es “la impotencia del patrimonio frente a las deudas ciertas, líquidas y exigibles que lo gravan”⁸.

El presupuesto objetivo de los procesos concursales experimenta hoy en día una “gran crisis”, que abre un debate en la doctrina sobre la necesidad de admitir otros presupuestos diferentes al denominado “estado de cesación de pagos” y provoca en ese sentido modificaciones en las leyes de insolvencia de diferentes países del mundo.

El debate se instaló principalmente a partir de la década de 1980 del siglo pasado y, especialmente, a través del Anteproyecto español de 1983 que “reemplaza de modo franco el concepto” y hasta la propia expresión “insolvencia” o “estado de insolvencia” por “crisis” o “estado de crisis”⁹.

Desde el ámbito normativo, la variedad de presupuestos objetivos de los procesos de insolvencia se observa principalmente en la legislación europea, que en los últimos años ha incorporado a la par del clásico presupuesto del estado de cesación de pagos otros como, por ejemplo, el “estado de crisis” o “estado de dificultades” o “preinsolvencia” o el “sobreendeudamiento” en caso de personas físicas consumidores.

Hoy existe un consenso en la doctrina en la necesidad de proponer soluciones concursales antes de que se instale la insolvencia. Concorre un convencimiento en los autores que anticipar la insolvencia permite evitar costos y otorga mayores posibilidades de recuperación de la empresa. La aplicación oportuna de las soluciones concursales tiende a evitar una profundización de la crisis y la expansión de la insolvencia con todas las consecuencias negativas que ello implica.

Osvaldo Maffía expresa que “la consigna es intervenir, con actuación del tribunal, en defensa de la empresa en dificultades cuando los

⁷ RIVERA, J., *Instituciones de Derecho Concursal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, t. I, p. 113.

⁸ CÁMARA, H., *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 236.

⁹ MAFFÍA, O., *Metamorfosis de un concepto. De la cesación de pagos a la crisis empresarial*, en L. L. 1984-C-775.

problemas aparecen, no cuando la insolvencia se instaló y menos aún esperar la apertura del concurso para dispensarle una protección inexorablemente tardía”¹⁰.

En el Primer Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, celebrado en Gijón el 18 de abril de 2009, se adoptó la denominada “Declaración de Gijón”, que en su conclusión tercera expresa: “La necesidad de modificar el presupuesto objetivo del concurso de acreedores para reducir los costes, tanto temporales como económicos, derivados de su declaración. La modificación debe ir en la línea de retornar a la eficacia confesoria de la solicitud de concurso voluntario y de facilitar la declaración del concurso necesario por lo que se refiere tanto a la prueba exigida al acreedor como al procedimiento previsto para obtener la declaración judicial como, en fin, a la correcta regulación de la imposición de las costas de la solicitud y de la eventual solicitud abusiva del concurso”¹¹.

Decíamos que esta “crisis” del presupuesto objetivo de la cesación de pagos se planteó primero en la doctrina y luego se empezó a receptor en las legislaciones. Así, diversas legislaciones extranjeras prevén presupuestos alternativos¹². En España, la ley 22/2003 del 9 de julio de 2003 establece como presupuesto objetivo a la insolvencia¹³. Sin embargo, la novedad está dada porque ésta puede ser actual o inminente¹⁴.

¹⁰ MAFFÍA, O., *Crisis de los conceptos basilares del concurso comercial preventivo*, en L. L. 1979-C-693.

¹¹ Conclusiones del Primer Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, Gijón, del 18-4-2009, disponible en <http://www.aranzadi.es/congresodelainsolvencia/conclusiones.php> (consulta: 20-1-2010).

¹² Véase: GERBAUDO, G., *Cesación de pagos*, Nova Tesis, Rosario, 2011, ps. 119 a 148.

¹³ En tal sentido, se dice que “la nueva ley concursal 22/2003, de 9 de julio, ha recurrido a la noción de ‘insolvencia’ como concepto fundamental y nuclear de su sistema” (DÍAZ DE LA ROSA, A., *La delimitación entre la insolvencia concursal e insolvencia laboral, a la luz de la ley 22/2003 de 9 de julio, concursal*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 8, La Coruña, 2004, p. 281).

¹⁴ Se indica que la ley 22/2003 “se refiere a la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso, otorgando un tratamiento dualista a este concepto: insolvencia actual e insolvencia inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Hace referencia a un estado económico financiero: la imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles. Son

La clase de insolvencia incide en la legitimación para instar el concurso. En caso de concurso voluntario –el pedido por el propio deudor–, la insolvencia como presupuesto objetivo puede ser actual o inminente. Por el contrario, en caso de concurso necesario –el pedido por los acreedores–, la insolvencia sólo puede ser actual. En Latinoamérica, encontramos en Colombia la ley 1116 del 26 de diciembre de 2006 que instituye el “Régimen de Insolvencia Empresarial” y que en el artículo 9º establece dos presupuestos objetivos: la cesación de pagos y la incapacidad de pago inminente. Con la previsión de dos presupuestos objetivos se supera la vieja tradición de la legislación concursal colombiana que siempre giró en torno a la cesación de pagos¹⁵.

A pesar de los vientos de cambios que provienen de la legislación extranjera y de los debates en nuestra doctrina, y la presencia de esta problemática en distintos eventos científicos, nuestra legislación sigue atada al presupuesto objetivo de la cesación de pagos. En tal sentido, es menester recordar que las últimas reformas concursales, existentes desde 1995 hasta la fecha, en nada innovaron al respecto¹⁶.

La última invención que en nuestro país se observó en el presupuesto objetivo se produjo con el acuerdo preventivo extrajudicial. Éste establece dos presupuestos objetivos: el estado de cesación de pagos y las dificultades económicas o financieras de carácter general.

En consecuencia, el deudor para reestructurar el pasivo a través

obligaciones exigibles las deudas dinerarias, vencidas y líquidas, que han generado acción para exigir su pago, careciendo el deudor de excepciones válidas para oponerse al mismo. La insolvencia inminente, por el contrario, hace referencia a la *previsión* de no poder cumplir regular y puntualmente las obligaciones. Se trata de un estado de insolvencia potencial (según la Exposición de Motivos una insolvencia futura) pero fundado, que es necesario acreditar. Debe demostrarse que no se podrá pagar en las circunstancias de tiempo establecidas, previéndose así el concurso por morosidad y no por incumplimiento” (VERDÚ CAÑETE, M., *Notas sobre el nuevo Derecho Concursal*, en *Anales de Derecho*, N° 22, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, 2004, p. 391).

¹⁵ ISAZA UPEGUI, A. y LONDOÑO RESTREPO, A., *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial. Ley 1116 de 2006*, 2ª ed., Legis, Bogotá, 2008, ps. 53 y 54.

¹⁶ Desde 1995 se dictaron las siguientes leyes de reforma de la ley concursal: ley 24.522 –1995–, ley 25.563 –2002–, ley 25.589 –2002–, ley 26.086 –2006– y ley 26.684 –2011–.

del acuerdo preventivo extrajudicial puede hallarse en insolvencia o en dificultades económicas y financieras de carácter general.

La expresión dificultades económicas o financieras de carácter general fue incorporada en nuestro Derecho Concursal por la ley 22.917 de 1983 como presupuesto objetivo del denominado acuerdo preconcursal¹⁷. En su momento, se expresó que la incorporación de este nuevo presupuesto fue la mayor novedad de la reforma dada por la ley 22.917¹⁸.

No obstante, en una primera etapa, la doctrina que tempranamente comentó la incorporación por la ley 22.917 de este presupuesto objetivo se manifestó en sentido crítico al mismo. Se entendía que en realidad no se trataba de un nuevo presupuesto objetivo distinto al de la cesación pagos¹⁹.

En la actualidad, esta tesis fue superada. La doctrina se inclina por sostener que existen diferencias entre las mencionadas nociones. Se considera que se trata de dos presupuestos objetivos diferentes. Por lo tanto, el deudor que pide la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial puede encontrarse en cesación de pagos o en una instancia previa que se denomina dificultades económicas o financieras de carácter general²⁰.

¹⁷ Véase GERBAUDO, *Cesación de pagos* cit., p. 78.

¹⁸ ROUILLON, A., *Reformas al régimen de los concursos. Comentario a la ley 22.917*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 96.

¹⁹ TONÓN, A., *El acuerdo preconcursal*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 79; ARGGERI, S., *El acuerdo preventivo extrajudicial introducido en nuestra legislación concursal*, en L. L. 1984-A-787.

²⁰ SEGAL, R., *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 108; RIVERA, *Instituciones de Derecho Concursal* cit., t. I, p. 365; BARAVALLE, R. y GRANADOS, E., *Ley de Concursos y Quiebras 24.522*, Liber, Rosario, 1995, t. I, p. 210; ENZ, G., *Acuerdo preventivo extrajudicial*, en *Revista "Derecho y Empresa"*, N° 4, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral, Rosario, 1995, p. 198; RIBERA, C., *El acuerdo preventivo extrajudicial, antecedentes y la nueva legislación concursal*, en E. D. 167-1163; BOLOTNIKOFF, P., *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, en L. L. 2000-C-1334; FARGOSI, H., *Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales*, en L. L. 2002-D-1074; ESCUTI, I. y JUNYENT BAS, F., *Concursos y quiebras*, Advocatus, Córdoba, 1995, ps. 53 y ss.; ESCUTI, I. y JUNYENT BAS, F., *Derecho Concursal*, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 444 y ss.; JUNYENT BAS, F., *Criterios y directrices en el acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589*, en *Libro de ponencias de las Jornadas Nacionales de*

Adolfo Rouillon dice que “el estado de dificultades económicas de carácter general es una nueva categoría, variante intermedia entre la solvencia y la insolvencia definidas”²¹.

José Antonio Di Tullio, Ariel A. Germán Macagno y Eduardo Néstor Chiavassa suministran una noción de “dificultades” partiendo de la distinción con el “estado de cesación de pagos”, manifestando que la diferencia entre ambas categorías es en grados. Así, los autores expresan que “la dificultad de carácter general denota una insolvencia en estado inicial y, aunque temporal, es insolvencia al fin. En esta órbita, cuando tal transitoriedad o reversibilidad desaparecen y la imposibilidad se torna definitiva, se ingresa al terreno del estado de cesación de pagos”²².

Los adjetivos “económicas” y “financieras” aluden a las causas de las dificultades. Así, las dificultades de índole económica hacen referencia a la rentabilidad, es decir, a la capacidad de remunerar adecuadamente los medios financieros invertidos, en la cual tienen influencia el mercado en que la empresa se ubica y sus características (inestable o competitivo), el producto (adaptado o no a la demanda) y la tecnología que utiliza²³.

En cambio, las dificultades financieras refieren a la liquidez, a las disponibilidades o medios para cubrir las erogaciones de caja, al nivel

actualización y debate en Derecho Concursal, Rosario, 17 y 18 de octubre de 2002, p. 63; MOLINA SANDOVAL, C., *Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 98; PRONO, R., *El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial*, en L. L. 2003-F-1; TON, W., *Acuerdo preventivo extrajudicial*, Errepar, Buenos Aires, 2005, ps. 88 a 100; CHOMER, H. y SÍCOLI, J., *Ley de Concursos y Quiebras 24.522. Comentada*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 144; GRAZIABILE, D., *Sobre los conflictos teóricos del APE. Naturaleza jurídica y presupuestos*, en L. L. 2006-E-1253; GERBAUDO, *Cesación de pagos* cit., ps. 78 a 82.

²¹ ROUILLON, A., *¿Girará hacia el voluntarismo la legislación concursal argentina?*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 235.

En sentido similar, véase: ROUILLON, *Reformas al régimen de los concursos...* cit., p. 111.

²² DI TULLIO, J.; MACAGNO, A. y CHIAVASSA, E., *Concursos y quiebras. Reformas de las leyes 25.563 y 25.589*, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 228.

²³ SEGAL, ob. cit., p. 112.

de endeudamiento y a la necesidad de superávit financiero para el repago de los pasivos realizables²⁴.

En cuanto a la generalidad, se indica que debe ser entendida como la afección a todo el patrimonio²⁵.

En conclusión, el presupuesto objetivo de los procesos concursales a nivel universal transita por una etapa de vertiginosos cambios que implican admitir nuevas situaciones patrimoniales que permitan anticipar la insolvencia y con ello hacer más factible la reestructuración patrimonial.

2. Presupuesto subjetivo

El presupuesto subjetivo refiere al sujeto concursable, es decir, a quienes son los sujetos que ante el presupuesto objetivo que determina la ley pueden acceder a un proceso concursal. El presupuesto subjetivo hace referencia a las personas o entidades a las que puede aplicárseles este procedimiento en caso de insolvencia²⁶; en otros términos, alude a quienes son los sujetos pasibles de concursamiento.

María Blanca Noodt Taquela expresa que “la existencia de un sujeto pasivo constituye uno de los presupuestos de cualquier concurso, esto es, no podrá declararse la quiebra ni otro concurso si no es respecto de una persona susceptible de ser sujeto pasivo de ese concurso. No existe quiebra sin sujeto”²⁷.

Por su parte, Darío J. Graziabile sostiene: “sin deudor, no hay acreedor y por ende no existe obligación ni impotencia patrimonial de cumplimiento regular”²⁸.

El presupuesto subjetivo se encuentra establecido en el artículo 2° de la LC. El precepto declara concursables a las personas físicas –hoy

²⁴ Íd., p. 112.

²⁵ GRAZIABILE, D., *Manual de concursos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, e-book.

²⁶ GADEA, ob. cit., p. 55.

²⁷ NOODT TAQUELA, M.^a, *Derecho Concursal. Sujetos del concurso*, en *Cuaderno N° 5 del Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Belgrano*, Belgrano, Buenos Aires, 1981, p. 11.

²⁸ GRAZIABILE, D., coment. al art. 1° de la LC, en *Régimen concursal. Ley 24.522. Actualizada y comentada*, dir. por Darío J. Graziabile, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 181.

personas humanas con el Código Civil y Comercial de 2014–, a las personas de existencia ideal de carácter privado –hoy con el Código Civil y Comercial de 2014 personas jurídicas privadas–, a las sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, al patrimonio del fallecido y al deudor domiciliado en el extranjero con bienes en el país.

El presupuesto subjetivo de los procesos concursales también se encuentra en una etapa de transformación, la que se produce en dos sentidos: por un lado, en la ampliación de sujetos pasibles de concursamiento, y por el otro, en la necesidad de establecer soluciones concursales especiales atendiendo a las particularidades del presupuesto subjetivo.

En lo que respecta a la ampliación de los sujetos concursables, ello se gestó en base a la unificación de los concursos civiles y comerciales.

En un momento, la quiebra era un proceso de aplicación exclusiva a los comerciantes. En caso de que un deudor no comerciante se encontrara en una situación de insolvencia, no se le aplicaba las disposiciones de la LC sino que su cesación de pagos se resolvía a través de la figura del concurso civil reglado en los códigos de procedimientos locales.

En la actualidad, la distinción entre insolvencia de comerciantes y no comerciantes ha sido superada. En efecto, la LC se aplica a todo deudor, sea comerciante o no comerciante. Es decir, cualquier deudor siempre que sea pasible de concursamiento puede resolver su insolvencia a través de los procesos reglados en la LC.

Sin embargo, el debate sobre la unificación del régimen de insolvencia es antiguo²⁹. Si realizamos una retrospectiva y nos situamos en el Derecho Romano, donde aparecen los primeros vestigios de lo que hoy sería el Derecho Concursal, con medidas que no se dirigían al patrimonio del deudor sino a su persona para forzarlo a su cumplimiento³⁰, no existía una distinción entre deudores comerciantes y no

²⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *El “sobreendeudamiento” del consumidor y la respuesta del legislador francés*, en *Academia Nacional de Derecho*, Buenos Aires, junio de 2008, p. 1.

³⁰ MAFFÍA, O. y MAFFÍA, M. de, *Legislación concursal. Introducción histórico-crítica*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 13.

comerciantes³¹. En la Edad Media se gesta en las ciudades italianas el Derecho Comercial y aparecen las primeras normas que empiezan a delinear a la quiebra, y allí empieza a perfilarse a los comerciantes como sujetos de la bancarrota. Es menester tener presente el carácter histórico y subjetivo del Derecho Comercial en aquellos tiempos de sus génesis, donde surge como un Derecho creado por y para los comerciantes. En consecuencia, es evidente que sus disposiciones sean de aplicación a los comerciantes; es que se señala que dado que los civiles no participaban del comercio ni del crédito, no tenía sentido prever un régimen para el caso de que quiebrasen³². En otros términos, se indica que este tratamiento diverso encontraba su fundamento “como medida de protección del tráfico económico, y en atención de las graves consecuencias que traía consigo la insolvencia de un comerciante, éste era tratado con mayor rigor”³³.

No obstante lo que venimos relatando, cabe indicar que en esta etapa muy pocos estatutos circunscribían expresamente la aplicación

³¹ MALAGARRIGA, C., *Tratado elemental de Derecho Comercial*, t. IV, *Quiebras y prescripción*, TEA, Buenos Aires, 1952, p. 25; SOZA RIED, M., *El procedimiento concursal en el Derecho Romano Clásico y algunas de sus repercusiones en el actual Derecho de Quiebras*, en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, N° 20, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1998, p. 13.

³² LÓPEZ RODRÍGUEZ, C., *Sobre la existencia de normas diferentes para personas físicas sin actividad empresarial*, disponible en <http://www.derechocomercial.edu.uy/ConcursalClase11B.htm> (consulta: 21-4-2012).

Por su parte, Juana Pulgar Ezquerro entiende que si bien la mayoría de los estatutos medievales circunscribían la aplicación de la quiebra a los comerciantes, existían otros, como el Estatuto del Capitano del Popolo de Firenze, que utilizaba la laxa expresión de “personas que, por razón de su actividad, posean cosas ajenas”. En tanto que otros admiten expresamente la extensión de la quiebra a los sujetos no comerciantes, como el Estatuto de Bologna de 1550 o el Estatuto de Venecia y, a su vez, otros admiten esa aplicación de manera tácita, como ocurre con las Constituciones de Siena 1262 y 131, la Constitución de Padua de 1420 y la de Génova de 1589. Por ello, la autora dice que “puede sostenerse, por tanto, que la quiebra, más que configurarse como un instituto aplicable a determinada clase de sujetos y, en concreto, a los comerciantes, se orienta en sus orígenes a la protección de un ámbito concreto, el comercio, al que trata de proteger...” (PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2005, p. 57).

³³ VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 14.

de la quiebra a los comerciantes. Sin embargo, ello se entendía en muchos casos de manera implícita en razón de que el Derecho Comercial –entre los cuales se encontraba el instituto de la quiebra– había sido gestado por los comerciantes para atender a sus necesidades. Este criterio se trasladó a las legislaciones posteriores como, por ejemplo, las Ordenanzas francesas dictadas por los monarcas Carlos IX, Enrique III y Enrique IV³⁴.

En cuanto al momento en que la legislación concursal expresamente se restringió a los comerciantes existe una controversia en la doctrina. Básicamente, algunos sostienen que esa limitación apareció en la Ordenanza del Comercio francesa de Colbert de 1673³⁵, otros entienden que ello ocurre con las Ordenanzas de Bilbao de 1737³⁶, y finalmente no faltan quienes consideran que ello acontece con el Código de Comercio francés de 1807³⁷. Lo que sí es indudable es que la aplicación de la quiebra de modo exclusivo a los comerciantes a partir de allí se extendió a gran parte de Europa y de Latinoamérica en virtud de la influencia que el Código de Comercio francés ejerció como fuente de la codificación mercantil en los siglos XIX y primera parte del XX. En este sentido, reservan la quiebra de manera exclusiva a los comerciantes los Códigos de Comercio de España de 1829³⁸ y de 1885³⁹ y el Código de Comercio del Imperio de Brasil de 1850.

³⁴ GARCÍA MARTÍNEZ, R. y FERNÁNDEZ MADRID, J., *Concursos y quiebras*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 79.

³⁵ En esta posición GARCÍA MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., p. 79. Estos autores expresan que “a partir de la vigencia de este cuerpo legal, desapareció prácticamente de Francia el concepto genérico en materia de quiebras y bancarotas, y en lo sucesivo el régimen regulador de la insolvencia se limitó solamente a los comerciantes aunque no existiera en el texto legal nada que en forma clara y expresa así lo dispusiera, como si esa diferenciación respondiere más bien a un estado de hecho, al extremo que nadie, ni civiles ni comerciantes, ni juristas ni magistrados, hizo cuestión al respecto”.

³⁶ En este sentido: GARCÍA MARTÍNEZ, F., *El concordato y la quiebra*, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 120.

³⁷ En esta postura se ubica BONELLI, *Il fallimento*, ps. 14 y ss., cit. por PULGAR EZQUERRA, ob. cit., p. 76.

³⁸ Este Código es obra del jurista andaluz Pedro Sainz de Andino, quien dada su importante labor en el siglo XIX como creador de leyes en España es considerado el “hacedor de leyes” (véase TOSCANO DE PUELLES, F., *Sainz de Andino: el*

Este sistema que circunscribe la aplicación de la quiebra a los comerciantes se enfrentó a otro que aplica el instituto sin distinguir entre comerciantes y no comerciantes. En este sentido, se ubica el Derecho inglés que en 1542 abandona el sistema del *common law* en materia de bancarrota y durante el reinado de Enrique VIII dicta la primera de sus leyes de quiebra que dispuso su aplicación a toda persona⁴⁰.

hacedor de leyes, Diputación de Cádiz, Cádiz, 1987; DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, J., *Las Ordenanzas de Bilbao como antecedente de la codificación mercantil en España*, disponible en www.forulege.com [consulta: 21-4-2012]).

Este Código rigió en España, Cuba, Filipinas y Puerto Rico. Asimismo, en la República Argentina después de la emancipación de mayo de 1810 diversas provincias lo adoptaron como su Código de Comercio. Así lo hicieron Mendoza en 1845, Corrientes en 1854 y San Juan en 1862. Lógicamente, rigió en dichas provincias hasta la entrada en vigor en 1862 del Código de Comercio de la República Argentina.

³⁹ La quiebra se encontraba regulada en el Código de Comercio de 1885 entre los arts. 870 a 941, modificados por la ley del 10-6-1897 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 1318-1396) y además por la remisión que efectuaba la Ley de Enjuiciamiento Civil subsistían los arts. 1001 a 1177 del Código de Comercio de 1829. Asimismo, a los comerciantes se les aplicaba el procedimiento de la suspensión de pagos reglado por la ley del 26-7-1922.

La insolvencia de los no comerciantes se atendía por el concurso de acreedores regulado en los arts. 1913 a 1929 del Código Civil y 156 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y por la quita y espera reglada en los arts. 1912, 1917, 1918 y 1919 del Código Civil y 1130 y 1195 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LINACERO DE LA FUENTE, M., *Las acciones de reintegración en la ley concursal*, Reus, Madrid, 2005, p. 14).

⁴⁰ No obstante esta ley, posteriormente se dictaron otras leyes que distinguieron la insolvencia de los comerciantes y la de los no comerciantes. En tal sentido, en 1571, la reina Isabel I reforma la ley disponiendo su aplicación exclusiva a los comerciantes, quedando los deudores civiles sometidos a la ejecución individual. Estos últimos volvieron a ser sujetos de un proceso concursal en 1813 cuando se dicta el régimen de insolvencia para los deudores civiles. A partir de entonces Inglaterra se enroló en el sistema de dualidad de regímenes: la quiebra para los comerciantes y un régimen de insolvencia para los deudores civiles. La dualidad desaparece hacia 1861, al dictarse una ley que dispuso que el régimen de *bankruptcy act* se aplicara a toda clase de deudores. En tal sentido, se dice que “se había llegado al pleno convencimiento de que en Inglaterra sólo debía existir un procedimiento concursal para toda clase de deudores, un régimen común de la quiebra, en razón de que el pueblo inglés había alcanzado desde mucho tiempo atrás, cualquiera fuesen las actividades económicas de sus componentes, un alto sentido de responsabilidad moral en el cumplimiento de sus obligaciones, tanto civiles como comerciales” (GARCÍA MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., ps. 96 y 97).

También en la tesis de la unidad de régimen se sitúa la Ley Federal sobre Bancarrotas de los Estados Unidos de Norteamérica de 1898.

Sin embargo, en el siglo XX, al calor de la unificación de los concursos de los comerciantes y no comerciantes, las soluciones concursales se fueron aplicando a un mayor número de sujetos insolventes. En nuestro país, la unificación se produjo en 1972 con la ley 19.551. Posteriormente, la ley 24.522 amplió los sujetos concursables al incorporar a las sociedades en que el Estado nacional, provincial y municipal sea parte. ¿Cuál fue el fundamento de permitir el concursamiento de estas sociedades?

Darío J. Graziabile señala que “la cuestión de incluir a las sociedades con participación pública no es cuestión de mera política legislativa, pues se busca igualar dentro del universo mercantil las responsabilidades patrimoniales públicas y privadas frente a la insolvencia”⁴¹.

Daniel Roque Vítolo señala que la modificación dada en 1995 “es a todas luces satisfactoria e implica que las sociedades estatales no recurrirán, como tradicionalmente ocurrió, a las arcas del Tesoro nacional o provincial o municipal, según se trate, en la búsqueda de auxilio económico, sino que enfrentarán las circunstancias de la crisis de la misma forma que las personas de derecho privado, intentando resolver sus problemas financieros con su propio patrimonio, sin poder eludir como antes acontecía los procedimientos de insolvencia”⁴².

Julio César Rivera indica que “la finalidad de la ley es imponer a las sociedades estatales la misma responsabilidad patrimonial que tienen los particulares, de modo de consagrar en los hechos la igualdad jurídica”⁴³.

Por otro lado, la otra transformación en el presupuesto subjetivo responde a la necesidad de particularizar las soluciones concursales atendiendo a la clase o tipo de sujeto insolvente. Las modernas tendencias del Derecho Concursal ponen en crisis el principio de unidad de soluciones y la idea de que debe existir un único proceso concursal para todo sujeto insolvente. En tal sentido, Héctor Chomer, refiriéndose

⁴¹ GRAZIABILE, D., *Derecho Concursal*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 61.

⁴² VÍTOLO, D., *Concursos y quiebras*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 123.

⁴³ RIVERA, *Instituciones de Derecho Concursal* cit., p. 127.

a la crisis de la idea de un proceso único, expresa que “uno de los paradigmas del Derecho Concursal fue la ‘unidad’ del proceso, esto entendido como la posibilidad de que cualquier sujeto pudiera acceder al concurso preventivo”⁴⁴. Pero agrega que “lo que sucedió fue que el proceso instituido para todos, sólo sirvió para algunos”⁴⁵.

La unidad concursal, entendida como un único proceso concursal para todo tipo de sujeto insolvente, fue una de las grandes conquistas del Derecho Concursal del siglo XX. Sin embargo, de cara a un Derecho Concursal del siglo XXI, la afirmación de un único proceso concursal para todo sujeto insolvente está en franca retirada. Ya no se afirma que lo más eficaz para resolver la insolvencia sea un único tipo de proceso concursal aplicable a todo sujeto insolvente. Por el contrario, la tendencia universal es legislar procesos concursales especiales atendiendo a las particularidades del sujeto insolvente. Es decir, las características de la insolvencia del sujeto concursal imponen mecanismos concursales especiales. En otros términos, la tendencia actual es gestar “trajes a medida” atendiendo al presupuesto subjetivo⁴⁶.

En nuestro país, la primera manifestación de esta tendencia se observó con la ley 25.284. Es así como el legislador argentino comprendió que no podía aplicarse eficazmente el proceso concursal reglado en la ley 24.522 a las entidades deportivas –especialmente aquellas que

⁴⁴ CHOMER, H., *Futuro del Derecho Concursal*, en L. L. 2012-D-1299.

⁴⁵ Íd., p. 1299.

⁴⁶ La necesidad de legislar procesos concursales especiales atendiendo al sujeto concursal se observa en diversos ámbitos del Derecho Concursal. Al respecto, cabe mencionar el caso de los consumidores sobreendeudados donde en algunos países se instituye un proceso concursal especial. Véase en tal sentido la Ordenanza de Insolvencia de Alemania, del 5-10-94, que entró a regir el 1-1-99, que contiene un régimen especial en el Título IX que se denomina “Procedimiento de Insolvencia del Consumidor y pequeños procedimientos equiparables” (arts. 304 a 314). Asimismo, Austria, siguiendo al modelo alemán, trata de un concurso privado reglado en la *Konkursordnung* de 1993. En Estados Unidos, en el año 2005 se modificó el Código de Bancarrotas de 1978 instituyendo un proceso especial para estos sujetos en el Capítulo 13. En Francia, la regulación especial aparece contenida en el Código de Consumo en una escueta regulación de tres arts. (330 a 333). A nivel de Latinoamérica, cabe mencionar el caso de Colombia que en 2012 incorporó al Código General del Proceso a través de la ley 1564 un régimen especial para la insolvencia de las personas naturales no comerciantes.

practican un deporte profesional—. A tal efecto, se crea con la ley 25.284 una solución concursal especial que permite el pago de los acreedores y la continuación de las actividades deportivas, sociales y culturales de la entidad deportiva. La ley alude a un fideicomiso, pero en verdad no existe el mismo. No hay una figura contractual, sino un proceso concursal especial para atender a la insolvencia de las entidades deportivas.

3. *Legitimación para la apertura del concurso preventivo*

La legitimación refiere a instancia de quién puede accederse al proceso concursal. En otros términos, alude a cargo de qué sujeto se encuentra la instancia para provocar la apertura concursal. La legitimación no debe confundirse con el presupuesto subjetivo. Al respecto, se expresa que “no debe confundirse el presupuesto subjetivo del concurso con el legitimado activo del concurso, es decir, el sujeto que tiene la facultad de instar el procedimiento”⁴⁷.

En nuestro país, el proceso concursal de reestructuración tradicional es el concurso preventivo. Darío Graziabile señala que “el concurso preventivo es un proceso de carácter universal, originado por un estado de cesación de pagos, al cual se somete voluntariamente el deudor, para llegar a un acuerdo con sus acreedores que, homologado judicialmente, permitirá resolver la situación de insolvencia empresarial”⁴⁸.

El concurso preventivo es un instituto ideado para el deudor dado que tiende a darle una oportunidad para que bajo el amparo de la ley pueda superar la insolvencia a través de un acuerdo con sus acreedores. Se desarrolla en base a la idea de que no se liquidará su patrimonio y que éste seguirá siendo administrado por el deudor, aunque lo hará bajo la vigilancia del síndico.

En materia de procesos de reestructuración –como lo es el concurso preventivo–, existe un gran debate respecto de a quién debe concederse esa legitimación.

⁴⁷ GRAZIABILE, coment. al art. 1º de la LC, en *Régimen concursal...* cit., p. 181.

⁴⁸ GRAZIABILE, coment. al art. 5º de la LC, en *Régimen concursal...* cit., p. 355; GRAZIABILE, *Manual de concursos* cit.

En nuestro Derecho, el único legitimado para solicitar la apertura del concurso preventivo es el deudor (conf. arts. 2º y 5º de la LC). En consecuencia, no se admite legitimación para instar el proceso concursal preventivo en cabeza de los acreedores o de manera oficiosa. El tema referido a si el deudor debe ser o no el único legitimado para instar la apertura del proceso concursal es una cuestión relevante que conforma la “actual agenda del Derecho Concursal”⁴⁹.

Por un lado, se sostiene que no puede dejarse sólo en manos del deudor la apertura de los procesos de reestructuración dado que aquél es el último en darse cuenta de la situación de insolvencia por la que atraviesa y, por lo tanto, demorará el ingreso a los procesos concursales. Esta dilación en el tiempo obra en perjuicio de los acreedores, dado que cuanto más tarde se ingrese al proceso concursal de reestructuración, menores serán las chances de los acreedores de recuperar su acreencia. En consecuencia, se sostiene que debe concederse a otros legitimados la apertura concursal, tales como los acreedores, o admitirse inclusive la apertura oficiosa por el Estado.

Por otro lado, se argumenta que no puede permitirse que los acreedores puedan movilizar un proceso de reestructuración dado que ello sería peligroso debido a que podrían utilizar la “amenaza” de una apertura concursal de una manera extorsiva a fin de obtener “beneficios extra-concursales” en desmedro de otros acreedores.

En la legislación extranjera suele reconocerse legitimación a otros sujetos diferentes al deudor. En tal sentido, en Colombia, la ley 1116 denominada “Régimen de Insolvencia Empresarial” del 26 de diciembre de 2006, en el artículo 11 reconoce legitimación al deudor, a uno o varios titulares de obligaciones incumplidas y a la Superintendencia de Sociedades. En México, la Ley de Concursos Mercantiles del 12 de mayo del 2000 reconoce legitimación también a los acreedores o al Ministerio Público. El artículo 21 en su primera parte expresa que “Podrán demandar la declaración de concurso mercantil cualquier acreedor del Comerciante o el Ministerio Público”. En España, la ley 22/2003 dispone que la apertura del concurso de acreedores puede

⁴⁹ GERBAUDO, G., *Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del Derecho Concursal*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, N° 295, Errepar, Buenos Aires, junio de 2012, p. 515.

ser instada tanto por el deudor como por los acreedores; en el primer caso se denominará concurso voluntario, en tanto que en el segundo se designará concurso necesario. Asimismo, en este último país se dictó la ley 14/2013, denominada “Ley de Emprendedores”, que estableció un procedimiento extrajudicial para pequeños deudores que cumpliendo los recaudos que establece la legislación se califican de emprendedores donde interviene un mediador concursal. Este último, conforme a la modificación que la ley 14/2013 introdujo en el artículo 3.1 de la ley 22/2003, cuenta con legitimación para instar el concurso de acreedores –denominado consecutivo– ante el fracaso del proceso de mediación.

III. Conclusiones

El Derecho Concursal se encuentra en una constante transformación como consecuencia de las crisis que exigen adecuaciones en las soluciones concursales. A partir del siglo XX el norte del Derecho Concursal es prevenir la insolvencia –evitando que ésta se instale en la empresa– y, en su defecto, si la cesación de pagos ya se encuentra presente priorizar las soluciones de reestructuración por sobre la liquidación.

Las transformaciones que analizamos en este trabajo con relación a los presupuestos concursales y a la legitimación se orientan en ese sentido: poner en marcha los mecanismos concursales oportunamente –o tempestivamente– a fin de que existan mayores chances en la reestructuración de la empresa y con ello menguar los daños que en la sociedad y en la economía ocasiona la insolvencia.

Nuestra LC debe adaptarse a los cambios que impone el mundo de los negocios globalizados. Inclusive, puede sostenerse que ante la crisis económica mundial que se presentó en 2008 estamos ante una nueva etapa denominada de posglobalización. Las crisis presentan nuevas connotaciones y ya no puede seguir enfrentándose con viejas recetas. Es necesario adecuar las soluciones concursales a nuestro tiempo a fin de menguar los daños que ocasiona la insolvencia y agilizar la recuperación de las empresas en crisis.

Bibliografía

- ALEGRIA, Héctor, *La crisis global y los impactos (duraderos y pasajeros) en el Derecho Concursal. Enseñanzas y conclusiones*, en *Edición homenaje al Dr. Ricardo S. Prono*, UNL, Santa Fe, 2010, p. 13.
- ARGERI, Saúl A., *El acuerdo preventivo extrajudicial introducido en nuestra legislación concursal*, en L. L. 1984-A-787.
- BARAVALLE, Roberto A. y GRANADOS, Ernesto I. J., *Ley de Concursos y Quiebras 24.522*, Liber, Rosario, 1995, t. I.
- BOLOTNIKOFF, Pablo, *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, en L. L. 2000-C-1334.
- CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I.
- CHOMER, Héctor Osvaldo, *Futuro del Derecho Concursal*, en L. L. 2012-D-1299.
- CHOMER, Héctor O. y SÍCOLI, Jorge S., *Ley de Concursos y Quiebras 24.522. Comentada*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009.
- DASSO, Ariel Ángel, *El Derecho Concursal hoy*, en L. L. 2009-B-921.
- DI TULLIO, José A.; MACAGNO, Ariel G. y CHIAVASSA, Eduardo N., *Concursos y quiebras. Reformas de las leyes 25.563 y 25.589*, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2002.
- DÍAZ DE LA ROSA, Angélica, *La delimitación entre la insolvencia concursal e insolvencia laboral, a la luz de la ley 22/2003 de 9 de julio, concursal*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 8, La Coruña, 2004, p. 281.
- DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, Javier, *Las Ordenanzas de Bilbao como antecedente de la codificación mercantil en España*, disponible en www.forulege.com (consulta: 21-4-2012).
- ENZ, Gustavo, *Acuerdo preventivo extrajudicial*, en *Revista "Derecho y Empresa"*, Nº 4, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral, Rosario, 1995, p. 198.
- ESCUTI, Ignacio y JUNYENT BAS, Francisco, *Concursos y quiebras*, Advocatus, Córdoba, 1995.
- *Derecho Concursal*, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- FARGOSI, Horacio, *Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales*, en L. L. 2002-D-1074.

- GADEA, Enrique, *Iniciación al estudio del Derecho Concursal*, Dykinson, Madrid, 2005.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco, *El concordato y la quiebra*, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1962.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Concursos y quiebras*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1976, t. I.
- GERBAUDO, Germán E., *Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del Derecho Concursal*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, N° 295, Errepar, Buenos Aires, junio de 2012, p. 515.
- *Cesación de pagos*, Nova Tesis, Rosario, 2011.
- GRAZIABILE, Darío J., coment. al art. 1º de la LC, en *Régimen concursal. Ley 24.522. Actualizada y comentada*, dir. por Darío J. Graziabile, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. I.
- *Derecho Concursal*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, t. I.
- *Manual de concursos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, e-book.
- *Sobre los conflictos teóricos del APE. Naturaleza jurídica y presupuestos*, en L. L. 2006-E-1253.
- ISAZA UPEGUI, Álvaro y LONDOÑO RESTREPO, Álvaro, *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial. Ley 1116 de 2006*, 2ª ed., Legis, Bogotá, 2008.
- JUNYENT BAS, Francisco, *Criterios y directrices en el acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589*, en *Libro de ponencias de las Jornadas Nacionales de actualización y debate en Derecho Concursal*, Rosario, 17 y 18 de octubre de 2002, p. 63.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El “sobreendeudamiento” del consumidor y la respuesta del legislador francés*, en *Academia Nacional de Derecho*, Buenos Aires, junio de 2008, p. 1.
- LINACERO DE LA FUENTE, María, *Las acciones de reintegración en la ley concursal*, Reus, Madrid, 2005.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E., *Sobre la existencia de normas diferentes para personas físicas sin actividad empresarial*, disponible en <http://www.derecho-comercial.edu.uy/ConcursalClase11B.htm> (consulta: 21-4-2012).
- MAFFÍA, Osvaldo J., *Crisis de los conceptos basilares del concurso comercial preventivo*, en L. L. 1979-C-693.
- *Metamorfosis de un concepto. De la cesación de pagos a la crisis empresarial*, en L. L. 1984-C-775.

- MAFFÍA, Osvaldo J. y MAFFÍA, María Ofelia B. de, *Legislación concursal. Introducción histórico/crítica*, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado elemental de Derecho Comercial*, t. IV, *Quiebras y prescripción*, TEA, Buenos Aires, 1952.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias*, Ábaco, Buenos Aires, 2003.
- NOODT TAQUELA, María Blanca, *Derecho Concursal. Sujetos del concurso*, en *Cuaderno N° 5 del Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Belgrano*, Belgrano, Buenos Aires, 1981, p. 11.
- PRONO, Ricardo S., *El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial*, en L. L. 2003-F-1.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2005.
- RIBERA, Carlos Enrique, *El acuerdo preventivo extrajudicial, antecedentes y la nueva legislación concursal*, en E. D. 167-1163.
- RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, t. I.
- *Propuestas para un sistema concursal más eficiente*, en *Estudios de Derecho Privado. 1984-2005*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 406.
- ROUILLON, Adolfo A. N., *¿Girará hacia el voluntarismo la legislación concursal argentina?*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 235.
- *Reformas al régimen de los concursos. Comentario a la ley 22.917*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 17ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2015.
- SEGAL, Rubén, *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- SOZA RIED, María de los Ángeles, *El procedimiento concursal en el Derecho Romano Clásico y algunas de sus repercusiones en el actual Derecho de Quiebras*, en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, N° 20, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1998, p. 13.
- TON, Walter Rubén, *Acuerdo preventivo extrajudicial*, Errepar, Buenos Aires, 2005.

TONÓN, Antonio, *El acuerdo preconcursal*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 79.

TOSCANO DE PUELLES, Fernando, *Sainz de Andino: el hacedor de leyes*, Diputación de Cádiz, Cádiz, 1987.

VERDÚ CAÑETE, María José, *Notas sobre el nuevo Derecho Concursal*, en *Anales de Derecho*, Nº 22, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 391.

VILATA MENADAS, Salvador, *Elementos de Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VÍTOLO, Daniel Roque, *Concursos y quiebras*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

DESDE LOS CONVENIOS DE DUBLÍN AL ACUERDO UE-TURQUÍA

EL FRACASO DE UN SISTEMA

por **MARIO KALAINIS***

SUMARIO: 1. Los llamados “Convenios de Dublín”. 2. Los principales problemas que acarrea el sistema de Dublín. 3. Acuerdo UE y Turquía.

Resumen

Derecho Comunitario sobre refugiados y solicitud de asilo en la Unión Europea. Migraciones y crisis de refugiados. Guerra en Siria y situación geopolítica de la región; el papel de Rusia, EE. UU., Arabia Saudita y Turquía. Situación de los migrantes al llegar a Europa y su distribución como refugiados en campamentos y campos de asilo.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogado, traductor idóneo de idioma lituano. Realizó y aprobó curso de posgrado en la Universidad de Alcalá de Henares (España) sobre Derecho de la Integración Regional, en 2013, y curso sobre la Aplicación del Derecho Comunitario en fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la misma Universidad, en 2014. En 2016, curso sobre la Protección Supranacional de los DD. HH. en la Università degli Studi di Perugia (Italia). Miembro de ECSA (European Community Studies Association) Argentina, miembro de Cicso (Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la UNR), miembro de la Asociación Argentina de Investigadores de Derecho de la Integración, colaborador de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la UBA (a cargo del Prof. Dr. Calogero Pizzolo).

Acuerdo entre la Unión Europea y Turquía para el tratamiento de la crisis de refugiados. Los llamados “Acuerdos de Dublín” como el resultado del desarrollo legislativo en la Unión Europea para establecer las bases legales, y luego el sistema en sí, de cómo acceder y obtener asilo y estatus de refugiado en los países miembros de la Unión, estableciendo los mecanismos concretos para tratar en la práctica los casos que se plantean en las distintas fronteras. Este sistema no ha funcionado y ha quedado totalmente desbordado durante la llamada “crisis de refugiados”, por la gran ola de migrantes provenientes de Siria huyendo de la guerra y tratando de acceder a Europa a cualquier costo; las instituciones europeas y los Estados miembros desconociendo el propio Derecho Comunitario e Internacional han signado en el pasado mes de marzo con Turquía un acuerdo que viola estos derechos y que no es más que el fiel reflejo de un fracaso total y absoluto de todo el sistema de solicitud de asilo en la Unión Europea.

Abstract

Refugees and asylum community law of the European Union. Migration and refugee's crises. War in Syria and geopolitical situation in the region, the role of Russia, USA, Saudi Arabia and Turkey. Situation of migrants to reach Europe and its distribution as refugees in camps and asylum camps. The Dublin documents (system) as the result of legislative development in the European Union to establish a legal basis, then the system itself, how to access and enjoy asylum and refugee status in member States of the Union, establishing specific mechanisms in practice to try cases arising in the different border. This system has not worked and has been completely overwhelmed during the refugee crisis by the great wave of migrants from Syria fleeing the war and trying to enter Europe at any cost, the European institutions and the member States ignoring the community and international law itself have signed on last March with Turkey an agreement that violates these rights and that is nothing more than the reflection of a total and absolute failure of the entire system application for asylum in the European Union.

Palabras clave

Refugiados. Asilo. UE.

Keywords

Refugees. Asylum. EU.

Siempre es difícil tratar de solucionar desde el Derecho un problema originado en cuestiones de hecho o en cuestiones que no dejan de ser políticas, o lo que es peor, que provienen de la barbarie de una guerra. También siempre resulta complejo el análisis de ese tipo de situaciones, más cuando están sucediendo en la cotidianeidad y no podemos contar con la perspectiva y filtro del paso del tiempo que, *a priori*, nos brindaría la posibilidad de una mirada más neutra; pero lo más terrible de todo es que mientras nosotros estamos aquí tratando de analizar lo que sucede, en este mismo momento y ahora, siguen muriendo personas y todo nuestro orgullo y ego de considerarnos la cultura o civilización más avanzada, o de autoconsiderarnos como el llamado “ser occidental” (en contraposición al llamado *unpeople* de Noam Chomsky)¹, se va por la borda al no encontrar respuestas a un drama tan grande.

Para poder entender creo que necesitamos comenzar por desnudar y distinguir entre las personas que migran hacia la UE por razones económicas de las que migran por situaciones de guerra y que son, técnicamente, refugiados y solicitantes de asilo y/o ayuda humanitaria.

Y si bien los migrantes por razones económicas son tantos y con una realidad tan compleja, con consideraciones tan particulares e importantes como las de los refugiados de conflictos bélicos, el problema de estos últimos es tan urgente y grave que en esta ocasión prefiero referirme sólo a ellos: los inmigrantes forzados.

En el caso concreto de Siria, debemos comprender que ese país se encuentra en una triple guerra civil. Por un lado, un gobierno de corte dictatorial sostenido y con ayuda armada de Rusia; por otro, un sector

¹ CHOMSKY, N., *Sobre el terrorismo occidental. De Hiroshima a la guerra de los drones*, Marea, Buenos Aires, 2014, p. 33.

rebelde que se hizo de una gran parte del territorio, sostenido, armado y financiado desde los EE. UU. que, además, pasea sus buques por las aguas del Mediterráneo en peligrosa cercanía a Siria; y como tercer actor, el llamado Estado Islámico que también ha logrado ocupar parte del territorio controlándolo a sus anchas, y debiendo considerar que este grupo que se autodenomina Estado Islámico es financiado y proveído desde Arabia Saudita, socio principal de EE. UU. y la UE en esa región del globo. Como resultado, un desastre total: una población diezmada, ciudades que ya no existen, millones de desplazados y ciudadanos comunes, como cualquiera de nosotros, que sólo huyen tratando de salvar sus vidas².

Es común y más que frecuente que en la prensa mundial se la condene a la UE por la reacción que ha tenido respecto a los refugiados; críticas no faltan. Cabría también preguntarse si estos mismos críticos sopesan y exigen de la misma manera a Rusia y EE. UU. que son los principales fogoneros de esta guerra en Siria, o a Arabia Saudita, principal soporte del EI que se retroalimenta de ese fanatismo religioso que profesan. Lo curioso es que tanto EE. UU. como Arabia Saudita son socios indiscutibles de la UE, y eso sí cabría criticarle con justas razones a la UE. También hay que considerar un hecho significativo, que es que por todo ese territorio en cuestión vienen construyéndose gasoductos (Pakistán-Irán-Siria y otro que nace en Qatar y llegaría hasta Bulgaria) y que ambos pretenden desembocar sobre costas en el mar Mediterráneo³.

Lo cierto es que no importa quién ha comenzado la guerra ni cómo ha comenzado, el problema ya estalló en la cara de la UE y no ha sabido ni ha encontrado los mecanismos para posibles soluciones humanitarias a semejante desastre. La legislación comunitaria al respecto

² Siria es el país que a nivel mundial ha generado el mayor número tanto de desplazados internos (7,6 millones), como de refugiados (3,88 millones al final de 2014).

Acnur-Agencia de la ONU para Refugiados, disponible en <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas>, consulta del 28-8-2016.

³ RT, *Todo por un gasoducto: un miembro del clan Kennedy revela la verdadera causa de la guerra en Siria*, Agencia de Noticias, disponible en <https://actualidad.rt.com/actualidad/200433-robert-kennedy-estado-islamico-gas-catar-eeuu>, consulta del 28-8-2016.

venía encuadrada en los llamados “Convenios de Dublín”⁴, pero el sistema allí propuesto falló y como solución de emergencia se ha llegado a la firma del acuerdo con Turquía⁵, que tomando las palabras de Dalia Grybauskaitė, presidente de la República de Lituania, al finalizar la reunión que llevó a la firma del mismo en Bruselas, sostuvo que “El paquete será difícil de aplicar y está al filo de lo aceptable en el Derecho Internacional”⁶.

1. Los llamados “Convenios de Dublín”

El Convenio de Dublín (original) es un acuerdo firmado en 1990 por los Estados miembros de la Unión Europea por el que se establece a qué Estado le corresponde examinar una solicitud de asilo, según las circunstancias de acceso a los países miembros, siendo el revisor normalmente aquel Estado por el cual la persona accedió a la Unión Europea.

Luego, en 2003 fue sustituido por el Reglamento 343/2003 del Consejo Europeo, creado para la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, aunque en la jerga jurídica y en el común de los ámbitos académicos se sigue aludiendo a este Reglamento como “Dublín II”.

Así es que llegamos a los llamados “Convenios”, pero en realidad deberíamos más bien pensar en un “sistema de Dublín”, el cual se basa en la suposición de que las leyes y los procedimientos de asilo en los Estados de la Unión Europea están fundamentados en unos mismos estándares comunes, lo que permite a todos los solicitantes de asilo disfrutar de unos niveles de protección similares en todos los Estados miembros por igual. Sin embargo, los diferentes informes de evaluación de “Dublín II” elaborados tanto por la Comisión Europea

⁴ EUR-Lex, *Reglamento de Dublín II*, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A133153>, consulta del 28-8-2016.

⁵ Diario *La Nación*, *Migrantes: acuerdo entre la UE y Turquía*, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1881171-migrantes-acuerdo-entre-la-ue-y-turquia>, consulta del 20-8-2016.

⁶ ABELLÁN, L. y PÉREZ, C., *La UE ultima el Pacto para edulcorar la expulsión masiva de refugiados*, en diario *El País*, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2016/03/17/actualidad/1458233788_094933.html, consulta del 20-3-2016.

como por el ECRE⁷ y organizaciones no gubernamentales, como pueden ser el Servicio Jesuita de Refugiados⁸, han reflejado, entre otros problemas, la ausencia de unos criterios comunes de protección, circunstancia que impide la aplicación inmediata del mecanismo Dublín, tal y como lo ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso del 6 de junio de 2013, cuando dictó sentencia en el asunto C-648/11, en donde estaba en juego la situación de menores no acompañados por familiares y al existir distintas solicitudes de asilo en distintos Estados miembros sobre el mismo menor; en dicha sentencia se estipula que “El artículo 6º, párrafo segundo, del Reglamento N° 343/2003/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, en las que un menor no acompañado, que no tiene ningún familiar que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado miembro, ha presentado solicitudes de asilo en más de un Estado miembro, dicha disposición designa como ‘Estado miembro responsable’ al Estado miembro en el que se encuentre el menor después de haber presentado ante él una solicitud de asilo”⁹.

Todas estas consideraciones derivaron en un nuevo Reglamento, aprobado el 26 de junio de 2013, el cual además de confirmar los principios en los que se basaba el Reglamento anterior (es decir, la determinación rápida del Estado miembro responsable con el fin de garantizar un acceso efectivo a los procedimientos de determinación de la condición de persona refugiada y no comprometer el objetivo de celeridad en la tramitación de las solicitudes de asilo) tiene como objetivo mejorar la eficacia del sistema y la protección concedida a las personas solicitantes. Para ello, prohíbe expresamente las transferencias de personas solicitantes de asilo a Estados miembros (o no)

⁷ Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados, sitio web <http://www.ecre.org/>.

⁸ Servicio Jesuita de Refugiados, sitio web en <http://es.jrs.net/>.

⁹ Infocuria, Sentencia del Tribunal de Justicia, “C-648/11. M. A. y otros”, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-648/11&language=ES>, consulta del 20-8-2016.

donde corran el riesgo de recibir un “trato inhumano o degradante” en línea con lo dictaminado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; además, establece una jerarquía entre los criterios aplicables para determinar el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo: en primer lugar, consideraciones familiares; en segundo lugar, expedición de un visado reciente o permiso de residencia en un Estado miembro, y finalmente, en tercer lugar, el carácter regular o irregular de la entrada en la Unión Europea. Además, regula y limita el internamiento, conformándose así, por lo menos en teoría, una política de asilo única para la UE¹⁰.

2. Los principales problemas que acarrea el sistema de Dublín

En la práctica, lo que debería ser una política uniforme en materia de asilo ha suscitado verdaderos inconvenientes, a saber:

1. Este sistema exige que el solicitante de asilo tenga una visa válida para poder ingresar a la UE y desde el primer Estado miembro al que accede, solicitar el asilo. *A priori* se puede entender que es un gran inconveniente para una persona que viene huyendo de la guerra, en ese afán de salvar su vida, que deba, además, procurar una embajada para solicitar una visa válida para poder ingresar al territorio de la UE. Por otro lado, que el primer Estado miembro al que acceda debe ser el que gestione el asilo también hace que el sistema no funcione equitativamente, en el sentido de que la responsabilidad recae de forma desproporcionada sobre los países fronterizos. Específicamente al referirnos a la guerra de Siria, se puede notar que es Grecia el país fronterizo más afectado en número de solicitudes.

2. Al imponer a los migrantes presentar su solicitud de asilo en el primer Estado miembro de la UE al que acceden, aunque no conozcan el idioma ni tengan afinidad cultural, conlleva a que el sistema de Dublín no funcione eficientemente. Esto sucede porque, a pesar

¹⁰ Comisión Europea, *Un sistema europeo común de asilo*, Oficina de Publicaciones de la UE, Luxemburgo, 2014, disponible en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_es.pdf, consulta del 15-8-2016.

del criterio de responsabilizar al primer país de llegada, la mayoría de solicitantes pide asilo en un país distinto del que llegaron en primer lugar. A modo de ejemplo se puede mencionar alguna estadística, como la de Eurostat y Frontex: sólo un 40% de las 170.000 personas que llegaron irregularmente a Italia en 2014 solicitaron asilo en este país. Otro dato relevante es que en 2013 más de un tercio de todas las solicitudes de asilo que se realizaron en la UE ya habían sido presentadas previamente en otro Estado miembro. Esto se da, básicamente, porque los criterios de asignación de responsabilidad de Dublín no coinciden con las preferencias de los propios solicitantes. Las personas buscan la afinidad idiomática y cultural, o familiares, amigos, o simplemente connacionales que han inmigrado antes hacia otros países. Es común ver que los inmigrantes subsaharianos (como ejemplo) utilicen a España y/o Italia como punto de llegada por su cercanía geográfica con la costa africana, pero en su gran mayoría sus destinos finales se encuentran en Francia, Bélgica y/o Alemania. En definitiva, no hay que dejar de considerar que las preferencias de los solicitantes de asilo tienen que ver con cuestiones muy personales y también con diferencias existentes entre los países de acogida, sobre todo en lo que se refiere a los procedimientos de asilo, las condiciones de acogida, los derechos sociales y la posibilidad de encontrar trabajo.

3. Si bien el principio es la “no” transferencia de personas solicitantes de asilo a terceros Estados miembros, en la práctica esto sucede con demasiada frecuencia. Por ejemplo, ya en 2013 de un total de 76.358 peticiones, 56.466 fueron aceptadas por los Estados receptores pero sólo 15.938 (un 20% aprox.) fueron realmente ejecutadas¹¹. Hay casos en que las mismas decisiones son recurridas por los solicitantes, y también casos en que los solicitantes de asilo no cooperan en su devolución a otros países europeos. A menudo también sucede que los Estados receptores no aceptan las peticiones por falta de evidencias o, en la práctica, no responden. Asimismo, ya existe jurisprudencia en distintas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Hu-

¹¹ Disponible en https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/notes_internacionales/n1_135_por_que_dublin_no_funciona/por_que_dublin_no_funciona, consulta del 8-5-2017.

manos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que prohibieron las devoluciones, por ejemplo, a Grecia, por deficiencias sistemáticas en los procedimientos de asilo y las condiciones de recepción. También Italia ha sido objeto de importantes críticas, y otros casos en los tribunales de Austria, Suiza y los Países Bajos. Lamentablemente esto lleva a la situación fáctica de que con estos ejemplos, de Grecia e Italia, se pone en evidencia la imposibilidad de asumir que los derechos de los refugiados son garantizados en todos los Estados miembros. Sin esto, el sistema de Dublín se convierte en un castillo de naipes muy fácil de derrumbar.

4. En consecuencia, se vulneran los derechos de los refugiados. El informe del European Council on Refugees and Exiles¹² ha puesto de manifiesto que llegar a un examen justo y eficiente de las solicitudes de asilo no está garantizado en todos los Estados miembros. Dentro de esa temática, existen también informes, como el de Susan Fratzke¹³, que denuncian que incluso cuando se cumplen todos los plazos, los solicitantes de asilo que son devueltos a otro país deben esperar un año o más antes de que su caso sea examinado. Asimismo, coinciden también en señalar que la detención de los solicitantes antes de ser transferidos a otro país es una práctica habitual y que, en la mayor parte de los casos, estas transferencias se hacen en contra de su voluntad.

5. Tras mencionar todas estas críticas, cabe también señalar que los costos del sistema de Dublín son elevados, pues incluyen el mantenimiento de Eurodac¹⁴, entre otras cosas, además de los procedimientos relacionados con las peticiones de transferencia y los gastos asociados con la detención y deportación de aquellos que son finalmente transferidos.

Todas estas críticas tienen su correlato dentro de la jurisprudencia del TEDH y en el TJUE, en casos que considero importante destacar, tales como, por ejemplo:

- El que se condena a Bélgica y Grecia, la llamada Deman-

¹² Disponible en <https://www.ecre.org/publications/>, consulta del 5-5-2017.

¹³ Disponible en www.migrationpolicy.org/sites/.../MPIe-Asylum-DublinReg.pdf, consulta del 5-5-2017.

¹⁴ Sistema de manejo y uso de registros de huellas dactilares.

da 30.696/09, cuya sentencia es del 21 de enero de 2011¹⁵. Si bien en esa fecha los criterios no eran tan claros todavía, lo cierto es que en el caso de M. S. S. contra Bélgica y Grecia a estos países se los condena porque la sentencia determina que Grecia, por un lado, en el momento en que sucedieron los hechos, no contaba con un sistema efectivo para la tramitación de las solicitudes de asilo y que el procedimiento griego adolecía de graves deficiencias estructurales, por lo que se negó a M. S. S. la oportunidad de acogerse a una tramitación efectiva de su solicitud. Además, el hecho de que no existiera en Grecia un mecanismo efectivo para interponer reclamaciones sobre temas relacionados con violaciones de derechos humanos constituye una violación del artículo 13 del CEDH¹⁶. Asimismo, al recluir a M. S. S. en condiciones degradantes, Grecia violó el artículo 3º del mencionado Convenio. Por otra parte, sobre Bélgica se condena que en el momento de la expulsión de M. S. S. las autoridades belgas sabían o deberían haber sabido que no tenía garantías de que su solicitud de asilo fuera examinada seriamente. Además, el Tribunal considera que, puesto que M. S. S. podía argumentar que con su devolución a Afganistán corría un riesgo real de sufrir tortura u otros malos tratos e incluso morir, su transferencia de Bélgica a Grecia violó el principio de no devolución y, por tanto, el artículo 3º de la CEDH¹⁷.

- El caso como el del señor Shiraz Baig Mirza, nacional paquistaní, quien ingresó ilegalmente en territorio húngaro procedente de Serbia en agosto de 2015, y donde inició una solicitud de asilo,

¹⁵ European Court of Human Right, “Asunto M. S. S c/Bélgica y Grecia. Sentencia”, disponible en <https://www.escri-net.org/sites/default/files/CASE%20OF%20M.S.S.%20v.%20BELGIUM%20AND%20GREECE%20%20Spanish%20Translation%20by%20the%20COEECHR.pdf>, consulta del 15-8-2016.

¹⁶ EUR-Lex, Convenio Europeo de Derechos Humanos, disponible en http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/eu_human_rights_convention.html?locale=es, consulta del 17-8-2016.

¹⁷ Fundación Acción pro Derechos Humanos, *Artículo 3º, Convenio Europeo Derechos Humanos*, disponible en <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/articulo3CEDH.htm>, consulta del 15-8-2016.

la que fue rechazada tras abandonar ese país. Luego, es arrestado en territorio checo por ser ilegal y el caso llega hasta Luxemburgo, donde se falla la posibilidad de transferencia del solicitante hacia terceros países considerados seguros¹⁸.

Como se ve, todas las situaciones son complejas y analizables desde varias aristas, pero el caso de los refugiados sirios que son inmigrantes forzados ha desencadenado en una crisis humanitaria tal que se buscó solucionarlo mediante la firma de un acuerdo entre la UE y Turquía.

3. Acuerdo UE y Turquía

Según lo que ha declarado oficialmente la UE, y con el objeto de frustrar el modelo de actividad de los traficantes y ofrecer a los migrantes una alternativa a arriesgar sus vidas, la UE y Turquía han decidido poner término a la migración irregular desde Turquía a la UE, basados en los principios o líneas de actuaciones siguientes¹⁹:

- 1) “Todos los nuevos migrantes irregulares que pasen de Turquía a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016 serán retornados a Turquía. Esto se aplicará en plena conformidad con el Derecho internacional y de la UE, descartándose así todo tipo de expulsión colectiva. Todos los migrantes estarán protegidos de acuerdo con las normas internacionales pertinentes y dentro del respeto del principio de no devolución. Se tratará de una medida temporal y extraordinaria que es necesaria para poner término al sufrimiento humano y restablecer el orden público...”
- 2) “Por cada sirio retornado a Turquía desde las islas griegas, se reasentará a otro sirio procedente de Turquía en la UE, teniendo en cuenta los criterios de vulnerabilidad de las Naciones Unidas. Se establecerá un mecanismo, con la asistencia de la Comisión,

¹⁸ TJUE, Comunicado de prensa N° 32/16, *Sentencia en el asunto C-695/15, PPU*, disponible en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-03/cp160032es.pdf>, consulta del 17-8-2016.

¹⁹ Disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>, consulta del 5-5-2017.

los organismos de la UE y otros Estados miembros, así como el Acnur, para garantizar que este principio se aplique desde el mismo día en que comiencen los retornos. Se dará prioridad a los migrantes que no hayan entrado o intentado entrar previamente de manera irregular a la UE...”

- 3) “Turquía tomará todas las medidas necesarias para evitar que se abran nuevas rutas marítimas o terrestres de migración ilegal desde Turquía a la UE y cooperará a tal efecto con los estados vecinos, así como con la UE”.
- 4) “En cuanto esté cesando el paso irregular entre Turquía y la UE, o al menos se haya reducido de manera sustancial y duradera, se pondrá en marcha un régimen voluntario de admisión humanitaria. Los Estados miembros de la UE contribuirán a este régimen de manera voluntaria”.
- 5) “Se acelerará con respecto a todos los Estados miembros participantes el cumplimiento de la hoja de ruta de liberalización de visados con vistas a suprimir los requisitos de visado para los ciudadanos turcos a más tardar al final de junio de 2016...”
- 6) “La UE, en estrecha cooperación con Turquía, acelerará más el desembolso de los 3.000 millones de euros inicialmente asignados en virtud del Mecanismo para los refugiados en Turquía y garantizará la financiación de más proyectos destinados a personas bajo protección temporal que se determinarán gracias a la pronta información que proporcione Turquía antes del final de marzo...”
- 7) “La UE y Turquía han acogido favorablemente los trabajos en curso relativos al perfeccionamiento de la Unión Aduanera”.
- 8) “La UE y Turquía han vuelto a confirmar su compromiso de revigorizar el proceso de adhesión, según se indicó en su declaración conjunta de 29 de noviembre de 2015...”
- 9) “La UE y sus Estados miembros colaborarán con Turquía en toda común empresa destinada a mejorar las condiciones humanitarias en el interior de Siria, en particular en determinadas zonas próximas a la frontera con Turquía, lo que permitiría a la población local y a los refugiados vivir en zonas que sean más seguras”.

Este acuerdo entre UE y Turquía del 18 de marzo de 2016²⁰ puede ser tan violatorio de todo el Derecho existente, tanto Comunitario como Internacional, que debe ser considerado desde otras ópticas además de la jurídica, pues la política, la economía o la practicidad ante el hecho dado pueden llegar a explicar de una manera más acabada el “por qué” de la firma de ese acuerdo. Es, a mi humilde entender, ni más ni menos que una doctrina de facto que surge ante la inmensidad de la situación, pues a simple vista se denota que el eje del acuerdo pasa por entregar a Turquía una cierta cantidad de euros y la promesa de que algún día podrá ingresar a la UE, a cambio de que se quede con los migrantes sirios.

A este acuerdo se lo ha presentado al mundo como la alternativa para que los refugiados no arriesgaran más sus vidas; sin embargo, y a un año ya de su implementación, se ha constatado que ha tenido devastadoras consecuencias humanitarias y que en muchísimos casos trata a las personas como si fueran simplemente mercancías.

Existe un informe de *Médicos Sin Fronteras*²¹ que denuncia los hechos y el modo en que la UE defiende al pacto, haciendo hincapié en el modo de que sufren las personas por este acuerdo afectadas. En primer lugar, este informe de la ONG sostiene que el bloqueo deja a miles de personas detenidas sin poder huir ni buscar protección y abocadas a los abusos de los traficantes²². En segundo tér-

²⁰ Consejo de la Unión Europea, Declaración UE-Turquía, del 18-3-2016, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>, consulta del 15-8-2016.

²¹ Disponible en https://www.msf.es/sites/default/files/attachments/resumen_informe_msf_1_ano_del_acuerdo_ue_turquia_esp.pdf, consulta del 5-5-2017.

²² Basado en el testimonio de personas allí instaladas y obtenido por la ONG Médicos Sin Fronteras en Grecia: como es, por ejemplo, el caso de Sermad, un joven iraquí retenido en el campo de detención de la isla de Moria, en Grecia: “Llevamos aquí ya 7 u 8 meses y no hemos sido capaces de resolver nada. Hemos solicitado muchas cosas, pero ha sido muy difícil. Esperamos que Dios nos ayude y nos salve. No hablo sólo de mí mismo, hablo por todos los refugiados. Su vida es difícil aquí, lo puedes ver, vivimos en tiendas. Ha habido problemas aquí, alguna gente ha muerto por la comida, algunos murieron por el fuego: una familia iraquí de 4 personas”; otro ejemplo puede ser el de una refugiada tunecina enferma de

mino, el mismo informe denuncia que las condiciones en las que están detenidas estas personas en las islas griegas son inhumanas, y en consecuencia de ello han aumentado considerablemente los casos de ansiedad y depresión. Literalmente, los campos de refugiados se han convertido para ellos en un infierno. En tercer término, sostienen que además se pasan por alto constantes violaciones de los derechos humanos.

Este acuerdo UE-Turquía, según lo que sostiene otra ONG, como es *Save the Children*²³, también ha tenido un impacto devastador en la salud mental de los niños. La institución alerta que se han producido más autolesiones en niños menores de 9 años e incluso intentos de suicidio entre niños de 12, además de crecer los casos de drogadicción y alcoholismo entre adolescentes que tratan de escapar, de esa forma, de su dolorosa realidad.

Por su parte, y desde la UE, se sigue sosteniendo que el balance es positivo. El comisario europeo de Ayuda Humanitaria y Gestión de Crisis Christos Stylianides ha asegurado durante una conferencia²⁴ (y más precisamente durante la ronda de preguntas y respuestas de la misma), organizada por Nueva Economía Fórum²⁵ en España, que “tenemos que ser pragmáticos y realistas. No hay solución alternativa para lidiar con esta crisis migratoria”. Para el comisario Stylianides, este acuerdo era la única vía posible y se ha empezado a implementar “de manera positiva, centrándose únicamente en las necesidades de los refugiados”; aseguró también que “no en los intereses de Turquía ni de Europa”; asimismo, enfatizó que se debe escuchar la voz del pueblo europeo, de la gente común, y que existe una brecha comunicacional en general; hay que comentar bien lo que ha logrado la UE, y debe dejar de ser “una bolsa de boxeo”, ya que se la culpa de todo lo que no gusta y es, en definitiva, “un blanco fácil para

epilepsia que recibe tratamiento psicológico en Moria, la cual manifiesta: “He visto a la policía golpear a algunos chicos argelinos. ¿Un argelino no es un ser humano? ¿Un tunecino no es un ser humano? ¿Y un pakistaní o un afgano?”.

²³ Sitio web <https://www.savethechildren.es/>, consulta del 5-5-2017.

²⁴ La conferencia completa se puede ver íntegra en video, en el link <https://www.youtube.com/watch?v=NLBPdoOBrRE>, consulta del 5-5-2017.

²⁵ Sitio web <http://www.nuevaeconomiaforum.org/>, consulta del 5-5-2017.

los populistas”. En expresa referencia al pragmatismo y Turquía, concluyó que “les necesitamos a ellos, y ellos nos necesitan a nosotros, ésta es la realidad”.

Ahora bien, desde el plano jurídico, hay que considerar que el Tratado es perfectamente válido y vinculante de naturaleza contractual, pues tanto la UE desde su Tratado constitutivo de Lisboa como la República de Turquía tienen plenas capacidades jurídicas como sujetos de derecho internacional y ambos están habilitados para obligarse internacionalmente; por más que Turquía no haya ratificado la Convención de Viena de 1969, sigue siendo un Estado soberano y la práctica y el Derecho consuetudinario así lo entienden, y la UE está definida como una organización internacional dotada con órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar un interés colectivo²⁶.

En lo que refiere al derecho de refugiados en sí, desde la llamada Convención de Ginebra²⁷, se entiende que existen tres principios rectores que nunca deben dejar de considerarse; esto es, en primer lugar, que toda persona pueda acceder al “derecho a buscar asilo”, lo que implica la posibilidad de que pueda abandonar su país en pos de peticionar protección. En segundo lugar, es necesario garantizar siempre el “derecho a recibir ese asilo”, significando ni más ni menos que pueda gozar de un trato digno siempre, siendo indispensable que en ejercicio de esos derechos no sufra ningún tipo de discriminación²⁸ y, por sobre todo, que se prevea la situación de no sanción por su ingreso irregular²⁹ al Estado donde solicite ese asilo, estando prohibido el castigo a aquel que en la necesidad de escapar de su país de origen se vio impedido de cumplimentar las normativas administrativas y/o migratorias del Estado al que accede. Como tercer principio, cabe destacar el “derecho a disfrutar de ese asilo”, lo que significa que

²⁶ ODROZIOLA, I., *El lado oculto del acuerdo Unión Europea-Turquía. Una mirada crítica desde la perspectiva del Derecho Internacional de los refugiados*, en *Perspectivas. Revista de Ciencias Sociales*, N° 2, julio-diciembre de 2016.

²⁷ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, del 28-7-51, Ginebra-Suiza.

²⁸ Art. 3° de la Convención, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005>, consulta del 5-5-2017.

²⁹ Art. 31, ídem nota anterior.

esa persona no sea objeto de medidas que alteren su pacífica permanencia en el país receptor y, especialmente, que no sea víctima de acciones que intenten su expulsión³⁰, siendo una regla general que restringe expulsar a cualquier persona refugiada cuya permanencia en el territorio haya sido autorizada.

Así es pues que entiendo que este acuerdo es violatorio de estos principios, ya que:

1. Se establece que cualquier migrante llegado de manera irregular a Grecia, después del 20 de marzo de 2016, y cuya solicitud haya sido declarada inadmisible, será retornado a Turquía, violando lo referente a la no sanción de la entrada ilegal y la no devolución.
2. Se destaca que por cada uno de los sirios que ingresan a Grecia y sean devueltos a Turquía, la UE se comprometerá a reasentar en su territorio a un refugiado sirio que se encuentre en Turquía; esto abiertamente discrimina a personas de otras nacionalidades, especialmente si se analiza en el sentido de que, al menos hasta febrero de 2016, sobre 57.000 migrantes que arribaron a Grecia provenientes de Turquía, sólo el 52% eran sirios³¹.
3. Se establece que serán las autoridades griegas quienes estarán a cargo y llevarán adelante el registro y estudio de cada solicitud de asilo. Según las Comunicaciones publicadas por la Comisión Europea, los solicitantes de asilo en Grecia serán objeto de un procedimiento acelerado, en virtud del cual no procederá a analizarse el fondo del asunto, a pesar de que Grecia (y como lo he mencionado al principio) viene acumulando sanciones de los tribunales internacionales por no contar con los mecanismos necesarios para garantizar estos derechos.

Por otro lado, y también en lo que respecta explícitamente al Derecho Comunitario sobre refugiados, las Directivas 2011/95/UE y 2013/

³⁰ Arts. 32 y 33 de la Convención de Ginebra, disponibles en <http://www.ac-nur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005>, consulta del 5-5-2017.

³¹ Disponible en <http://www.migrationpolicy.org/news/paradox-euturkey-refugee-deal>, consulta del 5-5-2017.

32/UE³² acuñan el concepto de “tercer país seguro”, y éste es aplicable cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que el solicitante de protección internacional recibirá en ese tercer país un trato que asegure que su vida o su libertad no están amenazadas y que no haya riesgo de daños graves. En ese sentido, cabría considerar si Turquía es realmente un país seguro.

Dentro de las primeras voces críticas que se levantaron ante la firma de este acuerdo UE-Turquía, una de las primeras fue la de la ONG *Human Rights Watch*, en ocasión de declarar que “Turquía no cumple las dos condiciones más básicas para ser un país de asilo seguro”³³. Este tipo de argumentación encuentra peso en los acontecimientos que se desarrollaron durante el último año, que produjeron un empeoramiento en las tensiones de toda la región, incluso militar, puesto que Turquía ha sufrido hasta un intento de golpe de Estado, y del cual el presidente Recep Tayyip Erdoğan salió fortalecido y no dudó en culpar a EE. UU. de esa situación, tomando posturas radicales e impensables hasta hace unos meses, al alejarse de la OTAN (siendo que ésta cuenta con bases nucleares dentro del mismo territorio turco), y acercándose rápidamente a Rusia y a Putin, a quien visitó en San Petersburgo el 9 de agosto de 2016³⁴; y ya para el 24 de ese mismo mes, en un posible cambio de bando dentro de la geopolítica de la región, el Ejército turco entró con sus tanques a territorio sirio en una ofensiva contra posiciones del EI³⁵, sin ninguna oposición rusa, pero tampoco con ninguna autorización del gobierno sirio, con lo cual se da la paradoja de que, por un lado, es contratante de este acuerdo con la UE para hacerse cargo de los migrantes sirios, y por otro, está a punto (por sus acciones) de declararse en guerra abierta contra Siria.

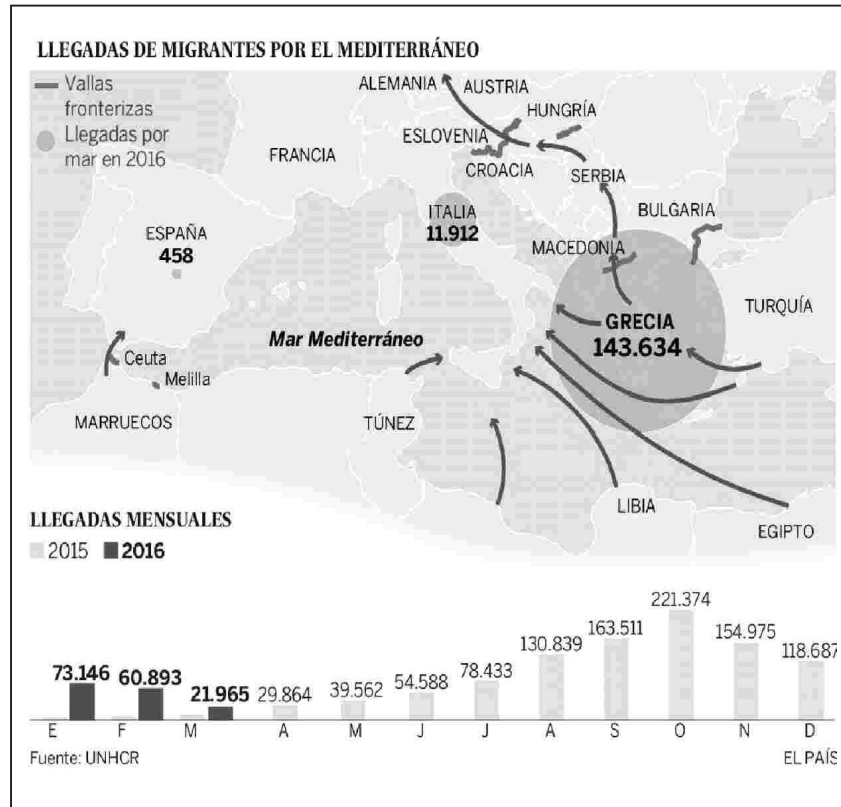
³² Disponibles en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9260.pdf?view=1>, consulta del 5-5-2017.

³³ Disponible en <http://www.europapress.es/internacional/noticia-hrw-critica-acuerdo-ue-turquia-crisis-refugiados-20160304070310.html>, consulta del 5-5-2015.

³⁴ GAON, F., *¿Qué significa la reunión entre Erdogan y Putin?*, Infobae, disponible en <http://www.infobae.com/opinion/2016/08/16/que-significa-la-reunion-entre-erdogan-y-putin/>, consulta del 17-8-2016.

³⁵ EFE, *El ejército turco lanza una operación en Siria contra el Estado Islámico y las milicias kurdas*, en diario *El Mundo*, disponible en <http://www.elmundo.es/internacional/2016/08/24/57bd34b2e5fdea154d8b4661.html>, consulta del 24-8-2016.

Cuadro de situación en marzo de 2016, en los días previos a la firma del acuerdo:



DEL TRIBUNAL DE CUENTAS A LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

por **ADRIANA H. MACK*** y **LUISINA LÓPEZ HIRIART****

SUMARIO: 1. Reforma de Estado: el control externo en la Argentina. 2. El Tribunal de Cuentas de la Nación: breve recorrido histórico. 3. Cambio de paradigma del control externo. 4. Conclusión. 5. Bibliografía. 6. Sitios web.

Resumen

En la Argentina, a pesar de que los antecedentes del Tribunal de Cuentas se remontan a 1767, no es hasta la Declaración de la Independencia en el año 1810 cuando el Tribunal se configura como órgano de control, ejerciendo el control externo de la Administración Nacional y de las haciendas paraestatales.

En el contexto de la reforma del Estado implementada en la década de 1990, la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional derogó el Tribunal de Cuentas de la Nación y creó la Auditoría General de la Nación, otorgándole calidad de ente rector del control externo, en el marco del sistema de administración financiera y control del manejo de los recursos públicos.

En la actualidad, la Auditoría General de la Nación es el órgano colegiado encargado de llevar adelante el control externo del presupuesto público nacional y su figura fue incorporada a la Constitución

* Magíster. Abogada por la Universidad Nacional de Rosario. Titular asociada de la Cátedra "C" de Derecho Político. Investigadora del CIUNR.

** Estudiante de Abogacía, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Ayudante de 2º en Derecho Constitucional I.

Nacional en ocasión de la reforma parcial del texto de la Ley Fundamental en el año 1994, por la que sus competencias adquirieron jerarquía constitucional y autonomía funcional.

Abstract

In Argentina, despite the background of the Court of Auditors that dates back to 1767, it was until the Declaration of Independence in 1810 when the Tribunal was configured as a supervisory body, exercising external control of the National Administration and para-state farms.

In the context of state reform implemented in the 1990s, through the Law 24,156 of Financial Administration and Control Systems of the National Public Sector, the Court of Auditors of the Nation was derogated and the Auditor General's Office was created giving the Auditor General's Office the authority of a governing body of external control, under the system of financial management and control of management of public resources.

Currently, the General Audit Office is the body responsible for carrying out external control of the national public budget and its figure was added to the Constitution on the occasion of the partial amendment of the text of the Basic Law in the year 1994, by which its capacities gained constitutional status and functional autonomy.

Palabras clave

Tribunal de Cuentas. Auditoría General de la Nación. Constitución Nacional. Control externo. Sector público. Administración Nacional. Recursos públicos.

Keywords

Court of Auditors. General Audit Office. National Constitution. External control. Public sector. National administration. Public Resources.

En el siglo XVIII Montesquieu observó que “las rentas del Estado están constituidas por la porción que cada ciudadano cede de sus bienes, para tener el resto seguro y para poder disfrutar de ello en paz [...] Nada necesita de tanta sabiduría y de tanta prudencia como el regular

la porción que se quita y la que se deja a los súbditos”¹, y en concordancia con ello, Alberdi expresó que “el poder de crear, de manejar y de invertir el Tesoro Público, es el resumen de todos los poderes, la función más ardua de la soberanía nacional”.

“En la formación del Tesoro, puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad y hollada la seguridad personal; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública”²; por lo tanto, se puede decir, sin temor a equívoco, que es una constante histórica desde la organización del Estado tomar el control del erario público, como ese elemento configurativo de la riqueza común que permite la materialización de la actividad de la Administración y la ejecución del programa político de gobierno.

1. Reforma de Estado: el control externo en la Argentina

En el Estado constitucional la relación entre política y administración representa para el control un *problema de gobierno*³, porque a diferencia del Estado liberal decimonónico, no sólo debe garantizar la separación de los poderes y la sumisión de los poderes fácticos a las normas jurídicas sino que, además, este Estado debe garantizar el *alcance de los objetivos*, así como *distribuir la responsabilidad* y los *recursos* entre los diferentes actores en el ámbito de los procesos de toma de las decisiones públicas.

El Estado constitucional es en sí mismo un Estado controlado desde dentro por sus propios órganos en una recíproca interacción, y desde fuera por la comunidad gobernada. Se ha de considerar que el Estado de Derecho ha debido responder en la práctica a nuevas demandas generadas por la realidad, que lo han obligado a asumir además de las tradicionales actividades de dirección y ordenación las de prestación de servicios públicos e intervención económica. Como

¹ MONTESQUIEU, C., *El espíritu de las leyes*, Orbis, Buenos Aires, 1984, p. 185.

² ALBERDI, J. B., *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853*, Escuela de Ed. Económica, Buenos Aires, 1977, p. 260.

³ RIGHETTINI, M., *Elementi di scienza dell' amministrazione*, Lavo, Roma, 1977, p. 4.

consecuencia de estas nuevas prestaciones y funciones, el principio de separación de poderes se ha “flexibilizado”.

Los límites que los separaban tradicionalmente se han desdibujado como resultado, valga la paradoja, de la recepción de herramientas destinadas a tornar más eficaz el control y funcionamiento de la Administración Pública. El Estado constitucional sometido a una inercia evolutiva se vio obligado a asumir nuevas formas de organización, exigiendo una mayor idoneidad a la Administración Pública, ya que por sus características, ésta es la más adecuada para la decisión y acción en contextos sociales complejos y cambiantes.

En consecuencia, la legitimidad de la acción administrativa involucra diferentes momentos: el constitutivo de la *delegación de poder*, el de la *racionalidad individual y organizativa* de los aparatos públicos, así como lo atinente a *los objetivos perseguidos* y a *los resultados obtenidos efectivamente*. Consecuentemente, en el ámbito de la democracia moderna, la legitimidad de la que goza la Administración Pública puede ser considerada como el resultado de la integración de tres acepciones del término: la primera, que identifica la *legitimidad con la legalidad*, por lo tanto a la regularidad de la actuación administrativa; la segunda, que identifica la *legalidad con la capacidad de actuación* de las decisiones políticas o de las políticas públicas, y la tercera, que refiere en sentido amplio a la *imagen de la institución, a su reputación y prestigio*.

En esta línea, Ivanega sostiene que desde que se iniciara el milenio, la llamada “buena administración” fue consagrada como un derecho en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, concepción que implica un derecho pero también un deber; el primero a favor del ciudadano, el segundo en cabeza de la propia Administración. Señala, además, que esta enunciación es determinante, por un lado, de la calidad de la organización pública, y por otro, actúa como una especie de rompiente frente a prácticas administrativas corruptas. En esta dirección, se ha consagrado una larga nómina de principios y derechos que le dan sustento, tendientes a acercar las demandas o problemas del ciudadano. Este modelo exige calidad de la organización pública, ética, eficacia, eficiencia, transparencia, comunicación con la sociedad,

objetividad, responsabilidad de los funcionarios y rendición de cuentas, entre otras características⁴.

En nuestro país, el principio de la “buena administración” comienza a plasmarse jurídicamente en el año 1989 en el contexto de la reforma del Estado⁵, por la cual se sancionaron la Ley 23.696 de Reforma del Estado y la Ley 23.697 de Emergencia Económica que persiguieron la implementación de una política cuyo objetivo fundamental fue transformar la Administración Pública reduciendo el Estado al mínimo, buscando economía y eficiencia en el uso de los recursos.

En este contexto, se sancionó la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (LAFSC)⁶, que creó la Auditoría General de la Nación (en adelante AGN), otorgándole calidad de ente rector del control externo, en el marco del sistema de administración financiera y control del manejo de los recursos públicos. La AGN es el órgano colegiado encargado de llevar adelante el control externo del presupuesto público nacional y, posteriormente, fue incorporada a la Constitución Nacional (en adelante CN), en ocasión de la reforma parcial del texto de la Ley Fundamental en el año 1994, por la que sus competencias adquirieron jerarquía constitucional y autonomía funcional⁷.

Posterior a la reforma, se extendió el universo de control a la Ad-

⁴ IVANEGA, M., *La Administración Pública del siglo XXI: entre la utopía y la realidad*, La Ley, Buenos Aires, 2011, cita online AR/DOC/527/2011.

⁵ La reforma de Estado se da bajo el lema de mejora de la prestación de los servicios públicos, y al mismo tiempo de reducir drásticamente su tamaño para afrontar profundos problemas presupuestarios. Fue considerada desde los diferentes lenguajes gubernamentales como la condición necesaria de resolución de la crisis económica, fundamentándose en las teorías de las ciencias sociales que argumentan que las restricciones al desarrollo económico son el resultado de la coacción que ejerce sobre la sociedad el Estado, fundamentalmente sobre los agentes económicos-privados. Por añadidura, mediante la eliminación de las restricciones al mercado, el desarrollo económico se daría necesariamente. Véase DROMI, J. R., *Reforma del Estado y privatizaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1991, t. I, ps. 24/27.

⁶ Sancionada el 30-9-92 y promulgada parcialmente el 26-10-92.

⁷ “«Autonomía funcional», en esencia, significa ‘autogobierno’ en el marco de su competencia técnica, e implica necesariamente poder para autoorganizarse a fin de cumplir con el mandato constitucional” (véase BARRA, R., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 2006, ps. 258/259).

ministración central, descentralizada, instituciones de seguridad social, empresas y sociedades del Estado e incluso a los fondos fiduciarios ampliando también la temática sujeta a control, entendido éste como “un control integral económico, financiero, legal, operacional, de gestión y de eficacia, eficiencia y economía”. Fue intención del legislador argentino, a través de la LAFSC, dotar al derecho del gasto público de normas claras, precisas y efectivas. Sin duda este hecho constituye un avance, en la medida que adapta la gestión y el control del gasto público al contexto actual en el que se desenvuelve la actividad *económica-financiera* de los Estados modernos.

El artículo 85 de la CN establece que la AGN tiene a su cargo “el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización...” Asimismo, interviene “necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos” y prevé la posibilidad de atribuirle por ley otras funciones, más allá de dar sustento técnico al “examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la Administración Pública”⁸.

2. El Tribunal de Cuentas de la Nación: breve recorrido histórico

Los antecedentes del Tribunal de Cuentas se remontan a 1767, cuando Carlos III independiza la Caja Real de Buenos Aires de la de Lima. Tras el proceso de independencia en 1810, mediante una Acta del Cabildo, se regularon las facultades financieras acordadas a la Junta, como organismo colegiado a cargo de las funciones con poder administrador. Se estableció el principio de la publicidad de las operaciones de la hacienda y la aprobación de los impuestos por el órgano que se atribuía la voluntad legislativa del Estado. La Constitución de 1819 otorgaba al Congreso la facultad de establecer derechos e imponer

⁸ DESPOUY, L., *De la Auditoría General de la Nación*, coment. al art. 85, en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dir. por D. Sabsay y coord. por P. Manili, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 2.

contribuciones para las urgencias del Estado por un plazo máximo de dos años. A partir de 1820, Buenos Aires registró los gobiernos más progresistas e ilustrados de la época, los de Martín Rodríguez y el general Las Heras.

Durante el gobierno de Rodríguez funcionaron dos organismos con atribuciones propias de un tribunal de cuentas. Uno era administrativo, debiendo controlar a toda persona que manejara fondos del Estado y enjuiciarla si no rendía cuenta satisfactoria de su inversión. El otro organismo, compuesto por tres miembros de la Legislatura, debía estudiar y apreciar las cuentas presentadas por el Poder Ejecutivo antes de clausurarse las sesiones del año. En 1821 se dispuso la creación de la Tesorería General y de la “Contaduría General” de la Provincia. El primer intento serio de ordenar la gestión de la hacienda se debió a Manuel García, el ministro del área, quien impulsó la confección de un presupuesto de gastos, importante instrumento de contabilidad preventiva que se sometió a la acción de la Legislatura. A esta medida le siguieron otras, sobre ejecución de presupuesto, trámite de los gastos, registro de las operaciones, creación de la caja de amortización de la deuda y del libro de fondos y rentas públicas.

La Constitución de 1826 incluyó disposiciones muy completas sobre finanzas públicas. Durante el gobierno de Rivadavia se adoptaron algunas normas en materia de contabilidad pública: las funciones de caja del Estado se acordaron al Banco Nacional creado ese mismo año y se dictó un reglamento de contabilidad y administración para el ejército de operaciones en Brasil. Durante el período de gobierno de Rosas no se encuentran normas legales o reglamentarias sobre ordenamiento de la hacienda pública.

La Constitución de 1853 tomó las disposiciones sobre la hacienda pública que fueron del proyecto de Alberdi y que comprendían: la institución del Tesoro Nacional, como caja única y descentralizada; la organización del Poder Legislativo, como órgano volitivo máximo de la hacienda; la institución del Poder Legislativo, como órgano de control externo de la hacienda en los aspectos preventivo, concomitante y crítico o ulterior y la institución del Poder Ejecutivo nacional, como órgano directivo y ejecutor de la hacienda. Luego se agregaron suce-

sivas normas que constituyeron pilares en lo relativo al control económico-financiero del Estado nacional.

La ley 217, de 1859, fue una verdadera ley de contabilidad: prohibía decretar pagos no autorizados por el presupuesto –si esta prohibición era infringida, responsabilizaba solidariamente al presidente de la República, a los ministros autorizantes y al contador mayor interventor–, ordenaba la apertura de la contabilidad de presupuesto y reglamentaba la forma de presentación de la cuenta de inversión. Tuvo vigencia hasta el año 1870, cuando fue reemplazada por la ley 428.

En 1865, el senador nacional Uladislao Frías presentó un Proyecto de Ley de Contabilidad inspirado en la ley francesa sobre hacienda. El Proyecto fue sancionado por el Senado, pero permaneció cinco años en la Comisión de Hacienda de la Cámara baja. Recién en 1870 se lo debatió, volvió al Senado con modificaciones y fue convertido en ley ese mismo año. Esta ley configuró un verdadero código de contabilidad, pues preveía casi todos los aspectos del ordenamiento económico-financiero del Estado. Estuvo en vigencia durante más de tres cuartos de siglo, hasta 1947.

En septiembre de 1932, por indicación del doctor Alfredo Palacios, el Senado designó una comisión especial para elaborar una nueva ley de contabilidad. La comisión finalizó su labor en 1940, formulando un despacho sobre la reforma total de la ley 428. Remitido en consulta al Poder Ejecutivo, el Proyecto fue convertido en ley en 1947, con el número 12.961. Esta norma fue severamente criticada por la doctrina, que le imputaba defectos formales.

Luego de un siglo y medio de independencia política y habiendo producido numerosas normativas e instituciones vinculadas al manejo de la hacienda pública, la República Argentina regresó a la tradición de los tribunales de cuentas. En 1956 se aprobó el Decreto-Ley 23.354 de Contabilidad. En lo referente al control, establecía la institución del órgano jurisdiccional y de control externo delegado, con garantía de independencia y estabilidad, separado del órgano eje del control interno y de la contabilidad del Estado, el Tribunal de Cuentas, que ejercía las funciones de control legal y técnico, y de control jurisdiccional.

Dentro del control legal se encontraban comprendidos los controles

de legitimidad de los actos administrativos y de la aplicación de las disposiciones y normativas correspondientes. El control técnico estaba referido a evaluaciones y verificaciones de índole contable y económica. El control jurisdiccional comprendía, concretamente, la determinación de juicios de cuentas y de responsabilidad.

En 1974, dada la importancia de la hacienda pública productiva y la necesidad de ajustar su gestión, se creó la Corporación de Empresas Nacionales (en adelante CEN), estructurada como un *holding* de empresas públicas. En 1978, cuando se disolvió la CEN, su área de control fue ocupada por la Sindicatura General de Empresas Públicas (en adelante Sigep), que actuaba como una entidad administrativa descentralizada con personería jurídica propia.

El Tribunal de Cuentas de la Nación ejercía el control externo de la Administración Nacional y de las haciendas paraestatales. Realizaba funciones de fiscalización de todas las actividades financiero-patrimoniales del Estado; desempeñaba el examen del juicio de cuentas de los responsables; declaraba la responsabilidad y formulaba cargos si correspondía; informaba la cuenta general del ejercicio; fiscalizaba las empresas del Estado por medio de auditores o síndicos; sometía a consideración del Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Hacienda, el proyecto de su presupuesto anual; autorizaba y aprobaba sus gastos con arreglo a lo establecido en su reglamento; presentaba directamente ante el Congreso de la Nación, antes del 31 de mayo de cada año, la memoria de su gestión; podía aplicar multas y apercibir; designar, promover y remover al personal de su dependencia; podía dirigirse directamente a los poderes públicos nacionales, provinciales o municipales. Tenía la facultad de aprobar su reglamento interno y asesorar a los poderes del Estado en materia de su competencia.

Dentro de las actividades de vigilancia realizaba el “control de legitimidad” que respondía a una fiscalización de tipo preventivo; en consecuencia eran necesarios la autorización, la aprobación y el visto bueno del Tribunal para la realización del respectivo acto administrativo.

Se consideraba al Tribunal de Cuentas de la Nación como un organismo descentralizado, sin relación jerárquica con los poderes del

Estado, por lo tanto no podía ejercer “imperio” en sus decisiones, más allá de la “observación” que podía formular dentro de los sesenta días de haber tomado conocimiento del acto administrativo que impugnaba. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresaba que “la opinión del organismo no es integrativa de la voluntad del ente administrador, pues sólo otorgan perfeccionamiento; de manera que una interpretación opuesta implicaría necesariamente subordinar el poder administrador a un órgano de contralor que carece de jerarquía constitucional y que sería en consecuencia superior a aquél, produciéndose una alteración de la estructura de los poderes obrantes en la CN”.

El control financiero interno era realizado por la Contaduría General de la Nación, y el control externo por el Tribunal de Cuentas de la Nación. Este último también realizaba un control técnico mediante la realización de auditorías o contralorías generales.

El control sobre la Administración Pública era efectuado también por la “Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas”, dependiente jerárquicamente del Poder Ejecutivo y ubicada dentro del ámbito del Ministerio Público, con carácter permanente. El fiscal general era nombrado por decreto del presidente de la Nación y duraba en su cargo mientras duraba su buena conducta. La Fiscalía era fiscalizada por el procurador de la Nación.

A la Fiscalía le correspondía intervenir en la investigación de los agentes integrantes de la Administración Pública Nacional, de sus entidades descentralizadas, de las empresas del Estado y de la Intendencia Municipal de la Ciudad de Buenos Aires, sus organismos y dependencias; actuaba directamente fiscalizando toda institución o asociación que tuviera como principal fuente de recursos el aporte estatal. Podía constituirse como denunciante de todo hecho que califique como presunto delito derivado de sus investigaciones.

3. Cambio de paradigma del control externo

Dentro del marco del cambio estructural producido por las leyes de reforma del Estado, anteriormente mencionadas, y de las recomendaciones del Simafal (Sistema Integrado Modelo de Administración

Financiera, Control y Auditoría para América Latina)⁹ se sancionó en 1992 la ley 24.156, denominada Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional¹⁰. La LAFSC se aplicó –por primera vez– para el “primer ejercicio financiero que se inicia-se con posterioridad a la aprobación de la misma”; su implementación se difirió para el ejercicio en 1993. Sin embargo, habida cuenta de la transición de un sistema a otro (Ley de Contabilidad Pública a la Ley de Administración Financiera), comenzó a funcionar en plenitud para 1994.

Tal como manifiesta Romero Villanueva¹¹, esta normativa fijó los principios, órganos, normas y procedimientos que rigen el sistema presupuestario, cuyo objetivo básico es estatuir un sistema de control

⁹ LAS HERAS, J. M., *A diez y siete años de la Ley de Administración Financiera. Reflexiones sobre la realidad actual*, Ministerio de Economía de la Provincia de Tucumán, disponible en www.mecontuc.gov.ar/contaduria/congreso/archivos/10-LasHeras.doc, consultado el 14-8-2016. El Simafal es producto del proceso de la investigación realizada para estructurar una solución que sirva de guía o modelo para el diseño y organización del sistema de administración financiera y control interno aplicable en las entidades del sector público. Los resultados de esta investigación se fundamentan en las experiencias positivas obtenidas en varios países de América Latina y fueron preparados con el auspicio de la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos, bajo la primera fase del Proyecto para el Mejoramiento de la Administración Financiera en América Latina y el Caribe (LAC/RFMIP I). La Estrategia de Acción (Estratac) y el enfoque sistémico de la Administración Financiera (Simafal) han sido presentados y acordados en las reuniones trimestrales del Grupo Consultativo de Organismos Donantes para Mejorar la Administración Financiera que está compuesto por todas las organizaciones activas en el hemisferio occidental, tanto multilaterales como bilaterales. Bajo este esquema varios países han diseñado y/o iniciado la ejecución de programas de reforma de la administración financiera, como Bolivia, Argentina, El Salvador, Panamá, Venezuela, Paraguay, Nicaragua, Honduras, Colombia y Guatemala (Sindicatura General de la Nación, *Ley 24.156. Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional*, disponible en <http://www.sigen.gov.ar/ley24156/ley24156concordado.pdf>, consultado el 14-10-2015).

¹⁰ Promulgada el 26 de octubre del mismo año, la misma derogó parcialmente la Ley de Contabilidad (decreto-ley 23.354/56, ratificado por la ley 14.467), disolviendo la Sindicatura General de Empresas Públicas y el Tribunal de Cuentas de la Nación (decreto 2660/92).

¹¹ ROMERO VILLANUEVA, H., *Algunos apuntes sobre la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (ley 24.156)*, Lexis, Buenos Aires, 2004, p. 20.

interno y externo del sector público de la Administración Nacional, no sólo económico-contable, sino, a la vez, administrativo y legal de su obrar. Teniendo por objetivo esencial la estructura innovativa en cuestión la búsqueda de prioridades esenciales, tales como regular, unificar y adoptar un sistema uniforme, interconectado y dinámico de órganos supervisados, a efectos de evitar superposiciones e interferencia de controles, que muchas veces son más paralizantes, por la propia burocracia que generan y conducentes a impedir la ejecutividad de las decisiones del sector que estructuran “la administración activa”.

Como bien señala Marienhoff, “si bien en principio al Derecho no le interesa cómo actúa el individuo particular, el administrado, en cumplimiento de sus propios fines, no ocurre lo mismo tratándose de cómo actúa la Administración, *lato sensu* Estado, en el desenvolvimiento de sus actividades, pues la actividad administrativa, y la estatal en general, deben cumplirse y desarrollarse en forma que satisfaga las necesidades e intereses públicos, por ser éste el fin de la actividad del Estado”¹²; en consecuencia, es una pretensión del legislador revestir de la máxima garantía de control y constatación al obrar financiero de la organización estatal.

¿En qué consiste esta peculiar actividad administrativa de control? Que es siempre jurídica; dicho de otro modo, comporta el derecho de la Administración de actuar sobre sí misma, a fin de verificar el cumplimiento formal y material de los objetivos y políticas prefijadas a cada órgano, dentro de las tareas que le son asignadas por las normas y vigilando el respeto del orden jurídico vigente¹³. Pero por supuesto

¹² MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 73.

¹³ Mayer sostiene que el poder de control surge del poder de vigilancia, como el derecho de actuar sobre el cuerpo de administración propia, a fin de que se mantenga dentro del cumplimiento de las tareas que le incumben. Este poder de vigilancia es ejercido por la autoridad de vigilancia que forma parte de los órganos superiores (conf. autor cit., *Derecho Administrativo alemán*, Depalma, Buenos Aires, 1949, t. IV, p. 305). Fiorini afirma que en el Estado moderno la actividad de la Administración Pública es siempre jurídica, con lo cual conlleva ínsitos en todos sus actos los valores de justicia, equidad, moralidad; y para cumplir con estos principios ha creado una función específica de su juridicidad: la actividad de control (conf. autor cit., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 1006).

no se debe considerar solamente el ejercicio de la actividad de control como un derecho potestativo de la Administración, sino como un deber propio derivado de la obligatoriedad del principio de legalidad, que deviene en el presupuesto de la responsabilidad estatal y en la obligatoriedad de rendición de cuentas y balances de gestión que tiene la Administración con el ciudadano y la comunidad, y ello, por cuanto sean cuales fueren las funciones y competencias asignadas al Estado, el control público es un principio esencial de la estructura misma del poder estatal, pues no puede haber poder sin control, siendo ésta una cualidad intrínseca del sistema republicano de gobierno¹⁴.

Como inferencia lógica se puede definir, básicamente, que el control es un instrumento técnico para comprobar, fiscalizar y cerciorar el cumplimiento de los fines asignados –objetivos– y los medios de realización –procedimientos y medios– utilizados, verificando el momento u oportunidad de la decisión con relación a la legitimidad que la misma posee y chequeando su relación a la finalidad que persigue.

Las funciones típicas de los organismos de control implican la consideración de las actividades que ejecutan los tres poderes del Estado; desde su estructura funcional, al igual que el del resto de las instituciones de Derecho Público, basan su funcionamiento en los niveles de conducción o dirección de asesoría, de apoyo y de operaciones, supervisando la preparación, ejecución y consecuencia de la decisión administrativa traducida en los actos que insume el ejercicio legítimo de sus atribuciones legales. Por lo tanto, el sujeto sometido al control es la Administración Pública en sentido amplio y no restrictivo¹⁵.

¹⁴ Dromi sostiene “que existe una profunda razón jurídica y política justificativa del control en todas las instancias del quehacer público. El control se impone como deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de la actividad estatal. Sin control no hay responsabilidad. No puede haber responsabilidad pública sin fiscalización eficaz de los actos del Estado” (en DROMI, J. R., *Derecho Administrativo*, Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1992, p. 542).

Asimismo, Postiglioni afirma con certeza que todos los actos que realicen quienes ejercen actos de gobierno de la Nación deben ser públicos y de gestión transparente, transformándose la publicidad en un instrumento absolutamente eficaz de control. Véase POSTIGLIONI, S. J., *Publicidad y control de los actos de gobierno*, en L. L. del 3-8-95.

¹⁵ Siguiendo a García Enterría y Fernández, hablar del término “Administración Pública” implica una sinonimia al empleo de la expresión al nivel en que se mueve

Desde esta perspectiva, la ley 24.156 en su artículo 9º diferencia “entidad” como toda organización pública con personalidad jurídica y patrimonio propio, y por “jurisdicción” a cada una de las siguientes unidades institucionales: a) Poder Legislativo; b) Poder Judicial, y c) Presidencia de la Nación, los ministerios y secretarías del PEN.

El control presupuestario puede ser clarificado en cuanto a la ubicación del organismo que lo ejerce: a) en control interno, cuando la propia Administración Pública investiga, comprueba y, en su caso, sanciona la legalidad y eficiencia de la actuación de sus órganos, y b) en control externo, cuando el examen, juicio y, en su caso, exigencia de responsabilidades corresponde a órganos ajenos a la Administración Pública.

4. Conclusión

En el Estado de Derecho decimonónico, los órganos de control externo eran órganos centralizadores de la contabilidad del Estado, los cuales efectuaban un control formal y legal con el objeto de verificar que los recursos se hubiesen utilizado de acuerdo a los fines previstos, sin incluir la verificación de las metas y los resultados obtenidos, en relación con los recursos utilizados. Con el Estado constitucional, los controles clásicos son casi imposibles de realizar, ya que son innumerales los documentos relacionados con los movimientos contables del sector público que habría que controlar¹⁶.

El control formal-legal hoy es desarrollado por el llamado “control interno de la Administración”; esto hace necesario una estrecha colaboración entre los órganos encargados del control interno –que efectúan un control previo del gasto– y los encargados del control externo.

Según el artículo 3.3 de la Declaración de Lima de 1977 de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores: “Incumbe a los Entes Fiscalizadores Superiores, como órganos de con-

la Administración del Estado, que es la Administración del Estado por excelencia, pero este concepto conlleva a un reduccionismo, por cuanto existe una pluralidad de administraciones públicas, todas ellas titulares de relaciones jurídicas-administrativas.

¹⁶ ALFONSO, L. y DROMI, J. R., *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, ps. 42/43.

trol externo, controlar la eficacia del órgano de control interno. Asegurada la eficacia del órgano de control interno, ha de aspirarse a la delimitación de las respectivas funciones, a la delegación de funciones oportunas y a la cooperación entre los Entes Fiscalizadores Superiores y los órganos de control interno, independientemente del derecho de la Entidad Fiscalizadora superior a un control total”.

Los principios constitucionales que constituyen el Estado Social han impulsado un desarrollo espectacular del Derecho Administrativo prestacional. A la acción estatal que pone en juego los derechos abstractos de libertad e igualdad, del tradicional Estado de Derecho, el Estado Democrático y Social agrega y superpone otros principios. El Estado Democrático supone la legitimación por su origen y fundamento, así como la exigencia del control de su ejercicio. El Estado Social impone la renovación y actualización constantes en función de la realidad de las circunstancias socioeconómicas de los objetivos y del contenido mismo de la acción estatal, esto es, la eficacia en la gestión como resultado¹⁷.

En consecuencia, la política social del Estado asume una importante función legitimadora. “La ‘política social’ en sentido amplio abarca desde las políticas relativas al mercado de trabajo o a la juventud, hasta las políticas relativas a la protección de la naturaleza y la planificación de ciudades, pasando por la política sanitaria, familiar, y educativa”. Para garantizar esas políticas y la función distributiva del Estado Social, se encuentran implicados un amplio espectro de organizaciones y servicios¹⁸.

La evolución económica y tecnológica, fundamentalmente en los países desarrollados, ha dado lugar a lo que se ha denominado la *nueva economía*, que ya no se basa en el capital, sino en la información y el conocimiento. El proceso de globalización no es socialmente ino-
cua¹⁹, sino que se caracteriza por las turbulencias, la incertidumbre,

¹⁷ Art. 3.3 de la Declaración de Lima de la Intosai.

¹⁸ HABERMAS, J., *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 104.

¹⁹ Para Bauman, la palabra “globalización” que es una de moda, en la medida en que pretende explicar a más y más procesos, ella misma se vuelve opaca, a medida que excluye y reemplaza verdades ortodoxas, se van transformando en cánones que no admiten disputa (BAUMAN, Z., *La globalización: consecuencias humanas*, FCE, Buenos Aires, 1998).

las inestabilidades y la falta de respuestas claras que, sin embargo, deben asumirse y gestionarse como fuerzas que estimulan la creatividad y la innovación. A diferencia de la economía material, basada en los medios de producción (capital y trabajo), en la nueva economía el poder pasa a depender más de la información, del conocimiento y de la innovación²⁰.

Tal como expresa Nieto de Alba, “Los nuevos fenómenos de la innovación, la integración y la globalización nos traen nuevos valores, como la multiplicidad, la diversidad, la heterogeneidad, la inestabilidad, que dan lugar a procesos contradictorios: ascendentes y descendentes, de universalización y de particularización, de integración y descentralización y de expansión y de contradicción”²¹.

Los órganos de control externo deben ser independientes de la forma política de gobierno, pero no inseparables de la noción de Estado. Una vez determinada la necesidad de control externo de los fondos públicos (atribución delegada por el Parlamento a un órgano auxiliar), éste debe ser entendido como una necesidad complementaria del control político y del control social, indispensables para la configuración del Estado constitucional Democrático. La existencia del órgano de control es para contribuir a la articulación efectiva del Estado Social y Demo-

Los conceptos de “espacio” y “tiempo” son para Giddens, según Robertson, los aspectos fundamentales de la globalización; de manera genérica debe entenderse a la globalización como un fenómeno dialéctico, en el que sucesos situados en el extremo de una relación distanciada producen a menudo acontecimientos divergentes y hasta contrarios en otro extremo. La idea de que la globalización implica la “inserción de presencia y ausencia” es aguda y útil. Según Robertson, Giddens está cautivo de una manera de pensar caduca, cuando habla de la producción de “acontecimientos divergentes e incluso contrarios”, lo que parece implicar una relación “acción-reacción” que está muy lejos de captar la complejidad del tema “global-local”. El concepto que pertenece a Robertson quiere subrayar la tensión entre las presiones “globalizadoras” y “localizadoras”, definiendo a la “glocalización” como proceso de concentración de la *libertad* para actuar y moverse. Se trata, por consiguiente, de un concepto más amplio que el de *globalización*, el cual sólo abarca, en opinión del autor, el fenómeno de concentración de las finanzas y el capital (ROBERTSON, R., *Glocalización: Tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad*, Zona Abierta, Madrid, 2000, ps. 92/93/216).

²⁰ NIETO DE ALBA, U., *Gestión y nueva economía*, en *Revista Española de Control Externo*, Tribunal de Cuentas español, Madrid, 2000, p. 11.

²¹ *Ibídem*, p. 12.

crático de Derecho: en un Estado de Derecho el fundamento último del control se encuentra en el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; igualmente, en el Estado Social y Democrático, al ser la justicia uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, ha de concretarse, en el caso del gasto público, en una asignación equitativa de los recursos, así como en la sujeción y programación de ejecución de criterios de eficacia y de economía²².

5. Bibliografía

- ALBERDI, J. B., *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853*, Escuela de Ed. Económica, Buenos Aires, 1977.
- ALFONSO, L. y DROMI, J. R., *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003.
- BARRA, R., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 2006.
- BAUMAN, Z., *La globalización: consecuencias humanas*, FCE, Buenos Aires, 1998.
- DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, reimp., Ariel, España, 1999.
- DESPOUY, L., *De la Auditoría General de la Nación*, coment. al art. 85, en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dir. por D. Sabsay y coord. por P. Manili, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- DROMI, J. R., *Derecho Administrativo*, Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1992.
- *Reforma del Estado y privatizaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1991, t. I.
- FERNÁNDEZ CARNICERO GONZÁLEZ, J. M., *Las relaciones entre las Cortes generales y el Tribunal de Cuentas*, en *Crónica 1992-93*, Madrid, 1994, ps. 288-289.
- FIORINI, B. A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
- FREY, B. y SERNA, A., *El Tribunal de Cuentas: una perspectiva desde la elección pública*, en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Barcelona.

²² FERNÁNDEZ CARNICERO GONZÁLEZ, J. M., *Las relaciones entre las Cortes generales y el Tribunal de Cuentas*, en *Crónica 1992-93*, Madrid, 1994, ps. 288/289.

- HABERMAS, J., *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000.
- IVANEGA, M., *Reflexiones en torno al control externo de la Administración Pública y sus consecuencias*, Lexis, Buenos Aires, 2004, cita online N° 0003/2004.
- LAMBERTO, O., *Debate parlamentario de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina*, en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, Buenos Aires, 1991.
- MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I.
- MAYER, O., *Derecho Administrativo alemán*, Depalma, Buenos Aires, 1949.
- MONTESQUIEU, C., *El espíritu de las leyes*, Orbis, Buenos Aires, 1984.
- NIETO DE ALBA, U., *Gestión y nueva economía*, en *Revista Española de Control Externo*, Tribunal de Cuentas español, Madrid, 2000.
- RIGHETTINI, M., *Elementi di scienza dell' amministrazione*, Lavoro, Roma, 1977.
- ROBERTSON, R., *Glocalización: Tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad*, Zona Abierta, Madrid, 2000.
- ROMERO VILLANUEVA, H., *Algunos apuntes sobre la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (ley 24.156)*, Lexis, Buenos Aires, 2004.

6. Sitios web

- LAS HERAS, J. M., *A diez y siete años de la Ley de Administración Financiera. Reflexiones sobre la realidad actual*, Ministerio de Economía de la Provincia de Tucumán, disponible en www.mecontuc.gov.ar/contaduria/congreso/archivos/10-LasHeras.doc, consultado el día 14-8-2016.
- Sindicatura General de la Nación, *Ley 24.156. Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional*, disponible en <http://www.sigen.gov.ar/ley24156/ley24156concordado.pdf>, consultado el día 14-10-2015.

LOS ESTADOS CONTABLES Y LA NECESIDAD DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD ENTRE DERECHO, CONTABILIDAD Y FINANZAS

por MÓNICA G. MARGUERITTE*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco teórico. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

Resumen

La interdisciplinariedad es un concepto difuso para ser definido por sí mismo. Necesita ser planteado en una forma que permita hacerlo operativo.

Los estados contables (EC) representan una síntesis de esa interdisciplinariedad, necesaria para entender la mayoría de las interacciones entre Derecho, contabilidad y finanzas. Otorgan una hoja de ruta efectiva para relevar derechos y obligaciones, determinando las bases para los impuestos y estandarizando criterios. Son, asimismo, una valiosa guía en la toma de decisiones para establecer prioridades entre grupos de interés, definir decisiones de inversión, financiamiento y distribución de utilidades, que contribuyan al crecimiento y sostenibilidad del valor de la compañía.

Una única interpretación de los EC podría privar al lector de una

* Contadora y licenciada en Administración. Profesora titular de “Fundamentos de Contabilidad”, Facultad de Derecho, UNR. Profesora asociada de “Contabilidad para Abogados”, UCEL.

visión holística, absolutamente necesaria para explicar la compleja realidad de variadas y diversas interacciones.

Este trabajo plantea situaciones en las cuales la carencia de una visión integrada de los EC conduce a malas decisiones –a veces graves– con consecuencias para los accionistas y otros grupos de interés. Las conclusiones resaltan la relevancia de la visión holística propuesta, especialmente para encarar temas relativos a valuación, teniendo en cuenta el creciente peso relativo de los intangibles y el capital intelectual en las organizaciones de hoy.

Abstract

Interdisciplinarity is a general concept to be defined by itself. It needs to be stated in a way to be operational.

The Financial Statements (FS) represent a synthesis of that interdisciplinarity, that is necessary to understand most of the interactions between Law, Accounting and Finance. They give an effective road map to underscore rights and obligations, determining the basis for taxation and standardizing criteria. They also prove to be a useful guide to decision making in order to establish priorities among stakeholders, setting investment decisions, financing and profit distribution that contribute to the growth and sustainability of the firm's value.

A single understanding of the FS could lead to deprive the reader of an holistic view that is absolutely necessary to explain the complex reality of many and diverse interactions. Moreover, it could derive in a confrontation that could never replace an integrated view of the whole picture.

This paper states situations in which the lack of an integrated view of FS leads to wrong decisions –sometimes serious– with consequences for shareholders and other stakeholders. The conclusions remark the relevance of this proposed holistic view, specially to address topics related to valuation, taking into account the increasing relative weight of intangibles and intellectual capital in today's organizations.

Palabras clave

Estados contables. Contabilidad. Derecho Contable. Finanzas corporativas.

Keywords

Financial Statements. Accounting. Accounting Law. Corporate Finance.

1. Introducción

“Interdisciplinariedad” es un concepto suficientemente abstracto para que se defina por sí mismo. Necesita ser tangibilizado para cobrar sentido.

Los estados contables son una síntesis eficaz para entender las interacciones entre Derecho, contabilidad y finanzas. Representan una hoja de ruta eficaz para relevar derechos y obligaciones múltiples, determinar bases para la tributación, normalizar criterios, establecer prioridades entre grupos de interés y orientar las decisiones de inversión, financiamiento y distribución de utilidades que contribuyan al crecimiento y sostenibilidad del valor de la compañía.

Pretender comprender a los EC desde una sola óptica equivaldría a privarse de una visión holística de la realidad que intentan explicar, con el riesgo de confrontar perspectivas que nunca podrían sustituir a una única interpretación interdisciplinaria de los mismos.

2. Marco teórico

La interdisciplinariedad entre ciencias es una realidad que siempre existió pero que ha adquirido mayor importancia o auge en los últimos 40 años de cara a la necesidad de encontrar respuesta a problemas cada vez más complejos que no pueden abordarse desde un único punto de vista.

Las investigaciones interdisciplinarias tienen la ventaja de entender los problemas en su totalidad, pero vistos desde las diferentes disciplinas, brindando cada una sus propios conceptos, términos apropiados,

métodos de investigación, etcétera. Aportan mucho más que la sola “multidisciplinariedad”, que sólo pretende el enriquecimiento de una disciplina con distintos saberes.

Distintos autores hablando de interdisciplinariedad la definen como:

- “Cierta razón de unidad, de relaciones y de acciones recíprocas, de interpretaciones entre diversas ramas del saber llamadas disciplinas científicas”.
- “La transferencia de métodos de una disciplina a otra”.
- “El análisis desde distintas miradas científicas, a problemas o conjuntos de problemas, cuya complejidad es tal, que con el aporte (o la disponibilidad) de cada una de las disciplinas a la interdisciplinariedad, ayudaría a desentrañar las distintas dimensiones de la realidad social”.

Debemos entonces entender que en definitiva la disciplinariedad y la interdisciplinariedad son distintas maneras de abordar la realidad.

Esta necesidad del mundo actual en cuanto a la actuación profesional en un contexto de complejidad creciente queda muy bien graficada, según Álvarez Trongé (1999), citando las palabras del profesor doctor George Siedel de la Universidad de Michigan, EE. UU., que en oportunidad del discurso inaugural de un programa ejecutivo y frente a alumnos de diferentes disciplinas comentó: “En una batalla, se dispara desde diferentes trincheras y con distintas armas. Cada lugar tiene su secreto, la distancia, el clima, la visibilidad, el viento lo afectan de manera diferente. Agrega valor aquel que no sólo sepa de armas y esté disparando desde su trinchera, sino el que recorre los diferentes lugares de combate y sabe disparar desde cada uno, entendiendo los secretos propios de cada sitio”.

En tal sentido, el Derecho Contable pone de manifiesto la innegable interdisciplinariedad entre Derecho y contabilidad:

El Derecho Contable constituye una visión diferente que permite un nuevo punto de vista para abordar y analizar las relaciones entre Derecho y contabilidad, implicando una nueva disciplina que integra y excede al Derecho y a la contabilidad como tales, con características propias. Cabe señalar que ambas disciplinas presentan una zona de

convergencia, con áreas comunes regidas por una u otra ciencia y, además, una zona de influencia donde cada ciencia permite una mejor interpretación de la zona propia de la otra, lo que posibilita proponer una suerte de “análisis contable del Derecho”.

En definitiva, negar la relación entre Derecho, contabilidad y finanzas podría llevar a cometer errores tanto a la hora de resolver controversias legales, al no tomar como base los conceptos contables y financieros, como al registrar en los libros de contabilidad situaciones distorsionadas y tomar decisiones financieras equivocadas, por no entender el marco jurídico relacionado con la variación patrimonial que se intenta reflejar o la situación a resolver.

Ejemplos de estos errores en demandas, sentencias y doctrina, por desconocimiento de la interdisciplina de la que venimos hablando, podrían ser:

El resultado positivo que arroja el Estado de resultados en los estados contables, es el dinero que la empresa ha ganado en ese año y por lo tanto disponible para los socios.

El resultado de un período de gestión es simplemente un cálculo de los sistemas de información contable que aplican un cúmulo de normas profesionales y de criterios contables sobre medición de los diversos hechos económicos-jurídicos que se revelan. Este resultado, en caso de ser positivo (utilidades/beneficios) no representa dinero.

Pablo Fernández *et alii* citan un diálogo sucedido en el ámbito de discusión de un consejo de administración de una empresa española, que pone de manifiesto las inconsistencias en la interpretación de conceptos volcados en los EC, frente al comentario del director general ante la posibilidad de aumentar el cargo por amortización por una normativa de hacienda y dado que la empresa reporta beneficios en dicho período.

Un consejero sostiene que la amortización representa el desgaste de los activos de la empresa y como tal se opone a aumentarla porque el mercado lo interpretaría como un desprecio por el cuidado de los activos corporativos. Otro consejero apoya la moción del primero, argumentando además que un aumento de la amortización disminuiría los beneficios y por tanto afectaría a los dividendos reduciéndolos.

Un tercer consejero sostiene la posición de los anteriores agregando que el aumento de la amortización reduciría el patrimonio neto (que es el mejor indicador de la fortaleza de la empresa) y como tal los debilitaría frente a sus competidores. Un cuarto consejero se opone también al aumento de la amortización porque va contra el crecimiento de la empresa toda vez que el dinero que vaya a ese concepto restaría fondos para financiar el crecimiento. Un quinto consejero discrepa con los anteriores sosteniendo que la amortización sirve para reponer máquinas; por lo tanto, su aumento significaría que esa reposición se podría realizar antes de tiempo. Finalmente, un sexto consejero está de acuerdo con todos los anteriores, pero recuerda, aunque sin entenderlo demasiado, que alguna vez escuchó que la amortización es un origen de fondos.

Este ejemplo sirve como breve descripción de cómo una falsa interpretación sobre conceptos contables cotidianos puede conducir a tomar decisiones equivocadas y en algunos casos con un impacto importante.

Los dividendos son la parte de las utilidades que la sociedad reparte a los accionistas (cabe aclarar que nos referimos al caso de la distribución de dividendos en efectivo).

Como analizamos en el caso anterior, el resultado positivo (utilidades/beneficios) que arroja el estado de resultados no representa dinero. Los dividendos son dinero que, por voluntad de los socios, puesta de manifiesto en la Asamblea, se repartirá entre los mismos. Éste sí procederá de la caja de la empresa, luego de cumplir con los otros destinos obligatorios o voluntarios de las utilidades. Este flujo de caja para el accionista (inversor) es el dinero que va de la caja de la empresa al bolsillo de dicho accionista y es una cifra determinada y única que no está sometida a ninguna norma profesional o criterio particular.

O sea, el beneficio en sí no aumenta la caja ni el dinero que gana nadie porque no representa dinero. El dividendo cuya distribución en efectivo se apruebe, es dinero.

Los análisis de estos dos errores nos tendrían que llevar a hacer una relectura del texto del artículo 68 de la Ley General de Sociedades: “*Dividendos*. Los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos

a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente, salvo en el caso previsto en el artículo 224, segundo párrafo”.

Al decir “ganancias realizadas”, desde el punto de vista contable estamos refiriéndonos a un viejo principio, que participa del concepto de lo devengado y se refiere a un criterio para asignar variaciones patrimoniales a un período. Y “líquidas” significaría depuradas, netas, de ninguna manera estaría haciendo referencia a liquidez desde el punto de vista financiero.

Identificar el valor de una empresa con su patrimonio neto o valor patrimonial proporcional.

Desde el punto de vista de la contabilidad y el Derecho, el patrimonio neto expresaría la diferencia entre activos y pasivos o, dicho de otro modo, entre derechos y obligaciones; por lo tanto, ese resultado representaría el valor en poder de los propietarios o, dicho de otra forma, la cuantificación de sus tenencias.

Lejos de esa realidad, las finanzas han desarrollado un nutrido cuerpo bibliográfico abordando la problemática de la valoración de empresas, arribando a la conclusión de que, siendo las mismas estructuras de negocio dinámicas, su valor poco tiene que ver con su historia o su presente y mucho más con su futuro y potencialidad de generar beneficios a través de sus productos y servicios, maniobrando con sus capacidades en un entorno también dinámico y cambiante. A modo de exteriorización de esta aseveración cabría preguntarse: ¿Por qué el valor de una compañía que cotiza en el mercado cambia permanentemente cuando su patrimonio neto no lo hace de la misma forma?

La respuesta radica en que la contabilidad, en el mejor de los casos, sólo tiene la capacidad de medir activos y pasivos financieros y tangibles, en función de su historial o su presente. La Figura 1 muestra una gran cantidad de variables que inciden en el valor de una empresa, poniendo de manifiesto la superficie relativamente pequeña explicada por los activos y pasivos contables (tangibles monetarios y físicos). Todos los activos intangibles y de capital intelectual no pueden ser reflejados por la contabilidad sino por las finanzas.

	Activos tradicionales contables		Activos de capital intelectual		
	Monetarios	Físicos	Relacionales	Organizacionales	Humanos
Tangible	Caja Inversiones Cuentas a cobrar Cuentas a pagar	Inmuebles Planta Equipos Inventarios Productos terminados Productos en proceso Materia prima	Contratos de clientes Alianzas formales	Sistemas Procesos formalizados Conocimiento codificado Patentes Marcas Alertas	Contratos de <i>management</i> Inventario de habilidades documentado y accesible
Intangible	<i>Rating</i> crediticio Beneficios no escritos Capacidad de endeudamiento Certeza cuentas a cobrar	Flexibilidad de planta Modernidad de planta Infraestructura Comerciabilidad de actividad Acceso a derechos Consistencia del balance Inventario bueno y útil	Lealtad de clientes (comportamiento, actitud) Calidad de los contratos de aprovisionamiento Derecho a ofertar, a competir, a diseñar Redes Impuestos regulatorios	Estructuración apropiada Procesos informales Sentido de marca (fortaleza, estatura) Productividad de los procesos de I+D Calidad del gobierno corporativo <i>Know-how</i> , <i>show-how</i> Conocimiento tácito	Calidad de la alta ganancia Experiencia de la alta ganancia Habilidad para ejecutar la estrategia Capacidades de liderazgo Habilidad para resolver problemas Lealtad de los empleados (comportamiento, actitud) Reputación del personal Adaptabilidad de la fuerza laboral Compromiso del personal

Fuente: Asset Economic Holdings

Monitoreados por la contabilidad

No monitoreados por la contabilidad

Figura 1

Otro estudio realizado entre 2.000 empresas cotizantes en EE. UU. demuestra que a lo largo del tiempo ha decaído notablemente la proporción del valor que puede ser explicado por el patrimonio neto con-

table, no superando actualmente el 25% del valor de la cotización de la acción. Es decir que si los directivos de empresa utilizan mayormente información de base contable para tomar sus decisiones, están omitiendo la gran mayoría de las variables gestionables que los conducirían a satisfacer el mandato dado por los propietarios: maximizar el valor de la empresa.

3. Conclusiones

Existe una gran cantidad de situaciones que demuestran que la utilidad de los estados contables para la toma de decisiones sólo se concibe desde la interdisciplinariedad.

El hecho de que una disciplina particular prevalezca sobre otra u otras tendría consecuencias significativas induciendo a errores graves en la toma de decisiones, tanto dentro de la empresa como hacia terceros. No comprender esta situación vulneraría incluso el interés del accionista en tanto muchos de estos errores pueden conducir a la destrucción del valor corporativo.

La visión interdisciplinaria de los estados contables ayudaría, entre otras cosas, a amortiguar las limitaciones intrínsecas que impiden reflejar con verosimilitud cuestiones de valoración. Con un peso cada vez mayor de las marcas, la tecnología y el capital humano, la visión interdisciplinaria de los estados contables es más una necesidad que una sofisticación.

4. Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ TRONGÉ, Manuel, *Abogacía de empresa y cambio*, La Ley, Buenos Aires, 1999.
- BARUCH, Lev, *Intangibles: Management, Measurement and Reporting*, Brookings Institution Press, New York, 2001.
- *Remarks on the Measurement, Valuation and Reporting of Intangible Assets*, en *Economic Policy Review*. Federal Reserve Bank of New York, September 2003.
- FAVIER DUBOIS (p), Eduardo, *El Derecho y la contabilidad: relaciones interdisciplinarias*, Universidad de Morón, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 2008.

- FERNÁNDEZ, Pablo; FERNÁNDEZ ACÍN, Isabel y LINARES, Pablo, *9 errores frecuentes de algunos abogados sobre finanzas y contabilidad*, IESE Business School, Universidad de Navarra, 2014.
- NICOLESCU, Basarab, *La transdisciplinariedad, una nueva visión del mundo. Manifiesto*, Du Rocher, París, 1998.
- PÉREZ MATOS, Nydia y SETIÉN QUESADA, Emilio, *La interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad en las ciencias: una mirada a la teoría bibliológico-informativa*, disponible en http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol18_4_08/aci31008.htm, 2008.
- SMIRNOV, Stanislav, *La aproximación interdisciplinaria en la ciencia de hoy. Fundamentos ontológicos y epistemológicos. Formas y funciones*, en BOTTOMORE, T. (coord.), *Interdisciplinariedad y ciencias humanas*, Tecnos, Madrid, 1983.
- TABORDA, Mirtha; COPERTARI, Susana; RUIZ BRIZ, Eugenia; GUREVICH, Estela y FIRPO, Viviana, *Ciencias sociales e interdisciplinariedad: relación entre teoría y práctica*, disponible en http://www.puentes.gov.ar/educar/servlet/Downloads/s_colecciones_fin/aun0402.pdf, 2005.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: ¿GARANTÍA DE EFECTIVIDAD/EXIGIBILIDAD DE SUS DERECHOS SOCIALES?*

por ALEJANDRA FLAVIA PORTAPILA**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. De la constitucionalización de los derechos humanos de la infancia/adolescencia. 3. De la efectividad de los derechos sociales de la infancia y adolescencia. 4. Reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen

Ante los retos que derivan para los operadores del Derecho con la reforma del Código Civil y Comercial aprobado por ley 26.994, pro-

* El uso de los términos “efectividad/exigibilidad” dispuestos en forma dual en el título del presente trabajo da cuenta no de su equivalencia, sino de su necesaria correspondencia que armoniza con el posicionamiento por la interdependencia de los derechos humanos, única perspectiva posible para reducir las polémicas acerca de su resguardo y desarrollo tanto a nivel jurisdiccional como político, que consecuentemente desestima todo intento de segmentación entre los derechos económicos, sociales y culturales, por un lado, y los derechos civiles y políticos, por el otro, con el fundamento de que los primeros resultan costosos y condicionados de antemano por la reserva de lo económicamente posible, postura que contribuye a mantener igual actitud devaluada en torno a sus mecanismos de protección jurisdiccional y por ende atenta contra la *efectivización* de los mismos ya que cuestiona ante su vulneración o amenaza la *exigibilidad* de los primeros por depender su fuerza vinculante de los recursos que dispone el Estado para su realización, frente a la operatividad de los derechos civiles y políticos.

** Abogada, profesora adjunta interina; JTP por concurso de residencia de Minoridad y Familia (Cátedra A-Programa: Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia); docente tutora de la asignatura “Seminario de Introducción a la Metodología de la Investigación”; categorizada en el marco del Programa de Incentivo a Docentes Investigadores de las Universidades Nacionales, Facultad de Derecho (UNR), Rosario.

mulgado según decreto 1795/2014, al abrir nuevas perspectivas/horizontes que resultan, entre otros desafíos, la obligación de interpretar sus contenidos según la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos de los que el Estado argentino es parte, pretendo reflexionar sobre el impacto de la constitucionalización de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en la efectividad/exigibilidad de sus derechos sociales, a partir de una lectura crítica e histórica del modelo de “Estado” y de “Derecho” que hizo posible el proceso de transformación que significó para una parte del universo infancia –los llamados menores– la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Abstract

Given the challenges arising for operators the right to reform the Civil and Commercial Code approved by Law 26,994, enacted by decree 1795/2014, opening new perspectives/horizons that are among other challenges, the obligation to interpret its contents according to the Constitution and human rights treaties which the Argentine State is part I intend to reflect on Impact of Constitutionalisation of Human Rights of Children Teens in Effectiveness/Enforceability of their social rights, from a critical and historical model of “state” reading and “law” that made possible the transformation process meant for part of the universe childhood –which include children called– the adoption by the United Nations General Assembly on November 20, 1989, the Convention on the Rights of the Child.

Palabras clave

Estado constitucional de Derecho. Derechos fundamentales de la niñez y adolescencia. Efectividad y derechos sociales.

Keywords

Constitutional rule of law. Fundamental rights of children and adolescents. Effectiveness and social rights.

1. Introducción

El siglo XIX y primera mitad del siglo XX, plena manifestación del “Estado Legislativo de Derecho”, al primar la ley a través de sus propiedades de generalidad, abstracción, sistematicidad y plenitud exaltada en los códigos como eje principal y esencial del ordenamiento jurídico, fue el bastión para el desarrollo y consagración del positivismo jurídico. En esta época, “[E]l liberalismo y el constitucionalismo primitivos tenían una gran fe en la ley; no desconfiaban del legislador, sino –como lo dijo Montesquieu– del juez, consecuencia de su posición de servidor del príncipe en el Estado absoluto [...] La ley era la carta magna de la libertad; el juez, solamente su obediente servidor y ejecutor. De tales concepciones ha surgido el vituperado positivismo jurídico con su equiparación entre ley y Derecho...”¹

Después de la segunda posguerra mundial, cuando se condena a los jerarcas del nazismo por cumplir la “ley” y violar el “Derecho”, se supera la sinonimia entre Derecho y ley, concepción hegemónica del “Estado de Derecho Legislativo”, y se identifica al “Derecho” con los derechos humanos cuyo fundamento es la dignidad propia de todo ser humano, y consiguientemente, es titular de los mismos todo miembro de la especie humana. La vigencia positiva de ese “Derecho” entendido como superior a la ley y de cuya violación, no obstante lo que disponga la ley, pueden derivar responsabilidades jurídicas, se consagra positivamente en la Ley Fundamental de Bonn del año 1949. “De ese modo se deja de lado el postulado rousseauniano de la voluntad general infalible, y se instituyen tribunales constitucionales con competencia como para asegurar que impere la prevalencia del Derecho sobre la ley”².

¹ MORA MORA, Luis Paulino, *Nuevos protagonistas en la división de funciones: la Sala Constitucional costarricense*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. II, *Tribunales constitucionales y democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2015, ps. 314/315, disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2556>, consulta del 27-8-2016.

² VIGO, Rodolfo Luis, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: Coincidencias y diferencias*, en VALADÉS, Diego; CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; FIX-FIERRO,

Ese modelo de Estado, Derecho y jurista que es manifestación del Estado constitucional de Derecho³ resulta el encuadre histórico-jurídico del marco teórico que esbozaré a continuación: la constitucionalización de los derechos humanos de la infancia/adolescencia focalizando en la efectivización de sus derechos económicos, sociales y culturales –en adelante DESC–, por entender que su reconocimiento formaliza el aporte más relevante del constitucionalismo del siglo XX y desde la legitimidad política y ética de un ordenamiento jurídico, supone un desafío para los operadores del Derecho por incidir sobre el modelo socioeconómico de una sociedad⁴ con aspiraciones democráticas.

2. De la constitucionalización⁵ de los derechos humanos de la infancia/adolescencia

Si bien los Estados han alcanzado durante el siglo XX plena vigencia

Héctor y GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, vol. 2, *Estado constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, p. 852, además disponible en Biblioteca Jurídica Virtual, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3845/33.pdf> y <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3845>, consulta del 10-10-2015.

³ En la teoría del Derecho contemporánea, con relación a si los cambios sucedidos con el fenómeno de la constitucionalización de los derechos necesitan o no de un nuevo paradigma teórico puede verse ATIENZA, Manuel, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista*, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, vol. 15, diciembre de 2014, ps. 1/29, disponible además en <https://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/viewFile/1042/671>, consulta del 23-8-2016; *Entrevista al doctor Luis Prieto Sanchís (España). Neoconstitucionalismo*, disponible en <https://edwinfigueroa.wordpress.com/2011/03/2/entrevista-al-dr-luis-prieto-sanchis-espana-neoconstitucionalismo/>, consulta del 9-8-2016.

⁴ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y Derecho*, en CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J. A. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000, ps. 111/114.

⁵ El término “constitucionalización” del Derecho de Familia ha sido acuñado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Derechos humanos y familia*, en ARNAUD, André-Jean y otros, *Aspectos constitucionales y derechos fundamentales de la familia*,

del Estado constitucional de Derecho en la temática de los derechos humanos el proceso de positivización, superado dicho tránsito, coexiste todavía una brecha entre lo normativo y la plena efectivización⁶ de los mismos para todos los ciudadanos.

Resulta así en la actualidad uno de los retos presentes de derechos vigentes en materia de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes la batalla por la vigencia y efectividad de sus derechos sociales, como la inclusión social a partir de la aplicación extensiva de los principios de igualdad y no discriminación (la igualdad en la diferencia).

En materia de infancia y adolescencia podemos afirmar que los DESC juegan un rol esencial, ya que incide su realización, a la hora de superar las diferencias de hecho existentes dentro del universo infancia en tanto resultan la materialización de la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación⁷. Históricamente, la inversión en bienes sociales básicos, como la educación, la salud y la vivienda, alimentación, entre otros, afecta directamente las condiciones de vida y supervivencia de niños, niñas y adolescentes.

Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 60. En cambio, en la noción de “humanización” se enrola BIDART CAMPOS, Germán, *Familia y derechos humanos*, en *Las transformaciones constitucionales en la posmodernidad*, Ediar, Buenos Aires, 1999, ps. 85 y ss., y el de “universalización” es utilizado por MINYERSKY, Nelly, *Derecho de Familia y aplicación de las convenciones internacionales sobre niños y mujeres*, en FAUR, Eleonor y LAMAS, Alicia (comps.), *Derechos universales. Realidades particulares*, Unicef, Buenos Aires, 2003, ps. 98/99.

⁶ Se entiende por principio de efectividad aquel que establece que los derechos humanos, explícita o implícitamente reconocidos, deben ser materialmente gozados, a través de su pleno acceso y ejercicio, por toda persona humana. Dicho principio tiene expresa consagración normativa, de rango constitucional en la Argentina. En primer término, a partir de lo expresado por el art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que afirma: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos” (WLASIC, Juan C., *Manual crítico de derechos humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 392).

⁷ Con relación a cómo los derechos sociales se constituyen y formulan como derechos de igualdad en el sentido de igualdad material o sustancial ver CRUZ PARCERO, Juan A., *Los derechos sociales como técnica de protección jurídica*, en CARBONELL, CRUZ PARCERO y VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* cit., ps. 91/92.

A nivel de la comunidad internacional, recién sobre el final del siglo XX los niños –pospuestos actores sociales llamados a concretar en un tratado internacional sus derechos humanos– fueron reconocidos en su subjetividad jurídica y política y formalizados sus derechos, por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos.

En el plano jurídico, con la aprobación de la CDN, la sociedad internacional al incluir todos los derechos fundamentales pudo transitar así la grieta ideológica que ha dividido tradicionalmente los derechos civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales⁸.

En consonancia con lo expuesto y en el marco de la síntesis referida –ya que es ajeno al desarrollo del objetivo del presente trabajo un análisis más profundo de la cuestión–, esbozo cuál es la situación del Estado argentino: en el año 1990 la Argentina ratifica por ley 23.849 la Convención sobre los Derechos del Niño y en 1994 con la reforma constitucional la incorpora a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22)⁹. “Estas decisiones no provocaron el abandono del paradigma de la situación irregular, que fue el marco ideológico de las políticas hasta ese momento, ni la adopción de los nuevos principios para pensar las respuestas del Estado en la atención de la niñez y la adolescencia. Recién en septiembre del año 2005 con la sanción de

⁸ Cabe destacar que dicha integración, zanjando las diferencias “esenciales” que se adjudican entre una y otra nómina de derechos, es posible si se habla de interdependencia e integralidad de los derechos humanos, única perspectiva viable para reducir/relativizar las polémicas acerca de su resguardo y desarrollo tanto a nivel jurisdiccional como político. Para un análisis desde esa perspectiva véase PRIETO SANCHÍS, Luis, *Los derechos sociales y el principio de igualdad*, en CARBONELL, CRUZ PARCERO y VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* cit., ps. 64/65; Documentos para la Protección de los DESC, *El sistema de los derechos humanos de las NN. UU.: declaraciones, mecanismos y documentos*, Observación General N° 9, *La aplicación interna del Pacto* (Comentario General N° 9, párr. 10).

⁹ En Argentina, la CDN –que fue ratificada por ley 23.849– goza de jerarquía constitucional desde 1994 (ver art. 75, inc. 22, CN). Incluso previo a la reforma constitucional, la primacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho interno fue reconocida por la CSJN a partir del caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros”, del 7-7-92.

la ley N° 26.061¹⁰ es que comienza a nivel nacional el proceso de conformación de un sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. La Argentina se ha hecho eco de las recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño y sanciona en el año 2005, la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, N° 26.061, que deroga la Ley de Patronato N° 10.903. Este cambio fue posible por una decisión política y por el constante reclamo de las organizaciones de la sociedad civil y de organismos de derechos humanos. Este hecho constituye uno de los avances más importantes del período ya que la misma se erige en el piso legislativo para la sanción de nueva normativa, para la adecuación de las leyes locales ya existentes y para la formulación e implementación de políticas...”¹¹

Así es que en materia de derechos humanos de infancia y adolescencia la CDN –sistema de protección integral de derechos instaurado con la ley nacional 26.061– y a nivel de la Provincia de Santa Fe, Ley 12.967 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, se ha redefinido el nuevo rol del Estado, quien se constituye así como el principal garante tanto de las políticas básicas universales (salud, alimentación, vivienda y educación), como de las de protección especial de derechos que aseguren el cumplimiento efectivo de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes.

Desde esta perspectiva, el Estado asume el modelo del Estado Social

¹⁰ Esta ley, definida desde el nuevo paradigma, plantea una institucionalidad basada en el reconocimiento y la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes y a éstos como sujetos activos de los mismos. Respeto el principio de la no discriminación por situación social y la igualdad de todos en la titularidad de los derechos, el interés superior, la autonomía y la participación y la efectividad de las políticas públicas. En la base del sistema se encuentran las políticas universales, en un segundo nivel las de protección integral, y por último las de protección excepcional con control judicial. Un cambio fundamental es que el niño es reconocido como sujeto de derechos y, en consecuencia, puede exigir al Estado las políticas públicas, el cual se encuentra obligado a garantizarlas.

¹¹ *Tercer Informe Periódico Alternativo de la Convención sobre los Derechos del Niño en virtud de su artículo 44*, Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño-Casacidn, 2009.

del cual derivan imperativos para los poderes públicos¹² orientados no sólo a no entorpecer sino a la promoción de los derechos de la ciudadanía. En ese sentido y “Como lo señala Luigi Ferrajoli, en el Estado Social (*Social State*) se genera un cambio en los factores de legitimidad del Estado, pues mientras el Estado de Derecho liberal debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado de Derecho Social debe también mejorarlas, debe no sólo no representar para ellos inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o prepolíticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etcétera. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora, las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador”¹³.

Sin embargo, resulta paradójal que habiéndose operado desde la segunda posguerra un cambio de paradigma para el constitucionalismo y para la democracia, y como lo afirma Carbonell, “Sin duda puede afirmarse que el resultado más importante del proceso de modernización de la segunda mitad del siglo XX fue la irrupción del componente social dentro de los principios organizativos y rectores de las democracias contemporáneas; un análisis de la realidad social, en América Latina, da cuenta que cientos de niños mueren cada hora por enfermedades y carencias de recursos básicos, y el panorama tampoco resulta alentador en la República Argentina”¹⁴. La angustiosa continuidad de

¹² Sobre la función de los poderes públicos en el Estado Social y su relación con los derechos fundamentales puede verse CARBONELL, Miguel, *Eficacia de la Constitución y derechos sociales: Esbozo de algunos problemas*, en *Estudios constitucionales*, Año 6, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008, ps. 43-71.

¹³ Íd., p. 50.

¹⁴ Sobre valores de recrudescimiento en las condiciones de indigencia y pobreza durante el primer trimestre de 2016 en la República Argentina puede verse Observatorio

este panorama obliga al Derecho a replantearse en forma recurrente la función que las normas, en general, y la Constitución, en particular, desempeñan o deberían desempeñar en la conformación de la realidad social¹⁵. Hoy más que nunca es ineludible una visión pragmática, y crítica a los ordenamientos jurídicos, capaz de superar los modelos avalorativos y formales y combatir las nociones restrictivas de los derechos fundamentales y la democracia. Así, ensayar una respuesta desde los grandes paradigmas teóricos, el iusnaturalismo en sus distintas versiones y el iuspositivismo¹⁶ también en sus distintas versiones, resulta insuficiente.

Desde la crítica jurídica¹⁷, “las principales objeciones radican en

de la Deuda Social Argentina de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Informe N° 1, *Pobreza y Desigualdad por Ingresos en la Argentina Urbana 2010-2015. Tiempo de Balance*, 2016.

¹⁵ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 145, enero-abril de 2016, ps. 439/456, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, México, disponible en <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado>, consulta del 12-6-2016.

¹⁶ Sobre las críticas al positivismo jurídico en opinión de M. Atienza: “La crítica fundamental que cabe dirigir al positivismo jurídico es que se trata de una concepción demasiado pobre del Derecho, que no consigue dar cuenta de la complejidad de la experiencia jurídica, ni ofrece tampoco el instrumental teórico adecuado para que el jurista pueda desarrollar la que tendría que ser su tarea distintiva en el marco del Estado constitucional: la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales. No puede hacerlo porque el positivista reduce el Derecho a una sola dimensión: la autoritativa, dejando fuera el componente de valor. Es a lo que le obliga la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. La otra tesis que caracteriza el positivismo jurídico, la de las fuentes sociales del Derecho, o sea, que el Derecho no es algo natural, sino una construcción humana, relativa a las sociedades y a la historia, hoy no puede considerarse más que como un hecho indubitante, algo que nadie sensatamente podría discutir...” (ATIENZA, ob. cit., ps. 13/15).

¹⁷ La preocupación –por un pensamiento jurídico “antidogmático”– se vio reflejada en muchos juristas-investigadores, quienes –a pesar de los distintos enfoques epistemológicos– coincidieron en algunas cuestiones centrales que se resumieron en problemas como la intersección “Derecho/sociedad”, el papel de la ideología como elemento constituyente del discurso jurídico, el Derecho como discurso de poder, los análisis que involucran la sociología jurídica y las relaciones entre el Derecho y el psicoanálisis (Correas 1987, 169-170; Cárcova 1991). Sobre otras propuestas teóricas de construcción del Derecho superadoras de la tensión entre la forma y la materia ver CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico. Una muestra del inte-*

que tanto un modelo como el otro al no poder superar los respectivos reduccionismos que cada uno de ellos representaba, el de carácter ontologista, en el caso del iusnaturalismo, y el de carácter normativista, en el del positivismo, impiden a cualquiera de dichas concepciones dar cuenta de la complejidad epocal de lo social y correlativamente de la complejidad del Derecho. Al focalizar su atención de manera exclusiva y excluyente en alguna de las dimensiones de un fenómeno multívoco, resultaban faltamente insuficientes para entenderlo en aquella complejidad y en su consecuente diversidad [...] Por esa razón privilegian un análisis funcional del Derecho, que según la conocida clasificación de Bobbio, se ocupa de sus fines sociales, por sobre un análisis estructural, que se ocupa sólo de su carácter más o menos sistemático, o sea de las propiedades lógicas del discurso normativo (completitud, consistencia, decidibilidad)”¹⁸.

Comprender el fenómeno de la juridicidad implica para los críticos “dar cuenta de una parte de la interacción humana que, para tornarse progresivamente más inteligible, exige tener presente [...] al resto de la interacción humana. Y como de ese resto se ocupan otras disciplinas, como la ética, la sociología, la antropología, la economía, etcétera, la teoría jurídica lejos de cerrarse en un ‘universo propio’, sin por ello perder su especificidad, debe recorrer el camino de la multi y trans-disciplinariedad...”¹⁹

Focalizando en el tratamiento jurídico de los niños y jóvenes y desde una perspectiva que considera al Derecho como una técnica social que supone admitir su condición profundamente histórica, es posible analizar cuál ha sido el tratamiento del Derecho con relación a aquel grupo humano considerado vulnerable, en el que podemos incluir no sólo a los niños y niñas sino también a las mujeres, ancianos y los enfermos mentales. Las legislaciones de “menores” sancionadas

grativismo trialista (con especial referencia al funcionamiento de la norma. El artículo 3826 del Código Civil argentino), disponible en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/DyRenMJ/DyRenMJ3.pdf>, consulta del 29-7-2016.

¹⁸ CÁRCOVA, Carlos María, *Notas acerca de la teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, febrero de 2000, ps. 7 y ss., disponible en <http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=1254&n=BIBLIOGRAFIA.Notas%20acerca%20de%20la%20Teor%DDa%20Cr%DDtica%20del%20Derecho.doc>, consulta del 19-8-2016.

¹⁹ CÁRCOVA, ob. cit., ps. 19 y ss.

con anterioridad a la aprobación de la CDN imprimieron y legitimaron profundas desigualdades desde el propio texto de la norma jurídica dentro del “universo infancia-adolescencia”²⁰, situación que resulta hegemónica en América Latina hasta casi finales del siglo XX.

Durante la segunda mitad del siglo XIX, el predominio de la ley –como fuente del Derecho, y del análisis exegético como forma de enseñanza– se complementó con las ideas del positivismo jurídico y médico que fundamentaron las formas de exclusión legal de derechos –incapacidad, demencia, peligro para sí o para terceros, peligrosidad, por ejemplo, que padeciera asimismo un sector de la infancia y la adolescencia–. Así, en la Argentina en las primeras décadas del 1900 –como consecuencia del surgimiento de colectividades extranjeras producto de la inmigración y de grupos políticos contestatarios que defendían ideales libertarios y demandas de reivindicación social ajenos al esquema imperante– se sancionan las leyes de exclusión de derechos, como la Ley de Residencia (1902) y de Defensa Social (1910), que parten de calificar a los inmigrantes anarquistas como locos o desequilibrados, bajo la influencia de positivismo penal y criminológico.

En ese contexto político-social los niños y niñas provenientes de aquella clase popular, surgida de la inmigración extranjera y resistida por la aristocracia nacional, eran vistos como un peligro potencial para las clases dominantes de la Argentina de entonces. Por lo tanto y dado el crecimiento de la conflictividad social que tuvo su apogeo en el año 1919 llevó a la promulgación de la Ley 10.903 de Patronato del Estado (1919) que acogiendo patrones criminológicos propios del positivismo genera una división del universo infancia: “los niños y adolescentes”, por un lado, y los “menores”, por el otro, sobre los que

²⁰ Se deja a salvo que toda vez que se hace mención al enunciado “universo infancia-adolescencia” –siguiendo la expresión utilizada por GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: Modelos y tendencias*, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis-Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998– involucra en su conjunto a la población infanto-juvenil descartando toda perspectiva fragmentaria –propia de las legislaciones de menores anteriores a la aprobación de la CDN– de las diferencias de hecho existentes en dicha población, producto de la omisión o retracción de políticas sociales básicas que atentan contra el acceso y disfrute de sus necesidades esenciales.

se orienta un sistema de justicia de menores que fundamenta el accionar coactivo del Estado frente a infractores (o potenciales infractores) de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos. Afectación de derechos que no es visibilizada como omisión de políticas sociales estatales, sino originada por responsabilidades individuales y/o familiares, y de ahí la terminología de “menores en situación irregular” o de “menores en estado de abandono, riesgo o peligro moral o material”.

3. De la efectividad de los derechos sociales de la infancia y adolescencia

Ahora bien, ¿cómo impactó la constitucionalización de los derechos fundamentales de la niñez y adolescencia en la efectividad/exigibilidad de sus derechos sociales? Con la aprobación en el ámbito internacional de la CDN (1989) y su incorporación al Derecho interno del Estado argentino en 1990 y en 1994 a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), la subordinación jurídica, sostenida por el Derecho en el tiempo en relación con los niños y niñas, entendida como reducción o exclusión de toda protección legal y derivada de la subordinación existente en el campo de lo social, se replegó frente al reconocimiento de sus derechos en forma igualitaria. Así, la CDN se ocupa de las personas menores de 18 años como sujeto de derecho en sentido pleno, con la sola limitación inherente a las etapas diversas del desarrollo de su capacidad intelectual, expresiva y lingüística. Bajo esta concepción, “el niño es respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades, percepción de su situación y de la situación alrededor de él; como portador de un pensamiento, una conciencia y una religión; como sujeto del cual dependen libremente la comunicación y la asociación con otros sujetos”²¹. Esa *transición* suele resumirse en el paso de una concepción de los “menores” como objeto de tutela y protección, a la consideración de niños y jóvenes como sujetos plenos de derechos.

²¹ BARATTA, Alessandro, *Democracia y derechos del niño*, en *Justicia y derechos del niño*, N° 9, Unicef-Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2007, disponible en www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf, consulta del 8-8-2016.

El modelo hasta entonces dominante que se llamó “modelo tutelar”, “de la situación irregular” o “asistencialista”, que consideraba al menor como objeto de protección, legitimando prácticas penales-custodiales y represivas encubiertas, cedió frente a un reconocimiento de un estatus jurídico que incluye al “universo infancia-adolescencia” como ciudadanos plenos y se consolida con un Estado que garantice la satisfacción de sus derechos generando, planificando y ejecutando una política pública que promueva igualdad de oportunidades en el acceso a los derechos como inclusión social, correspondiéndole al Poder Judicial “...el rol de contralor y último garante del cumplimiento de los compromisos asumidos”²².

En correlación a lo precedentemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad”²³.

²² LÓPEZ OLIVA, Mabel, *Políticas públicas en la ley 26.061: de la focalización a la universalidad*, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 136.

²³ CSJN, 3-5-2005, “Verbisky, Horacio”, *Fallos*: 328:1146.

Estas últimas enunciaciones –control de constitucionalidad y nuevo protagonismo asignado al Poder Judicial²⁴– frente a la división de poderes –esquema político más arraigado que constituye el constitucionalismo moderno²⁵ desde su nacimiento– expresan a su vez una tensión también entre democracia y derechos. En consonancia con lo expresado, en un pasaje de su trabajo *Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático*, Gerardo Pisarello refiere: “...una interpretación demasiado extensiva del control judicial de los derechos, entrañaría el riesgo de restringir en exceso el campo de lo democráticamente discutible. Además, supondría la adscripción a una suerte de elitismo epistemológico, en virtud del cual los jueces, sin legitimidad democrática ni responsabilidad directa ante el electorado, tendrían un acceso privilegiado al contenido semántico ‘objetivo’ de los derechos indisponibles para el legislador. Por otro lado, sin embargo, es preciso reconocer que para muchas de las prácticas constitucionales hoy vigentes la propuesta de una inhibición o repliegue exagerados del control jurisdiccional implicaría convertir a los legisladores en verdaderos señores del derecho, con poder incluso para desbaratar el propio método democrático. Con el propósito de evitar un eventual absolutismo de este tipo, autores como Carlos Nino atribuyen a los jueces la función de árbitros en el proceso democrático, garantizando su permanente apertura y la satisfacción de aquellos presupuestos, sin los cuales éste no sería posible”²⁶. Estos resguardos u otras garantías similares, en opinión de Pisarello, disminuirían muchos de los reparos vigentes al papel de los jueces. No obstante, sostiene que todos los derechos limitan la competencia del legislador y a veces también afectan sus potestades presupuestarias, cuando se trata de derechos fundamentales más graves²⁷. En definitiva, asevera “que el Estado constitucional Demo-

²⁴ Sobre las objeciones al protagonismo judicial puede verse el artículo *Constitucionalización del Derecho y recodificación del Derecho Privado: ¿Será en definitiva el Derecho sólo el juego de los jueces?*, en prensa, de Mario E. Chaumet y Andrea A. Meroi.

²⁵ Para una relectura de la teoría de la división de poderes como técnica de control de poder y el papel del control de constitucionalidad en el marco de sociedades democráticas puede verse el trabajo de MORA MORA, ob. cit., ps. 312/316.

²⁶ PISARELLO, ob. cit., ps. 451/452.

²⁷ Sobre un análisis de las obligaciones por parte del Estado que involucran e

crático consiste en una permanente dialéctica entre jueces y legisladores. Mucho debe quedar librado a la configuración legislativa, pero también bastante debe ser sustraído de la esfera decidible por las mayorías electorales. Las transformaciones estructurales de la sociedad y la remoción de obstáculos corporativos al progreso económico y a la expansión de los derechos sociales deben buscarse fundamentalmente a través del proceso democrático, de la disputa política. Pero no debe desdeñarse la importancia del control jurisdiccional ni la participación activa de los ciudadanos en el mismo”²⁸.

4. Reflexiones finales

A partir del marco legal vigente en la República Argentina que regula el sistema de política social de la infancia y adolescencia, “el Estado se perfila como garante de su cumplimiento debiendo generar instancias y herramientas, que en el contexto de un sistema democrático permitan reclamar por la efectividad de los derechos sociales. De tal modo se garantiza que las inobservancias de los compromisos asumidos con relación a la política social dirigida a los niños puedan ser objeto de reclamo ante las autoridades públicas para que éstas reivindiquen los deberes omitidos y se generen canales de restablecimiento de los derechos afectados”²⁹.

Con lo cual con relación a los DESC de los niños, niñas y adolescentes podríamos identificar prioritariamente las obligaciones del Estado con el cumplimiento de obligaciones positivas, es decir, obligaciones de realizar acciones, o tomar medidas en el sentido de la protección, aseguramiento y promoción de los derechos en cuestión. Ahora bien, cuando la omisión del Estado en el cumplimiento de tales

identifican a los DESC puede verse ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, ps. 284 y ss.; PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales y el principio de igualdad* cit., ps. 64/65.

²⁸ PISARELLO, ob. cit., ps. 9 y 10.

²⁹ LÓPEZ OLIVA, ob. cit., p. 136.

obligaciones es general o total es donde radica según la doctrina los mayores cuestionamientos a la judiciabilidad de los DESC, argumentándose que el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una supuesta sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, por estar vinculadas las acciones con el carácter colectivo de los reclamos o bien para dictar la reglamentación omitida³⁰. En aquellos supuestos en los que el cumplimiento de la sentencia judicial sea dependiente de los recursos a proveer por parte de los poderes políticos, el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de DESC pueden constituir importantes vehículos para comunicar a los poderes políticos las necesidades de la agenda pública; asimismo, se vincula con que el Estado tenga la posibilidad de reconocer y reparar la violación invocada antes de concurrir a la esfera internacional a denunciar el incumplimiento.

En cambio, el planteo judicial resultaría viable y difícilmente pueda ser objetado, ante la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva del Estado. Así, por ejemplo, habiendo el Estado asumido el compromiso de asegurar la educación, lo cual implica disponer de instituciones educativas suficientes para que todos los niños y niñas puedan acceder a una vacante. Financiar la educación implica que ésta sea gratuita para todos los niños y niñas que desean acceder a ella, por lo que ante una situación en donde hay niños y niñas que quedaron excluidos del sistema educativo formal por falta de vacantes, a través de un reclamo judicial se debería exigir al Estado que cese en su omisión de asegurar y garantizar el acceso a la educación inicial³¹.

En la innegable tensión existente entre democracia y derechos que

³⁰ Resultaría un avance en los mecanismos o instrumentos procesales aptos de exigibilidad de los DESC contenidos en la CDN y normativa interna acorde con la misma, la legitimación del Ministerio Público y del defensor de los derechos del niño para representar intereses colectivos ante la omisión de las obligaciones asumidas por el Estado con relación al universo infancia/adolescencia.

³¹ Como se planteó en los siguientes casos: 6529/2009, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)”; 6153/2008, “Ministerio Público. Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”, Buenos Aires, 12-5-2010.

sobrelleva el constitucionalismo existen mínimos relativamente rígidos, que resultan indisponibles para el legislador, como es el caso de los derechos sociales cuya preeminencia jurídica y complejidad emergen con mayor claridad si se los considera como derechos a prestaciones de bienes o servicios, esencialmente frente al Estado, tendientes a cubrir las necesidades básicas que habiliten a los individuos llevar a cabo sus propios proyectos de vida, condicionante económica que genera fuertes resistencias cuando se pretende garantizarlos jurídicamente, ya que su satisfacción exige una transferencia de recursos de los sectores más ricos a los más pobres.

Así reflexiono: la necesaria efectividad de los DESC de la infancia y adolescencia implica su exigibilidad, ya que de lo contrario y ante una vulneración o violación de los mismos la efectividad resultaría mera declaración, lo que, a todas luces, derivaría en un contrasentido³². Lo expresado se corresponde con lo formulado por Ferrajoli cuando manifiesta que “...el segundo principio garantista de carácter general es el de jurisdiccionalidad: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y elimi-

³² De acuerdo a los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos sociales exige que los Estados brinden mecanismos judiciales idóneos y efectivos para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva, ya que tradicionalmente las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos por lo que es frecuente que estas acciones judiciales no funcionen de manera adecuada para tutelar derechos sociales. En ocasiones, ello sucede por la limitación en la posibilidad de accionar de grupos o colectivos de víctimas afectadas por las violaciones o por las demoras burocráticas en los procedimientos judiciales que les hacen perder efectividad. Así, el SIDH ha postulado que debe tratarse de recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; que deben poder tramitarse como recursos individuales y como acciones cautelares colectivas a fin de resguardar los derechos de un grupo determinado o determinable; que debe garantizarse una legitimación activa amplia a su respecto; que deben ostentar la posibilidad de acceder a instancias judiciales nacionales ante el temor de parcialidad en el actuar de la justicia local y, por último, que debe preverse la aplicación de estas medidas de protección en consulta con los afectados (*El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2007, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodescindice.sp.htm>, consulta del 25-8-2016).

nadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión”³³.

Ahora bien, cuando no existan otras instancias a la judicial en condiciones de garantizar la efectiva tutela de los derechos sociales, un Poder Judicial activo, o al decir de la doctora Alicia Ruiz “un Poder Judicial que no renuncie bajo ninguna circunstancia a su responsabilidad de controlar que las garantías no sean sólo palabras”, supone incontrovertiblemente, existiendo algún mecanismo procesal de protección (las nuevas perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad, el desarrollo de las *class actions*, la legitimación del Ministerio Público o del defensor del pueblo para representar intereses colectivos, por ejemplo)³⁴, ganar terreno a la discrecionalidad y la arbitrariedad, del accionar de los poderes públicos y privados, garantizando de ese modo la satisfacción de los derechos fundamentales, sobre aquellos sujetos que por su condición de vulnerables sociales se les niega o frustra el efectivo goce de sus derechos sociales. Con un Poder Judicial que no renuncie a los compromisos asumidos en nuestras constituciones, se podría aspirar a que el Derecho se convierta en una herramienta y respuesta eficaz contra el atropello e injusticia que hoy proliferan, encarnando la voz de los “sin voz” en estos tiempos.

³³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 917.

³⁴ “En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional desarrolló una audaz jurisprudencia garantista en materia de derechos sociales básicos, dotando de un respetable grado de eficacia a la acción de tutela establecida por la Constitución de 1991. En aquellos ordenamientos que, como el español, reservan el recurso de amparo a los derechos fundamentales de libertad, una solución similar no sería descartable si se demandara, por ejemplo, la protección de la faceta prestacional de un derecho de libertad en conexión con algún principio rector de la política económica y social. Por otra parte, en caso de incumplimiento de aquellas tareas sociales consagradas como normas, fines o mandatos programáticos, algunos ordenamientos, como el portugués o el brasileño, prevén la interposición de una acción de inconstitucionalidad por omisión, en razón de la cual los jueces comunican a los legisladores que han incurrido en la misma. Frente a esta advertencia, se ha sugerido la posibilidad de que las comisiones parlamentarias respectivas expidan algún informe, dando cuenta de las razones de su inacción. Esta explicación, incluso, podría remitirse no sólo a los jueces sino a la propia opinión pública, propiciando así el juicio crítico de la moral social sobre la moral positivizada” (PISARELLO, ob. cit., ps. 7/8).

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- ALEXANDER, Robert, *Derechos sociales fundamentales*, en CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J. A. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.
- ATIENZA, Manuel, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista*, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, 2014, vol. 15.
- BARATTA, Alessandro, *Democracia y derechos del niño*, en *Justicia y derechos del niño*, N° 9, Unicef-Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2007.
- *Infancia y democracia*, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis-Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.
- BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el Sistema Interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- CARBONELL, Miguel, *Eficacia de la Constitución y derechos sociales: Esbozo de algunos problemas*, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008.
- CÁRCOVA, Carlos María, *Notas acerca de la teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, 2000.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, *Infancia, autonomía y derechos. Una cuestión de principios*, en *Infancia*, IIN, Montevideo, 1998.
- *Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva*, en *Justicia y derechos del niño*, N° 3, Unicef, 2000.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico. Una muestra del integrativismo trialista (con especial referencia al funcionamiento de la norma. El artículo 3826 del Código Civil argentino)*.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *Los derechos sociales como técnica de protección jurídica*, en CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J. A. y

- VÁZQUEZ, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.
- *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2011, 34, ps. 311-360.
- *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*, en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2006, 29, ps. 15-31.
- FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, *Un diálogo sobre principios constitucionales*, en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2011, 34, ps. 363-377.
- HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Título Preliminar y Libro Primero, artículos 1º a 400*, 1ª ed., Infojus, Buenos Aires, 2015.
- LÓPEZ OLIVA, Mabel, *Políticas públicas en la ley 26.061: de la focalización a la universalidad*, en GARCÍA MÉNDEZ, E. (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- MINYERSKY, Nelly, *El impacto del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del Derecho de Familia*, en *Revista Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho (UBA)-Eudeba, Buenos Aires, 2012.
- *Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Reformas legislativas. Compendio de doctrinas*, Infojus, Buenos Aires, 2015.
- MORA MORA, Luis Paulino, *Nuevos protagonistas en la división de funciones: la Sala Constitucional costarricense*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. II, *Tribunales constitucionales y democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2015.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 145, enero-abril de 2016, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, México, disponible en <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado>, consulta del 12-6-2016.

- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y Derecho*, en CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J. A. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Los derechos sociales y el principio de igualdad*, en CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J. A. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000.
- WLASIC, Juan C., *Manual crítico de derechos humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

LA INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN LOS FALLOS ARGENTINOS

por ANA BELÉN YSASA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. El trabajo y la dignidad humana. III. Evolución histórica del reconocimiento positivo del Derecho Humano Laboral. IV. La libertad sindical como Derecho Humano Laboral. V. La problemática de la utilización del enfoque de los Derechos Humanos Laborales por agentes judiciales y operadores del Derecho. 1. La utilización del enfoque de los Derechos Humanos Laborales por los tribunales argentinos. 2. “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”. a) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Laboral (CNAT). b) Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 3. “Cejas, Adrián Enrique c/Fate SA s/Juicio sumarísimo”. VI. Conclusiones. Bibliografía. Páginas web consultadas.

Resumen

Hace apenas dos décadas, los ejemplos de utilización de normas internacionales por parte de los tribunales eran más bien escasos, al igual que la atención doctrinaria al tema. Hoy en día, esta situación ha ido cambiado en muchos sistemas jurídicos del mundo. En la actualidad, no son pocos los ejemplos donde el Poder Judicial aplicó instrumentos de Derecho Internacional Público, sin necesidad de una ley interna que lo reglamentase. Argentina se encuentra dentro de los países cuyos tribunales han comenzado a utilizar el enfoque de los Derechos Humanos Laborales. En el presente estudio se han analizado

¹ Abogada dedicada especialmente al Derecho del Trabajo, adscripta al Centro de Estudios Comparados y Comunitarios de la UNR de Derecho, doctoranda en misma institución y miembro activo del Foro de Políticas de Estado de la CSJN.

dos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que utilizaron instrumentos de Derechos Humanos Laborales y de Derecho Internacional Laboral para arribar a sus decisorios, concluyendo que la jurisprudencia argentina en materia laboral ha comenzado a incorporar el enfoque de los Derechos Humanos Laborales, dejando para un futuro análisis la jurisprudencia de la CSJN con su actual composición.

Abstract

As recently as two decades ago, the use of international law by courts was rare, as was attention that doctrine gave to this manner. Nowadays, that situation has changed in many legal systems around the world. Numerous examples now exist of the judiciary applying public international law instruments without the need of creating a national law explicitly incorporating them. Argentina is among the countries whose courts have begun to apply the Labour Human Rights approach. This study examines two precedents set by the Supreme Court of Justice of Argentina (CSJN) and the National Labour Court of Appeal through decisions reached by applying Labour Human Rights and international labour law instruments. The study finds that the Labour Human Rights approach is increasingly present in Argentina's labour-related case law. It also identifies the precedent of the CSJN as it is currently composed as an area for future research.

Palabras clave

Derechos Humanos Laborales. Libertad sindical. Aplicación judicial.

Keywords

Labour Human Rights. Freedom of Association. Judiciary application.

I. Introducción

Este trabajo tiene por objeto, a partir del análisis de dos precedentes jurisprudenciales de la CSJN en materia de Derecho Laboral, presentar un panorama general de cómo trascendió la aplicación del enfoque de

los Derechos Humanos Laborales en los tribunales argentinos, para poder de ese modo elaborar conclusiones y esbozar algunas perspectivas de evolución en la materia.

Se eligió la denominación Derechos Humanos Laborales para referirnos al objeto de estudio, conforme el criterio sostenido por Canessa Montejo, quien señala que “...en términos académicos, los ‘Derechos Humanos Laborales’ resulta una expresión funcional, en razón de que es lo suficiente amplio y descriptivo para incluir el listado completo de este grupo de derechos, sin negar la posibilidad que al interior del concepto podamos establecer distingos, categorías e inclusive jerarquías [...] En este concepto se destacan tres elementos. En primer lugar, se trata de una definición formal que no establece cuáles son los derechos, simplemente se vincula la consagración de los derechos laborales en los instrumentos de derechos humanos. En segundo lugar, la definición del listado de derechos le corresponde a los instrumentos de derechos humanos que los estatuyen dentro del ordenamiento internacional. En tercer lugar, la titularidad de los Derechos Humanos Laborales corresponde a todos los seres humanos con independencia de su nacionalidad, estableciendo con ello una universalidad en la titularidad”².

II. El trabajo y la dignidad humana

La Declaración Universal de Derechos Humanos define al trabajo como el medio por el que cualquier ser humano puede satisfacer sus necesidades básicas y afirmar su identidad; la forma en la que puede sustentar a su familia y vivir una existencia conforme a la dignidad humana³.

Ferrero, como “...el ejercicio de facultades intelectuales y manuales, y no debe ser mirado como una simple prestación económica, ya que no puede separarse del cuerpo y del espíritu, como sucede en la entrega

² CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco, *Los Derechos Humanos Laborales en el Derecho Internacional*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Getafe, 2006, p. 12.

³ ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23, disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, consultado el día 30-8-2016.

de un bien. Tampoco puede considerarse una mercancía porque atañe al ser humano totalmente y es actividad voluntariamente elegida, que tiene la dignidad esencial de la persona humana”⁴.

Por ello podemos concluir que el trabajo no puede ser tenido en cuenta sólo en su faz económica, sino que debe ser entendido como un derecho que permite el desarrollo de la actividad creativa del ser, forja su vida, le posibilita ser parte de un grupo, pertenecer a la sociedad, construir su persona, a la vez que le permite procurarse de medios para poder satisfacer sus necesidades fundamentales, y muchas veces las de su núcleo familiar. Así, resulta no sólo necesario sino fundamental proteger el derecho al trabajo y al sujeto del trabajador, ya que hace a la dignidad de la persona, dignidad que es fuente de todos los derechos humanos.

III. Evolución histórica del reconocimiento positivo del Derecho Humano Laboral

La Constitución Nacional mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919 fueron los primeros textos constitucionales en consagrar derechos laborales, siendo seguidos por la totalidad de las constituciones latinoamericanas y por la mayoría de las cartas fundamentales nacionales del siglo XX. Paralelamente, en el año 1919, mediante la firma del Tratado de Versalles se constituyó la Organización Internacional del Trabajo, que en el año 1944 elaboró la Declaración de Filadelfia⁵, donde señaló la importancia del respeto de los derechos laborales básicos en las sociedades contemporáneas, reforzando dicha importancia en el año 1998 con la adopción de la “Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo”⁶, en el año 1999 por la

⁴ FERRERO R., Raúl, *Derecho Constitucional. Derecho del Trabajo*, Ausonia, Lima, 1989, p. 465.

⁵ OIT, Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907#declaration, consultado el día 30-8-2016.

⁶ OIT, Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf, consultado el día 30-8-2016.

Agenda del Trabajo Decente⁷, confirmada luego en el año 2008 con la “Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa”⁸.

En el año 1948, la “Declaración Universal de Derechos Humanos”⁹ incluyó, dentro de lo que hoy en día se denomina el conjunto de derechos humanos, a un grupo selecto de derechos laborales. Ese mismo año, la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”¹⁰ incorporaba en su articulado el derecho a trabajar, la prohibición del trabajo forzoso, la libertad sindical, la igualdad de oportunidad y trato sin discriminación, entre otros derechos laborales.

Posteriormente, el proceso señalado se vio reforzado por los pactos internacionales de 1966¹¹, por el Protocolo de San Salvador¹² y por los convenios internacionales de la OIT, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (de Naciones Unidas), entre otros tratados regionales y mundiales de derechos humanos.

Señala Canessa Montejo que la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo del año 1919, la redacción de las primeras normas internacionales del trabajo –convenios y recomendaciones–, el establecimiento de los procedimientos de control de la OIT y la De-

⁷ OIT, Agenda del Trabajo Decente, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_101794.pdf, consultado el día 30-8-2016.

⁸ OIT, Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia) cit.

⁹ ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos cit.

¹⁰ OEA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, consultado el día 30-8-2016.

¹¹ OHCHR, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, consultado el día 30-8-2016, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, consultado el día 30-8-2016.

¹² OEA, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-Protocolo de San Salvador, disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>, consultado el día 30-8-2016.

claración de Filadelfia del año 1944 tuvieron una gran influencia en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³.

A nuestro entender, compartiendo la postura del autor citado, esta inclusión de algunos derechos laborales dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y su posterior reafirmación en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, puso en evidencia la necesidad de que el trabajo fuese protegido por un conjunto de derechos laborales básicos que asegurase el respeto de la dignidad humana.

IV. La libertad sindical como Derecho Humano Laboral

Para la OIT, la libertad sindical es un derecho humano fundamental de alcance universal, indispensable para el ejercicio de otros derechos. Es un proceso dotado de contenido sustantivo, que permite por medio de acciones colectivas tomar medidas para combatir el trabajo forzoso, proteger a los menores de abusos y adoptar medidas contra la discriminación y a favor de la igualdad que beneficien a todos. Es decir, es un derecho generador de otros derechos¹⁴.

En el presente estudio nos centraremos en el análisis de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en “Cejas, Adrián Enrique c/Fate SA s/Juicio sumarísimo” y “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, donde el tribunal superior, basándose en instrumentos internacionales de derechos humanos y en las opiniones de los organismos de control de la ONU y de la OIT, dio protección al Derecho Humano Laboral de la libertad sindical, al de la igualdad, al de la no discriminación y a la prohibición de actos discriminatorios antisindicales.

Consideramos que un aspecto importante y clave en la protección de la libertad sindical es aquel que hace a la prohibición de actos discriminatorios antisindicales, ya que atentan contra la existencia mis-

¹³ CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco, *Los Derechos Humanos Laborales en el Derecho Internacional*, en *Revista PUPC*, N° 63, Fondo Editorial, Lima, 2009, p. 349.

¹⁴ ARESE, César, *Derechos Humanos Laborales: Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 480.

ma de los sindicatos y por ende con el ejercicio pleno de los derechos humanos. De allí el motivo de la elección de los precedentes jurisprudenciales a analizar.

V. La problemática de la utilización del enfoque de los Derechos Humanos Laborales por agentes judiciales y operadores del Derecho

A pesar de encontrarse contemplados en todos los instrumentos de derechos humanos modernos, y en casi la totalidad de las constituciones nacionales del mundo, los Derechos Humanos Laborales se ven sometidos a diversas limitaciones; una de ellas es su recepción y aplicación por los agentes judiciales y operadores del Derecho.

Respecto de esta problemática podría decirse que “...ha llamado la atención en que hace apenas dos décadas, los ejemplos de la utilización de normas internacionales por parte de los tribunales era más bien escasa, y además había una escasa atención doctrinaria”¹⁵.

Eran exiguas las sentencias que utilizaban el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, el Derecho Humano Laboral para fundamentar sus decisorios, o siquiera para interpretar normas nacionales. La resolución de los litigios laborales se daba generalmente dentro del marco del Derecho interno, casi sin referencias a la normativa internacional y/o de derechos humanos.

No obstante lo manifestado, se puede observar que en las últimas décadas este proceso se ha venido revirtiendo en nuestro país, y que hoy en día estamos en presencia de una importante evolución en la utilización por los tribunales nacionales del enfoque de los derechos humanos en general y de los Derechos Humanos Laborales en particular.

En este mismo orden de ideas, Beaudonnet expresa: “Unos dos decenios atrás, ejemplos jurisprudenciales de este tipo hubieran sido mucho más escasos, situación que se reflejaba en una atención doctrinal muy reducida. Estaba entonces ampliamente admitido que los instrumentos internacionales adoptados en materia laboral se dirigían de manera casi exclusiva a los Poderes Legislativo y Ejecutivo para que

¹⁵ ARESE, *Derechos Humanos Laborales...* cit., p. 604.

desarrollasen su contenido en el Derecho interno mientras que la aplicación judicial del Derecho Internacional del Trabajo sólo parecía poder darse en casos excepcionales. Hoy en día, esta percepción ha cambiado radicalmente en muchos sistemas jurídicos del mundo y, con especial vigor, en muchos países de América Latina. De hecho, no son pocos los ejemplos en donde ha sido el Poder Judicial el que ha impulsado de manera decisiva la correcta aplicación de ciertos convenios internacionales del trabajo”¹⁶.

Ambos autores consideran que en la actualidad existe un impacto creciente del uso de las fuentes internacionales en la resolución judicial de los litigios laborales, así como también una renovada invocación de instrumentos internacionales en las controversias internas de los países y un revitalizado respeto por los órganos de control de derechos humanos¹⁷⁻¹⁸.

1. *La utilización del enfoque de los Derechos Humanos Laborales por los tribunales argentinos*

En Argentina, esta evolución se intensificó a partir del fallo “Ekmekdjian” en el año 1992 y de la reforma constitucional del año 1994.

En la causa “Ekmekdjian”, la CSJN entendió que “...la Convención (de Viena) es un tratado internacional constitucionalmente válido que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del Derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía internacional por el propio Derecho interno”¹⁹.

Posteriormente, con la reforma constitucional del año 1994, se estableció una incorporación a la Carta Magna de tratados con jerarquía constitucional que generó una bóveda de Derecho Internacional ope-

¹⁶ BEAUDONNET, Xavier, *La utilización del Derecho Internacional del Trabajo por los tribunales nacionales: Noticias de una evolución en marcha*, en *Revista Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, t. LIII, N° 238, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, p. 246.

¹⁷ ARESE, *Derechos Humanos Laborales...* cit., p. 604.

¹⁸ BEAUDONNET, *La utilización del Derecho Internacional del Trabajo...* cit., p. 246.

¹⁹ CSJN, E.64XXIII, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, L. L. 1992-C-541, consid. 18.

rativo internamente y de rango supremo. A nuestro entender y siguiendo la postura de Arese, dicha incorporación ha modificado el modo de pensar, aplicar e interpretar el Derecho interno²⁰.

En materia laboral, consideramos que es recién a partir del año 2004 que prácticamente todos los fallos más paradigmáticos sobre temas laborales han utilizado el Derecho Internacional Laboral y el Derecho Humano Laboral para fundamentar sus resoluciones, ya sea resolviendo directamente el litigio con la normativa internacional, usándola como guía para la interpretación del Derecho interno, estableciendo principios jurisprudenciales inspirados en ella y/o haciendo referencia al Derecho Internacional para reforzar una decisión basada en el Derecho interno²¹.

2. “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA
s/Acción de amparo”

a) *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Laboral (CNAT)*²²

En los precedentes jurisprudenciales analizados a continuación, pro-

²⁰ ARESE, *Derechos Humanos Laborales...* cit., p. 608.

²¹ Criterio de clasificación de sentencias utilizado por el Centro Internacional de Formación de la OIT en *Utilización del Derecho Internacional por parte de los tribunales nacionales*, Turín, 2007, p. 2, disponible en http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/actividadesregionales/2012/documentos/obj01act18_2012_recopilacion_2011.pdf, consultado el día 21-4-2016.

²² En el asunto de la referencia, los actores trabajaban para una de las sucursales de la cadena de Supermercados Easy (Cencosud). Sus tareas eran las de personal jerárquico. Dicha categoría no se encontraba contemplada dentro del Convenio Colectivo de Trabajo para los Empleados de Comercio, por lo que, conforme pretendieron los actores, luego de solicitar varias veces que el sindicato los afilie y ante la respuesta negativa a su solicitud, decidieron formar su propia asociación sindical: la Asociación de Personal Jerárquico de Comercio, inscribiendo a la misma el día 30-3-2006, y comunicaron dicha inscripción a sus empleadores. Los actores pasaron a integrar la Comisión Directiva de la reciente Asociación. Invocando ese carácter, intimaron a la demandada al pago de diferencias salariales correspondientes a su real categoría, a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa, pedido mediante, obtuviese la lista de los integrantes de la Comisión (en noviembre de 2006). Pocos días después los actores fueron despedidos, por lo que acudieron a la justicia a reclamar el cese del despido, la reinstalación en sus cargos y una reparación económica.

En primer instancia, el tribunal hace lugar al pedido de reinstalación de los actores y se condena a la demandada a abonar los salarios caídos de los peticionantes hasta

cederemos fundamentalmente a destacar y analizar específicamente el enfoque que se le da al Derecho Laboral como derecho humano en cada uno de ellos, señalando la metodología mediante la cual lo incorporan en sus sentencias y las fuentes de Derecho Internacional de los Derechos Humanos utilizadas.

En “Álvarez”, la CNAT ordenó la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo, basándose no sólo en el Derecho interno argentino, sino también en los tratados internacionales de derechos humanos, los convenios de la OIT y las consideraciones del Comité de Libertad Sindical. Los magistrados intervinientes entendieron a la libertad sindical como un derecho fundamental, a la vez que establecieron la no admisión de salvedades o ámbitos de tolerancia frente a la discriminación, y subrayaron al trabajo como la prestación de los trabajadores que está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad.

Un análisis de este fallo no puede dejar de resaltar la importancia que tiene el hecho de que la CNAT haya ordenado la reinstalación del trabajador. Ello es así ya que guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales de derechos humanos, donde el objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) debe ser la rectificación o restitución del trabajador a su puesto de trabajo y no la compensación, en tanto que esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que en la reinstalación se repone precisamente lo que le fue sacado o quitado.

En el voto de la doctora González podemos ver la utilización del Derecho Internacional como guía para la interpretación del Derecho interno²³; la magistrada decidió en virtud del Derecho interno, pero

el momento del despido. A criterio de la sentenciante, el despido de los actores configuraba una conducta discriminatoria que vulneraba la garantía del art. 14 bis de la Constitución Nacional y a la que tiende a conjurar la ley 23.952 (arts. 1° y concs.). La accionada se alzó contra dicho pronunciamiento. La CNAT decidió confirmar la sentencia recurrida y mantuvo la aludida reincorporación y reparación económica, con fundamento en el art. 1° de la ley 23.592.

²³ BEAUDONNET, Xavier, *Derecho Internacional del Trabajo y Derecho interno*.

precisó su significado y alcance no sólo mediante los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino también mediante los pronunciamientos de los órganos de control internacionales sobre la materia. De dicho modo entiende a la libertad sindical y a la igualdad de trato como derechos humanos fundamentales, que integran el bloque de constitucionalidad federal en el artículo 75, inciso 22, de la CN²⁴.

Manual de formación para jueces juristas y docentes en Derecho, CIF, Turín, 2009, p. 25: “La utilización interpretativa del Derecho Internacional del Trabajo: En esta segunda categoría, los tribunales nacionales se refieren al Derecho Internacional del Trabajo, no para resolver directamente el litigio que les es sometido, sino con el fin de precisar el significado y el alcance de las disposiciones nacionales aplicables al mismo. Formalmente, la decisión judicial se dicta, entonces, sobre el fundamento del Derecho interno. Sólo indirectamente el Derecho Internacional influye en la dirección de la decisión aclarando el significado que debe darse a las disposiciones del Derecho nacional”.

²⁴ CNAT, sala II, 25-6-2007, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, sent. 95.075, voto de la Dra. González. Vale resaltar las siguientes manifestaciones de la camarista González: “...como lo señala Oscar Ermida Uriarte en *Sindicatos en libertad sindical* (Editorial Fundación Cultura Universitaria-FCU, Montevideo, Uruguay, 1999, ps. 14 y ss.), todas las declaraciones internacionales incluyen con mayor o menor extensión a la libertad sindical como uno de los derechos fundamentales, y así ha sido expresamente dispuesto en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT del año 1998, en la que se consideraron fundamentales los derechos establecidos en el Convenio N° 98 que establece que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Según el Comité de Libertad Sindical de la OIT, dicha protección deberá ejercerse, especialmente, contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales. En tal sentido sostuvo dicho organismo de control que «en ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la legislación en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador incluso si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical mencionados en el Convenio N° 98 (OIT, *La Libertad Sindical*, recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 4ª ed, 1996. párr. 707, p. 153), y así también lo postula la Recomendación N° 143 que establece que una reparación eficaz del despido discriminatorio debe comprender el reintegro a sus puestos de trabajo (artículo 6º, numeral 2, literal d)», y continúa diciendo que “por lo tanto, considero que la decisión patronal pugna con las directivas que emergen de los Convenios N° 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical (ratif. por ley 14.932) y del

Es a su vez importante mencionar la disidencia del doctor Pinedo, quien considera que aplicar la ley antidiscriminatoria sin una limitación temporal posibilita que la protección concedida por ésta pueda llegar a ser mucho más amplia que la que da la Ley de Asociaciones Sindicales a las asociaciones sindicales con personería gremial, y podría llegar a violentar otros derechos fundamentales, como los de propiedad y libertad contractual. Considera el magistrado que es posible aplicar la ley antidiscriminatoria pero con una limitación temporal²⁵.

b) *Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)*

Ante la resolución de la CNAT, la vencida interpuso un recurso extraordinario, cuya denegación originó una queja resuelta por la CSJN, quien en su sentencia consideró que el despido cursado contra los actores configuraba una conducta discriminatoria antisindical, confirmando en consecuencia la reinstalación de los trabajadores a su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos.

Los fundamentos normativos utilizados por la CSJN fueron la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) de la ONU del 24 de noviembre de 2005, sobre el artículo 6° del PIDESC; los artículos 6° y 7° del Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la CADH; el Convenio N° 158 de la OIT, y la ley antidiscriminatoria 23.592, aplicando el enfoque de los Derechos Humanos Laborales en la resolución del litigio.

Mediante este fallo la CSJN definió, en forma clara, el derecho antidiscriminatorio y estableció el carácter de *ius cogens* para la igualdad de trato y la prohibición de discriminación.

En la parte considerativa de la sentencia analizada evidenciamos

Convenio OIT N° 111 sobre discriminación, empleo y ocupación (ratif. por ley 17.677), *ya que los actores al ser despedidos fueron objeto de una arbitraria discriminación por causa de su actividad gremial y, por lo tanto, aparece violentada la garantía contenida en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad federal en el artículo 75, inciso 22 de la CN basados en el principio de igualdad ante la ley*” (la cursiva me pertenece).

²⁵ CNAT, sala II, 25-6-2007, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/ Acción de amparo”, sent. 95.075, voto del Dr. Pineda.

la utilización por parte del a quo del Derecho Internacional Laboral como guía para la interpretación del Derecho interno y del uso de las opiniones de los órganos de controles internacionales. En su considerando número diez, el tribunal señaló la importancia que tienen los derechos humanos y los instrumentos internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, manifestando que en ninguna circunstancia y/o lugar las facultades del empleador podrían dejar de estar limitadas por el respeto a la dignidad del trabajador²⁶.

Asimismo, la Corte expresó que, en materia de Derechos Humanos Laborales, se ha producido una marcada evolución legislativa y jurisprudencial y remarcó el deber de todo empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores²⁷: “Que, ciertamente, el mencionado *corpus iuris*, al enunciar y reiterar el principio de igualdad y prohibición de discriminación, resulta el persistente eco de una noción

²⁶ CSJN, 7-12-2010, A.1023.XLIII, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, *Fallos*: 333:2306, consid. 10: “Admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad (cit., ps. 3691/3692) [...] El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental [...] Con todo, cumple agregar que, a la luz de *corpus iuris* de los derechos humanos reiteradamente citados, el contenido y alcances de dichas facultades y de la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que hipotéticamente fuesen, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el *jus cogens* que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación, según ha sido visto”.

²⁷ Ver nota anterior, consid. 3: “Que las mencionadas cuestiones requieren, inicialmente, precisar el estado en el que se encuentran los dos ámbitos del Derecho Constitucional de los derechos humanos que confluyen en su examen y solución [...] cuanto sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar, mayormente cuando en todos estos ámbitos jurídicos se ha producido una marcada evolución legislativa y jurisprudencial [...] los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una eficacia sostenibles en materia económica y social...”

que, por un lado, se desprende directamente ‘de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona’ y que, por el otro, ‘posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el Derecho Internacional como en el interno [...]’ se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes* cit., párrs. 100/101, 103/106, 109/110, 139/140, 146, 148/149, y 151)”²⁸.

Deviene imposible realizar un análisis acabado de este precedente jurisprudencial si no se tienen en cuenta las posturas disidentes del doctor Lorenzetti y las doctoras Highton de Nolasco y Argibay, quienes manifestaron que ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, no se puede obligar al primero a que lo reinstale, sino que corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa de reinstalación igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el artículo 245 con más de un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182.

Los magistrados disidentes hicieron un balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador. Expresaron que “...como pauta interpretativa, cabe recordar que la exégesis de la Constitución no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental [...] la legislación específica contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que implican una protección más intensa para el trabajador que la otorgada para el supuesto general de despido sin justa

²⁸ Ver nota 26, consid. 4.

causa, pero que no llega a suprimir por completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral [...] por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el Derecho Laboral argentino que, como se ha establecido ut supra, contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado”²⁹.

3. “Cejas, Adrián Enrique c/Fate SA s/Juicio sumarísimo”

En este fallo del año 2013, la CSJN por mayoría, remitiéndose al precedente “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo” sostuvo que la reinstalación en el puesto de trabajo del obrero despedido por motivos discriminatorios guarda coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación de los daños irrogados por un despido, y que sólo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la protección contra el despido arbitrario implicara la prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. Las juezas Highton de Nolasco y Argibay se remitieron a su disidencia parcial en “Álvarez”, explicada en el apartado anterior.

Mediante la trascendente sentencia que reseñamos, la CSJN ratificó su criterio relativo a la nulidad e ineficacia extintiva de los despidos discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales y desterró de pleno toda posibilidad de que el empleador que ha sido condenado judicialmente a readmitir al trabajador discriminado se libere indirectamente mediante el pago de una indemnización agravada. La CSJN en “Cejas” aniquiló “...la posibilidad de que los Derechos Humanos Laborales puedan ser monetizados o canjeados por dinero a instancias

²⁹ CSJN, 7-12-2010, A.1023.XLIII, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, Fallos: 333:2306, disidencia parcial de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay.

del sujeto responsable de su vulneración. De ese modo, el alto tribunal cierra el círculo en torno a la ‘nulidad radical’ de los despidos discriminatorios, culminando así el camino que había iniciado al dictar el precedente ‘Álvarez’ [...] y continuado al fallar la causa ‘Pellicori’ (en la que destacó que, para garantizar la efectividad sustancial de la tutela antidiscriminatoria plasmada en el citado *leading case* ‘Álvarez’, debía reconocerse al trabajador que denuncia haber sido discriminado una cierta flexibilización y facilitación de la carga probatoria). Paralelamente, operativizando el ‘carácter arquitectónico’ del principio de libertad sindical, la sentencia analizada refuerza una vez más la nulidad de todos los despidos antisindicales”³⁰.

VI. Conclusiones

A partir del análisis jurisprudencial realizado arribamos a la conclusión de que en Argentina, en materia laboral, comenzó en el año 2004 un proceso de incorporación del enfoque de los Derechos Humanos Laborales en los fallos de sus tribunales superiores, quienes en sus diversas sentencias adoptaron a veces un criterio de aplicación directa de las normas de derechos humanos, otras veces lo utilizaron para interpretar disposiciones de Derecho interno; también, lo han usado como fuente de inspiración para el reconocimiento de un principio jurisprudencial y muchas veces para reforzar una solución fundada en el Derecho nacional. Asimismo, se concluye que se extiende cada vez más la práctica de tomar en cuenta los criterios de interpretación de los órganos de control internacionales a la hora de aplicar judicialmente las disposiciones del Derecho Internacional del Trabajo (tales como los órganos de control de la ONU y de la OIT, especialmente a la CEACR y al Comité de Libertad Sindical), tendiendo a desentrañar y fijar el sentido, espíritu y contenido de la norma internacional vigente.

³⁰ ORSINI, Juan I., *Imposibilidad radical de convalidar la eficacia extintiva de los despidos discriminatorios. Una señal de la Corte Suprema a favor de la ejecución forzada de las sentencias de reinstalación*, disponible en <https://aldiaargentina.micro-juris.com/2013/09/30/imposibilidad-radical-de-convalidar-la-eficacia-extintiva-de-los-despidos-discriminatorios-una-senal-de-la-corte-suprema-a-favor-de-la-ejecucion-forzada-de-las-sentencias-de-reinstalacion/>, consultado el día 23-4-2016.

Amén de ello, existen ciertos obstáculos en la utilización por parte de los tribunales nacionales del Derecho Humano Laboral. Principalmente, los juzgados se encuentran con que las partes en litigio no invocan las normas internacionales, mucho menos un tratado no ratificado, lo que denota una escasa formación en los operadores del Derecho en materia de Derechos Internacionales Humanos. Particularmente, en el Derecho Laboral algunas de las complicaciones que se observan son: que las reglas internas establecen en forma más detallada o con mejores condiciones de aplicabilidad las instituciones de Derecho del Trabajo, por lo que se tiende a su utilización; que es bajo el nivel de recepción de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los fallos de algunos de los tribunales provinciales de nuestro país; que existe una cierta resistencia a aceptar un Derecho Internacional por sobre el Derecho interno; que es dificultoso el acceso a los instrumentos interpretativos de la normativa internacional, entre otras cuestiones.

Otro interrogante que se deja planteado surge de los recientes fallos de la CSJN y del cambio en su conformación, lo que nos lleva a meditar: ¿Cuáles serán los lineamientos que tomará la Corte en su nueva composición?, ¿continuará aplicando el enfoque de los derechos humanos para la resolución de las controversias?, o ¿cuál será el rumbo que tomará?

Las limitaciones que sufre la aplicación de los Derechos Humanos Laborales sólo han sido enunciadas y se dejan planteadas como interrogantes a ser resueltos para poder seguir avanzando en el camino ya emprendido por los tribunales de nuestro país.

Bibliografía

- ARESE, César, *Derechos Humanos Laborales: Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- BEAUDONNET, Xavier, *La utilización del Derecho Internacional del Trabajo por los tribunales nacionales: Noticias de una evolución en marcha*, en *Revista Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, t. LIII, N° 238, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, abril-junio de 2010.

CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco, *Los Derechos Humanos Laborales en el Derecho Internacional*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Getafe, octubre de 2006, y en *Revista PUPC*, N° 63, Fondo Editorial, Lima, 2009.

CARO FIGUEROA, José A. y ALTAMIRA GIGENA, Raúl E., *Tratado de relaciones colectivas de trabajo*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015.

FERRERO R., Raúl, *Derecho Constitucional. Derecho del Trabajo*, Ausonia, Lima, 1989.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La libertad sindical. Bases para una legislación sobre sindicatos: protección internacional de la libertad sindical*, FCU, Montevideo, 1980.

Páginas web consultadas

Centro Internacional de Formación de la OIT, *Utilización del Derecho Internacional por parte de los tribunales nacionales*, Turín, 2007, p. 2, disponible en http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/actividadesregionales/2012/documentos/obj01_act_18_2012_recopilacion_2011.pdf, consultado el día 21-4-2016.

OEA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, consultado el día 30-8-2016.

— Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-Protocolo de San Salvador, disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>, consultado el día 30-8-2016.

OHCHR, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, consultado el día 30-8-16.

— Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, consultado el día 30-8-2016.

OIT, Agenda del Trabajo Decente, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_101794.pdf, consultado el día 30-8-2016.

— Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907declaration, consultado el día 30-8-2016.

OIT, Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf, consultado el día 30-8-2016.

ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, consultado el día 30-8-2016.

ORSINI, Juan I., *Imposibilidad radical de convalidar la eficacia extintiva de los despidos discriminatorios. Una señal de la Corte Suprema a favor de la ejecución forzada de las sentencias de reinstalación*, disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/09/30/imposibilidad-radical-de-convalidar-la-eficacia-extintiva-de-los-despidos-discriminatorios-una-senal-de-la-corte-suprema-a-favor-de-la-ejecucion-forzada-de-las-sentencias-de-reinstalacion/>, consultado el día 23-4-2016.

**PRESENTACIONES EN
REUNIONES ACADÉMICAS**

EL DISCURSO DE LOS OPERADORES JUDICIALES

por GRACIELA E. ÁLVAREZ

SUMARIO: 1. La construcción de la argumentación judicial. 2. La elocución.

Los intercambios lingüísticos –ya sean orales o escritos– se tornan argumentativos cuando se necesita convencer a un auditorio para que adhiera a la tesis que se sostiene, y esta necesidad aumenta cuando se trata de defender una posición controvertida.

La argumentación es la principal modalidad discursiva para los operadores judiciales. Los abogados argumentan para defender posiciones que saben de antemano que no son compartidas por sus oponentes y para convencer al órgano juzgador de la teoría del caso que sostienen.

Además de la argumentación, en el discurso judicial se utilizan otras tres secuencias textuales:

1. *La descripción*, que consiste en la representación lingüística de objetos (documentos, armas, etc.), seres animados (personas, animales), espacios materiales (lugares donde han sucedido los hechos objeto del proceso). Es decir que la descripción se ejerce siempre sobre el universo de lo concreto.

En un proceso judicial –oral o escrito– nos podemos encontrar con dos tipos de descripción sobre el mismo objeto, persona o espacio material: una en lenguaje natural, que es la que utilizan los testigos legos, y otra en lenguaje técnico o especializado, a cargo de los peritos.

En los procesos orales, el abogado se enfrenta en la actualidad con una nueva problemática: el discurso críptico utilizado frecuentemente por peritos especializados en las nuevas tecnologías informáticas o de la comunicación.

François Martineau¹ nos proporciona un ejemplo de refutación de peritajes basado en referencias históricas:

Los habitantes de Toulouse tenían un campanario admirado por el mundo entero. En un momento dado, una grieta apareció en el campanario y el pastor informó a las autoridades. Éstas mandaron tres expertos con diplomas y condecoraciones que examinaron el monumento y llegaron a la conclusión de que el campanario era sólido. Se los despidió con agradecimiento y felicitaciones. Tres días después el campanario se derrumbó. ¡Señores jueces, eso es un peritaje!

2. *La exposición*, que es la representación lingüística de teorías, conceptos, corrientes doctrinarias, precedentes. Como secuencia textual, es el equivalente abstracto de la descripción y tiene un sesgo didáctico: ilustrar al auditorio sobre los recursos intelectivos en que se basa la argumentación de la tesis que se sostiene.

Su utilización requiere tomar ciertos recaudos. Por ejemplo, en el proceso escrito es conveniente jerarquizar la información, colocando en el cuerpo del texto la más relevante y remitir el resto a pie de página para lograr un mayor grado de legibilidad. En el proceso oral se debe tender a la brevedad y utilizarla teniendo en cuenta el órgano juzgador al que se pretende persuadir: juez, tribunal técnico, jurado lego o escabinado.

3. *La narración judicial*, que constituye la exposición persuasiva de los hechos tal como ocurrieron o pudieron ocurrir. El abogado presenta bajo un ángulo favorable los hechos de la causa para obtener el éxito de su argumentación.

Ya Aristóteles, en su *Retórica*², como también lo hacen Cicerón³

¹ MARTINEAU, François, *Argumentación judicial del abogado*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, p. 391.

² ARISTÓTELES, *Retórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

³ CICERÓN, *La invención retórica*, Gredos, Madrid, 1972.

y el rétor hispano-romano Quintiliano⁴, destaca tres calidades esenciales que debe poseer toda narración judicial:

- *Brevedad*: no comenzar la narración demasiado atrás en el tiempo con respecto a los hechos origen del litigio y obviar los detalles que no abonen la teoría del caso.
- *Claridad*: se debe conservar el orden temporal y la secuencia de los acontecimientos en el eje de la temporalidad.
- *Verosimilitud*: consiste en la concordancia entre los hechos y los argumentos que se esgrimirán después. No hay una sola manera de narrar los hechos: el órgano juzgador lo hace en estilo de considerandos sobre los hechos probados, mientras que el abogado litigante, el fiscal o el defensor construyen su narración de manera que favorezca la tesis a sustentar por cada uno de ellos.

Existen recursos lingüísticos que colaboran para lograr un mayor grado de verosimilitud: narrar los hechos en tiempo presente, tal como si los mismos se desarrollaran a la vista del auditorio; utilizar el estilo directo para destacar algo que ha dicho una de las partes involucradas en el conflicto; desplazar al defendido de personaje principal de la narración o presentar a la víctima de un asesinato en la sala de audiencias, como si estuviera presente. Un ejemplo ilustrativo de esta última estrategia lingüística nos lo proporciona François Martineau⁵:

Como pueden ver, hoy no estoy solo en este asiento. Está junto a mí una niña de 8 años. ¡Mírenla qué inocente con su traje de verano! ¡Cómo quisiéramos todos que Marie-Dolorès pudiera venir y lanzarse a nuestros pies riendo! En este expediente encontré la foto de un pequeño cadáver desarticulado, sucio, abandonado. No hay cosa más odiosa en el mundo que el pequeño cadáver abandonado de un niño. Nosotros deseamos ardorosamente una justicia silenciosa para este pequeño ser. En este proceso no habrá victoria para nadie. En este caso todos habremos perdido algo. No pregunten por quién doblan las campanas, doblan por ti, por mí, por la humanidad entera⁶.

⁴ QUINTILIANO, *Instituciones oratorias*, Universidad Pontificia, Salamanca, 2001.

⁵ MARTINEAU, ob. cit., p. 95.

⁶ Alegato del fiscal Viala en el caso “Ranucci”, condenado a muerte y ejecutado en Francia, en 1976, por el asesinato de la niña Marie-Dolorès Rambla.

Como dijimos al comienzo, la *argumentación* es la secuencia textual más relevante en el discurso judicial. Desde el punto de vista lingüístico, requiere que estén presentes los siguientes elementos:

- Un sujeto argumentante.
- Un oponente.
- Una temática controvertida.
- Un razonamiento para convencer de la validez de la tesis que se sostiene.

Una de las preocupaciones de la retórica ha sido el orden y la manera de presentar los argumentos:

- Cuando todos los argumentos son sólidos poco importa el orden en que se los enuncie, subrayando que bastaría sólo uno de ellos para obtener una resolución favorable.
- Cuando todos los argumentos son débiles es conveniente mencionarlos rápidamente para que se apoyen entre sí y produzcan efecto por su número.
- La situación más común es cuando se dispone de argumentos fuertes y débiles. Colocar los argumentos más fuertes al principio tiene a favor el impacto inicial, pero el inconveniente de utilizar al final los más débiles dejando esa última impresión en el órgano juzgador. Si se dejan los mejores argumentos para el final uno se arriesga a perder de entrada la atención del auditorio. Los retóricos adhieren al orden nestoriano u homérico: colocar buenos argumentos al comienzo, los mediocres en la mitad y cerrar con un argumento fuerte. Esto permite captar la atención al comienzo y también dejar una buena impresión al final.

Al mismo tiempo que se argumenta a favor de la tesis propia, se van refutando los argumentos de la parte contraria, por ejemplo, poniendo en tela de juicio la jurisprudencia mencionada, los errores de interpretación, las contradicciones o los peritajes aportados.

1. La construcción de la argumentación judicial

- *Definición del objetivo*: es la expresión concreta del resultado que se desea obtener, como cobrar una factura, obtener daños

y perjuicios por un accidente de tránsito, obtener una pensión alimenticia, lograr la custodia de un menor, recuperar una propiedad cuyo arrendatario dejó de pagar, hacer condenar a un periodista por un artículo difamatorio, etcétera. Existen también los *objetivos secundarios*: si un propietario se enfrenta a la falta de pago por parte del arrendatario, su objetivo principal puede ser lograr que desocupe el inmueble, mientras que el secundario podría consistir en obtener el pago de los importes adeudados.

- *Análisis del expediente*: un expediente se compone de elementos muy diversos, como correspondencia, contratos, testimonios, constataciones, peritajes, fotos, notas, documentación, etcétera. Quintiliano⁷ recomienda hacerse las siguientes preguntas: ¿De qué se trata?, ¿de quién habla?, ¿cómo ocurrieron las cosas?, ¿por qué?, ¿cuáles son las consecuencias?, ¿cómo expresan las partes su controversia?
- *Calificación e interpretación*: se procede a la calificación cuando el abogado busca aplicar una norma a los datos factuales de un litigio en función del objetivo. Hay que tener en cuenta el adagio “lo que no está probado no existe”. A un cliente inexperto, la búsqueda y solicitud de pruebas pueden parecerle una manifestación de desconfianza del abogado, como, por ejemplo, solicitarle a una persona que ha sido golpeada por su cónyuge que obtenga un certificado médico que lo pruebe.
- *Consideración del auditorio*: no es lo mismo alegar ante magistrados que ante un jurado lego. El abogado no debe olvidar que litiga con el fin de persuadir al auditorio que juzga. Un ejemplo histórico tomado de la literatura latina tendrá poco valor persuasivo ante un auditorio que lo único que conoce de Atenas y de Roma es el nombre de sus equipos de fútbol.

El discurso judicial utiliza una amplia gama de estrategias argumentativas, entre las que podemos encontrar: argumentos de Derecho –ya sean de fuentes primarias o secundarias–, argumentos de hecho, la tónica jurídica que consiste en recurrir a principios esenciales, má-

⁷ QUINTILIANO, ob. cit.

ximas o valores e, incluso, argumentos por el absurdo, como el siguiente ejemplo que nos proporciona Martineau⁸.

En 1925 el Estado de Tennessee promulgó una ley que prohibía enseñar la teoría evolucionista de Darwin, según la cual el ser humano descendía de animales inferiores, porque negaba el dogma bíblico de la creación divina del hombre. Un profesor de biología –Scopes– enseñaba en sus clases que la vida orgánica se había originado en el cieno y légamo de los mares. Las presiones religiosas hicieron que fuera arrestado y juzgado. Lo defendió el abogado Clarence Darrow. Durante la audiencia –que se desarrolló en un ambiente hostil, con pancartas–, Darrow interrogó a un testigo de la parte acusadora:

—¿Cree Ud. que todo lo que está en la Biblia debe tomarse al pie de la letra?

—En mi opinión, sí.

—Así que cuando Ud. lee que la ballena engulló a Jonás, lo toma al pie de la letra.

—Lo creo. Creo también en un Dios capaz de crear una ballena y un hombre y capaz de hacer actuar al uno y al otro según su voluntad.

—Bien. Ud. me dice que un gran pez engulló a Jonás y que él se quedó ahí dentro. ¿Cuánto tiempo? Tres años. Y después lo vomitó sobre tierra firme.

—Si la Biblia lo dice es porque así ocurrió.

—En consecuencia, Ud. cree que Dios creó semejante pez lo suficientemente grande para engullir a Jonás.

—Ciertamente. Permítame agregar que no es más difícil creer en un milagro que en otro.

—La Biblia también dice que José detuvo el sol en su trayectoria para prolongar el día. ¿Lo cree Ud.?

—Lo creo.

Este ejemplo muestra cómo un abogado puede llevar a un testigo a enunciar aquello que a la luz de la razón y el sentido común aparece como absurdo.

⁸ MARTINEAU, ob. cit., ps. 126-127.

2. La elocución

Si bien en el discurso judicial la elocución no es un fin en sí mismo, es un recurso lingüístico muy importante al servicio de la persuasión, ya que influyen en el auditorio tanto los argumentos como su formulación.

El abogado debe tener siempre en cuenta el carácter escrito u oral de su elocución.

Utilizar la interrogación, la dubitación y el diálogo figurado son recursos que nos brinda el lenguaje para persuadir: *¿Hasta dónde pretende llevar su audacia la contraparte? ¿Ha sido el acusado realmente amigo de la víctima?*

Las preguntas retóricas y el diálogo oratorio figurado quiebran la monotonía del discurso y refuerzan el efecto persuasivo.

La *elocución* abarca también, en los procesos orales, los gestos y la dicción: cómo presentar el discurso, cómo pronunciarlo, cómo prever la cadencia de las palabras, cómo resaltar las partes importantes (con gestos o silencios, con variaciones en el tono de voz), cómo establecer las marcas de interacción con el auditorio.

El manejo del tiempo es una cualidad relevante en el abogado que se enfrenta a una audiencia oral. En los procesos que se llevaban a cabo en Atenas, el tiempo era calculado por la clepsidra o reloj de agua; en la Roma de Pompeyo el demandante tenía derecho a dos horas, el defensor a tres y el juicio no podía durar más de tres días. En la actualidad es aconsejable ser lo más breve posible empleando un estilo directo.

La mejor guía del abogado para regular sus tiempos es el órgano juzgador: su interés, su atención o sus signos de hastío o desatención.

En fin, el triunfo de la táctica elegida tiene estrecha relación con el dominio de cada parte del discurso judicial –alegatos de apertura y de cierre, narración de los hechos, examen y contraexamen de testigos y peritos–. Los mejores argumentos, las ideas más creativas y las citas de autoridad irrefutables tendrán mayor valor persuasivo si gestionamos bien nuestro cuerpo, controlamos la voz, el ritmo, las pausas y los silencios.

JUSTICIA Y VENGANZA

(EL CASO EMMA ZUNZ)*

por JUAN JOSÉ BENTOLILA**

En *Tlön, Uqbar, Orbis Tertius* Jorge Luis Borges refiere que “[l]os metafísicos de Tlön no buscan la verdad ni siquiera la verosimilitud: buscan el asombro. Juzgan que la metafísica es una rama de la literatura fantástica”¹.

Tal pasaje propone un ejercicio sumamente enriquecedor.

Así, si nos posicionamos como lectores de literatura fantástica, el abordaje de la filosofía es bien diverso. Nótese que filósofos cuyos sistemas no resistirían una crítica racional estricta resultan indudablemente atractivos como creadores de mundos que apelan a nuestra imaginación.

Sin embargo, el camino inverso también queda claramente prefigurado y es el que hoy, una vez más, proponemos: el abordaje filosófico de la literatura borgeana.

* Trabajo presentado en la Jornada *Alcances de la literatura y el Derecho*, organizada por el Área de Derecho del Arte y la Cátedra Interdisciplinaria Profesor Dr. Werner Goldschmidt del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, para homenajear a Jorge Luis Borges en el día de su cumpleaños y en el año trigésimo de su fallecimiento, 24-8-2016.

** Profesor asociado de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

¹ BORGES, Jorge Luis, *Tlön, Uqbar, Orbis Tertius*, en *Ficciones*, publicado en *Obras completas*, 18ª ed., Emecé, Buenos Aires, 1990, vol. 1 (1923-1949), p. 436.

En el año 1949, Borges publicó *El Aleph*, obra en la que incluyó el cuento *Emma Zunz*², relato policial cuyo argumento le fuera dado por Cecilia Ingenieros, revisitado por la literatura y el cine, y que tomaremos a fin de indagar algunos planteos relevantes para la Filosofía del Derecho.

Situado en los inicios del año 1922, los hechos son simples.

Emma Zunz, de 19 años de edad, recibe una carta que le informa que su padre, Emanuel Zunz³, se ha suicidado tomando una sobredosis de somníferos.

El impacto que le produce la noticia es enorme, a tal punto que asume que “la muerte de su padre era lo único que había sucedido en el mundo, y seguiría sucediendo sin fin”.

Atribuye la razón de tal extrema decisión a una acusación de defraudación de la que fuera víctima el occiso en la fábrica en la que trabajaba, lo que había motivado su exilio en Brasil bajo nombre supuesto. Emma recuerda que su padre le había asegurado que el verdadero responsable del ilícito era el que fuera gerente y ahora copropietario de la empresa, Aarón Loewenthal, su actual jefe.

Desde ese momento, trama un plan para vengarse.

A tal fin, comienza por entregar su virginidad (“los hombres le inspiraban, aun, un temor casi patológico”) a un marino extranjero (sueco o finlandés), del que nada sabía y que ni siquiera hablaba español.

Con posterioridad, se presenta en la fábrica (era un sábado por la noche), aseverando que contaba con datos acerca de una huelga inminente.

Loewenthal la recibe y, ante su pedido, se ausenta de la oficina para alcanzarle un vaso de agua. Emma aprovecha el momento para tomar el arma que su jefe guardaba en el escritorio y a su regreso lo mata.

Da aviso a la policía y esgrime legítima defensa ante un invocado abuso sexual, del que su cuerpo mostraba claras señales.

² Trabajamos con la versión de las *Obras completas* citadas precedentemente, ps. 564 y ss.

³ Desde el punto de vista psicoanalítico que excede el presente trabajo, resulta significativa la coincidencia de los nombres de padre e hija.

En un primer orden de ideas, debe destacarse que la protagonista no entiende este homicidio como un ilícito o un acto de venganza (“Emma se declaró, como siempre, contra toda violencia”), sino de estricta justicia.

Sin embargo, su construcción⁴ axiosófica merece un cierto desarrollo, a fin de comprender sus alcances.

Es que un dato interesante lo constituye el hecho de entender al ser humano como instrumental respecto del valor, y no al valor al servicio de los fines humanos⁵.

En efecto, refiere el narrador que el marinero “fue una herramienta para Emma como ésta lo fue para él, pero ella sirvió para el goce y él para la justicia”. El acto de prostitución mediatizó a la mujer tanto como el acto de justicia mediatizó al marinero.

Más aún, Emma entiende que no debe ser castigada, toda vez que ella constituye un “instrumento de la justicia”, legitimando de tal suerte su accionar ilegal, por sobre la norma humana prohibitiva.

Así entendida, la justicia no constituye la garantía de un ámbito individual (con afinidad kantiana afirmaba Werner Goldschmidt⁶ a la libertad), sino una exigencia que se encuentra *por encima* de los seres humanos y que debe realizarse, aun a costa del martirio. Claramente, la exigencia asociada al valor desconoce la jerarquía humana, alzándose contra ella⁷.

En un segundo orden de ideas, existe como trasfondo un conflicto de culturas que se deja ver claramente, insinuando la proyección interpersonal del Derecho⁸.

⁴ GUIBOURG, Ricardo A., *La construcción del pensamiento: Decisiones metodológicas*, Colihue Universidad, Buenos Aires, 2004.

⁵ El problema no es nuevo. Un célebre texto de la cultura judeocristiana alude a análoga relación entre la norma religiosa y la persona, en tanto indica que “El sábado ha sido hecho para el hombre, y no el hombre para el sábado” (*Marcos*, 2:27).

⁶ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 417 y ss.

⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Ubicación de la justicia en el mundo del valor (el asalto al valor justicia)*, en BENTOLILA, Juan José (coord.), *Introducción al Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 123 y ss.

⁸ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva era (El Derecho interpersonal como proyección del Derecho*

En efecto, Aarón Loewenthal, personaje casi caricaturesco⁹, era judío, avaro y el dinero era su gran pasión, aunque “se sabía menos apto para ganarlo que para conservarlo”. La idea del pacto jurídico religioso con el pueblo elegido, en el caso se radicaliza como pacto personal: Loewenthal era muy devoto y creía que Dios lo había eximido de obrar bien, a cambio de oraciones.

Se opone entonces la justicia proyectada respecto de las conductas a la que toma por objeto a las personas. Así, ya no importa si las acciones de Loewenthal son justas, desde que él es justo. Transfiriendo esta idea a las categorías del Derecho Penal, el reproche no se funda en el acto sino en el autor.

Adicionalmente puede leerse la creencia de Loewenthal de portar un estatuto jurídico individual, que lo releva de las obligaciones impuestas por la ley humana estatal y que lo pone al margen del sometimiento a la idea de justicia intersubjetiva.

En tercer lugar, Emma había planificado forzar la confesión de Loewenthal a punta de revólver, lo que hubiera permitido “a la justicia de Dios triunfar de la justicia humana”.

Se erige entonces en Antígona contemporánea¹⁰, realizando la ley de Dios por sobre la del hombre, ya que la justicia humana no había logrado acertar en la atribución de responsabilidad del desfalco primigenio.

Sin embargo, también se evidencia una diferenciación entre dos maneras de percibir la justicia. La primera, una justicia perfecta que se proyecta sobre la totalidad de los acontecimientos que integran la

Internacional Privado. Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho. Afirmación de una sociedad pluralista), en *Investigación y Docencia*, N° 43, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2010, ps. 21 y ss.

⁹ Remite al Shylock de *El mercader de Venecia*, de William Shakespeare.

¹⁰ “Como que no era Júpiter quien me las había promulgado, ni tampoco Justicia, la compañera de los dioses infernales, ha impuesto esas leyes a los hombres, ni creí yo que tus decretos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas, de manera que un mortal pudiese quebrantarlas. Pues no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron. Por esto no debía yo, por temor al castigo de ningún hombre, violarlas para exponerme a sufrir el castigo de los dioses”, escribió Sófocles en *Antígona*, en *Tragedias*, 17ª ed., trad. de Fernando Segundo Brieva, EDAF, Madrid, 2005, p. 314.

cadena causal, sujetándolos a una sola pauta de juicio¹¹. Occidente judeocristiano construye así los alcances de la justicia ideal, posicionando análogos caracteres en la idea del juicio final (un ser omnisciente y omnipotente juzgando todas las situaciones bajo un único patrón y tratando a todos con estricta igualdad). La segunda, una justicia real que se proyecta sobre un caso recortado de la cadena causal y cuya solución tal vez infringe la idea de justicia perfecta, al no tomar en consideración (por desconocimiento o impotencia) los restantes eslabones del continuo temporal. Ésa es la justicia humana¹², que asume que no ha de renunciarse al juzgamiento por el solo hecho de no poder realizar justicia perfecta¹³.

De tal suerte, la muerte de Loewenthal se percibe claramente como un acto que restaura el equilibrio del cosmos (y la justicia perfecta), directamente vinculado con el desfasaje que había producido la errónea acusación enderezada contra Emanuel Zunz (justicia humana).

El homicidio funciona entonces como realización de la justicia correctiva aristotélica, del número cuadrado de Pitágoras, erigiéndose Emma en mártir, juez y verdugo. Ella sacrifica su pureza sexual, condena al ladrón y ejecuta su sentencia, poniendo en crisis el principio penal de confiscación pública de la sanción en favor de la venganza familiar. Ante la inacción del Estado, en reversión del pacto hobbesiano, ella decide entonces la legítima defensa, realizada en el homicidio e invocada como justificada ante el abuso sexual.

En tales términos, se pone en juego toda una concepción de causalidad muy amplia, tal vez cercana a la idea de la equivalencia de las condiciones, que pretende integrar todos los antecedentes del caso, incluyendo así en el análisis un hecho (la falsa atribución de culpabi-

¹¹ Los desarrollos integrativistas trialistas aluden a la justicia pantónoma. Puede consultarse GOLDSCHMIDT, ob. cit., ps. 391 y ss. Sobre la teoría trialista, además, puede verse CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico*, UNR, Rosario, 2012; *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1984; *Estudios jusfilosóficos*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986, y *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

¹² Justicia fraccionada en términos de trialismo.

¹³ En rigor, existen grados entre estos dos modelos de justicia.

lidad respecto de su padre) que funciona como justificante del homicidio en la ficción, aun bajo el imperio de un sistema normativo que no lo considera tal.

Inclusive hay toda una decisión de construcción del caso sobre una descripción que no distingue múltiples intervenciones causales. Desde el homicidio de Loewenthal, socio de la fábrica, podemos remontarnos al abuso sexual de Emma, de allí al suicidio de Emanuel Zunz, y más aún a la persecución que sufrió y al desfalco de Loewenthal, gerente de la fábrica, predicando causalidad de una cadena varias veces interferida por la conducta de cada protagonista.

El carácter talional de la construcción axiosófica se percibe como simetría entre ambas muertes. Así, el suicidio, consecuencia de la persecución estatal, equivale y corrige el homicidio, entendido como sanción por haber generado la condición (el desfalco) que dio lugar a la falsa acusación.

La integración de la cadena causal (desfraccionamiento), como puede apreciarse, culmina entonces en un acto de venganza que es a su vez justicia, sacrificando la seguridad del recorte del caso en pos de la realización de un mayor grado de justicia.

Sin embargo, en el momento decisivo las motivaciones cambian.

En efecto, refiere el narrador que Emma tenía la firme intención de forzar a la víctima, previo al homicidio, a que confesara su culpa, exponiendo su responsabilidad justificante del castigo. La vida del verdadero culpable a cambio de la vida del sustituto expiatorio. Sin duda que ello habría generado cierta legitimación del acto que, aun cuando no conmoviera al órgano jurisdiccional en caso de develarse la trama, al menos podría generar un juicio favorable de parte de la comunidad, que tal vez podría estimar la conducta de Emma como digna de ser repetida (como sujeta a una norma obligatoria, inscrita en la costumbre).

Pero ante Loewenthal, “más que la urgencia de vengar a su padre, Emma sintió la de castigar el ultraje padecido por ello. No podía no matarlo, después de esa minuciosa deshonra”.

Como puede apreciarse, a la hora de la consumación del plan el móvil deja de ser la obtención de venganza/justicia para su padre y

pasa a erigirse en la retribución por el oprobio sufrido con el marinero. Se rompe la equivalencia (deja de ser una muerte por otra) y claudica el fundamento axiológico. Aunque, luego de efectuar los disparos, tal vez consciente de la insinceridad, invoca como razón alegada: “He vengado a mi padre y no me podrán castigar”.

Lo cierto es que Loewenthal muere injuriándola en español y en ídish, y Emma nunca se entera si alcanzó a comprender la justificación del acto. Era importante que el condenado comprendiera los razonables fundamentos de la sentencia; a fin de cuentas, ello hace a la garantía de defensa.

Por último, otro de los contenidos jurídicos que ciertamente surgen de la lectura es la idea de la construcción de verdad en el proceso¹⁴. Y en ese sendero desprende la verdad como correspondencia de la declaración judicial (sumando el inadecuado reproche endilgado a Emanuel Zunz a la inadecuada exoneración de Emma como homicida, dos falsedades producen una verdad ficcional) y se afirma la verdad como construcción dentro de un proceso judicial.

Así, finaliza el cuento expresando que “La historia era increíble, en efecto, pero se impuso a todos, porque sustancialmente era cierta. Verdadero era el tono de Emma Zunz, verdadero el pudor, verdadero el odio. Verdadero también era el ultraje que había padecido; sólo eran falsas las circunstancias, la hora y uno o dos nombres propios”.

¹⁴ Puede consultarse BARCESAT, Eduardo S., *El problema de la verdad en el proceso judicial*, en L. L. 2003-D-1331 y ss.; BENTOLILA, Juan José, *La construcción de la idea de verdad en el proceso*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, Egacal, Lima, Anuario 2006, ps. 17 y ss.; BERTOLINO, Pedro J., *La verdad jurídica objetiva*, Depalma, Buenos Aires, 1990, ps. 30 y ss.; GUIBOURG, Ricardo A., *Proceso y verdad*, en LexisNexis Jurisprudencia Argentina, del 31-3-2004, fasc. 13, p. 76; KIELMANOVICH, Jorge L., *La prueba en el proceso civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, ps. 35 y ss.

DERECHO Y LENGUAJE

por MARÍA A. ZANETTI*

SUMARIO: 1. Abordaje interdisciplinario. 2. El lenguaje jurídico como lenguaje de especialidad. 3. Tecnolecto jurídico. 4. Estilo jurídico. 5. Tres niveles de análisis: Sintaxis, semántica y pragmática. 6. Del texto en su globalidad. 7. Coherencia y cohesión. 8. Del párrafo. 8.1. Clases de párrafos. 9. Léxico. 10. La definición. 10.1. Reglas. 10.2. Tipos de definición. 11. Desde la sintaxis. 12. Pragmática. 12.1. ¿Qué quiere decir esa palabra? ¿Qué quiso decir con esa palabra? 12.2. Dimensiones del acto de habla. 13. Clases de verbos.

La interdisciplina entre *Derecho* y *lingüística* constituye un campo de estudio de relativa juventud.

Resulta claro que todos los intercambios comunicativos que se producen en el campo jurídico se realizan a través del lenguaje, ya sea oral o escrito.

Vale recordar que el hablar y escribir constituyen dos modos de comunicación distintos, con propiedades diferenciadas, funciones socialmente diferentes y complementarias.

Si bien ambos modos de comunicación tienen como soporte el mismo sistema lingüístico, se producen y manifiestan de diferente manera.

La escritura se concibió como sistema para almacenar información, es una técnica inventada. La comunicación escrita se establece entre el enunciador y un destinatario que generalmente no están en presencia física. No es posible, en este supuesto, la interacción entre los participantes. El escritor sólo puede imaginar la reacción del lector; a su vez, el lector no puede influir en el tenor del discurso del autor.

* Facultad de Derecho, UNR.

La palabra hablada requiere de un entorno comunicativo inmediato en tiempo y espacio; la presencia del destinatario permite la interacción entre los interlocutores. El hablante puede modificar sus palabras al percibir la reacción del oyente; a su vez, éste puede guiar al hablante en la estructuración y producción de su discurso.

La comunicación oral es esencialmente transitoria; la escrita, permanente y duradera.

La lengua escrita y su producto, el texto, permanece a través del tiempo y es susceptible de un número indefinido de interpretaciones y destinatarios.

Entre hablar y escribir la propia lengua existe una relación asimilable a la de caminar y nadar o esquiar.

La práctica profesional del Derecho tiene como elemento fundamental al lenguaje. Partimos, entonces, para su análisis desde la concepción instrumental del mismo, como herramienta de trabajo.

Los aportes de la lingüística contribuyen a la comprensión del discurso jurídico en sus diferentes niveles y al entrenamiento en las estrategias discursivas presentes en los diversos formatos textuales característicos del campo judicial.

La lingüística tradicional limitaba su objeto de estudio a la construcción de oraciones aisladas y omitía el estudio del texto como un todo.

Las corrientes que abordan el análisis del discurso desplazan el centro de atención –situado en la gramática y la sintaxis– hacia el individuo frente a las diversas situaciones comunicativas en relación con el auditorio.

Se habla, entonces, de la *ciencia del texto*, que estudia la estructura y función del mismo. La comunicación implica una interacción social. Al emitir un texto –oral o escrito– producimos un acto social.

Los discursos circulantes evidencian los conflictos de intereses que se producen en la sociedad, manifiestan –lenguaje mediante– estrategias persuasivas, de refutación, prejuicios sociales subyacentes, estrategias de reconocimiento o de exclusión o dominación.

En los campos profesionales, los agentes que interactúan nece-

sitan dominar el tecnolecto propio de la actividad que desempeñan; esto sólo se logra a través del lenguaje.

El adiestramiento en la adquisición de la competencia lingüística pone como centro de atención al texto, analizado desde la perspectiva que ensambla la gramática, la semántica, la pragmática y el análisis textual.

1. Abordaje interdisciplinario

Del Burgo y Marchán sostiene: “en todo jurista hay agazapado un literato. No en vano ‘hombre de letras’ y ‘letrado’ son semánticamente equivalentes”. Es preciso superar el universo estrecho del Derecho en algunas de sus manifestaciones, con léxico acotado, sintaxis de formulario, escritos oscuros, retorcidos, ininteligibles o a veces sólo ininteligible por “iniciados”.

Esta temática resultaba de nulo interés, hasta no hace mucho tiempo, para los hombres de Derecho, centrados cabalmente en el estudio de sus propias materias; entendían que detenerse en el estudio del lenguaje resultaba poco menos que una pérdida de tiempo, ya que se conocía éste en su elementalidad y generalidad. Tampoco resultaba de interés para los lingüistas el estudio del lenguaje del Derecho.

Pero el lenguaje es tanto o más inquieto que los cambios que se producen cotidianamente en la sociedad; por ello, en la actualidad, tanto abogados como lingüistas abordan el estudio de este universo dinámico, que es el discurso jurídico.

La lingüística ortodoxa plantea la existencia de un tronco, el lenguaje común, vulgar o corriente, y diversas ramas conformadas por especialidades de lenguajes que, ya sea por estilo, terminología, materia, etcétera, constituyen variantes del lenguaje matriz, como es el caso del lenguaje jurídico.

La palabra es una herramienta del lenguaje, y éste una manifestación del pensamiento en una de sus formas, ya que el pensamiento también cuenta con otros medios de expresión como el simbólico, el gestual, el gráfico, el artístico, etcétera.

La relación pensamiento/lenguaje es fundamental en el campo jurídico. Es uno de los elementos que contribuyen a que el Derecho

pase de las doctrinas, hipótesis, ideales políticos a ser plasmados en normas, actos de la administración, sentencias, instrumentos públicos, convenciones particulares. En ese tránsito de uno a otro estado, el pensamiento no desaparece, por el contrario, en no pocas oportunidades debemos recurrir a él para interpretar el verdadero sentido de los medios lingüísticos empleados en su manifestación. El lenguaje es lo que convierte al Derecho natural en Derecho positivo, el ideal en realidad.

En definitiva, la palabra se coloca al servicio del lenguaje, pero éste opera al servicio de otras cosas. Las palabras aportan significados al lenguaje para que éste pueda proyectar toda clase de pensamientos, sentires, proyectos, etcétera.

De este modo se analiza el lenguaje en sus diferentes funciones: expresiva o sintomática, estimuladora o de señal, descriptiva.

Desde la Filosofía del Derecho y en base a esta distinción, y tomando como punto de partida el tratamiento lingüístico de la norma jurídica, se reconoce el lenguaje preceptivo (prescriptivo, imperativo), el lenguaje descriptivo (declarativo) y el lenguaje en su función expresiva de estados de ánimo y emociones.

El Derecho, como técnica de estructuración social, organiza los medios coercitivos que inducen a los miembros de un grupo a hacer o no hacer algo. Es una de las formas organizativas que se vale del uso de la fuerza organizada.

El Derecho, en cualquiera de sus variantes, no cuenta con otro instrumento que no sea el lenguaje, oral o escrito. El Derecho no puede existir sin el lenguaje, y el lenguaje del Derecho existe por la existencia del Derecho.

2. El lenguaje jurídico como lenguaje de especialidad

El discurso jurídico es un proceso de interacción enunciativo-interpretativo que remite al análisis de los distintos enunciadores, a las relaciones que se establecen con los destinatarios y a las variadas estrategias argumentativas que se ponen en escena. Todas se presentan en el marco de un ritual comunicativo específico del campo jurídico y tienen como fin lograr la adhesión del auditorio, refutar las tesis

adversas, insertar el discurso en el sistema de valores imperantes o producir una ruptura con éste.

El “discurso jurídico” admite la distinción entre:

- *Discurso normativo*: el que se origina en la redacción de las leyes (en sentido amplio) y es objeto de estudio de la técnica legislativa o ciencia de la legislación.
- *Discurso parlamentario*: el que se produce en el seno del Poder Legislativo; los actores interactúan en base a normas específicas que regulan los turnos de habla y producen sus argumentos para defender o refutar la producción de leyes.
- *Discurso judicial*: el que se produce en el ámbito de la administración de justicia; no sólo incluye el discurso de las partes en litigio, sino también el de los fallos o sentencias que constituyen el discurso de poder institucionalizado en el campo de la justicia.
- *Discurso de la doctrina*: constituye un metadiscurso porque al definir los diversos institutos, lo hace tomando como objeto de análisis el discurso normativo y el judicial.

En este campo, mediante el lenguaje se generan las leyes, se manifiesta la voluntad del Estado, se interpreta y aplica el Derecho, se describen y narran hechos, se peticiona, se prueba, se argumenta, se expiden órdenes, se celebran contratos, se alega, etcétera. Pero es sólo con la sentencia judicial que se llega al extremo performativo del lenguaje: se condena, se absuelve, se anula, se priva de libertad.

Osorio sostiene que en los actores que ocupan la centralidad del campo de la justicia, *los jueces*, se reúnen tres tipos de escritores: *el historiador, el novelista y el dialéctico*. *Historiador*: porque el primero de los objetivos del juez consiste en hacer historia para saber cómo ocurrieron los hechos, con sus episodios y circunstancias. *Novelista*: porque cada conflicto contiene la expresión de las pasiones, propias de los personajes que conforman el drama del pleito. *Dialéctico*: porque se afronta una tesis, se interpreta la ley y se fundamenta una solución a través de la lógica discursiva y de la teoría de la argumentación.

3. Tecnolecto jurídico

- El lenguaje del Derecho está poblado de vocablos abstractos (nación, soberanía, democracia, representación, burocracia, justicia, legalidad), que constituyen los pilares de estructura jurídica, ya que el Derecho es básicamente un ordenamiento.
- El Derecho, por ser parte de la vida del hombre, y su manifestación, el lenguaje, está compuesto en su mayoría por palabras de empleo ambivalente, que coexisten tanto en la vida jurídica como en la ordinaria: persona, titular, posesión, sala, autos, hechos, actor. Por eso, para designar los conceptos clave, los juristas se han visto obligados a completar el vocablo vulgar con el añadido de “jurídico”.
- Aun cuando el lenguaje del Derecho resulta singular en terminología y estilo, posee la gramática de lenguaje común.
- Existencia de modismos, propios de un estilo formalista y ritual: “Por ante mí”; “Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo”; “Proveer de conformidad por ser justicia”; “Ante el juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho, digo...”, son considerados arcaísmos por no ser acordes al estilo imperante en estos tiempos.
- Innumerables términos provenientes del latín, lengua del Derecho Romano, base de nuestro Derecho Privado: *nullum crimen, nulla poena sine lege; in dubio pro reo; ad effectum videndi et probandi; nuda proprietas*. Las fórmulas heredadas del Derecho Romano exponen la sabiduría y genialidad del pueblo romano para generar fórmulas en las que se combinan la metáfora con la formulación técnica.

4. Estilo jurídico

Acerca de la existencia de un estilo jurídico, se sostiene la tesis de que el estilo es el resultado de un distanciamiento del lenguaje repetido y de las frases hechas. Se destaca por las “palabras clave” que usa un escritor.

En el campo jurídico existe un estilo propio que admite distinciones en función del tipo de operador de que se trate.

Para el literato, su lenguaje es un fin. Escribe para brillar con su lenguaje, para sorprender, para deslumbrar.

El abogado y el juez, en cambio, se valen del lenguaje sólo para manifestar sus peticiones, en el primer caso, y sus decisiones, en el segundo, en ambos supuestos como producto de su actividad. Por eso, para ellos el lenguaje es sólo un medio, un instrumento de trabajo. Así sólo se presta la mínima y necesaria atención a la gramática y la sintaxis y al empleo preciso de la terminología jurídica para lograr textos decorosos.

Aun así, el estilo jurídico plantea como requisitos fundamentales el hablar con *propiedad*, la elección de los términos correctos. Así hablaremos adecuadamente de precontrato si en las negociaciones preliminares se llega a una etapa de concreción y compromiso y no se trata de una simple conversación o intercambio de opiniones.

El hombre de Derecho está igualmente obligado a manifestarse *claramente*, ya sea al plasmar las normas, sentencias, actos administrativos y, en general, todo acto de la vida jurídica. Es un imperativo *ministerio legis* y hasta por un deber ético, ya que la sociedad en general es la destinataria de su escritura, aun cuando los efectos se reduzcan a un grupo o colectivo en especial. Si la ignorancia de la ley no es excusable en cuanto a su cumplimiento, que los mandatos legales no le generen un estado de confusión por la deficiente redacción.

Otra de las condiciones es la *concisión*. No se trata de la palabra aislada sino del conjunto del lenguaje necesario para expresar debidamente los hechos, conceptos e ideas que se plasmarán en la norma, sentencia o acto administrativo. La concisión no debe lograrse a costa de una mutilación del lenguaje, sino mediante el acierto en el léxico adecuado. Ser concisos implica ser breves y precisos: “Has de hablar como en testamento, que, a menos palabras, menos pleitos”.

5. Tres niveles de análisis: Sintaxis, semántica y pragmática

Ya mencionamos que desde la teoría de los lenguajes es posible distinguir entre estos niveles analíticos:

- *Semántica*: cuando el objeto de estudio es el significado de lo que se dice. Estudia las estrategias de los hablantes para organizar su información y los mecanismos de decodificación e inferencia que utilizan los destinatarios para actualizar la información explícita y la no dicha. *¿Qué quiere decir esta palabra?*

- *Sintaxis*: cuando se refiere a las relaciones de los signos entre sí, prescindiendo de quién lo usa y del significado que se le atribuye. Estudia la estructura y las características de una lengua, los signos de puntuación, la función y enlace de las palabras. Los signos de puntuación pueden variar de manera sustancial el significado de todo tipo de expresiones, incluida una norma. La enseñanza de la gramática resulta de poca utilidad si no se ejercita simultáneamente la actividad de escribir.
- *Pragmática*: cuando el análisis hace foco en los usuarios del lenguaje, ya sea como enunciadorees o como destinatarios. Estudia los mensajes lingüísticos como *actos* que se realizan con el lenguaje. Su punto de vista primordial no es lo que dicen los enunciados sino lo *que hace* el enunciadoree al emitirlos. La pragmática caracteriza y clasifica los *actos de habla*. *¿Qué quiso decir con esa palabra?*

6. Del texto en su globalidad

Una de las características de los textos es su unidad global. La estructura del texto jurídico permite determinar e identificar cada una de sus partes para su estudio y análisis por separado. La modificación del contenido de cualquiera de sus partes incide en el resto.

Esta estructura tiene su antecedente en Aristóteles, que reconocía como partes del entramado jurídico al exordio, la narración, la demostración y el epílogo.

El término “texto” proviene del latín *texere*, tejer, urdir una trama en sentido horizontal y vertical.

7. Coherencia y cohesión

Un discurso es *coherente* cuando tiene sentido y admite su interpretación. Se trata de una propiedad textual de carácter semántico y pragmático que permite organizar la información de manera lógica para que pueda ser procesada. La interpretación de sus enunciados no debe ser conflictiva entre sí.

La incoherencia atenta directamente contra la posibilidad de inter-

pretar el texto. Suele ser consecuencia de un desconocimiento o un uso irreflexivo del léxico: “Choqué contra un camión estacionado que venía en dirección contraria”.

La *cohesión* implica que la interpretación de algún elemento del discurso depende de otros que se encuentran explicitados anteriormente. Es la propiedad que manifiesta la relación que cada segmento del discurso tiene con los demás.

Un texto se cohesiona a través de diversos recursos lingüísticos: pronominalizaciones, repeticiones léxicas, relaciones semánticas, conectores discursivos.

8. Del párrafo

El párrafo es una de las divisiones de un escrito señalada por una letra mayúscula al principio del renglón y punto aparte al final de la secuencia de escritura.

Al ser una unidad de pensamiento, a cada párrafo le corresponde una idea, aunque pueden agruparse varias de ellas en un mismo párrafo.

Si la entidad de las ideas a desarrollar resulta en un pie de igualdad, se desaconseja su agrupamiento en un único párrafo.

Debe existir coherencia entre las ideas reflejadas en un párrafo, entre la idea principal y las ideas secundarias.

De la extensión de un párrafo y del número de ideas incluidas en él depende, frecuentemente, la mayor o menor facilidad de comprensión de un texto.

El párrafo es la unidad intermedia entre el texto y la oración.

8.1. Clases de párrafos

- *De desarrollo*: lo constituye un encadenamiento de ideas, que respeta la coherencia entre la idea principal y las secundarias o complementarias. Es recomendable consignar la idea temática al comienzo ya que facilita la comprensión.
- *Introductorio*: presenta el asunto que va a ser tratado.

- *Conclusivo*: resume las ideas expuestas en el cuerpo del trabajo. Debe mantener la coherencia con el párrafo introductorio.
- *De enlace*: vincula un párrafo con otro. Se encarga de vincular el texto hacia atrás cuando menciona información ya citada o hacia delante cuando anuncia lo que dirá.

9. Léxico

Definimos al léxico como el conjunto de palabras con que nos referimos a determinadas realidades físicas o abstractas.

Se distingue de la gramática porque ésta enuncia el conjunto de reglas que establecen cómo se organizan las palabras en el enunciado.

La carencia de léxico apropiado evidencia falta de dominio cognoscitivo de la realidad –*no se nombra lo que no se conoce*– y obliga a recurrir a términos genéricos o imprecisos e incluso a descripciones del objeto (guantes sin dedos por mitones), y justifica el uso de barbarismos (extranjerismo) injustificados.

El caudal léxico se enriquece a través de la lectura heterogénea, el intercambio con interlocutores de diversa procedencia social y geográfica.

Escribir y revisar los escritos propios constituye un excelente banco de prueba del propio caudal de cada uno.

- *Léxico activo y pasivo*: cada una de las diversas ocupaciones, profesiones, generan un léxico diferente en cada individuo.
 - *Activo*: es el usado habitualmente en las manifestaciones orales o escritas y en los distintos ámbitos de participación comunicativa.
 - *Pasivo*: está conformado por aquellos términos que no utiliza habitualmente pero que conoce, ya sea por experiencias lectoras o vividas. Reconoce por su dominio de la lengua y la gramática. El léxico pasivo es exponencialmente mayor cuanto mayor es el activo.
- *Extranjerismos*: se justifica su incorporación al caudal léxico de una lengua si resultan necesarios para:
 - *Designar algo nuevo creado en otra lengua*.

- *Algo desconocido.*
- *Algo que no tenga designación en español.*

Si en la lengua existe ya un término que designa con precisión algo nuevo, hay que rechazar la incorporación del extranjerismo correspondiente:

<i>Affiche</i>	Cartel
<i>Airbag</i>	Colchón de aire
<i>Amateur</i>	Aficionado

10. La definición

Definir es dar el significado de una palabra, es enunciar todas las características de una palabra.

Proviene del latín *definere*: limitar, circunscribir una idea, precisar en pocas palabras un conocimiento.

Es un recurso lógico que nos permite registrar los caracteres esenciales y diferenciales de un objeto o el significado de un concepto.

- *Definiendum*: es la expresión que queremos definir.
- *Definiens*: símbolo o conjunto de símbolos usados para explicar el significado de la expresión a definir.
- *Hombre: animal racional.* Sujeto y predicado.

10.1. Reglas

- 1º) Debe indicar los atributos esenciales de la especie, las propiedades relevantes.
- 2º) No debe ser circular: el *definiendum* no puede aparecer en el *definiens*.
- 3º) No debe ser demasiado amplia ni demasiado estrecha.
- 4º) No debe formularse en lenguaje ambiguo, oscuro o metafórico.
Derecho: arte de usar la espada de la justicia para deshacer los nudos de la discordia.
- 5º) No debe ser negativa cuando puede ser positiva.

10.2. Tipos de definición

Dentro de las diversas posibilidades de generar una definición, existen dos categorías que resultan de particular interés para el Derecho:

- *Definición por enumeración*: Consiste en enunciar en su totalidad los objetos a los que determinada palabra/expresión denota; brinda un criterio de aplicabilidad de la misma: la presencia del ejemplo en la enumeración. *Enumeración de los derechos reales en el Código Civil, artículo 1887: dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado, superficie, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, anticresis, prenda.*

Es de carácter taxativa, por tanto sólo los enunciados constituyen derechos reales.

- *Definición por género próximo y diferencia específica*: El género próximo es la categoría inmediatamente superior en la que un concepto puede comprenderse. *Compraventa: es un contrato mediante el cual una persona transfiere a otra el dominio de un bien y ésta se obliga a pagar un precio. Género próximo: contrato. Diferencias específicas: aquellas estipulaciones que lo diferencian del resto de los contratos: la cosa, transferencia, precio, etcétera.*

11. Desde la sintaxis

Así como la escritura es una técnica inventada hace unos cuantos miles de años, los signos de puntuación son convenciones para reproducir las pausas y los énfasis de la lengua hablada.

Tanto la ortografía como los signos de puntuación, por ejemplo, contienen reglas claras y no requieren de explicaciones profundas; no pueden ser disociadas del lenguaje porque forman parte de él. Tienen una justificación práctica en la vida del lenguaje, bien como acompañantes de las palabras (acentos), como delimitadores de frases (comas y puntos y comas), como separadores de períodos de un discurso (el punto), como apertura de lo que se anuncia que se va a

desarrollar o explicar (dos puntos), como denotativos de estados de ánimo (interjecciones con signos enfáticos), como interrogantes, cuando se establecen paréntesis en el texto de un escrito o las comillas para citar otros textos.

En definitiva:

- *Disponer de un adecuado repertorio léxico;*
- *conocer los distintos tipos de párrafos y las conexiones posibles entre ellos;*
- *utilizar correctamente los signos de puntuación;*
- *saber eliminar la ambigüedad y la vaguedad, y*
- *definir con precisión los términos técnicos.*

Son competencias lingüísticas que contribuyen a la inteligibilidad de un texto y a lograr el fin perseguido al producirlo, con relación al efecto que se busca causar en los destinatarios del mismo.

12. Pragmática

En la acepción más amplia del término, tiene que ver con los fines prácticos del lenguaje, con lo que los usuarios de la lengua hacen al emitir determinados enunciados. Es la parte de la lingüística que estudia el lenguaje en relación con el uso y las circunstancias contextuales en que se enmarca una comunicación.

En ocasiones, cuando alguien quiere comunicar algo a otro con una intención determinada, el destinatario lo decodifica de manera distinta –sea por las palabras utilizadas, por el tono o los factores contextuales– y el emisor no sólo no consigue el efecto buscado sino que a veces provoca justamente la reacción que buscaba evitar.

Escandell Vidal la define como una disciplina que toma en consideración los factores extralingüísticos que determinan el uso del lenguaje, aquellos a los que no puede referir un estudio puramente gramatical: las nociones de emisor, destinatario, intención comunicativa, contexto verbal, situación o conocimiento del mundo.

12.1. *¿Qué quiere decir esa palabra?*
¿Qué quiso decir con esa palabra?

En el primer supuesto encontramos la respuesta en el ámbito del lenguaje: podemos recurrir al diccionario.

En el segundo, nos interrogamos sobre la intención de alguien al utilizar determinada palabra/expresión. De lo que se trata, en este caso, es de interpretar en un determinado contexto.

La pragmática estudia la segunda dimensión del significado: *¿Qué hacemos los seres humanos cuando pronunciamos o interpretamos un mensaje?*

No estudia el significado aislado de las palabras ni su significado literal, sino en contextos de comunicación: *¿Usted es el nuevo jefe? ¿Vos sos el nuevo jefe?*

Las categorías teóricas de la pragmática como disciplina lingüística adquieren una importancia vital para analizar el discurso jurídico, tanto en la función prescriptiva de la ley como en el discurso de poder institucionalizado del juez/tribunal y en los alegatos de los abogados litigantes.

John Langshaw Austin (1911-1960), partidario de la filosofía del lenguaje ordinario; su obra póstuma se compone de una serie de 12 conferencias dictadas en Oxford: *How to do things with words*. Según su postura, las palabras que empleamos diariamente son herramientas de las que nos valemos para realizar múltiples tareas, por tanto, básicamente debemos utilizar herramientas “limpias”; debemos saber qué queremos decir y precavernos de las trampas que nos tiende el lenguaje.

Austin introdujo una original teoría a partir de la distinción entre expresiones constatativas y expresiones realizativas (*performative utterances*), que dio lugar a la teoría general de los actos lingüísticos.

Históricamente, la filosofía y la lógica han atribuido carácter privilegiado a los *enunciados declarativos o descriptivos*: aserciones, proposiciones que describen algún estado de cosas o un hecho y que monopolizan la “virtud” de ser verdaderas o falsas.

Para Austin, constituye una falacia descriptiva pretender que sólo tienen interés teórico los enunciados descriptivos.

Debes amar al prójimo, Prometo devolverte el libro mañana, no

constituyen enunciados descriptivos. Son enunciados desde lo gramatical pero nada describen, no son verdaderos ni falsos, tampoco son “sinsentidos”. Su valor está, según Austin, en que al expresarlos en ciertas circunstancias, llevamos a cabo una acción, distinta a la acción de pronunciarlas. Hacemos algo más que decir algo.

Desde lo gramatical se caracterizan por la presencia de un verbo en primera persona del presente del indicativo, voz activa.

12.2. Dimensiones del acto de habla

El acto de habla no es el significado de las secuencias lingüísticas sino lo que el emisor hizo al hablar. Lo que define su actividad es la fuerza ilocucionaria del mismo: el resultado del efecto buscado.

Según Austin debe distinguirse entre:

- a) *Acto de decir*, que consiste en la emisión de ciertos ruidos, con cierta entonación, que pertenecen a un vocabulario, que se construyen en un cierto orden, con cierto sentido y referencia. Es el acto o dimensión *locucionaria*.
- b) *Acto que llevamos a cabo al decir algo*: prometer, advertir, afirmar, felicitar, bautizar, saludar, amenazar. Es el acto o dimensión *ilocucionaria* del acto lingüístico. La fuerza del mismo deriva de las convenciones que rigen el uso del lenguaje. *Juro decir la verdad y nada más que la verdad*: aquí se realizan 2 actos, que consisten en emitir ciertos sonidos articulados (locucionario) y la acción de jurar con los efectos que tal acción puede generar (ilocucionario).
- c) *Acto que llevamos a cabo porque decimos algo*: intimidar, asombrar, convencer, ofender, intrigar, apenar, etcétera. Estamos en presencia del acto o dimensión *perlocucionaria*. Constantemente lo que se dice produce efectos sobre otras personas, puede ser no intencional, puede ser lo que se busca mediante el acto ilocucionario o no producir ningún efecto.

En definitiva, según la teoría de los actos de habla, en los *enunciados constatativos* hacemos abstracción de las dimensiones ilocucionarias y perlocucionarias del acto lingüístico y nos concentramos sólo en el aspecto locucionario.

En el caso de las *expresiones realizativas*, la atención se centra en la fuerza ilocucionaria con abstracción de la dimensión locucionaria.

13. Clases de verbos

- 1º) *De judicación o judicativos*: Típico acto es el de emitir un veredicto, sea por un jurado, árbitro o juez. Absuelvo, condeno, tipifico. Es la emisión de un juicio oficial sobre la base de pruebas o razones respecto de valores o hechos.
- 2º) *De ejercicio o ejercitativos*: Consisten en el ejercicio de potestades, derechos o influencias (designar, revocar, vetar, sancionar).
- 3º) *De compromiso o compromisorios*: El caso típico es obligar al hablante en una conducta ulterior (prometer, pactar, garantizar, consagrar). Supuesto clásico: el juramento.
- 4º) *De comportamiento o comportativos*: Se vinculan directamente con las actitudes y el comportamiento social (pedir disculpas, felicitar, elogiar, dar el pésame). Incluyen la idea de reacción frente a la conducta de los demás.
- 5º) *De exposición o expositivos*: Cuesta encasillarlos; tienden a ubicar el modo en que nuestras expresiones encajan en un argumento, cómo usamos las palabras. Son los recursos típicos de un expositor (contesto, arguyo, ejemplifico, supongo, postulo). Se utilizan para expresar opiniones, conducir debates, clarificar usos y referencias.

Searle, discípulo de Austin, señala además la distinción entre actos de habla directos: *Cierre la ventana*, y actos de habla indirectos: *¿Quiere cerrar la ventana?* El destinatario de este enunciado último, gracias a su capacidad para interpretar y a su conocimiento del contexto, no lo decodifica de modo literal sino según la intención del emisor al formular la petición en forma de interrogación.

Interpretar lo que dice otra persona es no sólo conocer el significado de las palabras sino también la intención comunicativa que tuvo al utilizarlas de determinada forma y en un determinado contexto situacional: *Le ruego que se retire*.

Hay un plus de significado entre lo que se dice literalmente y lo

que está implícito en el enunciado. La pragmática estudia la relación entre lo dicho y lo comunicado por implicación.

Lo precedente constituye una apretada síntesis de los elementos y las disciplinas que confluyen para abordar el análisis del discurso jurídico en todas sus variantes.

Tal como se anticipa al comienzo de esta intervención, los aportes de la lingüística permiten ordenar y estructurar el estudio de los discursos esencialmente persuasivos.

No se pretende convertir al hombre de Derecho en un experto lingüista, sólo tomar como base aquellos elementos propios de disciplina que resultan un complemento esencial para la consecución del objetivo: el entrenamiento en la adquisición de las competencias requeridas para la producción textual, oral o escrita, en el campo jurídico y la comprensión de los procesos lingüísticos propios de este campo.

Para actuar en el campo judicial hay que saber Derecho, pero también es necesario saber decirlo.

APORTES DE ESTUDIANTES

LUCES Y SOMBRAS SOBRE LA JURIDICIDAD DE NUESTRA INDEPENDENCIA

por JUAN FACUNDO BESSON¹

SUMARIO: 1. Reconstrucción historiográfica del proyecto constituyente y del proceso independentista. 2. Poder constituyente en la tradición del discurso político argentino. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

La historia construye sentidos, nos habla de caminos que nos constituyen al mismo tiempo que nos marcan rumbos. Por eso, siempre ha existido una política de la historia, siendo como es la historia terreno de disputa entre proyectos diversos que quieren encauzar el devenir del país. La historia es, en definitiva, la política vista para atrás, con lo cual el recorte que se hace de la misma está determinado, más allá de los hechos que efectivamente sucedieron, por la interpretación que se hace de los mismos, por la importancia que se asigna a unos y a otros.

Al igual que el historiador, el operador jurídico se encuentra ante la tarea de interpretar, en el caso de este último, según Carlos Cossio, “una conducta en interferencia intersubjetiva, realizada en libertad y conceptualizada en normas jurídicas, con el fin de que haya justicia en la convivencia”. Esta perspectiva nos propone una complejidad que

¹ Estudiante de Derecho de la UNR; miembro del Centro de Estudios “Renato Treves” de la Facultad de Derecho de la UNR.

trasciende la mera tarea de interpretar una norma dentro de su propia hermenéutica, como lo hace el positivismo. Análoga situación se presenta para un historiador al interpretar los hechos históricos, donde el desafío planteado es más complejo que una mera suma heurística.

Con una impronta desprovista de formalismos rimbombantes y apelación a fechas y efemérides, pero no por eso carente de rigor científico y académico, el presente ensayo pretende generar una amable incomodidad en el lector, donde a cada paso que vaya transitando encuentre un punto que le permita interrogarse sobre nuestro pasado jurídico en esta conmemoración del Bicentenario de la Independencia argentina.

Abstract

History constructs meaning. It shows us the paths that have not only made us who we are, but also shown us how to move forward. History is an area of disputes between a myriad of projects which try to guide the development of the country. That is why it can be said that there has always been politics in history. Then, it can be said that History is politics viewed in hindsight. The determination of a period involves going beyond the events that took place during a specific term. This selection process is related to the interpretation of those events and the importance that is attached to them.

As a historian does, a legal scholar is responsible of interpreting, as Carlos Cossio sustains, “an intersubjective behavior which takes place in an environment of freedom and is conceptualized in legal norms. This interpretation allows a fair coexistence”. Unlike positivism, this perspective proposes a complexity that transcends the mere task of interpreting a norm within its own hermeneutics. Similarly, a historian interpreting historical facts has a greater and more complex challenge than a simple heuristic account. Despite being devoid of ostentatious formalisms, dates and ephemeris, this rigorous academic and scientific essay is expected to generate a gentle discomfort in the reader. Within the frame of the commemoration of Argentina’s Independence bicentennial, this essay seeks to ignite questions in the reader about our legal past.

Palabras clave

Independencia. Poder constituyente. Historiografía.

Keywords

Independence. Constituent power. Historiography.

1. Reconstrucción historiográfica del proyecto constituyente y del proceso independentista

Apelando a una hermenéutica de las corrientes historiográficas jurídicas, se presentan dos discursos inmersos en lo político², que subyacen y son inseparables a dichas vertientes. Así, se interpreta a la construcción de la juridicidad como una acción condicionada y determinada por lo político. Atendiendo a lo predicho, considero que el discurso del mundo jurídico es condescendiente a lo político para definir el modelo económico, cultural, ético, y hasta en ciertos casos el religioso. En este sentido, Arturo Jauretche enfatiza sobre la relación que existe entre la historia y la política; expresamente señala: "...descubrir el pasado es descubrir el presente, pues pueden variar los nombres de los actores y pueden variar los poderes extraños e interesados, pero la política de un país es necesariamente la resultante de una conflicto de fuerzas, de medios y de fines. Toda política que no parta del conocimiento de ellos no puede ser una política nacional y la historia es el gran escenario donde esas fuerzas se ponen al descubierto para manejarse a favor o en contra"³. En este binomio inescindible entre historia y política, sin dudas que el Derecho juega un rol esencial para legitimar el poder resultante de la correlación de fuerzas dadas en nuestra historia y cómo nos interpela ese resultado en el presente.

² Arendt lo considera como un espacio de poder, conflicto y antagonismo. Por su parte, la política significa el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un determinado orden, organizando la coexistencia humana en el contexto de la conflictividad de lo político (MOUFFE, C., *En torno a lo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, ps. 15-16).

³ JAURETCHE, A., *Política nacional y revisionismo histórico*, Peña Lillo, Buenos Aires, 1959, ps. 56-57.

Si nos adentramos en las corrientes historiográficas argentinas, nos encontramos en primer término con el discurso heredado de la llamada historia oficial⁴. El historiador Norberto Galasso nos enseña que dicha perspectiva trasunta la construcción de un relato cimentado por la óptica de las minorías económicamente poderosas ligadas a intereses foráneos, expuesto como sucesión de fechas y batallas cuya relación, más de una vez, aparece como arbitraria o sólo generada por enfrentamientos personales.

La mencionada lectura histórica sienta sus bases en la impugnación a la herencia hispánica, despreciar lo multitudinario y desconocer lo autóctono en sus valores originarios. Consideran que el punto de partida de la nacionalidad es el 25 de mayo de 1810, negando nuestro pasado colonial. En este sentido, crearon el dogma patriótico consistente en obtener la independencia política y organizar una nación soberana, cimentada en la libertad, igualdad y fraternidad, a través de un sistema republicano y representativo. El historiador Graham-Yooll nos da solapadamente las razones para entender por qué esta perspectiva sostiene el comienzo de nuestra historia a partir de los sucesos de Mayo y los argumentos para sostener la necesidad de la independencia de España; en este sentido, expresa que “Según el designio de los hombres de Mayo, el libre comercio concedido a los ingleses, además de asegurar la salida de los productos ganaderos del país, procuraba la protección de los barcos ingleses para que ese comercio pudiera practicarse. De este modo, el inmovilizar a la marina española, se afianzaba la independencia de las Provincias del Río de la Plata, que de hecho se había implantado. Por ello, cabe recordar que el aliento político inglés a los movimientos independientes de Sudamérica iba a verse recompensado como nunca había ocurrido con las aventuras militares”⁵.

Las voces del Derecho también sentaron posición; en este sentido, el constitucionalista Arturo Sampay expresa que los hombres de Mayo fundamentaron su acción en la concepción iluminista de la historia.

⁴ GALASSO, N., *De la historia oficial al revisionismo rosista. Corrientes historiográficas en la Argentina*, Cuadernos de la Otra Historia-Centro Cultural “Enrique S. Discépolo”, Buenos Aires, 2004, p. 4.

⁵ GRAHAM-YOOLL, A., *Pequeñas guerras británicas en América Latina*, Legasa, Buenos Aires, 1985, p. 52.

La generación romántica, que realizó la ordenación jurídica del país, especialmente Alberdi, coautor decisivo de la Constitución de 1853, concibió una técnica historicista para el ideal iluminista de la Revolución de Mayo. De aquí viene el condicionamiento cultural de nuestra Constitución, con una marcada tendencia al economicismo burgués que fue típico de la fase conclusiva de la Ilustración⁶. En este orden de cosas, el iluminismo fue el orbe mental, el patrón de todas las formulaciones culturales de una clase social que en una determinada circunstancia histórica logró imponer sus títulos a un franco predominio y universalizar el *ethos* que le era propio.

Los abogados e historiadores Rodolfo Ortega Peña y Eduardo Luis Duhalde indican que la historia del Derecho se viene practicando de una manera acorde con el proyecto neocolonial, en el cual la universidad está inmersa⁷. Añaden que el paradigma pedagógico “oficial” optó y opta por encubrir la “verdad” ideológica con el manto de cientificidad, decisión ésta que conduce a la configuración de una falsa neutralidad, autonomismo y aislacionismo de los procesos de construcción de juridicidad de los modelos históricos-políticos. En este marco, toda enseñanza está basada en el dato, en el hecho aislado, sin conexiones, sin causalidades y sin relación de conceptos.

Toda esta técnica de colonización jurídica encontró soporte exclusivo en el mitrismo, en tanto concepción de mundo colonial concreto, y no solamente como versión historiográfica de los vencedores. Cuando se brindaba al estudiante un tema “histórico”, se lo hacía desde la perspectiva de una concepción elitista, antipopular, unitaria, presuntamente documentada, y con un gran desprecio a lo nacional, solamente igualado en la admiración a las instituciones y capital europeos. En orden a lo precedentemente señalado, dichos autores agregan que “Sólo a través del análisis de la temporalidad de las normas, a partir de su inserción concreta en la dialéctica social y en la relación con el im-

⁶ SAMPAY, A. E., *Filosofía del iluminismo y la Constitución argentina de 1853*, Docencia, Buenos Aires, 2001, p. 4.

⁷ ORTEGA PEÑA, R. y DUHALDE, E. L., *Historia del Derecho y liberación nacional*, en *Liberación y Derecho*, Año 1, N° 1, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional y Popular de Buenos Aires, enero-abril de 1974, p. 105.

perialismo, es posible rescatar la esencia de la historiográfica del Derecho argentino”⁸. Señalan que en este hurgamiento de la historia del Derecho argentino nos encontramos con el llamado Derecho de Dependencia, o sea, el Derecho generado por y para afirmar la dependencia enajenada del argentino, con su momento específico del Derecho Represivo, que puede ubicarse con claridad ejemplar en el siglo XIX, en la etapa rivadaviana, mitro-sarmientina y en el “Régimen”.

En el sentido señalado, la historia de la llamada “organización nacional” es precisamente la de la formulación concreta del Derecho de Dependencia. Antagónicamente, los sectores populares generaron un Derecho de Liberación enquistado en la corriente del revisionismo histórico, que se presenta, al igual que el Derecho de Dependencia, como un *continuum*, en la medida en que de la montonera al peronismo la lucha popular es igualmente continua⁹.

Podemos vislumbrar cómo el armado hegemónico en la etapa fundacional del país muestra en claro cuáles eran los proyectos políticos-jurídicos en pugna. Entre los muchos ensayos de programas políticos-jurídicos, uno de los más interesantes es el que Manuel Belgrano redactó en su camino hacia el Paraguay: *Reglamento para el Régimen Político y Administrativo y Reforma de los treinta Pueblos de las Misiones*. Dicho ensayo contemplaba la igualdad entre criollos y naturales, expropiación a los enemigos de la revolución, establecimiento de escuelas primarias, libre disposición y goce de las propiedades por los naturales de las Misiones, reparto equitativo de las tierras productivas, creaciones de fondos para destino educativo, formación de milicias populares, defensa de la ecología, reconocimiento de garantías laborales para los trabajadores y multas para los patrones que violen las obligaciones para con sus empleados, y hasta pena de muerte para los que apliquen castigos a sus trabajadores¹⁰.

Se desprende del recorrido realizado hasta el momento el debate entre los dos discursos, donde también se asienta la idea económica

⁸ Íd., p. 105.

⁹ Íd., p. 108.

¹⁰ PIGNA, F., *Los mitos de la historia argentina, la construcción de un pasado como justificación del presente: Del descubrimiento de “América” a la “dependencia”*, Norma, Buenos Aires, 2004, ps. 355-356.

de proteccionismo contra librecambio, el país contra el puerto: ésta fue la pugna que ardió en el trasfondo de las guerras civiles argentinas¹¹.

Uno de los hombres que combatió fieramente al librecambismo del imperialismo británico y dejaría su legado fue Artigas, que había concebido desde lo jurídico un sistema constitucional que unificaba en un solo mercado interno a las Provincias del Río de la Plata, dividiendo los campos a fin de aumentar la producción agropecuaria y promoviendo con franquicias aduaneras la introducción de “máquinas, instrumentos de ciencia y arte, libros e imprentas”. Con este accionar, el líder oriental había abierto tempranamente el camino para el desarrollo de un capitalismo nacional vigoroso y progresista¹².

En la figura de Artigas las Provincias encontraron un conductor y una doctrina. El artiguismo significó la tesis federal para organizar la Nación de modo que sirviera a las mejores soluciones para los problemas que aquejaban a las masas. Marcelo Gullo expresa en torno a la figura del caudillo oriental lo siguiente: “Artigas levantó soluciones proteccionistas para amparar las manufacturas y artesanías acosadas por los artículos extranjeros importados. En suma, diseñó un programa que contemplaba ampliamente los intereses populares y nacionales. Las provincias no sólo podrían desarrollar sus industrias nativas bajo la protección arancelaria, sino que recibirían el consiguiente apoyo financiero al nacionalizarse y repartirse equitativamente las rentas aduaneras. Allí estaba la verdadera simiente de una burguesía industrial y nacional, con intereses opuestos al Imperio inglés. Para que estas soluciones fueran viables, era imprescindible quebrar la hegemonía de Buenos Aires e incluir a la provincia-metrópoli como una más –igual entre iguales– en el contexto de una nación equilibrada”¹³.

En 1815, Carlos María de Alvear propone que las Provincias Unidas del Río de la Plata se constituyan en colonia formal de Gran Bretaña;

¹¹ BURGÍN, M., *Aspectos económicos del federalismo argentino*, Hachette, Buenos Aires, 1960, cit. en GALEANO, E., *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI, México, 1971, p. 58.

¹² GÓMEZ, Hernán, *El general Artigas y los hombres de Corrientes*, Imprenta del Estado, Corrientes, 1929, ps. 98-100.

¹³ GULLO, M., *La historia oculta. La lucha del pueblo argentino por su independencia del Imperio inglés*, Biblos, Buenos Aires, 2013, ps. 151-152.

José Gervasio Artigas, a fin de cumplir con el gran mandato que se le había encargado a la Asamblea del año XIII, es decir, declarar la independencia, se dirigió a las provincias no sujetas al poder angloporteño –Córdoba, Santa Fe, Corrientes, Misiones y la Banda Oriental– a fin de que enviaran a sus representantes a la actual ciudad entrerriana de Concepción del Uruguay –llamada por entonces Villa del Arroyo de la China– para que, reunidos en un gran congreso, declararan la independencia de España y de todo otro poder extranjero, tratar la organización política de los pueblos libres, el comercio con el extranjero, el papel de las comunidades indígenas en la economía de la Confederación, la política agraria y la posibilidad de extender la Confederación al resto del Virreinato¹⁴.

Fue el 29 de junio de 1815 cuando el Congreso del Arroyo de la China procedió a declarar la independencia de España y de toda potencia extranjera y a adoptar como identificación la Bandera azul y blanca con una franja roja cruzada. Gullo señala: “Ésta fue la primera Declaración de Independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata, pero tan importante acontecimiento fue ocultado por la historia oficial escrita por Mitre y borrado de la memoria de los argentinos”¹⁵.

Un año después de nuestra primera Declaración de Independencia, sepultada hoy en el olvido, el poder angloporteño convocó a un congreso en San Miguel de Tucumán para declarar la independencia de España y la instauración de una monarquía constitucional, a cuya cabeza estaría un príncipe europeo, preferentemente inglés o francés. El 9 de julio de 1816, el Congreso reunido en Tucumán declara aviesamente la independencia sólo de España, dejando entreabierto la posibilidad de demandar la incorporación formal de las Provincias Unidas del Río de la Plata al Imperio británico, como lo había solicitado Alvear, pero cuando San Martín supo del plan angloporteño amenazó a los congresistas y obligó al Congreso a rectificar la Declaración de Independencia “y de toda dominación extranjera”. El secreto de dicha Declaración era que por detrás se estaba planificando el sometimiento y la entrega de las Provincias Unidas al Imperio del Brasil o la monarquía francesa. Este hecho se puede confirmar cuando el 4 de septiembre de 1816, el

¹⁴ Íd., p. 157.

¹⁵ Íd., p. 157.

Congreso de Tucumán aprobó en cláusula reservada, la designación de comisionados para que trataran de “persuadir” al gabinete de Brasil de que se declarase “protector de la libertad e independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata”, lo que de haberse producido habría convertido a las Provincias Unidas en un virtual protectorado del Imperio lusobrasileño. Por su parte, el 16 de junio de 1818, el director supremo Pueyrredón se puso al frente del proyecto tendiente a someter a las Provincias Unidas a la monarquía francesa y le escribió a Richelieu, por ese entonces hombre fuerte de Francia, una misiva solicitándole la coronación de un príncipe francés, acompañada de la conversión de las Provincias Unidas del Río de la Plata en un protectorado de la Corona de Francia¹⁶.

No sólo levantando las banderas del proteccionismo económico el artiguismo se opuso frontalmente a los intereses del poder angloporteño sino que, para Inglaterra, la idea artiguista de formar una poderosa Confederación que sucediese al Virreinato en sus fronteras históricas era un riesgo demasiado considerable, pues la estrategia británica, a partir del memorándum de lord Castlereagh de 1807, estaba dirigida a crear en la América española la mayor cantidad posible de pequeños e inofensivos Estados independientes que, aceptando el principio de división internacional del trabajo, se incorporaran a la economía mundial como simples productores de materias primas¹⁷.

En virtud de estos hechos, Jorge Abelardo Ramos analiza que las peculiaridades del puerto, su poder aduanero y rentístico, su indiferencia por las provincias y América Latina, su condición de exportador e importador convertirán a los intereses de Buenos Aires en uno de los factores motrices de la balcanización. De la voluntad porteña nace la “Nación” uruguaya, la “Nación” boliviana, la “Nación” paraguaya. Buenos Aires hostiga la convocatoria del Congreso de Panamá y el esfuerzo de San Martín por liberar el Perú, gestiona un príncipe europeo para coronar en el Plata, combate a Artigas, aliado a los portugueses, y concluye por exterminar al Paraguay en 1865 con los mismos aliados¹⁸.

¹⁶ Íd., ps. 159-160.

¹⁷ Íd., ps. 164-165.

¹⁸ RAMOS, J., *Historia de la Nación latinoamericana*, Peña Lillo, Buenos Aires, 1968, p. 146.

En contraposición al proyecto balcanizante angloporteño, el pensamiento de Artigas, que en nada se contraponía al pensamiento de San Martín, establecía la creación de un Estado que englobara los territorios de los Virreinos del Perú y del Río de la Plata. Ambas ideas eran perfectamente compatibles con el ideal bolivariano de unidad de toda la América española en un solo Estado desde México al Río de la Plata.

Mucho se ha discutido sobre los hechos, fechas y causas abstractas, pero el origen de este pensamiento artiguista-sanmartiniano-bolivariano se desprende en la ontología hispanoamericana, del hombre americano que nace por la unión de españoles y portugueses que mezclaron su sangre con los indígenas de la vieja América y con los esclavos oriundos de África. Por medio de tal fusión nació una etnia cultural y política, una sociedad criolla, de inmigración cristiana y de paganismo cristianizado, algo muy peculiar que no resultó ser en definitiva ni la América original ni la Europa colonizada, sino una creación histórica nueva, lanzada hacia el azaroso destino de procurarse una nueva identidad nacional¹⁹.

La historiografía oficial tiene sin dudas sus sucursales económicas-financieras, culturales y jurídicas. Se puede afirmar, en consecuencia, que existe una historiografía jurídica oficial. ¿Dónde se puede encontrar? En la infinidad de libros de textos de historia constitucional argentina que tabulan fechas, galimatías legislativos que nunca vieron la luz del sol y justificaciones de hechos sorprendentes. Saliendo de esta breve digresión, encontré un ensayo de notable pluma, plagada de sinécdoques y adhesión a la perspectiva oficial; en el mencionado texto se señala que "...la demanda de independencia y al propio tiempo la sanción de una ley fundamental, no encontraba dudas ni objeciones: la independencia era decisión irrevocable en los pueblos, gobernantes y gobernados, y la implantación de un sistema constitucional se reputaba indispensable"²⁰. Agrega el autor, el doctor De Vedia, que "...los historiadores británicos pueden sentirse inclinados a realizar el estudio

¹⁹ RAMOS, J., *La Nación inconclusa. De las repúblicas insulares a la Patria Grande*, La Plaza, Montevideo, 1994, p. 87.

²⁰ DE VEDIA, A., *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, Eudeba, Buenos Aires, 1967, p. 30.

de la historia latinoamericana con mayor profundidad y simpatía, alcanzando así la comprensión más amplia de la importante influencia ejercida por su propio país en una época tan vital e interesante en la historia de las libertades humanas”²¹.

2. Poder constituyente en la tradición del discurso político argentino

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

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

Hay consenso en los tratados de Derecho Constitucional de cabecera en señalar que el poder constituyente es la facultad que tiene el pueblo de constituir la sociedad civil (o Estado) dándose para ello una organización política y jurídica. Desde una posición dogmática, Linares Quintana señala que ese poder constituyente, singular y extraordinario, esa facultad soberana del pueblo en darse su ordenamiento jurídico político fundamental, es ejercido por una comunidad carente de Constitución para dictarse la primera²². Estamos aquí frente al ejercicio del poder constituyente originario. En el mismo sentido, cuando la comunidad ya tiene una Constitución, la facultad que le permite su reforma, modificación o revisión, ya sea en forma total o parcial, cuando lo crea necesario, es el ejercicio de su poder constituyente derivado.

Desde la perspectiva del acto constituyente, el soberano es aquel

²¹ Íd., p. 69.

²² LINARES QUINTANA, S., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y Comparado. Parte general*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 43.

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

El concepto de soberanía como acto creativo y fundador del sujeto constituyente se aleja de la noción tradicional del término. Primero, porque mientras en la formulación tradicional el énfasis se hace en el momento de coerción, que a menudo ocurre dentro de un orden establecido (represivo), en esta versión alternativa, el hincapié se hace en el momento de la creación original de un nuevo orden (productivo). En este caso, la modalidad de soberanía está expresada en sus poderes instituyentes para establecer nuevos sistemas de leyes fundamentales, instaurar nuevos órdenes políticos y dar vida a nuevas constituciones. El sujeto constituyente no es una fuerza represiva, sino una agencia productiva. En segundo lugar, el soberano ya no es un gobernante absoluto sino un legislador fundador: la misión del soberano no es ejercer el poder, sino diseñar las normas legales y las reglas de procedimiento superiores que regularán el ejercicio del poder. Finalmente, en lugar de destacar el poder discrecional de un mandato superior que emana desde arriba, la noción de soberano constituyente redirige nuestra atención hacia las fuentes subyacentes de la realidad instituida localizada abajo²³.

En este sentido, Carl Schmitt enseña que sólo conoce como Constitución legítima a la que descansa en el poder constituyente del pueblo. El razonamiento del pensador alemán apunta al origen colectivo de las leyes constitucionales. En un régimen democrático, la legitimidad de las normas y las instituciones fundamentales depende de cuán incluyente sea la participación de los ciudadanos durante el momento

²³ BEAUD, O., *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994, p. 208.

extraordinario y excepcional de la creación constitucional. En este sentido, Ferreyra expresa: "...la Constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo. Ergo, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral"²⁴, y agrega que es el pueblo el sujeto que tiene el derecho a cambiarla o modificarla cuando en libre decisión política fundamental considere oportuno y necesario disponerlo.

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

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

Esta teoría de legitimidad democrática está de acuerdo con una definición de democracia como el régimen en el cual el pueblo es el sujeto del poder constituyente y se da a sí mismo su propia Constitución. Son los principios inmanentes del término "constituir" los que prescriben que la fundación de un nuevo orden constitucional debe involucrar a quienes deberán obedecerlo. De la misma manera, el contenido normativo del soberano constituyente es de participación. Este poder constituyente exige que los que son sujetos de un orden constitucional lo constituyan. Le otorga validez al documento constitucional, con la condición de que participen todos sus posibles destinatarios.

²⁴ FERREYRA, R., *Discurso sobre reforma constitucional*, en *Revista de Derecho Público*, N° 3, Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 161.

Si una persona o grupo se apropiara del poder para constituir un orden legal con la exclusión de aquellos a quienes estará destinado, el documento constitucional resultante será considerado como inválido y no autorizado, el resultado de un acto arbitrario de usurpación que viola la prescripción normativa del acto constituyente²⁵.

En orden a lo señalado, Lasalle expresa que las constituciones reflejan el estado de las relaciones de fuerzas políticas, económicas y sociales en un momento dado. En este sentido, afirmaba el germano que “los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada son la fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no pueda ser, en sustancia, más que tal y como son”²⁶. Así, Lasalle agrega: “donde la Constitución escrita no corresponde con la real, estalla ineludiblemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que, a la corta o a la larga, la Constitución escrita tiene fatalmente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país”²⁷.

Arturo Sampay, en su sobresaliente obra *Introducción a la teoría del Estado*, proporciona una definición de “Constitución” de lo más precisa. Señala el jurista entrerriano: “...la Constitución fija los medios preferidos por un Estado concreto para alcanzar su fin, siempre concatenados a los fines provenientes de su vocación, nacida de la raíz histórica de donde brotó; adapta esta organización a los factores extrínsecos procedentes de las características propias de la población y del territorio; preceptúa la manera de distribuir el poder del Estado y el procedimiento instrumental para la determinación de los sujetos de este poder, con lo que caracteriza la individualidad del Estado concreto, informa su realización actual; o sea, le imprime una existencia cualificada”²⁸.

La Constitución real vigente, en las distintas etapas de nuestro devenir histórico, tuvo respuesta escrita en normas de materia constitu-

²⁵ SCHMITT, C., *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009, p. 178.

²⁶ LASALLE, F., *¿Qué es la Constitución?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1978, p. 81.

²⁷ *Íd.*, p. 81.

²⁸ SAMPAY, A. E., *Introducción a la teoría del Estado*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, p. 373.

cional que fueron sancionadas –ya fuere estatuto, reglamentos o constituciones–, acorde a las intenciones e intereses de quienes contaban con la primacía política en las distintas etapas de la vida nacional y dado el sostén que le otorgaban los factores internos y externos predominantes.

La Declaración de Independencia y la posterior sanción de la Constitución argentina en 1853/60 cerraban el proceso formal de consolidación de Estado semicolonial, donde la colonización pedagógica o subordinación cultural resultaría esencial. Esta categoría sería acogida por Jorge Abelardo Ramos en su obra *Crisis y resurrección de la literatura argentina*, del año 1954, donde señalaba expresamente: “En las naciones coloniales, despojadas del poder político director y sometidas a las fuerzas de ocupación extranjeras, los problemas de la penetración cultural pueden revestir menos importancia para el imperialismo, puesto que sus privilegios económicos están asegurados por la persuasión de su artillería. La formación de una conciencia nacional en ese tipo de países no encuentra obstáculos, sino que, por el contrario, es estimulada por la simple presencia de la potencia extranjera en el suelo natal [...] En la medida que la colonización pedagógica –según la feliz expresión de Spranger, un imperialista alemán– no se ha realizado, sólo predomina en la colonia el interés económico fundado en la garantía de las armas. Pero en las semicolonias, que gozan de un estatus político independiente decorado por la ficción jurídica, aquella ‘colonización pedagógica’ se revela esencial, pues no dispone de otra fuerza para asegurar la perpetuación del dominio imperialista, y ya es sabido que las ideas, en cierto grado de su evolución, se truecan en fuerza material”²⁹.

Luego de Artigas, hasta la batalla de Caseros, sería Rosas quien tomaría el legado contrahegemónico y proteccionista con la Ley de Aduanas, que a diez años de su aprobación los buques de guerra de Inglaterra y Francia rompieron a cañonazos las cadenas extendidas a través del Paraná, para abrir la navegación de los ríos interiores argentinos que el restaurador de las leyes mantenía cerrados. A la invasión

²⁹ JAURETCHE, A., *Los profetas del odio y la yapa: la colonización pedagógica*, 3ª ed., Peña Lillo, Buenos Aires, 1968, ps. 144-145.

sucedió el bloqueo. Diez memoriales de los centros industriales de Inglaterra, suscritos por mil quinientos banqueros, comerciantes e industriales, habían urgido al gobierno inglés a tomar medidas contra las restricciones impuestas al comercio en el Plata.

El bloqueo puso de manifiesto, pese a los progresos alumbrados por la Ley de Aduanas, las limitaciones de la industria nacional. En realidad, desde 1841 el proteccionismo venía languideciendo, en lugar de acentuarse.

En sintonía con lo precedentemente glosado, Arturo Sampay señala que el Pacto de la Confederación de 1831 en concurrencia con la Ley de Aduanas de 1835 logró un equilibrio entre los intereses de las oligarquías lugareñas y el interés mayor de los terratenientes y saladeristas de la Provincia de Buenos Aires. El caudillo de Buenos Aires consiguió así, después de años de guerras y negociaciones, que todas las provincias adhirieran, con lo cual se convirtió en la Constitución argentina hasta 1853³⁰. El constitucionalista González Arzac manifiesta en orden a lo predicho que del pensamiento federal de Rosas se interpreta que lo buscado era la Confederación como el sistema de gobierno apropiado en esa coyuntura, ya que conllevaba a garantizar la unidad y asegurar el gobierno de las provincias y su representación exterior, superando la anarquía y la disgregación. Y esa Confederación se debía instrumentar mediante un pacto donde los estados contratantes acordaban normas de convivencia pacífica, unidad militar, personalidad exterior común, pero se reservaban su propia independencia para revisar las condiciones pactadas y denunciar el acuerdo si fuera necesario. Rosas consideraba necesario que el paso desde el Pacto de Confederación hacia la Constitución federal estuviera garantizado por condiciones de estabilidad. Cuando en 1853 las provincias interiores de la Argentina se dieron una Constitución sin haber logrado aquellos requisitos, a entender del mencionado pensador, promovieron la división con la Provincia de Buenos Aires.

La Argentina, hasta el día de hoy, sigue padeciendo el vicio de la institucionalidad patriótica que sostiene la corriente Mayo-Caseros. La

³⁰ SAMPAY, A. E., *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1975, p. 33.

norma fundamental de 1853 vino a transformar el poder en Derecho; el motivo de su sanción fue crear una ficción jurídica y una causa que legitime el accionar de los vencedores de Caseros³¹.

Conclusiones

En nuestro país, desde hace mucho tiempo, el contenido global de la Constitución no cuenta con la voz del pueblo pues al tema se lo tiene como una cuestión inoportuna y fastidiosa, y además se creó la falsa imagen de que ocuparse del mismo es un esfuerzo inútil y que hay que dejarlo para otros tiempos y otras personas. Esta falacia parte de considerar a la Constitución sólo como un instrumento jurídico y no entenderla como un elevado documento político que institucionaliza un proyecto de nación.

La axiología constitucional indica el grado de injusticia que contiene la Constitución existente y se entronca con la visión precisa de lograr los medios adecuados para fundar una Constitución real mejor, y en consecuencia remover los intereses adquiridos al amparo de la Constitución escrita vigente que lo impiden.

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

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

³¹ GONZÁLEZ ARZAC, A., *Rosas y el constitucionalismo*, en *Pensamiento Nacional*, consultado en http://www.pensamientonacional.com.ar/contenedor.php?idpg=/gonzalezarzac/0004_rosas.html, en fecha 10-5-2014.

Bibliografía

- BEAUD, O., *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994.
- DE VEDIA, A., *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, Eudeba, Buenos Aires, 1967.
- FERREYRA, R., *Discurso sobre reforma constitucional*, en *Revista de Derecho Público*, N° 3, Infojus, Buenos Aires, 2012.
- GALASSO, N., *De la historia oficial al revisionismo rosista. Corrientes historiográficas en la Argentina*, Cuadernos de la Otra Historia-Centro Cultural "Enrique S. Discépolo", Buenos Aires, 2004.
- GALEANO, E., *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI, México, 1971.
- GÓMEZ, Hernán, *El general Artigas y los hombres de Corrientes*, Imprenta del Estado, Corrientes, 1929.
- GONZÁLEZ ARZAC, A., *Rosas y el constitucionalismo*, en *Pensamiento Nacional*, consultado en http://www.pensamientonacional.com.ar/contenedor.php?idpg=/gonzalezarzac/0004_rosas.html, en fecha 10-5-2014.
- GRAHAM-YOOLL, A., *Pequeñas guerras británicas en América Latina*, Legasa, Buenos Aires, 1985.
- GULLO, M., *La historia oculta. La lucha del pueblo argentino por su independencia del Imperio inglés*, Biblos, Buenos Aires, 2013.
- JAURETCHE, A., *Los profetas del odio y la yapa: la colonización pedagógica*, 3ª ed., Peña Lillo, Buenos Aires, 1968.
- *Política nacional y revisionismo histórico*, Peña Lillo, Buenos Aires, 1959.
- LASALLE, F., *¿Qué es la Constitución?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1978.
- LINARES QUINTANA, S., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y Comparado. Parte general*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987.
- MOUFFE, C., *En torno a lo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- ORTEGA PEÑA, R. y DUHALDE, E. L., *Historia del Derecho y liberación nacional*, en AA. VV., *Liberación y Derecho*, Año 1, N° 1, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional y Popular de Buenos Aires, enero-abril de 1974.
- PIGNA, F., *Los mitos de la historia argentina, la construcción de un pasado como justificación del presente: Del descubrimiento de "América" a la "independencia"*, 1ª ed., Norma, Buenos Aires, 2004.

- RAMOS, J., *Historia de la Nación latinoamericana*, Peña Lillo, Buenos Aires, 1968.
- *La Nación inconclusa. De las repúblicas insulares a la Patria Grande*, La Plaza, Montevideo, 1994.
- SAMPAY, A. E., *Filosofía del iluminismo y la Constitución argentina de 1853*, Docencia, Buenos Aires, 2001.
- *Introducción a la teoría del Estado*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.
- *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1975, t. I.
- SCHMITT, C., *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009.

LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA LEY TRIBUTARIA Y LAS SOCIEDADES CIVILES PROFESIONALES DESAPARECIDAS

por FERNANDA MABEL FERNÁNDEZ¹

SUMARIO: El problema de integración de la ley tributaria se renueva. 1. Introducción. 2. El ISIB, las sociedades civiles y la actividad profesional organizada en forma de empresa. 3. Las distintas formas de asociación de los profesionales. 4. La nueva LGS y el CCCN: posibilidades de encuadramiento. 4.1. Las sociedades de la Sección IV y figuras desaparecidas. 4.2. La otra posibilidad: ser una figura contractual. 5. La interpretación de la ley fiscal y su integración con el Derecho Civil. 5.1. Las relaciones entre el Derecho Tributario y el Derecho Privado. 5.2. La aplicación supletoria del Derecho Privado en la integración de las leyes fiscales. 6. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

La ley 26.994 que modificó el Código Civil (en adelante CC) dispuso el traslado de algunas normas contenidas en la Ley de Sociedades. La modificación amplió, por su parte, las figuras contractuales, contemplando los contratos asociativos, en cuanto nos interesa, y dejó en la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS) lo que alguna doctrina llama sociedades simples o “sociedades residuales”², regulado a partir del artículo 21 de dicho orde-

¹ Estudiante 5º año de Abogacía.

² Ver VÍTOLO, D. R., *Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial*, Legis, Buenos Aires, 2012, ps. 325/333; *Las reformas a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, ps. 139/142; *Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades. Análisis comparativo con la ley 19.550*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, ps. 114/118.

namiento legal. Además, derogó las sociedades civiles del CC generándose así un vacío legal respecto de las actualmente existentes.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) contempla la posibilidad de colaboración asociativa, en forma parcial, no existiendo disolución de la individualidad ni creación de una persona jurídica, dejando en la ley 19.550 (LGS) la colaboración asociativa con finalidad e intereses comunes que actúan en un plano de coordinación y colaboración total.

En cuanto hace al ámbito tributario, nos hemos preguntado en este punto por el impuesto sobre los ingresos brutos (en adelante ISIB) y la interpretación (integración) que merecen sus normas cuando estamos en presencia de sociedades civiles profesionales (en adelante SCP). La desaparición de la figura de la sociedad civil del nuevo CCCN conllevaría, si tomamos la literalidad de la ley fiscal provincial, la automaticidad de ser sujetos del impuesto para quienes no hubieran exteriorizado en forma específica una figura asociativa, ya que quedarían receptadas dentro de las llamadas “sociedades residuales” de la LGS. ¿Rigen las normas del Derecho común para la interpretación (integración)?, ¿pueden seguir eximidas de tributar, como venía siendo hasta ahora?

Abstract

Law 26.994 amending the Civil Code ordered the transfer of some provisions contained in the Companies Act. The amendment expanded, meanwhile, contractual figures, considering the association contracts, as we are interested in, leaving in Section IV of Chapter I of Corporations Act, which some doctrine called simple or “residual societies”, regulated from Article 21 of the legal system and repealed civil societies from the Civil Code thus creating a legal vacuum currently existing regard.

The new Civil Code contemplates the possibility of partnership collaboration in partial terms, with no dissolution of individuality or creation of a legal person, leaving in Law 19.550 (LGS) associative collaboration with purpose and common interests that act on a level of coordination and total collaboration.

As does the tax field, we have wondered at this point by the Tax on Gross Income and the interpretation (integration) that deserve their standards when we are in the presence of professional civil societies. The disappearance of the figure of the civil society in the new Civil Code lead, if we take the literalness of the provincial tax law, automaticity in being subject to the tax for those which had not externalized specifically an associative figure, and the fact that they should be receipted within called “residual societies” of the General Corporation Law. ¿Do the common law rules applies?, ¿can civil societies continue to be exempt from taxation as it has been so far?

Palabras clave

Sociedades civiles. Ley tributaria. Interpretación.

Keywords

Civil society. Tax law. Interpretation.

El problema de integración de la ley tributaria se renueva

1. Introducción

La ley 26.994 que modificó el CC dispuso el traslado de algunas normas contenidas en la Ley de Sociedades –en lo que hace a la Sección IX del Capítulo II referida a sociedades accidentales o en participación, y al Capítulo III referido a contratos de colaboración empresarial– al Capítulo 16 del Libro Tercero, Título IV, del nuevo CCCN, incorporando además al mismo las disposiciones de la Ley de Consorcios de Cooperación 26.005. La modificación amplió, por su parte, las figuras contractuales, contemplando los contratos asociativos, en cuanto nos interesa, y dejó en la Sección IV del Capítulo I de la LGS lo que alguna doctrina llama simples o “sociedades residuales”³, re-

³ Ver VÍTOLO, *Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial* cit., ps. 325/333; *Las reformas a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* cit., ps. 139/142; *Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades. Análisis comparativo con la ley 19.550* cit., ps. 114/118.

gulado a partir del artículo 21 de dicho ordenamiento legal. También suprimió del nuevo CCCN a las sociedades civiles, generando un vacío legal respecto de las existentes.

El nuevo CCCN fundamentó la regulación de los contratos asociativos así: “La regulación de los contratos asociativos es absolutamente necesaria. En los usos y prácticas es muy habitual que se celebren vínculos de colaboración asociativa que no constituyen sociedad. Su tutela jurídica es más evidente aún cuando se piensa en fortalecer la colaboración para alcanzar economías de escala entre pequeñas y medianas empresas, o para hacer compras o ventas en común, o desarrollos de investigación, o abordar grandes obras sin necesidad de asociarse...”

La posibilidad de colaboración asociativa, en términos parciales y no totales no existiendo disolución de la individualidad ni creación de una persona jurídica, constituye una novedad, ya que las modificaciones dejaron en la ley 19.550 (LGS) la colaboración asociativa con finalidad e intereses comunes que actúan en un plano de coordinación y colaboración total.

Si nos situamos en el ámbito tributario, podemos preguntarnos cómo influye este punto en el ISIB y en la interpretación (integración) que merecen sus normas cuando estamos en presencia de SCP. La desaparición de la figura de la sociedad civil del nuevo CCCN conllevaría, si tomamos la literalidad de la ley fiscal provincial, la automaticidad de ser sujetos del impuesto para quienes no hubieran exteriorizado en forma específica una figura asociativa, ya que quedarían receptadas dentro de la Sección IV de la LGS, cuestión que no ocurría hasta antes de la modificación. ¿Pueden seguir tributariamente en iguales condiciones?

2. El ISIB, las sociedades civiles y la actividad profesional organizada en forma de empresa

La ley 3456 grava el ejercicio habitual de actividad onerosa en el ámbito de la Provincia de Santa Fe. En lo que hace al ejercicio de la actividad profesional, el Código Fiscal (en adelante CF) exime del pago de este tributo a los profesionales que ejercen su actividad en forma independiente (art. 213, inc. j). Pero existen una serie de pre-

sunciones legales que indican que, ante determinados hitos establecidos en la ley, esta actividad se considera desarrollada en forma de “empresa” y pasa a tributar el ISIB.

Así, a fines de determinar la habitualidad, el artículo 175, 4º párrafo, dice: “Los ingresos brutos obtenidos por sociedades comerciales o cualquier tipo de organización empresaria contemplada en la Ley N° 19.550 y sus modificaciones, sociedades civiles, cooperativas, fundaciones, sociedades de economía mixta, entes empresarios estatales (nacionales, provinciales, municipales o comunales), asociaciones y empresas o explotaciones unipersonales o pertenecientes a sucesiones indivisas, *se considerarán alcanzados por el impuesto independientemente de la frecuencia o periodicidad y naturaleza de la actividad*, rubro, acto, hecho u operación que los genere”.

A su vez, el inciso b, del artículo 176 del CF *presume el ejercicio de profesión liberal organizada en forma de empresa cuando la forma jurídica adoptada se encuentre regida por la ley 19.550 y sus modificaciones* (LGS).

Cabe decir que la no existencia de “empresa”, en el ejercicio de este tipo de actividad, cuando no existiera una figura exteriorizada de las mencionadas en el 4º párrafo del artículo 175, eximía a estas agrupaciones de profesionales del impuesto, incluyendo a las ex sociedades de hecho que cumplieran también con las premisas de no ser “empresa”.

Para graficar la situación de los profesionales cabe citar la opinión de la Administración Provincial de Impuestos (en adelante API) en la Mesa de Enlace del CPCE (Colegio Profesional de Ciencias Económicas) de la Provincia de Santa Fe, Cámaras I y II, donde a través de sus funcionarios expresó que “si los profesionales se asocian para soportar gastos, no se consideran gravados los ingresos si se facturan en forma individual. Sí lo estarían si la facturación es en forma conjunta”.

Por su parte, la CSJ de la Provincia también tuvo su oportunidad de expedirse sobre el ejercicio de profesión liberal organizada en forma de empresa en la causa “Righi, L. A. c/M. C. R. s/Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción”⁴. Resulta importante indicar que

⁴ CSJ de Santa Fe, 29-12-2004, “Righi, Luis Alberto c/Municipalidad de Rosario s/Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción”, A. y S. 204-462.

en la causa se analizó la situación del sujeto frente al Derecho de Registro e Inspección (DREI)⁵, por aplicación supletoria del CF de la Provincia al Código Tributario Municipal. El actor formaba parte de una sociedad de hecho con otro profesional cuya actividad era “estudio contable-impositivo” y era representante de Spilzinger y Asociados (estudio impositivo-contable de Bs. As.) y de Grant Thornton International (consultora inglesa).

La Corte Suprema de la Provincia centró su análisis en el ex artículo 124 del ordenamiento provincial en relación con el ejercicio de profesión liberal organizada en forma de empresa señalando que: 1) Del análisis de la prueba producida en la causa surge que se ejerce la profesión de manera individual; 2) la habilitación del estudio contable fue solicitada por el actor a título personal; 3) del informe del CPCE de la Provincia de Santa Fe (Cámara II) surge que el actor está matriculado como contador público con ese domicilio, en el que no hay constancia de que ejerzan actividad otros contadores; 4) no está inscripto ni en el Registro de Sociedades Profesionales como socio o asociado a otros profesionales y que no existe norma que prohíba al mismo ser representante de empresas o consultora internacional, no siendo necesario que se encuentre organizado en forma de empresa para hacerlo; 5) la Dirección de Fiscalización Tributaria, al contestar el oficio de la Corte, afirma que no existe constancia de empleados que trabajen en el lugar, concurso de otros profesionales que actuaran a retribución fija a cargo del actor, retribución a terceros por parte del actor con relación a honorarios profesionales facturados por él, organización jurídica de la ley 19.550, que el actor desarrolle otra actividad comercial o industrial complementaria, ni aportes de capital por parte del actor que superen lo que razonablemente puede para el ejercicio liberal de la profesión; 6) está inscripto en la DGI como persona física, no se encuentra inscripto como agente de retención y/o percepción, ni en ART alguna, y las facturas que exhibe son de tipo “A”. Así, no cabe sino entender que el ejercicio de su profesión se desarrolló de manera individual.

Por tanto, concluye la Corte provincial: “Las constancias y prueba

⁵ Tasa municipal al comercio e industria.

recabada revelan que el ejercicio profesional (del susodicho) no encuadra en los supuestos que el artículo 124 del CF de la Provincia establece como presupuestos de «organización empresarial».

Sin embargo, no obstan a la conclusión arribada las siguientes cuestiones: a) Que el estudio contable en el que el actor desarrolla su actividad como profesional funcione bajo la denominación “Cifem” (Consultores Impositivos, Financieros, Económicos y de Mercado), y que está integrado por él y otros 6 contadores, no significa en modo alguno que conforme una “empresa”. Lo dicho encuentra sustento en el mismo artículo 124 (en sus dos últimos párrafos), del que surge que dichos profesionales no pueden considerarse organizados en forma de empresa cuando, como en el caso, de la prueba analizada no surge que las tareas por ellos efectuadas excedan las consideradas como ejercicio individual de la profesión. Por otra parte, respecto de los profesionales que desarrollan su actividad en el mismo domicilio (6 contadores ocupando 6 oficinas), hay recibos firmados en forma individual, concluyendo que, al igual que ellos, Righi desarrolla su profesión de la misma manera que aquéllos compartiendo el espacio físico, y b) no altera esta conclusión lo expresado respecto de que el actor es componente de la sociedad de hecho con otro profesional, teniendo como actividad principal el “estudio contable-impositivo”. Sobre el particular manifiesta el artículo 176 del CF que “...se presumirá el ejercicio de la profesión liberal organizada en forma de empresa cuando se configure alguna de las siguientes situaciones: a) Cuando para el ejercicio de la actividad se recurra al concurso de otros profesionales que actúan en relación de dependencia, o a retribución fija, o que su remuneración no se encuentre directamente relacionada con los honorarios que se facturen al destinatario final de los servicios prestados...” Con ello se entiende que no puede presumirse que sea organizada si los honorarios facturados por cada profesional son una remuneración directamente relacionada con los honorarios facturados al destinatario final (aunque afirma que este extremo no puede ser determinado).

Igual suerte corre el argumento respecto de la relación de representación del actor de los estudios extranjeros, invocado por el ente municipal como fundamento de que Righi ejerce su profesión como

empresa, por cuanto no se encuentra acreditado de qué manera este hecho se vinculará con alguno de los supuestos del artículo 124 del CF de la Provincia.

3. Las distintas formas de asociación de los profesionales

Cuando hablamos entonces de profesionales que se asocian, entendemos, y no sólo a nivel tributario, que deben primar los valores que el conjunto social considera propios y naturales de la clase de profesiones que ejerzan. Esta perspectiva no parece cambiar con la unificación legislativa de ambas ramas del Derecho Privado.

Las profesiones liberales, más allá de expresarse como un servicio, se expresan también –por distintos valores ontológicos– como instituciones básicas de la sociedad. No por nada encontramos regulaciones muy puntuales tanto en la práctica de una profesión liberal como también en su estudio, siendo la eventual delimitación de las incumbencias profesionales cuestiones que van mucho más allá de la libertad de ejercicio de actividad lícita, de la libre competencia, del libre acceso al mercado, que resultan conceptos muy “caros” al mundo de la economía y de los negocios.

Parece de toda lógica que el eje del debate entonces se traslade a la descripción de la realidad antes que centrarse en el concepto de “sociedad” o de figura jurídica adoptada.

Ahora bien, el hecho de que los profesionales actúen en conjunto no supone en modo alguno la asunción de una forma societaria entre ellos sino que admite diversas variantes.

Para clarificar el punto tomamos una clasificación meramente teórica⁶ con categorías que difícilmente se encuentren “puras” en la realidad, pero que consideramos útiles teniendo en cuenta el carácter interno o externo de la agrupación. Así, la agrupación de profesionales puede ser: 1. Uniones o sociedades “internas”: se trata de una situación donde varios profesionales que, si bien actúan agrupadamente en un mismo lugar y compartiendo equipos o secretarías, ejercen individual-

⁶ FAVIER DUBOIS (h), E., *Las sociedades de profesionales y su organización como sociedades de medios con actuación externa*, en *Doctrina Societaria*, t. XXIV, N° 290, Errepar, Buenos Aires, enero de 2012, p. 7.

mente la profesión frente a los clientes o pacientes, prestando sus servicios a título individual y facturando y percibiendo sus propios honorarios de sus clientes o pacientes. En este esquema interno son posibles a su vez dos variantes: 1.1. El sistema de “pool de gastos”, caso en el cual cada profesional abona una cuota o expensa mensual imputable a sufragar los gastos comunes de infraestructura. En este caso no existe “sociedad” entre los profesionales, en los términos del ex artículo 1648 del CC y del artículo 1º de la ley 19.550, en tanto no hay “utilidad” que los socios “dividirán entre sí” ni “participación en los beneficios”, ya que, descontados los gastos en la proporción acordada, las “ganancias” o “pérdidas” de cada uno dependerán de su propio desempeño e ingresos individuales. 1.2. La “sociedad interna de ganancias”: en este supuesto, todos los ingresos individuales de los profesionales son aportados a un fondo común del que se descuentan los gastos de funcionamiento, generando un resultado, positivo o negativo, proporcional para todos en la medida de su porcentaje de participación en la sociedad, o sea que hay una sociedad pero ella no contrata ni trasciende a terceros. 2. Uniones o sociedades “externas”: en estos casos, frente al cliente o paciente aparece una estructura conjunta con un nombre especial, que puede incluir a algunos o a todos los profesionales actuantes. Esta modalidad también admite dos variantes diversas: 2.1. “Sociedades de medios”: tienen por objeto compartir estructuras y distribuir los costos. En estos casos, hay una bipartición de contrataciones. Las relaciones con los clientes las sigue manejando cada profesional, que presta el servicio, contrata y factura a título propio, pero las relaciones “externas” vinculadas a la infraestructura en común, tales como el contrato de alquiler, servicios de telefonía e Internet, secretarías, cadetes, etcétera, las contrata una sociedad civil o comercial de la cual los profesionales prestadores son socios. Como se ve, no se trata de una verdadera sociedad ya que la finalidad es el pago de las cuotas periódicas de los gastos pero no la generación de utilidades, por lo que se ubicaría más cerca de una ACE del ex artículo 367 de la LS, aun cuando los profesionales no necesariamente serían empresarios. 2.2. “Sociedades externas para el ejercicio profesional”: en este caso, todas las relaciones frente a clientes, a la infraestructura y a terceros en general las contrata la sociedad por

su cuenta y bajo su nombre o razón social, siendo la sociedad quien factura, presta los servicios y los cobra. Los profesionales son los socios que realizan los aportes de industria o capital y la administran, repartiéndose los resultados. Si bien los concretos servicios a clientes y pacientes se hacen por cuenta y orden de la sociedad, los efectos de la personalidad jurídica se detienen allí y los socios profesionales mantienen su lazo personal con los clientes y su reserva de discrecionalidad técnica, los actos de la vida profesional se cumplen de manera independiente y subsiste la responsabilidad penal y disciplinaria individual de los socios. 3. Finalmente, estos casos deben ser diferenciados de las “sociedades de intermediación para la prestación de servicios profesionales” que funcionan sólo como intermediarias entre los profesionales y los clientes o pacientes, coordinando las prestaciones a brindar por los primeros a los segundos, sin prestar la sociedad los servicios aun cuando sea ella quien contrata con los clientes.

Nuestra legislación no regula a las sociedades de profesionales aunque, como ya se ha esbozado, se podría adoptar alguno de los tipos previstos por la modificada ley 19.550 que en su artículo 1º deja abierta la posibilidad de constituir una sociedad que realice prestaciones profesionales, cuando dice: “Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y sopor-tando las pérdidas”.

En principio, y conforme las modificaciones que se han introducido tanto en el CCCN como en la LGS, las sociedades de profesionales (ya hubieran sido sociedades civiles o sociedades de hecho) deberían, conforme las pautas jurídicas actualmente en vigencia, adoptar una de las formas de la LGS, transformarse en un tipo contractual asociativo, o ACE, o no tomar ningún tipo de decisión continuando su actividad tal como vienen haciéndolo hasta ahora. Recordemos que no sólo se ha derogado la figura de la sociedad civil sino también la de la sociedad de hecho de la LGS.

Ahora bien, teniendo en cuenta estas características: ¿Es inevitable que el Fisco decida encuadrar a estas sociedades como de la Sección IV de la LGS?, ¿se puede tener otra lectura del ordenamiento fiscal con-

forme las modificaciones del CCCN?, ¿debo analizar, para las ex sociedades civiles, la noción de empresa porque se extingue la figura?

Parece ser entonces que la cuestión interpretativa (integradora) debe ser puesta en marcha a efectos de evitar una simplificación que altere, perjudique o modifique situaciones jurídicas anteriores tornándolas, en algún caso (como podría ser el caso de la sociedad de hecho), más gravosas sólo por pereza intelectual, o por una simple y pura interpretación literal.

4. La nueva LGS y el CCCN: posibilidades de encuadramiento

4.1. Las sociedades de la Sección IV y figuras desaparecidas

La LGS sufrió modificaciones a partir de la ley 26.994 cambiando totalmente su original Sección IV del Capítulo I, llamándolo ahora *De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos*. La modificación trajo a colación el cambio total de los artículos 21 al 26, eliminando la figura de la sociedad de hecho.

El nuevo artículo 21 reza: “La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección”.

Consecuentemente, podemos decir que se rigen por las disposiciones de la Sección IV: a) La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales tipificantes o la que incluya elementos incompatibles con el tipo legal (art. 17); b) la que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, vale decir: b.1) la constituida conforme uno de los tipos autorizados que no se inscriba; b.2) la sociedad de hecho sin importar su objeto (atento que carece de la formalidad instrumental conforme art. 4º), y c) las que omitan requisitos esenciales no tipificantes.

Vale decir, para ser sociedad en principio se necesita la tipificación y la obligación de realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes, participando de beneficios y soportando pérdidas, lo que involucra la noción de fin de lucro (art. 1º, LGS).

Sin embargo, si prestamos atención al artículo 21 de la LGS veremos

que la tipicidad requerida por el primer artículo deja de ser un requisito esencial para transformarse en uno secundario al cual la propia ley le asigna un efecto concreto (el de ser una sociedad de la Sección IV) siempre y cuando los aportes se hayan realizado para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes y se haya tenido en miras la noción de fin de lucro.

Ahora bien, ¿las SCP ya existentes reúnen actualmente estos requisitos?

Hay que tener en cuenta, además, el hecho de que desaparece, por supuesto, el Código de Comercio y el actual CCCN unifica las materias. Al desaparecer la sociedad civil, como ente del CC, ¿se transforma en una sociedad de la LGS?

A primera vista pareciera ser que éste es el caso, pero si tenemos en cuenta el análisis que hemos efectuado en el punto anterior respecto de las actividades profesionales y su “agrupación”, calificarlas como sujetos de la LGS parece una excesiva simplificación.

La actual Sección IV, reiteramos, recepta en forma residual a todas las “sociedades” que incumplan con requisitos tipificantes o elementos incompatibles con el tipo legal y las que incumplan con las formalidades exigidas por la ley, cualquiera sea dicha formalidad.

Admitir per se que las SCP, todas, constituyen una figura residual, insistimos, es un exceso. Más allá de la supresión de la distinción entre civil y comercial, la misma persiste. Y persiste en la finalidad, que sigue siendo la pauta a discernir en forma objetiva para la aplicación de estos institutos (contrato o sociedad de la LGS). La sociedad civil concebida bajo los parámetros del ex artículo 1648 no perseguía estrictamente un fin de lucro sino que simplemente unía a quienes la conformaban, con el “fin de obtener una utilidad apreciable en dinero”.

Obtener “una utilidad apreciable en dinero” no es sinónimo de fin de lucro. Si una persona, cualquiera, no tuviera “utilidad” sería imposible su supervivencia dado que su “utilidad” (su ingreso) la necesita para su manutención y si sobra gasta en su esparcimiento o como mejor le parezca. Las actividades civiles, de hecho, eran separadas de las comerciales justamente por esta particular finalidad. Las actividades civiles no conllevan fin de lucro sino un fin de cooperación, cuando

se realizan en conjunto con otros, o un fin de manutención o alimentario, cuando se realizan en forma individual. La actividad comercial, en cambio, supone la toma de riesgo, lo que involucra un concepto de empresa y empresario. Involucra el riesgo de ganar bastante más que con un simple “trabajo”. Involucra el hecho de ganar dinero como finalidad en sí misma.

La actividad profesional, cualquiera sea, si bien es un medio de supervivencia proporcionando dinero a quien la ejercita, involucra valores, actividad intelectual y modos de ver a la sociedad mediante su ejercicio que trascienden, en términos generales, la sola finalidad económica.

4.2. *La otra posibilidad: ser una figura contractual*

Es así que, establecida la naturaleza civil del ejercicio de una profesión liberal, cabe analizar si la figura contractual es el instrumento jurídico adecuado para enmarcar la naturaleza jurídica de las SCP. Por su parte, ya hemos mencionado que el nuevo CCCN contempla la existencia jurídica de contratos asociativos; así, dice su artículo 1442: “Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad.

”A estos contratos no se les aplican las normas sobre sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho”.

El nuevo CCCN reconoce entonces la posibilidad de existencia de contratos con fines de colaboración a los cuales *no se les aplicarán las normas sobre sociedad ni constituirán sociedades ni personas jurídicas ni sujetos de derecho*. Definamos entonces contrato.

El contrato es un acto jurídico bilateral⁷, con contenido patrimonial, que crea, modifica o extingue obligaciones. La valoración o contenido económico en todo contrato evidencia el carácter patrimonial de la relación contractual. El contrato es el eje sobre el cual se construyen los negocios patrimoniales.

⁷ El artículo 957 del nuevo CCCN lo define así: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

Desde un punto de vista sustancial o funcional, el contrato es el centro de los negocios, es el instrumento jurídico que dinamiza la circulación de la riqueza, es el instrumento práctico que posibilita las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos o no coincidentes.

Ahora bien, ¿cuál es la finalidad perseguida en la celebración contractual de una SCP? Hay que analizar su finalidad económica y social teniendo en cuenta la naturaleza propia de la actividad profesional involucrada en la celebración contractual entre profesionales. Siguiendo a Lorenzetti⁸, podemos decir que “la finalidad económico-social es el elemento que se utiliza para definir los distintos tipos especiales de contratos y calificarlos”. Emilio Betti ha indicado que los tipos de contratos tienen una función socialmente trascendente, en forma independiente de lo que los individuos quieran. En razón de ello, desarrolló lo que autores posteriores denominaron noción de causa objetiva o finalidad económica-social. Así, los negocios tienen una finalidad individual que persiguen las partes, siendo posible categorizarlos por grupos, puesto que los individuos no pueden ser tan originales en cuanto a sus intereses económicos.

Atendiendo a la función económica, nos interesarán particularmente los contratos de organización tanto con función de asociación como de colaboración porque son los que reflejarán con mayor claridad la finalidad económico-social perseguida por una SCP.

Los contratos de organización son aquellos que tienen dos o más partes, donde hay vocación de pluralidad, donde se acuerda algún tipo de colaboración para obtener una finalidad común, para lo cual adoptan alguna forma de organización, requiriendo una ejecución continuada⁹.

⁸ LORENZETTI, R. L., *Contratos. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 14, 15 y ss.

⁹ Como señala MANOVIL, R. M., *Los contratos asociativos y de colaboración empresaria en el Proyecto de Código Civil de 1998 y su incidencia sobre el Derecho Societario*, en E. D. 184-1435, 1999, en el ap. II, *Sobre contratos plurilaterales, asociativos y de colaboración*, parágr. 2, 1^{er} párrafo: “Cuando se utiliza la expresión contrato plurilateral se está haciendo referencia a la posibilidad, aunque sea eventual, de que participen de la relación jurídica más de dos partes, aunque también pueden ser solamente dos”, y en nota 16 agrega: “y hasta una sola, si se admitiera que una sociedad unipersonal sigue siendo un contrato”.

En los contratos de organización los eventuales desprendimientos patrimoniales o contribuciones, prestaciones, a favor de un fondo común, no implican necesariamente transferir la titularidad de los mismos a todos o algunos de los restantes contratantes o a un nuevo sujeto de derecho que se crea. Entre las distintas posibles alternativas se pueden crear verdaderos patrimonios de afectación, de gestión común o por uno de los partícipes, o se puede transferir la titularidad a un nuevo sujeto de derecho. También se incluyen entre estos contratos los parciarios, asociativos, consorcios, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas.

Así, una modificación interesante, desde el punto de vista conceptual, que produjo el actual CCCN es el hecho de que los “contratos asociativos” que contemplaba la original LSC (UTE, ACE) han pasado al nuevo ordenamiento civil y comercial, ampliándose incluso sus figuras a partir de los contratos de colaboración como contratos marco de tipo general.

5. La interpretación de la ley fiscal y su integración con el Derecho Civil

Establecidas las dos posibilidades que nos ofrece el nuevo ordenamiento, cabe regresar al tema tributario, debido a que la supresión de la sociedad civil conlleva un vacío legal que puede ser utilizado por el contribuyente a efectos de justificar una situación fiscal más ventajosa que la que hubiera tenido si la sociedad civil hubiera permanecido como tal.

No debemos olvidar que se pueden asumir diferentes tipos de formas contractuales buscando una misma finalidad. La conveniencia de adoptar una u otra no debiera per se tener incidencia en el campo tributario, aunque ya sabemos que la herramienta presuncional es un punto fuerte de esta última materia.

Las sociedades civiles y las sociedades de hecho (con organización empresaria, vale decir, que reunieran el presupuesto de ser empresa) que ejercieran actividades profesionales fueron sujetos del ISIB desde el momento en que están mencionadas en el texto legal presumiéndose habitualidad o reuniendo las condiciones que establece el artículo 176 del CF santafesino.

La modificación del nuevo CCCN les asigna naturaleza jurídica diferente y permite, llegado el caso, pensar si estamos ante figuras verdaderamente societarias o figuras contractuales, lo que modifica sustancialmente este tratamiento directo, que en algún momento ostentaban. Si las sociedades civiles, aun sin exteriorizar su voluntad contractual, se comportan cooperativamente, si no encontramos elementos “empresa” en las mismas, no hay por qué pensar en una figura residual societaria; y nos animamos a extender esta conclusión a las que en la práctica eran llamadas “sociedades de hecho”. La finalidad como elemento determinante de la existencia del tributo sigue siendo un elemento esencial a discernir en la realidad.

5.1. *Las relaciones entre el Derecho Tributario y el Derecho Privado*

Llegados a este punto, hay que establecer pautas que permitan efectuar una determinación frente a un contrato o a una figura residual de la LGS. Para ello, debemos recordar que la interpretación de la ley supone la existencia de una norma cuyo contenido, alcance y fin se pretende determinar con la mayor exactitud posible, para lograr una adecuada aplicación a un caso concreto. Además, la tarea interpretativa previene y facilita, al establecer y delimitar conceptos esenciales, actos futuros de aplicación de la ley. En consecuencia, el problema de la interpretación consiste en determinar qué cosa quiso el legislador, qué cosa dijo en una norma legal y delimitar aquellos casos que el legislador ha expresamente regulado en determinada disposición¹⁰.

En cambio, la integración de la ley parte de la base de la ausencia de una norma jurídica que expresamente comprende en sus términos una determinada situación y que ante la necesidad de no dejar sin solución una controversia jurídica hace necesario, en ocasiones, buscar conforme a los principios mismos de la ley uno que sirva para solucionar el conflicto.

Existe entonces una diferencia esencial entre ambas funciones: la interpretación tiende a investigar qué es lo que la ley quiso y cómo lo quiso, mientras que la integración tiene cierta semejanza con la

¹⁰ AGUILAR, J., *Interpretación de la ley tributaria*, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/14/pr/pr4.pdf>, fecha de consulta: 23-3-2015, p. 43.

actividad legislativa, ya que quien trata de integrar la ley y deducir una norma o principio aplicable para la solución de un caso no previsto expresamente está en cierta forma creando el Derecho y no solamente tratando de comprenderlo. En nuestra particular situación estamos ante una nebulosa jurídica donde la desaparición de la figura de la sociedad civil nos conduce a la necesidad tanto de interpretar como de integrar las normas en vista de que las mismas, conforme sus características, pueden ser sujetos de la Sección IV de la LGS o contratos asociativos. Si la sociedad civil en cuestión exteriorizó su acuerdo inicial como contrato asociativo, nos encontramos fuera de la órbita del ISIB, pero si el acuerdo inicial continúa bajo la forma de sociedad civil sin haberse modificado el mismo, no parece tan claro que el organismo fiscal no pueda integrar el vacío normativo sin tener en cuenta la Sección IV mencionada.

El intérprete y el legislador del Derecho Tributario no están sometidos a los principios y normas o conceptos del Derecho Privado. El acto de nacimiento del Derecho Tributario, que es el principio de legalidad, al establecer que sólo puede haber impuesto por la ley, y por ello dar vida a un Derecho que será el conjunto de leyes que gobiernan los tributos, marca al mismo tiempo el comienzo del Estado constitucional y representa la primera base del Derecho Público. La relación jurídico-tributaria es una relación *ex lege*, nace por voluntad de la ley tomando como base la existencia de determinados hechos que tienen eficacia. Es la ley la que hace nacer las consecuencias tributarias y lo hace de acuerdo con el principio y el poder fiscal inherentes a la propia esencia del Estado, como una de sus prerrogativas.

Si se acepta que las leyes tributarias no tienen carácter odioso, que establecen relaciones jurídicas, que se trata de obligaciones legales que no son restrictivas de los derechos ni de las libertades individuales mientras no violen principios constitucionales, la consecuencia es que los principios de interpretación que rigen en esta materia son los generales aplicables a cualquier otra ley que establezca obligaciones, inclusive las del Derecho Civil¹¹. No hay motivo, entonces, para que

¹¹ JARACH, D., *Curso de Derecho Tributario*, 3ª ed., CIMA, Buenos Aires, 1980, p. 210.

no se reconozca una aplicación general de los principios del Derecho Privado, aunque el legislador tributario en el uso de sus facultades puede establecer conceptos propios y particularidades del Derecho Tributario a ese efecto. La cuestión que puede plantearse es cuándo existen lagunas en esta disciplina y en qué medida puede o no aplicarse supletoriamente el Derecho Privado.

5.2. *La aplicación supletoria del Derecho Privado en la integración de las leyes fiscales*

Como todos los códigos fiscales, el CF de la Provincia de Santa Fe contiene normas que regulan cómo interpretar el ordenamiento. Así, los artículos 6° y 7° del mismo consignan respectivamente: “Para la interpretación de las disposiciones de este Código o demás Leyes Fiscales, son admisibles todos los métodos reconocidos por la ciencia jurídica. Para los casos que no puedan ser resueltos por las disposiciones pertinentes de este Código o de una Ley Fiscal Especial, se recurrirá, en el orden que se establece a continuación: a) A las disposiciones de este Código o de otra Ley Tributaria relativa a materia análoga, salvo lo dispuesto en el artículo anterior; b) A los principios del Derecho Tributario; c) A los principios generales del derecho, teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de las normas fiscales. Cuando los términos o conceptos contenidos en las disposiciones del presente Código o demás leyes fiscales *no resulten aclarados en su significación y alcance* por los métodos de interpretación indicados en el párrafo anterior, *se atenderá al significado y alcance que los mismos tengan en las normas del derecho común*”. Y luego regula el principio de la realidad económica autorizando a la prescindencia de las formas en la consideración del hecho imponible, dando primacía a la intencionalidad y advirtiendo que el principio mencionado opera tanto a favor del contribuyente como de la API. Dice el artículo: “Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes”.

Por lo tanto, nos encontramos con un orden de prelación en la aplicación de distintos tipos de normas, aceptándose primero una interpretación por analogía con otro ordenamiento tributario, una inter-

pretación que remita a los principios generales del Derecho Tributario, para finalmente comprender a los principios generales del Derecho.

Tal como puede observarse, no existe previsión respecto de qué hacer o cómo proceder frente a la necesidad de integración de normas ante un vacío legal.

Podemos decir incluso que el caso particular aquí sometido a análisis ameritaría un verdadero proceso de creación normativa ya que la literalidad del ordenamiento vigente, con la supresión de la figura de las SCP, puede llevar al Fisco provincial a interpretar (integrar) la existencia de una figura de la ley 19.550. La consecuencia directa es la existencia de una “empresa” en los términos del CF, lo que implicaría someter a las mismas a tributación.

La interpretación del Derecho Tributario como Derecho Público implica que siempre, salvo el principio de que sólo la ley puede establecer impuestos –y por lo tanto, no se puede admitir la interpretación analógica, es decir, la aplicación a casos no previstos de un impuesto fijado para casos previstos y lo mismo para las exenciones que son el aspecto inverso del problema–, la interpretación del Derecho Tributario y el complemento de las normas y conceptos, cuando aparecen lagunas en determinadas normas del Derecho positivo, debe hacerse dentro del mismo Derecho Tributario o del Derecho Público en general¹². El Código santafesino, por su parte, no contempla la integración normativa, aunque de manera analógica podríamos asimilar el concepto de interpretación con el de integración aceptando a nuestros fines la prelación normativa que propone el mismo. Este último, además, contempla el principio de la realidad económica, pero sólo aclara su aplicación al caso en que el contribuyente hubiera adoptado formas o estructuras jurídicas que “no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes”, que no es nuestro caso. Las SCP, el resto de las sociedades civiles e incluso ex sociedades de hecho fueron constituidas, en su momento, conforme la normativa del CC. Su supresión del ordenamiento actualmente vigente no trajo correlativamente la modificación de las leyes fiscales en la

¹² JARACH, ob. cit., p. 229.

parte correspondiente, por lo que no existió la posibilidad de considerarlas como contratos, en su tratamiento impositivo original. No nos cabe duda que en el presente queremos llenar un vacío que se encuentra nada menos que en la definición del hecho imponible del impuesto y sus presupuestos.

¿Debemos entonces tener en cuenta la naturaleza del agrupamiento profesional frente al que me encuentro para eximir a éstas de tributar?, ¿debería exigirles que se reorganicen o exterioricen una forma contractual o societaria? Indudablemente esta situación debe ser aclarada por el organismo fiscal, teniendo en cuenta lo que representan este tipo de sociedades como vehículos del ejercicio profesional. La razonabilidad en la integración normativa es un criterio general, no sólo constitucional sino también lógico. No se debe limitar la interpretación al criterio literal sino que se debe adoptar un criterio lógico y sistemático que no sea restrictivo sino extensivo, sin llegar a ser analógico, de modo que se busque el propósito último del legislador, a pesar de la letra de ley.

6. Conclusiones

Las modificaciones que ha establecido el nuevo CCCN en materia de sociedades civiles deja a éstas sin asidero legal en cuanto al tema tributario ya que al no haber solución legal las SCP deberían exteriorizar su opción contractual o societaria y, tributariamente, actuar en consecuencia solicitando incluso su exclusión del ISIB llegado el caso.

El Derecho Civil debe ser integrado con la realidad que el tributo pretende aprehender ya que el cambio constante en las interpretaciones del Fisco, la proliferación de normativa modificatoria y criterios subjetivos no proporcionan más que incertezas e inseguridad respecto de la carga tributaria a sostener por parte de estos contribuyentes.

La construcción del ordenamiento jurídico-legal debe reflejar valores y realidades sociales. Siempre existirá la posibilidad de que figuras legales o tributarias sean utilizadas con fines encubiertos. Sin embargo, esto no es óbice para que se siga intentando la difícil

tarea de que el ordenamiento jurídico y su interpretación se adecuen lo más posible a la realidad, acompañándola.

Esta última es una tarea de decisión política que conlleva el trabajo de revisar, pensar y orientar los ordenamientos, con previsión y planificación, sin necesidad de ir modificando o aclarando en forma permanente.

El sistema tributario debe responder al contexto social, económico y jurídico existente, debiendo ser percibido como coincidente con la realidad del trabajo profesional realizado en forma colaborativa.

Bibliografía

1. AGUILAR, J., *Interpretación de la ley tributaria*, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/14/pr/pr4.pdf>, fecha de consulta: 23-3-2015.
2. FAVIER DUBOIS (h), E., *Las sociedades de profesionales y su organización como sociedades de medios con actuación externa*, en *Doctrina Societaria*, t. XXIV, N° 290, Errepar, Buenos Aires, enero de 2012.
3. JARACH, D., *Curso de Derecho Tributario*, 3ª ed., CIMA, Buenos Aires, 1980.
4. LORENZETTI, R. L., *Contratos. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
5. MANOVIL, R. M., *Los contratos asociativos y de colaboración empresarial en el Proyecto de Código Civil de 1998 y su incidencia sobre el Derecho Societario*, en E. D. 184-1435, 1999.
6. VÍTOLO, D. R., *Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial*, Legis, Buenos Aires, 2012.
7. VÍTOLO, D. R., *Las reformas a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012.
8. VÍTOLO, D. R., *Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades. Análisis comparativo con la ley 19.550*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.

NOTAS SOBRE PRAXIS EDUCATIVAS HACIA INÉDITOS VIABLES

por PABLO MENGASCINI¹

SUMARIO: 1. Medusa. 2. La imagen (¿de Medusa?) en la superficie espejada. 3. Frankenstein. 4. Perseo. Bibliografía consultada.

Resumen

Reflexiones sobre “educación humana” (“humana” en el sentido en que se agrega ese adjetivo a “derechos” en los discursos sobre DD. HH., en clara diferenciación a la educación como instrucción –meramente instrumental–), sistema educativo e instalación de sentidos desde la educación no formal (educación, poder, ideología), seguido de un planteo que rescata praxis educativas no hegemónicas (Círculo de Cultura, Investigación Participativa...). Relevo de decires de estudiantes y de conversaciones en “rondas de cultivaciones” como fuentes/experiencias indirectas de conocimiento. Hacia una comprensión del inconceptualizable, indefinible, “Inédito Viable” de Paulo Freire.

Abstract

Some reflections about “Human Education” (“human” is mentioned in a very similar meaning that adjective is used in studies,

¹ Estudiante del Profesorado en Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Participante del Instituto Paulo Freire, Rosario. Auxiliar alumno Cátedra III, Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, UNR.

documents and Instruments of Human Rights, overcoming Education as merely instrumental Instruction), Education System and the so called Common Sense grown in non-formal education (Education, Power, Ideology), followed by a presentation that rescue non-dominant educative praxis (circles of culture, participatory research...). Collect of voices of students and conversations in “rounds of grow” as sources/indirect knowledge experience. Towards a comprehension of the undetermined, not established, Paolo Freire’s Viable Unknown.

Palabras clave

Praxis educativa. Inédito Viable. “Educación humana”.

Keywords

Educative Praxis. Viable Unknown. “Human Education”.

1. Medusa

En las clases (lecciones) de formación docente circula un discurso crítico que trata de representar al sistema educativo actual: “tenemos instituciones del siglo XIX, docentes del siglo XX y estudiantes del siglo XXI”, una afirmación que implica una dialéctica de tres conceptualizaciones metafóricas que indican un topos de problematizaciones (la pedagogía institucional) y que parecieran no adelantar ninguna hipotética síntesis. La Reforma Universitaria de 1918 se produjo en un contexto que una mirada analítica puede considerar parecido: una universidad medieval, un país moderno y una clase (social) estudiantil que adelantó los discursos críticos de las décadas de los '60 y '70.

Las “instituciones del siglo XIX” nos muestran la efectividad que tienen las instituciones² en su función de guardianas de la tradición,

² “Las instituciones sociales dominan a los individuos porque los fabrican y los forman por completo, en las sociedades tradicionales; en un grado todavía importante, en nuestras sociedades liberales. Esto es lo que significa la interiorización de las instituciones por el individuo a lo largo de su vida. El punto decisivo es aquí la

de cristalizadoras de lo instituido. Los “docentes del siglo XX” y los “estudiantes del siglo XXI” tal vez nos muestran el debate modernidad/posmodernidad³, sobre todo en lo concerniente a concepciones de la historia: los docentes críticos del “siglo XX” siguen buscando en la historia los fundamentos y herramientas para la transformación social, ante estudiantes del “siglo XXI” que ven a la historia en términos de “antecedentes históricos” (de meros datos de erudición)⁴, fuerte-

interiorización de las significaciones –de las significaciones imaginarias sociales–” (CASTORIADIS, C., *El mundo fragmentado*, Terramar, La Plata, 2008, p. 125).

“Institución, sistema institucional, sistema jurídico. Institución, viejo vocablo del Derecho Romano no exento de un cierto esoterismo para los profanos. Designa tanto el cuerpo de reglas para un grupo humano específico, es decir, ‘el andamiaje de sus normas, enunciando la primacía de los jefes, la circulación familiar y el sistema de intercambio, la escolástica de los conflictos y la representación estilizada del poder adorable’, como así también los principios del sistema jurídico.

“Las instituciones ‘no constituyen una elaboración arbitraria y pasajera sino un riguroso sistema de interpretaciones uniformes, imponiendo un código de fantasías relativas al poder y respondiendo del origen de las leyes’.

“Un cambio de lente nos permitirá descubrir la institución de Occidente como una estructura vacía y voraz, una ficción, pero no por ello menos efectuable y eficaz.

“En el texto freudiano aparecen dos prototipos de la institución occidental caracterizados precisamente como ‘masas artificiales’: la Iglesia y el Ejército” (KOZICKI, E., *Discurso jurídico y discurso psicoanalítico. El Derecho como texto sin sujeto*, en AA. VV., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982, ps. 28 y 29).

³ Marcela Mollis cita a Reigadas: “América Latina fue impactada por dos oleadas de verdad occidental. La primera, la doctrina neoliberal que se ofreció como única prescripción para alcanzar el desarrollo y el progreso de nuestras sociedades. La segunda, la oleada del posmodernismo que obstaculizó el campo teórico de las ciencias sociales para inventar cualquier horizonte alternativo, celebrando y haciendo proliferar un pluralismo ecléctico”. Y agrega: “Si bien Reigadas opta por una visión negativa uniforme con respecto al posmodernismo, que no le permite reconocer sus perspectivas liberadoras, argumentamos que cualquier interpretación teórica posmoderna que evite una consideración crítica de los modos prevalecientes del pensamiento neoliberal debe interpretarse como cómplice del orden establecido” (MOLLIS, M., *Geopolítica del saber: biografías recientes de las universidades latinoamericanas*, en VESSURI, Hebe [comp.], *Universidad e investigación científica. Convergencias y tensiones*, Clacso, Buenos Aires, 2006, ps. 85 y 86).

⁴ En 2015, docentes de escuela media afirmaban que sus estudiantes podían explicar qué había pasado en Argentina en diciembre de 2001 y analizar correctamente la

mente impactados, de la peor manera, por la ideología del fin de las ideologías que instala un nuevo relativismo cultural que los hace desear una superación de las contradicciones, una resolución de los problemas, de manera inmediata y mediante una posmoderna fe en alguna posmoderna magia⁵.

Vivimos en un régimen capitalista, neoliberal, que ha perdido, para los pueblos, su capacidad de convicción, pero que no por eso deja de estar instalado en los gobiernos⁶. Los argumentos, explicaciones y teorizaciones que, desde la racionalidad, pretenden legitimarlo, ya suenan patéticos o arcaicos. Entonces, ¿cómo se sostiene? Tal vez el capitalismo vigente haya sido más eficaz en silenciar los discursos críticos, o en aislar en guetos intelectuales a los portadores de esos discursos, que en plantearse como la mejor de las posibilidades⁷. La ideología del fin de las ideologías es la herramienta básica y fundamental: “en el mundo hay lo que hay”; “el mundo es lo que es”. El marketing publicitario es la pedagogía de mercado y los mass media son el sistema educativo: la razón ya no importa, porque el poder (en el sentido de

crisis social de ese momento, pero que consideraban ese hecho histórico como algo perteneciente a un pasado muy remoto: “como la guerra europea de 1914 a 1918”.

⁵ “No sé lo que quiero, pero lo quiero ya”, de una canción de “Sumo”, grupo de rock argentino de los años 80.

⁶ El autor lee en un libro que ya tiene 20 años desde su primera publicación: “Hace un siglo y medio Marx y Engels pregonaban en favor de la unión de las clases trabajadoras del mundo contra la explotación. Ahora se hace necesaria y urgente la unión y la rebelión de la gente contra la amenaza que nos acecha, la de la negación de nosotros mismos como seres humanos sometidos a la ‘fiereza’ de la ética del mercado” (FREIRE, P., *Pedagogía de la autonomía*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p. 120).

⁷ El autor lee una noticia del año pasado: “Lula admite que el PT ‘perdió la utopía’ [...] No sé si el defecto es nuestro, si es del gobierno. El PT perdió un poco de la utopía. Me acuerdo cuando creíamos en los sueños, cómo llorábamos cuando hablábamos. Hoy necesitamos construir eso porque hoy sólo se piensa en el cargo, en ser electo, y nadie más trabaja gratis. Tenemos que definir si queremos salvar nuestra piel, nuestros cargos, nuestro proyecto”, destacó el expresidente brasileño durante un seminario promovido por el Instituto Lula, en San Pablo, en el cual participó también el expresidente español Felipe González.

“Necesitamos repensar la izquierda, el socialismo, y qué hacer cuando llegamos al gobierno. Mientras se es oposición es muy fácil ser demócrata, se puede soñar, pensar, creer. Pero cuando se llega al gobierno es necesario hacer, tomar posiciones”, agregó (diario *La Nación*, del 23-6-2015).

“potencia” en Gilles Deleuze o de “fuerza” en Umberto Eco) ya no la necesita: es la posmodernidad y los “pequeños burgueses”⁸ mandan y su ideología⁹ es la doxa barthesiana: lo que repite el sentido común, lo que pasa por natural, el consenso pequeñoburgués, y esa doxa “es Medusa: la que petrifica a quienes la ven”.

2. La imagen (¿de Medusa?) en la superficie espejada

Ingresantes a la Carrera de Abogacía de la UNR que empezaban a cursar Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales en la Cátedra III, consultados sobre las expectativas que tenían con respecto a la asignatura, contestaron (algunas respuestas):

- “Espero que sea una clase dinámica y participativa porque creo que es la manera más llevadera de aprender”.
- “Aprender distintas maneras de ver las cosas, aprender a pensar”.
- “Tengo como expectativa que me ayude a crecer como pensante, ya que tengo ideas muy cerradas y me cuesta abrirme a otras opiniones. Espero que sea llevadera para estudiar”.
- “Pienso que va a ser una materia difícil para mí, ya que sólo tuve un año de filosofía, pero a su vez entretenida porque es interesante debatir pensamientos que tienen los demás”.
- “Mis expectativas es (sic) aprender y llevarme bien con los profesores, poder expresar los conocimientos de ellos y poder aprobarla”.
- “No lo sé”.

⁸ El autor lee “pequeñoburgués” en Roland Barthes como lo que se corresponde con una cultura burguesa degradada.

⁹ “Se dice corrientemente: ‘ideología dominante’. Esta expresión es incongruente ¿pues, qué es la ideología? Es precisamente la idea *cuando domina*: la ideología no puede ser sino dominante. Mientras que es justo hablar de ‘ideología de la clase dominante’ puesto que existe una clase dominada, es inconsecuente hablar de ‘ideología dominante’, pues no hay ideología dominada: del lado de los ‘dominados’ no hay nada, ninguna ideología, sino precisamente –y es el último grado de la alienación– la ideología que están obligados –para simbolizar, para vivir– a tomar de la clase que los domina. La lucha social no puede reducirse a la lucha de dos ideologías rivales: lo que está en cuestión es la subversión de toda ideología” (BARTHES, R., *El placer del texto y lección inaugural*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1993, p. 53).

Pocos escribieron que cursaron Filosofía en la secundaria y que les resultó una buena experiencia. La mayoría, que no les gustó, y de éstos, casi todos culparon su desinterés a la forma en que fue dada la asignatura, y (o, quizá, “pero”) que en ese momento tenían la esperanza de que, con otros métodos, les gustara o pudiera llegar a gustarles.

Una asignatura resulta más o menos seductora por la forma en que se enseña que por los contenidos que se desarrollen en las clases. La personalidad es competencia docente. ¿Cómo miden esa competencia las evaluaciones de docentes?

A pesar de algunas expresiones lingüísticas que hacen referencia a la “participación”, al “aprender a pensar” y al carácter “dinámico” de las clases, en la gran mayoría de los ingresantes a la Facultad de Derecho se nota una concepción “bancaria” de la educación: una expectativa de que los docentes les transmitan conocimientos, para poder capitalizarlos como objetos listos y acabados. Esto manifiesta un primer desafío para los docentes que conciben a la educación como una construcción dialógica y al conocimiento como saberes que van construyéndose en esos diálogos a partir de saberes previos que condicionarán particularmente las construcciones (“lectura del mundo”) y que servirán como herramientas para lograr las elaboraciones (“lectura de la palabra”)¹⁰.

La última de las respuestas mencionadas encierra un primer desafío aún mayor: el de despertar el deseo en el educando¹¹.

¹⁰ “...la lectura del mundo precede siempre a la lectura de la palabra y la lectura de ésta implica la continuidad de la lectura de aquél [...] De alguna manera, sin embargo, podemos ir más lejos y decir que la lectura de la palabra no es sólo precedida por la lectura del mundo sino por cierta forma de ‘escribirlo’ o de ‘reescribirlo’, es decir, de transformarlo a través de nuestra práctica consciente.

”Este movimiento dinámico es uno de los aspectos centrales, para mí, del proceso de alfabetización. De ahí que siempre haya insistido en que las palabras con que organizar el programa de alfabetización debían provenir del universo vocabular de los grupos populares, expresando su verdadero lenguaje, sus anhelos, sus inquietudes, sus reivindicaciones, sus sueños. Debían venir cargadas de la significación de su experiencia existencial y no de la experiencia del educador” (FREIRE, P., *La importancia del acto de leer*, en FREIRE, P., *La importancia de leer y el proceso de liberación*, Siglo XXI, México, 2008, ps. 105 y 106).

¹¹ “Cuando se habla del mundo de los alumnos siempre se pone el acento sobre

3. Frankenstein

El doctor Víctor Frankenstein, en una carta a su hermana, cuenta que ingresó a la Facultad de Medicina después de haber estudiado, de manera autodidacta y sistemáticamente, la obra de Paracelso. Lo primero que le enseñan sus profesores es que esos conocimientos, que él se había procurado, ya no servían para nada.

Tal vez las “instituciones del siglo XIX” sigan esperando ingresantes como Víctor Frankenstein: sujetos que pasaban de la niñez a la adultez y, una vez alcanzada ésta, contaban con una clara vocación y planificación de su futuro profesional. Quizá por eso la formación pedagógica sigue sin ser una exigencia formal para los docentes universitarios, en la inteligencia decimonónica (y etimológica) de que las pedagogías son métodos para la educación de niños y adolescentes. Los “docentes del siglo XX” saben que sus estudiantes no llegan a las aulas con una firme y decidida elección con respecto a sus carreras. De todas maneras, la pregunta para los docentes podría ser: ¿Qué estudiantes creen tener? También: ¿Qué profesionales creen estar formando? Por último: ¿Qué terminan haciendo?

La novela *Frankenstein* (de 1818) es la primera mirada con desconfianza hacia la ciencia. Su autora, en el año de la primera edición de la obra, tenía veintiún años. La novela expresa que la ciencia puede crear monstruos, o, más precisamente: verdaderos monstruos que pueden crear a supuestos monstruos. Los métodos pedagógicos realmente

el carácter represivo de la escuela. Pero el cuestionamiento puro y simple de lo represivo sigue siendo superficial. Me parece que frente a una clase, mi gran angustia sería saber qué desea. No se trataría de querer liberar los deseos, ni siquiera de conocerlos (por otra parte sería una tarea inmensa), sino de plantear la pregunta: ‘¿Es que hay deseo?’

”Hoy, en Francia, cuando miro alrededor mío, tengo la impresión de que el verdadero problema no es tanto el de la represión, sino el de la carencia de las pulsiones de goce: lo que en psicoanálisis se llama *afanisis*, la carencia de deseo. De hecho sería lógico, porque existe una alienación más profunda que la constricción: la castración. Francia es un mundo en el que existe un lenguaje del cuestionamiento, pero no es seguro que detrás haya pulsiones de goce. Es la alienación más profunda que existe: en mitología, por debajo del esclavo, está el eunuco, el castrado” (BARTHES, R., *El grano de la voz. Entrevistas 1962-1980*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 203).

aplicados en las facultades, considerados conjuntamente con el llamado currículum oculto, ¿podrán, metafóricamente y simbólicamente, compararse, eventualmente, en ciertos casos, con los experimentos médicos del doctor Frankenstein?

4. Perseo

Más allá de los antecedentes históricos de la Academia y el Liceo de la Grecia Clásica, puede afirmarse que la universidad actual es una institución educativa que se configuró en la Edad Media europea y que, con transformaciones, se adaptó a la modernidad y, actualmente, sobrevive en un proceso de adaptaciones y resistencias a la posmodernidad¹². Desde su configuración medieval hasta hoy, la universidad, como institución educativa, funcionó como una “Usina-de-saberes-para”: para consolidar la hegemonía de la Iglesia Católica, en la Edad Media; para hacer de las ciencias el monopolio del saber, durante la modernidad y la contemporaneidad, positivismo cientificista mediante; para legitimar los ideales de empresa (la principal institución social) y de mercado (como lo que debe reemplazar a la sociedad), en la actual configuración posmoderna.

Los sistemas de educación inicial o primaria se configuraron en el comienzo de la modernidad. Los métodos de éstos pasaron a reformar fuertemente las configuraciones de las universidades, adaptándolas a

¹² “Lo propio de las universidades medievales, el *ethos* medieval, la disposición a enseñar y aprender ciertos saberes, el vigor del análisis y la fuerza de la controversia, la defensa y protección de sus miembros y el prestigio conquistado por pertenecer a la comunidad, son algunos de los rasgos que han permitido a las universidades permanecer hasta el presente. Sin embargo, la buena práctica de esta tradición medieval-universitaria ha sido en parte transformada en los últimos veinte años de transición hacia una nueva identidad institucional. Sostengo que lo que perdura en nuestras universidades periféricas del modelo universitario medieval es la presencia de algunas formas vacías del sentido histórico que les dio origen y de otras formas nuevas incompatibles con la dinámica del conocimiento. Lo que predomina (nunca de modo exhaustivo) es una caricatura de la universidad medieval y del paradigma escolástico, en la cual el libro es reemplazado por sus partes (capítulos fotocopiados), la *lectio* y la *disputatio* por la repetición fragmentada de discursos, el *amor scientia* por un vigoroso credencialismo, y el profesor (el ‘enseñante examinado’ del Medioevo) por un repetidor de fórmulas repetidas” (MOLLIS, ob. cit., p. 99).

las necesidades de una innovación de la nueva época histórica: el Estado moderno. Desde fines del siglo XIX, corrientes variadas y diversas que se enrolaron bajo el nombre de “Escuela Nueva” plantearon críticas a la educación tradicional; rechazaban el centralismo docente, el verbalismo pedagógico, la transmisión de conocimientos, la uniformización y normalización de los estudiantes, la conformación de grupos “antigrupos” al romper los lazos entre educandos, dejándolos en un mero amontonamiento funcional a planificaciones pragmáticas. La Escuela Nueva comparte una característica con la nueva literatura: sus planificaciones teóricas son más que centenarias. La educación tradicional comparte otra característica con el molde narrativo tradicional: siguen siendo, hoy, hegemónicos.

Algunas consideraciones críticas de la Escuela Nueva afirman que algunas corrientes desconsideraron la autoridad docente al plantear una libertad absoluta para los estudiantes, confundiendo autoridad con autoritarismo docente, y que este error fue aprovechado estratégicamente y políticamente por la escuela tradicional para afirmar su superioridad metodológica. Otras, que las críticas escolanovistas confiaron ingenuamente en la autogestión educativa propuesta.

La autoridad docente es un problema a considerar juntamente con un ordenamiento democrático de los sistemas educativos, sin vincularla directamente con un autoritarismo ni visualizarla como algo a suprimir.

“Convento” y “Ejército” fueron los paradigmas institucionales que se usaron para configurar los sistemas educativos iniciales o primarios en la temprana modernidad, con un fuerte y notable predominio de los modelos de las órdenes religiosas del cristianismo. Las reformas del Estado propuestas por las revoluciones de la burguesía triunfante desde la contemporaneidad (el diseño de las repúblicas liberales y de las democracias formales) impactaron en los sistemas educativos mencionados. Un abordaje crítico de las academias actuales no puede dejar de lado dos consideraciones necesarias:

- La democracia como un orden que da lugar a lo instituyente: para Jacques Derrida, “democracia” es un significante que no debe ser leído como un sustantivo, sino como un verbo; “demo-

cracia” requiere la elaboración de un significado que incorpore las características de acción y proceso sin quedar en la cristalización de una sustancia.

- La burocracia de (o “en”) las instituciones: la guardiana de lo instituido.

Las instituciones no hablan para explicar o explicarse sino que proceden para desarrollar una disciplina. La dialéctica instituyente/instituida es inherente a cualquier institución y la lucha por la transformación de las instituciones proviene de las actividades instituyentes. ¿Cómo puede un docente empezar a cambiar una institución educativa? Para empezar, cambiando el orden del aula. Un nuevo ordenamiento que requiere un estudiantado que sienta como propia a la institución educativa¹³ y que deje de ser una clase-infantería¹⁴ para asumirse como una clase-asamblea¹⁵. Pero, antes de eso, hay que asumir la interpelación de la odiosa, maldita pregunta del existencialismo filosófico: ¿Queremos ser libres?, o, planteada con más precisión: ¿Cuáles son las libertades que queremos?

Para el neoliberalismo, la educación es un servicio, la investigación es un recurso de la economía, el conocimiento es una mercancía, el estudiante es un consumidor, el docente es un proveedor del alumno, el investigador es un proveedor de las empresas y el graduado es un producto: un estudiante de posgrado, un empleado calificado de empresa o un funcionario público de un Estado que ya no alcanza con que esté “ausente”, sino que tiene que estar al servicio de sectores corporativos¹⁶. Con esta concepción, la universidad (y los demás sis-

¹³ Al pensar la educación en términos de “educación humana”, ¿podremos pensar en instituciones educativas que no sean públicas?

¹⁴ “Infante”: una explicación etimológica del término, muy gráfica en cuanto a su uso castrense, hace referencia a “quien no puede contestar”.

¹⁵ Otra etimología: “Iglesia”, “asamblea”. Un sentido que los cristianismos instituidos velaron por velar u ocultar.

¹⁶ “El presente de las universidades latinoamericanas afectadas por las políticas de corte neoliberal, las restricciones presupuestarias, el ajuste fiscal y la transformación del contrato social entre el Estado y la sociedad civil ha desnaturalizado los ‘saberes universitarios’ para convertirlos en ‘conocimientos mercantilizados’. El saber se mide con el lenguaje de las finanzas; se calcula por medio de indicadores de rendimiento, a través de certificados y diplomas entregados en tiempo y forma con mayor valor

temas educativos) quedan subsumidos en lógicas de mercado a través de un diseño ideológico que exhibe una coherencia interna casi sin fisuras. Bertrand Russell afirmaba que los hombres no buscaban el conocimiento, sino la certidumbre. Esta afirmación se vuelve incontestable si uno piensa que los saberes son herramientas para la dominación del mundo y de las personas. Paulo Freire¹⁷ ya advertía sobre el poder de seducción y de convicción que tenían las matrices ideológicas de los opresores.

Para los posicionamientos críticos, la educación es un derecho humano y el conocimiento es un bien social público que se construye dialógicamente y que nos sirve para problematizarnos y para liberarnos, comprendiendo como libertad al proceso de ampliación de autonomía y de solidaridad en una textura de relaciones de poder conflictivas y cambiantes que poco tienen que ver con las libertades burguesas absolutas (principalmente, las de empresa y de comercio) y que nada tienen que ver con la libertad metafísica, aunque estas dos últimas tengan la nefasta virtud de otorgar certidumbres rápidamente.

En nuestras universidades conviven las concepciones ético-políticas de los dos párrafos precedentes. En casos excepcionales, conviven en una misma persona, configurando patéticas esquizofrenias epistemológicas. Las universidades elaboran saberes críticos y saberes que legitiman el orden neoliberal. ¿Quién aprovecha esas producciones? La respuesta es doble: por un lado, sin dudas, las grandes empresas y las corporaciones; por otro lado, el beneficiario es tan generalizado que hasta parece una premisa epistémica cuya función es sólo desembarazar de la pregunta, y ese beneficiario es el pueblo.

La *Pedagogía del oprimido* quizá sea una metapedagogía: una herramienta para elaborar las pedagogías que necesitan los oprimidos y

de mercado; se representa en la formación de recursos humanos cuando, al mismo tiempo, las humanidades van perdiendo gradualmente sus recursos. Nuestras universidades tienen alterada su identidad como instituciones de los saberes, y van hacia la construcción de una nueva identidad que las asemeja al 'supermercado', donde el estudiante es consumidor, los saberes una mercancía y el profesor un asalariado enseñante" (MOLLIS, ob. cit., p. 87).

¹⁷ En la obra *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, Cap. 3.

las oprimidas que se animan a enfrentar una situación límite, que es la de decidir para qué quieren educarse frente a la nada epistémica que resulta del rechazo a las pedagogías tradicionales y a las opciones *pret a porter* que brinda el mercado¹⁸; una herramienta de quienes buscan la angustia para construir un Inédito Viable.

En un Círculo de Cultura (ronda de cultivaciones) del Instituto Paulo Freire, Rosario, una profesora de la Cátedra III de Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales expresó: “Oprimido es quien tiene conciencia de la opresión; si no tiene esa conciencia no es oprimido sino víctima, marginado, excluido...” Pareciera sonar a paradójico que la Pedagogía del Oprimido se proponga elaborar oprimidos, pero eso no es una paradoja sino simplemente concienciación o, complejamente, educar para que los sujetos se den cuenta de su opresión.

Es tan conocido como poco comprendido el planteo freudiano de la educación imposible. Tal vez esa “imposibilidad” sea meramente lógica: el acto de educar necesita el sujeto que quiere formar. Los sujetos de la cultura, del lenguaje y de la lengua, del inconsciente, de la vida cotidiana, estamos acostumbrados a vivir y a convivir con contradicciones lógicas. La que no sabe qué hacer con las contradicciones, sin paralizarse, es la ciencia. Por eso, la educación no puede limitarse a ser una ciencia ni los educadores pueden limitarse a trabajar con (o desde) un lenguaje científico.

En el paradigma de Investigación Participativa, en la metodología de los círculos de cultura, en las técnicas de trabajo educativo en taller, subyacen la confianza en la cooperación-entre y la convicción de que todos podemos aprender y tenemos que aprender, de que todos podemos enseñar y tenemos que enseñar, de que nadie sabe todo y de que no hay nadie que no sepa nada. Es decir: que todas las personas

¹⁸ Mercado que con legitimidad crítica puede observarse al interior de las instituciones académicas, donde (más allá de la compra-venta de posgrados y especializaciones) el capital acumulado se mide por credenciales académicas que no funcionan como “significantes” lingüísticos sino como verdaderos “índices”. De allí el acierto de Pierre Bourdieu en el empleo de terminología de la economía política (“capital”, “clientela”, “recurso humano”, etc.) para el abordaje sociológico de lo que pasa al interior de las instituciones educativas o de investigación científica, en cuanto reproducen lógicas economicistas.

somos educables y podemos educar. También subyacen reivindicaciones de la praxis¹⁹ como un lugar para la construcción de conocimientos y valorizaciones esperanzadoras de prácticas que tienden a la superación de las dicotomías docente/alumno, enseñar/aprender, saber vulgar/saber académico, opinión/ciencia, producción/extensión, docencia/investigación²⁰.

Las pedagogías de los oprimidos y las oprimidas y los saberes que construyan pueden ser fuertes obstáculos al poder (“potencia”, “fuerza”) ideológico hegemónico o establecido. La revolución, entendida como un proceso gradual, permanente y sostenido, está muy cerca de esos saberes y de esas pedagogías que permiten pensar que no es una ingenuidad ni algo ilusorio seguir confiando en la educación y soñar con un Inédito Viable, manteniendo una esperanza situada en la historia. Es necesario acentuar que la construcción colectiva de un deseo o de un sueño viable tiene que ser inédito, porque si el oprimido sueña o desea lo que sueña o desea el opresor...

En su existencia histórica y social, educadores y educandos se encuentran ante “situaciones límite”²¹. En la propuesta freireana, el Inédito Viable²² comienza a perfilarse cuando esas situaciones límite no son

¹⁹ “La reflexión crítica sobre la práctica se torna una exigencia de la relación teoría/práctica sin la cual la teoría puede convertirse en palabrería y la práctica en activismo” (FREIRE, *Pedagogía del oprimido* cit., p. 24).

²⁰ “No hay enseñanza sin investigación ni investigación sin enseñanza. Hoy se habla, con insistencia, del profesor investigador. En mi opinión, lo que hay de investigador en el profesor no es una calidad o una forma de ser o de actuar que se agregue a la de enseñar. La indagación, la búsqueda, la investigación, forman parte de la naturaleza de la práctica docente. Lo que se necesita es que el profesor, en su formación permanente, se perciba y se asuma, por ser profesor, como investigador” (FREIRE, *Pedagogía del oprimido* cit., p. 30).

²¹ “Los hombres y las mujeres tienen diversas actitudes frente a esas ‘situaciones límite’: las perciben como un obstáculo que no pueden superar, o como algo que no quieren superar, o bien como algo que saben que existe y que es preciso romper, y entonces se empeñan en su superación.

”En ese caso la ‘situación límite’ fue percibida en forma crítica y por eso los y las que la entendieron quieren actuar, porque se sienten desafiados a resolver de la mejor manera posible, en un clima de esperanza y de confianza, esos problemas de la sociedad en que viven” (ARAÚJO FREIRE, A. M., en *Notas a FREIRE, P., Pedagogía de la esperanza*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, p. 240).

²² “Ese ‘Inédito Viable’ es pues, en última instancia, algo que el sueño utópico

vistas como un límite entre el ser y el no ser ni como una barrera que deslinda lo posible de lo imposible, sino como problemas que permiten pensar una reinención social a partir de los sueños posibles y de las utopías que vendrán, como problemáticas que habilitan una esperanza que no es una mera espera.

La problematización de la existencia histórica y social, por consiguiente, aparece como una premisa metodológica clave para el abordaje crítico de la pedagogía freireana. Y la reflexión filosófica, entonces, no se fundamentará en las distintas filosofías y ciencias sociales ya elaboradas para tomarlas como matrices de las cuales extraer soluciones ideales, sino que se servirá de ellas para elaborar las contingencias de las cuales partir y para visibilizar los problemas sociales que nos orientarán hacia la construcción de objetos de saber y de temas para la investigación científica, tanto en el desarrollo curricular de las asignaturas como en las actividades educativas informales.

La anterior invitación a leer la *Pedagogía del oprimido* como una metapedagogía permite, aquí, la consideración del Inédito Viable como una propuesta teórica, política y metodológica para la construcción de inéditos viables concretos y situados: pequeñas transformaciones cotidianas, con objetivos alcanzables en la cotidianeidad, que no pierdan de vista el horizonte soñado y utópico de la reinención social, ni la conflictividad²³ que acarrearán.

A diferencia de otros personajes de la mitología clásica griega, Medusa no era inmortal. Perseo, con astucia e innovando métodos, luchó contra eso que ni siquiera podía ver directamente. La venció, la decapitó y le ofreció la cabeza a Atenea. Ya vencida, Medusa no petrificaba a nadie y todos la veían como una entidad horrible y repulsiva.

sabe que existe pero que sólo se conseguirá por la praxis libertadora que puede pasar por la teoría de la acción dialógica de Freire o [...] por otra que persiga los mismos fines.

"Lo 'Inédito Viable' es en realidad una cosa inédita, todavía no conocida y vivida claramente pero ya soñada, y cuando se torna en 'percibido destacado' por los que piensan utópicamente, entonces éstos saben que el problema ya no es un sueño y que puede hacerse realidad" (ver ob. cit. en nota anterior, p. 241).

²³ "El proceso de humanización o de liberación desafía en forma dialécticamente antagónica a los oprimidos y a los opresores. Así, en tanto es, para los primeros, su Inédito Viable que necesitan concretar, se constituye, para los segundos, en 'situación límite' que es necesario evitar" (FREIRE, *Pedagogía del oprimido* cit., p. 117).

Bibliografía consultada²⁴

- BARTHES, Roland, *El grano de la voz. Entrevistas 1962-1980*, Siglo XXI, Buenos Aires [1981], 2015.
- *El placer del texto y lección inaugural*, Siglo XXI, Buenos Aires [1973], 1993.
- BOURDIEU, Pierre, *Los usos sociales de la ciencia*, Nueva Visión, Buenos Aires [1997], 2008.
- CASTORIADIS, Cornelius, *El mundo fragmentado*, Terramar, La Plata [1990], 2008.
- FREIRE, Paulo, *La importancia de leer y el proceso de liberación*, Siglo XXI, México [1982], 2008.
- *Pedagogía de la autonomía*, Siglo XXI, Buenos Aires [1996], 2002.
- *Pedagogía de la esperanza*, Siglo XXI, Buenos Aires [1992], 2008.
- *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI, Buenos Aires [1970], 2008.
- KOZICKI, Enrique, *Discurso jurídico y discurso psicoanalítico. El Derecho como texto sin sujeto*, en AA. VV., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982.
- MOLLIS, Marcela, *Geopolítica del saber: biografías recientes de las universidades latinoamericanas*, en VESSURI, Hebe (comp.), *Universidad e investigación científica. Convergencias y tensiones*, Clacso, Buenos Aires, 2006.
- SHELLEY, Mary, *Frankenstein o el moderno Prometeo*, Novela, ed. VV. [1818].
- SIMÓN, Gabriela, *Las semiologías de Roland Barthes*, Alción, Córdoba, 2010.

²⁴ Entre corchetes la 1ª ed. de la obra en su lengua original.

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 12 DE MARZO DE 2018 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

