

ISSN 0329-9430

Revista de la FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 24



FDER UNR

**ROSARIO
REPÚBLICA ARGENTINA
2018 / 2019 / 2020**

Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 24

Años 2018, 2019 y 2020

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 2018-2019

Decano	Dr. MARCELO E. VEDROVNIK
Vicedecano	Dr. ALFREDO M. SOTO
Secretario General	Dr. HERNÁN J. BOTTA
Secretario Académico	Dr. EMILIO L. FANTONI
Secretaria de Acreditaciones	Dra. SANDRA A. FRUSTAGLI
Secretaria de Asuntos Estudiantiles	Dra. MELISA VILLEGAS
Secretaria de Concurso y Carrera Docente	Dra. ROMINA PÉREZ
Secretaria de Ciencia y Técnica	Dra. ERIKA NAWOJCZYK
Secretaria de Extensión Universitaria	Dra. MARÍA EMILIA BARBERIS
Secretario de Relaciones Internacionales	Dr. ALDO BARAVALLE
Secretario Financiero	CPN RAÚL LUNGH
Secretario Técnico	Dr. EDUARDO SILVANO
Secretaria Administrativa	Tec. AMADA A. GAITÁN
Director de Escuela de Graduados	Dr. ALFREDO M. SOTO
Secretario Académico de Escuela de Graduados	Dr. GERMÁN GERBAUDO
Gerenta de la Co.Fa.De.	CPN LAURA RODRÍGUEZ
Secretario Privado	Dr. EDGARDO N. D'AGOSTINO

AUTORIDADES 2019-2020

Decano	Dr. HERNÁN J. BOTTA
Vicedecana	Dra. ARACELI M. DÍAZ
Secretario General	Dr. EDUARDO SILVANO
Secretario Académico	Dr. GERMÁN GERBAUDO
Subsecretaria Académica	Dra. EVELYN ZELAYA
Secretaria de Acreditación y Planificación Académica	Dra. ROMINA PÉREZ
Secretaria de Asuntos Estudiantiles	Dra. MARÍA EMILIA BARBERIS
Secretaria de Concurso y Carrera Docente	Dra. ROMINA PÉREZ
Secretaria de Ciencia y Técnica	Dra. ERIKA NAWOJCZYK
Secretario de Extensión Universitaria	Dr. GONZALO LUCIANI
Secretario de Relaciones Institucionales	Dr. EMILIO L. FANTONI
Secretario de Relaciones Internacionales	Dr. JUAN MANUEL PLÁ
Secretario de Gestión Institucional	Dr. JAVIER RÉBORI
Secretaria de Derechos Humanos, Políticas de Género y Diversidad	Dra. MARCELA MANCINI
Secretario de Comunicación y Tecnologías Educativas	Dr. LUIS VILA
Secretario Financiero	CPN JORGE RASINES
Secretario Técnico	Dr. LISANDRO CORONATO
Secretaria Administrativa	Tec. AMADA A. GAITÁN
Director de Escuela de Graduados	Dr. ALFREDO M. SOTO
Secretario Académico de Escuela de Graduados	Dr. GERMÁN GERBAUDO
Gerenta de la Co.Fa.De.	CPN LAURA RODRÍGUEZ

PROFESORES EMÉRITOS

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

PROFESORES HONORARIOS

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO	Prof. JUAN MALCOM DOBSON
	Prof. JUAN MARÍA FARINA †
Prof. ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL †	Prof. GUILLERMO FIERRO †
Prof. LUIS O. ANDORNO †	Prof. JUAN CARLOS GARDELLA †
Prof. MIGUEL CARLOS CELESTINO ARAYA	Prof. ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS
Prof. SONIA BELOTTI DE PODESTÁ	Prof. ANUNCIADA LATTUCA †
Prof. JORGE BOF	Prof. NOEMÍ LIDIA NICOLAU
Prof. OSCAR BORGONOVO †	Prof. MARIO SACCONI †
Prof. JUAN JOSÉ CASIELLO †	Prof. HÉCTOR CARLOS SUPERTI
Prof. IVÁN JOSÉ MARÍA CULLEN	Prof. PEDRO WOLKOWICZ †

CONSEJO DIRECTIVO 2020

CLAUSTRO DOCENTE

Titulares

MARCELO VEDROVNIK	JORGE MURILLO
ANDREA MEROI	SANDRA ANALÍA FRUSTAGLI
CARINA LURATI	MARGARITA ELSA ZABALZA
CARLOS ALFREDO HERNÁNDEZ	GUSTAVO FRANCESCHETTI
JUAN JOSÉ BENTOLILA	ROBERTO ANTONIO VÁZQUEZ

Suplentes

GERARDO MUÑOZ	RODOLFO DARÍO RAMOS
ANALÍA ANTIK	MARIANA BEATRIZ IGLESIAS
STELLA MARIS ALOU	DIEGO ECHEN
MARIANA ANAHÍ AZPEITÍA	ANA CLARA MANASSERO
IVÁN KVASINA	KARIN NEBEL

CLAUSTRO GRADUADOS

Titular

PAULA VERÓNICA CALACÉ VIGO

Suplentes

PABLO MARTÍN POLITO
SANTIAGO SULLIVAN
SERGIO TOMÁS DICICCO

CLAUSTRO NO DOCENTE

Titular

MAURO SEBASTIÁN PÉREZ

Suplentes

MARÍA FLORENCIA JUÁREZ
JULIO EDUARDO ANDREANI
LEONARDO FABIÁN SEVES

CONSEJO SUPERIOR

Titular

ALFREDO MARIO SOTO

Suplentes

LUCIANA PAULA MARTÍNEZ

CLAUSTRO ESTUDIANTIL 2020

Titulares

JUAN CRUZ SPIZZO
CAMILA FARÍAS
GUIDO FOSSATTI
IGNACIO MARTÍN

MATÍAS VEDROVNIK
PAULA SALEY
VIRGINIA MIÑONES PEREIRA
VANESA SOLEDAD DI BENE

Suplentes

JAZMÍN MARIN
FABIO FREGGIARO
MARÍA FLORENCIA BAY
AGUSTINA POLANICH

MICAELA BELÉN ROZAS
NICOLÁS MARTÍN
AGUSTÍN MONTENEGRO
AUGUSTO APPOLINARI

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

Dr. CARLOS ENRIQUE ARCOCHA
Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

Prof. ANUNCIADA LATTUCA †
Dra. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

COMITÉ EVALUADOR PARA ESTE NÚMERO

Dr. CARLOS ENRIQUE ARCOCHA
Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI
Dra. ARACELI DÍAZ
Dra. MARIANELA FERNÁNDEZ

Dr. FRANCO GATTI
Dra. NOEMÍ LIDIA NICOLAU
Dr. FERNANDO RONCHETTI
Dr. MARCELO TRUCCO

COORDINACIÓN DE ESTE NÚMERO

Secretaría de Ciencia y Técnica
ERIKA NAWOJCZYK
FLORENCIA JUÁREZ
LAURA ROMERO
NATALIA COMPAGNUCCI

ÍNDICE

<i>Presentación</i> , por HERNÁN BOTTA	13
--	----

DOCTRINA

2018

<i>Convención sobre los Derechos del Niño. Herederos de un mundo en guerra y de conflictos de intereses</i> , por ORLANDO CESONI	21
<i>La influencia de los cambios sociales en un modelo educativo globalizado desde la teoría crítica. Involución o revolución educativa</i> , por BIBIANA ALICIA DE SOUZA BENTO	33
<i>El primer plan de estudios de la Escuela de Derecho de la UNL (1959)</i> , por ARACELI M. DÍAZ	51
<i>Algunos consejos y sugerencias para la producción académica en el Derecho. Guía práctica: el proyecto de investigación científica</i> , por MARIANA ISERN	77
<i>El nacionalismo y la ley</i> , por MARÍA JAVIERA MARQUARDT	109
<i>Incidencia del artículo 2458 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en la cesión de derechos hereditarios a título gratuito</i> , por MARINA CECILIA ZUVILIVIA	123

2019

<i>Evicción y “synállagma” contractual. Tradición romanista y perspectiva constitucional</i> , por JAVIER HUMBERTO FACCO	153
--	-----

<i>Incertidumbre de la política migratoria en la Unión Europea, por ADA LATTUCA (†)</i>	185
<i>Problemática de género y estrategia en la persecución penal, por LAILA TALEB</i>	203

2020

<i>El derecho a la renta básica o ingreso ciudadano universal, por MARTA FELPERIN</i>	245
<i>El discernimiento en el nuevo paradigma de la salud mental, por MARIANELA FERNÁNDEZ OLIVA y ANA MARCELA WOLKOWICZ</i> . . .	273

APORTES DE ESTUDIANTES

<i>Presentación, por VIVIANA FABRIZI</i>	291
<i>Responsabilidad en el Derecho Marítimo por derrame de hidrocarburos, por JUAN BAUTISTA CERVIO y MARTÍN SCAPINI</i>	293
<i>Estado de Derecho y derecho a la verdad: un análisis a la luz de los aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por JUAN IGNACIO MÉNDEZ</i>	319

NORMAS EDITORIALES

RESOLUCIÓN CD 410/2016

.	333
-----------	-----

PRESENTACIÓN

El número 24 de la *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Nacional de Rosario es singular ya que reúne trabajos de los años 2018, 2019 y 2020. En este sentido, se concibe como un número especial que apuntala la continuidad de la *Revista* de esta casa de altos estudios y, por lo tanto, mantiene vivo su interés por constituirse en un espacio de promoción y difusión del trabajo de estudio e investigación que llevan a cabo docentes, investigadores, graduados y estudiantes en distintas ramas y perspectivas del Derecho.

La composición de cada uno de los tres años que integran el presente número aporta un signo distintivo en cuyo marco se actualizan los debates en curso de la ciencia jurídica. El año 2018 es el que integra la mayor cantidad de artículos de docentes e investigadores de la Facultad de Derecho, quienes comparten su producción científica con toda la comunidad académica. Entre ellos, el trabajo de Araceli Díaz sobre el primer plan de estudios de la Escuela de Derecho traza una línea de continuidad con el número 21 de la *Revista* que ofició de homenaje por el 55 Aniversario de la creación de la Escuela de Derecho.

El año 2019 incluye un artículo, que publicamos *post mortem*, de la docente investigadora doctora Anunciada (Ada) Lattuca, distinguida en 2019 como profesora honoraria de la Universidad Nacional de Rosario, y quien fuera directora del Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales y subdirectora del Centro de Estudios Comunitarios y Comparados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, miembro de la Comisión Ejecutiva de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Junta de Historia de Rosario. Se destacó, además, por ser una de las primeras investigadoras que ingresó a la Carrera del Investigador Científico de la Universidad Nacional

de Rosario (CIC-UNR) en 1971, juntamente con los doctores Juan Carlos Gardella y Miguel Ángel Ciuro Caldani. Formó parte, a su vez, del Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho hasta su fallecimiento en 2019.

El año 2020 suma, además de trabajos de docentes investigadores que comparten su producción intelectual, aportes de estudiantes de la Facultad de Derecho. Por un lado, de los estudiantes Juan Bautista Cervio y Martín Scapini, quienes durante el cursado en contexto de pandemia por COVID-19 se destacaron en el cursado de la asignatura “Derecho del Transporte y de la Navegación”. Su profesora titular, la doctora Viviana Fabrizi, ponderó especialmente “el tema complejo abordado, su desarrollo extenso y riguroso con consulta de bibliografía nacional e internacional”.

Por otro lado, del estudiante Juan Ignacio Méndez, quien participó del Concurso de ensayos breves sobre “Actualidad y desafíos de los Derechos Humanos en nuestro país”, organizado por la Secretaría de Derechos Humanos y Políticas de Género y Diversidad y por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. El tribunal evaluador del Concurso, compuesto por la profesora Araceli Díaz y los profesores Marcelo Trucco y Franco Gatti, seleccionaron y elogiaron su trabajo por considerar que “desarrolla un tema especialmente significativo, es claro, posee una adecuada estructura y exhibe una apropiación del autor por las ideas puestas de manifiesto”.

Cada nuevo número de la *Revista de la Facultad de Derecho* expresa en la voz de docentes, investigadores, graduados y estudiantes la trayectoria de investigación científica en distintas áreas del Derecho que distingue a esta casa de altos estudios. Este número no es la excepción. A quienes son sus autores/as, muchas gracias por compartir sus trabajos y profundizar el estudio e investigación de la ciencia jurídica.

Los evaluadores (externos e internos) que participaron del proceso de referato del presente número prestigian la calidad y jerarquía de los artículos que lo integran. En particular, quiero agradecer la participación en esta instancia del Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho en las personas que actualmente lo integran: al doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani, a la doctora Noemí Nicolau, al doctor Carlos Arcocha y a la doctora Marianela Fernández Oliva.

Finalmente, es dable destacar que la publicación de este nuevo número, tan importante para nuestra comunidad académica, ha podido concretarse merced al trabajo de edición de Rubinzal-Culzoni, y muy especialmente al de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad, tanto por su labor de coordinación de este número 24 de la *Revista de la Facultad de Derecho* como por su inestimable tarea cotidiana en pos del fortalecimiento del eje de investigación en nuestra querida Facultad. A ellas y ellos, gracias.

Dr. HERNÁN BOTTA
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario

DOCTRINA

2018

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

HEREDEROS DE UN MUNDO EN GUERRA Y DE CONFLICTOS DE INTERESES

por **ORLANDO CESONI**¹

Resumen

El presente trabajo es un escrito que busca indagar sobre los orígenes sociopolíticos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se hace hincapié en los hechos anteriores a la Convención y en su introducción al Derecho Internacional, como herramienta de cambio, sin pretender analizar los alcances reales que tuvo la misma en las legislaciones y prácticas nacionales. En el mismo se realiza un recorrido del contexto mundial de posguerra, analizando cómo ese juego de poder y el peligro de una posible Tercer Guerra Mundial sirvieron como impulsor para la visibilización de varios conflictos sociales, como así también de prácticas discriminatorias por cuestiones de edad o sexo, que dieron lugar a las posteriores discusiones del orden mundial.

Abstract

The present work is a document that seeks to investigate the socio-political origins of the Convention on the Rights of the Child. Emphasis is placed on the facts prior to the Convention and its introduction to International Law, as a tool of change, without attempting to analyze the real scope of the Convention in national laws and prac-

¹ Licenciado en Relaciones Internacionales. Docente en la Residencia de Minoridad y Familia, Facultad de Derecho, UNR, y miembro del equipo de intervención del Programa Libertad Asistida de Villa Gobernador Gálvez, Dirección Provincial de Justicia Penal Juvenil, Provincia de Santa Fe.

tices. In the same one a journey of the world-wide context of postwar period is realized, analyzing like that game of being able and the danger of a possible Third World-Wide war they served like impeller for the visualization of several social conflicts, as well as discriminatory practices due to age or sex, which gave rise to subsequent discussions of the world order.

Palabras clave

Derechos del niño. Nuevo orden mundial. Convención sobre los Derechos del Niño.

Keywords

Children's Rights. New World Order. Children's Rights Convention.

La Convención sobre los Derechos del Niño es probablemente una consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y un llamado de atención a los gobiernos para evitar la Tercera. Como tal, conlleva los errores propios de cualquier proyecto que busca corregir las consecuencias de los propios comportamientos humanos, sin cambiar –necesariamente– las prácticas (belicistas) humanas y se presenta ambiciosamente para tratar de instaurar un nuevo orden, sin por ello contar con las herramientas necesarias para echar por tierra el vigente.

De hecho fue el fin de la Segunda Guerra Mundial y la creación de Naciones Unidas lo que dio visibilidad mundial al tema de los derechos humanos en general, produciendo una gran cantidad de normativas y creando instituciones que velen por ellos. “A partir de ese momento, y comenzando con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de la ONU en 1948, el concepto y, sobre todo, las normas e instituciones internacionales de derechos humanos han tenido un desarrollo progresivo importante, hasta llegar hoy en día a constituir un nutrido cuerpo normativo y un amplio andamiaje institucional para su promoción y defensa en el mundo”².

Terminada la Segunda Guerra Mundial el mundo se encuentra con

² ANAYA MUÑOZ, A., “La construcción internacional de los derechos humanos: el papel de las relaciones internacionales”, en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 104, México, 2009, p. 51.

las principales ciudades occidentales destruidas, poblaciones diezmadas, niños huérfanos y mujeres vejadas y abandonadas a su propia suerte, falta total de alimento para la población y la incapacidad de producir rápidos cambios económicos que den solución a este flagelo.

El mundo de preguerra era machista y se encontraba dividido según la lógica de la división internacional del trabajo. Es decir, el hombre salía a trabajar junto a la mujer y los niños, pero estos dos últimos reciben pagas mucho menores que el primero. Y en cuanto a la división internacional del trabajo, el mundo occidental moderno producía servicios y bienes manufacturados, en tanto África y América Latina producían materias primas que se exportaban casi en su totalidad.

La Segunda Guerra Mundial modificó la lógica de producción del mundo occidental, transformando la producción civil en producción armamentista y bélica. Su final, luego de cinco años de guerra, encuentra a esa “máquina productiva” elaborando cosas innecesarias para los tiempos de paz al mismo tiempo que no elaborando alimentos o ropa de trabajo, ni servicios para el ocio y el esparcimiento. Pero además encuentra a gobiernos que no tienen aceitados los mecanismos de importación de materia prima, como así tampoco de exportación de manufacturas de uso civil.

Todo esto implicará un reacomodamiento rápido de la economía que vendrá de la mano del acuerdo de Bretton Woods³ y los organismos que para el efecto se crean. El fin de las hostilidades juntamente con la lógica de países vencidos y vencedores (aunque el discurso oficial diga que no hay ni vencidos ni vencedores) constituirán el escenario perfecto para establecer nuevos patrones económicos, socioculturales y políticos que regirán a la comunidad internacional al menos por los siguientes cincuenta años.

En el aspecto social la ausencia de hombres implicará un reconocimiento –lento y dificultoso– al rol social de la mujer, los niños y los ancianos. Es decir, todos aquellos sectores más vulnerables de la población (sin importar el estatus social al que pertenezcan).

³ Para ampliar información se recomienda: BORELLA G., “Evolución del orden de Bretton Woods: 1945-2008. Implicancias para la gobernanza global”, en *Cuadernos de la Cátedra Relaciones Internacionales*, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, UNR, Rosario, 2016.

Ello en materia de legislación internacional se verá reflejado en el surgimiento de distintas convenciones que reconocen sus derechos como sujetos. Esto no será simple y se producirá a lo largo de más de medio siglo y los continentes que pujarán por ello serán principalmente Europa y América.

La aparición de los derechos humanos en la comunidad internacional, como así también en el discurso colectivo, tendrá una primera etapa signada por la intención de marcar un límite al poder de los Estados en cuanto a la disposición respecto de sus pobladores y para ello se buscará garantizar los derechos de primera generación y empezar a instalar los de segunda.

Durante este período se puede observar que tanto en la comunidad internacional latinoamericana como en la europea se empiezan a elaborar algunos instrumentos que buscan garantizar la libertad en todas sus expresiones.

Así, por ejemplo, en el marco de la OEA se aprobarán las siguientes convenciones y declaraciones:

- 1948: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- 1948: Convención sobre Concesión de Derechos Civiles a la Mujer.
- 1948: Convención sobre Concesión de Derechos Políticos a la Mujer.
- 1969: Pacto de San José de Costa Rica.

En el ámbito europeo, por su parte, se aprueba:

- 1950: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- 1961: Carta Social Europea.

Estos instrumentos servirán luego como base para la aprobación en el marco de Naciones Unidas de:

- 1948: Declaración Universal de Derechos Humanos.
- 1959: Declaración de los Derechos del Niño.
- 1966: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 1966: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Todos estos instrumentos legales del orden internacional tendrán

como finalidad el regular las acciones de los Estados, garantizar la libertad de los ciudadanos, obligar a los Estados en su rol de garantes de dichas libertades y derechos y resguardar a la ciudadanía internacional de la violencia estatal.

La defensa de los derechos humanos implica el reconocimiento de sectores vulnerables dentro de la sociedad y ello tendrá su correlato en los instrumentos legales que se vayan adoptando.

Así, por ejemplo, en primer lugar se reconoce a la mujer como un sector vulnerable de una sociedad fuertemente dominada por los hombres y se producen algunos reconocimientos parciales respecto al derecho de la mujer, al objetivo de erradicar la violencia de género, al derecho a decidir sobre su propio cuerpo, sus libertades, sus oportunidades de desarrollarse plenamente. Obsérvese que todas estas luchas se encuentran aún vigentes en la mayoría de los Estados de la región a pesar de que muchos de ellos reconocieron su importancia a nivel internacional ya hace mucho tiempo.

Los instrumentos legales de la OEA reconociendo los derechos civiles y políticos se verán acompañados luego con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) de 1994.

En materia de derechos de la mujer, las Naciones Unidas han desperdiciado algunas oportunidades importantes, como ser la Convención sobre Derechos del Niño, donde no se incorporan derechos específicos de las mujeres niñas, como el dominio de su propio cuerpo, la posibilidad de la maternidad en la infancia, el derecho a una alimentación apropiada para preparar a las futuras madres o a una educación sexual integral.

Un segundo grupo vulnerable que identifican los derechos humanos y que será entonces materia de legislación es justamente el de la infancia. Diversos instrumentos se irán generando, en principio sobre temas puntuales como trata, adopción internacional, restitución de menores, que encontrarán un punto culmen en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, actualmente ratificada por todos los países del mundo, con la excepción de los Estados Unidos.

Un tercer grupo que los derechos humanos identifican como sector

vulnerable es el de personas con discapacidad, por lo que en 1994 la OEA sanciona la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y en 2008 las Naciones Unidas sancionan la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

Finalmente, el cuarto grupo vulnerable que se reconoce es el de la tercera edad o la ancianidad, para lo cual en 2015 se dicta la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Nótese entonces cómo este proceso de reconocimiento de las libertades individuales que comienza luego de la Segunda Guerra Mundial y que tiene como finalidad poner límite a las acciones de los Estados sobre los particulares va mutando en un reconocimiento a la igualdad de derechos entre los sujetos y empieza a regular las relaciones entre los mismos.

De esta manera se pasa del reconocimiento de los derechos de primera generación, que tienen como finalidad el reconocimiento de las libertades, a los derechos de segunda generación, que persiguen el principio de igualdad entre los sujetos. Para ello fue necesario reconocer el carácter de sujetos de niños, mujeres y ancianos que anteriormente se encontraban generalmente objetivados por las prácticas estatales y las costumbres culturales.

Durante todo este proceso el continente africano se mantuvo prácticamente ausente y en esto incide mucho el hecho de que recién durante la década de los 70 se empiezan a conseguir las primeras independencias de las colonias africanas, comenzando así un proceso de formación del Estado que no obstante estará condicionado por los instrumentos legales en la materia que la comunidad internacional había ido produciendo. Sin embargo, en las prácticas ancestrales respecto a la mujer y el niño, aparecen muchas veces obstáculos para garantizar los derechos de libertad e igualdad en dichas comunidades.

Tampoco Oriente y el continente asiático tendrán un rol decisivo en las convenciones sobre los derechos humanos, sino más bien un acompañamiento tardío a los mismos.

La Convención sobre los Derechos del Niño (una de las pocas convenciones sobre derechos humanos que goza de la ratificación casi unánime por parte de los Estados existentes) muestra en su redacción la complejidad que implica regular derechos para una comunidad internacional con tantas diferencias socioculturales y político-económicas. Y quizás fue el reconocimiento de esa complejidad lo que permitió a los Estados proponer un texto en muchos casos ambiguo o vago y que además deja la posibilidad a los mismos de presentar reservas o declaraciones y así evitar contradicciones aparentemente “insalvables” con sus propias culturas o inclusive sin tener que producir cambios sustantivos en ellas. El mejor ejemplo es quizás el propio concepto de interés superior, que si bien se lo pone como uno de los mayores principios en materia de infancia, no se lo define ni se regula su alcance de manera exacta y, por si esto no fuera suficiente, tampoco lo intenta imponer como la principal consideración a tener en cuenta, sino como una entre otras.

Durante estas primeras décadas de posguerra se fue construyendo un andamiaje legal de reconocimiento de derechos que no obstante no se materializó sino parcialmente y con algunos gobiernos puntuales hasta finales del siglo XX.

Entre los gobiernos que han avanzado en materia de derechos civiles y políticos de estos grupos vulnerables se encuentra el gobierno de Juan Domingo Perón en Argentina, que reconoce estos derechos y les da rango constitucional con la reforma de 1949; el de Getúlio Vargas en Brasil, o el de Jorge Batlle en Uruguay.

Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño surgirá en un período muy particular para el mundo entero. Los principios del Consenso de Washington regían las relaciones de los países desarrollados y en desarrollo y regulaban las acciones de los Estados subdesarrollados, poniendo límites a las mismas.

El Consenso de Washington⁴ es la creación más importante hasta el momento de dos instituciones que se instauraron a partir de los

⁴ Para ampliar información se recomienda: MARTÍNEZ RANGEL, R. y SOTO REYES GARMENDIA, E., “El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina”, en *Política y Cultura*, núm. 37, México, 2012, ps. 35-64.

acuerdos de Bretton Woods (1944): el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

Los acuerdos de Bretton Woods marcan el fin de la Segunda Guerra Mundial a partir de la proposición de un nuevo modelo económico, basado en el libre cambio y los acuerdos de comercio entre los países industrializados. Este acuerdo se propone sentar las bases de la nueva economía mundial, dejando atrás el proteccionismo característico de la economía mundial de entreguerras y para ello genera acuerdos de libre mercado entre países desarrollados y subdesarrollados, basados en un principio más antiguo, como es el de la división internacional del trabajo, ahora aplicado al mundo comercial: la división internacional de la producción.

Estos acuerdos dan origen a las dos entidades financieras que a partir de allí controlarían la economía mundial: el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Mientras el primero fija las bases para el desarrollo de los países subdesarrollados, el segundo va tejiendo una serie de acuerdos binacionales o multinacionales que garantizan el libre cambio como forma de operar y el dólar como moneda internacional.

El Consenso de Washington será entonces la primera propuesta global para el subdesarrollo, elaborada conjuntamente por ambos organismos, y se propuso públicamente como finalidad el colaborar para que los países salieran del subdesarrollo. Estaba formado por un conjunto de 10 medidas económicas que tenían como ejes centrales:

- Achicamiento del gasto público.
- Privatización de empresas estatales.
- Liberalización del comercio.
- Desregulación laboral.
- Disciplina fiscal.

El conjunto de medidas que se proponían planteaban una readecuación del destino de los fondos públicos que debía ir a la promoción del comercio a partir de la desregulación de las condiciones de trabajo, la apertura de los mercados y la limitación de los impuestos a la producción.

Este paquete de medidas iba acompañado por la toma de deuda

externa que era la que luego condicionaba a los países subdesarrollados a tomar dichas decisiones, bajo la sanción de que el órgano prestamista decidiera quitar la ayuda y cobrar en su conjunto la deuda, generando así el desfinanciamiento absoluto de dicho Estado.

Además de ello cabe resaltar que el préstamo era “formal” más que real, ya que parte del mismo no era sacado del FMI porque quedaba como reaseguro de pago y otra parte de él debía ser utilizado para cancelar deudas que el Estado tuviera en el extranjero, por lo que el dinero que en verdad entraba para reactivar la economía era ínfimo. Este mecanismo sigue funcionando hasta la actualidad de igual manera.

En un mundo de posguerra los países industrializados que habían transformado sus economías en economías de guerra se vieron obligados a reconvertirla y para ello protegieron sus economías nacionales y garantizaron el consumo masivo de sus producciones en el abastecimiento local.

En tanto los países productores de materias primas debieron sortear la dificultad de pagar muy caro los productos manufacturados e intentar reconvertir e industrializar sus economías para no depender de la producción externa. Esto fue posible en algunas partes como Europa del Este y parcialmente América Latina, pero no así en el África colonial.

Es por eso que cuando, en el marco de la Guerra Fría, América Latina pasa a ser importante para Estados Unidos, la intervención económica de este país del Norte sobre la región pasó a ser una de sus principales necesidades para controlarla. Por ello es también que estos organismos internacionales han tenido y tienen aún en la actualidad una injerencia muy fuerte en la región.

Estas dos situaciones, el fin de la Segunda Guerra Mundial y la aplicación de un nuevo modelo de economía global, encontrarán a lo largo de estas décadas discursos comunes y excusas compartidas para la intervención de países poderosos sobre países en desarrollo, sin que ello implique un verdadero interés por producir el desarrollo de estos últimos.

La infancia, como las mujeres, las personas con discapacidad o los ancianos, empiezan a aparecer en el discurso sobre los derechos que los Estados vulneran. Este discurso va a ser defendido tanto por los

propios gobiernos que desean inmiscuirse en asuntos de otros Estados como por grupos no estatales que desean reivindicarlos para garantizarlos al conjunto de la población.

En este marco es que empiezan a surgir tratados internacionales que al mismo tiempo dan herramientas a los Estados para poder intervenir “humanitariamente” las regiones, dan instrumentos legales a la sociedad civil para que reclame por sus derechos.

Con ello se produce una contradicción de discursos o modelos de intervención. Por un lado, la idea de un Estado sobreprotector pero al mismo tiempo invasor de los espacios de la vida privada, donde el Estado puede adoptar cualquier medida en relación con un niño, inclusive en contra de sus propios deseos y opiniones. Esta postura no abarca a la totalidad de la infancia sino sólo a aquellos niños que considera vulnerables, débiles, en conflicto con la sociedad. Es decir que además judicializa e institucionaliza al niño pobre. Equipara el concepto de pobreza con los de delincuencia, enfermedad, problema.

En este viejo paradigma el Estado se hace cargo sólo del joven que genera algún tipo de problemas al “normal desarrollo social” y su intervención persigue el fin de la “corrección”, “encarrilamiento”. No se permite la diversidad de opiniones, posturas, comportamientos, como parte integrante de la diversidad que producen los conflictos sociales y la interacción de intereses diversos.

La segunda postura, que surgirá con más fuerza a partir de la Convención, la de la protección integral del niño, hace eje en lo jurídico y buscará generar un conjunto de normas que garanticen un andamiaje de derechos que sean exigibles por el conjunto de los niños y así dotar de herramientas para la persecución y obtención de esos derechos.

Este nuevo paradigma dará lugar a la aparición de normas nacionales y provinciales que buscarán garantizar derechos, tratando de escuchar la opinión del joven y sus distintos intereses. Esta nueva postura, además de buscar limitar la acción del Estado en cuanto a las decisiones que se adoptan sobre el niño, lo hará con una mirada más amplia, discutiendo inclusive los modelos económicos, educativos y médicos de intervención sobre la infancia. No obstante, este nuevo paradigma no ha podido hasta la fecha sortear todas las trabas que las burocracias y la superposición de intereses generan frecuentemente en el trabajo cotidiano.

La Convención abrió las puertas para que luego a nivel nacional se adopten programas y se modifiquen leyes. En el caso argentino, como en muchos otros, esto vino acompañado no sólo de la legislación nacional sino también de legislación provincial en consonancia e inclusive reglamentaciones municipales. Muchas de ellas repiten la norma superior, pero a la hora de ejecutar las medidas concretas se observa superposición de medidas, falta de coordinación, doble gasto en algunas áreas y falta de presupuesto en otras. Esta mirada de “legalidad obsesiva” pone el foco en el reconocimiento formal de los derechos, pero deja de lado la promoción y efectivización de los mismos.

Bibliografía

- ANAYA MUÑOZ, Alejandro, “La construcción internacional de los derechos humanos: el papel de las relaciones internacionales”, en Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM (núm. 104), México, 2009.
- BORELLA, Guillermo, “Evolución del orden de Bretton Woods: 1945-2008. Implicancias para la gobernanza global”, en Cuadernos de Cátedra Relaciones Internacionales, Rosario, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, UNR, 2016.
- HUNTINGTON, Samuel P., “La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX”, Buenos Aires, Paidós, 1994.
- JUÁREZ CENTENO, Carlos, “Derechos humanos y relaciones internacionales: reflexiones sobre el entrecruzamiento de estas disciplinas en la teoría y prácticas internacionales”, en Anuario del CIJS (núm. 11), Córdoba, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC, 2008.
- MARTÍNEZ RANGEL, Rubí y SOTO REYES GARMENDIA, Ernesto, “El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina”, en Política y Cultura (núm. 37), México, 2012.

LA INFLUENCIA DE LOS CAMBIOS SOCIALES EN UN MODELO EDUCATIVO GLOBALIZADO DESDE LA TEORÍA CRÍTICA

INVOLUCIÓN O REVOLUCIÓN EDUCATIVA

por **BIBIANA ALICIA DE SOUZA BENTO¹**

SUMARIO: 1. Introducción 2. La resignificación de lo social. 3. La teoría crítica como potencialidad en el presente. 4. La globalización: involución o revolución frente a la exclusión social. 5. El docente y el alumno desde la ética de la comprensión a la luz de la teoría crítica, ante el proceso de deconstrucción de lo político-social. 6. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En el mundo actual asistimos a un proceso de globalización que ha borrado tanto las identidades nacionales como las de los habitantes de los Estados. El conocimiento se erige como la posibilidad de que el mundo se torne significativo para las personas y movilice sus potencialidades para transformar, especialmente desde el ámbito educativo en todos sus niveles, las situaciones negativas de opresión, estancamiento, enajenación, desilusión generalizada, en síntesis, la crisis en que vivimos.

¹ Docente adjunta de Derecho Constitucional I y II, Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho de la Vejez de la Facultad de Derecho de la UNR. Autora del Proyecto de Asignatura Optativa Derecho Municipal, de cursado efectivo durante los años 2014 a 2016. Vicepresidenta del Instituto de Derecho Público y Ciencia Política del Colegio de Abogados de Rosario. bentobibiana@hotmail.com; bentobibiana@yahoo.com.ar.

Abstract

In today's world we are witnessing a process of globalization that has erased the national identities and those of the inhabitants of the States. The knowledge stands as the possibility that the world becomes significant for people and mobilize their potential to transform, especially from the educational field at all levels, the negative situations of oppression, stagnation, alienation, generalized disappointment, in short, the crisis in which we live.

Palabras clave

Globalización. Educación. Teoría crítica.

Keywords

Globalization. Education. Critical theory.

1. Introducción

El conocimiento representa para las personas la posibilidad de apropiación de una selección del conocimiento que se ha generado por siglos en la humanidad, pero desde su recortada visión del mundo. El hombre se apodera de ese conocimiento, pero si se le presenta como una verdad absoluta y circunscripta a límites infranqueables, no se interroga sobre éste, no se problematiza.

Pero el sujeto se encuentra en el mundo y en su interacción con él hace que el mundo se torne significativo, puesto que la realidad se crea en torno a su presencia y la situación problemática que genera el conocimiento o es susceptible de crearlo hace referencia al conjunto de relaciones que de hecho se dan y tienen al sujeto como protagonista y referencia.

El conocimiento tiene importancia en cuanto le permite al hombre/mujer ubicarse en el mundo².

Del egocentrismo inicial el sujeto pasará al sociocentrismo, puesto que el eje de su vida se trasladará, con el paso de los años, al grupo, quedando

² EDWARDS, V., "El conocimiento escolar como lógica particular de apropiación y alienación", en Sandalau, sandalau.blogia.com/2008/110401-el-conocimiento-escolar-como-l-gica-particular-de-apropiaci-n-y-alienaci-n-ver-.php, 22-11-2018.

condicionado por el grupo educativo del que va a formar parte en todas las etapas de su formación, por lo que el educando no es en sentido estricto un “individuo”, sino que corresponde a un “tipo”, el de su clase o grupo educativo, cada uno de éstos con sus particularidades propias de la comunidad donde se desarrolla, del nivel educativo que se trate.

La pedagogía como disciplina, como campo de conocimiento o saber, atraviesa los mismos problemas de las ciencias sociales-humanas hoy, puesto que son temas que corresponden a una época y todo responde a un trabajo interdisciplinario, puesto que la filosofía y la psicología, por ejemplo, apuntan a los mismos problemas. Sociedad y sujeto son temas en discusión, tanto como las estructuras sociales y la construcción de las sociedades.

Todo se trata de un giro teórico o lingüístico que quiere aclarar de qué manera se construye lo social y la subjetividad, cómo el sujeto llega a ser sujeto social, lo que forma parte de las políticas públicas, que no pueden dejar de ocuparse de lo social.

Todo este proceso se da en la actualidad dentro de un proceso de cambio, que se ha dado en llamar globalización.

Ciuro Caldani ha dicho, en referencia al mundo donde vivimos:

Una nueva era de la historia se presenta en el sendero del hombre occidental. Aunque vivimos las mutilaciones de un proceso de globalización/marginación, estimamos que la enorme riqueza del valor humanidad, evidenciada de modo especial por Occidente, puede permitirle promover la empresa de integrar el universo total con el siempre significativo aporte de cada ser humano y de todas las culturas. Hay que saber si Occidente estará a la altura de las circunstancias en que se encuentra, aprovechando el ubérrimo complejo axiológico coronado por el valor humanidad para contribuir a la tarea de integrar a todos los seres humanos de las más diversas culturas, o bien incurrirá, como suele hacerlo todavía hoy, en un colonialismo destructor. Vale que saber, por ejemplo, si podrá integrar –dentro de lo que en cierto grado es su propio marco– a nuestro mundo latinoamericano, en el que incluso se juega gran parte de su propia identidad³.

³ CIURO CALDANI, M. Á., “Estudios de Historia del Derecho”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas-Asociación Cooperadora de la Facultad de Derecho de Azul, Buenos Aires, 2000, p. 210.

Es por ello que se impone el análisis de la influencia de los cambios sociales en un modelo educativo que se ha globalizado, y especialmente desde la teoría crítica, que se presenta como la apropiada para encontrar una

...configuración plural de conocimientos sobre el mundo social y sus estructuras y prácticas de dominación y sujeción, y para la ponderación coparticipada de sus potencialidades para informar y orientar la transformación de las situaciones de opresión y subordinación que critica, la tradición crítica podrá empeñarse en la búsqueda compartida de pistas, indicios y señales de futuros distintos, alternativos, y en la producción de “experiencias posibles” que permitan recrear la utopía crítica y el sentido de lo “por venir”⁴.

2. La resignificación de lo social

La resignificación como término general nos hace concebir una pérdida y plantearnos una recuperación. Se pierden los significantes y se ponen en juego nuevos valores, derechos y obligaciones que muchas veces no son concebidos como tales, tratando de abordar la nueva concepción de sociedad que se nos va presentando día a día.

¿Qué es el Estado hoy? Es una cuestión compleja. Hoy más que nunca han ido surgiendo nuevos movimientos sociales que redefinen la estructura del Estado y quienes “hacen” educación se nos presentan como verdaderos luchadores sociales, puesto que muchos de ellos pertenecen a estos movimientos y tratan de esforzarse para recuperar desde dentro la pedagogía posible.

Afloraron nuevas pedagogías de los saberes, que resultan absolutamente nuevas, puesto que han advertido que para poder “hacer”, en esta materia, es necesario conversar con el otro como un igual, reconocerlo como sujeto en el encuentro, ya que antes nunca pudo haber sido reconocido como tal.

Todo el movimiento se resume en un gran acuerdo social que resignifica hacia el desarrollo en un mundo básicamente subdesarrollado, haciéndose trascendente y luchando en medio de una multiculturalidad que a algunos parece dejarlos en el camino.

⁴ SUÁREZ, D. H., “Gramsci: la tradición crítica y el estudio social de la educación”, en *Cuaderno de Pedagogía Rosario*, núm. 10, 2002, s/p.

Fattore opinó que

El concepto de cambio social alude a la manifestación de una perturbación casual, proveniente del exterior en un sistema social que por lo general está equilibrado. La sociedad así perturbada aspirará a recuperar la situación de reposo. El cambio aparece entonces como transición entre dos situaciones normales de inmutabilidad...

Pero continúa con lo que parecería la conclusión más llana:

...ahora bien, sólo se consideran “cambios aceptables” las innovaciones que no rompan con los principios de organización dominantes. Si las variaciones rebasan esos límites, si no garantizan adaptativamente la continuidad “orgánica” del sistema, ingresan al rubro de las llamadas “disfunciones”⁵.

Es decir, van surgiendo nuevas realidades en las que el sistema estatal de base ideológico-político concluyó con una etapa y comenzó con otra que tiende a la liberalización, donde “El agotamiento de la metainstitución estatal acarrea un desmoronamiento: el de las instituciones que se reproducían no sólo en la lógica y en el ritmo estatal sino también en una ligazón funcional con el Estado”⁶.

Hace muchos años, Larroyo sostuvo que en la sociedad encontramos dos tipos de educación: una intencionada, que representa un avance en el desarrollo de la sociedad, y otra espontánea. Nos presentaba la función de las instituciones educativas pero a su vez señalaba la acción difusa que se da en la casa, en el resto de las instituciones sociales (iglesias, clubes, v. gr.), el pueblo y el Estado, más la influencia de otros factores, como los libros, los periódicos, el teatro –hoy agregaríamos el internet–, que constituyen lo que dio en llamar la educación general intencionada, y concluye:

Con todo, hay un carácter común en todo proceso educativo: ya sea espontánea o reflexiva, la educación es un fenómeno mediante el cual el individuo se apropia en más o en menos de la cultura (lengua, ritos

⁵ FATTORE, N., “Transformación. Cambio”, trabajo desarrollado por su autora como una publicación independiente de la Facultad de Humanidades y Artes de la Universidad Nacional de Rosario, 1998, s/p.

⁶ CORREA, C. y LEWKOWICZ, I., “Pedagogía del aburrido. Escuelas destruidas. Familias perplejas”, Paidós, Buenos Aires, 2010, p. 42.

religiosos y funerarios, costumbres morales, sentimientos patrióticos, conocimientos) de la sociedad en que se desenvuelve, se adapta al estilo de vida en que se desarrolla⁷.

Cabe aclarar que sólo se resignifica lo resignificable, y que aquello que hoy procuramos resignificar son los nuevos procesos sociales que, de hecho, pueden resistir nuestra resignificación.

La materia con la que debemos trabajar es humana, está viva, debemos entender al otro, y nos encontramos con la dificultad de que se deben historizar los conceptos y los problemas, para que tenga sentido la praxis, significando la arbitrariedad un recorte, muchas veces sin sentido y otras veces necesario.

Parafraseando a Laclau, Kreichman se dedicó al análisis de la naturalización de lo político y lo social, poniendo su enfoque en la ciencia por sobre la religión, como modo de comprender lo real y sus eventos, y se interrogó, como Laclau, sobre cómo para la ciencia éstos podían ir más allá de sí y adquirir un carácter universal. Ello se explica de la siguiente manera: "...si lo real es concebido como una totalidad que tiene un mecanismo propio y natural que la genera como tal...", no obstante la intervención del hombre, sin él lo real continuaría existiendo, oponiéndose este autor a la "...naturalización del sujeto y lo social a los cuales los comprende desde una dimensión política, histórica, cultural"⁸.

El problema es quedarse sin presente y sin futuro, no sin historia, y para ello es necesario "romper" con los saberes hegemónicos, poniendo el énfasis en el obrar humano con libertad, sin cerrar las posibilidades de cambio, dentro de las perspectivas posmodernas.

Como alguna vez dijo Braslavsky, cuando hablamos de democracia y la educación para ella,

...no es simplemente, ya tal vez ni siquiera centralmente, transmitir ideología democrática a través del sistema educativo sino recuperar la responsabilidad enajenada de la sociedad y del Estado respecto de la educación: transformarla en un camino central para la producción y distribución de conocimientos. De esta manera el sistema educativo repro-

⁷ LARROYO, F., "Historia general de la Pedagogía", Porrúa, México, 1950, p. 36.

⁸ KREICHMAN, R. B., "Ernesto Laclau: la noción del discurso y la deconstrucción de lo político-social", trabajo desarrollado en el Instituto de Lingüística de la UBA, 1995, s/p.

ducirá elementos indispensables para producir cambios, aunque no debe deducirse de eso que con la sola educación esos cambios llegarán a concretarse. En cierto sentido la educación reproductora es una condición necesaria pero no suficiente para la educación transformadora, que lo es a su vez para cambios útiles a una nueva práctica económica, política y social...⁹

3. La teoría crítica como potencialidad en el presente

A diferencia del pasado fin de siglo, en el cual se perfilaban dos grandes utopías –del progreso capitalista y la socialista–, las cuales devinieron historia durante el siglo XX, hoy en día existe ausencia de utopías y proyectos políticos y sociales que de ellas devengan. El neoliberalismo, en sus distintas formas, se erige como proyecto económico-político dominante, mas no se caracteriza por la riqueza de sus planteamientos sociales y políticos; en estos sentidos su pobreza es evidente. Lo que tenemos es una crisis estructural generalizada de largo alcance¹⁰.

De Alba sostiene que toda esta situación genera la proliferación de significantes flotantes, que hacen que se pierdan de vista los significantes maestros que dieron origen y continuidad a las sociedades, pero esta crisis constante en la que aún parece que vivimos genera la posibilidad de transformación, donde pueden olvidarse los prejuicios del pasado y no existen teorías como verdades absolutas.

La posibilidad de construir sobre lo destruido y elaborar discursos emancipatorios puede dar lugar a lo que se dio en llamar teoría crítica.

La teoría crítica de la educación es una construcción teórica, como todas las teorías, que se refiere al ámbito de los fenómenos educativos, haciendo suyos los presupuestos de la teoría crítica para que luzcan vívidos en la práctica educativa.

Sáenz Del Castillo sostiene que

Esta relación no es una relación jerárquico-impositiva de la teoría hacia

⁹ BRASLAVSKY, C., “Educación y sociedad”, conferencia en el Irice, 1984.

¹⁰ DE ALBA, A., “Educación: contacto cultural, cambio tecnológico y perspectivas posmodernas”, texto presentado en la XLI Reunión Anual de la Comparative and International Education Society, “Educación, Democracia y Desarrollo en el fin de siglo”, México D. F., 19 a 23 de marzo de 1997.

la práctica, sino una relación dialéctica. Buscar una coherencia entre las formas de entender el mundo, la sociedad, el sujeto [...] que sirva de referente en el quehacer educativo cotidiano, en el proceso de transmisión de conocimientos, en las formas en las que se concretan las actuaciones del profesor¹¹.

Entender al mundo es difícil y la educación se nos presenta como el camino posible para hacerlo; no obstante, está en crisis, con fundamento en una “sociedad enferma” como ha dicho Puiggrós. El concepto de crisis de la educación proviene del discurso político generado a partir de la Segunda Guerra Mundial, el que se basaba en una categoría de “disfunciones”, acuñada por Durkheim, el que supone la exclusión de parte de los ciudadanos de los procesos significativos en la construcción de los espacios públicos, ya sea como se ha dado en América del Sur por los desiguales desarrollos de las sociedades, las soberanías incompletas, la imposibilidad de cierre de discurso, donde fundamentalmente concurrieron tres factores para los resultados que están a la vista en nuestro continente: “1) el proceso de agotamiento de los paradigmas educativos modernos, que recorre desde Estados Unidos hasta el Japón y desde Rusia hasta México; 2) la acumulación de disfunciones [...] 3) los efectos de las políticas de ajuste, organizadas desde el neofuncionalismo pedagógico”, lo que profundiza las diferencias, afectando a los individuos sociales y educacionales, en cuanto a sus vínculos, la generación de subculturas y lenguajes particularizados, las dificultades funcionales en lo laboral, educativo y hasta familiar, cuando no la caducidad de valores y de normas, y con ello de derechos, todo ello resultado del neoliberalismo que niega el conflicto como constitutivo e intrínseco de lo social¹².

La teoría crítica de la educación va a ser el resultado de la crisis teórica del modelo de la reproducción social y cultural y propondrá dos momentos fundamentales e indisociables

...del proyecto emancipador de la educación liberadora. Acercando al campo educativo los principios teóricos de la Escuela de Frankfurt y

¹¹ SÁENZ DEL CASTILLO, A. Á., “Teoría crítica y educación”, en *educritica.idoneos.com/335283*, 22-11-2018.

¹² PUIGGRÓS, A., “Volver a educar. El desafío de la enseñanza argentina a finales del siglo XX”, Ariel, Buenos Aires, 1995, ps. 37 y ss.

del marxismo culturalista inspirado en las reflexiones e intuiciones de Gramsci, y estimulada por los resultados de la etnografía crítica de grupos culturales de resistencia y oposición, los pedagogos críticos formularon la necesidad de considerar, al mismo tiempo, el “momento de la crítica radical” de las formas de opresión, dominación y subordinación que estructuran y reproducen el discurso y las prácticas educativas hegemónicas, y el “momento de la posibilidad” para la promoción política y la producción efectiva de las experiencias pedagógicas colectivas alternativas a las dominantes y que disputen su hegemonía¹³.

La pedagogía crítica abre el camino hacia nuevas formas de análisis social, que eluden el reducir temas como la ética y la justicia social a cuestiones epistemológicas, de manejo de grupos, de capital monetario, de conductas, y se orientan hacia la autocrítica, el extrañamiento de las convenciones, que ponen en duda la realidad, que fundamentalmente reflexionan y generan una subjetividad crítica por parte de los educadores y de los educandos, fomentando una metodología que tienda a investigar las formas de opresión en la sociedad y en las instituciones educativas, poniendo en evidencia las formas de dominio y explotación constantes y sistemáticas que provienen del discurso hegemónico, haciendo valer la cultura desde su punto de vista crítico, rompiendo, contradiciendo y oponiéndose contra los discursos en disputa y produciendo su recreación¹⁴.

Giroux propone alcanzar la conciencia crítica por parte de educadores y educandos a través de la práctica, tratando de responder así a los problemas sociales del mundo actual, todo ello fundamentado en una reflexión consciente, que no deje de tener presente que la relación entre ideología y pedagogía siempre supone una situación problemática, que puede ser resuelta desde el punto de vista crítico a través de la reacción apropiada y tienda al

...desarrollo de habilidades y formas de conocimiento necesarios para la transformación activa de la sociedad. Esto significa analizar el complejo de instituciones y prácticas en términos de cómo afectan a los

¹³ SUÁREZ, op. cit.

¹⁴ MAC LAREN, P., “Pedagogía crítica. Resistencia cultural y la producción del deseo”, Cuadernos Rei Argentina, Buenos Aires, 1984, ps. 18 y ss.

estudiantes de diferentes clases sociales y cómo son capaces de evaluar el nivel de efectividad posible para trabajar dentro de tales instituciones [...] Cualquier pedagogía radical [...] debe preocuparse por dar respuesta a cómo se determina o cuándo puede ser más productivo funcionar en algunas situaciones que en otras¹⁵.

En esta teoría donde el cambio y la transformación tienen su lugar de privilegio y se presentan más que como potencialidad como realidad en el presente aparece la práctica para la construcción de nuevos significantes basados en la experiencia, la superación, la idea de comunidad, la revitalización de los principios y derechos humanos, la conceptualización de transformación desde lo concreto, dependiendo del contexto donde se desarrolle el individuo, lo que inevitablemente sucede en este mundo globalizado.

“La sociedad civil mundial o global todavía está en formación y abarca una gran variedad de sociedades contemporáneas al Este y al Oeste, pobres y ricas, centrales y periféricas, desarrolladas y subdesarrolladas, dependientes y asociadas...”, donde el concepto que surge es más el de ciudadanía planetaria que el de ciudadanía global, puesto que pertenece al planeta y no al proceso de globalización, y es en estas instancias que la lucha y la confrontación, representativas de la teoría crítica, deberán reencauzarse para que el discurso sea relevante, concreto y motivador¹⁶.

4. La globalización: involución o revolución frente a la exclusión social

En un país desigual la educación puede igualar, reza muchas veces el *slogan* de las agrupaciones estudiantiles. Pero la igualdad es la situación de paridad recíproca entre dos o más personas, lo que es difícil lograr en momentos de crisis; sin embargo, es precisamente en estos momentos cuando se fijan nuevos significantes y se establecen nuevas fronteras.

¹⁵ GIROUX, H. A., “Teoría y resistencia en educación. Una pedagogía para la oposición”, Siglo Veintiuno, México, 1992, ps. 212 y conc.

¹⁶ GADOTTI, M. y colabs., “Perspectivas actuales de la educación”, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2003, ps. 99 y ss.

Laclau expresa que lo que pone en cuestión la situación de la pos-modernidad es la forma como se construyen las identidades sociales y culturales, su *status* y lógica, no que ellas se discriminen o escojan unas en perjuicio de otras. Los límites de la modernidad estarían dados por una nueva estructuración de sus temas y categorías, y hasta una modificación del mismo lenguaje para adaptarse a ellos¹⁷.

El Estado moderno aparece atrapado dentro de una red de interdependencia global, que puede o no favorecerlo, como a sus habitantes, pues cada vez puede cumplir menos fines sin recurrir al contexto internacional, que tiene como inesperada pero concreta consecuencia el avasallamiento de las soberanías estatales y la inescindibles implicancias sobre los derechos del pueblo. La dinámica de los Estados y la sociedad se encuentra actualmente alterada por los procesos de interconexión global y las tomas de decisiones dejaron de pertenecer libremente a cada uno de los Estados, ya que estamos frente a una multiburocracia donde la sociedad internacional se diferencia de un Estado supranacional dominador y avasallante de las identidades nacionales.

“La globalización es retratada como una fuerza homogeneizante, que lima la diferencia política y las capacidades de los Estados-Nación para actuar en forma independiente en la articulación y concreción de sus objetivos de política doméstica e internacional: el Estado-Nación territorial parece afrontar la decadencia o la crisis”¹⁸. Hace alusión a situaciones y procesos que se producen en un punto específico del orbe, que se organiza en bloque, y que afectan a la totalidad de los habitantes y países del mundo. La globalización es compleja, completamente dinámica y constantemente atraviesa y es atravesada en múltiples dimensiones, cambiando sus manifestaciones conforme los contextos sociales y sus características particulares¹⁹.

La globalización nos interesa en cuanto a su relación con la educación, con el contacto cultural y el cambio tecnológico con respecto

¹⁷ Laclau construye el tema con coherencia en su conocida obra “Politics and the Limits of Modernity”, A. Ross, Minneapolis, 1998.

¹⁸ HELD, D., “La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita”, Paidós, Buenos Aires, 1997, ps. 48, ss. y conc.

¹⁹ DE ALBA, op. cit.

a las perspectivas posmodernas, para la construcción de nuevos espacios públicos en donde puedan desarrollarse los ciudadanos; no obstante, puesto que la educación debe ser promotora del cambio social, y como dice González, es importante saber dónde nos colocamos colectivamente como sujeto y cómo vemos la realidad, ya que todos somos diferentes y es necesario aceptar la diferencia. Como bien sostiene, la Escuela de Frankfurt nos propone un programa integral, interdisciplinario, que abarca educación, economía, política; lo que debería ser suficiente para dar respuestas, no obstante, subsiste como un problema no resuelto muchas veces, y no sólo porque falten palabras y teorías explicativas, sino por el desborde que produce una pregunta difícil de responder en estos tiempos que se caracterizan por su transcurso global: ¿progreso o marginación?²⁰

La respuesta es difícil puesto que la transformación alcanza pero no beneficia a todos, ya que los que sufren necesidades, desacomodamientos o estancamientos tanto en lo material como en lo espiritual y dentro de lo último en cuanto a las libertades de manifestación ya no dependen de sus propios Estados nacionales sino de la comunidad internacional, ya que “...los procesos de globalización en sí mismos no conducen necesariamente a una mayor integración global, esto es, a un orden mundial caracterizado por una sociedad y una política homogéneas y unificadas. La transformación local es tanto un elemento de la globalización como la extensión lateral de las relaciones a través del tiempo y el espacio”²¹.

En un mundo globalizado los derechos más expuestos son los sociales, y en su dinamismo, la fluctuación entre la atracción y expulsión de las grandes estructuras mundiales señalará el “estado del arte”, donde asumirá trascendencia el “...significado trascendental de la justificación nacional que es un programa de enseñanza como instrumento de educación que funcione, o de desarrollo del currículum y enseñanza como

²⁰ Conforme sostuvo la pedagoga Dora González, y acierta con su cuestionamiento, en oportunidad del dictado de un “Seminario sobre teorías pedagógicas contemporáneas”, desarrollado en la Facultad de Humanidades y Artes (UNR) en 2010. Formula una pregunta de difícil respuesta, ya que es complicado asumir nuestra posición en el mundo y menos comprender al otro... y respetarlo.

²¹ HELD, op. cit., ps. 48, ss. y conc.

una empresa práctica...”, pero que no reproduzcan las pautas educativas existentes, sino que en realidad signifiquen cambio y progreso²².

5. El docente y el alumno desde la ética de la comprensión a la luz de la teoría crítica, ante el proceso de deconstrucción de lo político-social

Comprender de forma desinteresada sin esperar nada a cambio es complicado y aún más complicado es descubrir los problemas y solucionarlos desde la rigidez que supone un estatuto científico, donde nos obligamos a asumir una posición epistemológica determinada y determinante.

Es así que la teoría crítica propone una educación liberadora de los antiguos vallados que impedían y en algunos ámbitos continúan impidiendo acceder al horizonte de posibilidades que significa la dualidad saber-poder, que con rigidez lucha por no romperse.

Suárez sostiene que para acceder al punto de comprensión que dará lugar a la configuración de pensamientos y conocimientos críticos capaces de provocar cambios, reemplazando los paradigmas construidos sobre la propuesta hegemónica, no se deben desperdiciar saberes, experiencias y realidades de distintos sujetos sociales, siendo necesaria la toma de conciencia “...de que, en tanto forma de saber y comunidad de prácticas y discursos, forma parte de una ecología más amplia de saberes en la que el conocimiento científico es uno entre otros y puede dialogar con el saber laico, con el saber popular, con el saber de los indígenas, con el saber de las poblaciones urbano-marginales, con el saber de los ‘prácticos’...”, que “...pueden desarrollarse y transformarse en armas de lucha democrática y de cambio”. Todo ello será posible debido al sentido inmanente de resistencia que se genera en estos grupos y que conllevan un “...trabajo de deconstrucción y reconstrucción críticas...”²³

Dentro de esta lucha también hay que retomar los conceptos de contacto cultural como el intercambio de bienes culturales y la inte-

²² CHERRIHOLMES, C. H., “Poder y crítica. Investigaciones posestructurales en educación”, Ediciones Pomares-Corredor, Barcelona, 1999, p. 65.

²³ SUÁREZ, op. cit.

relación entre individuos y grupos de distintas culturas y con diferentes códigos, y cuyas características son la relacionalidad –se relacionan precariamente los distintos elementos–, el conflicto –dificultades de los sujetos para establecer comunicación–, la desigualdad –sujetos diferentes suponen poderes diferentes–, y la productividad –se resignifican las identidades en el contacto–. Este contacto cultural será el punto de partida de nuevos espacios sociales, entre ellos, el espacio público, con sus propias características: “...la circulación de información transparente, accesible a todos aquellos que tengan acceso al espacio; b) por la posibilidad de intercambiar ideas, opiniones, argumentaciones, acerca de la información, y c) por la posibilidad de tomar acuerdos y emprender acciones en relación con la información y la discusión sobre ésta”²⁴.

A estos nuevos desafíos asoma la sociología de la educación y su materia, donde docentes y alumnos forman parte del “realismo” educativo, donde el pensamiento crítico, ante la ruptura del acuerdo educativo socialdemocrático, puede demostrar que “...no puede haber esperanza de compatibilidad entre desarrollo personal e igualdad cuando resulta evidente que a algunos el ‘desarrollo personal’ no les lleva a ninguna parte, mientras a otros les conduce a posiciones de alto privilegio, y hay otros todavía que comparten esas posiciones de privilegio por el único esfuerzo de su nacimiento. Está el mundo de la diferencia entre la igualdad real en la vida, de la expresión y el potencial de todos los seres humanos, y está la simple igualdad de oportunidades clavada en el mástil de la reforma educativa. Esta última promete, en el mejor de los casos, sólo la posibilidad fraccional de llegar a pertenecer a la minoría ganadora”²⁵. Estas sabias palabras de Willis mueven el alma ante la pérdida de solidaridad, razonabilidad y comunicación entre los diversos actores sociales.

La sociedad que hoy tenemos es el resultado de cada uno de los procesos históricos que nos precedieron y de los que nacen con cada día, donde se impone la búsqueda de la justicia social, fundada en la

²⁴ DE ALBA, op. cit.

²⁵ WILLIS, P., “Producción cultural y teorías de la reproducción”, en FERNÁNDEZ ENGUITA, M. (ed.), *Sociología de la educación*, Ariel, Barcelona, 1999, ps. 640-659.

posibilidad de la satisfacción de las necesidades, no desde la represión y el miedo, sino desde la reivindicación práctica de las teorías sociales y educacionales, todo ello sujeto a la elaboración de una ética de la comprensión basada en la integración, el desarrollo moral de educadores y educandos, la identidad de los mismos, su inserción comunitaria y la revaloración de los principios y derechos que forman parte del reconocimiento de las diferencias y la revalorización del otro, que no claudique en la consecución de la utopía, que no abandona la teoría crítica, a la que coadyuva considerar a los profesores como intelectuales transformativos con función social fundada en la visión de "...las escuelas como lugares económicos, culturales, sociales, inseparablemente ligados a los temas del poder y el control", ya que ellas "...representan formas de conocimiento, usos lingüísticos, relaciones sociales y valores que implican selecciones y exclusiones particulares a partir de la cultura general. Como tales, las escuelas sirven para introducir y legitimar formas particulares de la vida social"²⁶.

En conclusión, es de anhelar que la deconstrucción del ideario social-político no sea simplemente una destrucción de lo construido, sino también el camino para pensar en otra realidad donde vivienda digna no signifique usurpación de un territorio particular o de uso público, educación no sea sinónimo de un plato de comida en las escuelas, docente y alumnos no respondan a términos predefinidos por la ideología de turno, aprender no suponga aprehender y la sociedad deseada no sea concebida por varios como la expulsiva del diferente.

6. Conclusiones

- a) La crisis de la educación es consecuencia de la crisis social general, lo que produce cambios conceptuales, a veces difíciles de entender.
- b) El conocimiento adquiere importancia en cuanto resulte significativo y pueda suscitar en el hombre una voluntad de desarrollo, a fin de encontrar y mantener su lugar en la sociedad.

²⁶ GIROUX, H. A., "Los profesores como intelectuales. Hacia una pedagogía crítica del aprendizaje", Paidós, Barcelona, 1997, p. 177.

- c) La educación debe entrenar habilidades que permitan al ciudadano incorporarse en el ritmo vertiginoso del mundo actual, desmembrado por el proceso de globalización.
- d) La conducta es el efecto de todos los factores coexistentes en un tiempo determinado, pero en un proceso de globalización la tensión social puede generar un proceso de involución en vez de revolución educativa, especialmente por la falta de entendimiento de los actores, lo que se observa en la tensión docente-alumno, que trata de resolver la teoría crítica, donde más allá de la “crítica” a la escuela –y con ella al sistema educativo– sostiene que ésta es un derecho conquistado por el hombre en algún punto y la recuperan como espacio de construcción del ciudadano, desmitificando las posiciones alrededor de la educación.
- e) La teoría crítica es trascendente, entre otros méritos, por haber puesto en mira la discriminación de las clases sociales.
- f) La experiencia nunca está más allá de lo que podamos pensar de ella, y es ordenada por la teoría, no obstante que la mayoría de los docentes opinan que la teoría no les dice nada de la práctica.
- g) Lo importante es ver la vida como acción en el mundo, desvelando sus verdades.
- h) La pedagogía crítica inaugura el discurso liberador, aunque ningún discurso sea liberador de por sí, puesto que el “solo decir” no va a lograr que el otro se mueva de lugar. Los críticos politizan el pensamiento, el que se transforma en contingente y variable conforme los cambios sociales se van sucediendo.
- i) El discurso de transformación y emancipación social ayuda a recorrer el mundo de las apariencias y penetrar en lo social.
- j) El alejamiento de los imperativos de las leyes universales propicia el cuestionamiento social y con él es posible el cambio.
- k) La teoría crítica se presenta como una válida respuesta a la opresión, a la búsqueda de un mundo mejor donde todos puedan desarrollar sus capacidades y reivindicar el principio de la libertad humana, creando una sociedad más justa.

- l) La pedagogía crítica está en constante evolución, la que se enriquece con la condición de parcial de todo conocimiento y la deconstrucción que deben realizar profesores y alumnos de su propia experiencia.
- m) Todos los procesos de comunicación son perfectibles, el tema es lograr una buena comunicación en el ámbito socioeducativo, reivindicando la axiología, como base de todo progreso humano.

Bibliografía

- BRASLAVSKY, Cecilia, “Educación y sociedad”, conferencia en el Irice, 1984.
- CHERRIHOLMES, Cleo H., “Poder y crítica. Investigaciones posestructurales en educación”, Barcelona, Ediciones Pomares-Corredor, 1999.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Historia del Derecho”, Buenos Aires, Fundación para las Investigaciones Jurídicas-Asociación Cooperadora de la Facultad de Derecho de Azul, 2000.
- CORREA, Cristina y LEWKOWICZ, Ignacio, “Pedagogía del aburrido. Escuelas destruidas. Familias perplejas”, Buenos Aires, Paidós, 2010.
- DE ALBA, Alicia, “Educación: contacto cultural, cambio tecnológico y perspectivas posmodernas”, texto presentado en la XLI Reunión Anual de la Comparative and International Education Society, “Educación, Democracia y Desarrollo en el fin de siglo”, México D. F., 19 a 23 de marzo de 1997.
- EDWARDS, Verónica, “El conocimiento escolar como lógica particular de apropiación y alienación”, en Sandalau, sandalau.blogia.com/2008/110401-el-conocimiento-escolar-como-l-gica-particular-de-apropiaci-n-y-alienaci-n-ver-.php, 22-11-2018.
- GADOTTI, Moacir y colabs., “Perspectivas actuales de la educación”, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2003.
- GIROUX, Henry A., “Los profesores como intelectuales. Hacia una pedagogía crítica del aprendizaje”, Barcelona, Paidós, 1997.
- “Teoría y resistencia en educación. Una pedagogía para la oposición”, México, Siglo Veintiuno, 1992.
- GONZÁLEZ, Dora, “Seminario sobre teorías pedagógicas contemporáneas”, Rosario, Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional de Rosario, 2010.

- HELD, David, "La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita", Buenos Aires, Paidós, 1997.
- KREICHMAN, Raquel B., "Ernesto Laclau: la noción del discurso y la deconstrucción de lo político-social", Buenos Aires, Instituto de Lingüística de la UBA, 1995.
- LACLAU, Ernesto, "Politics and the Limits of Modernity", Minneapolis, A. Ross, 1998.
- LARROYO, Francisco, "Historia general de la Pedagogía", México, Porrúa, 1950.
- MAC LAREN, Peter, "Pedagogía crítica. Resistencia cultural y la producción del deseo", Buenos Aires, Cuadernos Rei Argentina, 1984.
- PUIGGRÓS, Adriana, "Volver a educar. El desafío de la enseñanza argentina a finales del siglo XX", Buenos Aires, Ariel, 1995.
- SÁENZ DEL CASTILLO, Andrés Ángel, "Teoría crítica y educación", en educritica.idoneos.com/335283, 22-11-2018.
- SUÁREZ, Daniel H., "Gramsci: la tradición crítica y el estudio social de la educación", en Cuaderno de Pedagogía Rosario (núm. 10), 2002.
- WILLIS, Paul, "Producción cultural y teorías de la reproducción", en FERNÁNDEZ ENGUITA, Mariano (ed.), *Sociología de la educación*, Barcelona, Ariel, 1999.

EL PRIMER PLAN DE ESTUDIOS DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNL (1959)

por ARACELI M. DÍAZ¹

A Sonia Bellotti de Podestá, mi maestra

¿Acaso no sentimos un soplo del aire que envolvía a quienes estuvieron antes? ¿Acaso no hay en las voces que escuchamos un eco de aquellas ahora enmudecidas? [...] Si es así, entonces existe un acuerdo secreto entre las generaciones pasadas y la nuestra.

WALTER BENJAMIN

SUMARIO: 1. Antecedentes institucionales. 2. Datos formales del plan. 3. Análisis y comentarios del plan 1960. 3.1. Características del plan 1960. a) El abogado con especialidad en empresas. b) Asignaturas. c) El Consultorio Jurídico Gratuito y la extensión universitaria. d) La investigación y el Seminario. e) El Ciclo de Enseñanza Práctica. 3.2. La aplicación del plan de estudios. 4. El Doctorado en Jurisprudencia. 5. La comunidad universitaria. 5.1. Los docentes. 5.2. Docentes del Ciclo de Enseñanza Práctica y Seminario. 5.3. Los no docentes. 5.4. Nos, las y los estudiantes. 5.5. Integrantes de la Comisión especial para gestionar la transformación de la Escuela de Derecho en Facultad. 6. Palabras finales. Bibliografía. Anexo.

¹ Abogada. Maestranda en Educación Universitaria. Docente titular del Seminario de Metodología de la Investigación, con extensión de funciones a Negociación y Mediación de la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, UNR. Coordinadora del Área del Abogado del Niño del Colegio de Abogados de Rosario.

Resumen

En este trabajo hemos intentado presentar a la memoria de nuestra Facultad el primer plan de estudios de Abogacía y mostrar su originalidad. No sería posible hacerlo sin insertarlo en el momento histórico, sus actores y la simultaneidad con el hecho de la creación de la Escuela de Derecho de Rosario. Hemos recurrido a documentos casi inhallables y a nuestra memoria.

Abstract

In this work we have tried to present to the memory of our Faculty the first law curriculum and show its originality. It would not be possible to do so without inserting it into the historical moment, its actors and the simultaneity with the fact of the creation of the Rosario Law School. We have resorted to almost untraceable documents and our memory.

Palabras clave

Plan de estudios. Trabajos prácticos. Escuela. Extensión. Investigación.

Keywords

Curriculum. Practical jobs. School. Extension. Research.

1. Antecedentes institucionales

Nuestra Facultad de Derecho nació como Escuela de Derecho de la entonces Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral², en la Asamblea Universitaria del 27 de junio de 1959³.

En 1968 se convirtió en Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (todavía dependiente de la UNL) en razón de la incorporación a la Facultad

² En adelante UNL.

³ La carrera de Abogacía en Rosario es la 7ª de las universidades nacionales (antes Córdoba, Buenos Aires, La Plata, Litoral, Tucumán y Corrientes).

de la Escuela de Ciencia Política y Relaciones Internacionales y luego, el 1º de enero de 1969, el Instituto de Sociología que antes estuvo en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNL, de nuestra ciudad.

En 1968 se creó la Universidad Nacional de Rosario (UNR)⁴ –su Estatuto se aprobó por decreto 1859 del Poder Ejecutivo nacional (en adelante PEN) el 15 de marzo de 1968– y en 1973 la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, por lo que nuestra Facultad pasó a llamarse Facultad de Derecho.

En este trabajo desarrollaremos, específicamente, los aspectos vinculados a nuestro primer plan de estudios, aprobado en 1959 y reconocido como plan 1960.

El primer plan de estudios no fue el mismo que tenía la UNL en su Facultad instalada en la ciudad de Santa Fe sino que, desde el principio, tuvo un plan distinto y novedoso. Un plan que tenía importante raigambre en el seno de la ciudad en que se instalaba, pujante, con innumerable cantidad de empresas pequeñas, muchas de ellas metal-mecánicas, que ya tenía otros institutos académicos importantes, algunos de ellos anteriores a la creación de la UNL, como Ciencias Médicas, Farmacia y Ramos Menores, Ciencias Matemáticas, Físico Químicas y Naturales aplicadas a la Industria, Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas, Facultad de Odontología y Facultad de Filosofía y Letras (hoy Humanidades y Artes). En Rosario funcionaban, además, la Escuela de Arquitectura y Urbanismo, la Escuela Superior de Comercio, el Curso de Peritos Calígrafos y la Escuela Industrial Superior de la Nación.

Ese plan fue formulado predominantemente por un grupo de profesores rosarinos que eran docentes en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL y otros abogados de Rosario que se destacaban en diversas especialidades del Derecho.

⁴ A la fecha de creación de nuestra Universidad ya había 8 universidades nacionales: Universidad Nacional de Córdoba (1613-1856), Universidad de Buenos Aires (1821), Universidad Nacional de La Plata (1905), Universidad Nacional del Litoral (1919), Universidad Nacional de Tucumán (1921), Universidad Nacional de Cuyo (1939), Universidad Nacional del Sur (1956) y Universidad Nacional del Nordeste (1956). La Universidad Tecnológica Nacional se creó en octubre de 1959 (datos extraídos de la “Guía de carreras de grado”, editada por el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación, 1998, sin otros datos editoriales, p. 10).

2. Datos formales del plan

Mediante resolución del Consejo Directivo 921 del 23 de octubre de 1959 se aprobó en la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la UNL lo siguiente:

Expte. 17-E-59 –Resol. N° 921 CD– Rosario, 23 de octubre de 1959.
Visto: La resolución dictada por la Asamblea Universitaria del 27 de junio último (Expte. 80693 y agrs.) por la que se crea en esta ciudad una Escuela de Derecho, bajo la dependencia de esta Facultad, a la que se encomiendan las tareas inherentes a su organización y funcionamiento; El despacho producido por la comisión especial designada por resolución N° 859 CD, del 31 de julio último, para proyectar el plan de estudios y organización de la Escuela, y Lo dispuesto en el art. 14, inc. u), del Estatuto de la Universidad, *el H. Consejo Directivo de la Facultad resuelve:*

1° Solicitar al H. Consejo superior de la Universidad la aprobación del siguiente plan de estudios de la Escuela de Derecho dependiente de esta Facultad:

I. *Abogacía.*

Primer año. Introducción al Derecho; Derecho romano; Derecho Civil I; Historia constitucional argentina; Fundamentos de Contabilidad (Privada y Pública).

Segundo año. Derecho civil II; Derecho constitucional; Derecho Penal I; Economía Política.

Tercer año. Derecho civil III; Derecho Comercial I; Derecho penal II; Derecho administrativo; Derecho Procesal I; Finanzas.

Cuarto año. Derecho civil IV; Derecho comercial II; Derecho del trabajo y de la seguridad social; Derecho Procesal II; Derecho Público Provincial y Municipal; Derecho tributario.

Quinto año. Derecho civil V; Derecho comercial III; Derecho agrario, de Minería y de la energía; Derecho internacional público; Derecho político.

Sexto año. Derecho civil VI; Derecho internacional privado; Derecho de la navegación; Filosofía del derecho; Organización de empresas.

II. *Doctorado en jurisprudencia:* Sociología; Derecho civil comparado; Derecho comercial comparado; Derecho público comparado. Tesis.

2° Comuníquese, cópiese, etc.

Fdo. Samuel Gorban, Decano.

Con idéntico contenido curricular, en ambos estudios (la carrera de Abogacía y el Doctorado), el Consejo Superior de la UNL aprobó los planes propuestos, y en su encabezamiento dice:

Expte. N° 80693/39: a) Santa Fe, 7 de noviembre de 1959. Vista la resolución N° 921 CD dictada por el H. Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas, en fecha 23 de octubre del corriente año, solicitando la aprobación del plan de estudios de la Escuela de Derecho dependiente de la misma, y teniendo en cuenta lo aconsejado por la Comisión de Enseñanza, *el H. Consejo Superior* Resuelve:

1° Aprobar el siguiente plan de estudios de la Escuela de Derecho dependiente de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas [...] [aquí repite los contenidos de la carrera de Abogacía y del Doctorado en Jurisprudencia] 2° Inscribase, comuníquese, tomen nota Sección Personal, Sección Diplomas y Legalizaciones y Oficina de Difusión e Intercambio Cultural y agréguese a sus antecedentes.

Fdo. Josué Gollan, Rector.

El plan tuvo una reforma en 1967. Tengamos en consideración que el 28 de junio de 1966 se había producido un golpe de Estado por parte del ejército que se autodenominó “Revolución Argentina”, que derrocó al gobierno democrático del presidente Arturo Illia.

En el período comprendido entre el 28 de junio de 1966 y el 25 de mayo de 1973 las universidades se gobernaron mediante interventores designados sin ningún trámite democrático en el que intervinieran los claustros docentes, estudiantiles y graduados, ni respetando los estatutos de las distintas universidades nacionales⁵.

Este gobierno de fuerza, entre algunas de sus primeras medidas, dispuso la intervención de las universidades nacionales. Lo hizo por decreto-ley 16.912 del 29 de julio de 1966. La intervención puso a las universidades y sus unidades académicas en manos de interventores y se prohibió la existencia de agrupaciones estudiantiles y actividades político-estudiantiles. Se introdujo el examen de ingreso a las facultades.

⁵ Recomendando la lectura del artículo de las investigadoras DE LUCA, R. y ÁLVAREZ PRIETO, N., “La sanción de la Ley Orgánica de las Universidades en la Argentina bajo la dictadura de Onganía y la intervención de los distintos organismos nacionales e internacionales en el diseño de las transformaciones”, en ScienceDirect, www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0185269813718129, 23-2-2018.

Durante ese momento histórico de falta de democracia se produjo la primera reforma que he mencionado mediante expediente 80.693/39 b, fechada en Santa Fe el 14 de abril de 1967, y que dice: “Decano de la Facultad de Ciencias Económicas a cargo del rectorado de la Universidad en uso de atribuciones del Honorable Consejo Superior Resuelve modificar en el plan de estudios la ubicación de distintas asignaturas: Derecho Comercial I de 3° a 4° año; Derecho Comercial II de 4° a 5° año; Derecho Comercial III de 5° a 6° año; Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de 4° a 5° año; Derecho Internacional Público de 5° a 4° año y Organización de Empresas de 6° a 5° año”.

El plan con estas modificaciones estuvo en vigencia hasta 1970, año en el cual se dictó un nuevo plan que no implicó modificaciones en su contenido sino que produjo cambios de ubicación de algunas materias.

Es decir que el plan se aplicó, salvo la modificación expresada, durante 10 años.

3. Análisis y comentarios del plan 1960

El plan de estudios aprobado en 1959 es exclusivamente referido –en el grado– a la carrera de Abogacía. Es decir, un plan destinado a otorgar títulos de abogada y abogado. No tuvimos en esa oportunidad –ni tampoco en los planes posteriores– los títulos intermedios de procurador ni escribano, como sí había en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL y en otras universidades.

Debemos decir que, aunque no lo dicen los elementos formales, la idea fue formar abogados especializados en empresas. Este hecho está vinculado a la economía e industrias de nuestra ciudad para aquellas épocas.

Nuestro plan, con algunos agregados posteriores, cubre los fines de la Universidad sobre enseñanza, extensión e investigación.

El plan 1960 contaba con 31 materias, una práctica profesional de extensión (Consultorio Jurídico Gratuito), un área de investigación (Seminario) y un Ciclo de Trabajos Prácticos.

Materias del plan:

– *Primer año:*

- Introducción al Derecho.

- Derecho Romano.
- Derecho Civil I.
- Historia Constitucional argentino.
- Fundamentos de Contabilidad (Privada y Pública).
- *Segundo año:*
 - Derecho Civil II.
 - Derecho Constitucional.
 - Derecho Penal I.
 - Economía Política.
- *Tercer año:*
 - Derecho Civil III.
 - Derecho Comercial I.
 - Derecho Penal II.
 - Derecho Administrativo.
 - Derecho Procesal I.
 - Finanzas.
- *Cuarto año:*
 - Derecho Civil IV.
 - Derecho Comercial II.
 - Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
 - Derecho Procesal II.
 - Derecho Público Provincial y Municipal.
 - Derecho Tributario.
- *Quinto año:*
 - Derecho Civil V.
 - Derecho Comercial III.
 - Derecho Agrario, de Minería y de la Energía.
 - Derecho Internacional Público.
 - Derecho Político.
- *Sexto año:*
 - Derecho Civil VI.
 - Derecho Internacional Privado.
 - Derecho de la Navegación.

- Filosofía del Derecho.
- Organización de Empresas.

El Ciclo de Enseñanza Práctica, el Consultorio Jurídico y Seminario se regularon por otras normas posteriores.

El plan dispone su régimen de correlatividades⁶, que expresaba:

1. Para rendir o cursar como regular asignaturas de tercer año se requiere haber aprobado todas las materias de primer año.
2. Para las de cuarto, tener aprobadas todas las de primero y segundo.
3. Para las de quinto, tener aprobadas todas las de primero, segundo y tercero.
4. Para las de sexto, tener aprobadas todas las de primero, segundo, tercero y cuarto.

3.1. *Características del plan 1960*

Entre las características más destacadas podemos mencionar las siguientes.

a) *El abogado con especialidad en empresas*

La novedad de incorporar una serie de materias que conformaban un bloque económico integrado por Fundamentos de Contabilidad Pública y Privada, Economía Política, Finanzas, Derecho Tributario, Derecho Agrario de la Minería y la Energía y Organización de las Empresas.

Esta especificidad tenía relación con la actividad económica de crecientes pequeños emprendimientos de producción de distintas especialidades relacionadas con la industria.

b) *Asignaturas*

Aunque se ha continuado con el régimen de las materias del área del Derecho Privado que tenían las otras facultades que funcionaban

⁶ Tengo en mi poder el material que sostiene lo que he escrito pero nunca he podido contar con los elementos que acompañan los planes de estudios, tales como fundamentación, objetivos, contenidos mínimos de las asignaturas, etc.

con anterioridad a la nuestra, se produjo una importante modificación en lo relativo al Derecho Civil.

El plan 1960 dividió al Derecho Civil en 6 tramos curriculares, producto de la división de Derecho de Familia y Sucesiones. Es la primera facultad que tiene esta división. Aún hoy hay instituciones universitarias que lo siguen considerando una sola asignatura.

En esto tenemos una importante deuda con los profesores Oscar Borgonovo (primer profesor titular de Derecho de Familia), Elías Guastavino y Carlos Morello (primer y segundo profesores titulares de Sucesiones). Morello y Borgonovo solían decir que no podía ser de otra manera, que debían estar separadas porque tenían su propia identidad y porque una se ocupaba de la vida y la otra de la muerte.

c) *El Consultorio Jurídico Gratuito y la extensión universitaria*

Otra característica de este plan fue la instalación de un Consultorio Jurídico Gratuito para atender casos de personas de estratos sociales de escasos recursos. Para ello contamos con un espacio en los tribunales provinciales. Era una práctica profesional anual y de cursado regular obligatorio. Al mismo asistían docentes y auxiliares de docencia y se llevaban casos y se atendían consultas con la supervisión de los mismos.

Su regulación se hizo, en casi todos los casos, en forma conjunta con el Ciclo de Enseñanza Práctica. El Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la UNL, de la que dependíamos, había dictado las resoluciones CD 1921, CD 2075 y algunas modificatorias que se derogaron en la resolución CD 5205⁷, que establece las reglas de funcionamiento del Consultorio Jurídico.

El Consultorio Jurídico “...será un verdadero dispensario, donde el pueblo podrá acudir al igual que a éste, en procura de los primeros auxilios, allí nuestros estudiantes que ya han pasado por la clínica

⁷ Dice la resolución: “*El decano de la facultad* en ejercicio de las atribuciones del Consejo Directivo”, dado que a esa fecha la vida institucional de nuestro país había sido interrumpida (el 28 de junio de 1966) por un grupo de militares autodenominados “Revolución Argentina”, que, entre otros hechos antidemocráticos, intervino las universidades nacionales, de modo que no había Consejo Directivo funcionando.

jurídica, evacuarán consultas y elaborarán dictámenes siempre, desde luego, bajo la supervisión y visto bueno del docente a cargo del curso. Creemos que estos Consultorios Jurídicos podrán funcionar en los distintos barrios de la ciudad –con lo cual la Universidad llegará al pueblo– y como auxiliares de las Defensorías de Pobres y Asesorías de Menores”⁸.

d) *La investigación y el Seminario*

Se creó por resolución del director delegado de la Escuela de Derecho mediante resolución 0165, de fecha 26 de octubre de 1961, juntamente con los Institutos de Investigación.

En el segundo ítem de los considerandos, al establecer sus características, dice: “...asignar [...] la función específica de contribución a la formación del espíritu científico disciplinario...”, y en el ítem 3 agrega: “Que de ello se infiere la necesidad de asignar al Seminario Actividades que respondan a un propósito didáctico por excelencia”.

En su parte resolutive dice: “1º Créanse en la Escuela de Derecho los Cursos de Seminario y los institutos de Investigación jurídica que responderán a las siguientes características: Incumbe al Seminario completar la formación cultural y técnica del estudiante de abogacía, acicateando sus aptitudes subjetivas e imprimiendo a su conducta normas de disciplina científica y cultural, mediante la acción individual y colectiva en la investigación de temas de orden jurídico”.

El cursado era anual obligatorio; tenía características que luego se dejaron de lado en posteriores reformas de los planes de estudio. La Facultad proponía, anualmente, tres ofertas de asignaturas y temas. Los estudiantes se inscribían según su elección.

El primer curso de Seminario fue en 1962 sobre Derecho Comercial y el tema fijado fue “El establecimiento mercantil”.

En la Reglamentación del Seminario, respecto de su objetivo, se expresa: “...investigación, desarrollo y exposición de temas jurídicos

⁸ De un folleto editado por la Escuela de Derecho, sin fecha, pero cuando se intentaba que fuera convertida en Facultad y tentativamente, creo que es del año 1962 por algunos datos que se detallan, como ser una estadística de exámenes que en ese año dice “parcial”.

desde un punto de vista científico con miras al mejoramiento de la legislación positiva, esclarecimiento de las bases doctrinarias y proyección hacia los medios sociales, donde el egresado ha de cumplir su actuación profesional y universitaria”.

Pondré un ejemplo, que es el de mi propio cursado. En el área de Derecho Civil, la asignatura Derecho Civil II. Obligaciones, su profesor titular era el doctor Alberto Arrué Gowland. La profesora de Metodología era Sonia Bellotti de Podestá. Los docentes dividieron el tema “Daños” en distintos aspectos parciales. Luego los estudiantes fuimos eligiendo entre ellos. Teníamos clases todas las semanas. Aprendimos a buscar bibliografía, jurisprudencia, en algunos casos el Derecho Comparado, a fichar el material, a presentar informes parciales. Cumpliendo con la asistencia y los trabajos que se disponían podíamos presentar el trabajo monográfico final. Teníamos hasta abril –creo– del siguiente año para presentar el trabajo.

e) *El Ciclo de Enseñanza Práctica*

Este Ciclo se organizó mediante la resolución 093 de fecha 14 de junio de 1961 y fue reformado por resolución 0467 del 19 de septiembre de 1963.

En los considerandos dice:

Que la teoría y la práctica forense constituyen una evidente unidad formativa del estudiante de derecho, a observar no sólo desde el punto de vista objetivo sino también en el ánimo de quienes asumen la responsabilidad de prepararlos para el ejercicio profesional. Que el ciclo de enseñanza práctica debe involucrar, además del dominio del procedimiento jurídico, el estímulo de las condiciones subjetivas y vocacionales del aspirante a letrado facilitando por vía de ejercitación, el desarrollo de sus aptitudes personales, acrecentando el respeto de las formas y solemnidades inherentes al proceso y fomentando la adopción de hábitos y normas ineludibles para lograr eficaz desempeño en la consulta, en la certificación pública de los hechos jurídicos y en la defensa del derecho. Que resulta, asimismo, imprescindible dotar a los egresados de un claro sentido de responsabilidad ética y jurídica que los ubique con dignidad frente a los dictados de su conciencia profesional, así como ante su clientela y frente a la magistratura, el adversario en la litis y al medio social en que despliegue sus actividades.

Probablemente el aspecto más novedoso de este plan de estudios

fueron los trabajos prácticos obligatorios. Estaban distribuidos en dos años y coincidían con los últimos de la carrera en razón de las correlatividades que se exigían para el cursado. No se aprobaban con un examen sino con la asistencia y la práctica⁹.

Asistíamos a clases todos los días, de lunes a sábados.

Los prácticos que se dictaban eran los siguientes:

- Práctica Forense (procedimientos civiles, procedimientos penales, procedimientos comerciales, procedimientos laborales y procedimientos especiales).
- Ética Profesional.
- Práctica Notarial.
- Desarrollo de Temas y Trabajos.
- Visitas obligatorias.
- Oratoria Forense.

En *Práctica Forense* se realizaban toda clase de documentos y escritos de cada una de las materias que se enseñaban. En el procedimiento civil, hacer demandas, contestarlas, ofrecer prueba, redactar pliegos de interrogatorio de testigos y de absolución de posiciones, redactar oficios de informes, proponer puntos periciales, etcétera. También redactar alegatos. Trámites sucesorios y otros de material civil¹⁰. En los de Derecho Comercial, las ejecuciones de documentos comerciales, reclamos extrajudiciales, etcétera¹¹.

En procedimientos penales hacíamos hábeas corpus, denuncias de “apremios ilegales”¹², algunas defensas sencillas, y en los procedimientos especiales se redactaban diversos tipos de denuncia ante la justicia federal.

⁹ Cuando escribía acerca de la asistencia a “los prácticos” se presentó en mi memoria la figura de Victorina Sutti. Ella ingresó a nuestra Facultad en 1967 y trabajaba en esa área de la carrera y era la encargada de tomar asistencia. Llegó a ser directora o jefa –ignoro el cargo– en cursos y exámenes y gran cantidad de las actas de exámenes de todas las materias de la carrera fueron pasadas por ella con su preciosa letra. También fue la bibliotecaria del Colegio de Abogados de Rosario. Pensarla me emociona y me permite darle un lugar en la historia de nuestra casa.

¹⁰ Mi docente fue Enrique Carlos Basualdo, que siendo juez laboral traía a clase diversos sellos y los poníamos en nuestros “expedientes”; por ejemplo, sello de cargo.

¹¹ Mi docente fue Paulina Blanco de Silva.

¹² Mi docente fue Dardo Racciatti, luego titular de Derecho Penal I y vicerrector de la Universidad.

Esta práctica forense se daba en los dos años que duraban los “prácticos” y eran aislados de las materias teóricas con las que se vinculaban¹³.

Ética Profesional desarrollaba las normas de ética de los abogados, en especial las que escribiera Juan Manuel González Sabathié¹⁴ en 1932 y que configuran directrices de conducta para el ejercicio de la abogacía y se analizaban casos prácticos.

Práctica Notarial contenía imprescindibles conocimientos referidos a la actividad de los escribanos (redacción de escrituras, protocolizaciones, inscripciones, obligaciones del agente de retención, aranceles, etc.)¹⁵. Habida cuenta de que en esa época las escribanías eran un número cerrado cuyos titulares en muchos casos se habían graduado en el Litoral y que nuestra Facultad no tenía esa terminalidad, se dictaba esta asignatura que proveía de las herramientas aptas para hacerse cargo de esa actividad¹⁶.

*Desarrollo de Temas y Trabajos*¹⁷ se daba en el 2º año de los prácticos. Tenía una modalidad de cursado muy original en esa época y consistía en lo que hoy llamamos *role play* o juego de roles, que corresponde a una dinámica de grupo.

Se trabajaba a través de la presentación y encuadre jurídico de casos. Los docentes traían al aula un tema que consistía en un caso y su fallo judicial, con sentencias de primera y segunda instancias. El caso se analizaba entre todos, se revisaban sus contenidos, sus partes, sus testigos y luego se asignaban roles a los distintos estudiantes que preparaban sus intervenciones para la siguiente clase. El estudiante aprendía haciendo.

El sistema era muy interesante porque nos permitió pensar sentencias distintas de las que estudiábamos y fundar nuestras posiciones¹⁸.

¹³ Mi docente fue Alberto Raúl Alexander, que fue uno de los primeros graduados de nuestra Escuela de Derecho.

¹⁴ Las normas que escribió Juan Manuel González Sabathié, abogado rosarino, fueron adoptadas primero por el Colegio de Abogados de la 2ª Circunscripción Judicial (Rosario) y más tarde por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA).

¹⁵ Del folleto ya citado en la nota 5.

¹⁶ Mis docentes fueron Mario Zinny y Noemí Sukerman.

¹⁷ Mis docentes fueron Carlos Corbella y Néstor Paz.

¹⁸ La actividad se desarrollaba en un salón sobre la calle Moreno que hoy podría

Las *Visitas obligatorias* lo eran a diversos organismos oficiales, registros, las oficinas de tribunales, etcétera, con docentes que nos guiaban. Ver sus secciones, sus tareas, sus formularios, diversos documentos. Recuerdo haber concurrido a la Dirección General Impositiva (DGI, hoy AFIP), al Registro de la Propiedad (que funcionaba en la planta baja del edificio de Tribunales), entre otros.

Por último, los sábados a la mañana teníamos *Oratoria Forense*¹⁹.

Aprendimos y practicamos en las clases distintas modalidades de participaciones individuales o colectivas como paneles, disertaciones, defensas de ponencias, pequeños discursos sobre temas algunas veces dispuestos por los docentes y en otras de nuestra libre elección.

En ese momento, la nuestra era la única institución de formación de abogados en nuestro país en la que se realizaba este aprendizaje.

Hoy reconozco que lo más difícil es hablar ante aquellos que nos conocen mucho y eso lo tuvimos que hacer ante nuestros veinte y tantos compañeros con los que nos conocíamos de nuestra actividad, así como de la militancia en la actividad estudiantil, de las peñas, de compartir libros y el cineclub, en fin, de esa intensa vida universitaria que teníamos en aquella época de hace ya más de 50 años.

3.2. *La aplicación del plan de estudios*

En 1960 se pusieron en marcha las clases de las materias de primero y segundo año; en 1961 las de tercero y cuarto, y en 1962 se completaron los dos restantes.

Las clases se dictaban en la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de Boulevard Nicasio Oroño y 3 de febrero.

Los “prácticos” se concretaban en algunas escuelas que prestaron sus aulas.

El edificio en el que hoy funciona nuestra Facultad nos fue cedido por la Provincia de Santa Fe en 1964. En ese momento nuestra provincia

ser en el lugar en donde está el aula 10. Allí había dos mesas, una a continuación de la otra, que tenían un lugar para colocar nuestras pertenencias y que hoy están en la sala del Consejo Directivo.

¹⁹ Mis docentes fueron José Lueso y el auxiliar de cátedra fue Adolfo Alvarado Velloso.

estaba gobernada por el doctor Aldo Tessio²⁰ y el vicegobernador era Eugenio Malaponte, que fue el primer profesor titular de Derecho Administrativo en nuestra casa. El doctor Ricardo Arribillaga era ministro de Educación y Cultura del mismo gobierno provincial y profesor titular de Derecho Político. Ellos, junto a los demás promotores de la Escuela de Derecho, trabajaron para que se dictara, en Acuerdo de Ministros, el decreto 4435, del 27 de mayo de 1964, por el que se cedió el uso precario de parte del edificio de los que habían sido los Tribunales Provinciales de la 2ª Circunscripción a nuestra (todavía) Escuela de Derecho.

Nos mudamos totalmente en 1966.

No teníamos cursos regulares, de modo que los docentes desarrollaban, durante el año, el contenido de los programas en clases abiertas a las que concurríamos libremente, según nuestra voluntad.

En fechas cercanas a turnos de exámenes, los docentes trataban los temas que les proponíamos los estudiantes.

Teníamos, al inicio, tres turnos de exámenes: marzo, junio y diciembre. Luego se agregó septiembre.

Funcionaba el denominado “turno castigo”, que se aplicaba a los estudiantes que resultaban aplazados en el examen o que, habiéndose inscripto, no se presentaban a rendir. Ese “castigo” consistía en que no se podía rendir en el siguiente turno de exámenes.

Se aplicaba un sistema de sostenimiento del carácter de alumno regular si se rendía al menos una materia al año. De lo contrario había que hacer un pedido de readmisión que a veces era un trámite sencillo y otras veces suponía rendir algunas actualizaciones.

4. El Doctorado en Jurisprudencia

En la misma resolución en que se aprobó el plan de la carrera de Abogacía también se incorporó el del Doctorado. El título Doctorado en Jurisprudencia es original en relación con los otros doctorados de

²⁰ Abogado graduado en la UNL. Fue candidato a gobernador (y gobernador) por la Unión Cívica Radical del Pueblo. Fue derrocado por el golpe militar de Onganía. Fue fundador en Santa Fe del Movimiento Renovación y Cambio.

las universidades existentes en ese momento, que eran el Doctorado en Ciencias Jurídicas o el Doctorado en Derecho.

Este Doctorado comenzó a desarrollarse en el año 1968.

Como hemos visto en relación con el plan de la carrera de Abogacía, en el que la resolución no tenía especificados algunos tramos que eran obligatorios para obtener la titulación, en el Doctorado ocurre lo mismo. En la resolución se mencionan Sociología, Derecho Civil Comparado, Derecho Comercial Comparado, Derecho Público Comparado y Tesis.

Los contenidos fueron los siguientes:

- a) Ciclo común a todos los doctorados: Teoría general del Derecho.
- b) Ciclo de Especialización. Una de estas disciplinas a opción del Doctorando:
 - Derecho Civil Comparado.
 - Derecho Comercial Comparado.
 - Instituciones de Derecho Público Comparado.
 - Derecho Penal Comparado.
- c) Idioma extranjero. Uno de estos idiomas a opción del Doctorando: Alemán, Francés, Italiano, Inglés, Portugués.
- d) Tesis: Desarrollo de un tema jurídico de la especialidad elegida.

5. La comunidad universitaria

A modo de homenaje y recuerdo he querido mencionar a quienes integraron la comunidad de nuestra Escuela de Derecho: Manuel de Juano –director–, Alberto Arrué Gowland y Adolfo R. Rouzaut (docentes), Manuel Blando (graduado), Rodolfo Torelli (estudiante) –Comisión Asesora– y el contador Marcelo A. Viña –secretario técnico–.

5.1. Los docentes²¹

Éstos eran: Carlos Aletta de Sylvas, Emilio L. Almansi, Ariel Álvarez Gardiol, Celestino Araya, Alberto Juan Arévalo, Calixto Armas Barea, Ricardo Arribillaga, Alberto Arrué Gowland, René Balestra, José A. Basso, Pedro Ernesto Berdou, Oscar Adolfo Borgonovo, Sergio

²¹ Nominados por orden alfabético. Me disculpo si omití algún nombre, aclarando que no lo he hecho por ninguna otra razón que no sea que me falló la memoria.

Bosco, Omar Aurelio Bravo, Fernando Pedro Brebbia, Roberto Horacio Brebbia, Ángel Braulio Chávarri, Rubén Omar Correa, Elsa Daminatto, Vicente A. Dauría, Manuel de Juano, Corina Pilar Díaz, Sergio Díaz de Brito, Edgardo H. Diederich, Juan Ensínck, Susana N. Fabá, Juan María Farina, Guillermo J. Fierro, James R. Flaherty, Rodolfo Fontannarrosa, Juan Carlos Gardella, Amadeo J. Gatti, Mario A. Godfrid, Werner Goldschmidt, Elías P. Guastavino, Jorge Jaureguiberry, Iris Laredo, Hugo C. Lencioni, Elda Lizarralde de Fabá, Rinaldo Lucchini, Eugenio Malaponte, Julio Martínez de San Vicente, Ricardo Miranda, Carlos Morello, Federico Ortiz de Guinea, Walter Perino, Frida Pflüger de Armas, Adolfo Prunotto, Juan Carlos Puig, Hernán N. Racciatti, Jorge A. Robiolo, Oscar Rodríguez Gurruchaga, Adolfo R. Rouzaut, Alfredo J. Ruprecht, Virgilio Sánchez Almeyra, Isidoro Silberstein, Benjamín Stubrin, Jorge A. Tellería y Juan A. Trillas.

5.2. Docentes del Ciclo de Enseñanza Práctica y Seminario

Los mismos eran: Carlos L. Alberto, Alberto Raúl Alexander, Tomás Alegría Cáceres, Adolfo Alvarado Velloso, Guillermo Arrue Gowland, Enrique Carlos Basualdo, Carlos Battcock, Oscar D. Berasategui, Sonia Bellotti de Podestá, Antonio Boggio, Amalia M. Campetelli, Carlos Corbella, Dolly Díaz de Riestra, Ángel F. Girardi, José L. Lueso, Juan C. Maderna, José M. Martínez Infante, Ricardo J. Miranda, José A. Munuce, Néstor Paz, Antonio Premoli, Dardo E. Racciatti, José Rodríguez Ramírez, Etna A. Sánchez de Muratti, Noemí Sukerman y Mario Zinny.

5.3. Los no docentes

Eran Julio César Ramón Addumie, Osvaldo Andrade, Nelly Berta Dreier, María Cristina Facciano, Mariela González, Liliana Hirschfeld, Ana María Imhoff, Carlos Alberto Mastruleri, Arnaldo Nosey, René María Elena Picchiottino, Ana María Santoyo, Nora Liliam Sarlinga y Josefina Tavano²².

²² Tengo otros apellidos cuyos nombres no recuerdo, los dos de Servicios Generales. Uno es Romero, por todos conocido como Romerito, y Mori, un ordenanza que siempre fue muy leal y cercano a los estudiantes, sobre todo en momentos de represión.

5.4. *Nos, las y los estudiantes*

En 1962 la Escuela de Derecho tenía 1.740 estudiantes.

Varios de ellos, los que se graduaron en los primeros años (a partir de 1964), habían comenzado su carrera en la Facultad de Ciencias Jurídicas en Santa Fe.

Gran parte del logro de la creación de la carrera se debe a aquellos que comenzaron allí y terminaron en la nuestra.

Ya en 1965 comenzamos a tener graduados “puros”, es decir, los que habían cursado toda su carrera en nuestra casa y con nuestro plan.

Hubo participación estudiantil desde el principio del gobierno de la Escuela, ya en la Comisión Asesora del director como en la creada Comisión Pro Transformación en Facultad de Derecho.

Nos acomodamos como pudimos en la Facultad de Ciencias Económicas. En su Biblioteca había un espacio donde se encontraban los libros de Derecho y donde nos agolpábamos los estudiantes de la carrera. También la Biblioteca Argentina era un lugar de estudio y encuentro.

Convivimos con estudiantes de otras carreras –Ciencias Económicas, Diplomacia, Estadística– sin dificultades. Las asambleas estudiantiles estaban integradas por los que estudiaban todas las carreras, salvo cuando se trataba de cuestiones específicas y una carrera. Las asambleas se hacían en el aula H de Ciencias Económicas, que tenía una ubicación peligrosa porque quedaba al final de una galería cerrada y tenía una sola puerta doble, de modo que, en caso de represión o que hubiera que salir en forma rápida, se convertía en un lugar difícil.

Me ha interesado, porque nos dice algunas cosas, un detalle de los exámenes de los años 1960 y 1961 y parciales de 1962²³.

²³ Estos datos, con el error que resulta de la suma del año 1960 ($277 + 441 = 717$, cuando debía ser $440 + 277 = 717$) es la que está impresa en una publicación titulada “la facultad de derecho de rosario” (así, todo en letras minúsculas) de la UNL, sin fecha de publicación ni paginación. Está publicado en la que viene a ser la página 11. Agrego en Anexo la copia de esta página y de las 1 y 2. Esta publicación está agregada en el expte. de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la UNL de 1962. Sin embargo, en la página 3 de un borrador del informe, de fecha 1º de septiembre de 1966, dirigida al entonces rector de la Universidad Nacional del Litoral Dr. Manuel de Juano, los datos son correctos. Este material obra en el mismo expte. que cito.

EL PRIMER PLAN DE ESTUDIOS DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNL (1959)

	Inscriptos	Rindieron	Aplazados	Aprobados
Año 1960	883	717	277	441
Año 1961	2.134	1.682	643	1.039
Año 1962 (parcial)	657	512	173	339

En todos los casos, más de un tercio de los estudiantes resultaba aplazado y, como ya dije antes, no podían rendir en el próximo turno porque tenían “castigo”.

Las agrupaciones estudiantiles eran comunes a todas las carreras y competían por obtener los cargos de consejeros directivos. La política estudiantil universitaria era muy importante y sus intereses estaban ligados a las cuestiones propias de nuestro quehacer, tanto como a las vinculadas a la política nacional e internacional. Nadie permanecía ajeno a la actividad de nuestras agrupaciones, lo que, indudablemente, colaboraba con el desarrollo de sentimientos de compañerismo y solidaridad unidos a la defensa y sostenimiento de los derechos.

5.5. Integrantes de la Comisión especial para gestionar la transformación de la Escuela de Derecho en Facultad

La misma estaba integrada por los profesores Carlos Aletta de Sylvas, Oscar Adolfo Borgonovo, Roberto Horacio Brebbia, Ángel F. Girardi y José J. Lueso; por los estudiantes Alberto Raúl Alexander, Norberto Leguizamón, Horacio D. Zamboni, Ángel Francisco Salvatierra, Néstor Pedro Sagüés y Carlos A. Ferraro, y por los graduados Juan J. Trillas, Isidoro Silberstein y Emilio Almansi.

6. Palabras finales

Como se puede apreciar, este texto pasa de lo objetivo a aspectos personales, lo que resulta inevitable para mí, porque he debido recurrir a mi memoria lejana para poder describir este plan y su realidad práctica, desde mi experiencia de estudiante que se graduó de abogada recorriéndolo.

Hacerlo ha significado recordar momentos buenos y malos, alegres y tristes. No tengo dudas de que recuperar esta historia ha supuesto, para mí,

algunas lágrimas y también risas y sonrisas. Anécdotas, escenas, situaciones y la certeza de que los que fueron mis compañeras y compañeros en distintas materias, en distintos tramos, han sido y son el mejor bagaje que obtuve de esos años en los que transité mis estudios.

Sé, y pienso que no todos lo compartirán, que no soy una defensora a ultranza de los cursos regulares. Quiero recordar en relación con esto, en este año en que se cumplen los 100 años de la Reforma Universitaria, que una de las banderas de lucha de aquellos jóvenes era que hubiera estudiantes libres, que se pudiera estudiar libre, dado que en esos momentos (Córdoba, 1918) todo era cursado regular. En mi experiencia, haber recorrido casi toda la carrera como estudiante libre (como todos mis compañeros) me hizo más libre. Leer distintos autores, no tener un texto uniforme sino varios, con distintas ópticas, me ha permitido saber que el Derecho es interpretación y que varios pueden ser los paradigmas detrás (o bajo) de los que sostendremos nuestras posiciones.

Este plan, que he revisado muy rápidamente, me dio herramientas teóricas en razón de esas importantes clases (de asistencia libre) a las que concurrí para escuchar a muy brillantes docentes y con esas prácticas que me ayudaron en el hacer de abogar. Saber y hacer.

Hoy creo que hay que imaginar otras formas de los procesos de enseñanza y aprendizaje en la era de la comunicación y del enorme caudal de producción de materiales, algunos científicos, otros no tan científicos y otros francamente malos, que permita a la universidad formar abogadas y abogados útiles a estas nuevas formas de la vida.

Con respecto al “plan 1960”, estoy segura de que supuso una idea original de enseñanza, nueva para el momento histórico en que se desarrolló, en los revulsivos “sesenta”.

Bibliografía

DE LUCA, Romina y ÁLVAREZ PRIETO, Natalia, “La sanción de la Ley Orgánica de las Universidades en la Argentina bajo la dictadura de Onganía y la intervención de los distintos organismos nacionales e internacionales en el diseño de las transformaciones”, en ScienceDirect, www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0185269813718129, 23-2-2018.

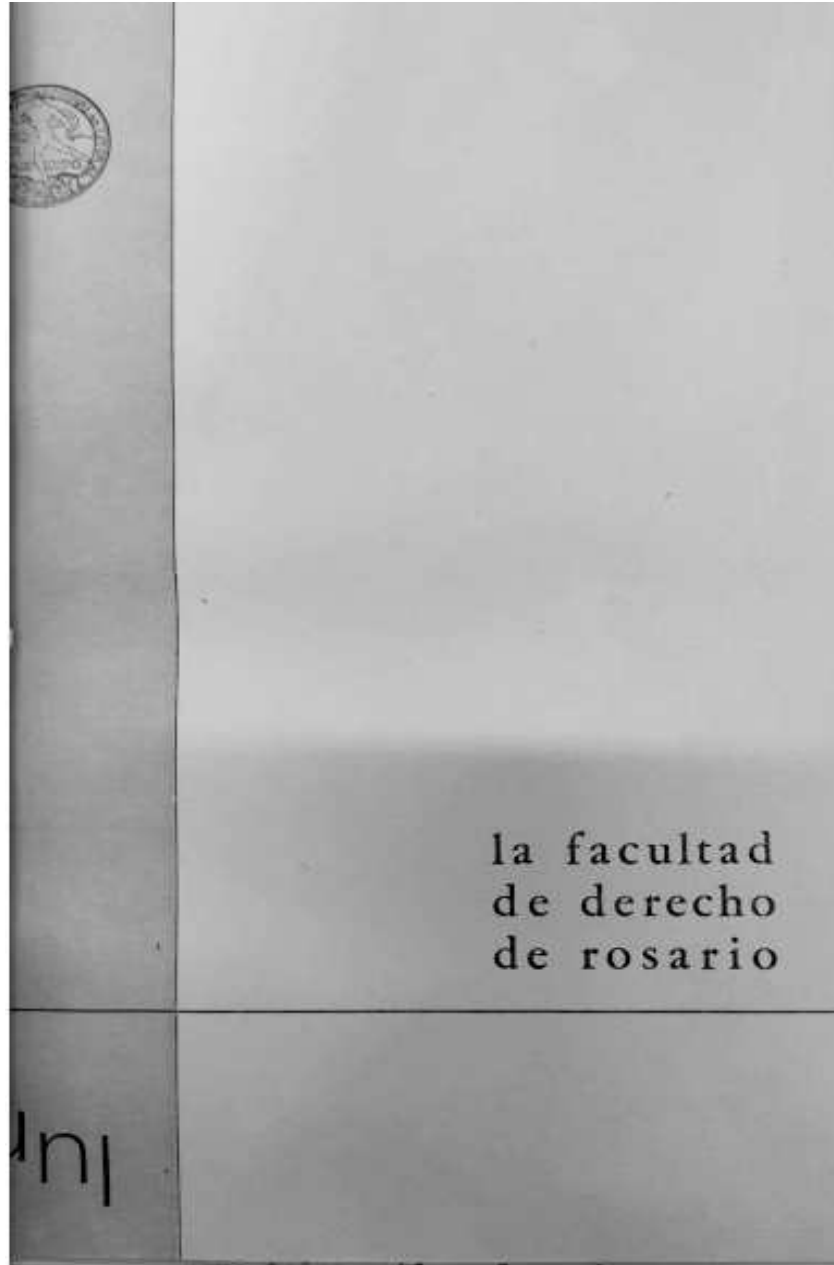
FIERRO, Guillermo, “Los orígenes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, en Revista de la Facultad de Derecho (núm. 16), Rosario, UNR, 2003, p. 249.

LATTUCA, Ada, “Historia de la Facultad de Derecho de la UNR”, en Revista de la Facultad de Derecho (núms. 4/6), Rosario, UNR, 1986, p. 115.

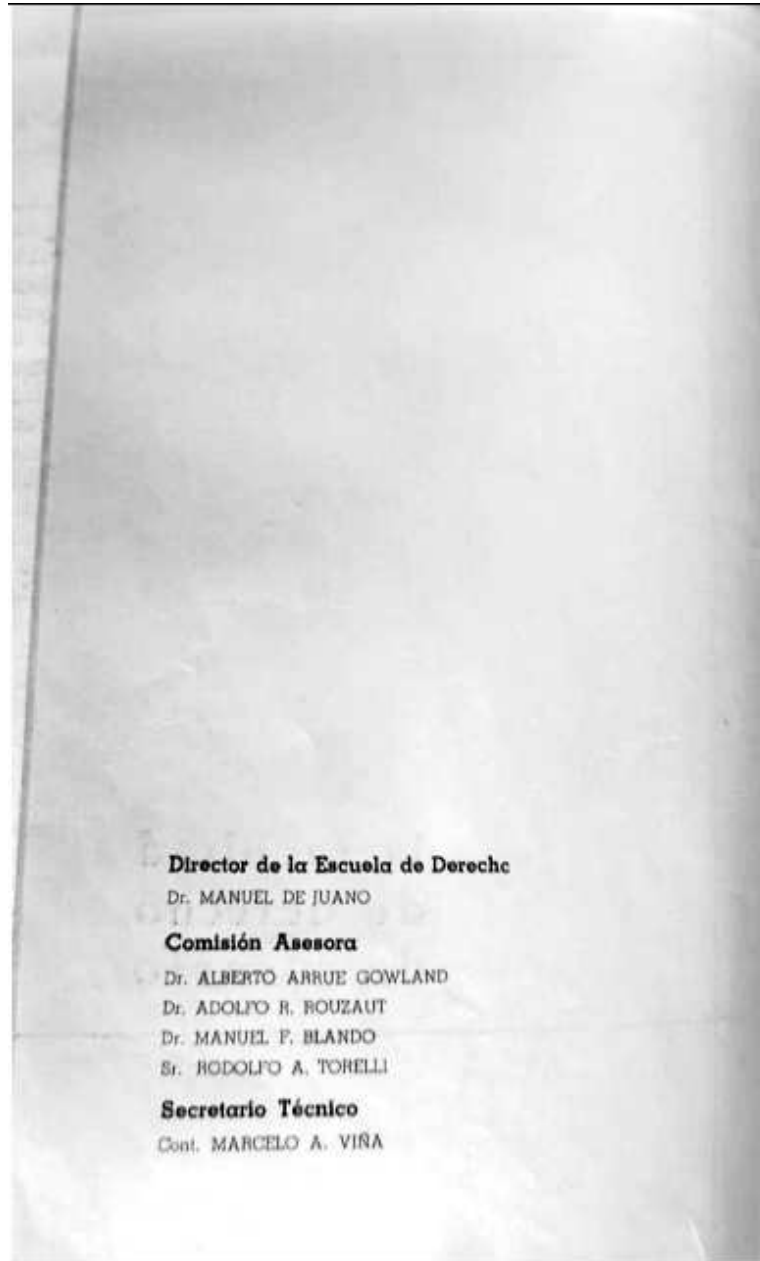
Anexo

1. Tapa del folleto en el que se pide la conversión de la Escuela de Derecho en Facultad.
2. Primera hoja del mismo folleto, cara de la hoja.
3. Primera hoja, contracara.
4. Página que contiene los números de exámenes, con el error que se señala en el texto.
5. Página 3 de un borrador del informe del año 1996.

Todo lo indicado podrá verse en las páginas siguientes.







ESTADISTICA DE EXAMENES

	Inscriptos	Rindieron	Aplazados	Aprobados
Año 1960	883	717	277	441
Año 1961	2.134	1.682	643	1.039
Año 1962 (parcial)	657	512	173	339

COMISION PRO TRANSFORMACION DE LA ESCUELA DE DERECHO DE ROSARIO EN FACULTAD

Por los profesores:

Dr. CARLOS ALETTA DE SYLVAS
Dr. OSCAR BORGONOVO
Dr. ROBERTO H. BREBBIA
Dr. ANGEL F. GIRARDI
Dr. JOSE J. LUESO

Por los estudiantes:

Sr. ALBERTO ALEXANDER
Sr. NORBERTO LEGUIZAMON
Sr. HORACIO ZAMBONI
Sr. ANGEL SALVATIERRA
Sr. NESTOR P. SAGÜES
Sr. CARLOS A. FERRARO

Por egresados:

Dr. JUAN J. TRILLAS
Dr. ISIDORO SILBERSTEIN
Dr. EMILIO ALMANSI

Año	Inscriptos	Reindieron	Aplazados	Aprobados
1960	883	717	277	440
1961	2.134	1.682	643	1.039
1962	2.476	2.301	849	1.452
1963	3.535	3.230	1.176	2.054
1964	3.843	3.376	1.240	2.135
1965	4.795	4.339	1.726	2.623
1966 (x)	2.112	1.961	743	1.218
Totales	19.778	17.616	6.654	10.962

(x) Hasta junio de 1966.

ALGUNOS CONSEJOS Y SUGERENCIAS PARA LA PRODUCCIÓN ACADÉMICA EN EL DERECHO

GUÍA PRÁCTICA: EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

por **MARIANA ISERN¹**

*Con gran agradecimiento a la Dra. María
Isolina Dabove Caramuto, por su generosi-
dad, confianza y paciencia²*

*Dedicado a todos los doctorandos, maestrán-
dos y estudiantes de grado que lidian con sus
proyectos de investigación³*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Proceso, proyecto, ¿es todo lo mismo? ¿Se puede in-
vestigar sin proyecto? 3. Plantando el arbolito: los elementos del proyecto paso

¹ Doctora en Derecho, UNR (2010). Profesora adjunta de Filosofía del Derecho, con extensión de funciones a Taller de Acceso a la Información Jurídica (reformulación de Análisis del Discurso Jurídico) y Derecho de la Vejez (optativa) en la Facultad de Derecho, UNR. Docente en los cursos estables de la Facultad de Derecho, UNR: Doctorado en Derecho (Taller de Tesis), Maestría en Derecho Privado (Metodología de la Investigación y Taller de Tesis). De la Facultad de Ciencias Agrarias-UNR: Doctorado en Ciencias Agrarias, Maestría en Recursos Naturales, Maestría en Genética (Epistemología), JTP-profesora adjunta (2004-2012) Epistemología de las Ciencias Sociales. Su proyección en el Derecho en la Facultad de Derecho, Unicen. *E-mail:* isernmariana@gmail.com.

² Investigadora adjunta (sin director) Conicet-UBA. Ver su CV *online*, es impresionante. Mi directora de tesis doctoral, mi mentora (me permitió incorporarme a su equipo de Metodología y Epistemología y Filosofía del Derecho y al Centro de Investigaciones). En este trabajo están reflejados muchísimos de los consejos, sugerencias y estrategias que ella brinda en sus clases y que me transmitió como dirigida doctoral.

³ En la materia de grado Seminario es la primera –y espero que no la única– oportunidad que tienen de aproximarse a la investigación; les deseo que la aprovechen.

a paso. 3.1. Portada (etiquetando el producto para la venta). 3.2. Antecedentes (¿Está preparada la tierra? ¿Cómo?). 3.3. Hipótesis (nuestra semilla). 3.4. Objetivos (los primeros brotes). 3.5. Marco teórico (el tutor para que su arbolito crezca derecho). 3.6. Fuentes (minerales, nutrientes, agua, sol... ¿podría vivir sin todo esto?). 3.7. Bibliografía (cuentos y relatos sobre árboles parecidos a mi semilla). 4. Conclusiones. Bibliografía. *Anexo*. A) Esquema de Etapas del Proceso de Investigación Científica. B) Esquema de plan de tesis.

Resumen

Éste pretende ser un primer material de divulgación sobre metodología de la investigación jurídica para quien lo necesite: doctorandos, maestrandos, seminaristas y estudiantes que investigan al Derecho, en general. En esta complejidad de saberes que se entrelazan en el Derecho, su faz científica es la más desconocida o desatendida en la práctica. Este trabajo busca ayudar a aquel que esté iniciándose en el trabajo intelectual académico de grado o posgrado en el Derecho. Les acerco una *guía paso a paso* para la confección de un instrumento académico: el *proyecto de investigación*.

Abstract

This pretends to be a first material of dissemination on legal research methodology for those who need it: doctoral students, masters, seminarists and students, in general, doing research. In this complexity of knowledge that is intertwined in law, its scientific face is the most unknown or neglected in practice. This work seeks to help the one who is beginning in the academic work of degree and postgraduate in the law. This is a *step by step guide* to write an academic instrument: a *research project*.

Palabras clave

Metodología de la investigación jurídica. Proyecto de investigación. Guía práctica.

Keywords

Legal research methodology. Research project. Practical guideline.

1. Introducción

Este trabajo de metodología de la investigación iuscientífica de divulgación busca ayudar a aquel que esté iniciándose en el trabajo intelectual académico de grado o posgrado en el Derecho.

En esta complejidad de saberes que se entrelazan en el Derecho su faz científica es la más desconocida o desatendida. En las últimas décadas, la metodología de la investigación científica en el Derecho ha aparecido a raíz de la sana propagación de doctorados, maestrías y, en algunos casos, su inclusión en las carreras de grado. Por la experiencia ante los cursantes, aunque me entusiasme esta área de estudio, me temo que a otros les genera una diversidad de sensaciones: inquietud, incomodidad, suspicacia, desprecio, menosprecio, hasta asco y horror –me consta– con algunas motas de alegría y esperanza. Aprovechando esos sentimientos encontrados, trato de potenciar estos últimos con algo de humor⁴.

Fruto de *e-mails* (larguísimos, algunos) de devolución de proyectos, o apuntes improvisados para los maestrandos, doctorandos, seminaristas y dirigidos (¿o desorientados?) en general, fui armando a pedido o a necesidad algunas sugerencias y consejos para que puedan ordenar (las ideas, el material, los tiempos, las prioridades, etc.) a fin de que cada minuto, u horita, invertida en la investigación pueda ser aprove-

⁴ Esto que están leyendo es un *artículo de divulgación* (o pretende serlo) de metodología de la investigación iuscientífica. No sé si existe como disciplina, pero qué lindo pensar en poder avanzar en ella. Nunca tuve ídolos, pero hoy puedo decir que me fascina la forma sencilla en que explican y transmiten ideas complejas (y complicadas, ¿por qué no?) algunos autores. Entre ellos, el Dr. en Biología Diego Golombeck (extraordinario lo que he aprendido junto a mis hijos riéndonos con el obsecuente Sr. De Acá y el irreverente Sr. De Allá en el programa televisivo “Proyecto G”); el licenciado en Filosofía Darío Sztajnszrajber (Darío Z, en la tele) con “Mentira la Verdad. Filosofía a martillazos” y la atrapante cuasi novela filosófica: “¿Para qué sirve la Filosofía?”; la periodista colombiana Diana Uribe Forero (con sus palpables relatos históricos con la que viajo en el tiempo y en el espacio –mientras cocino– por todo el globo terrestre con sus historias de países, anécdotas; muy recomendables). *A todos ellos*: ¡Gracias! Bueno, tomándolos como modelos o ejemplos intentaré llevar a la metodología de la investigación y a la epistemología por las aulas, por los pasillos y finalmente por las calles (o la vereda, no soy tan arriesgada, tampoco). Si lo logro, bien; si no, me divertí bastante intentándolo.

chada al máximo⁵. De esta forma, probadas en las clases (y desaprobadas, a veces), se me fueron presentando las metáforas y esquemas que pretenden facilitarles el acceso al fascinante mundo de la investigación, en nuestro caso, del Derecho.

Al internarnos en la selva académica vemos que así como, entre los productos normativos, existen leyes, decretos, resoluciones, disposiciones, contratos, tratados, códigos, constituciones... ¿sigo?, convenios, planes de acción, recomendaciones, protocolos, reglamentos, directivas, acuerdos, etcétera, entre los productos académicos también hay especies. No todos los gatos son pardos. Adonde usted ve *libros* o *revistas* a simple vista, es posible, con los lentes metodológicos adecuados⁶, encontrar *ensayos, tesis, manuales, tratados, actas de Congresos, ponencias, comunicaciones, reseñas, comentarios de fallos, comentarios de leyes, monografías, proyectos de investigación, informes de avance*, etcétera. Cada uno –al igual que pasa con los productos normativos– tiene su particularidad, su finalidad, su forma de ser redactado, sus destinatarios, su extensión, su ámbito de presentación y utilización.

En esta oportunidad nos detendremos sólo en uno. Nos saltaremos el tratamiento de las monografías⁷, ya que existe bastante material publicado y muy bueno al respecto. Avanzaremos con algunos consejos y sugerencias (sugerencias: que por definición son optativas, no obli-

⁵ Cuando uno está en el camino hacia la tesis, cada minuto tiene que valer al máximo. ¡No se puede perder tiempo! Máxime para aquellos o aquellas (como lo fue en mi caso) que se les ocurre la loca pero maravillosa idea de tener hijos mientras tanto. Para mis hijos, la tesis fue *el libro que está escribiendo mamá*, con el que convivieron sus primeros (y segundos, y terceros, y cuartos) años de sus vidas, así que sé perfectamente lo que implica que no se puede perder el tiempo.

⁶ CIURO CALDANI, M. Á., “La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, núm. 20, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1995, ps. 79 y ss.; DABOVE, M.^a I., “Arqueología de la Ciencia Jurídica”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, núm. 29, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2006, ps. 63 y ss.

⁷ DOBSON, J. M., “Estructura de la monografía jurídica”, en *Zeus*, del 28 y 29 de agosto de 1986, ps. 2 y ss.; HERRERA, E., “Práctica metodológica de la investigación jurídica”, Astrea, Buenos Aires, 1998; ECO, U., “Cómo se hace una tesis”, trad. de Lucía Barranda y Alberto C. Ibáñez, Gedisa, Barcelona, 2001.

gatorias, apreciaciones con fundamentos, pero reemplazables o modificables) para la confección de algún tipo de *proyecto de investigación*, herramienta-soporte imprescindible para el avance de un trabajo de investigación, sea de gran o pequeña monta.

A continuación, sin más preámbulos, les acerco una *guía paso a paso* para la confección de un instrumento académico que no puede faltar en el portafolio (o *netbook*, o *tablet*, ¡o el dispositivo que se les ocurra!) de la dama o el caballero universitario: el *proyecto de investigación*⁸.

2. Proceso, proyecto, ¿es todo lo mismo? ¿Se puede investigar sin proyecto?

Un *proceso* de investigación científica es un proceso entre tantos; es un camino que se transita en el que se pueden señalar etapas. Éstas son construcciones metodológicas, claro, sólo son andamios conceptuales que sirven para orientarnos, simplemente nos dan alguna idea de en dónde estamos y cuánto nos falta para llegar a terminar aquello que tenemos entre manos: la tesis o el trabajo de investigación.

Siguiendo a algunos autores⁹, y a la práctica reiterada¹⁰, se podrían

⁸ Coincido con la apreciación que efectúa Catalina Wainerman: “Vez tras vez y año tras año, salvo excepciones, mi evaluación del trabajo de los alumnos me ha llevado a la misma conclusión: buena parte de los graduados en ciencias sociales no saben plantear una investigación, menos aún elaborar un diseño y llevarlo a cabo para dar una respuesta fundada a un problema”. WAINERMAN, C., “Introducción: acerca de la formación de investigadores en ciencias sociales”, en WAINERMAN, C. y SAUTU, R. (comps.), “La trastienda de la investigación”, 1ª ed., Manantial, Buenos Aires, 2011, p. 32.

⁹ COURTIS, C. (ed.), “Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica”, *Prólogo* de Manuel Atienza, Trotta, Madrid, 2006; ÁLVAREZ UNDURRAGA, G., “Curso de investigación jurídica”, 2ª ed., LexisNexis, Santiago, 2006; GALATI, E. D., “Metodología jurídica compleja”, en *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, vol. 21, núm. 2, 2014; GRÜN, E., “Un enfoque de la metodología de la investigación en el Derecho desde la sistémica y la cibernética”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, ps. 249-272; HABA, E. P., “Entrevista a Enrique P. Haba”, en *Revista Justiça do Direito*, vol. 1, núm. 1, janeiro/junho de 2011, ps. 155-200; “Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica”, UCR, San José de Costa Rica, 2012, ts. I y II; KUNZ, A. y CARDINAUX, N., “Investigar en Derecho. Guía para estudiantes

identificar una etapa inicial de *exploración*, en la que se imita al *pulpo*¹¹ y al *gato* o *coati*¹², agarrando de todo un poco y metiéndose en todos lados a curiosear, que es continuada por otra de *estructuración*. Aquí es donde el *proyecto de investigación* hace su anclaje y ya no se debe husmear por todos lados, sino que la mirada se concentra en un área, tema o problema.

Superada esta estación, se pasa a cumplir con lo prometido en el proyecto; así se inaugura la etapa de *ejecución*; y por último, cuando

y tesisas”, 1ª ed., 1ª reimpr., Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2005; ORLER, J. y VARELA, S., “Metodología de la investigación en el campo del Derecho”, 1ª ed., Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2008; SÁNCHEZ ZORRILLA, M., “La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 2011; SAUTU, R.; BONIOLO, P.; DALLE, P. y ELBERT, R., “Manual de metodología. Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología”, 2ª ed., Prometeo, Buenos Aires, 2010; QUIVY, R. y CAMPENHOUDT, L. V., “Manual de investigación en ciencias sociales”, Limusa, México, 1999.

¹⁰ Acompañé como ayudante-adscripta a la Dra. María Isolina Dabove en la Maestría de Derecho Privado (UNR) desde 2004, y en el Doctorado en Derecho (UNR) desde el 2008. Estuve 8 felices años dando clases en la Facultad de Derecho de la Unicen en Azul, y los últimos cumplía también la función de control metodológico de los trabajos de grado y posgrado. No voy a perder esta oportunidad para agradecer y lamentar que siempre uno tiene que recortar actividades (¡la tijera también se aplica al tiempo y al espacio!).

¹¹ Hace algunos años, una docente en un curso de redacción para adscriptos, la licenciada en Letras Carmen Sánchez Lanza, nos trajo una metáfora del escritor académico muy potente. Nos lo presentó primero como un *pulpo*, luego como un *cocinero*, y por último como un *mayordomo*. En primer lugar, debe agarrar –cual un pulpo– todo el material que tenga a la mano (ocho brazos, claro); en tanto que más adelante aparece el cocinero decidiendo con qué se va a quedar, ya que no todo es combinable, no todo es comestible, no todo es apropiado para la preparación de un jugoso almuerzo, o una rápida cena, o un deleite de un gourmet, o un refrigerio de dieta. Cada producto (jugoso almuerzo, rápida cena, comida gourmet o refrigerio de dieta) tiene su proceso, sus técnicas, alcances y elementos a ser integrados. Ahora bien, una vez que el experto cocinero (o el aprendiz de supervivencia) mezcló adecuadamente todos los ingredientes, a la temperatura justa, cantidades adecuadas y al gusto del consumidor (auditorio en nuestro caso académico), le pasa la posta al mayordomo. ¡Qué figura anticuada, pero qué apropiada para esta metáfora! Un mayordomo está al servicio, está atento a las necesidades de aquellos a quienes él asiste. ¿Y a quiénes servimos nosotros, mayordomos académicos? Al que nos está leyendo.

¹² La idea es elegir un bicho muy curioso y *meterete*.

se analizó, interpretó y conjeturó de lo lindo, se entra a la de *redacción*. Si bien no son etapas absolutamente preclusivas, usted puede ir y venir (un poquito), por este camino que se va haciendo con estas distintas formas de abordar la investigación; esto de pensar en distintos momentos, o tareas, nos va dando la pauta de que en el *investigar* se comprenden acciones diversas, enlazadas todas hacia una misma meta, pero con enfoques, tiempos y ritmos variados. En esta oportunidad nos abocaremos a la *estructuración* de las ideas. Mas tenga en claro que sin una buena *exploración* no hay qué estructurar¹³.

El *proyecto* es un tipo de producto académico; es la parte culmen de la etapa de *estructuración*. Si bien no es aconsejable definir en forma negativa¹⁴, por lo que no se es, en esta ocasión optaré por esa estrategia discursiva dado que quiero señalar, sin lugar a dudas, de qué forma se distancia de los productos conocidos y frecuentados generalmente por los abogados. Creo que ahí radica la mayor dificultad que tenemos con este instrumento metodológico. Una vez que se comprende que es algo distinto, ni mejor ni peor, simplemente distinto a los empleados cotidianamente, ya se está muy bien encaminado para avanzar derecho hacia la meta¹⁵.

Retomemos, el *proyecto de investigación* no es un proyecto de ley, ni un anteproyecto de ley, ni una ley, contrato, demanda, sentencia, ni una monografía, ni un ensayo, ni una ponencia, ni un artículo doctrinal. Para empezar, piénsese en él que *sí es* un *documento estructurante y fundamental* del proceso de investigación. Aún no quedó nada claro; paciencia, paso a paso. Pasemos a *metaforear*¹⁶.

¹³ Ver Anexo del esquema de la Etapas del Proceso de Investigación Científica.

¹⁴ “Regla 5. La definición no debe ser negativa, cuando puede ser afirmativa”. COPI, I. M., “Introducción a la lógica”, 4ª ed., trad. de Néstor Alberto Míguez, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 159.

¹⁵ Es muy importante que usted comprenda que las actividades y actitudes que debe adoptar al enfrentarse por primera vez a un trabajo de investigación académica se facilitan enormemente si usted tiene en claro las diferentes metas, procesos y productos que pueden elaborar los abogados en las distintas incumbencias profesionales. Vea para empezar: CIURO CALDANI, M. Á., “El juez, el abogado y el investigador jurídico”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, núm. 16, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1993, ps. 41 y ss.

¹⁶ “Metaforear” podría ser un neologismo, a imitación del “gerundiando” al que

A fin de ilustrar su función clave en el avance adecuado de una investigación, se podría hacer una comparación entre un *proyecto de investigación* y un *proyecto arquitectónico*. Ambos comienzan por un diseño en papel (o computadora, en definitiva, en lenguaje), previendo los elementos, tiempos y posibles contratiempos en la realización de la obra final. Antes de que el albañil comience a ubicar los ladrillos, necesita saber adónde deben ir y qué dimensiones tendrá la obra final. No es sensato planificar un castillo con fosa para cocodrilos y todo si para la construcción sólo contamos con 2 meses a partir de ayer y un terrenito de 8 por 10 que heredamos de nuestra abuelita juntamente con 17 primos.

Si no le gustó la metáfora, que sin saberlo yo compartía en mis clases con Sánchez Zorrilla¹⁷, también el proyecto de investigación puede ser comparado con la realización de un *viaje*¹⁸. Existen muchas formas de hacerlo, algunos planifican hasta el más mínimo detalle, prevén con antelación suficiente qué es lo que van a hacer, qué van a visitar, dónde van a parar, qué van a comer y qué no van a comer, etcétera; en tanto que otros van en forma más libre. Aun estos que desean cortar con la rutina, dejarse sorprender por el paisaje, aventurarse a encontrar espacios distintos –insisto–, aun estos últimos, los viajeros menos estructurados, tienen una idea aproximada de la zona por la que van a transitar, del tiempo destinado, del dinero del que dispondrán para esa aventura, del idioma que se habla en la zona, del clima, etcétera.

Para ir redondeando y comprobar que nos vamos entendiendo, le

hacía referencia la licenciada Graciela Álvarez en sus clases de Seminario de Lingüística y Derecho de la Facultad de Derecho, UNR (en el que hice mis primeras experiencias en la docencia como adscripta) en relación con la mala práctica de los abogados en cuanto al uso y abuso del gerundio. Ver: ÁLVAREZ, G.; NADALINI, G. M. y ZANETTI, M.^a A., “Manual teórico-práctico de escritura judicial”, Fundación para el Desarrollo de la Ciencias Jurídicas, Rosario, 2011, p. 65.

¹⁷ SÁNCHEZ ZORRILLA, M., “El marco teórico como herramienta conceptual de investigación científica aplicada a la investigación jurídica”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2014, ps. 83-109.

¹⁸ Esta idea se la escuché a la Dra. Dabove en una clase. No está de más recordarles que pueden ser honestos y generosos al escribir. ¡No tiene por qué ser todo idea suya!

hago una pregunta: *¿Se puede investigar sin realizar previamente un proyecto?* Si usted contestó que *no*, me temo que lo voy a contradecir. Siempre hago esta pregunta un tanto capciosa para saber si me sigue o hay que despertarlo. Recordemos, comparemos al proyecto de investigación con un proyecto arquitectónico o con una planificación de viaje; volvamos sobre nuestra pregunta: *¿Se puede construir una casa sin planos, o viajar sin planificación?* Claro que *sí*. En las ciudades hay muchas edificaciones sin planos previos o sin planos globales, con modificaciones *ad hoc* de reparación-emparche. Cuando se investiga dentro de los marcos legales, se requiere planificación y rendición de cuentas; otra cosa es hacerlo por fuera. Ergo: *poder, se puede*; ¿se debe?, ¿es conveniente? Creo que *no*.

En cuanto al *viaje*, tengo un primo que hace un par de años está recorriendo el mundo sin rumbo ni dirección; trabaja un poco acá, junta algo de plata allá, sigue, a veces en bicicleta, otras en transportes públicos, hace dedo, todo es un descubrir, no tiene la menor idea de cuándo regresará, ni si regresará. *¿Se entiende? Poder, se puede*; él no planifica, pero tampoco quiere llegar a ningún lado. En nuestro caso, podemos vivir felizmente nuestra vida académica en forma errante o nos podemos complicar la vida queriendo hacer una tesis. *¿Usted quiere la tesis?* Póngase un rumbo y metas; en definitiva, proyecte estratégicamente.

Bien, por las dudas de que no haya sido suficientemente clara: usted, ¿proyectará (su casa o su viaje) o no? *Es su decisión*. Yo no le voy a vender una casa prefabricada ni un viaje *all inclusive* –esos en los que usted sólo debe pagar y disfrutar de lo que le ofrecen y pensaron para usted–. Le voy a ir presentando cada elemento, y ante cada elemento usted va a tener que ir decidiendo qué hacer, hasta dónde planifica y qué deja más librado a la aventura.

Evalutando la coherencia de sus decisiones, los proyectos para poder ser considerados *viables* –esto es, “viajables”, “construibles”, y ahora le vamos a agregar una metáfora más, “germinables”– requieren un puñado de elementos básicos que se entrelazan en forma *coherente*. Si va para China, no parece de mucha utilidad que estudie croata, ni guaraní, pero el chino (en sus amplias variedades) o en todo caso el inglés seguramente le vendrán mejor. En un proyecto, esta coherencia, entre todos sus elementos, es el ABC de la cuestión.

3. Plantando el arbolito: los elementos del proyecto paso a paso

Nos vamos a referir a cada uno de los elementos de un *proyecto de investigación*, señalando de cada uno alguna conceptualización muy general, algunos criterios a tener en cuenta, las características de su redacción y la extensión aproximada que comprende.

Para empezar, fíjese en el *Esquema de plan de tesis* del Anexo. Vaya que lo espero... ¿Listo? ¿Con qué se encontró? Un formulario que tiene que ir completando. *A saber*: 1. Portada. 2. Palabras clave. 3. Resumen. 4. Antecedentes. 5. Hipótesis. 6. Objetivos. 7. Marco teórico. 8. Metodología (tipo de investigación, fuentes, métodos y técnicas). 9. Factibilidad (optativo). 10. Cronograma. 11. Bibliografía. 12. Firmas (tesista/seminarista y director/tutor).

Los problemas, el cronograma y las firmas no tienen mucha historia. Eso de *problemas* está ahí para que se asegure, su director/tutor o el organismo que le va a financiar la investigación, que usted tuvo en cuenta las dificultades, las tiene previstas y buscó formas de prevenirlas o resolverlas.

Con respecto al *cronograma*, es una forma de organizarse con el tiempo, factor de tijera¹⁹ metodológica por excelencia. Me encantaría hacer una investigación de 10 años, pero debo recortarla (y adecuar mi proyecto al lapso prefijado) porque así está estipulado en la institución que me nuclea, porque no tengo tantos fondos para solventarla, o porque para cuando llegue al 7º año ya habrá cambiado gran parte de aquello que estoy investigando. Tome la tijera, y reparta el tiempo total que tiene (trate de ser realista: el tiempo disponible para un becario doctoral del Conicet no es el mismo que para otro que necesita distribuirlo entre diversas actividades profesionales), y lo divide estimativamente entre las actividades que tendrá que ejecutar si quiere cumplir con su palabra proyectada y llegar a la meta: la tesis o informe de investigación.

Y con respecto a la *firma*, ¿qué le puedo decir? Un proyecto ejemplar, impecable, magnífico, sin su firma y la de su director/tutor, que

¹⁹ La tijera del recorte, imagen metafórica que hace alusión a que no se puede investigar el mundo y sus contornos ni transmitir *todo* de un plumazo, ni siquiera sé si es conveniente.

se hace cargo, se responsabiliza de lo que usted dice y hace, *carece de valor*. Así de simple; es nulo. Las razones: aún se investiga artesanalmente, se requiere de un maestro, que guíe al aprendiz hasta que él/ella (obvio²⁰) adquiera las destrezas suficientes.

Le cuento que para la próxima dejamos la parte de los *métodos y técnicas*, que sí tienen más historia; pero mientras espera la próxima entrega, puede ir leyendo a Galati²¹, que lo va a introducir muy bien en el tema.

3.1. Portada (etiquetando el producto para la venta)

Exploramos, coqueteamos con distintos temas y enfoques, todo muy lindo, pero acá en la etapa de estructuración hay que *plantar el arbolito*. Esta frase popular que se refiere a concretar una tarea la vamos a utilizar como pantalla de fondo para ir presentando cada uno de los elementos del proyecto. Empezamos por el final, qué curioso. La *portada*, la *carátula*, la primera hoja de este producto académico, es lo último que se redacta, por eso hago referencia a la portada como la etiqueta del envase de venta del producto: proyecto de investigación, en este caso.

Contiene los *datos identificatorios del proyecto* (esto es, nombres y apellidos completos de quién investiga, de quién o quiénes lo tutelan, en qué fecha lo está presentando, para qué carrera, etc.) y el *título*. Si nos ponemos quisquillosos, el título es aún más específico que el tema, sintetiza la problemática a investigar. En general los títulos de los proyectos, y de las tesis y de los trabajos de investigación, son bastante largos, porque tratan de ser lo suficientemente específicos para que el lector entienda desde la portada de qué se trata esa investigación. Luego (bastante luego, cuando vaya a publicar la tesis o vender el libro que es una adaptación de la tesis a las posibilidades del mercado intelectual) puede pensar otro título más *marketinero*,

²⁰ Obvio, obvio, no hay nada, así que mejor aclaremos; si bien hoy no está discutido el lugar de las mujeres en la ciencia, no fue así hasta antes de ayer en su historia. Véase: EDELSZTEIN, V., “Científicas: cocinan, limpian y ganan el premio Nobel (y nadie se enteró)”, 1ª ed., en GOLOMBEK, C. (dir.), *Colección Ciencia que ladra...*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.

²¹ GALATI, op. cit.

cortito, atrayente, sugerente, para captar la atención nuevamente del público, de otro público, muy probablemente.

Extensión aproximada: carátula, toda la primera página; título, una o dos oraciones, ya que puede agregarle un subtítulo.

3.2. *Antecedentes (¿Está preparada la tierra? ¿Cómo?)*

A veces se emplea el término *fundamentación*, que puede generar algunas confusiones en los investigadores noveles del Derecho, dado que lo asociamos con exclusividad a la justificación del proyecto. En tanto que la idea es la de fundamentación como base, base desde la cual apoyarse para saltar. *Antecedentes* o *estado actual de la materia* parece más acorde para su función, por lo menos entre los abogados.

En este punto es importante saber qué otras investigaciones sobre la temática usted conoce o tiene noticia. Y ahí vamos con la metáfora: no se investiga en solitario (aunque uno pase mucho tiempo solo en su escritorio), sino que –le guste o no– es parte como científico (profesional o *amateur*, *full time* o *part time*) de una comunidad iuscientífica de su área de investigación. Por lo tanto, no está empezando de cero en ningún tema (o casi, para no ser terminante). No es necesario que usted continúe una línea de investigación, o un enfoque o un abordaje específico, pero sí que sepa dónde está parado, desde dónde parte. Por eso la metáfora de los antecedentes como la preparación del terreno para la germinación: en tierra infértil tendrá que prepararla mucho más que en otra con un humus que da gusto.

En cuanto a las características generales de su redacción, vendría a ser como una (*mini*) *monografía*²². Esto es, un producto académico que se caracteriza mayormente por su exhaustividad en la búsqueda de información, y menos por su originalidad. Es una síntesis de lo que se ha investigado (o escrito en la bibliografía, a la cual llamamos doctrina en el ámbito jurídico). Si bien no todo artículo doctrinal es fruto de una investigación, es desde donde podemos saltar. ¡*Recuerde citar!*

²² *Exponga sus hechos tan sencillamente como pueda, incluso audazmente. Nadie espera flores de elocuencia ni ornamentos en un artículo de investigación.* DAY, R. A., “Cómo escribir y publicar trabajos científicos”, 2ª ed., trad. de Miguel Sáenz, Organización Panamericana de Salud, Washington D. C., 1996.

¡No se olvide de *citar*! Dos consejos: empecemos bien, y tenga cuidado con el “lavado de ideas”. Empecemos bien. Si plagiamos en el proyecto de investigación, ¡mamita querida lo que va a ser esa tesis! *Mayday*. ¡Abandone el barco todo el mundo! ¡Nos hundimos antes de zarpar! Recuerde que este proyecto de investigación a quien en mayor medida ayuda es a usted, el investigador, a fin de no perderse en el mar de información, por lo que le aconsejo que no se autoengañe.

¿Qué es eso del “lavado de ideas”? Muchas veces, al estilo Al Capone o Pablo Escobar –tristemente famosos– creemos que, si metemos en un artículo ideas propias e ideas ajenas, las mezclamos un poquito, dejamos reposar el material obtenido, y hacemos pases mágicos... luego, lo que se produzca podrá ser contabilizado todo como de mi autoría. ¡No lo haga! ¡Se nota y usted queda como la mona! Sería una lástima.

La idea de las citas, más allá de proteger la propiedad intelectual del autor²³, en el ámbito académico, también cumple una función probatoria o indiciaria. Si usted no cita, se está perdiendo el sostén de muchos autores. Me explico. En ciencia son importantes las afirmaciones que puedan sustentarse con alguna prueba, por lo que si usted inventó todo, además de quedar en ridículo como un gran mentiroso, queda igualmente mal parado como un ignorante, y súmele como un libre opinador sin nadie que lo acompañe en lo que está afirmando. Y también súmele un egoísmo impresionante, como para pedirse un turnito en el diván, me parece. Horrible, se lo dije. Entonces, cuidado con los casos de plagio²⁴, tanto los “conscientes” como los “inconscientes”; y recuerde que citar le hace bien a usted y al resto.

Extensión aproximada (la necesaria para ser comprendida): entre

²³ Tenga presente al Registro de la Propiedad Intelectual y que el plagio se persigue penal y civilmente. Puede visitar la página de la DNDA (Dirección Nacional del Derecho de Autor), en donde encontrará legislación, fallos y doctrina al respecto; para empezar, lo dejo con esta definición poética: “El delito de plagio reside en la acción dolosa del plagiario decidido a vestir con nuevos ropajes lo ya existente, para hacer creer que lo revestido es de cosecha propia” (CNCCorr., sala VI, 21-10-79, E. D. 88-493), y lo mando a repasar los arts. 71 y 72 de la Ley 11.723 Propiedad Intelectual y el art. 172 del Código Penal (estafas y otras defraudaciones).

²⁴ Ver resolución CS 337/2015 UNR.

2 y 5 páginas aproximadamente. En algunos organismos que financian la investigación este espacio de los antecedentes es aún más acotado: tan sólo media o una página.

3.3. Hipótesis (*nuestra semilla*)

Hemos mostrado en los *antecedentes* cómo está preparado el terreno; ahora hace su entrada triunfal *nuestra semilla*. La *hipótesis*, al igual que una semilla, contiene en potencia toda la tesis que se va a ir desplegando. A no asustarse, vamos paso a paso. A medida que avance la tarea, se transformará; primero, en objetivos; luego, en índice, y por último, en capítulos de la tesis. Es el núcleo principal del proyecto de investigación. Algunos autores prefieren hablar de *idea eje*, de *pregunta clave*²⁵, en vez de referirse a hipótesis; sea una u otra postura, ambas tienen en común la *centralidad de este enunciado*.

Al igual que una semilla contiene en potencia todo un árbol, la hipótesis es *sintética*, es un extracto de lo que se pretende probar o investigar. Si bien siempre son muchas las ideas en danza en todos los trabajos de investigación, y es cierto que en las investigaciones cualitativas la hipótesis inicial se verá sometida a modificaciones a lo largo de la investigación, y también es cierto que son ideas que se van presentando en forma subordinada (unas ideas principales y otras secundarias), no deja de ser *acotada*, no es abierta al infinito.

Un bosque se hace con semillas; pero una semilla de algarrobo producirá un algarrobo, y sólo uno. Las semillas de ese otro algarrobo, a su vez, producirán otros algarrobos; una semilla, un algarrobo. Una semilla no produce un bosque en una generación, sino que requiere de varias. El bosque, la comunidad científica; una semilla, nuestra hipótesis. Por eso, no pretenda que de su semilla florezca un bosque en una generación; concéntrese en que su árbol esté bien plantado y que haya otros que crezcan a su alrededor, y de esa forma aportará al bosque nativo de su comunidad científica.

En resumidas y ajustadas cuentas, una hipótesis es una afirmación –síntesis precisa– sobre aquello que se pretende trabajar y probar. Tenga

²⁵ TELLO, C., “El objeto de estudio en ciencias sociales: entre la pregunta y la hipótesis”, en *Cinta moebio*, núm. 42, 2011, ps. 225-242.

en mente que la investigación está claramente avanzando cuando uno puede formular *preguntas* precisas y describir *problemas* pertinentes de forma acabada, mas también es acertado sostener que al lograr arriesgar una *respuesta provisoria (hipo-tesis)*, lo está aún más.

Para que nos orientemos en la forma de redactarla, pasemos revista a algunos consejos desde un punto de vista gramatical. Podríamos decir que la hipótesis tiene que presentar el siguiente formato:

Oración “simple”. Forma canónica: sujeto + verbo + predicado. Sin conectores, con poca presencia de modificadores directos e indirectos (por ej., adjetivos, adverbios). No se utilizan sinónimos, ni giros adverbiales, ni se debe invertir el orden simple de la oración para producir efecto poético. Su redacción es más próxima a la de una ley que a la de un alegato. Debe ser precisa, sintética y simple.

Oración “afirmativa” (*El sol sale por el Este*). O sea, no *interrogativa* (*¿El sol sale por el Este?*), ni *exclamativa* (*¡El sol sale por el Este!*), ni *condicional* (*Si el sol sale por el Este, tendré luz a la mañana en mi ventana azul*), ni *hipotética* (*Si el sol saliera por el Este, se reflejaría primero en mi ventana azul*).

Autosuficiente. Al leer esa oración debemos entender perfectamente de qué se trata la investigación. Se deben evitar reenvíos al estilo de: “téngase en cuenta lo desarrollado en la fundamentación” o “de acuerdo a las preguntas que planteé anteriormente”. Tampoco introduzca la hipótesis de ninguna forma: “Aquello que voy a proceder a probar durante el transcurso de mi investigación, será la hipótesis que pasaré a desarrollar”; no, directamente vaya al grano (cae justito para esta metáfora germinativa que estamos siguiendo), después del título *Hipótesis* del proyecto, escriba derecho su semillita.

Adecuada al lenguaje teórico. Esa afirmación sintética *está atravesada* por la teoría, redactada con los términos técnicos de la teoría que se usan para describir e interpretar la realidad. Su lenguaje es aportado por el marco teórico; el contenido, si pudiera caber esa figura, es su creación-observación-interpretación.

Por último, recuerde que las *definiciones* son propias del marco teórico o los antecedentes, *no* de la hipótesis. Aún con un poco de temor a confundirlo, pero con el deseo de ahondar en la explicación,

me animo a decir que le son aplicables a la redacción de la hipótesis las reglas de la redacción de definiciones; pero *no es una definición. Que quede clarísimo: la hipótesis no es una definición*. Charlando con Copi²⁶, entiendo que pueden ser de utilidad estas pautas para la elaboración de la hipótesis:

- *Minimalismo*: en la hipótesis, *lo que abunda sí daña*. Busque los atributos esenciales, y el ahorro de palabras: máximo de expresión, con el mínimo de cantidad de palabras.
- *No circular o tautológica*: Un “acuerdo” es una forma de “acordar” con la gente... ¡Qué chiste! ¿Se acuerda de las familias de palabras de la escuela primaria? Para esto sirve: la hipótesis viene a ser una *tipa*²⁷ medio solitaria, para nada familiar. ¡No use familias de palabras en la hipótesis, por favor!
- *Exactitud*. Ni demasiado abarcadora, ni demasiado estrecha. Esto tiene que ver con cómo voy a probar lo que afirmo, esto se relaciona con el tema de las *fuentes*.
- *Claridad*. Ni ambigua, ni oscura. Acá juega en equipo con los *antecedentes* y el *marco teórico*; o sea, tan clara como sea posible de acuerdo al estado de investigación del tema y al grado de claridad de su marco teórico.
- *Afirmativa*. Hay excepciones, claro; son reglas, siempre hay excepciones. El caso que trae Copi es el del huérfano: ¿Cómo hace usted para describirlo por lo afirmativo respetando el minimalismo, la no circularidad, la exactitud y la claridad? Es difícil. Salvo que se vea implicado un huérfano en su hipótesis, no piense en negativo, es más complicado... ¡piense en positivo, sea optimista!²⁸

Extensión aproximada: 1, 2 o 3 oraciones simples. Por favor, no

²⁶ COPI, op. cit., p. 156.

²⁷ No es buena idea usar “tipa” en vez de “persona” o “mujer” en un texto académico absolutamente serio, ya que se debe mantener el mismo registro del lenguaje, formal o informal. Aquí me lo permito porque mi meta es que nos relajemos un poco en una introducción a la metodología jurídica, por lo que cada tanto trato de que respiremos profundo y nos aflojemos un poco. Sin anestesia humorística, estos temas pueden llegar a ser contracturantes.

²⁸ Un nuevo intento de chiste; aunque mis hijos me aseguran que no me salen bien, yo lo sigo intentando.

un párrafo y mucho menos párrafos y párrafos... ¡ya tendrá tiempo de escribir y sacarse las ganas en los capítulos de la tesis!

3.4. *Objetivos (los primeros brotes)*

Con respecto a los objetivos, hay varias formas de referirse a –y emplear– esta herramienta; acá les presento una que me parece útil²⁹ de acuerdo a su finalidad: ayudarnos a elaborar una tesis o informe de investigación.

²⁹ Efectué una búsqueda bibliográfica en 3 bases de datos en línea (*Doxa, Academia y Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, con respecto a material específico sobre *metodología de la investigación jurídica y epistemología jurídica*, obteniendo como resultado un sabroso material para el análisis, lo cual estoy haciendo pormenorizadamente, paso a paso, ya que asciende a 200 artículos de revistas, hasta el momento; pero *ninguno* aborda el tema de los *objetivos* de un proyecto de investigación de Derecho. El material bibliográfico específico de la metodología de la investigación jurídica es, en general, propedéutico de la actividad metodológica o pasa directamente a la disertación sobre los métodos y marcos teóricos. Otros temas abordados frecuentemente insisten (ya que sigue siendo necesario) en la diferenciación entre tipos de escritos académicos, las incumbencias profesionales de los abogados (con especial atención a los diversos enfoques entre las labores de los jueces y los tesisistas) y la situación de la investigación en el grado y el posgrado en la universidades. Por lo que, en este punto, recurrí a material de otras ciencias sociales. Puede ver, en este sentido: SAUTU, R., “Todo es teoría. Objetivos y métodos de investigación”, Ediciones Lumiere, Buenos Aires, 2003, p. 29. Entre los 11 errores más comunes que se cometen entre los principiantes de la investigación en ciencias sociales, conforme a la experiencia de Catalina Wainerman, 7 están referidos a los objetivos. Los reproduzco: 1) Formulación de un objetivo tan amplio que no es susceptible de ser investigado durante la vida útil de un individuo; 2) error de dejar a cargo de la realidad la especificación del objetivo que se habrá de investigar en ella; 3) planteo de objetivos específicos no incluidos en el general, o que pertenecen a otra investigación; 4) confusión entre producción de conocimiento sobre la realidad y elaboración de políticas y/o planes de acción para operar sobre ella, o entre objetivos de la investigación y propósitos a largo plazo; 5) planteo de un objetivo de corte explicativo antes de haber alcanzado una descripción del fenómeno en investigación; 6) confusión entre objetivo específico y “paso” a recorrer en el desarrollo de la investigación. Este análisis es un paso indispensable para conocer algo, pero no es el algo que se busca conocer; 7) formulación de un objetivo restringido a resolver un problema singular o a llevar a cabo una mera recolección de datos sin plantear el “para qué” hacerlo. WAINERMAN y SAUTU, op. cit. *En síntesis*: con respecto a la consideración de los *objetivos en las investigaciones jurídicas*, pueden llegar a existir diversas formas de concebirlos; ¡bienvenidas sean! Acá sólo les dejo una postura para empezar a dialogar o debatir.

Los objetivos son los primeros brotes de la simiente hipotética; a partir de ellos, luego de finalizado el proyecto, irán floreciendo, uno a uno, los capítulos de la tesis (¡quedó muy poética esta metáfora!). *Cada secuencia a probar, es un objetivo; podrá ser una aproximación a un capítulo.*

Aquello que caracteriza a los objetivos es su construcción *analítica*; son el despliegue de las ideas contenidas en la hipótesis, *no se suman ideas nuevas, sino que se vinculan las ideas de la hipótesis con el arsenal de “fuentes”*. También se caracterizan por ser *secuenciales*; *se enumeran en orden progresivo*. La progresividad la determina la precedencia lógica en cuanto a la necesidad de probar ideas relacionadas.

Se redactan como *instrucciones*. También son similares al *lenguaje normativo*, dado que se proyectan repartos, las acciones que voy a realizar en pos de probar la hipótesis. Se presentan en la forma verbal del *infinitivo*³⁰, como tareas a realizar en forma secuencial, esto es, tienen un orden determinado que lo dicta la importancia y la relación de las ideas que se desea probar.

Extensión aproximada: entre 5 y 15 oraciones (depende del detalle con que Ud. planifique su viaje o su casa).

3.5. Marco teórico (el tutor para que su arbolito crezca derecho)

Un tutor no puede dañar a la planta, no puede quitarle el sol ni asfixiarla, ¿qué clase de tutor sería? No estaría cumpliendo su cometido. El marco teórico cumple la función de tutelar; por lo tanto, el marco teórico es una herramienta importantísima y de mucha *ayuda*. Como todo tutor, el marco teórico no puede ser un obstáculo o algún detalle decorativo; si así fuera, deberá ser removido, reemplazado. Es, ni más ni menos, la teoría desde la cual se describe e interpreta la realidad jurídica que estamos investigando. Es la determinación específica de

³⁰ Por ejemplo: Analizar, calcular, captar, clasificar, comparar, contrastar, deducir, definir, describir, diferenciar, ejemplificar, enumerar, examinar, experimentar, identificar, ilustrar, inspeccionar, integrar, interpretar, jerarquizar, medir, ordenar, organizar, precisar, reconocer, registrar, relacionar, replantear, representar, resumir, revisar, traducir, trasladar, valorar, etc.

las *categorías conceptuales* que voy a emplear para expresarme, para describir, comprender y explicar aquello que tengo entre manos.

El marco teórico es el entramado conceptual (teoría general del Derecho o alguna teoría sustantiva³¹, de algún tema o área específica del Derecho) desde la cual *se “lee”, se interpreta, se analiza, se describe*.

Claro que en algunos casos el tutor debe ser readaptado, modificado, dado que el arbolito se hizo árbol y necesita una ayuda más sólida o diferente; pero la meta del jardinero no es readaptar al tutor, sino valerse del tutor para que crezca derecha la planta. En definitiva, salvo en los casos de las tesis de filosofía (del Derecho, en este caso) en las que la teoría puede ser el objeto de investigación, en el resto, la teoría auxilia en la estructuración, en la elección metodológica, de fuentes, pero usted no precisa ser un hiperespecialista en la teoría ni su función es analizar la teoría, sino emplearla como herramienta de análisis de la realidad (¡sea esto lo que fuese!) que tenga entre manos.

El marco teórico es el *lenguaje* en el que se piensa la tesis, y el proyecto. Al igual que un idioma, uno lo puede manejar con mayor o menor solvencia, pero para poder ser entendidos por los *destinatarios* (en nuestro caso, los pares y especialmente el jurado) es preciso adaptarse a un nivel al menos básico de las reglas de la lógica de ese “idioma”. Por ejemplo, si uno viaja por turismo a Brasil podrá valerse de un improvisado “portuñol”, mas en una tesis habría que optar por el español (argentino o castellano, si uno es muy exquisito puede especificar) o el portugués (supongo que también habrá particularidades entre el brasileño y el portugués de la península), porque de otra forma no nos entenderán ni los jurados argentinos ni los jurados brasileños.

Por favor, tenga mucho cuidado con la forma como se hace la *integración* de los autores si son varios, dado que podrían no ser compatibles sus marcos teóricos. Siguiendo con la metáfora idiomática, siempre es más sencillo y entendible integrar un italiano con un español o un portugués, por la rama que tienen en común, que un suajili con un chino. Al igual que en los idiomas, en las teorías jurídicas también hay familiaridades y genealogías, injertos bien logrados o abominaciones teóricas. Tenga cuidado, hágase asesorar por un especialista.

³¹ SAUTU, BONIOLO, DALLE y ELBERT, op. cit., p. 30.

¿Quién podría ser? Un profesor de Filosofía del Derecho para una teoría general del Derecho, por ejemplo; o un especialista en la materia que tiene entre manos para una teoría sustantiva. O ambos, integrados. Jamás le dije que elaborar una tesis era algo sencillito; implica muchas otras acciones además de escribir; entre otras, buscar gente que nos ayude.

El marco teórico nos tiene que brindar *categorías* útiles para poder captar, comprender, interpretar la realidad. Podemos pensar en ello como si fueran cajones bien ordenados en donde acomodar la información que tenemos. Si los cajones no tienen fondo, son falsos o tienen doble fondo (para esconder cosas), pueden llegar a ser muy divertidos pero peligrosos o no del todo útiles si pretendemos que nos ayuden a ordenar el material. Sugerencia: trate de trabajar con algún *marco conceptual coherente y sistemático*³² si quiere lograr un trabajo de investigación coherente y sistemático.

No es preciso que se haga una síntesis de la teoría ni que se la elogie. Cuanto más específica sea la determinación de la teoría, será más sencilla la tarea posterior del tesista en la elección de las categorías a utilizar. A la hora de redactar es suficiente con que sólo nombre la/s teoría/s, o autores, o los conceptos con los cuales va a trabajar, desde los cuales se van a interpretar las fuentes. Es una *guía teórica para usted mismo*, como mínimo señale el autor y su obra, pero también puede describir las categorías a utilizar, *si a usted* (y a su director) les facilita la labor posterior.

Extensión aproximada: Una oración, simple enunciación. Por ejemplo: “La teoría desde la cual voy a abordar el proyecto es [nombre de la teoría, cita de una o varias obras de uno o varios autores]”. O una página, si es que opta por describir las categorías a utilizar en la tesis o trabajo de investigación.

3.6. Fuentes (minerales, nutrientes, agua, sol... ¿podría vivir sin todo esto?)

Son los elementos probatorios de sus afirmaciones. No hay semilla

³² SÁNCHEZ ZORRILLA, M., “Apuntes para una metodología jurídica: la idea de marco teórico”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, ps. 297-310.

que pueda crecer y dar frutos sin algunos elementos que la nutran, le den agua, sol. Las *fuentes* de la investigación son todo aquello: ¡mire que son importantes! Las fuentes son la *prueba* de nuestros dichos, de nuestras afirmaciones, de la hipótesis; aquello que lo transforma en un trabajo científico, y no una mera opinión, un ensayo³³. No hay tesis, ni trabajo de investigación sin el señalamiento (por anticipado) del material probatorio que se utilizará.

Aquello que caracteriza a las fuentes es su *especificidad*. Haga un listado de lo que va a emplear, tratando de ser preciso y específico, en la mayor medida posible. Un proyecto de investigación que sólo hace referencia a las fuentes de esta forma: “Emplearé bibliografía, legislación y jurisprudencia” está en sus comienzos, aún requiere avanzar en la búsqueda de información, haciendo uso de los tentáculos del *pulpo* y de la *tijera* del recorte, hasta poder determinar con qué bibliografía, con qué legislación y con qué fallos (*o la fuente que sea*)³⁴ trabajará usted en su proyecto.

¿Cómo se presenta? ¿Se acuerda que somos como un cocinero?³⁵

³³ En lo más mínimo menosprecio al producto académico *ensayo*; es de gran valor. No sólo se han escrito grandes obras filosóficas con este formato, sino que incluso entiendo que es un instrumento muy valioso para empezar a trabajar en la tesis y/o empezar a redactar académicamente. Ver un material de mi autoría: ISERN, M., “Algunos consejos y sugerencias para la producción académica en el Derecho. El ensayo paso a paso”, en *Cartapacio de Derecho*, vol. 34, Facultad de Derecho, Unicen, 2018.

³⁴ Este tema, el de las *fuentes de la investigación*, es de relevancia mayúscula; es esencial, pero no invisible. Dada su envergadura, será tratado en profundidad en otro artículo que está en proceso de redacción. Por el momento, le sugiero que consulte en CRUZ PACERO, J. A., “Los métodos para los juristas”, en COURTIS (ed.), op. cit., ps. 34 y ss.; COURTIS, op. cit., ps. 135 y ss.; HERRERA, op. cit., ps. 107 y ss.; ÁLVAREZ UNDURRAGA, op. cit., ps. 258-264, QUIVY, op. cit., ps. 147 y ss.; HERNÁNDEZ SAMPIERI, R.; FERNÁNDEZ-COLLADO, C. y BAPTISTA LUCIO, P., “Metodología de la investigación”, 4ª ed., McGraw-Hill Interamericana, México, 2006, ps. 581 y ss.; SAUTU, op. cit., ps. 74 y ss.; SAMAJA, J., “Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica”, Eudeba, Buenos Aires, 1994, ps. 158 y ss.

³⁵ Si no sabe de qué cocinero estoy hablando, es que no leyó las notas de pie de página. Vaya a la nota 10, y vuelva. Lo espero. De paso le cuento que en la redacción académica las *notas de pie de página* son muy valiosas; es un espacio que no se

Por lo que, aunque sea un *chef* renombrado, si no tiene los alimentos frescos y de buena calidad, no podrá cocinar nada apetitoso en concreto; se quedará soñando o ideando en abstracto los posibles platos exquisitos sin poder poner manos en la masa.

Bueno, continuemos sumergiéndonos en la metáfora. Señor cocinero, haga una lista de supermercado o de mercadito o vaya usted mismo a la huerta, al chiquero, a cazar su jabalí, a recolectar los hongos luego de la lluvia, etcétera. Sea como fuere, *haga una lista* con todo el material que usted *estima* que va a emplear. Obvio que si en una noche de tormenta en una estancia en el medio de La Pampa se programó una ensalada con aceite de oliva, y se le acabó, tiene dos opciones: o no cocine esa noche, o use otro material con una función similar (otro aceite, manteca, margarina, grasa, etc.). Sugerencia: situaciones complicadas siempre hay, pero trate de que los imprevistos no sean un hábito.

Entonces, se redacta una *enumeración* del material probatorio, de las fuentes que empleará estimativamente: el listado. Recuerde la metáfora del viaje o de la construcción arquitectónica, el detalle en la especificación lo pone usted. Claro que no es suficiente con que planifique viajar “por algún lugar del planeta Tierra” (por el momento, los viajes por la galaxia no son tan populares), o que planifique construir su casa “con algún material duro”. ¡Sea un poco más preciso!

¡Atención! La *bibliografía* (*doctrina*) debe estar listada *aparte*, y no es necesario que haga referencia en este punto de las *fuentes* a que se utilizará bibliografía, dado que *todas* las investigaciones la utilizan. La única salvedad es que usted sólo emplee bibliografía como fuente de su investigación; *es ese caso*, señale acá que así lo hará y remita al listado final de *bibliografía*.

Extensión aproximada: de media página a dos páginas (depende de lo detallista que Ud. sea).

agota en el prolijo señalamiento de las fuentes del conocimiento de que se ha servido; ningún trabajo jurídico debería prescindir de ellas, sino que puede incluir esos textos complementarios que pueden tener un contenido muy variado: reenviar al lector de una a otra parte, completar el desarrollo de fondo con explicaciones o comentarios al margen del discurso, poner de manifiesto una expresión en idioma extranjero o, dentro de un largo etcétera, señalar la genealogía de una idea a partir de otras.

3.7. *Bibliografía (cuentos y relatos sobre árboles parecidos a mi semilla)*

¡No me confunda la *bibliografía* con la *fuentes*! La *bibliografía* (*doctrina*) debe estar listada aparte (lo repito, ¡sí!). En el punto de *fuentes* no es necesario señalar que se utilizará bibliografía, dado que *todas las investigaciones la utilizan* (sea de Derecho, de Física, de Biología o de Economía). Sólo hay una excepción (creo): el caso en el que la bibliografía sea la única fuente que empleará; no usará más que doctrina, ni legislación, ni fallos, ni entrevistas, ni estadísticas, sólo doctrina. En *ese* caso, en el punto de *fuentes* haga una referencia al listado que efectuará sólo *una vez* en el punto de *bibliografía*. Perdón por el tonito y la insistencia; es para reforzar, ahora paso a explicarle las razones.

La bibliografía siempre es fuente indirecta, salvo en la formación de conceptos. De ahí viene la manía: ¡no me mezcle la *bibliografía* con las *otras fuentes*! A ver si nos da claridad la metáfora que arrastramos desde hace unas páginas: no es lo mismo que nos canten sobre la belleza del jacarandá florecido, que nos lo relaten en un libro, a verlos en un video, en un cuadro, en una fotografía, o sentarse abajo mientras nos caen las florcitas lilas en nuestra cabeza y al mirar hacia abajo vemos en el jardín esa alfombra natural. No es la misma experiencia³⁶. Ahí tenemos reflejadas las distintas experiencias (informa-

³⁶ *No hay hechos, sino interpretaciones, o Nada hay fuera del texto...*, son frases que a lo mejor ha escuchado por ahí; pertenecen a Nietzsche y Derrida. Son de lo más interesantes y jugamos mucho con ellas en las cátedras de Epistemología; pero en las de Metodología, por el momento, nos aferramos a una cierta convención metodológica macro (siempre opinable y modificable, claro, como todo) en la que aún diferenciamos entre hechos y textos. En la bibliografía están presentes los hechos interpretados por otros; en el análisis de la fuente directa sigue siendo interpretación, pero propia. En este artículo le estoy hablando en forma interpretada de los proyectos que he tenido la oportunidad de ver, en tanto que si pudiera acceder a una colección de proyectos de investigación, usted podría hacer la interpretación por sí mismo. Siempre estamos y nos están interpretando... pero por eso tomamos la odiosa pero útil tijera metodológica y decimos: ¡Hasta acá llegamos! Para seguir con la reflexión epistemológica le sugiero empezar por FERRARIS, M., "Introducción a Derrida", trad. de Luciano Padilla López, Amorrortu, Buenos Aires-Madrid, 2006; "Manifiesto del nuevo realismo", trad. de José Blanco Jiménez, Ariadna, Santiago de Chile, 2012; NIETZSCHE, F. W., "Fragmentos póstumos IV", Tecnos, Madrid, 2008; DERRIDA, J., "De la gramatología", Siglo XXI, México, 1985.

ción, datos) que nos pueden brindar las fuentes directas y las indirectas, aunque, ambas necesarias, distintas.

La forma de redactar este punto es mediante otra *enumeración* (estilo lista de supermercado) de la *bibliografía (doctrina)* que encontró. ¡Una aclaración que vale la pena hacer! En todos los otros productos académicos (monografía, ensayo, tesis, comentario de fallo, etc.) usted tiene que citar o hacer referencia al material doctrinal que efectivamente *leyó*; pero *en este caso* –en el proyecto de investigación– debe hacer esa enumeración de todo el material que *encontró* hasta ese momento y que piensa que *estimativamente se empleará* en la realización de la tesis.

Refuerzo: no sólo la *leída*, sino la que estimativamente creen –usted y su tutor/director– que *leerán*. No se preocupe por la permanencia, puede cambiar; es más: debe cambiar. Es lo más aconsejable que se vaya modificando, actualizando y especificando a lo largo de la ejecución del proyecto. *Su* finalidad consiste en controlar (por parte de su director y organismo de financiación o aprobación del proyecto) la seriedad y profundidad de su primera *revisión bibliográfica*, o su revisión bibliográfica inicial.

Último consejo, por el momento: no se olvide de emplear las *pautas formales* para hacer las *citas* que le exijan en la carrera que está cursando o en el organismo en donde presentará el proyecto.

Extensión aproximada: de 2 a 10 páginas (según la exhaustividad de la búsqueda y la centralidad de este tipo de fuente en el contexto general de su proyecto de investigación).

Hasta acá llegamos, por ahora. Ya que éste pretende ser un primer material de divulgación sobre metodología de la investigación jurídica para quien lo necesite: doctorandos, maestrandos, seminaristas, estudiantes que investigan al Derecho, en general. Y queda hecha la invitación: los espero en la próxima entrega que incluirá sugerencias y consejos para la redacción de tesis jurídicas.

4. Conclusiones

El Derecho es una herramienta extraordinaria para ser utilizada, para emplearla en las sociedades; si esa técnica no se repiensa, utili-

zándola en forma irreflexiva a imitación de otras épocas u horizontes, trabajaremos con un técnica desactualizada o inapropiada. En una época en la que la técnica es endiosada, ¿por qué insisto con la ciencia? Porque esa diosa técnica, que nos maravilla desde el celular que tenemos en nuestras manos hasta el instrumento de titanio que ahora reemplaza una rodilla, no hubiera sido posible sin los aportes de diversas ciencias. La retroalimentación (o continuo) científico-tecnológica necesita de investigaciones científicas y tecnológicas, también en el área jurídica. Desde que Kirchmann³⁷ escandalizó a su auditorio con su afirmación sobre la acientificidad del Derecho hubo y sigue habiendo un debate en torno a ello. Para mi gusto, suficientemente zanjado o con un posible acuerdo: en el *Derecho se entrecruza una complejidad de saberes*³⁸, distinguibles, no jerarquizables, que es preciso no confundir en beneficio de todos ellos. Por lo que este artículo de introducción metodológica es para aquel que quiera generar un cambio, al menos en su pequeño espacio de influencia. No sólo está haciendo su trabajo de investigación, su tesis/tesina (de posgrado) o trabajo final de seminario (de grado), sino que al mismo tiempo hace

³⁷ CIURO CALDANI, M. Á., “Acerca de la crítica jurídica de Kirchmann”, en CIURO CALDANI, M. Á., *Estudios jusfilosóficos*, FIJ, Rosario, 1986, p. 163; DABOVE, M.^a I., “Kirchmann desde Kirchmann: la crítica entre el relativismo y el escepticismo”, en *Investigación y docencia*, núm. 21, FIJ, Rosario, 1992/1993, ps. 81 y ss.; HABA, E. P., “Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual teoría del Derecho”, en *Doxa*, núm. 14, 1993, ps. 269/317.

³⁸ DABOVE, M.^a I., “El Derecho como complejidad de ‘saberes’ diversos”, en *Cartapacio*, núm. 4, Unicen, 2004; WOLF, E., “El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho”, trad. de Eduardo Vásquez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962; ATIENZA, M., “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, en *Doxa*, núm. 33, 2010, ps. 361/367; SASTRE ARIZA, S., “Algunas consideraciones sobre la Ciencia Jurídica”, en *Doxa*, núm. 24, 2001, ps. 579/601; BUNGE, M., “El Derecho como técnica social de control y reforma”, en *Isonomía*, núm. 13, 2000, ps. 121-137; HABA, E. P., “Sobre el Derecho como ‘técnica’ o ‘tecnología’. Apostillas a una polémica entre dos visiones científicas sobre las posibilidades del discurso jurídico”, en *Doxa*, núms. 17-18, 1995, ps. 491-498; VERNENGO, R. J., “Réplica a la respuesta de M. Atienza”, en *Doxa*, núm. 3, 1986, ps. 313- 314; ATIENZA, M., “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo”, en *Doxa*, núm. 3, 1986, ps. 297- 311; VERNENGO, R. J., “Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una Ciencia del Derecho?”, en *Doxa*, núm. 3, 1986, ps. 289/295.

consciente el método, sus posibilidades y sus dificultades. Desde ya les doy las gracias: su esfuerzo genera un gran aporte para todos como comunidad jurídica.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, Graciela; NADALINI, Gustavo Marcelo y ZANETTI, María Adolía, “Manual teórico-práctico de escritura judicial”, Rosario, Fundación para el Desarrollo de la Ciencias Jurídicas, 2011.
- ÁLVAREZ UNDURRAGA, Gabriel, “Curso de investigación jurídica”, 2ª ed., Santiago, LexisNexis, 2006.
- ATIENZA, Manuel, “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, en *Doxa* (núm. 33), 2010.
- “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo”, en *Doxa* (núm. 3), 1986.
- BUNGE, Mario, “El Derecho como técnica social de control y reforma”, en *Isonomía* (núm. 13), 2000.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Acerca de la crítica jurídica de Kirchmann”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Estudios jusfilosóficos*, Rosario, FIJ, 1986.
- “El juez, el abogado y el investigador jurídico”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* (núm. 16), Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.
- “La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* (núm. 20), Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995.
- COPI, Irving M., “Introducción a la lógica”, 4ª ed., trad. de Néstor Alberto Míguez, Buenos Aires, Eudeba, 1999.
- COURTIS, Christian (ed.), “Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica”, *Prólogo* de Manuel Atienza, Madrid, Trotta, 2006.
- CRUZ PACERO, Juan Antonio, “Los métodos para los juristas”, en COURTIS, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, *Prólogo* de Manuel Atienza, Madrid, Trotta, 2006.
- DABOVE, María Isolina, “Arqueología de la Ciencia Jurídica”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* (núm. 29), Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006.

- DABOVE, María Isolina, “El Derecho como complejidad de ‘saberes’ diversos”, en Cartapacio (núm. 4), Unicen, 2004.
- “Kirchmann desde Kirchmann: la crítica entre el relativismo y el escepticismo”, en Investigación y docencia (núm. 21), Rosario, FIJ, 1992/1993.
- DAY, Robert A., “Cómo escribir y publicar trabajos científicos”, 2ª ed., trad. de Miguel Sáenz, Washington D. C., Organización Panamericana de Salud, 1996.
- DERRIDA, Jacques, “De la gramatología”, México, Siglo XXI, 1985.
- DOBSON, Juan M., “Estructura de la monografía jurídica”, en Zeus, del 28 y 29 de agosto de 1986.
- ECO, Umberto, “Cómo se hace una tesis”, trad. de Lucía Barranda y Alberto C. Ibáñez, Barcelona, Gedisa, 2001.
- EDELSZTEIN, Valeria, “Científicas: cocinan, limpian y ganan el premio Nobel (y nadie se entera)”, 1ª ed., en GOLOMBEK, Diego (dir.), *Colección Ciencia que ladra...*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- FERRARIS, Maurizio, “Introducción a Derrida”, trad. de Luciano Padilla López, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu, 2006.
- “Manifiesto del nuevo realismo”, trad. de José Blanco Jiménez, Santiago de Chile, Ariadna, 2012.
- GALATI, Elvio D., “Metodología jurídica compleja”, en Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política, vol. 21 (núm. 2), 2014.
- GRÜN, Ernesto, “Un enfoque de la metodología de la investigación en el Derecho desde la sistémica y la cibernética”, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho (núm. 13), 2010.
- HABA, Enrique P., “Entrevista a Enrique P. Haba”, en Revista Justiça do Direito, vol. 1 (núm. 1), janeiro/junho de 2011.
- “Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual teoría del Derecho”, en Doxa (núm. 14), 1993.
- “Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica”, San José de Costa Rica, UCR, 2012, ts. I y II.
- “Sobre el Derecho como ‘técnica’ o ‘tecnología’. Apostillas a una polémica entre dos visiones científicas sobre las posibilidades del discurso jurídico”, en Doxa (núms. 17-18), 1995.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ-COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar, “Metodología de la investigación”, 4ª ed., México, McGraw-Hill Interamericana, 2006.

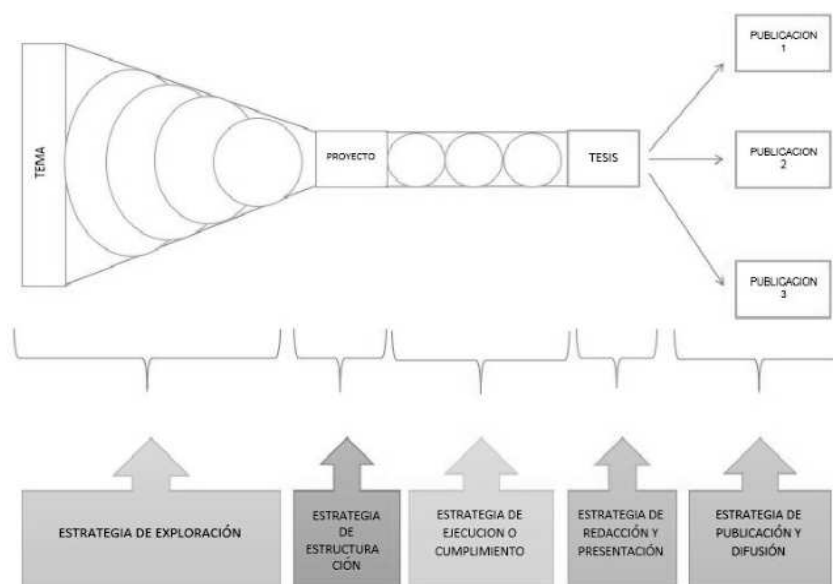
- HERRERA, Enrique, “Práctica metodológica de la investigación jurídica”, Buenos Aires, Astrea, 1998.
- ISERN, Mariana, “Algunos consejos y sugerencias para la producción académica en el Derecho. El ensayo paso a paso”, en Cartapacio de Derecho, vol. 34, Facultad de Derecho, Unicen, 2018.
- KUNZ, Ana y CARDINAUX, Nancy, “Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesis”, 1ª ed., 1ª reimpr., Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2005.
- NIETZSCHE, Friedrich W., “Fragmentos póstumos IV”, Madrid, Tecnos, 2008.
- ORLER, José y VARELA, Sebastián, “Metodología de la investigación en el campo del Derecho”, 1ª ed., La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 2008.
- QUIVY, Raymond y CAMPENHOUDT, Luc Van, “Manual de investigación en ciencias sociales”, México, Limusa, 1999.
- SAMAJA, Juan, “Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica”, Buenos Aires, Eudeba, 1994.
- SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel, “Apuntes para una metodología jurídica: la idea de marco teórico”, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho (núm. 13), 2010.
- “El marco teórico como herramienta conceptual de investigación científica aplicada a la investigación jurídica”, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho (núm. 17), 2014.
- “La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho”, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho (núm. 14), 2011.
- SASTRE ARIZA, Santiago, “Algunas consideraciones sobre la Ciencia Jurídica”, en Doxa (núm. 24), 2001.
- SAUTU, Ruth, “Todo es teoría. Objetivos y métodos de investigación”, Buenos Aires, Ediciones Lumiere, 2003.
- SAUTU, Ruth; BONIOLO, Paula; DALLE, Pablo Martín y ELBERT, Rodolfo, “Manual de metodología. Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología”, 2ª ed., Buenos Aires, Prometeo, 2010.
- TELLO, César, “El objeto de estudio en ciencias sociales: entre la pregunta y la hipótesis”, en Cinta moebio (núm. 42), 2011.
- VERNENGO, Roberto J., “Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una Ciencia del Derecho?”, en Doxa (núm. 3), 1986.
- “Réplica a la respuesta de M. Atienza”, en Doxa (núm. 3), 1986.

WAINERMAN, Catalina, “Introducción: acerca de la formación de investigadores en ciencias sociales”, en WAINERMAN, Catalina y SAUTU, Ruth (comps.), *La trastienda de la investigación*, 1ª ed., Buenos Aires, Manantial, 2011.

WOLF, Erik, “El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho”, trad. de Eduardo Vásquez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.

ANEXO

A) Esquema de Etapas del Proceso de Investigación Científica



B) Esquema de plan de tesis

Esquema de plan de tesis. Estructura básica

1. *Portada* (primera página).

Universidad Nacional de Rosario.

Facultad de Derecho.

Doctorado en Derecho/Maestría en Derecho Privado/Seminario.

Título (claro, preciso, representativo de la investigación que se pretende realizar).

- Nombre completo del doctorando/maestrando/seminarista.
Nombre del director de la tesis o trabajo de investigación de grado.
Fecha (mes y año de elaboración del plan).
2. *Palabras clave* (de 3 a 5 términos).
 3. *Resumen* (1 párrafo).
 4. *Antecedentes* (estado actual de la materia/justificación):
 - a) *Contexto o área de estudio*.
 - b) *Antecedentes de la problemática (estado actual de la materia: investigaciones previas o contemporáneas)*.
 - c) *Justificación o relevancia social de la investigación*. Necesidad de realizar este estudio, importancia actual del tema.
 5. *Hipótesis* de partida de la investigación. *Posible/s respuesta/s* que motivan la tarea (hipótesis inicial). Deben aclarar qué se pretende demostrar/comprobar/contrastar con la investigación.
 6. *Objetivos* (o metas concretas a lograr con el desarrollo de la investigación). Pueden ser generales y específicos.
 7. *Marco teórico*.
 8. *Metodología*:
 - a) *Tipo de investigación*.
 - b) *Fuentes de investigación*.
 - c) *Métodos y técnicas de recolección de datos*.
 9. *Factibilidad* (este punto es *optativo*, pero resulta interesante considerarlo, con miras a la concreta realización de la tesis):
 - El investigador expondrá las dificultades que puede prever en el transcurso de su actividad. Por ejemplo, falta de disponibilidad de material, obstáculos institucionales, políticos, económicos, en el acceso a los datos, etcétera.
 - Señalar mecanismos de superación de las dificultades.
 10. *Cronograma de tareas*:
 - Se puede prever un cronograma genérico o minucioso.
 - El plazo global previsto nunca deberá superar al previsto por el reglamento de la carrera de posgrado respectiva.
 11. *Bibliografía*:
 - Puede estar ordenada alfabéticamente o por materia.

- Puede estar organizada de manera general y específica.
- En todos los casos, se debe reseñar la totalidad de documentación fichada con la que se piensa trabajar (aun cuando ella cambie con el transcurso de la labor).
- Debe ser, pues, *completa*.

12. *Firmas* del doctorando/maestrando/seminarista y del director/tutor.

EL NACIONALISMO Y LA LEY

por MARÍA JAVIERA MARQUARDT¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Primer capítulo. 3. Segundo capítulo. 4. Algunas reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen

El artículo ofrece un recorrido introductorio a las contribuciones teóricas de dos autores que han trabajado con los conceptos de naciones y de nacionalismos. En este caso nos hemos aproximado a los trabajos de Karl Renner y Jürgen Habermas. El objetivo de ambos era superar aquellas definiciones clásicas de la nacionalidad. En sus conceptualizaciones rescatan la idea de que es fundamental la expresión de la voluntad de los hombres para integrarse o sentirse parte de una u otra comunidad o nacionalidad. Y a su vez, cómo esas voluntades y vínculos se plasman en el Derecho de cada Estado. El ordenamiento jurídico será el que las contenga y a su vez defina. Más precisamente en las Constituciones de cada uno de los Estados. La experiencia histórica es la que ha llevado a ambos autores a intentar encontrar una solución a los procesos que atravesaban sus lugares de origen.

Renner partirá de la experiencia plurinacional del Imperio austrohúngaro de fines del siglo XIX y principios del XX. Y de la necesidad de superar lo plural, en una única nacionalidad, que se defina en base a otros preceptos distintos a los preexistentes del Imperio.

Habermas discurrirá a partir de la experiencia de la reunificación

¹ Abogada. Jefa de trabajos prácticos de la Cátedra A de Historia Constitucional Argentina de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

alemana. La doble experiencia del pueblo alemán y la superación del pasado nazi son los elementos a reformular para la construcción de una nacionalidad de una sola Alemania.

Abstract

This article offers an introductory review of the theoretical contributions of two authors who have worked with the concepts of nations and nationalisms. In this case we have approached the works of Karl Renner and Jürgen Habermas. Both will try to overcome the classic definitions of nationality. In their conceptualizations, they bring the idea of the expression of the will of men to integrate or feel part of one or another community or nationality. And how those wills and links are reflected in the right of each State. The legal system will be the one that contains them and also defines them. Particularly in the Constitutions of each States. Historical experience is what has led both authors to try to find a solution to the processes that traversed their places of origin.

Renner will take the plurinational experience of the Austro-Hungarian Empire of the late nineteenth and early twentieth centuries. From there, he will see the need to overcome the plural, in a single nationality, which is defined on the basis of other precepts different from the pre-existing ones of the Empire.

Habermas will proceed from the experience of German reunification. The double experience of the German people and the overcoming of the Nazi past are the elements to reformulate for the construction of a nationality of only one Germany.

Palabras clave

Nacionalismo. Derecho. Constitución.

Keywords

Nationalism. Law. Constitution.

1. Introducción

Los debates y trabajos sobre la Nación y el nacionalismo han alcanzado altos niveles de densidad y abundancia en los últimos años. Muchos sociólogos, antropólogos, historiadores, politólogos y otros científicos sociales han estudiado y teorizado en torno a los fenómenos nacionales. Y como consecuencia se han producido múltiples definiciones. Como sabemos, las más tradicionales o clásicas han intentado definir a las naciones como aquellos grupos de personas que se consideran miembros de una de ellas, en base a la lengua, la etnicidad, el territorio, la historia, etcétera.

En este trabajo hemos elegido a dos autores que forman parte de aquel grupo de intelectuales. Las conclusiones teóricas de ambos han tenido como disparador experiencias históricas concretas y devienen en pensar al Derecho y a las Constituciones como elementos fundamentales de la definición de una nacionalidad. Toman relevancia en dichos modelos la voluntad del hombre y la plasmación de vínculos y voluntades en el Derecho de cada Estado. Los procesos de tipo jurídico aparecerán como medio y fin de artificios definitorios o designativos de las nacionalidades, como conjunto de personas al interior de determinados Estados.

En un primer momento analizaremos algunos escritos de Karl Renner (1870-1950), político austríaco de gran trayectoria que llegaría a ocupar el cargo de presidente de la Segunda República austríaca entre 1945-1950. De joven se había incorporado al Partido Socialdemócrata austríaco. De esta época son sus primeros escritos que, publicados bajo un seudónimo, discurrían en torno al problema de las nacionalidades al interior del Imperio austrohúngaro y a la necesidad de una reforma federativa. Justamente es de aquellos primeros escritos de donde tomamos sus ideas acerca de una teorización que tienen en la base un problema concreto de su época.

En un segundo momento haremos referencia a ciertos conceptos acuñados por el sociólogo y filósofo alemán Jürgen Habermas (1929). Uno de los principales referentes de la llamada Segunda Generación de la Escuela de Frankfurt y uno de los exponentes de la Teoría Crítica. En sus escritos, referidos al tema que tratamos, ha difundido el concepto de Patriotismo

Constitucional o Patriotismo de la Constitución como facilitadores de una situación que, si bien se presentaba en los procesos de reunificación alemana, podría ser aplicado a otros procesos y coyunturas.

2. Primer capítulo

Karl Renner ha indagado en el problema de la nacionalidad y su definición a partir de la experiencia plurinacional al interior del Imperio austrohúngaro de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Desde esa base intentará definir al Estado y a la Nación como medios de encontrar una solución que suponga una igualdad de derechos a las distintas comunidades que habitan al interior del Imperio. El Estado es el orden jurídico y la Nación debe encontrar su lugar en él.

Esos derechos debieran, según Renner, materializarse en leyes que los aseguren pero no leyes sueltas sino un cuerpo legal cuya expresión máxima sería la Constitución. Leyes que otorguen a los ciudadanos de determinada nacionalidad, así como a las naciones, derechos públicos subjetivos. Para ello, es necesario primero fijar quiénes van a ser los sujetos de derecho.

En el contexto de un Estado plurinacional, cada sujeto de derecho es cada comunidad. Su definición como tal es el primer escalón a superar. El interrogante sería en base a qué criterios se podrían definir esas comunidades para que con posterioridad puedan ser incluidas en una instancia superior. Una instancia que las contenga a cada una con sus particularidades; y cómo éstas podrían ser captadas para el ordenamiento jurídico.

Renner se distanciará de aquellas posturas que sostenían que el lenguaje usual era el parámetro de definición de nacionalidades, así como de aquellos que utilizan los principios territoriales para tal argumentación.

Si como plantea la Nación tiene que ser fundamento de un derecho, hay que fijar la pertenencia a la Nación en cuanto Estado de Derecho Público. Es necesario fijar las esferas nacionales de poder; en el caso del Imperio austrohúngaro, establecer presupuestos jurídicos generales que pongan fin a discusiones históricas al interior del Imperio. “Por eso resulta necesario preguntarse bajo qué modalidades resulta posible

una convivencia pacífica de varias etnias. Recién a partir de allí podremos obtener ópticas rectoras para nuestro próximo accionar y un juicio sobre las conveniencias de nuestras precauciones del momento [...] Nada es más necesario que buscar por vía científica los últimos principios de un arreglo de la cuestión de las nacionalidades según el Derecho y la ley”².

Lo fundamental es preguntarse a quién va a incumbirle el derecho, cuál va a ser su contenido y la garantía de que se cumpla. Además, para que la nacionalidad sea depositaria de algún derecho, es menester que los sujetos primeramente adscriban a ella.

Para explicar ese estado de cosas hace un parangón entre la lucha de las nacionalidades y las relaciones interconfesionales. Si bien no sirve para solucionar, sí sirve para aclarar. Su planteo es que varias confesiones, con administración propia, coexisten casi sin fricciones en la comuna, el distrito y el territorio. Si bien tienen distintas vidas y prácticas, la delimitación jurídica formal entre ellas se asemejaría a la que habría de existir, o a la que sería necesaria entre las nacionalidades.

Además, la relación con el Estado, que no interviene en la adscripción de cada individuo a alguna confesión, se plantearía en el caso de las nacionalidades de manera semejante. El orden jurídico, en tanto voluntad común, se dirige en todas partes a la voluntad individual. “La voluntad declarada de las personas, tanto jurídica como natural, es el alma de la vida jurídica”³.

Comienza así a aparecer en su análisis la voluntad del individuo, como fundamento superador de aquellos que describían las nacionalidades, o las adscripciones de los hombres a determinado colectivo, en base a lo territorial o étnico. A su vez, los límites entre las distintas confesiones se equipararían a lo que él propone como una organización jurídico-administrativa de las nacionalidades. Es necesaria una delimitación jurídica formal para que las nacionalidades puedan convivir en aquellas entidades que albergan conjuntos de personas que se diferencian entre sí.

² RENNER, K., “Estado y Nación”, en AA. VV., *Cuadernos de Pasado y Presente. La Segunda Internacional y el problema nacional y colonial*, núm. 73, Siglo XXI, México, 1978, p. 148.

³ Íd., p. 152.

El Derecho debe dirigirse a la voluntad de los hombres, por eso prima lo personal; y la pertenencia a una nacionalidad sólo se puede definir porque los hombres se declaren libremente como pertenecientes a tal o cual nacionalidad ante la autoridad competente. Plantea un derecho a la autodeterminación del individuo y éste sería el correlato de todo derecho de autodeterminación de la Nación. “Y con derecho, el orden jurídico, en cuanto voluntad común, sólo se dirige en todas partes a la voluntad individual. La voluntad declarada de la persona, tanto jurídica como natural, es el alma de la vida jurídica. Todas las relaciones jurídicas adoptan la forma de la relación volitiva”⁴.

No va a explayarse sobre las diferentes definiciones de nacionalidades durante ese siglo, pero sí va a aclarar lo siguiente: “...queda firme el uso lingüístico según el cual pueblo designa, en cuanto concepto de derecho público, pertenencia a un sistema estatal con igualdad ante la ley, etnia la competencia etnológica con igualdad de idioma, y nacionalidad una comunidad espiritual y cultural con una literatura nacional digna de mención como expresión de esa comunidad cultural. ¿Qué otro criterio puede haber para la pertenencia a una comunidad espiritual y cultural aparte de la conciencia de tal pertenencia?”⁵

Estas definiciones son las que le sirven para seguir ejemplificando lo que será su modelo de organización jurídico-administrativo de las nacionalidades dentro del Imperio, dentro del Estado, que será también un elemento importante en su análisis ya que el Estado vive por obra del Derecho y la Nación es una comunidad cultural, y se relacionan en que ambos son comunidades de individuos.

La vida del Estado “...consiste en la formación de la voluntad global, a la que él somete las voluntades individuales por obra de imperativos jurídicos. Pero la conversión de la voluntad individual en global y de la global en individual no ocurre mecánicamente, automáticamente, del modo como se imponen las fuerzas naturales, sino por medio de los seres humanos: la voluntad global, para tener efecto, debe adoptar la expresión idiomática, y esta misma se dirige a la facultad cognoscitiva humana...”⁶

⁴ Íd.

⁵ Íd.

⁶ Íd.

Esa voluntad global estatal debe poder ser asimilada y comprendida por todos los ciudadanos. La lengua aparece como conectora de las relaciones del Estado, el Derecho y los sujetos de derechos. Para que las normas sean eficaces los hombres deben poder comprenderlas y de aquí se desprende su planteo de la necesidad de una “cultura nacional” en donde entraría la lengua en ese papel de transmisora de las normas. Pero, por otro lado, esa cultura nacional también sería el medio para llegar a los hombres; así, esa cultura nacional tendría una doble función. “El que una norma jurídica sea o no eficaz no se desprende únicamente de ella sino del conjunto de todos los hechos cognoscitivos y afectivos [...] El orden estatal aborda a cada individuo por separado. Exige un alto nivel espiritual y cultural, como sólo se puede conquistar por obra de alguna ‘cultura nacional’ [...] Para vivir en el Estado, la etnia de idioma no desarrollado debe convertirse en Nación con literatura desarrollada o absorberse en una Nación así, pero el Estado para obrar en la Nación debe usar los medios culturales nacionales [...] La simplísima conclusión es que Estado y Nación deben encajar unos con otra, y entonces la maquinaria estatal tendrá que superar las mínimas resistencias por fricción”⁷.

La Nación es comunidad de vida intelectual y afectiva, pura interioridad. Esas ideas sólo se tornan comunes por obra de la expresión y la comunicación, o sea, a través de la lengua nacional. Casi todos los aspectos están regulados por el Estado y determinados por el Derecho. Cuanto más se articulen Nación y Estado, más fácil va a ser poder desarrollar la Nación, ya que el Estado y lo que busca imponer llegaría más directamente a los ciudadanos. Pero Renner reconoce que en la realidad nunca se ajustan perfectamente, ya que a lo largo de la historia el orden jurídico estatal ha sido la expresión de la voluntad de los grupos dominantes de cada época, que son intereses comunes a clases dominantes de todas las naciones. Y por otro lado ha primado el dominio jurídico-territorial, sobre todo en los Estados modernos donde “si vives en mi territorio estás sometido a mi dominio”⁸.

⁷ Íd., p. 154.

⁸ Íd., p. 159.

De ahí resultan las luchas territoriales de los Estados nacionales; de ahí resulta también la política territorial de las nacionalidades en el Estado.

La propuesta de Renner para el caso austríaco (y aplicable a Estados con problemas o características semejantes) es la de constituir nacionalidades, de dotarlas de derechos y responsabilidades en todo el interior del Imperio, como así también gozar de la protección de la Nación y correr con sus cargas y deberes.

Para ello, el fundamento de la regulación tiene que ser el “principio de la personalidad” y no el territorial, ya que las naciones deberían constituirse no como corporaciones sino como asociaciones personales, como pueblos en base a un Derecho de pueblos. Para Renner no existe un pueblo sin territorio, pero en su modelo el territorio sería un principio organizativo y no un principio decisivo para dar lugar a la separación de las nacionalidades.

El sistema estatal que plantea sería uno en el que existan las mínimas resistencias por fricción. Ése sería el ideal de toda Nación y de los miembros que se adjudican una nacionalidad activa.

La búsqueda también parece estar no sólo en la organización sino también en respetar las distintas naciones en su particularidad. “...¡Para resolver la cuestión de las nacionalidades hay que oír a las naciones! Que se las libere de constelaciones políticas, de la necesidad de trueques políticos, de influencias feudales y clericales; que se las convoque tal cual son, a fin de que no anden por ahí asustando a las demás, embozadas en máscaras históricas amarillentas. El vivo tiene razón y velará por su razón [...] De no elegirse esta fórmula de solución, solamente queda la otra. Sólo existe el dilema: principio personal o territorial. Como sea hay que decidirse. Creo que el problema se torna más claro si uno realiza tajantemente ambas posibilidades antagónicas. La cuestión no es centralización o autonomía. La cuestión nacional se puede resolver en el sentido de la asociación personal con la más severa centralización o con la más amplia autonomía...”⁹

El paso siguiente, en su “modelo”, una vez definido el sujeto de

⁹ Íd., p. 163.

derecho, será encontrar el contenido jurídico: qué derecho de soberanía reivindicar, qué tareas estatales se han de encargar y administrar por propio derecho, entre otros.

Uno de los puntos más importantes en su modelo de organización radica en descentralizar la administración, en crear círculos de competencia asignando una parte de los derechos de soberanía a las representaciones nacionales. En base a esta descentralización se transformaría en jurídico un problema que aparece como político, que es la lucha de las nacionalidades por lograr mayor influencia en el Estado.

En su propuesta, los círculos de competencia serían: legislación estatal global, territorial y nacional; administración estatal global y autoadministración territorial y nacional. Este esquema tiende también a evitar la acumulación de autoridades, punto muy importante para la práctica.

Una vez que los círculos de competencia estén ya designados quedaría por ver cuáles de todos los asuntos son globalmente estatales, cuáles territoriales y cuáles nacionales. Ésta sería tarea de los políticos, de los representantes de los intereses económicos y culturales, pero Renner quiere intentar encontrar criterios generales para considerar los asuntos globales y nacionales y examinar algunas cuestiones nacionales más importantes en cuanto a su capacidad de obtener regulación legal, y así nos acerca una especie de clasificación de esas cuestiones. Esas cuestiones e intereses básicos de los colectivos son la soberanía representativa de cada nacionalidad, la soberanía militar, la judicial, la política y cultural y la financiera.

Para realizar estos cinco intereses la colectividad necesita recursos de poder y derechos de soberanía que serían la soberanía territorial, disponer de las cosas que se encuentran al interior del territorio de la comunidad y la soberanía personal en cuanto disposición de los individuos pertenecientes a la comunidad. Y éste es el medio más esencial de la dominación del Estado, esa soberanía le incumbe al Estado. Pero a su vez también es la más importante para la Nación. La soberanía personal debe incumbir *de jure* y con exclusividad. “Sin embargo, el Estado sólo puede dar órdenes al individuo en su lengua para ser entendido, para que cumpla sus órdenes. De ahí resulta el precepto jurídico: la soberanía personal incumbe *de jure* a la Nación en los

asuntos nacionales, y en todos los restantes al Estado. En la práctica, el Estado la transfiere a las naciones...”¹⁰

El punto más problemático de su propuesta estaría, a su vez, en la propia administración, ya que sabe que cada Nación quiere ser gobernada por quienes pertenecen a ella y reniega de cualquier tipo de dominación extranjera. ¿Cómo resolver este problema de forma jurídicamente posible y eficaz? De los ministros no se puede esperar imparcialidad, entonces sería necesario que cada Nación posea cargos administrativos para sí. Las nacionalidades quieren soberanía administrativa.

Para Renner no habría ningún arreglo codificable que pueda garantizar la paz duradera que no sea mediante el otorgamiento a los consejos nacionales o distritales de la provisión proporcional de cargos para la autoadministración, ya que les daría cierta autonomía para el cumplimiento de funciones estatales en cierto radio de acción transferido.

Si cada Nación posee hombres de confianza en los puestos que les tocaría ocupar no se sentirán perjudicadas en que se puedan servir de una lengua más “nacional global” como medio de entendimiento. La nacionalidad no se desnacionalizaría por utilizar una lengua no propia para asuntos administrativos delegados por el Estado. Consideramos que aquí es importante para Renner resaltar la independencia que cada colectivo tenga para elegir a sus propios funcionarios, que supondría una defensa y cuidado de los derechos de tal o cual nacionalidad frente a las cuestiones más globales. “Ahora tenemos ante nosotros el esquema de aquellos derechos fundamentales que constituyen las esferas de competencia nacional, el derecho de la Nación a su autodeterminación, sin que éste anule la soberanía estatal...”¹¹

3. Segundo capítulo

Habermas trabaja desde el caso alemán como disparador para pensar en una nueva base fundacional de la nacionalidad alemana luego de la mancha que significó el nazismo o el nacionalismo en éste fundamentado.

¹⁰ Íd., p. 173.

¹¹ Íd., p. 175.

Nuestro autor separará la investigación histórica imparcial de los hechos y la evolución política que podría ser aberrante de lo que hay que afrontar críticamente. En Alemania hay que afrontar críticamente la propia historia (“un pasado criminal”), porque desde el punto de vista de los participantes no se trata sólo de hechos sino que son cuestiones que se relacionan con la identidad y la autocomprensión colectiva. Las cuestiones relacionadas con las tradiciones, así como con el pasado, que en este caso habría que superar para avanzar, son posesión común del pueblo y por ello sólo pueden cambiarse, trabajarse conscientemente e interpretarse en el medio público. El autoentendimiento ético-político se debe dirimir públicamente¹².

En Alemania, tras la reunificación, los procesos de decisión política han quedado ampliados, la comunidad que se enfrenta al pasado nazi es más extensa. Frente a este nuevo contexto, la propuesta de Habermas es en primer lugar afrontar el pasado para superarlo y que a partir de esos ejercicios de autoentendimiento, de aceptación, se pueda llegar a conformar una nueva nacionalidad, que uniría los pasados, y posibilitaría el futuro de las comunidades de las dos Alemanias nuevamente juntas, en una nueva Alemania. Esta unión habría que efectivizarla a través del Derecho, de las leyes. “No tenemos más remedio que admitirlo: la unidad establecida en términos de Derecho Constitucional significa para ambas partes el haberse resuelto a un futuro común y el entendimiento recíproco sobre dos distintas historias de posguerra, y ello sobre el trasfondo de una época nazi común, que sigue arrojando su sombra sobre todo lo demás. Ese enfrentamiento con un *doble* pasado, que se ha vuelto necesario por la herencia estalinista de la República Democrática, por el momento sólo es posible desde una doble perspectiva: la del Oeste y la del Este”¹³.

El interés del autor está puesto en superar los totalitarismos y establecer con firmeza un Estado Constitucional Democrático. Por supuesto, esto no es tarea simple. ¿Cómo lograrlo? ¿Cómo fomentar la cultura política que daría estabilidad a ese Estado?

¹² HABERMAS, J., “Más allá del Estado nacional”, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 54.

¹³ Íd., ps. 74-75.

Habermas nos explica que habría varios inconvenientes para la aceptación y enfrentamiento con el pasado, pero sostiene que en una sociedad caracterizada por el pluralismo social, cultural y de las concepciones del pasado y del mundo lo que une son los principios y procedimientos abstractos de un orden republicano artificial que es generado por el Derecho. Pero, a su vez, estos derechos constitucionales, como él los llama, sólo tendrían fuerza si se basan en la motivaciones de los ciudadanos una vez que tengan experiencia con sus propias instituciones democráticas, y acostumbrados a una situación de libertad política surgiría una especie de voluntad racional a pertenecer o identificarse con esa Constitución que une a los miembros de una comunidad más allá del origen, lengua o religión. “Es entonces cuando aprende también a entender la República y su Constitución como un logro histórico obtenido en cada caso desde el propio contexto nacional. Sin la posibilidad de hacerse presente así la historia, tampoco pueden surgir esa clase de vínculos a los que vengo llamando ‘patriotismo de la Constitución’. Para nosotros, por ejemplo, esos vínculos están ligados con el orgullo de un movimiento de defensa de los derechos civiles que logró tener éxito, pero también con las fechas 1848 y 1871, con el horror de las dos guerras mundiales, con la vergüenza de dos dictaduras...”¹⁴

Entonces, se necesita experiencia en lo público y en los procesos de formación de la historia conjunta, en cierta medida, para que el marco artificial de la República y la Constitución tengan éxito. Su propuesta es entonces de creación de vínculos. Esos vínculos propiciados en cierta forma por un Estado y su juridicidad que llegarían para contraponerse a ese otro Estado que en Alemania había propiciado la segregación y la aniquilación masiva de un enemigo interno definido por rasgos de adscripción.

El Estado que llegaría, el democrático, debe ser simétrico y proporcionar a todos los mismos derechos, a todos por igual, igual respeto. La superación a otras definiciones de Nación o de destinatarios de derechos “nacionales” vendría dada en este caso en que el reconocimiento mutuo no debería restringirse para Habermas a los miembros

¹⁴ Íd., ps. 77-78.

de un pueblo homogéneo que quieran afirmarse frente a un determinado enemigo; no se extiende esto a una Nación compuesta por miembros de una misma comunidad étnica, es decir, definida por el origen común, sino que a una Nación de ciudadanos que se hallen ligados unos a otros por iguales derechos. El sentirse o ser ciudadano sería el elemento definitorio de su idea de Nación. Un ciudadano que se construye por medio de los vínculos que crea el identificarse y ser parte de una “Constitución” como expresión máxima del Derecho.

Estos derechos que se plantean para el individuo y que lo tornan persona jurídica debieran tener también su correlato en lo que concierne a la cultura. Así como se entiende la naturaleza intersubjetiva de la persona jurídica, debiera también entenderse y tomarse en consideración su carácter de miembro de una cultura.

Las ideas que han definido al Estado integrado por un pueblo homogéneo han sido para Habermas pura ficción; por eso ve la necesidad de que los pueblos comiencen a sentirse no como miembros de una comunidad étnica sino como una Nación de ciudadanos.

En la gran diversidad de las formas culturales de esos ciudadanos sólo pueden apelar a la Constitución como factor común a todos.

En aquellas diversidades radicaría la distinción entre los que vendrían a ser los nuevos ciudadanos, pertenecientes a lo que él llama la “Nación querida”, la Nación de los ciudadanos que es producto de la voluntad de éstos, y donde opera la legislación democrática; y la Nación nacida, es decir, aquella compuesta por quienes pertenecen a un pueblo; es la Nación en la que los miembros de un pueblo crecen y se encuentran, y donde opera la integración social.

Los ciudadanos se constituyen como asociación política por su propia fuerza. Los que pertenecen a un pueblo ya se encuentran de antemano en una comunidad étnica caracterizada por el lenguaje y destino histórico común. Por ello, en el Estado nacional va inscripta la tensión entre un universalismo característico de una comunidad jurídica igualitaria y los particularismos de la comunidad histórica de destino que es la Nación. Así su propuesta de unión y convivencia de ciudadanos podría, en cierto modo, aplicarse a una gran variedad de procesos históricos y políticos del mundo.

4. Algunas reflexiones finales

Ambos autores parten de ciertas especificidades ya dadas pero que necesitan ser reformuladas. Colectivos y comunidades, nacionalidades definidas a la manera tradicional que consideran deben ser actualizadas ante las nuevas realidades que suponen en sus países.

Nos ha parecido interesante retomar estas dos propuestas teóricas ya que ponen en evidencia los pormenores de lograr la unión y convivencia entre los habitantes de un Estado. Así como la utilidad del Derecho para alcanzarlas.

Lo abstracto de lo jurídico y de las Constituciones lograría homogeneizar la pertenencia. El ser ciudadano, el tener iguales derechos y representaciones políticas, más allá de orígenes disímiles, contribuiría a la conformación de una nacionalidad. Aparentemente en construcción y afirmación permanente. O con la necesidad de revisión constante.

Si bien el pasado está presente, el Estado “sintetizador” de culturas de Renner o una propuesta constitutiva de tipo artificial y abstracta de Habermas acogerían las voluntades de los individuos, de los nuevos ciudadanos.

Consideramos que estas ideas esbozadas por ambos contribuyen a ampliar las definiciones tradicionales. O mejor dicho, proveen otros fundamentos sobre lo cual pensar y pensarnos en nuestras sociedades más complejas y plurales.

Bibliografía

HABERMAS, Jürgen, “Más allá del Estado nacional”, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

RENNER, Karl, “Estado y Nación”, en AA. VV., Cuadernos de Pasado y Presente. La Segunda Internacional y el problema nacional y colonial (núm. 73), México, Siglo XXI, 1978.

INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 2458 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (CCCN) EN LA CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS A TÍTULO GRATUITO

por MARINA CECILIA ZUVILIVIA¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El estudio de títulos. 2.1. Una noción de título perfecto. 2.2. Títulos observables. 3. La donación es un contrato. 4. La cesión de derechos hereditarios como contrato gratuito. 5. Donaciones inoficiosas. 6. Acción de reducción y acción de complemento. 7. Qué es la acción reipersecutoria. 8. El caso particular de las cesiones de derechos hereditarios a título gratuito. 9. Cuándo termina el estado de indivisión sucesoria. 10. Inaplicabilidad del artículo 2458 del CCCN a las cesiones de derechos hereditarios gratuitas. 11. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

No existe regulación específica y tampoco tratamiento doctrinal que establezca si a la cesión de derechos hereditarios a título gratuito (y a los bienes determinados que como consecuencia de la finalización

¹ Abogada, Facultad de Derecho, UNR. Doctora en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL. Escribana, Facultad de Derecho, UNR. Docente universitaria. Abogada especialista en Derecho de Daños, UNL. Abogada especialista en Contratos y Daños, Universidad de Salamanca, España. Magíster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, España y Universidad de Palermo, Italia. Docente adjunta por concurso de las materias Consultorio Jurídico y Derechos Reales. Docente adjunta interina de Derecho Privado en la Facultad de Ciencias Económicas, UNR. Docente Investigadora, Categoría 3.

del trámite sucesorio resulten adjudicados a los cesionarios) le es aplicable el artículo 2458 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que norma la acción reipersecutoria a favor del heredero legitimario.

El tema planteado reviste importancia atento a la amplia y profusa utilización de este contrato de cesión. De tal modo que si al mismo le son aplicables los efectos de las acciones reipersecutorias, esto conllevará la afectación de la circulación comercial del bien que constituya su objeto, ya que por tal razón devendrá un título imperfecto u observable –por su efecto sobre los derechos portantes–. Esta observabilidad perdurará hasta tanto se operen los plazos de perfeccionamiento determinados por la ley vigente, sea el transcurso de cinco años desde la muerte del donante o cedente, o diez desde la fecha del título conforme los artículos 2459, 1901 y 1903 del CCCN.

Nosotros partiremos de la premisa –que intentaremos confirmar a lo largo del presente– de que a esta figura contractual no le resulta aplicable el artículo 2458 del CCCN.

Y en su consecuencia –según nuestra afirmación– tampoco es posible entablar la acción reivindicatoria contra los bienes que finalmente terminen siendo adjudicados en el sucesorio y que tuvieran como precedente una cesión de derechos hereditarios.

A fin de la confirmación de la premisa formulada, analizaremos primeramente la naturaleza jurídica de la donación, así como de la cesión de derechos hereditarios.

Abstract

The object of this study is to establish if to the figure of the cession of hereditary rights –as a gratuity contract– and the determined goods that resulted adjudicated to the assignee as consequence of the finalization of a succession process applies the rule of the article 2458 of the Civil and Commercial Code of the Nation (CCCN), that regulates the reipersecutory action in favor of de legitimated.

Without doubts it has importance the theme explained in view of the broad and profuse utilization that this contract has en the juridical everyday reality. The question is consider if in this contract it applies

the effects of the reipersecutorys actions, what will imply the affectation to its circulation, because of that reason it will became an observable title, until don't pass the deadline to perfection it as determines current law, passing five years since death of donor or assignor, or ten since the date of the title, according 2459, 1901 and 1903 CCCN articles.

We will start from the premise –which we will try to confirm throughout the present– that article 2458 of the CCCN is not applicable to this contractual figure.

And consequently –according to our affirmation– it is also not possible to bring a claim action against the assets that finally end up being adjudicated in the estate and that had as a precedent a transfer of hereditary rights.

In order to confirm the formulated premise, we first analyze the legal nature of the donation, as well as the transfer of hereditary rights.

Palabras clave

Cesión de derechos hereditarios. Donación. Acción reipersecutoria.

Keywords

Cession of Hereditary Rights. Donation. Reipersecutory Action.

1. Introducción

Como operadores del Derecho perseguimos el logro del valor seguridad jurídica. En el camino hacia ese objetivo es que buscamos los recursos más adecuados para la obtención de títulos jurídicos plenamente válidos.

Al momento de analizar la validez jurídica de los títulos de propiedad de un inmueble, históricamente –y, como veremos, esto se ha acentuado en la redacción del todavía reciente CCCN–, los contratos de donación han sido uno de los tipos contractuales de incidencia notarial que más discusión doctrinal (si bien con escasa casuística judicial) han suscitado.

En la temática citada –la cesión de derechos hereditarios– surge necesaria la vinculación con el contrato de donación del artículo 2458

del CCCN, que así regula la acción reipersecutoria: “Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el sub adquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima” (redacción conforme ley 27.587).

Primeramente, conforme la normativa originariamente establecida por el CCCN, surgía que la donación de bienes inmuebles tanto a legitimarios como a terceros devenía en título con dominio imperfecto, por estar sujeta a colación y conllevar la acción reivindicatoria precitada en el artículo 2458. A posteriori, con las modificaciones introducidas por la ley 27.587 se ha limitado la acción reipersecutoria contra los no legitimarios (así: “Artículo 2386 – *Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero”).

Lo que trasuntan los citados artículos deviene indubitable, más allá de que consideremos que la referida normativa en un primer momento no fuera del todo feliz y la modificación introducida al respecto por la ley 27.587 la ha mejorado, redacción que se hiciera eco de múltiples opiniones doctrinales y de proyectos de reforma al CCCN en estos puntos.

Pero lo que no ha tenido expresa regulación y que genera cuestionamientos es cómo debe ser estudiado un título que tenga entre sus antecedentes una escritura de cesión de derechos hereditarios a título gratuito.

Partimos de una hipótesis que trataremos de validar: que las cesiones de derechos hereditarios gratuitos, más allá de compartir caracteres de la donación, no dan lugar al ejercicio de acción reipersecutoria (en tanto estos contratos de cesión no implican per se la atribución de dominio, al ser sobre una universalidad y no sobre un bien determinado) y tampoco respecto a los bienes que a posteriori le sean adjudicados al cesionario de tales derechos, siendo en su consecuencia títulos perfectos.

Principiamos entonces por definir qué es un título perfecto, carac-

terizar a la donación, verificar la cesión de derechos hereditarios a título gratuito y si la misma puede considerarse que comparte caracteres del contrato de donación y, en consecuencia, si todas sus normas le son aplicables a este contrato, ello previa distinción de las instancias sucesorias –en cuanto a la titularidad de los bienes–. Luego buscaremos arribar finalmente a una conclusión que nos permita (al menos ése constituye nuestro mayor deseo) la validación de la premisa que formuláramos al inicio.

2. El estudio de títulos

Al referirnos sobre los objetivos del presente trabajo, hablamos del estudio de títulos. ¿Qué entendemos por ese estudio? Por él entendemos el análisis de los títulos y la validez para su circulación –en este caso, la cesión de derechos hereditarios gratuita–. Este estudio conlleva determinar si el título es en sí autosuficiente y si se basta a sí mismo para la circulación comercial y jurídica sin sufrir observaciones jurídicas de ningún tipo.

En el caso de los títulos que instrumenten cesiones de derechos, si bien compartimos con la doctrina casi unánime que dicho contrato refiere a una universalidad jurídica y no a un bien determinado, el análisis de esta problemática deviene fundamental a la hora de determinar la situación de los dominios que tengan una cesión de derechos hereditarios a título gratuito entre sus antecedentes.

2.1. Una noción de título perfecto

Nuestra doctrina y legislación han empleado la palabra “título” en dos acepciones distintas, y netamente caracterizadas. Por la primera de ellas se designa el instrumento que constata la existencia de un derecho. Y por la segunda, el hecho jurídico o el origen del derecho. Ya los artículos 1148, 1574, 764, 768, 1757, etcétera, del Código Civil velezano referían a títulos de bienes hereditarios, instrumentos públicos, tradición simbólica, tradición de derechos documentados y cesión de créditos, y mencionaban el título como el documento que sirve de prueba de la convención o de las obligaciones y derechos nacidos de una convención. Los artículos 780, 1103, 1208, 1664, inciso i, pá-

rrafo 3º; 1767, 1379, etcétera, del mismo Código describían el título como el hecho jurídico que da lugar al nacimiento de un derecho (adquisición por legado o herencia, justo título, traslación de dominio por división, donación o permuta, contratos onerosos, obligaciones divisibles). Hoy en el CCCN encontramos, entre otros, los artículos 1892 y siguientes.

Esa distinción es clásica en la doctrina; así Laurent², después de expresar que con la palabra “título” “se designa toda escritura que puede servir de prueba”, agrega: “La palabra título tiene aun otro sentido. Designa el hecho jurídico, especialmente la convención que el escrito está destinado a probar”, para afirmar luego que el término comprende también hechos jurídicos que no son convenciones, como los testamentos. Planiol y Ripert³, al definir el título traslativo de dominio, enumeran la venta, la donación, la permuta, el legado, etcétera, es decir, no la documentación del derecho, sino la causa que origina el derecho.

Escriche⁴, en su diccionario, repite la misma clasificación: “*Título*. La causa en cuya virtud poseemos alguna cosa; y el instrumento con que se acredita nuestro derecho”.

Como la doctrina refiere en realidad que lo que le interesa a todo adquirente es que el transmitente sea efectivamente dueño de la cosa, que la haya adquirido de otro por un título legítimo (contrato, herencia, etc.), y que esa transmisión esté constatada en forma legal.

La perfección del título es necesaria, en el fondo y en la forma. De este modo la transmisión del bien será perfecta. De otro modo, podría ocurrir que el título causa de adquisición fuera perfecto, pero el título “instrumento” fuera imperfecto, o, mejor dicho, inexistente, o darse también el caso contrario: que la parte formal fuera perfecta, pero que el vendedor lo hubiera adquirido de quien no era su dueño y no podía, por tanto, transferirle a él el dominio. En tal caso, el título sería imperfecto o inexistente, desde que no existe el hecho jurídico que origina el derecho de propiedad (adquisición de quien puede enajenar).

² 19, ns. 96, 97 y 98, en el t. XV, p. 494.

³ T. 3, Nº 173.

⁴ ESCRICHE, J., “Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia”, Eduardo Cuesta, Madrid, 1878, t. IV.

Para transmitir al título que fuera (pero más aún en una venta) un bien inmueble es necesario tener título perfecto; y el título perfecto está constituido por la existencia del derecho y por la constatación formal de ese derecho.

Así habrá supuestos en que el título del bien, en la primera acepción de la palabra, sea perfecto, ya que se habrán cumplido los requisitos instrumentales. Pero el título no será perfecto si se atiende al derecho que tiene el transmitente (vendedor por caso) sobre el objeto del contrato. La transmisión de propiedad no le ha sido hecha íntegramente. Todo aquello que no da al comprador derecho de propiedad con exclusión de las reclamaciones de tercero hace el título imperfecto en el fondo, aunque sea perfecto en la forma.

La jurisprudencia argentina ha resuelto que “cuando las partes se refieren en sus convenios a títulos perfectos, debe entenderse con ello que han querido significar títulos o antecedentes que no permitan la posibilidad de futuras reivindicaciones, o el ejercicio probable de acciones reales sobre el inmueble adquirido”⁵.

Asimismo, ha definido al título perfecto como aquel “que reúne dos elementos de valor: uno jurídico y otro comercial, entendiendo que del ‘curso público’ del título dependerá la mayor o menor eficacia para el ejercicio de los derechos del propietario en las transacciones inmobiliarias o constitutivas de derechos reales. Cuando uno de estos dos elementos de valor está disminuido, la perfección no existe”⁶. Y también como aquel que “por sus antecedentes inhibe al comprador de temer fundadamente verse molestado por acciones reales de terceros, porque mal podrían estimarse cumplidas las obligaciones del vendedor si proporcionara al comprador un título de dominio que sólo fuese oponible a él y no a terceros (CNCiv, sala B, *La Ley* 89-625)”⁷.

Por su parte, Mustapich⁸ ha dicho que “basta la seguridad de no ser molestado por acción reivindicatoria para dar por perfecto el título”,

⁵ *Jurisprudencia Argentina* XXVI-710, nota.

⁶ SCJBA, 6-3-36, *El Derecho* 26-625, n. 28.

⁷ CNCiv., sala G, “C. A. y otro c/B. E. J. y otros s/Cobro de sumas de dinero”, expte. 17.425/15.

⁸ MUSTAPICH, C., “Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial”, Ediar, Buenos Aires, t. 3.

y es de ella en relación con los derechos hereditarios y sus cesiones de la cual nos vamos a ocupar hoy.

Y es al notario a quien le cabe la verificación de tal carácter: “la perceptibilidad de un título implica analizar los antecedentes, para así calificarlo. Constituye un juicio de valor que debe emitir el notario que autorizará el documento porque él le dará autenticidad impregnándole su fe pública y la actividad previa a la escrituración tiene también marcado acento personal”⁹.

2.2. *Títulos observables*

Por contrapartida, y en base a lo desarrollado previamente, encontramos la definición de títulos observables.

La expresión “títulos observables”, de antiguo linaje en la práctica inmobiliaria argentina, evoca gráficamente la idea de títulos suficientes para adquirir derechos reales inmobiliarios sobre cosa propia que se encuentran expuestos a una acción con efectos reipersecutorios, la que, según diversas eventualidades, podrá o no ocurrir. Su contracara, como vimos, son los “títulos perfectos”, es decir, aquellos que no se encuentran sometidos a ese riesgo. Más esporádicamente, la primera categoría es aludida como “títulos imperfectos”, con intención de subrayar el contraste con la última expresión.

Entre una de las causas de la existencia de un título “no perfecto”, esto es, “observable”, y, sin dudas, la que más ha preocupado a la comunidad jurídica, se encontraba la que el Código velezano preceptuaba en el artículo 3955. Según el referido artículo, constituían títulos imperfectos u observables los que tuvieran entre sus antecedentes una donación a terceros (es decir, a aquellos que no son hijos de los donantes ni descendientes en línea recta). La observabilidad se fundaba en que los mismos, atento a la acción reipersecutoria establecida por el artículo citado, ante la eventual existencia de herederos forzosos o legitimados (y esto siempre en el supuesto de ser declarada inoficiosa la donación), tornarían dichos títulos sujetos a la condición resolutoria. Y la juris-

⁹ PONDÉ, E., “Instituto Argentino de Cultura Notarial, Seminario sobre Títulos Perfectos y Observables año 1979, síntesis de las exposiciones”, en escribanos.org.ar/notarial/wp-content/uploads/2015/09/RNCba-38-1979-09-Doctrina.pdf, 7-11-2018.

prudencia avaló ello al calificar de observable el título del vendedor que entre sus antecedentes tenía una donación a terceros¹⁰.

Como es conocido por todos, dos fallos fueron señeros en ambos sentidos: en determinar qué títulos eran observables y cuáles se encontraban excluidos de tal estigma. Así, el conocido fallo “Escary c/Pietranera”, de junio de 1912¹¹. El mismo estableció que la acción de reducción tiene efectos reipersecutorios, mientras que la acción de colación carece de ellos. Luego, en apoyatura de lo anterior, en los autos “Apecceche c/Navarro Viola”, del año 1954, consideró perfecto el título de donación de una madre a sus hijas.

En la nueva normativa existente podemos decir que las acciones que dan lugar a la reipersecución de los inmuebles pueden agruparse en diversas causales, entre las cuales hallamos: a) *Derechos reales*: la persecución propia de éstos –artículos 1882 y 1886, CCCN¹²–; b) *invalides*: según el artículo 390, “La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido”. La causa de invalidez puede obedecer a diferentes causas, entre las que cabe mencionar la incapacidad (art. 44, CCCN), la falta de asentimiento (arts. 456, 470 y 522, CCCN), la simulación (art. 338, CCCN); c) *dominio revocable*: es uno de los tres casos de dominio imperfecto. En estos casos el efecto es que el dominio se extingue para su titular y retorna a quien lo transmitió (art. 1965, CCCN).

3. La donación es un contrato

Si es como expresamos en la introducción, que la cesión de derechos

¹⁰ CNCiv., sala K, 29-10-2002, “Biondo, Alonso c/Savy, Claudio N.”, *La Ley* del 13-11-2002.

¹¹ CNCiv., en pleno, 11-6-1912, “Escary c/Pietranera”, *Jurisprudencia Argentina*, Año 3, N° 31.

¹² URBANEJA, M. E., “Causas de adquisición y de extinción del usufructo en el Código Civil y Comercial de la Nación”, ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 1º, 2 y 3 de octubre de 2015, Comisión N° 4, Reales, “Usufructo”, en *El Derecho*, núm. 13.842, del 28-10-2015, y “Metodología y parte general”, en LAFERRIERE, J. N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, El Derecho, Buenos Aires, 2012, p. 555.

hereditarios a título gratuito comparte elementos de la donación, debemos entonces comenzar por el estudio de esta figura. Primeramente, y en un análisis que seguramente excede los espacios del presente trabajo, cabe cuestionarnos sobre la naturaleza jurídica de la donación. Esto es, llegar a precisar si la donación tiene naturaleza jurídica contractual. A primera vista parecería que sí, y esto además es lo que surge de los ordenamientos legales tanto nacionales como los extranjeros, que pertenecen al sistema del Derecho latino. Pero ello no deviene suficiente cuando en la figura podemos advertir que hay elementos que la hacen apartarse de la estructura tradicional de un contrato.

Se ha mencionado como elemento distintivo de la donación no la oferta, sino la aceptación¹³. Y para fundamentar tal distinción se ha referido que la voluntad del aceptante (donatario en este caso) se ve definida, conjugada con la voluntad del oferente (donante). Pero en realidad esta unión, esta yuxtaposición, también debe darse en todo otro contrato (aunque en el caso de la donación revista caracteres especiales) para que el mismo nazca a la vida jurídica¹⁴. Y en realidad, a nuestro criterio, más que tener que hacer hincapié como elemento distintivo en la aceptación, entendemos que la diferencia reside en la oferta, en la voluntad del donante de efectuar esa liberalidad, aunque a nuestro criterio ello no lo hace ser menos contrato, sino que es sólo un tipo distinto de contrato.

Parte de la doctrina consideraba, durante la vigencia del Código velezano, que era impropio hablar de “oferta” de donación, y algunos puntos siguen estando vigentes hoy, en el nuevo CCCN. Así, se ha desarrollado, entre otros argumentos, que en la oferta hay un entrecruzamiento de voluntades en la formación del contrato, signada por el derecho de la contraoferta; en la donación, en cambio, el donatario sólo acepta o rechaza la oferta, ya que hay aquí un claro predominio de la voluntad del donante. Es verdad que por la propia naturaleza y objeto de la donación la dinámica del entrecruzamiento de voluntades

¹³ Nota diferenciada que surgía más evidente en la redacción del Código Civil velezano, donde la oferta de donación podía ser aceptada más allá de la muerte del oferente, a tenor del art. 1795.

¹⁴ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., “Promesas unilaterales y donaciones”, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 497.

deviene diferente: la formación del acuerdo de voluntades se evidencia distinto, en la donación no se dan esas “tratativas o *pourparlers*” previos (como sí se da en los restantes contratos).

Hoy, en la nueva redacción dada por el CCCN, las diferencias tan marcadas existentes en el Código velezano, que dieran lugar a la frecuentemente llamada “donación diferida” y la “oferta” de los contratos en general¹⁵, parecen diluirse, desde su propia conceptualización¹⁶ y por la propia redacción del artículo 1545: “La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario”.

Sí sigue teniendo la regulación de la donación alguna normativa específica, como el artículo 1547: “*Oferta conjunta*. Si la donación es hecha a varias personas solidariamente, la aceptación de una o algunos de los donatarios se aplica a la donación entera...”

Desde ya que para nosotros la donación es un acto jurídico bilateral, y en tanto tal se perfecciona con el acuerdo de voluntades: oferta y aceptación.

Es decir, la donación es un contrato, aunque puedan caberle características especiales. Pero la doctrina referida sostiene que las especiales bases sociológicas de la donación la distinguen del contrato, y que en la donación no se presentaría una verdadera oferta de contrato, sino un acto de disposición a favor del donatario¹⁷.

Así, Borda¹⁸ sostiene que la donación como acto unilateral de disposición gratuita de bienes es más próxima a la disposición testamentaria que al contrato (lo basa en la existencia en nuestro Código de las acciones de colación y reducción y la factibilidad de la revocación por ingratitud).

Por su parte, López de Zavalía la explica por la aproximación de

¹⁵ Ver, entre otros, arts. 1149, 1154 y 1155 del Código Civil velezano.

¹⁶ Ver art. 1542, CCCN: “*Concepto*. Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta”.

¹⁷ Conforme PUIG BRUTAU, J., “Fundamentos de Derecho Civil”, t. 2, vol. 2, p. 66, cit. por BORDA, G. A., “Tratado de Derecho Civil. Contratos”, Perrot, Buenos Aires, 1990, t. II, p. 395.

¹⁸ Íd., p. 396.

la oferta de donación al testamento hecha por la ley, la cual aplica la doctrina de la conversión presumiendo que quiso donar en vida, a fortiori, que quiso legar. Spota la justifica por tratarse de una regla común a título gratuito y Borda juzga que la donación no requiere acuerdo de voluntades en el sentido que tiene en los demás contratos y sostiene que la aceptación es sólo un acto de disposición de bienes.

Hoy que tenemos en nuestro CCCN una teoría general del contrato, el incluir entre sus preceptos a la donación deviene no solamente posible, sino insoslayable¹⁹.

No obstante, si siguiéramos en esta línea de pensamiento intentando afirmar que la donación no es un contrato, entonces, ¿qué naturaleza jurídica tendría? Aquí encontramos solamente una posibilidad: la de considerarle un acto jurídico unilateral.

Desde ya que no compartimos esta postura. Esto es hoy menos justificable cuando la aceptación de la donación debe darse en vida del donante. En los supuestos que permitía el Código velezano, o en el antiguo Derecho Romano las donaciones mortis causa, la fundamentación de esta naturaleza jurídica era probable que tuviera más chance.

Es cierto que el donatario como oferente no tiene la misma posibilidad que tiene otro aceptante en otro tipo contractual, pero ello, a nuestro criterio, no es suficiente para desnaturalizarla. No tiene las mismas posibilidades, por ejemplo, de realizar una contraoferta. Y en todo caso, estas diferencias que la doctrina ha pretendido encontrar en el contrato de donación, esa especialidad, que lo hacen que pueda ser categorizable de determinado modo y no de otro, se da en otras figuras contractuales, como el fideicomiso, el comodato, el depósito, el mutuo, la locación, que los hace ser éstos y no otros, y no obstante siguen siendo, en cuanto a su naturaleza jurídica general, eso: contratos.

¹⁹ Esto quizás pudiera ser más entendible en el Código velezano, el cual carecía de una teoría general del contrato, al igual que el Código español, y entonces podía serle aplicado lo que argumentaban los doctrinarios españoles: "...no debe olvidarse que en el Código Civil falta una doctrina general del negocio jurídico [...] por eso se debe acudir, por analogía, en cuanto no contraríe la naturaleza de la donación, a las reglas generales del negocio jurídico [...] más detenidamente regulado en el Código: el contrato". Ver VALLET DE GOYTISOLO, J., cit. por ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, op. cit., p. 496.

4. La cesión de derechos hereditarios como contrato gratuito

Desde ya que la cesión de derechos hereditarios es un contrato. Lo es por su naturaleza jurídica y además en nuestro ordenamiento tiene reconocido tal carácter por estar mencionado dentro de los contratos, y, a su vez, dentro de la cesión de derechos en general.

Sigue pareciéndonos más adecuado hablar de “cesión de derechos hereditarios” (en cuanto a la forma de denominarle) con utilización de aquella vieja distinción que instaurara López de Zavalía. Y esto lo sostenemos más allá de la denominación que el CCCN le impone en el Título III. Si bien no lo define cuando regula este contrato, esto es, en los artículos 2302 a 2309, sí lo menciona dentro del Capítulo 26 de cesión de derechos, y dentro de las disposiciones generales, primeramente en el artículo 1618, inciso a, cuando estipula que la cesión de derechos hereditarios debe hacerse bajo la forma de escritura pública.

Si evaluamos la metodología utilizada por el CCCN debemos decir que no es de nuestro agrado. La regulación legal no sólo sigue utilizando en distintas partes términos diferentes para referirse a este contrato, conforme lo mencionáramos previamente, sino que sigue pecando en este punto del mismo defecto que ya tenía Vélez en su redacción del Código Civil argentino, quien así denominaba cesión de derechos hereditarios en los artículos 1184, inciso 6º, y 2163, referida a la cesión de derechos sucesorios en el artículo 3322 y de cesión de herencia en el artículo 2160. Desde ya sostenemos que el Código debe tener una nominación única para la figura, ya que la utilización de varias distintas, las que a su vez han sido pasibles de distinciones y variadas conceptualizaciones, sólo puede contribuir a generar dudas al momento de la aplicación o interpretación de la norma. Respecto a su denominación, ya en comentarios efectuados respecto al Código velezano, algunos distinguían la utilización de cesión de herencia para aquellos casos en los cuales el cedente revista calidad de único heredero y cesión de derechos hereditarios cuando éste tenga el carácter de coheredero²⁰.

²⁰ En este sentido: BAUDRY-LACANTINERIE, G. y SAIGNAT, L., “Traité de la vente et de l’ échange”, Librairie de la Société du Recueil e des Lois et des Arrêtes, Paris, 1900, N° 863, cit. por LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., “Teoría de los contratos”, t. 2, “Parte especial (1)”, Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 663.

Por nuestra parte, entendemos que la voz adecuada a utilizar, y siguiendo en esto a la doctrina francesa, es la de “cesión de derechos hereditarios”²¹. Y fundamos esto en que, al hablar de derechos hereditarios, se entiende vulgarmente que la cesión comprenderá los derechos que se tengan en una sucesión dada, independientemente del porcentual que al cedente le quepa en ella, cosa que ocurre en sentido contrario al utilizarse la voz “cesión de herencia”, término que per se da sensación de totalidad, no de partes alícuotas.

Si es un contrato entonces debe mediar una oferta y una aceptación, y esta última podrá ser diferida (mediando, desde ya, vida y capacidad del oferente al momento de ser aceptada a tenor de la regulación hoy impuesta por el CCCN).

Pero también, por el hecho de ser su naturaleza jurídica un contrato, podrá ser en cuanto a su clasificación a título oneroso o a título gratuito.

Si es a título gratuito, será una liberalidad, y, en este caso, podríamos denominarla una cesión-donación en uso de aquella tan clarificadora clasificación que postuló López de Zavalía.

El Código velezano establecía en su artículo 2157 que eran aplicables al contrato de cesión de herencia cuando los derechos eran cedidos gratuitamente, o por remuneración de servicios, o por cargas impuestas en la cesión, las normas de donaciones de esas clases, y, desde ya, en uso de una metodología muy criticable, ya que lo decía en la parte de evicción.

En la actualidad, el CCCN, al regular el contrato de donación, incorpora una norma, el artículo 1543, que refiere a la aplicación subsidiaria de lo preceptuado en esta sección: “Las normas de este Capítulo se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito”.

Entonces, si aplicamos las normas de la donación a las cesiones de derechos hereditarios gratuitas, eso nos lleva a cuestionarnos si también les aplicamos la normativa existente para las donaciones inoficiosas.

²¹ En cuanto a la doctrina nacional encontramos a autores como a López de Zavalía, quien manifiesta evitar la utilización del término “cesión de derechos hereditarios” porque presenta el inconveniente de no resaltar el carácter unitario de la universalidad transmitida, así como tampoco su voz singular. Igual critica la utilización del término “derechos sucesorios”. Íd.

5. Donaciones inoficiosas

Hoy se encuentran reguladas en el artículo 1565, que las define como toda “...donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima”.

Cabe agregar que respecto a estas donaciones el nuevo texto codificado ha cambiado tanto los sujetos legitimados para accionar por inoficiosidad como también el tiempo al que debe determinarse el valor de lo que debe ser colacionado.

Ahora bien, el punto es precisar cuáles son los efectos de tal calificación. Éstos surgen básicamente del artículo 2453, que regula la reducción de donaciones: “Si la reducción de las disposiciones testamentos no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante...” Aquí debemos mencionar que con la modificación realizada por la ley 27.587 se elimina del artículo 2386 la posibilidad de accionar por reducción a la donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora.

6. Acción de reducción y acción de complemento

Desde ya que no todo acto a título gratuito generará el derecho a accionar por reducción y complemento –conforme la actual regulación del CCCN–, ya que esto dependerá de que la legítima de algún heredero forzoso o legitimario se vea vulnerada, y tampoco todo supuesto en que esas acciones tengan viabilidad conllevará la puesta en marcha de la acción reipersecutoria.

Primeramente el sujeto que pueda accionar por reducción y complemento debe ser legitimario. El propio CCCN (art. 2444) se ocupa de especificar que son legitimarios aquellos que “Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”.

Para comprender mejor la situación debemos definir las acciones tendientes a mantener incólume la legítima. Tales son la acción de complemento y la acción de reducción.

Se ha afirmado, ante la regulación de las acciones protectoras dadas por Vélez, que la colación tiene como objeto mantener la igualdad de las porciones legítimas entre coherederos forzosos, y la reducción, resguardar la institución misma de las legítimas defendiéndolas de las liberalidades efectuadas a favor de extraños. Podríamos decir que ambas acciones conllevan a la protección de la igualdad (la primera) y a la integridad de la legítima (la segunda)²².

Hoy en el CCCN encontramos a la acción de complemento y de reducción. El artículo 2451 trata de la acción de complemento y el artículo 2452 de la acción de reducción.

De este modo, los herederos legitimarios que vean vulnerada su legítima y en su consecuencia sean perjudicados pueden incoar la acción de complemento regulada en el artículo 2451 del CCCN: “El legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, sólo puede pedir su complemento”.

Por su parte, la acción de reducción establecida en el artículo 2452 del CCCN regula: “A fin de recibir o complementar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados, en ese orden. Los legados se reducen en el mismo orden establecido en el segundo párrafo del artículo 2358”. Y, ante el caso de ser insuficiente la reducción de las disposiciones testamentarias, podrá, en uso del artículo 2453, “...pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante...”

El artículo 2385 refiere a las personas obligadas a colacionar, estableciendo los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada de colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueran donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o el testamento. Dicho valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación.

²² Así: LORENZETTI, R. L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. X, p. 740.

Finalmente es cierto que si bien “se hacen distinciones teóricas como si se tratase de distintos tipos de acciones, la de complemento, la reducción de la institución de heredero de cuota, o de legados, y la reducción de donaciones, cuando en rigor de verdad es la misma acción de reducción que procede en todos estos casos, siendo la acción de complemento un aspecto de la acción de reducción: se reducen las donaciones o disposiciones testamentarias en la medida necesaria para cubrir la legítima afectada. Tal es la doctrina autoral y jurisprudencial predominante, sencilla y lógica”²³.

Si bien el Código velezano no traía en ninguna de sus normas una distinción entre donaciones hechas a terceros o a herederos forzosos, con miras al ejercicio de la acción de reducción (distinción que sí recepta el Código francés: así, colación propiamente dicha para mantener la igualdad entre coherederos en el artículo 843 y la colación como modo de reducción en defensa de la legítima en el artículo 844)²⁴, en un momento alguna doctrina, como Fornieles²⁵, entendía que en el caso de las donaciones a un heredero forzoso no se devuelven las cosas mismas, “sino que se consideran valores”²⁶; con lo cual en esta postura la acción es personal entre coherederos y no sería transmisible a terceros adquirentes. Este autor interpretaba el artículo 3477 velezano sosteniendo que el Código Civil había estructurado la colación de un modo que “las cosas donadas a un heredero forzoso quedan irrevocablemente en su propiedad y sólo se considera el valor de ellas en cuanto a la partición”.

²³ PÉREZ LASALA, J. L. y MEDINA, G., “Acciones judiciales en el proceso sucesorio”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 83.

²⁴ PÉREZ LASALA, ponencia “La donaciones a un heredero forzoso y la teoría de la aplicación absoluta de la colación”, en XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, V Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, septiembre de 2009.

²⁵ FORNIELES, S., “Tratado de las sucesiones”, Ediar, Buenos Aires, 1950, t. 2, p. 125.

²⁶ En este sentido, el trabajo presentado por la Delegación del Colegio de Escribanos de la Capital Federal en la XVI Jornada Notarial Argentina sostuvo respecto a la acción de reducción de la legítima que la misma tiende a impedir que se vulnere el sistema legítimar, pero por donaciones a extraños, postulando que los artículos 3601, 3602 y 3477 (del Código Civil velezano) se refería a valores y no a cosas, y que el artículo 3955 se refería a la acción de reivindicación con fuente en el Derecho francés, en el cual la masa hereditaria se forma con bienes y no con valores.

La distinción entre ambas acciones coincidimos que se halla hoy por hoy en que la acción de complemento persigue hacer caer la institución de heredero hecha testamentariamente y la de reducción va contra la institución de heredero de cuota o contra los legados, en la medida que ellos afecten la legítima²⁷.

“La acción de reducción tiene naturaleza personal, cuyo resultado es la resolución retroactiva del dominio del donatario o legatario, en virtud de lo cual sobreviene la obligación de éstos de restituir el bien. Pero si lo hubiesen enajenado surge la acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes”²⁸.

Pero esta postura que tuvo mucha recepción en el ámbito notarial y la cual compartimos no fue unánime, teniendo muchos detractores que consideraban que también las donaciones efectuadas a herederos forzosos en los casos en los cuales no había dispensa de colación y el valor de lo donado excedía la cuota de legítima del donatario, o cuando habiendo dispensa de colación se excedía el monto de la porción disponible más la cuota de legítima individual del heredero forzoso, procedía la acción de reducción conllevando la acción reipersecutoria contra dichos actos otorgados²⁹. Cabe recalcar en este punto que esta postura, si bien fundada y respetable, no contó con apoyatura de la jurisprudencia.

La original redacción del CCCN al respecto fue abarcativa de ambos supuestos para la viabilidad de la acción reipersecutoria: tanto de la llamada donación a tercero como la donación a heredero forzoso o legitimario. En cambio, con las modificaciones introducidas por la ley 27.587 se limita la misma al supuesto de las donaciones a favor de no legitimarios.

7. Qué es la acción reipersecutoria

La acción reipersecutoria “es la que el legitimario posee contra terceros adquirentes de los bienes registrables”³⁰.

²⁷ En este sentido: AZPIRI, J. O., “Incidencias del Código Civil y Comercial”, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 255.

²⁸ NATALE, R., “La acción de reducción”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, p. 300.

²⁹ Íd.

³⁰ LORENZETTI (dir.), op. cit., t. XI, p. 2460.

Los efectos de la acción reipersecutoria se dan por el artículo 2458 del CCCN, que da derecho o acción al legitimario para perseguir contra terceros adquirentes los bienes de carácter registrable (quedando a salvo los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso).

Pero a su vez, el artículo 392 fija: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso...”

En virtud de la nueva normativa, el donatario o el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el valor del bien donado para eliminar cualquier supuesto de conflicto; desde ya que la discrecionalidad para optar entre la entrega del bien objeto de la oportuna donación o del valor equivalente es privativa del donatario o subadquirente demandado.

El artículo 2458 dice: “El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”³¹.

La conjunción interpretativa del artículo 2386 con el artículo 2458 determina el carácter reipersecutorio de ambas acciones tanto para el donatario legitimario como para el donatario tercero. Es decir que en el CCCN toda donación hecha a heredero legitimario también es posible de acción de reducción, constituyendo una acción que, en sí misma, conlleva efectos reipersecutorios.

Acompañan esta estructura, en un intento de limitar su dureza y su carácter obstaculizado en la circulación de bienes, los referidos artículos 2459 y 2560, unidos a los artículos 1901 y 1903. Estos artículos dan viabilidad a la oposición de la prescripción por parte del donatario ante una acción de reducción presumible desde la fecha del

³¹ Deja de lado aquí el precedente que había establecido el Proyecto de 1998 en su art. 2340.

título. Esta misma normativa es la que establece un plazo de cinco años para la prescripción de la acción de reducción contados a partir del fallecimiento del donante.

8. El caso particular de las cesiones de derechos hereditarios a título gratuito

En el caso de las cesiones de derechos hereditarios a título gratuito, cabe dilucidar primeramente si ese título podría ser pasible de observabilidad por aplicación de los efectos de la acción reipersecutoria, más específicamente sobre los derechos en él convenidos, y en segunda instancia si lo son los títulos relativos a bienes registrables que tengan como antecedente documental una cesión de derechos hereditarios gratuita.

Nosotros entendemos que no, posición que trataremos de fundar en los puntos siguientes.

A un primer avistaje de la problemática, podríamos pensar en relacionar una cesión de derechos hereditarios con bienes determinados. De hecho, en la praxis diaria, es habitual que se llegue a sugerir a las partes formalizar una escritura de cesión de derechos hereditarios cuando concurren con la documentación de un bien determinado, y aún no se materializó el proceso sucesorio de quien fuera su titular. Con lo cual se suele partir de lo especial (el bien generalmente inmueble determinado) para de allí ir a lo general, en este caso la cesión de derechos hereditarios. Y si bien esto es así, en realidad, como todos sabemos, la cesión de derechos hereditarios versa sobre una universalidad: el acervo hereditario, y esto no se ve modificado por el hecho de que en la cesión se excluyan determinados bienes.

Para definir nuestra postura debemos estudiar la indivisión poscomunitaria y cuándo la misma tiene finiquito.

9. Cuándo termina el estado de indivisión sucesoria

Sin dudas este punto reviste importancia para fijar postura sobre la cuestión que hoy nos ocupa. La doctrina define al proceso sucesorio

como aquel que tiene por objeto la determinación objetiva y subjetiva de los bienes dejados por el causante y las personas que habrán de heredarlos³².

Indudablemente la jurisprudencia y la doctrina han contribuido a la determinación de tal circunstancia. Luego del acaecimiento de la muerte de una persona se forma una masa indivisa, y para materializar una parte en esa indivisión debe obtenerse la partición de los bienes. La mera inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad Inmueble es sólo la exteriorización de la indivisión pos-comunitaria, pero en modo alguno implica adjudicación de los inmuebles en condominio³³.

“En tanto los bienes se encuentren en estado de indivisión no existe jurídicamente ‘condominio’ sobre cada bien singularmente considerado, y que cada partícipe tiene derecho a una alícuota del patrimonio hereditario que forma parte de aquél, y, es más, puede suceder que al hacerse la partición cualquiera de dichas cosas resulte adjudicada por entero a otro propietario [...] Es decir que la comunidad no reproduce *ut singuli* una cotitularidad del dominio respecto de cada bien, que es lo característico del condominio como derecho real”³⁴.

La norma 2280 del CCCN establece que “Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor...”

³² “El verdadero proceso sucesorio no es el procedimiento destinado a la comprobación del carácter de heredero sino el que conduce a la partición de la herencia mediante los pasos previos del inventario y avalúo” (BELLUSCIO, A. C., “El juicio sucesorio y la prueba de la calidad de heredero”, en *Revista del Notariado*, núm. 841, abril-mayo de 1995, p. 181). “El proceso sucesorio es un procedimiento que tiene por finalidad la distribución del haber líquido hereditario entre los herederos beneficiarios, según lo determine el testamento o en su defecto la ley” (PÉREZ LASALA, J. L., “Curso de Derecho Sucesorio”, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 30).

³³ CNCiv., sala C, 6-8-74, “Aubone, Alfredo E. c/Aubone, Juan A. y otros”, fallo del Dr. Belluscio, *Jurisprudencia Argentina* 27-215.

³⁴ VACCARELLI, H., “La inscripción de cesión de acciones y derechos hereditarios frente al condominio y la indivisión hereditaria”, Academia Nacional del Notariado, 51 Seminario Laureano Arturo Moreira, Buenos Aires, junio de 2006, p. 5.

De allí que al momento de cederse derechos y acciones hereditarios no hay ningún bien determinado sobre el cual puedan cederse derechos, ya que los derechos sobre ese bien determinado serán aleatorios. De allí entonces que mal pueda referirse a la acción reipersecutoria vinculada con esta figura contractual en los casos en que la cesión sea a título gratuito.

10. Inaplicabilidad del artículo 2458 del CCCN a las cesiones de derechos hereditarios gratuitas

Llegados a este punto nos preguntamos si las cesiones de derechos hereditarios a título gratuito poseen las mismas características de las donaciones inoficiosas que llevarían a tornarlo un título imperfecto en virtud de aplicarse a las mismas el artículo 2458 del CCCN, con la exclusión del citado artículo 2457.

En primer lugar debemos recordar que cuando hablamos de observabilidad debemos encontrarnos ante un dominio imperfecto, y que su consecuencia es la posibilidad de que esos bienes sean perseguibles por una acción reipersecutoria.

En este marco procedemos a formularnos, a su vez, dos preguntas.

Primera: ¿Puede una cesión de derechos hereditarios lesionar la legítima? Y respondemos que sí puede llegar a lesionarla. *Segunda:* ante la violación de la legítima, en las cesiones de derechos hereditarios gratuitos que tengan por objeto un bien inmueble determinado, ¿quedarían expeditas las acciones de reducción y de complemento y su consecuencia reipersecutoria, como ocurre en el caso de donaciones gratuitas? Entendemos que no, que aunque este supuesto acaezca no es procedente la acción reipersecutoria sino la compensación en valores.

Para fundamentar nuestra postura debemos analizar la normativa específica.

Así, en el Código Civil velezano nos encontrábamos con el artículo 3955: “La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante”.

En el CCCN hoy nos encontramos el artículo 2458 (según ley 27.587),

que regula la acción reipersecutoria: “Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el sub adquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

Como primer punto, la reciente regulación amplía la acción reipersecutoria a todo bien registrable, no limitándolo a los bienes inmuebles, como decía el Código velezano. Pero esto, si bien resulta de interés a los fines generales, en el caso puntual que ahora estamos analizando, seguimos sosteniendo que no lo afecta.

Porque nuevamente los bienes registrables surgirán o serán determinados al momento de la partición de la herencia. En este sentido, dice el artículo 2309: “La cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia no se rige por las reglas de este Título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición”.

Y para ello recordemos que el objeto de la cesión de derechos hereditarios es una “universalidad jurídica”, no un bien determinado. Y aunque existan en ese acervo hoy por hoy bienes registrables, no sabemos o en realidad hay incertidumbre al momento de efectuarse la cesión de derechos si esos bienes serán adjudicados al cedente o no. Así: “El proceso sucesorio es universal porque en él se va a decidir sobre la totalidad del patrimonio del difunto, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados”³⁵. Y el hecho de que en la cesión de derechos hereditarios se excluyan determinados bienes, lo cual es legalmente posible, nada cambia respecto de estos enunciados.

La acción reipersecutoria ha tenido y tiene una aplicación restrictiva, de excepción; sostener lo contrario sería auspiciar la inseguridad jurídica nacida de una generalidad de títulos imperfectos. Es por eso que la norma citada del Código Civil de Vélez (art. 3955) sólo refería a bienes inmuebles, con lo cual la normativa del CCCN, incorporando ahora cosas muebles registrables, nos parece inadecuada. No obstante lo expresado, en modo alguno puede considerarse que la regulación

³⁵ MEDINA, G., “Proceso sucesorio”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I, p. 11.

actual incluya derechos hereditarios (ya que no son registrables por naturaleza), como es el supuesto de la cesión de derechos hereditarios³⁶.

Pero si la normativa legal, y los fundamentos dados no resultan suficientes, estos argumentos no son los únicos. Entendemos que tampoco constituirán títulos observables los que luego de la adjudicación de los bienes de la herencia determinen la adquisición del dominio sobre un bien determinado. Esto es porque una vez adjudicados esos bienes, la causa de transferencia de esta titularidad del dominio la constituye la adjudicación en sí misma, y no ya lo que constituiría su precedente: la cesión de derechos hereditarios en la sucesión correspondiente.

11. Conclusiones

Durante el desarrollo de este trabajo hemos verificado que ante la presencia de determinados supuestos las donaciones se considerarán inoficiosas, conforme establece el artículo 1565 del CCCN y en consecuencia generarán títulos imperfectos. Efectos de tal categorización los constituyen las acciones de complemento y de reducción reguladas en los artículos 2451 y 2453 del CCCN. Estas acciones conforme la aún reciente normativa conllevan el derecho al ejercicio de la acción reipersecutoria, regulada en el artículo 2458 del CCCN.

Si bien analizamos primeramente la naturaleza jurídica de la donación, así como de la cesión de derechos hereditarios, determinándose que esta última comparte caracteres con el contrato de donación y que las normas que rigen este último contrato le resultan aplicables, esto no implica concluir que esto habilite el ejercicio de la acción reivindicatoria para estos contratos.

Muy por el contrario, del estudio del contrato de cesión de derechos y

³⁶ En este sentido respecto a la regulación velezana: "...dentro del concepto restringido de donación como atribución gratuita de cosas no están incluidas algunas cosas, por no ser inmuebles. Menos entonces puede extenderse a los bienes (derechos, acciones, etc.), aun cuando de la donación se diere un concepto amplio, porque no es él el que determina la aplicación del artículo 3955, sino que éste genera la excepción a la donación de inmuebles solamente" (LAMBER, R. A., "La donación diferida en las cesiones de derechos [hereditarios, cuotas sociales, etc.]. Dictamen", en *Cuaderno de Apuntes Notariales*, núm. 35, FEN, Taller Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 23).

acciones hereditarios, de la reafirmación que el objeto del mismo es una universalidad jurídica y no un bien determinado, hemos determinado que a los títulos de cesión de derechos y acciones hereditarios no les resulta de aplicación el artículo 2458 del CCCN ni sus efectos, como así tampoco lo es a los bienes determinados que como consecuencia de la finalización de la indivisión hereditaria le fueren adjudicados al cesionario.

Al momento de efectuar una cesión de derechos hereditarios a título gratuito, que como refiriéramos comprende una universalidad y no un bien determinado (caso en el cual no estamos en presencia de una cesión propiamente dicha, rigiéndonos en dicho supuesto por las reglas del contrato que corresponde³⁷), como analizamos, aún se está inmerso en una estado de indivisión poscomunitaria en la sucesión. Y esta situación se mantendrá hasta la división de los bienes de la herencia. En este marco, y más allá de considerar a la referida cesión una “cesión-donación” (hecho que parece reafirmado por lo regulado en el art. 1543, en cuanto establece que las normas del Capítulo 22 de donación se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito) resulta inaplicable el artículo 2458 del CCCN.

La situación de los bienes que se adjudiquen como producto de la división tampoco se verán afectados por la acción reipersecutoria porque su causa es la adjudicación y no la cesión en sí misma.

En virtud de todo lo desarrollado el contrato de cesión de derechos hereditario gratuito y las escrituras públicas que en su consecuencia se otorguen devienen títulos perfectos.

Bibliografía

- ANDERSON, Miriam, “Las donaciones onerosas”, Fundación Beneficientia et Peritia Iuris, Madrid, 2005.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis, “Promesas unilaterales y donaciones”, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- AZPIRI, Jorge O., “Incidencias del Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- BELLUSCIO, Augusto César, “El juicio sucesorio y la prueba de la calidad de heredero”, en Revista del Notariado (núm. 841), abril-mayo de 1995.

³⁷ Véase para ello el art. 2309, CCCN.

- BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Contratos”, Buenos Aires, Perrot, 1990, t. II.
- CABULI, Ezequiel, “La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial”, en Revista del Notariado (núm. 924), abril-junio de 2016; disponible en www.revista-notariado.org.ar, 2017/11.
- ESCRICHE, Joaquín, “Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia”, Madrid, Eduardo Cuesta, 1878, t. IV.
- FORNIELES, Salvador, “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires, Ediar, 1950, t. 2.
- HESSE, Konrad, “Derecho Constitucional y Derecho Privado”, Madrid, Civitas, 2017.
- LAMBER, Rubén Augusto, “La donación diferida en las cesiones de derechos (hereditarios, cuotas sociales, etc.). Dictamen”, en Cuaderno de Apuntes Notariales (núm. 35), Buenos Aires, FEN, Taller Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos”, t. 2, “Parte especial (1)”, Buenos Aires, Zavallá, 1993.
- LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. X.
- “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. XI.
- MEDINA, Graciela, “Proceso sucesorio”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. I.
- MUSTAPICH, Carlos, “Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial”, Buenos Aires, Ediar, t. 3.
- NATALE, Roberto, “La acción de reducción”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008.
- PÉREZ LASALA, José Luis, “Curso de Derecho Sucesorio”, Buenos Aires, Depalma, 1983.
- Ponencia “La donaciones a un heredero forzoso y la teoría de la aplicación absoluta de la colación”, en XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, V Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, septiembre de 2009.
- PÉREZ LASALA, José Luis y MEDINA, Graciela, “Acciones judiciales en el proceso sucesorio”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- PONDÉ, Eduardo, “Instituto Argentino de Cultura Notarial, Seminario sobre Títulos Perfectos y Observables año 1979, síntesis de las exposiciones”, en escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/09/RNCba-38-1979-09-Doctrina.pdf, 7-11-2018.

- RODRÍGUEZ-URIA SUÁREZ, Isabel, “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, España, Universidad de Santiago de Compostela, 2014.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, M.^a Pilar, “El ejercicio privado de la fe pública notarial”, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- RUBIO GIMENO, Gemma, “La venta de herencia”, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, “Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesores y contratos *post mortem*”, Granada, Comares, 2003.
- SPOTA, Alberto G., “Instituciones de Derecho Civil. Contratos”, Buenos Aires, Depalma, 1986.
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo, “Colación de los descendientes”, Roa, Edisofer, 1995.
- URBANEJA, Marcelo E., “Causas de adquisición y de extinción del usufructo en el Código Civil y Comercial de la Nación”, ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 1º, 2 y 3 de octubre de 2015, Comisión N° 4, Reales, “Usufructo”, en El Derecho (núm. 13.842), del 28-10-2015.
- “Metodología y parte general”, en LAFERRIERE, Jorge Nicolás (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, Buenos Aires, El Derecho, 2012.
- VACCARELLI, Horacio, “La inscripción de cesión de acciones y derechos hereditarios frente al condominio y la indivisión hereditaria”, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 51 Seminario Laureano Arturo Moreira, junio de 2006.

Fallos

- CNCiv., en pleno, 11-6-1912, “Escary c/Pietranera”, Jurisprudencia Argentina, Año 3, N° 31.
- Sala C, 6-8-74, “Aubone, Alfredo E. c/Aubone, Juan A. y otros”, fallo del Dr. Belluscio, Jurisprudencia Argentina 27-215.
- Sala G, “C. A. y otro c/B. E. J. y otros s/Cobro de sumas de dinero”, expte. 17.425/15.
- Sala K, 29-10-2002, “Biondo, Alonso c/Savy, Claudio N.”, La Ley del 13-11-2002.
- SCJBA, 6-3-36, El Derecho 26-625, n. 28.

2019

EVICCIÓN Y “SYNÁLLAGMA” CONTRACTUAL

TRADICIÓN ROMANISTA Y PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL¹

por JAVIER HUMBERTO FACCO²

Evincere est aliquid vincendo auferre [Evictionar es quitar algo, venciendo].

SUMARIO: 1. Despliegues y tensiones en el diálogo entre Constitución política y Código Civil y Comercial. 2. La evicción: etimología, noción técnica, fundamento. 3. Naturaleza jurídica de la evicción: teorías modernas y vía propuesta. 4. Modificaciones convencionales a la garantía de evicción. 5. La cuestión en el Derecho Romano histórico: noticia introductoria. 5.1. Estructura sinalagmática y operatividad de la *bona fides* en D. 19, 1, 50. 5.2. Alcances del *pactum de non praestanda evictione* en D. 19, 1, 11, 18. 5.3. Breve parangón entre ambos fragmentos. 6. Consideraciones finales. Bibliografía.

¹ El presente trabajo, con ulteriores adiciones y actualizaciones, es parte de la investigación realizada como integrante del Proyecto de Investigación DER 173, “Retrospectiva y prospectiva de las instituciones del Derecho Contractual frente a la codificación y constitucionalización” (2015-2018), dirigido por Noemí Lidia Nicolau y radicado en el Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, UNR, Rosario.

² Doctor y magíster en “Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho” por la Università di Roma II “Tor Vergata” (Italia). Doctor en Derecho y máster en Derecho Privado por la UNR (Argentina). Profesor titular ordinario de “Derecho Privado. Parte general” y de “Derecho Civil I”, Facultad de Derecho, UNR, Rosario. Investigador adjunto del Consejo de Investigaciones, UNR (CIUNR). Miembro de la delegación argentina del GADAL (Grupo de Armonización del Derecho para América Latina). Miembro estable del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, UNR, Rosario.

Resumen

Es un dato incontrastable la incidencia directa de los principios y valores constitucionales en la interpretación e integración de las figuras e instituciones del Derecho Privado. Por lo demás, el método exegético lógico-deductivo ha perdido su sitio de privilegio para dirimir el sentido y alcance de las normas *iusprivatistas* y, en su lugar, la interpretación teleológica y sistemática se impone como la más adecuada en términos de un modelo hermenéutico que garantice una articulación adecuada entre el ordenamiento civil y el plexo constitucional. En todo caso, la unidad y coherencia del sistema en su conjunto exige una labor interpretativa que permita reconstruir la tradición en cuya trama se han ido perfilando en el devenir temporal los contornos particulares de cada una de las instituciones de Derecho Privado. El Derecho Romano sigue desempeñando así una función arquetípica, y en especial en lo atinente al sector de las relaciones jurídicas que suponen intercambios patrimoniales. La evicción es un ejemplo emblemático en este sentido y por ello es objeto de análisis en aras de reconstruir su genealogía y evaluar sus proyecciones constitucionales.

Abstract

The direct impact that the principles and fundamental rights play in the interpretation and integration of the Private Law institutions. The exegetical logical-deductive method loses its privileged position to resolve the meaning and scope of the *iusprivatist* laws and, instead, the teleological and systematic interpretation is imposed as the most appropriate in terms of a hermeneutic model that guarantees the articulation between the civil law and the constitutional law. In any case, the unity and coherence of the system as a whole requires an interpretive work that allows reconstructing the tradition of each of the Private Law institutions have been outlined in the temporal evolution. Historical Roman Law continues to play an archetypal function, and especially in relation to the sector of legal relationships involving patrimonial exchanges. The eviction is an emblematic example in this sense and for that reason it is a matter of examination in the attempt to reconstruct its genealogy and to specify its constitutional scope.

Palabras clave

Derecho Privado Constitucional. Garantía de evicción. Equilibrio contractual.

Keywords

Constitutional Private Law. Eviction guarantee. Contractual balance.

1. Despliegues y tensiones en el diálogo entre Constitución política y Código Civil y Comercial

En cualquier análisis jurídico que en la hora actual verse sobre instituciones *iusprivatistas* constituye un tema insoslayable detenerse a reflexionar sobre las complementariedades y sinergias que es deseable que existan entre la Carta Magna y el acervo de normas de Derecho Privado³. En Argentina la historia de este diálogo entre fuentes comienza con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994: el cambio constitucional retroalimentó el cambio social y, a su vez, éste generó la necesidad de readecuar el Derecho Civil codificado⁴.

³ Una aporte de vanguardia en este sentido se observa en CIURO CALDANI, M. Á. y otros, “Las ramas del mundo jurídico en la teoría general del Derecho”, en *El Derecho* 150-859 y ss., quien propugna una teoría general del Derecho en la cual las autonomías materiales de las ramas jurídicas se resuelvan en *áreas combinadas* y no sean pensadas como compartimentos estancos. Vid. además NICOLAU, N. L., “La Constitución Nacional y los Códigos de Derecho Privado”, en *Trabajos del Centro*, vol. 1, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, UNR, Rosario, 1995, p. 33; LORENZETTI, R. L., “Las normas fundamentales del Derecho Privado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, *passim*; “Tratado de los contratos. Parte general”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 116-120.

⁴ Al decir de RIVERA, J. C., “El Derecho Privado Constitucional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, *Derecho Privado en la reforma constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 27 y ss.; durante largo tiempo el Derecho Constitucional y el Derecho Privado “coexistieron en una indiferencia recíproca”. La génesis de tal incomunicación puede rastrearse en la discusión sobre la conveniencia o no de codificar el Derecho Civil que tuvo lugar entre las eminentes y emblemáticas personalidades de Juan Bautista Alberdi (1810-1884) y Dalmacio Vélez Sársfield (1800-1875), reedición vernácula de la célebre diatriba sostenida tiempo antes en Alemania entre Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) y Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840). El tema puede ampliarse en SOLA, J. V., “Alberdi: la Consti-

Esta última tarea se desplegó en una secuencia concatenada de instancias: primero con el Proyecto de reformas de 1998 (preparado por la Comisión creada por decreto 685/95), luego con el Anteproyecto de reformas de 2012 (elaborado por la Comisión creada por decreto 191/2011), antecedente inmediato del último eslabón de esta serie, el Código Civil y Comercial (en adelante también citado como CCCN) en vigor desde el 1º de agosto de 2015 (ley 26.994).

El proceso de “constitucionalización” del Derecho Privado –en su acepción más lata– refiere a la influencia que ejercen las normas de grado sumo sobre las relaciones jurídicas entre particulares. Se trata, en esencia, de una penetración de la letra y el espíritu de la Ley Fundamental en la esfera de los contenidos típicos del Derecho común, los cuales quedan impregnados de sentidos constitucionales que se proyectan desde el vértice del sistema normativo⁵. A esto se añade un proceso concomitante: la “internacionalización” del Derecho Constitucional, es decir, la integración del sistema supranacional de protección de los derechos humanos en el “bloque de constitucionalidad” (art. 75, inc. 22, CN).

Es oportuno recordar a este respecto un pasaje de los fundamentos publicados por la Comisión Reformadora del Anteproyecto de 2012 (antecedente inmediato del CCCN vigente):

En nuestro Anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los

tución como programa de gobierno. La polémica con Vélez Sársfield. Comunicación del académico Juan Vicente Sola en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (22 de septiembre de 2010)”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXXVII (2010), ps. 391-425, recuperado de <https://www.ancmvp.org.ar/user/FILES/18-Sola.pdf>, 15-3-2022.

⁵ En rigor, el proceso de “constitucionalización” puede entenderse con tres alcances posibles: A) Interpretación de las leyes *iusprivatistas* en sintonía con las normas y principios de jerarquía constitucional (CN y tratados internacionales de DD. HH.). B) Integración de las lagunas legales del Derecho Privado en función de los principios y valores constitucionales. C) En su forma más intensa, aplicación inmediata de las normas constitucionales a las relaciones entre particulares regidas por el Derecho Privado; aquéllas dejan de ser programáticas y pasan a ser directamente operativas. Cfr. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Privado”, en *Derecho Mayor*, núm. 3, Universidad Mayor, 2004, ps. 44-63.

derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. *En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del Derecho Privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el Derecho Privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.* Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el Derecho Privado (el destacado es nuestro).

La preconizada “comunidad de principios” entre Derecho Constitucional y Derecho Privado puede analizarse desde la óptica inversa: una “civilización” del primero, a partir de la incorporación al entramado constitucional de figuras cuya sede natural tradicionalmente había sido el Derecho Civil. De eso tratan los “nuevos derechos y garantías” consagrados en el Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional reformada en 1994 (arts. 36-43), entre los cuales se destacan los derechos de los consumidores, la cláusula ambiental y el derecho a la privacidad (*habeas data*). Así, pues, algunos autores hablan de “Derecho Civil integrado en la Constitución” o de “Derecho Privado Constitucional”⁶, significando con tales expresiones que ambos fenómenos constituyen anverso y reverso de una misma medalla.

El objetivo es generar las condiciones para aportar *inteligibilidad* a un sistema jurídico abierto y complejo, ensamblado a partir de materiales provenientes de una multiplicidad de fuentes formales y materiales. Y en semejante contexto el Derecho Privado no puede pretender que el método lógico-deductivo se erija como exclusivo dispositivo idóneo para dirimir el significado y alcance de sus normas; en su lugar, adquiere procedencia la interpretación teleológica y sistemática (o “según principios”) de los textos legales y supraleales⁷. Ergo, del juego armónico de lo dispuesto por los artículos 1º, 2º y 3º del Código Civil y Comercial se colige que el denominado proceso de

⁶ RIVERA, op. cit., p. 27.

⁷ Cfr. CORRAL TALCIANI, op. cit., ps. 61-63.

constitucionalización nos coloca en la senda de una renovada dinámica hermenéutica, la cual implica tanto una transformación metodológica (en la manera de trabajar con las fuentes del Derecho) como epistemológica (en la tarea de rastrear los fundamentos mismos del Derecho, es decir, en el problema de la justificación racional de las soluciones jurídicas).

En todo caso, muy lejos estamos de defender una “autarquía constitucional” que prescinda de la función de *Derecho común* que desde siempre ha tenido el Derecho Privado y sobre todo su aparato todavía medular el Código Civil y Comercial. Por ello es un imperativo ineludible considerar la unidad y coherencia del sistema como resultado de una labor de los juristas que permita reconstruir la tradición en cuya trama se han ido perfilando en el devenir temporal los contornos de las instituciones *iusprivatistas*. El Derecho Romano histórico desempeña así una función arquetípica en orden a la recta intelección del Derecho Privado actual, con peculiar énfasis en el sector reglamentario de las relaciones patrimoniales. El caso de la evicción, a la luz de su innegable impronta romanista, es paradigmático en tal sentido y por ello la institución es motivo de examen en el intento de determinar su filiación histórica.

2. La evicción: etimología, noción técnica, fundamento

El término “evicción” procede del latín (*evictio-onis*) e indica la acción y efecto del *evincere*, verbo equivalente en español a “triunfar”, “vencer”, “derrotar” (a alguien); de ahí el calificativo “*evictus*”: “abatido por las armas”, “despojado”, “debelado”⁸. Correlativamente, en su forma sustantivada, el término “*evictionis*” alude a la situación jurídica de abandono de una cosa al que se está obligado en virtud de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (“despojo judicial”)⁹.

⁸ “Debelado”: del latín *bellum*, guerra. Cfr. BARCIA, R., “Diccionario general etimológico de la lengua española”, Álvarez, Madrid, 1881-1885, *ad vocem*.

⁹ Con todo, la noticia etimológica no consigue dar cuenta de la exacta significación técnica del vocablo porque no siempre se requiere de una sentencia judicial que declare el mejor derecho del tercero. En efecto, la garantía de evicción se extiende a supuestos en los que el comprador, frente al carácter irrefutable del derecho del tercero reclamante, no puede conservar en plenitud la cosa que compró o se ve turbado en el ejercicio

En su estricta acepción técnico-jurídica el vocablo alude a la condición de la persona que adquiere un derecho a título oneroso y es derrotada en juicio por un tercero que acredita un mejor derecho¹⁰.

El *Diccionario de la lengua española* contiene las siguientes acepciones del término “evicción”: “1. Pérdida de un derecho por sentencia firme y en virtud de derecho anterior ajeno. 2. Cumplir el vendedor su obligación de defender la cosa vendida, o de sanearla cuando es ineficaz la defensa [en referencia específica a la ‘citación de evicción’ y a las expresiones ‘prestar la evicción’, ‘salir a la evicción’]. 3. Presentarse el vendedor a practicar en juicio esa misma defensa”¹¹.

La “evicción” no sólo alude a la derrota que en el pleito judicial padece una parte (turbación o privación que sufre el adquirente en el derecho transmitido a título oneroso), sino también a la pretensión hecha valer por la otra parte en el proceso (tercero reclamante), y, por

de los derechos que integran su título, aun sin haber sido vencido en juicio. Así ocurre, por ejemplo, cuando el adquirente demuestra que no hay oposición justa que hacer al derecho del tercero reclamante y por tanto la citación del garante por evicción deviene inútil o el allanamiento es ajustado a derecho, casos en los que no puede haber sentencia condenatoria (cfr. art. 1048, *in fine*, CCCN).

¹⁰ Cfr. NICOLAU, N. L., “Fundamentos de Derecho Contractual I”, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 379. El carácter oneroso de un acto está dado porque la ventaja que procura a cada una de las partes es la contrapartida de un sacrificio propio (conf. art. 967, CCCN). Siendo el fundamento y la finalidad de la garantía de evicción preservar el equilibrio patrimonial, es lógico que su aplicación se ciña *prima facie* a los actos a título oneroso. Cuando una persona adquiere de manera gratuita un derecho (es decir, sin dar nada a cambio) y luego un tercero lo priva de tal derecho, aquél no puede argüir que su patrimonio ha experimentado una afectación: habrá dejado de enriquecerse, pero no se empobreció. Sin embargo, el art. 1556 del CCCN contempla algunos casos de excepción en los cuales opera la garantía de evicción en las donaciones y se extienden por vía analógica a todo acto gratuito traslativo de derechos (cesión gratuita de derechos, por ej.). El donante (y cualquier *tradens* a título gratuito) responde cuando sea de mala fe o cuando la evicción se produjera por el incumplimiento de alguna obligación que él mismo asegurare al realizar la donación. En las donaciones con cargo y remuneratorias también procede la evicción; pero éstas no son auténticas excepciones, pues en la medida del cargo y la retribución tales donaciones son reputadas actos a título oneroso.

¹¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 2000, *ad vocem*.

último, la garantía o indemnización que debe el *tradens*, citado al pleito, y es el resultado de la situación de evicción propiamente dicha¹². En pocas palabras: si para el *adquirente* de la cosa evicción es privación o turbación, para el *tercero* reclamante es triunfo, recuperación o restauración, y para el *enajenante* es obligación de no turbar, defender y, en su caso, indemnizar los daños.

Según la opinión de Wayar, la garantía por evicción se concreta en la obligación que tiene quien transmite un derecho mediante un acto a título oneroso de responder frente al adquirente por las consecuencias derivadas de la privación o turbación en ese derecho (por un tercero), originada en una causa anterior o concomitante con la transmisión¹³. Con mayor exactitud, Salas la define como la obligación que pesa sobre quien ha transmitido un derecho a título oneroso de asistir o sustituir en un proceso judicial al adquirente (ya sea éste actor o demandado), en razón de toda excepción, defensa o pretensión interpuesta por un tercero, que de prosperar privaría a aquél total o parcialmente del derecho adquirido, y, en subsidio, indemnizarlo en caso de incumplimiento de esa obligación o si la asistencia o sustitución procesal hubiese resultado infructuosa, siempre que la pretensión, excepción o defensa del tercero se funde en una causa jurídica anterior o contemporánea al acto de transmisión¹⁴.

Después de todo lo expuesto, si analizamos el asunto desde la perspectiva teleológica señalada en el párrafo anterior, es claro que se persigue tutelar a quien resulta adquirente de un bien por medio de un acto oneroso (es decir, realizando un sacrificio pecuniario como contraprestación) contra un tercero que lo enjuicia esgrimiendo una pretensión de mejor derecho sobre el suyo¹⁵. Así, pues, a la luz del principio subyacente a la institución, se desprende que su *telos* (τέλος)

¹² Cfr. MOSSET ITURRASPE, J., "Contratos", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 466.

¹³ Cfr. WAYAR, E. C., "Evicción y vicios redhibitorios", Astrea, Buenos Aires, 1989, ps. 14-15.

¹⁴ Cfr. SALAS, A. E., "Garantía contra la evicción: concepto y requisitos", en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 251.

¹⁵ Las privaciones o turbaciones *de hecho* no tornan exigible la garantía; por ejemplo, un intruso que ocupa el inmueble adquirido y no invoca ningún derecho (real o personal) sobre el mismo.

reside en la preservación del *synállagma* (συνάλλαγμα¹⁶) contractual, en mantener el equilibrio de las prestaciones mutuas surgidas de un contrato con función traslativa o de cambio: cuando un patrimonio resulta aminorado por el pago del precio de un derecho debe ingresar en él el equivalente de ese precio, pero si el derecho del adquirente es afectado por la vicisitud que estamos considerando, razones de *justicia conmutativa* (la justicia de las conmutaciones privadas) imponen el restablecimiento del equilibrio haciendo operativa la garantía¹⁷.

3. Naturaleza jurídica de la evicción: teorías modernas y vía propuesta

Una opinión muy arraigada en la doctrina nacional reputa a la evicción una *garantía legal* que actúa como efecto natural de los contratos onerosos a través de los cuales se transmiten derechos, contratos –tal cual se dijo– con función económico-social de cambio (Wayar, Salas, Lorenzetti y Nicolau). Por tratarse de un efecto natural la garantía opera supletoriamente (aun cuando no haya sido convenida) y los particulares en ejercicio de su autonomía privada podrían excluirla, aumentarla o disminuirla¹⁸. Por lo demás, nada obsta a que se incorpore en un contrato a título gratuito con idéntica función (donación o cesión gratuita de derechos, v. *gr.*), mediante la adición de un pacto apósito o cláusula especial (efecto accidental)¹⁹.

¹⁶ En sentido técnico, *συνάλλαγμα* significa intercambio equilibrado de bienes o servicios; equivalencia, proporcionalidad y mutua dependencia entre las prestaciones nacidas de un contrato bilateral (perfecto o imperfecto). Con este alcance el término es empleado por el jurista Labeón para dar sustento a su concepción restringida de “contrato” como acuerdo productor de *ultra citroque obligationem*: “obligaciones aquí y allá; para una y otra parte [recíprocas]” (vid. D. 50, 16, 19). En el idioma griego moderno se conserva análoga semántica en el uso coloquial de la expresión; así, por ej., en la expresión *ανταλλακτήριο συναλλάγματος*: “agencia de cambio”; “*bureau de change*” (*place where foreign currencies can be exchanged*).

¹⁷ En el mismo sentido categóricamente se ha dicho: “La responsabilidad nacida de la evicción –turbación de derecho– tiende a restablecer el equilibrio contractual y a realizar así la justicia conmutativa que es a la base de los contratos” (MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 470).

¹⁸ Cfr. NICOLAU, “Fundamentos...” cit., p. 381.

¹⁹ En la doctrina nacional más temprana prevalece el empleo del vocablo “garantía”

Considerando que toda garantía (en el sentido más propio del vocablo) opera ante el incumplimiento de una obligación preexistente, algunos autores predicán que en rigor la evicción constituye un supuesto especial de *responsabilidad civil objetiva* regido por principios propios (Barbero, Mosset Iturraspe y Alterini). Entienden que el vicio causante de la evicción (o, en su caso, los vicios redhibitorios) en nada se vincula con la inobservancia de las prestaciones durante la fase de ejecución del contrato; por el contrario, sería un “germen patógeno” coetáneo a la negociación. En efecto, tanto la evicción como los vicios redhibitorios se fundan en una causa (vicio) anterior o contemporánea al acto traslativo. Por lo demás, el vicio desencadena la responsabilidad cualquiera sea el comportamiento del enajenante (aun sin incumplimiento de los deberes a su cargo). Por lo tanto, es una responsabilidad objetiva no nacida (necesariamente) de un reproche subjetivo a la conducta del agente (a título de culpa o dolo)²⁰. La falta de legitimidad en el contrato, en virtud de la existencia de un “vicio en el derecho” (evicción) o en la “materialidad de la cosa” (vicio redhibitorio), motiva la responsabilidad (nótese que el art. 1044 del CCCN refiere a la “...existencia y la *legitimidad* del derecho transmitido...” como objeto de la garantía por evicción, e idéntico tenor se advierte en el art. 1628 del CCCN para la cesión onerosa de derechos)²¹. En línea con esta terminología se enrola el CCCN, cuya Sección 4ª, dedicada a la “obligación de saneamiento” (Título II, *Contratos en general*; Capítulo 9, *Efectos*; Libro Tercero, *Derechos personales*) contiene el § 2, que lleva por título *Responsabilidad por evicción*.

En todo caso, es dable aclarar que el aspecto resarcitorio no explica *per se* el instituto en su totalidad; más aún, la prestación de asistencia

en referencia a los institutos de la evicción y los vicios redhibitorios. Así, v. gr., LAFAILLE, H., “Tratado de los contratos”, Ediar, Buenos Aires, 1953, t. I, p. 445.

²⁰ La culpa o dolo del enajenante (su mala fe) son factores que agravan la responsabilidad del enajenante, operando como sanción por haber conocido o debido conocer al tiempo de la enajenación el peligro y no haberlo comunicado al adquirente (arg. art. 1040, inc. b, CCCN).

²¹ Cfr. MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 466: “Estimamos más adecuado hablar de responsabilidad que de garantía legal impuesta como elemento natural y fundar esa responsabilidad en la contratación ilegítima y no en el cumplimiento de una obligación u obligación de garantía”.

procesal que resulta de la evicción es la primera consecuencia que se dispara (*garantía propiamente dicha*). En efecto, la defensa en juicio a favor del adquirente es la obligación principal que asume el enajenante, mientras que la indemnización (*responsabilidad civil resarcitoria*) recién se hace exigible ante el fracaso de aquélla (en subsidio). Además, la regla es que el transmitente no debe reparar daños adicionales (a menos que obrare de mala fe), sino sólo restituir el precio recibido a cambio de la cosa enajenada o del bien cedido.

Cabe mencionar una tercera posición que ahora encuentra anclaje normativo en el Derecho positivo argentino a partir de la nueva regulación que incorporó el Código Civil y Comercial. En el ordenamiento actual la evicción (arts. 1044-1050, CCCN) y los vicios redhibitorios (arts. 1051-1058, CCCN) son aunados bajo el título *Obligación de saneamiento*, figura genérica que incluye disposiciones comunes a ambos supuestos (arts. 1033-1043, CCCN)²². Se denomina “saneamiento” a la acción y efecto de sanear, entendiéndose por “sanear” el reparar o remediar una cosa o un derecho. En el campo jurídico, el saneamiento es el género (la acción y el efecto de remediar los vicios [de derecho o de hecho] en el objeto transmitido); la evicción y el vicio redhibitorio, sus dos especies. También el saneamiento refiere a la citación o llamado que el demandado en juicio está obligado a formular al enajenante, en el tiempo indicado por la ley de procedimientos (art. 1046, CCCN)²³. Por último, se denomina saneamiento o garantía de saneamiento a la obligación de indemnizar cuando la defensa no resultare eficaz y recayera una sentencia desfavorable para el *accipiens*²⁴.

Las tres posiciones que acabamos de reseñar no por fuerza se ex-

²² Cabe aclarar que la “responsabilidad por saneamiento” es una expresión técnica con alcances inclusive más amplios, pues abarca además: a) la posibilidad de ejercer la acción de cumplimiento dirigida a exigir del *tradens* el perfeccionamiento del título en el derecho transmitido o la subsanación de los defectos materiales presentes en la cosa enajenada; b) reclamar un bien equivalente al perdido, siempre que sea fungible; c) declarar la resolución del contrato (cfr. art. 1039, CCCN).

²³ El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe contiene una sección destinada a la “citación de saneamiento” (arts. 309-314), en la cual se reglamentan las condiciones formales del llamamiento a evicción. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación habla de “citación de evicción” (arts. 105-110).

²⁴ Cfr. MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 467.

cluyen entre sí; antes bien son miradas que en cierta medida pueden compatibilizarse. No obstante, todas son el fruto de los abordajes realizados a la luz de las categorías heredadas del Derecho codificado decimonónico. De ahí que quizás pueda ser interesante retrotraer nuestra lente todavía más atrás, en el rastreo de los primordios del instituto. Así, abrevando en los pasajes del *Digesto* de Justiniano (Constitución *Deo Auctore*, promulgada el 15 de diciembre del 530 d. C.²⁵) que contienen indicaciones precisas al respecto, es posible echar nuevas luces sobre las vicisitudes y remedios derivados del esquema sinalagmático de los contratos, capaces de aclarar aspectos aún no del todo explorados. Empero, antes de ingresar en el análisis histórico-retrospectivo y para poder dimensionar sus profundas implicaciones en el Derecho de nuestros días, es preciso explicitar el régimen de las modulaciones pacticias que admite la garantía por evicción.

4. Modificaciones convencionales a la garantía de evicción

En la garantía de evicción no está comprometido el orden público (art. 12, CCCN); ergo, por acuerdo de partes puede ser aumentada, excluida o disminuida en sus alcances (art. 1036, CCCN). Si nada se pacta al respecto opera en la manera normal que reglamenta el Código Civil y Comercial. De ahí que sea calificada como un “efecto natural” de los contratos traslativos de derechos patrimoniales a título oneroso.

Con respecto a las cláusulas extensivas de la obligación que nace de la evicción puede afirmarse con Josserand que “es difícil imaginar su utilidad y alcance”; empero, un ejemplo estaría dado por aquellas estipulaciones que fijan y amplían en forma anticipada el *quantum* de los daños y perjuicios resarcibles (con función semejante a la cláusula penal, art. 790, CCCN)²⁶. Las cláusulas restrictivas apuntan por lo

²⁵ Puede verse el texto íntegro (*a confronto*, en latín e italiano) de la Constitución *Deo Auctore* en SCHIPANI, S. (dir.), “Iustiniani Augusti Digesta Seu Pandectæ”, Giuffrè, Milano, 2005, vol. I, ps. 23-28.

²⁶ Cfr. MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 470. A propósito acota NICOLAU, “Fundamentos...” cit., p. 389: “Los pactos que amplían la garantía no son usuales, pero si se conviniera incluirlos en algún contrato la redacción debe ser muy clara, pues de lo contrario no se interpretaría como un incremento de la garantía. Por ejemplo, no sería un pacto que agrave la garantía el que dijera *el vendedor se obliga a garantizar*

común a excluir la responsabilidad en ciertos supuestos (riesgos que son expresamente asumidos por el adquirente) o a circunscribir a límites discretos el importe del resarcimiento.

Ahora bien, aunque la garantía es disponible por las partes existen limitaciones dirigidas a mantener incólume el mencionado equilibrio contractual (συνάλλαγμα), fundamento último de la garantía. Es coherente con esta tesitura que las cláusulas cuyo objeto sea excluir o aminorar la obligación de saneamiento han de ser interpretadas con carácter restrictivo (art. 1037, CCCN) y en determinadas ocasiones hasta pueden ser declaradas ineficaces (art. 1038, CCCN).

Un límite infranqueable existe en orden al hecho personal del enajenante, pues es de pura lógica que si está obligado a salir en defensa del adquirente cuando un tercero lo demanda, menos podrá atacarlo (en tal caso el adquirente puede argüir la “excepción de evicción”, basada en una obligación de no hacer que pesa sobre el enajenante). En este sentido, “las turbaciones de hecho causadas por el transmitente” (vid. art. 1044, inc. c, CCCN) quedan comprendidas entre los peligros de evicción conocidos por el enajenante que habilitan la declaración de ineficacia de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, en los términos del citado artículo 1038 del CCCN.

Otra cortapisa se verifica cuando media dolo del enajenante: se tienen por no convenidas las cláusulas de supresión o disminución de la responsabilidad por saneamiento “si el enajenante conoció, o debió conocer el peligro de evicción, o la existencia de vicios” (art. 1038, inc. a)²⁷. Visto que en general se prohíbe la dispensa anticipada del dolo como sanción a la mala fe (art. 1743, CCCN), en la especie ésta se traduce en el conocimiento (efectivo o presunto) del enajenante del vicio que da pie a la turbación y su falta de comunicación al adquirente; este conocimiento se presume cuando el enajenante es un profesional de la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el

de evicción, debería decir: en caso de evicción el vendedor se obliga a pagar dos veces el valor de la cosa (Wayar)”.

²⁷ El art. 2099 del Código Civil de Vélez Sársfield rezaba al respecto: “Es nula toda convención que libre al enajenante de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de parte suya”.

adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa misma actividad (cfr. art. 1038, inc. b, CCCN)²⁸.

Mosset Iturraspe ha precisado con acierto que “una interpretación restrictiva o minimizada en cuanto a la cláusula de no garantía no basta para eliminar completamente la responsabilidad del enajenante”²⁹. De tal guisa, una regla que a nuestro juicio debió haber sido mantenida en el régimen actual es la del artículo 2100 del Código Civil de Vélez Sársfield: “La exclusión o renuncia de cualquiera responsabilidad, no exime de la responsabilidad por la evicción, y el vencido tendrá derecho a repetir el precio que pagó al enajenante, aunque no los daños e intereses”. La *ratio legis* de esta norma (cuya fórmula apocopada en latín se expresa como *praetium quidem deberi, utilitatem non deberi*) era restringir los efectos del pacto de exclusión de la responsabilidad concebido en términos generales (con pretensión de ser extendido a la responsabilidad particular por evicción), para evitar que se consolide un desplazamiento patrimonial desprovisto de causa legítima (sin título legítimo)³⁰.

En suma, la evicción (y lo mismo vale para los vicios redhibitorios) es un instituto que reconoce su fundamento en el amparo del *synállagma* (balance contractual) y si bien tolera un margen de discrecionalidad

²⁸ Según esta norma (art. 1038, CCCN), común a la evicción y a los vicios redhibitorios, “se tienen por no convenidas” (es decir, son nulas e ineficaces) las cláusulas de supresión y disminución de la responsabilidad por saneamiento en los siguientes casos: a) si el enajenante conoció o debió conocer el peligro de evicción o la existencia de vicios (mala fe del *tradens*); b) si el enajenante actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación (pues la profesionalidad del *tradens* haría presumir un conocimiento de los vicios), a menos que el adquirente también se desempeñe con habitualidad en la misma actividad (caso en el cual la profesionalidad del *accipiens* neutralizaría la regla anterior).

²⁹ Cfr. MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 471.

³⁰ El Codificador decimonónico en la nota a la citada disposición consigna los antecedentes de los cuales extrajo la regla: Ley 19, Título V, Partida 5ª (sobre venta de cosa ajena) de las *Leyes de las Siete Partidas* (1256-1265), plasmada luego en la Ley 6, Título X, Libro 3 del *Fuero Real* (1501) y, más cerca en el tiempo, en el art. 1400 del Proyecto de García Goyena (1851). Al margen de estos antecedentes, los orígenes de la regla antedicha en materia de ponderar la validez y alcances del llamado *pactum de non praestanda evictione* se remontan al Derecho Romano codificado por Justiniano (emblemático a este propósito es el fragmento de D. 19, 1, 11, 18, examinado *infra* en el punto 5.2).

para modelar por vía convencional la eficacia y alcances de la garantía, tal margen no es absoluto y existen estrictas limitaciones al poder dispositivo del que gozan las partes. Esta tensión entre facultades dispositivas fundadas en la autonomía y regulación imperativa heterónoma (inspirada en resguardar el equilibrio contractual [συνάλλαγμα]) intentó resolverse en el Derecho Romano clásico mediante sendas elaboraciones doctrinales, cuyas enseñanzas sirven para esclarecer aristas todavía controversiales.

5. La cuestión en el Derecho Romano histórico: noticia introductoria

Es conveniente reconstruir, aunque sea de manera sucinta, cómo ha sido concebido el funcionamiento de la garantía de evicción durante las sucesivas fases de su evolución en el Derecho Romano histórico³¹.

En el curso de la edad clásica (siglos I-II d. C.), en sede de interpretación de la *bona fides*, sobre cuya matriz se edifica la entera disciplina del contrato consensual de compraventa (*emptio venditio*), se confiere al comprador la *actio empti* como sanción por el comportamiento doloso del vendedor que a sabiendas hubiese enajenado una cosa de propiedad ajena o gravada con un derecho real de titularidad de un tercero; en segundo lugar, el mismo remedio procesal (*actio empti*) era concedido para obtener la prestación pecuniaria derivada de la garantía mediante las estipulaciones *habere licere* o *duplæ*, por entonces usuales para el género de cosa vendida³². Y, a partir del jurista Lucio Javoleno Prisco, en caso de evicción la *actio empti* habilitaba sin más (con prescindencia de *stipulatio* expresa) el resarcimiento que se habría podido obtener con dichas estipulaciones³³.

³¹ Para ampliar sobre el punto cfr. BURDESE, A., “Manuale di Diritto Privato Romano”, Utet, Torino, 2003, ps. 457-458.

³² D. 19, 4, 1 pr.; D. 21, 2, 6. En base a la *stipulatio habere licere* (D. 45, 1, 38 pr.) y más tarde a la *stipulatio simplæ* o *duplæ*, el vendedor resultaba obligado *ex stipulatu* a resarcir al comprador el daño sufrido por la ausencia de goce pacífico (*habere licere*) de la cosa o, respectivamente, a pagar el *simplum* o el *duplum* del valor de la cosa (fijado en base al precio pagado), como consecuencia de evicción total o parcial.

³³ D. 41, 3, 23, 1; D. 21, 2, 37, 2; P. S. 2, 17, 2.

Hacia el final de la edad clásica se admite el *pactum de non præstanda evictione* (reputado implícito en la venta de la prenda por el acreedor prendario³⁴) para que el vendedor pudiera eximirse del deber de responder por evicción, el cual en esa época ya era considerado una consecuencia natural del contrato de compraventa. Será recién a partir de la primera edad posclásica (siglo III d. C.) cuando tiende a afirmarse la extensión de la responsabilidad eviccional del vendedor incluso cuando el comprador hubiese asegurado *aliunde* (en virtud de otra fuente) estar en el goce pacífico de la cosa³⁵. En el caso específico de la cesión de un crédito el cedente respondía sólo por la existencia del mismo, no por la solvencia del deudor³⁶.

Hecho este breve *introito*, consideremos ahora dos pasajes de las *Pandectas* ordenadas y compiladas por el emperador Justiniano para aproximarnos a una mejor comprensión del tema.

5.1. Estructura sinalagmática y operatividad de la “bona fides” en D. 19, 1, 50

La estructura sinalagmática en los contratos consensuales (sobre todo en la compraventa y en la locación), tal como ha sido destacado por un autorizado sector de la doctrina romanista, se traduce en concretas reglas operativas elaboradas por los juristas romanos³⁷. El texto contenido en D. 19, 1, 50, proveniente de la serie *Labeo* de los *posteriores* (libros de Labeón publicados póstumamente), epitomados por Javoleno, adquiere un valor simbólico en este sentido, pues denota una modalidad de trabajo de la jurisprudencia romana consistente en el análisis de determinados problemas y de las reglas jurídicas reputadas adecuadas para su resolución, en un intento de asegurar la coherencia con otras soluciones³⁸.

³⁴ D. 21, 2, 68 pr.

³⁵ D. P. S. 2, 17, 8; D. 21, 2, 9.

³⁶ D. 18, 4, 4.

³⁷ Cfr. CARDILLI, R., “*Bona fides* tra storia e sistema”, Giappichelli, Torino, 2004, p. 55; GALLO, F., “*Synallagma* e *conventio* nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto Romano I”, Giappichelli, Torino, 1992, ps. 214 y ss.

³⁸ Cfr. CARDILLI, op. cit., p. 55.

D. 19, 1, 50: *Labeo libro IV post. a lav. epit. Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditæ debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor æque amitteret, utpote cum petenti eam rem petitor ei neque vendidisset neque tradidisset* [No consiente la buena fe, que cuando por beneficio de alguna ley el comprador hubiese dejado de deber el dinero de la cosa vendida, antes que se le entregue la cosa, fuera compelido el vendedor a entregársela, y careciese de su propia cosa; pero entregada la posesión, ha de suceder, que igualmente perdería el vendedor la cosa, como cuando al que demande la cosa oponga el comprador la excepción de cosa vendida y entregada, para que se considere lo mismo que si el demandante no se la hubiese vendido, ni entregado].

El texto pone en evidencia una manifestación de la concreta operatividad de la *bona fides* en el sistema contractual romano como parámetro idóneo para preservar la integridad del vínculo sinalagmático³⁹. El caso contemplado en el fragmento trata acerca de la compraventa de un fundo (*res Mancipi*) a cuyo respecto en virtud de una intervención normativa ulterior a la conclusión del acuerdo cesa la obligación del comprador de pagar el precio convenido.

En doctrina se ha discutido cuál pudo haber sido el problema concreto que ha dado lugar al parecer de Labeón. Es probable que el fragmento hiciera referencia a las providencias imperiales realizadas en beneficio de los veteranos de guerra en la asignación de tierras dirigidas a convertirlos en agricultores. Así, por un lado, se instaba a los propietarios a vender sus tierras a los veteranos de guerra a un precio módico; y, luego, por disposición del mismo emperador, se con-

³⁹ Esta función de la buena fe en el sistema contractual romano viene así individualizada por LUCHETTI, G. y PETRUCCI, A., “Fondamenti di Diritto Contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei *Principles of European Contract Law* della Commissione Lando”, Pàtron, Bologna, 2006, p. 40, quienes —con sustento en fuentes romanas y en recientes estudios de otros autores (Talamanca, Stolfi y Cardilli)— enumeran tres “perfiles” relativos a la operatividad de la *bona fides* en dicho sistema, a saber: a) la *bona fides* como parámetro para valorar determinadas modalidades de ejecución de los contratos y de salvaguardia del vínculo sinalagmático; b) la *bona fides* como criterio para reconstruir y actuar la intención contractual de las partes (*id quod actum est*); c) la *bona fides* como criterio integrador del plexo de intereses contractuales determinados por las partes.

donaba inclusive el pago de dicho precio en favor de los veteranos. Por lo tanto, la expresión *alicuius legis beneficium* –según la reconstrucción propuesta por una prestigiosa vertiente doctrinal– sería atinente a medidas generales de carácter administrativo emanadas del emperador que ordenaban la venta forzosa de tierras en favor de los veteranos de guerra⁴⁰. Se advierte, entonces, que hay una intervención heterónoma, una ley imperativa (podríamos decir con terminología actual) que exime al comprador de pagar el precio en su totalidad o parcialmente (si la exención sólo comprendía el saldo impago del precio), e incide en la estructura contractual configurada por voluntad de las partes⁴¹.

Pasemos ahora a la exégesis del fragmento, que dividiremos en dos apartados (A y B).

⁴⁰ La hipótesis ha sido originalmente formulada por DE VISSCHER, F., “Labéon et les ventes forcées de terres aux vétérans des guerres civiles”, en *Rida*, núm. 1 (1954), 1996, ps. 299 y ss. Suscribe esta opinión CARDILLI, op. cit., p. 56; LUCHETTI y PETRUCCI, op. cit., p. 40, la califican como la “ricostruzione più attendibile”. Sobre el punto se expide GUARINO, A., “Il gusto dell’esegesi: D. 19, 1, 50”, en GAROFALO, L. (coord.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese)*, Cedam, Padova, 2003, II, p. 270: “...è vero anche che il primo periodo induce anche al dubbio che un probabile riferimento originario di Labeone ad una legge specifica sia stato trasformato da una mano successiva, quando quella legge specifica era stata abrogata o si era ridotta ad un lontano ricordo, nella menzione generalizzante di un’aliqua lex”. Esta generalización del parecer labeoniano, si bien no resulta excluida, es reputada menos plausible por TALAMANCA, M., “«Lex» ed ‘interpretatio’ in Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19, 1, 50”, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dell’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo II*, Jovene, Napoli, 1997, ps. 382 y ss.

⁴¹ La doctrina romanista entiende que para situar en su justa perspectiva la afirmación de Labeón hay que evitar lecturas generalizadoras y circunscribir la solución del jurista a la especificidad del caso concreto. Así VACCA, L., “Buona fede e sinallagma contrattuale”, en GAROFALO (coord.), op. cit., IV, p. 338. A su turno, TALAMANCA, op. cit., p. 382, encuadra la particularidad de la solución de Labeón en el contraste entre el tenor de la ley y el criterio normativo de la *bona fides* que gobierna las relaciones contractuales entre las partes. Pese a estimar excesivo el análisis de Talamanca que “dramatiza” el conflicto entre dos sistemas normativos (el de la buena fe y el de la *lex*), GALLO, F., “A proposito di ‘æque’ en D. 19, 1, 50: un giudizio con comparazione sottesa”, en *Studia et documenta historiae et iuris*, núm. 66 (2000), ps. 23 y ss., subraya el carácter “excepcionalísimo” del *legis beneficium*, que introduce una norma de *jus singulare* a ser interpretada de manera restrictiva.

A) La afirmación contenida en el exordio es harto elocuente: *bona fides non patitur* (la buena fe “no soporta”, “no consiente”), presentándose así como un criterio de tolerabilidad en orden a los acaecimientos sobrevenidos que inciden en la situación de equilibrio que presupone el acuerdo productor de *ultra citroque obligatio* (D. 50, 16, 19). Interesa en particular la primera parte del *responso* referida a la operatividad de la buena fe en el momento en el cual el *synállagma* es “potencial”, pues el vendedor no ha efectuado todavía la entrega de la cosa. El segundo período del texto, en cambio, marca una diferencia en el funcionamiento del *synállagma* condicional, según que la *res* haya sido o no *tradita*. En efecto, en el pasaje se afirma que si la *traditio* ya ha sido realizada el vendedor pierde definitivamente la *res*, aun careciendo del derecho de requerir al comprador el pago del precio⁴².

En la enunciación de Labeón la buena fe que regula las obligaciones en el contrato de compraventa no tolera (*non patitur*) que el vendedor sea constreñido a cumplir la *traditio* una vez extinguida la obligación del comprador de pagar el precio de la cosa –antes que la cosa le sea entregada– por el beneficio de alguna ley (*alicuius legis beneficis*)⁴³. El vendedor podía, entonces, rechazar la *actio empti* ejercida por el comprador para obtener dicha *traditio*, toda vez que el precio no había sido pagado y el vendedor carecía asimismo de acción para conseguirlo⁴⁴.

La neta aseveración inicial de Labeón resulta innovadora respecto

⁴² Se ha señalado que de aceptarse la idea labeoniana de que la buena fe, en tanto criterio regulador de los contratos bilaterales, comporta que la extinción de una obligación determina sin más la extinción de la obligación correlativa, se torna difícil explicar la *ratio* de la solución contenida en la segunda parte del texto. Con relación a esta interpretación GUARINO, op. cit., p. 269, precisa que la hipótesis tenida en cuenta en el segundo período del fragmento es la de una *legis beneficium* concedida al comprador con posterioridad al *consensus in idem placitum*, pero no con explícita imposición de efectuar la *traditio rei*. De esta manera, no puede sorprender que se estime conforme a la equidad el rechazo del comprador a restituir la *merx* al vendedor. En efecto, en este caso el vendedor no podría alegar una inequidad, pues, una vez dictada la ley que autorizaba al *emptor* a no pagar el precio, procedió igualmente a la entrega de la *res* sabiendo que no podría recuperarla.

⁴³ Cfr. CARDILLI, op. cit., p. 57.

⁴⁴ Cfr. TALAMANCA, op. cit., ps. 388 y s.

a la jurisprudencia precedente y de enorme relevancia en la reconstrucción genealógica de la interdependencia sinalagmática de las obligaciones en los contratos consensuales. Por lo demás, es abierto el contraste con la interpretación tradicional que negaba operatividad al *synállagma* condicional en la compraventa romana debido a una supuesta inconsistencia con la regla *periculum est emptoris* (recordada por Ulpiano en D. 19, 1, 13, 22, donde replica las opiniones de Labeón y Trebacio), según la cual a causa del perecimiento fortuito de la *res vendita* el vendedor no puede ejecutar su obligación de *possessionem tradere*⁴⁵.

Esto significa sin más una actuación en el plano de la tutela procesal de la buena fe que regula los contratos bilaterales, entendiéndola como principio que impone el respeto de la estructura sinalagmática del contrato, el nexo de interdependencia funcional de las prestaciones⁴⁶. Empero, se aprecian divergencias en doctrina a la hora de explicar la argumentación que habría conducido al jurista a excluir en el caso *sub examine* que el vendedor fuera compelido a cumplir la *traditio* del bien aún no transferido.

Para algunos autores el jurista arriba a esta solución apelando por vía directa a las implicancias de la buena fe. Así, estando la acción contractual fundada en el *oportere ex fide bona*, la *bona fides* (en tanto fundamento de la acción) impedía al comprador que exigiese al

⁴⁵ Cfr. VACCA, op. cit., ps. 332 y s. Sobre este tema: CARDILLI, op. cit., p. 58, considera que se debe partir de una intuición de GROSSO, G., “Il sistema romano dei contratti”, Giappichelli, Torino, 1963, p. 213, luego profundizada por GALLO, “Synállagma...” cit., p. 219, quien precisa cómo es “...conforme alla buona fede che il nesso di sinallagmaticità trovi riconoscimento, per quanto è consentito dalla coesistenza di altri principi giuridici”. Así, el *periculum emptoris* es preexistente, constituyendo una regla sobre la distribución de riesgos en el tipo contractual de la compraventa y viene aplicado por Labeón (D. 19, 1, 54 pr.; D. 19, 1, 13, 22) en orden a la cuestión del perecimiento fortuito por causas naturales del bien vendido antes de la *traditio*. Empero –ilustra CARDILLI, op. cit., p. 58– es distinto el resultado cuando el vendedor se ve impedido de *possessionem tradere* a causa de una expropiación pública (*publicatio*), por ser ésta una hipótesis que no puede subsumirse en la operatividad de la regla *periculum est emptoris* y que sí impacta en el plano de la interdependencia de las obligaciones.

⁴⁶ Así, VACCA, op. cit., p. 338; LUCHETTI y PETRUCCI, op. cit., p. 40; GUARINO, op. cit., p. 268.

vendedor cumplir con su obligación una vez que aquél había sido liberado *ope legis* de su obligación de pagar el precio⁴⁷. Otros, en cambio, entienden que la solución de Labeón es el resultado de una aplicación deliberada del *synállagma* condicional fundado, a su vez, en la *bona fides*. Si bien ambas interpretaciones conducen a resultados coincidentes, pues en todo caso el vendedor no resulta obligado a cumplir su prestación por aplicación del criterio de la *bona fides*, la lógica argumentativa de la primera posición se evidencia más próxima al razonamiento labeoniano⁴⁸.

B) En la segunda parte del texto la situación cambia de modo substancial, ya que de haberse cumplido la *traditio* por el vendedor Labeón propone una solución diferente: el vendedor que ha perdido el derecho de obtener el pago del precio pierde también la *res* que ha entregado⁴⁹. Se excluye, entonces, en esta hipótesis la aplicación del principio del *synállagma* funcional implicado en la *bona fides*.

El fundamento era coherente con el ámbito de aplicación y la índole de los instrumentos procesales que podía hacer valer el vendedor para intentar la recuperación de la cosa y del comprador para resistir tal pretensión⁵⁰. En efecto, en la segunda parte del texto en cuestión, Labeón aborda las consecuencias de una acción real de reivindicación (fundada en el derecho de dominio) ejercida por el vendedor en su condición de *dominus ex iure Quiritium* (al ser *mancipi* la *res tradita*). No podía ser de otro modo puesto que el vendedor jamás habría podido instar la *actio venditi* (acción contractual derivada de la *emptio venditio*) para recuperar la cosa vendida y no pagada, siendo que el objeto específico de esta última acción procesal consistía en el pago del precio debido por el comprador, y esto era lo que había sido excluido de manera taxativa por la ley⁵¹.

⁴⁷ Cfr. TALAMANCA, op. cit., ps. 382 y ss.

⁴⁸ En efecto, Labeón no razona en términos de correlativa extinción de la obligación del vendedor, sino en términos de incoar útilmente la *actio empti* y de sus consecuencias patrimoniales, y por otra parte, permite circunscribir el alcance de la solución al específico caso concreto examinado (VACCA, op. cit., p. 341).

⁴⁹ Cfr. CARDILLI, op. cit., p. 57; TALAMANCA, op. cit., ps. 398 y ss.; GALLO, “Synállagma...” cit., ps. 219-220; GUARINO, op. cit., ps. 265 y ss.

⁵⁰ Cfr. VACCA, op. cit., p. 342.

⁵¹ Íd., p. 343.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad del vendedor de recuperar la cosa a través de la *rei vindicatio*, resulta que –una vez cumplida la *traditio*– el comprador habría podido oponerle la *exceptio rei venditæ et traditæ*⁵². Uno de los problemas interpretativos más discutidos concierne al significado del término *æque* en este contexto. En efecto, si se lo interpreta en el sentido más corriente de “igualmente”, la segunda parte del texto no resulta coherente con la primera, en la cual a propósito se afirma que el vendedor no podía ser constreñido a transferir el bien. El problema se supera interpretando el término en el sentido de “equitativamente” o “conforme a la equidad”⁵³. Este significado, además de ser compatible con el uso de la expresión en otras fuentes jurídicas, condice con el razonamiento del jurista al justificar la diversa solución cuando la *traditio* ha sido cumplida. En el caso, es ajustado a la equidad que el comprador pueda oponer al vendedor la *exceptio rei venditæ et traditæ*.

5.2. Alcances del “*pactum de non præstanda evictione*” en D. 19, 1, 11, 18

En estrecho ligamen con la solución del fragmento recién analizado aparece una regla formulada por el jurista Juliano (referenciada, si bien en disidencia con aquél, por Ulpiano en D. 19, 1, 11, 18) concerniente al carácter imperativo de la buena fe en correlación con la contextura típica del contrato de compraventa:

D. 19, 1, 11, 18. Ulpianus, Libro XXXII: *ad Edictum*. *Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat præstare; et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id præstare, ne alius evincat, proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur. Sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex*

⁵² Cfr. GUARINO, op. cit., p. 268.

⁵³ Cfr. GALLO, “Synállagma...” cit., ps. 214 y ss.

empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. Ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine præstatum iri; pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi; neque enim bonæ fidei contractus hac patitur conventionone, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. Nisi forte, inquit, sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium præstare necesse habebit; sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. Nisi forte sciens alienum vendit; tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit [Más el que vendió que fuera lícito tener, veamos de que deba ser responsable; y opino que hay mucha diferencia entre que prometa esto, que por él y por las personas que de él procedan no se hará que no sea lícito tener, o que por nadie. Pues que si por él, no se considera que responde de esto, de que otro no reivindique, por lo que, si la cosa hubiere sido reivindicada, si se interpuso estipulación, no se obligará por lo estipulado, y si no se interpuso estipulación, no se obligará por la compra. Pero escribe Juliano al libro décimo quinto del *Digesto*, que aunque claramente dijese el vendedor, que por él y su heredero no se hará que no sea lícito tener, puede defenderse que ciertamente no se obliga él por la acción de compra a lo que le importa al comprador, sino que se obliga a devolver el precio. Dice en el mismo punto, que aunque claramente se comprenda en la venta, que no se habrá de responder de nada por razón de evicción, se ha de decir lo mismo, que reivindicada la cosa, ciertamente se debe el precio, y no se debe la utilidad. Porque el contrato de buena fe no permite esta convención, para que el comprador perdiera la cosa, y el vendedor retuviese el precio, a no ser acaso, dice, que alguno admitiese así todas estas convenciones antes mencionadas, a la manera que se admite que el vendedor reciba el dinero, aunque la mercancía no pertenezca al comprador, como cuando compramos a un pescador la futura redada, o de un cazador el ojeo puestas las redes, o de un cazador de aves lo que coja en la trampa; porque aunque no coja nada, no obstante, el comprador tendrá necesidad de pagar el precio; pero respecto a las antes mencionadas convenciones se habrá de decir lo contrario, a no ser acaso que a sabiendas venda una cosa ajena,

porque entonces se ha de decir conforme al parecer de Juliano por nosotros referido, que queda el obligado por la acción de compra, porque obró con dolo].

El pasaje hace referencia puntual al atentado contra la buena fe que significa la exclusión de la garantía por evicción (mediante el llamado *pactum de non præstanda evictione*) cuando su alcance pretende ser extendido a la obligación de restituir el precio⁵⁴. La regla contenida en el fragmento vinculada a la *bona fides* remite de manera expresa al esquema básico e inderogable de la compraventa conmutativa traducido como nexo sinalagmático (equilibrado) entre dación de la cosa y pago del precio, en tanto elemento estructural de este tipo contractual⁵⁵.

No ha sido para nada pacífica la cuestión de la extensión que ha de conferírsele al *pactum de non præstanda evictione*, es decir, si debía interpretarse como pacto de exclusión total o parcial de la responsabilidad del enajenante. Así, en el caso de que el vendedor garantizare al comprador sólo por el hecho propio y de sus sucesores Ulpiano afirma la exclusión de toda responsabilidad originada en la eventual evicción de parte de terceros. A su turno, según Juliano (cuya opinión es referenciada por Ulpiano en el encabezado del segundo párrafo), toda vez que se configurase un supuesto de evicción sin que nada se haya precisado o detallado, el simple “pacto de no garantía” impedía al comprador sólo el derecho a reclamar el resarcimiento del daño (*utilitatem non deberi*), mas no su indeclinable derecho a la restitución del precio (*pretium quidem deberi*). Esta solución procura evitar un

⁵⁴ A juicio de ROTONDI, G., “Natura contractus”, en *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”*, núm. 24 (1911), ps. 89 y s., la modificación mediante *pacta* de la obligación del vendedor de prestar la garantía por evicción constituye un ejemplo de las “alteraciones pacticias de la *natura contractus*” (conforme a una regla que, inducida de casos particulares, fue producto de abstracción y generalización por los juristas bizantinos). Este pacto *in genere* era válido excepto en el caso de dolo del vendedor (en cuya hipótesis la limitación se apoyaba en razones éticas extrañas a la *natura contractus*).

⁵⁵ Cfr. CARDILLI, op. cit., ps. 103 y ss.; TALAMANCA, M., “La *bona fides* nei giuristi romani: ‘Leerformeln’ e valori dell’ordinamento”, en GAROFALO (coord.), op. cit., II, p. 241.

enriquecimiento injustificado de parte del vendedor, y constituye una paradigmática actuación de los principios de lealtad y equidad en la contratación, a los cuales repugna que el comprador pueda perder tanto la cosa como el precio⁵⁶.

Recapitulando el *iter* argumental de las diversas interpretaciones que ha motivado el fragmento resulta que: a) Ulpiano, en la hipótesis del *pactum de non præstanda evictione*, expone primero su tesis reputando inadmisibles cualquier acción contractual; b) luego evoca la opinión de Juliano, que admite la *actio ex empto*, dirigida a repetir el precio, salvo que se haya querido concluir una compraventa aleatoria; c) por último, Ulpiano reafirma su discrepancia con Juliano, aunque coincide con él cuando el vendedor hubiere pactado a sabiendas del carácter ajeno de la cosa, y, por lo tanto, incurrido en un obrar doloso⁵⁷. De todos modos, la opinión de Ulpiano, según la cual el *pactum de non præstanda evictione* sin ulteriores especificaciones libera al vendedor de toda responsabilidad, debió haber sido la postura prevaleciente en la época⁵⁸, e inclusive –asegura un sector de la doctrina romanista– puede considerarse vigente durante el Derecho justinianeo⁵⁹.

5.3. Breve parangón entre ambos fragmentos

En el caso de Juliano, recuperado por Ulpiano en D. 19, 1, 11, 18, la solución del jurista (respecto a la relación entre respeto por la estructura sinalagmática de la *emptio venditio* y los límites de su derogabilidad a través de un pacto que exime de prestar la garantía por evicción en virtud de una causa interna) favorece la preservación de

⁵⁶ Cfr. ZOZ, M. G., “Fondamenti romanistici del Diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca”, Giappichelli, Torino, 2007, p. 25.

⁵⁷ Íd., p. 26.

⁵⁸ A tenor de las enseñanzas de Javoleno (D. 18, 4, 10) en materia de venta de herencia, y de Escevola (D. 21, 2, 69 pr.) en orden a la venta de un presunto esclavo que a la postre resulta libre. Íd., p. 26, nota 11.

⁵⁹ En el pasaje de los *Basilicos* correlativo a D. 19, 8, 11, hay un intento por conciliar la tesis de Juliano con la de Ulpiano: en efecto, sólo en el caso del pacto explícito de no garantía el vendedor quedaba definitivamente liberado; en la hipótesis que el vendedor se hubiese limitado a garantizar el hecho propio y de sus herederos (pacto de no garantía implícito) el mismo habría estado obligado a restituir el precio ante el acaecimiento de la evicción. Íd., ps. 26 y 27, nota 12.

dicha estructura, fundándola sobre la naturaleza de buena fe del contrato. En otras palabras, la buena fe se impone coactivamente a despecho de cuanto se haya expresado en el contrato, en auxilio del nexo sinalagmático típico que entraña toda compraventa.

Y en el texto de Labeón conservado en D. 19, 1, 50, donde la causa del desequilibrio es externa (proviene de una ley), el valor del respeto de la palabra dada resulta redimensionado por el principio de sinalagmaticidad inherente a la estructura misma de la *emptio venditio*, a su vez fundado sobre la *bona fides*. La buena fe prevalece aquí por sobre una norma imperativa también en resguardo del esquema basal de este contrato.

A esta altura del análisis es dable concluir que en los contratos bilaterales (y más que nada en aquellos que dan lugar a vínculos de duración) es cuando adquiere mayor relevancia restaurar el equilibrio del plan prestacional cuya ruptura afecta su propia índole sinalagmática. Tal ha sido la función del συνάλλαγμα en el marco de la disertación de Aristóteles acerca de la *dikaíosýne* (δικαιοσύνη) en una de sus célebres obras éticas⁶⁰; más tarde se profundizaría gracias a los desarrollos de la jurisprudencia romana clásica y continúa mostrando su inoxidable vigencia en la realidad contractual contemporánea. En efecto, la práctica forense indica que la inmensa mayoría de los litigios judiciales actuales en materia contractual se originan en una fractura de dicho equilibrio, utilizándose en aras de remediarlas dispositivos típicos (excepción de incumplimiento, suspensión del cumplimiento, cláusula resolutoria, lesión, imprevisión), todos los cuales en última instancia se fundan en el deber de observar la lealtad y equidad en la contratación y presuponen la existencia de un nexo de recíproca dependencia entre las prestaciones derivadas del contrato⁶¹.

⁶⁰ Cfr. Aristóteles, “Ética a Nicómaco”, trad. de Eduardo Sinnott, Colihue, Buenos Aires, 2010, ps. 153-197 (el tema de la *justicia* [*dikaíosýne*] como virtud arquitectónica es abordado en detalle por el estagirita en el Libro V de la obra aquí referenciada).

⁶¹ Por el contrario, los contratos unilaterales reciben una protección adecuada en base a la simple *fides*, que se traduce en el verbo *credere*; es decir, cumpliéndose con estrictez la palabra empeñada. Se trata, en esencia, de promesas cuyo modo de actuación exige nada más que su rigurosa observancia. En estos casos la buena fe se concreta en una lealtad más elemental: respetar lisa y llanamente lo prometido, sin

6. Consideraciones finales

A) La impronta producida por el llamado proceso de “constitucionalización” del Derecho Privado sobre las fuentes formales tradicionalmente concebidas para aportarle contenido es el punto de partida de una nueva etapa en su dinámica evolutiva. La plural constelación de fuentes que constituyen la “caja de herramientas” del *iusprivatista* actual (Código Civil y Comercial, leyes especiales, Constitución Nacional, tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, costumbres y precedentes judiciales), si bien en cierta medida relativiza la centralidad del texto codificado como gozne del sistema, como contrapartida enriquece la labor hermenéutica del jurista ofreciéndole un cuadro más abierto de materiales disponibles portadores de sentidos para captar la complejidad del objeto de estudio y propugnar una inteligencia coherente del ordenamiento jurídico en su integridad⁶².

B) El diálogo entre Constitución Nacional y Código Civil había tenido inicio con la reforma constitucional de 1994, merced a la cual se incorporó por vía directa al texto de la Carta Magna y por vía indirecta a través del otorgamiento de jerarquía constitucional a ciertas convenciones internacionales (art. 75, inc. 22) un plexo de normas que la doctrina ha calificado como “Derecho Privado Constitucional” (Rivera). El originario hiato entre Constitución y Código quedó suturado merced a la mención expresa de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos entre las fuentes prioritarias del Código Civil y Comercial, cuyas enunciaciones han de servir de criterio hermenéutico para inferir los “principios y valores jurídicos” rectores del sistema de Derecho Privado (arts. 1º y 2º, CCCN).

C) Sin embargo, cabe considerar que muchos de los principios generales del Derecho no son enunciados en forma explícita por los textos constitucionales y se anidan en la raíz romanista que aún hoy

que resulte necesario hacer descender otras reglas operativas, propias y exclusivas de los contratos bilaterales.

⁶² Cfr. FRESNEDA SAIEG, M.; ESBORRAZ, D. y HERNÁNDEZ, C., “La reforma constitucional: su incidencia en la evolución del Derecho Civil”, en *Trabajos del Centro*, vol. 1, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, UNR, Rosario, 1995, p. 55.

sigue inspirando nuestra disciplina normativa de los contratos, siendo algunos de ellos y tal vez los más relevantes en la especie: el principio del equilibrio y salvaguardia del *synállagma* contractual, la buena fe, lealtad-probidad y la tutela de la parte débil (cuya observancia se torna exigible con mayor intensidad cuando se advierten marcadas asimetrías en la contratación y abusos por parte de quien ostenta un superior poder de negociación). Nada obsta que estos principios generales no enunciados a nivel constitucional puedan colegirse por vía inductiva, en la medida que guarden armonía con los postulados cardinales de nuestra Carta Magna. Así, pues, soluciones como las analizadas propenden a preservar incólume el *synállagma*, reequilibrando las posiciones de las partes en homenaje al principio de justicia afirmado en el Preámbulo de la CN.

D) La inferencia de ciertos principios a partir de las reglas efectivamente presentes en los diversos momentos de la plurisecular historia del sistema de Derecho Privado de tradición romanista es el reverso del procedimiento lógico-deductivo (cuyo corolario es que los únicos principios y valores reconocidos son los que decantan del texto constitucional). Se trata de una estrategia metodológica análoga *mutatis mutandis* a la experiencia constitucional inglesa centrada en torno al modelo del *rule of law*: las normas constitucionales (en otros países contenidas en una Constitución escrita) no son la fuente sino la consecuencia de los derechos subjetivos de los individuos, tal como resultan definidos y garantizados por los órganos judiciales en sus decisiones (*stare decisis*). En síntesis: las normas y los principios no derivan de la Constitución escrita, sino a la inversa: “la Constitución deriva de las normas ordinarias del país”⁶³.

E) Se postula así un proceso hermenéutico de (recíproca) doble

⁶³ Cfr. MATTEUCCI, N., voz “Constitucionalismo”, en BOBBIO, N. y MATTEUCCI, N. (dirs.), *Diccionario de política*, Siglo Veintiuno, México, 1981, p. 396. Las reglas jurídicas fundamentales son el producto de la interpretación que se hace sobre el caso concreto, con apoyo en la tradición y en el precedente (y no el fruto de una esclarecida mente con potestad legislativa que las formula en abstracto). Y merced a su consolidación a través del tiempo dichas reglas terminan convirtiéndose en preceptos de carácter “constitucional”. Sobre esta premisa se edifica la garantía de estabilidad del sistema político, jurídico y social inglés.

vía en la configuración de los principios y fundamentos axiológicos del sistema jurídico, cuyo objetivo es superar las tradicionales posturas aislacionistas entre Derecho Constitucional y Derecho Privado y, en su lugar, estimular –si cabe recurrir a un tropo neurobiológico– la “sinapsis”, una adecuada conexión entre ambos en la constante búsqueda y construcción racional de la solución más equitativa⁶⁴.

Bibliografía

- Aristóteles, “Ética a Nicómaco”, trad. de Eduardo Sinnott, Buenos Aires, Colihue, 2010.
- BARCIA, Roque, “Diccionario general etimológico de la lengua española”, Madrid, Álvarez, 1881-1885.
- BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola (dirs.), “Diccionario de política”, México, Siglo Veintiuno, 1981.
- BURDESE, Alberto, “Manuale di Diritto Privato Romano”, Torino, Utet, 2003.
- CARDILLI, Riccardo, “*Bona fides* tra storia e sistema”, Torino, Giappichelli, 2004.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel y otros, “Las ramas del mundo jurídico en la teoría general del Derecho”, en El Derecho 150-859.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Privado”, en Derecho Mayor (núm. 3), Universidad Mayor, 2004.
- DE VISSCHER, Fernand, “Labéon et les ventes forcées de terres aux vétérans des guerres civiles”, en Rida (núm. 1) (1954), 1996.
- FRESNEDA SAIEG, Mónica; ESBORRAZ, David y HERNÁNDEZ, Carlos, “La reforma constitucional: su incidencia en la evolución del Derecho Civil”, en Trabajos del Centro, vol. 1, Rosario, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, UNR, 1995.
- GALLO, Filippo, “A proposito di ‘æque’ en D. 19, 1, 50: un giudizio con comparazione sottesa”, en Studia et documenta historiæ et iuris (núm. 66), 2000.

⁶⁴ Cfr. SCHIPANI, S., “Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del Diritto”, en *Roma e America. Diritto Romano comune*, núm. 24 (2007), p. 12, nota 13; cita el § 6 de la Constitución *Deo Auctore* del emperador Justiniano como ejemplo del trabajo de comparación y selección del jurista conforme al *melius et æquius*.

- GALLO, Filippo, "Synállagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto Romano I", Torino, Giappichelli, 1992.
- GROSSO, Giuseppe, "Il sistema romano dei contratti", Torino, Giappichelli, 1963.
- GUARINO, Antonio, "Il gusto dell'esegesi: D. 19, 1, 50", en GAROFALO, Luigi (coord.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese)*, Padova, Cedam, 2003, II.
- LAFAILLE, Héctor, "Tratado de los contratos", Buenos Aires, Ediar, 1953.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, "Las normas fundamentales del Derecho Privado", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- "Tratado de los contratos. Parte general", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- LUCHETTI, Giovanni y PETRUCCI, Aldo, "Fondamenti di Diritto Contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei *Principles of European Contract Law* della Commissione Lando, Bologna, Pàtron, 2006.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.
- NICOLAU, Noemí Lidia, "Fundamentos de Derecho Contractual I", Buenos Aires, La Ley, 2009.
- "La Constitución Nacional y los Códigos de Derecho Privado", en Trabajos del Centro, vol. 1, Rosario, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho, UNR, 1995.
- RIVERA, Julio César, "El Derecho Privado Constitucional", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, *Derecho Privado en la reforma constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.
- ROTONDI, Giovanni, "Natura contractus", en Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja" (núm. 24), 1911.
- SALAS, Acdeel Ernesto, "Garantía contra la evicción: concepto y requisitos", en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- SCHIPANI, Sandro, "Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del Diritto", en Roma e America. Diritto Romano comune (núm. 24), 2007.
- SCHIPANI, Sandro (dir.), "Iustiniani Augusti Digesta Seu Pandectæ", Milano, Giuffrè, 2005.

- SOLA, Juan Vicente, “Alberdi: la Constitución como programa de gobierno. La polémica con Vélez Sársfield. Comunicación del académico Juan Vicente Sola en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (22 de septiembre de 2010)”, en Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. XXXVII (2010), ps. 391-425; recuperado de <https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/18-Sola.pdf>, 15-3-2022.
- TALAMANCA, Mario, “La *bona fides* nei giuristi romani: ‘Leerformeln’ e valori dell’ordinamento”, en GAROFALO, Luigi (coord.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese), Padova, Cedam, 2003, II.
- “«Lex» ed ‘interpretatio’ in Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19, 1, 50”, en *Nozione formazione e interpretazione del diritto dell’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo II*, Napoli, Jovene, 1997.
- VACCA, Letizia, “Buona fede e sinallagma contrattuale”, en GAROFALO, Luigi (coord.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese), Padova, Cedam, 2003, IV.
- WAYAR, Ernesto Clemente, “Evicción y vicios redhibitorios”, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- ZOZ, María Gabriella, “Fondamenti romanistici del Diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca”, Torino, Giappichelli, 2007.

INCERTIDUMBRE DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EN LA UNIÓN EUROPEA

por ADA LATTUCA (†)¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Crisis en el Mediterráneo Central. 2.1. Italia. 3. La esperanzada Cumbre. 4. Derecho al desembarco. 5. Alianza de los “soberanistas”. 6. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

Los desplazamientos humanos de una delimitación geográfica a otra por motivos complejos es una constante en la historia de la humanidad.

En la cuestión, la Unión Europea (UE) está atravesando una crisis que suele designarse “policrisis”, responsabilizando a la crisis migratoria, a los refugiados o a los asilados, pero se trata en definitiva de una crisis política europea.

A pesar de que la cifra de migrantes ha descendido a niveles previos al 2015, cuando desembarcaron en Europa más de un millón de personas, su temática sigue sacudiendo al Viejo Continente.

Los Estados miembros se encuentran en un profundo desacuerdo respecto de quién debe recibirlos y alojarlos. La situación es tensa en el Mediterráneo debido a que la marcada tendencia de euroes-

¹ Directora del Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales y subdirectora del Centro de Estudios Comunitarios y Comparados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Miembro de la Comisión Ejecutiva de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Junta de Historia de Rosario.

cépticos y antiinmigratorios va ganando adictos, con la entusiasta defensa del gobierno de Italia, punto de desembarco de la mayoría de personas.

No obstante haber disminuido sensiblemente la cifra de ingresos a niveles previos al 2015, el discurso de la “invasión, avalancha o hecatombe” migratoria sigue su curso, afianzando las metas electorales de diversos Estados.

Los migrantes seguirán llegando, el problema es qué hacer con los millares de refugiados y asilados cuya resolución es todavía quimérica y formalizar la ansiada política migratoria común protectora de los derechos humanos.

Abstract

Human movements from one geographic place to another due to complex reasons have been a constant throughout the history of humankind.

As regards this issue, the European Union (EU) is undergoing a crisis, usually called “polycrisis,” a term that holds responsibility on the migratory crisis and the refugees, when in fact it is a political crisis in Europe.

Although the number of immigrants has decreased if compared to 2015, when more than one million people arrived, this issue still shocks the continent.

In the current context of “renationalization”, the European politicians advocating for sovereignty are in deep disagreement on who must receive and accommodate these people. In the Mediterranean, this situation is edgy due to the marked and growing tendency of euroscepticism and anti-immigration which is attracting followers and counts the Italian government, where many people decide to move, among its most enthusiastic supporters.

Although the inflow of people has decreased considerably if compared to the figures prior 2015, the discourse of migratory “invasion, avalanche or catastrophe” still validates the electoral goals of several States.

Immigrants will continue to arrive. The question is how to solve

the chimerical situation of the million refugees, and to finally implement the long-awaited common migration policy, protective of human rights.

Palabras clave

Migración. Soberanía. Unión Europea.

Keywords

Migration. Sovereignty. European Union.

1. Introducción

La migración internacional es un complejo fenómeno que está caracterizando el devenir histórico de las sociedades mundiales. Según Informes de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 258 millones de personas viven en otro lugar distinto al de su origen². Esta migración está relacionada con múltiples aspectos económicos, sociales y de seguridad que inciden en la vida cotidiana en un mundo cada vez más interconectado y unido con una gran diversidad de movimientos y situaciones que afectan a personas de cualquier condición y origen social. Conciérne además con la geopolítica, el comercio y los intercambios culturales, que han contribuido a reparar la situación de las vidas de las personas sea en los países de origen como en los de destino.

A pesar de que la cantidad real de migrantes llegados en la actualidad ha disminuido, debido a la firma de algunos acuerdos bilaterales

² OIM, “Informes sobre las migraciones en el mundo 2018”, en publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf, 20-12-2018. En el Capítulo 2, p. 16, pone de relieve: “La dificultad de recopilar datos comparables y uniformes que complican la realización de un análisis. Sus dirigentes aún están en profundo desacuerdo respecto de quién debe responsabilizarse de los recién llegados: los Estados fronterizos como Grecia e Italia, por donde la mayoría de los migrantes entra a Europa, o los países más ricos, como Alemania. Las actuales y recientes labores de recopilación y mejora de datos han dado lugar a una mayor disponibilidad de datos sobre migración. Sin embargo, determinadas cuestiones como la fragmentación de los datos y su falta de uniformidad y comparabilidad siguen planteando grandes dificultades a la hora de ofrecer una imagen verdaderamente mundial de todos los aspectos fundamentales de la migración”.

o en particular a un afianzamiento de políticas antimigratorias y euroescépticas, la política migratoria sigue agitando al Viejo Continente en una sutil paradoja³.

Las tragedias que ocurren en el camino hacia el nuevo El Dorado cobran, en particular en el Mediterráneo, las vidas de cantidades de personas fallecidas o desaparecidas, convertidas en personas “sin rostro”⁴ debido a que sólo se contabilizan los que sobreviven, a los cuales se dificulta en gran parte conocer sus destinos porque una gran parte huyen de los superpoblados y deficientemente gestionados centros de acogida⁵.

Ante la reiteración de las confusas situaciones en sucesivas reuniones organizadas por Bruselas, jefes de diversos Estados miembros y la prensa, son cada vez más frecuentes las incertidumbres acerca del futuro de Europa⁶.

El compromiso contraído en la amplia legislación europea para acoger y reubicar la migración se complica por la fuerte motivación religiosa de la población musulmana calculada en 26 millones de musulmanes europeos, e integrada por mayoría de jóvenes que crece más rápido en todo el continente cubriendo las falencias del progresivo envejecimiento europeo y de la disminución de la natalidad. Uno de los argumentos de los partidos antiinmigración tiene que ver con el

³ BIANGIARDO, G. C.; GAIANI, G. y VALDITARA, G., “Immigrazione. La grande farsa umanitaria”, Aracne Editrice, Milano, 2017; LLAUDES, S., “La paradoja de la Unión Europea: presencia global no es poder”, en Real Instituto Elcano, blog.real-institutoelcano.org/la-paradoja-de-la-union-europea-presencia-global-no-es-poder, 14-1-2019.

⁴ “Son los cuerpos de las víctimas del Mediterráneo, muertas en barcos ruinosos en el intento de llegar a nuestro país, que demuestran cómo se puede ‘morir de esperanzas’. A estas víctimas se les ha negado también la identidad y más de la mitad no han sido jamás identificadas” (CATTANEO, C., “Naufraghi senza volto. Dare un nome alle vittime del Mediterraneo”, Raffaello Cortina, Milano, 2018, p. 95).

⁵ Según el Proyecto de la OIM sobre “Migrantes Desaparecidos 2016”, el número de muertes y desapariciones de migrantes registrado en el mar Mediterráneo aumentó un 36% en 2016, al pasar de 3.785 en 2015 a 5.143 en 2016, en publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf, 26-6-2018.

⁶ MORAES, N. y ROMERO, H. (coords.), “La crisis de los refugiados y los deberes de Europa”, La Catarata, Madrid, 2016; El País de Madrid, “Drama migratorio divide a la UE”, en www.elpais.com.uy/mundo/drama-migratorio-divide-ue.html, 30-8-2018; LÁZARO, A., “Voces sobre la inmigración que divide a Europa”, en Euronews, es.euronews.com/2018/06/28/voces-sobre-la-inmigracion-que-divide-a-europa, 30-8-2018.

origen religioso y cultural de estos migrantes a quienes se les reprocha no querer integrarse en las normas sociales del país de acogida y aportar elementos terroristas. Según Smith, en 30 años Europa tendrá entre 35 y 75 millones de afro europeos. En la actualidad, Francia es el país en el que reside la mayor población de ese origen⁷. Los estudiosos del tema anuncian que hacia el 2050 la población musulmana podría crecer y transformar a Europa en el primer continente musulmán y “convertirla en “Euroáfrica”.

Su presencia en los 28 países de la UE está planteando debate, polémica, miedo y hasta odio. Existe un clima de sospechas mutuas entre musulmanes europeos y el resto de las sociedades. Éstas muestran cada vez más temor y antagonismo hacia aquéllos, vistos como amenaza para las identidades nacionales, para la seguridad interna y para el tejido social. Al mismo tiempo, los musulmanes están convencidos de que los europeos rechazan su presencia y denigran y ridiculizan su religión⁸.

⁷ Se calcula que en 2016 residían en Francia 5,7 millones de esa ideología. QUIÑONERO, J. P., “Francia, primer país ‘musulmán’ de Europa”, en ABC Internacional, www.abc.es/internacional/abci-francia-primer-pais-musulman-europa-201712011210_noticia.html, 5-7-2018. Puede verse Stephen Smith, especialista en estudios sobre África, que publicó la segunda edición de su libro “La estampida hacia Europa: África joven hacia el viejo continente”, Grasset. En su artículo en la web expresa: “Hacia el 2050 se calcula en 35 y 75 millones de africanos, sabemos que Europa se africanizará, los jóvenes están allí, ya nacieron, no hay nada que hacer” (SMITH, S., “Jusqu’en 2050, l’Europe va s’africaniser, c’est inevitable”, en Les Observateurs, lesobservateurs.ch/2018/02/22/stephen-smith-jusquen-2050-leurope-va-safricaniser-cest-inevitable, 23-8-1018). En las últimas encuestas del Eurobarómetro sobre seguridad en la UE, la inmigración ocupa el primer lugar seguido por el terrorismo.

⁸ KHADER, B., “Los musulmanes en Europa, la construcción de un «problema»”, en BBVA Openmind, www.bbvaopenmind.com/articulos/los-musulmanes-en-europa-la-construccion-de-un-problema, 23-8-2018. Mbuyi Kabunda de la UNAM y el profesor papa Demba Fall ofrecen una visión totalmente opuesta al temor de la africanización europea. La “invasión” de Europa desde África es un mito: los africanos emigran a otros países del continente y sólo una mínima parte tienen como destino final el Viejo Continente. Sin embargo, sigue predominando el enfoque eurocentrista y negativo a la hora de hablar de las migraciones y se debería pasar a un enfoque africanista. Europa Press, “Desmontando el mito de la ‘invasión’ africana de Europa: la mayor emigración se dirige a otros países”, en elEconomista.es, www.eleconomista.es/internacional/noticias/8962118/02/18/Desmontando-el-mito-de-la-invasion-africana-de-Europa-la-mayor-emigracion-se-dirige-a-otros-paises.html, 23-1-2019.

El islam y los musulmanes ya no son bienvenidos en Europa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictaminado en marzo de 2017 que es legal prohibir a una trabajadora musulmana el uso del velo islámico en su lugar de trabajo si la medida responde a una política de “neutralidad religiosa y de convicciones que el empresario aplica a todos sus empleados”, lo cual ha suscitado una mayor marginalización de las mujeres musulmanas y su exclusión de la vida pública.

2. Crisis en el Mediterráneo Central

2.1. Italia

Italia, Malta, España y Grecia son los países del Mediterráneo adonde llega la mayor parte de los desplazados.

La ubicación geográfica de la Península itálica asume una responsabilidad desproporcionada sobre la migración irregular de África y Oriente Medio. No obstante, gran parte de los Estados miembros es renuente a cumplir con la legislación vigente para compartir la carga.

Desde 2013 en adelante, con la tragedia ocurrida en la isla de Lampedusa⁹, las reclamaciones italianas elevadas incansablemente ante los organismos de la UE, requiriendo solidaridad a todos los socios, originó fuertes tensiones por la indiferencia o debilidad de las ayudas obligatorias.

⁹ DE KERANGAL, M., “Lampedusa”, Anagrama, Barcelona, 2016. El 3 de octubre de 2013 una frágil barcaza que había partido de Libia –a 113 km de Sicilia– con 518 migrantes en dirección a las costas europeas naufragó cercano a Lampedusa dejando 366 muertos y 152 sobrevivientes. LATTUCA, A., “Integración comunitaria y los derechos lacerados”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, núm. XXII, Lerner, Córdoba, 2013, ps. 37 a 58; “Lampedusa: una vergüenza de la humanidad”, presentado al XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional (AADI), Tucumán, septiembre de 2014. Europa y sus políticos son culpables de esta tragedia porque han privilegiado permanecer en el gobierno y ganar votos antes que esforzarse por diseñar una política humanitaria con estas poblaciones. Han preferido el poder antes que cumplir con un deber humano. LATTUCA, A., “Virtualidad de la política migratoria en la Unión Europea”, ponencia presentada ante el XXX Congreso Argentino de Derecho Internacional (AADI), Rosario, 31 de octubre al 1º, 2 y 3 de noviembre de 2018, impresión electrónica.

En ello tiene que ver el anfractuoso *iter* jurídico de la Convención de Dublín (1990), también referida como los Acuerdos de Dublín o el Sistema de Dublín. Ésta es una ley de la UE destinada a racionalizar los procesos de postulación de solicitantes de asilo, de acuerdo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en Ginebra (1951), que establece cuál es el Estado responsable por un postulante particular, que usualmente es donde se ingresó por primera vez a la Unión¹⁰.

El desafío constante que a diario enfrenta la Península se explica al protagonizar el puerto elegido del Mediterráneo Central, considerado la ruta más mortífera¹¹. En años anteriores compartía los arribos con la ruta del Egeo, pero una serie de acuerdos y desacuerdos con Grecia y Turquía viraron el eje de destino. Puesto que el país donde arriba por primera vez una persona es el responsable, el sistema ha puesto una presión excesiva en las áreas limítrofes, donde los Estados son a menudo menos capaces de ofrecerles asilo, apoyo y protección.

Al asumir el 1º de junio de 2018 Matteo Salvini, presidente de la ultraderechista Liga (Lega del Nord), la vicepresidencia del Gobierno y el Ministerio del Interior en Italia, su política de tendencia euroescéptica y antiinmigratoria se puso de manifiesto con la publicación de un programa de gobierno firmado apenas accedió al gobierno, juntamente con el presidente del partido populista Movimento 5 Stelle (M5S) Luigi di Maio, que contiene un plan de acción de 39 páginas que lo habilita a “ejercer mano dura contra la inmigración ilegal y deportar hasta 500.000 inmigrantes sin documentos”¹².

Pero la acción más impactante fue el episodio ocurrido con el

¹⁰ En el año 2003 fue reemplazado por el Reglamento Dublín II y en el 2008 la Comisión Europea propuso enmendarlo. Cinco años después el Parlamento y el Consejo acordaron derogar el anterior por el Reglamento Dublín III.

¹¹ Entre junio de 2014 y junio de 2017 llegaron a Italia, en gran parte desde Libia, 550 mil personas, provenientes de Nigeria, Eritrea y otros países de Sahara subsahariana. Si se comparan los datos de 2017 y 2018 se evidencia la disminución de los ingresos: en 2017 desembarcaron 119.369, de enero a diciembre de 2018 fueron 23.721 y 1.311 fallecidos. En cuanto al origen de las personas: Túnez, Eritrea, Iraq, Sudan, Pakistán, Nigeria, Argelia, Costa de Marfil y Siria.

¹² DI MAIO, L. y SALVINI, M., “Contratto per il Governo del Cambiamento”, en Ansait, www.ansa.it/documents/1526568727881_Governo.pdf, 28-11-2018.

destino de los inmigrantes del vapor Aquarius, un barco de rescate de la ONG francesa SOS Méditerranée gestionado por Médicos Sin Fronteras (MSF), que con bandera de Gibraltar realizó el salvamento en aguas de Libia. Entre los 629 náufragos subsaharianos, asiáticos y magrebíes, llevaba a 123 menores no acompañados, 11 niños y 7 mujeres embarazadas. Habían partido de Trípoli en dirección a Sicilia tres lanchas neumáticas, viéndose poco después en graves dificultades para navegar y volcándose una de ellas a poco de iniciar la travesía.

A una semana de la formación de su nuevo gobierno, Salvini negó su desembarco expresando que “Italia a este barco sólo lo va a ver en postal porque las reglas deben respetarse. Queremos acabar con las mafias de la inmigración clandestina que causa millares de víctimas”. Asimismo, atacó a las ONG que no hacen voluntariado sino que ayudan al tráfico de seres humanos: “estos falsos socorristas miran más a la cartera que a salvar vidas”¹³. Malta adoptó similar decisión.

El ministro expuso que “Los refugiados que escapan de la guerra son bienvenidos, pero los demás deberán hacer las maletas de manera tranquila y educada [...] tendrán que marcharse [...] Ya basta de que Italia sea un campo de refugiados de Europa, no me quedará con los brazos cruzados mientras llegan inmigrantes sin cesar”¹⁴. “No hay suficientes casas ni trabajos para los italianos, y menos para medio continente africano. Tenemos que aplicar el sentido común [...] Las puertas abiertas a Italia para las personas correctas y un billete sin vuelta para los que vienen aquí a causar problemas y se crean que los vamos a mantener”¹⁵. Ante la realidad del envejecimiento y disminución de

¹³ LATTUCA, “Virtualidad...” cit.; Redacción Internacional con Información de Agencias, “El problema político que generó el barco Aquarius en Europa”, en El Espectador, ww.elespectador.com/noticias/el-mundo/el-problema-politico-que-genero-el-barco-aquarius-en-europa-articulo-795542, 20-6-2018.

¹⁴ EFE, “Salvini cierra la puerta de Italia a otro barco con 226 migrantes a los que ha llamado «carne humana»”, en *elEconomista.es*, www.eleconomista.es/internacional/noticias/9223923/06/18/Salvini-cierra-la-puerta-a-otro-barco-con-224-migrantes-a-los-que-ha-llamado-carne-humana.html, 20-6-2018.

¹⁵ MELGUIZO, S., “Matteo Salvini defiende su política de puertos cerrados a los inmigrantes «hasta que los contrabandistas se cansen»”, en *El Mundo*, www.elmundo.es/internacional/2018/07/01/5b38f6ae22601, 21-7-2018.

nacimientos europeos, ha comentado que él prefería tomar medidas para incentivar la natalidad en Italia antes que recibir en Europa a inmigrantes africanos.

Después de 8 días a la deriva, con disputas y reclamos de diversas instituciones, el gobierno español fue el único que permitió su desembarco en Valencia. A partir de este suceso, España se convierte en zona de las mayores llegadas de inmigrantes “sin papeles” que cruzan toda África para llegar a Europa, superando la tradicional supremacía de Italia.

3. La esperanzada Cumbre

Ante la conmoción política europea de gran envergadura producida por el tema de Aquarius, el Consejo Europeo convocó una Cumbre realizada en Bruselas el 28 y 29 de junio de 2018, en la que, después de 14 horas de agitadas discusiones, en medio de la madrugada se firmó un acuerdo, tras varios intentos de romper la negociación.

El documento expresa su resolución de impedir la afluencia descontrolada ocurrida en el 2015, frenar a los traficantes de personas, evitar la trágica pérdida de vidas y seguir apoyando a Italia y a otros Estados en primera línea, adoptando un nuevo planteamiento a partir de acciones comunes o complementarias entre ellos, sobre el desembarco de personas que se rescatan en las operaciones de socorro¹⁶. Se crearán centros controlados dentro y fuera de la UE, en especial en el norte de África, sólo de *manera voluntaria*, en los que una tramitación rápida y segura permitirá distinguir a los migrantes irregulares, a los que se retornará, y a los necesitados de protección internacional. Todas las medidas en el contexto de dichos centros, la reubicación y el reasentamiento *se aplicarán de manera voluntaria*, sin perjuicio de la

¹⁶ En 2015 llegaron al continente según Acnur 1.015.078 personas huyendo de los conflictos de Afganistán, Iraq y Siria y alrededor de 4.000 murieron en el Mediterráneo, aunque se sabe que el número fue superior; LATTUCA, A., “Migraciones, el descarte de la humanidad. Los derechos humanos con vallas y fronteras”, presentado al Congreso de la European Community Studies Association (ECSA), rama Argentina, Mendoza, 5 y 6 de mayo de 2016; “El castigo a los pueblos errantes”, en *Temas de Derecho Público*, núm. 19, Facultad de Derecho, UNR, 2010. Acerca de los traficantes puede verse GIORDANO, M., “Profugopoli”, Mondadori, Milano, 2017.

reforma de Dublín¹⁷. También se propuso a sugerencia del presidente del Consejo Donald Tusk la creación de Plataformas Regionales de Desembarco, en estrecha cooperación con los terceros países correspondientes.

En realidad, los detalles de lo acordado en el acuerdo son vagos y las medidas son *voluntarias*, pero sirvió para aliviar en parte la tensión a la que la primer ministra de Alemania Angela Merkel se enfrentaba con sus socios políticos bávaros de la Unión Social Cristiana (CSU en inglés), que amenazaba hacer caer su coalición de gobierno si esta Cumbre no concluía con un pacto.

Un mes después de la Cumbre se ha evidenciado que los socios de la Unión están recibiendo con tibieza los centros dentro de Europa para evaluar si los migrantes recién llegados tienen o no derecho al asilo. También, más allá del obstáculo que supone la negativa –al menos inicial– de varios países a albergar las Plataformas, muchos de ellos admiten lagunas jurídicas que presenta el modelo, porque algunos temen que provoquen un “efecto llamada” en los flujos migratorios¹⁸. Cuesta creer que los firmantes del acuerdo hayan hecho públicas sus resoluciones sin acordar previamente qué países construirán los centros de acogida y sin haber hablado con los gobiernos del Norte de África sobre la acción que se espera desempeñen a partir de su vigencia.

4. Derecho al desembarco

¿Están obligados los Estados a rescatar en el mar? Brindar auxilio a quienes se encuentren en peligro de muerte en el mar es una obligación consagrada en el Derecho Internacional en numerosos convenios y, en especial, en el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos (SAR, 1979)¹⁹.

¹⁷ El resaltado es nuestro.

¹⁸ ABELLÁN, L., “Los países de la UE expresan dudas sobre las plataformas de desembarco de migrantes propuesto por Bruselas”, en El País, elpais.com/internacional/2018/07/25/actualidad/1532538711_416652.html, 28-7-2018.

¹⁹ En particular por la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar (Convención Convemar) de 1982, por el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Convenio Solas) de 1974 y por el Convenio SAR de 1979, ratificado por Italia, por Ley 147 del 3 de abril de 1989.

Este último establece que cuando un centro de coordinación de rescate de un Estado recibe la notificación de una emergencia en el mar es notificado de que existe una fase de emergencia, es decir, vidas en riesgo, dicho Estado “asumirá la responsabilidad de iniciar” las operaciones de rescate, de las cuales será responsable durante toda esa fase, para rescatar a personas en peligro, prestarles los primeros auxilios médicos o de otro tipo y trasladarlas a un lugar seguro.

La determinación de puerto seguro está a cargo de las autoridades que gestionan el rescate SAR, junto con los ministerios del interior de los países involucrados, en base a su Derecho interno y al Derecho Internacional.

Ahora bien, ¿debe el país que coordinó el rescate trasladar a los inmigrantes a su territorio? Aquí la cuestión se torna confusa y los juristas disienten. Traslados a un lugar seguro sugiere que los rescatados deban ser trasladados a un puerto de un país en el que no hay un conflicto en curso y no establece que el destino final deba ser el país de origen del centro de coordinación de los rescates y su posterior ubicación.

Al respecto, Stephen Talmon opina que existen muchas dudas y el Mediterráneo como cualquier área marítima está dividido en zonas de búsqueda y de rescate. Hay una brecha regulatoria porque existe un compromiso de rescate, pero no la obligación de admitir en tierra a los naufragos. De allí que varios Estados manifiestan no comprometerse legalmente a aceptarlos²⁰. Además, es controvertida la expresión de llevarlos a un lugar seguro; la decisión de devolver a las personas a zonas sin conflictos no siempre se cumple según estipula la normativa.

El artículo 19 de la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar establece que el paso de una nave por las aguas territoriales de un país está permitido “...mientras no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño”. Y el punto 2 del citado artículo incluye como perjudiciales para la paz, el buen orden y la seguridad cualquier producto, moneda o persona, en contravención

²⁰ Stephen Talmon es profesor de Derecho Público, Derecho Público Internacional, Derecho de la UE y director del Instituto de Derecho Público Internacional de la Universidad de Bonn.

de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño. Una circunstancia que, en síntesis, puede alegar Italia, más aún cuando el artículo 83 del Código Mercantil italiano prevé que el Ministerio de Transportes puede llevar adelante medidas de este tipo “por motivos de orden público”.

En consecuencia, el gobierno italiano persiste con el cierre de sus puertos, y si bien se registra una visible reducción de llegadas, al mismo tiempo se da una acentuación de las muertes y desapariciones de quienes procuran peligrosamente emprender sus travesías y, por ende, de la cifra de indocumentados. Desde junio de 2018 a enero de 2019 a 45.000 nuevas personas se les negó la solicitud de asilo y alrededor de 5.000 fueron repatriadas. Esto es que en Italia aproximadamente 40.000 extranjeros se han convertido en “nuevos indocumentados”, a merced en muchos casos de tratantes y traficantes de seres humanos.

Salvini acaba de reiterar que los puertos italianos se mantendrán cerrados para los inmigrantes ilegales a pesar de la negativa de varios alcaldes italianos que expresaron no acatar las decisiones del ministro²¹.

5. Alianza de los “soberanistas”

Salvini está intentando crear un nuevo bloque político denominado “alianza de los soberanistas” (*alleanza di sovranisti*), que incorporará a nacionalistas y populistas de toda Europa para concurrir a las próximas elecciones al Parlamento Europeo. El objetivo es reafirmar la soberanía nacional al cambiar la composición política del Parlamento Europeo, y por extensión del Ejecutivo de la UE, la Comisión Europea, y finalmente el Consejo Europeo, donde los líderes nacionales toman las decisiones más importantes de la UE²².

Junto a Viktor Orban, conservador y primer ministro de Hungría,

²¹ PACHO, L., “Un grupo de alcaldes italianos se rebela contra Salvini por su ley de seguridad”, en El País, elpais.com/internacional/2019/01/04/actualidad/1546628347_403412.html, 14-1-2019.

²² KERN, S., “Italia y Hungría crean un «eje antiinmigratorio»”, en Gatestone Institute, es.gatestoneinstitute.org/12992/italia-hungria-migracion, 2-1-2019; LATTUCA, “Virtualidad...” cit.

se comprometió hacia fines de 2018 a cooperar con Austria y el Grupo de Visegrado –la República Checa, Polonia y Eslovaquia– a oponerse a un grupo de países de la UE encabezado por el primer ministro francés Emmanuel Macron y Angela Merkel, autoproclamados guardianes de la integración europea, con el objeto de lograr “Que la Unión Europea sea una potencia más decisiva en la escena mundial”.

Ya ha convencido a los partidos populistas francés y holandés –Agrupación Nacional, de Marine Le Pen (antes llamado Frente Nacional), y el Partido por la Libertad de Geert Wilders– con el propósito de que se unan al Partido Popular Austríaco (ÖVP) del ultraderechista Heinz-Christian Strache. Durante una visita a Varsovia el 9 de enero, Salvini dijo que los populistas de Italia y Polonia debían generar “una primavera europea” y forjar un “nuevo equilibrio”, para sustituir la influencia de Alemania y Francia en el Parlamento Europeo²³.

Así, la alianza euroescéptica de Salvini *podría tener* hasta 150 eurodiputados que la convertirían en el tercer mayor grupo del Parlamento Europeo. Esta confrontación entre los nacionalistas euroescépticos y los globalistas eurófilos, que amenaza con dividir la UE por la mitad, se agudizará más probablemente en los próximos meses y semanas, en vistas a las futuras elecciones de mayo del PE.

Acerca de esta cuestión, expresa Massolo, podrán ofrecer un importante momento de verificación: se tratará de encontrar un equilibrio entre familias y las coaliciones políticas tradicionales a veces no dispuestas a experimentar soluciones nuevas y ambiciosas de fuerzas políticas que se consideran auténticas intérpretes de las expectativas de los electores. Sin sobreevaluar la efectiva posibilidad de los movimientos de inspiración populista de ganar un espacio electoral y de las fuerzas más tradicionales a perder, es verosímil que la situación del Parlamento Europeo después de las urnas de mayo pueda divergir del actual.

Si bien la medida del cambio podría ser menos explosiva de cuanto se imagina –en razón de la intrínseca complejidad de una alianza populista europea y del relativo refloramiento del espíritu europeo con-

²³ KERN, S., “La construcción italiana del eje anti-UE”, en Gatestone Institute, es.gatestoneinstitute.org/13603/italia-eje-anti-ue, 22-1-2019.

firmado por recientes investigaciones—, la cuestión del cambio de las tensiones y de la sustancia política están sobre la mesa de discusión. Y quedará independiente —de aquello que será la mayoría del nuevo Parlamento Europeo— el nudo de fondo: el de la necesidad de un *aggiornamento* de las recetas políticas y de las fórmulas de gobierno para transformarlas en coherentes con la expectativa popular. Crecimiento, inmigración y seguridad serán los parámetros sobre los cuales Europa y gobiernos serán juzgados. El verdadero problema común es cómo recrear una nueva relación de confianza entre las instituciones europeas, los gobiernos y sus ciudadanos²⁴.

Alemania y Francia han respondido al desafío redoblando la integración europea al firmar el 21 de enero de 2019 el Tratado de Aquisgrán, que “marcará el comienzo de una nueva era de integración [...] que forjará una defensa compartida, y tratará políticas exteriores y económicas en un pacto ‘gemelo’ sin precedentes, considerado prototipo del futuro de la Unión Europea [...] También responde a la necesidad de hacer frente a los tiempos actuales, marcados por la amenaza de los populismos y los nacionalismos y por lo que representa el ‘Brexit’ para la Unión Europea. Por primera vez un estado miembro va a dejar la UE”²⁵.

Un intento globalizado para encauzar el tema migratorio fue la convocatoria de la ONU a todos sus miembros realizada en Marrakech en julio de 2016, para generar el Primer Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular No Vinculante, que fuera ratificado el 10 de diciembre de 2018.

A pesar de sus altos objetivos —cubrir todas las dimensiones de la migración internacional de una manera completa y holística—, un número considerable de países se abstuvieron o lo rechazaron. El argumento esgrimido por lo general fue que, a pesar de no ser legalmente vinculante, sus objetivos y su contenido incentivan la migración irre-

²⁴ MASSOLO, G., “Italia isolata in Europa?”, en Istituto per gli Studi di Politica Internazionale (ISPI), www.ispionline.it/it/pubblicazione/italia-isolata-europa-21876, 17-2-2019.

²⁵ EFE, “Alemania y Francia firman tratado para encarar desafíos de la UE”, en Excelsior, <https://www.excelsior.com.mx/global/alemania-y-francia-firman-tratado-para-encarar-desafios-de-la-ue/1291787>, 4-2-2019.

gular, establecen nuevos deberes para el Estado, restringen la soberanía y pueden perjudicar al país en eventuales juicios internacionales²⁶.

6. Conclusión

La perspectiva global e integrada de la política migratoria comunitaria de la UE y formalmente apoyada por los gobiernos de los Estados miembros se ha manifestado como una simple declaración de principios, y en los últimos años demuestra una evidente desidia para elaborar una política migratoria común y coherente.

Al respecto, el único elemento común que surge en medio de las contradicciones es el afianzamiento de la “externalización de las fronteras comunitarias”, en particular en el ámbito Mediterráneo con la política de desplazamiento de sus fronteras hacia el Sur, delegando el control a países exteriores, de donde proviene gran parte de los migrantes, como Marruecos, Argelia, Libia, Mauritania, Túnez o Senegal. Esta actividad dada a los terceros países permite desarrollar un sector importante de la gestión de los flujos migratorios irregulares hacia Europa.

El proceso ha facilitado una serie de decisiones difícilmente irrealizables y políticamente riesgosas que acabaron en propuestas para instituir “plataformas de desembarco”, acordado en la Cumbre del mes de junio de 2018. Se trata de solicitar a uno o varios terceros países de las riberas africanas del Mediterráneo hacer desembarcar en el propio territorio a los migrantes que han sido salvados en aguas internacionales. A posteriori, se los conducirá a los centros especiales en los cuales se procederá a la evaluación de las solicitudes de asilo y se transferirá en Europa a los protegidos, o al retorno de quienes no tienen derecho a ello.

Pero este mecanismo es quizás el índice más notorio de la ansiedad

²⁶ Los países de Europa que hasta la fecha lo han rechazado son Austria, Hungría, Polonia, Estonia, Bulgaria, República Checa, Italia, Bulgaria, Eslovaquia, Suiza y Lituania. Fuente: Emol.com, “Pacto Migratorio: Los 152 países que adhirieron y cuáles lo rechazaron o se abstuvieron”, en www.emol.com/noticias/Internacional/2018/12/19/931455/Cuales-son-los-152-paises-que-adhirieron-quienes-lo-rechazaron-o-se-abstuvieron.html, 4-2-2019. De Sudamérica: Chile y Brasil lo han rechazado.

con la cual los gobiernos nacionales persisten en la búsqueda de soluciones originales inmediatas, extemporáneas y muchas veces equivocadas. Y el escenario se complica en la tensión y la incertidumbre motivada por la actividad de los “euroescépticos”, que desde el gobierno de Italia están ganando espacio político de forma progresiva, y de los “eurófilos”.

Es evidente que existe una apremiante necesidad de liderazgo y de voluntad de alcanzar compromisos, especialmente en las cuestiones migratorias. No obstante, los Estados miembros aún no han encontrado el equilibrio adecuado entre la responsabilidad de cada país en su propio ámbito de soberanía y la necesaria solidaridad entre Estados. Se está generando cada vez más el rechazo y hasta cierto punto la negación del Derecho Internacional.

Aunque el objetivo final no ha cambiado, en los últimos años se está asistiendo a una transformación en las estrategias de la Unión respecto del control migratorio: se ha pasado de una etapa de blindaje de las fronteras exteriores para impedir entrar a las personas migrantes, a una nueva etapa cuyo empeño es todavía más atrevido políticamente y más cuestionable jurídicamente: impedir salir a las personas –en particular a las procedentes del continente africano– de sus propios países.

La cuestión migratoria es un tema complicado y divisivo que ha sacado a la luz tensiones muy profundas e irresueltas en el seno de la UE, que lleva a una crisis política y de valores sin precedentes de esta Unión que es, al mismo tiempo, tan ansiada y necesaria.

A esta crisis se le debe otorgar un aspecto más humanitario, para que se entienda que hablamos de seres humanos.

Bibliografía

- ABELLÁN, Lucía, “Los países de la UE expresan dudas sobre las plataformas de desembarco de migrantes propuesto por Bruselas”, en *El País*, elpais.com/internacional/2018/07/25/actualidad/1532538711_416652.html, 28-7-2018.
- BIANGIARDO, Gian Carlo; GAIANI, Gianandrea y VALDITARA, Giuseppe, “Immigrazione. La grande farsa umanitaria”, Milano, Aracne Editrice, 2017.
- CATTANEO, Cristina, “Naufraghi senza volto. Dare un nome alle vittime del Mediterraneo”, Milano, Raffaello Cortina, 2018.

- DE KERANGAL, Maylis, “Lampedusa”, Barcelona, Anagrama, 2016.
- DI MAIO, Luigi y SALVINI, Matteo, “Contratto per il Governo del Cambiamento”, en Ansait, www.ansa.it/documents/1526568727881_Governo.pdf, 28-11-2018.
- EFE, “Alemania y Francia firman tratado para encarar desafíos de la UE”, en Excelsior, <https://www.excelsior.com.mx/global/alemania-y-francia-firman-tratado-para-encarar-desafios-de-la-ue/1291787>, 4-2-2019.
- “Salvini cierra la puerta de Italia a otro barco con 226 migrantes a los que ha llamado «carne humana»”, en *elEconomista.es*, www.eleconomista.es/internacional/noticias/9223923/06/18/Salvini-cierra-la-puerta-a-otro-barco-con-224-migrantes-a-los-que-ha-llamado-carne-humana.html, 20-6-2018.
- El País de Madrid, “Drama migratorio divide a la UE”, en www.elpais.com.uy/mundo/drama-migratorio-divide-ue.html, 30-8-2018.
- Emol.com, “Pacto Migratorio: Los 152 países que adhirieron y cuáles lo rechazaron o se abstuvieron”, en www.emol.com/noticias/Internacional/2018/12/19/931455/Cuales-son-los-152-paises-que-adhirieron-quienes-lo-rechazaron-o-se-abstuvieron.html, 4-2-2019.
- Europa Press, “Desmontando el mito de la ‘invasión’ africana de Europa: la mayor emigración se dirige a otros países”, en *elEconomista.es*, www.eleconomista.es/internacional/noticias/8962118/02/18/Desmontando-el-mito-de-la-invasion-africana-de-Europa-la-mayor-emigracion-se-dirige-a-otros-paises.html, 23-1-2019.
- GIORDANO, Mario, “Profugopoli”, Milano, Mondadori, 2017.
- KERN, Soeren, “Italia y Hungría crean un «eje antiinmigratorio»”, en Gatestone Institute, es.gatestoneinstitute.org/12992/italia-hungria-migracion, 2-1-2019.
- “La construcción italiana del eje anti-UE”, en Gatestone Institute, es.gatestoneinstitute.org/13603/italia-eje-anti-ue, 22-1-2019.
- KHADER, Bichara, “Los musulmanes en Europa, la construcción de un «problema»”, en BBVA Openmind, www.bbvaopenmind.com/articulos/los-musulmanes-en-europa-la-construccion-de-un-problema, 23-8-2018.
- LATTUCA, Ada, “El castigo a los pueblos errantes”, en *Temas de Derecho Público* (núm. 19), Facultad de Derecho, UNR, 2010.
- “Integración comunitaria y los derechos lacerados”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional* (núm. XXII), Córdoba, Lerner, 2013.
- “Lampedusa: una vergüenza de la humanidad”, presentado al XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional (AADI), Tucumán, septiembre de 2014.

- LATTUCA, Ada, “Migraciones, el descarte de la humanidad. Los derechos humanos con vallas y fronteras”, presentado al Congreso de la European Community Studies Association (ECSA), rama Argentina, Mendoza, 5 y 6 de mayo de 2016.
- “Virtualidad de la política migratoria en la Unión Europea”, ponencia presentada ante el XXX Congreso Argentino de Derecho Internacional (AADI), Rosario, 31 de octubre al 1º, 2 y 3 de noviembre de 2018, impresión electrónica.
- LÁZARO, Ana, “Voces sobre la inmigración que divide a Europa”, en Euro-news, es.euronews.com/2018/06/28/voces-sobre-la-inmigracion-que-divide-a-europa, 30-8-2018.
- LLAUDES, Salvador, “La paradoja de la Unión Europea: presencia global no es poder”, en Real Instituto Elcano, blog.realinstitutoelcano.org/la-paradoja-de-la-union-europea-presencia-global-no-es-poder, 14-1-2019.
- MASSOLO, Giampiero, “Italia isolata in Europa?”, en Istituto per gli Studi di Politica Internazionale (ISPI), www.ispionline.it/it/pubblicazione/italia-isolata-europa-21876, 17-2-2019.
- MELGUIZO, Soraya, “Matteo Salvini defiende su política de puertos cerrados a los inmigrantes «hasta que los contrabandistas se cansen»”, en El Mundo, www.elmundo.es/internacional/2018/07/01/5b38f6ae22601, 21-7-2018.
- MORAES, Natalia y ROMERO, Héctor (coords.), “La crisis de los refugiados y los deberes de Europa”, Madrid, La Catarata, 2016.
- NAPOLEONI, Loretta, “Tráfico de personas. El negocio de los secuestrados y de los traficantes”, Madrid, Paidós, 2016.
- PACHO, Lorena, “Un grupo de alcaldes italianos se rebela contra Salvini por su ley de seguridad”, en El País, elpais.com/internacional/2019/01/04/actualidad/1546628347_403412.html, 14-1-2019.
- QUIÑONERO, Juan Pedro, “Francia, primer país ‘musulmán’ de Europa”, en ABC Internacional, www.abc.es/internacional/abci-francia-primer-pais-musulman-europa-201712011210_noticia.html, 5-7-2018.
- Redacción Internacional con Información de Agencias, “El problema político que generó el barco Aquarius en Europa”, en El Espectador, ww.elespectador.com/noticias/el-mundo/el-problema-politico-que-genero-el-barco-aquarius-en-europa-articulo-795542, 20-6-2018.
- SMITH, Stephen, “Jusqu’en 2050, l’Europe va s’africaniser, c’est inevitable”, en Les Observateurs, lesobservateurs.ch/2018/02/22/stephen-smith-jusquen-2050-leurope-va-safricaniser-cest-inevitable, 23-8-2018.

PROBLEMÁTICA DE GÉNERO Y ESTRATEGIA EN LA PERSECUCIÓN PENAL

por LAILA TALEB¹

...¿Quedaba aún un recurso? ¿No habrían objeciones que aún no se habían planteado? Seguro las había. Es verdad que la lógica es inquebrantable pero no resiste a un hombre que desea vivir. ¿Dónde estaba el juez que nunca había visto? ¿Dónde estaba el alto tribunal al cual nunca había llegado?

KAFKA, Franz, *El proceso*.

...Tú que el esqueleto conservas intacto no sé todavía por cuáles milagros, me pretendes blanca (Dios te lo perdone), me pretendes casta (Dios te lo perdone), ¡Me pretendes alba!

STORNI, Alfonsina, *Tú me quieres alba*.

SUMARIO: I. La categoría género. Su arribo al feminismo. II. La perspectiva de género en el mundo jurídico. III. La visión estratégica en la investigación de hechos de violencia de género. IV. Los estándares. V. Conclusión a tientas. Bibliografía.

¹ Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (agosto de 2009). Especialista en Magistratura (CONEAU, res. 227/99, Categoría Bn-Muy buena), Cohorte 2013/2014. En el ejercicio privado de la profesión ha tomado intervención en numerosas causas vinculadas al ámbito penal, administrativo, a los derechos humanos y a la violencia de género y familiar. Autora de diversos artículos. Colaboradora del libro "Tratado de los tratados internacionales comentados", dir. por Carnota Maraniello, coord. por Guillermina Leontina Sosa, La Ley, Buenos Aires, 2012, específicamente en el t. III, Cap. XIV, por Carlos A. Chiara Díaz y Miguel A. Carlín. Asistente a numerosas jornadas y cursos de posgrado sobre Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Resumen

El artículo analiza la vinculación que se entrelaza entre los estándares internacionales que requieren la adopción de deberes específicos en materia de violencia de género, los desafíos que supone su implementación y la posibilidad de realizar una lectura estratégica que permita compatibilizar un modelo de persecución y de investigación penal que resulte eficaz pero, simultáneamente, respetuoso de los derechos humanos de víctimas e imputados.

Abstract

The article analyse the connection that is intertwined between international standards that require the adoption of specific duties in matters of gender violence, the challenges of its implementation and the possibility of carrying out a strategic reading that allows reconcile a model of persecution and investigation that is effective but, simultaneously, respectful of the human rights of victims and defendants.

Palabras clave

Feminismo. Género. Proceso penal. Estrategia.

Keywords

Feminism. Gender. Criminal process. Strategy.

I. La categoría género. Su arribo al feminismo

I.1. El feminismo, ese universo, en ocasiones insondable, pero siempre en expansión, se erige como el movimiento ideológico, político y social más importante y transversal de la actualidad. Desconoce fronteras y los rígidos límites que imponen las políticas partidarias y sus plataformas programáticas. De forma intrínseca a dicha afirmación, debe necesariamente advertirse que alberga en su seno múltiples tensiones internas que impiden sistematizar de modo uniforme fundamentos teóricos, objetivos, planes de acción, políticas y herramientas de aplicación (*praxis*).

Claro que las heterogeneidades y las diversas realidades sociopo-

líticas de los grupos de mujeres que registran en el seno de sus propias comunidades formas específicas de opresión en modo alguno resultan obstáculos idóneos para renunciar a la posibilidad de arribar a un consenso básico sobre aquello que representa en su esencia el ideario feminista. Entonces, en un esfuerzo por conceptualizar este vasto universo de hechos e ideas, siguiendo a Castells, “entenderemos por feminismo lo relativo a todas aquellas personas y grupos, reflexiones y actuaciones orientadas a acabar con la subordinación, desigualdad y opresión de las mujeres y lograr, por tanto, su emancipación y la construcción de una sociedad en la que ya no tengan cabida las discriminaciones por razón de sexo y género”².

I.2. Excede los alcances de esta presentación ahondar en uno de los temas de discusión más significativos de los primeros ensayos teóricos feministas: aquel que versa sobre la universalidad de la subordinación femenina³, sus causas últimas y las razones de su supervivencia. Sin embargo, en este derrotero, especial mención merece la aparición de un tema esencialmente disruptivo: la comprensión del *género* como *categoría social* se convirtió en una herramienta teórica que facilitó que muchas corrientes feministas de pensamiento –que ya habían ensayado diversas teorías relativas a la toma de conciencia de la posición de subordinación de las mujeres en la sociedad y su ausencia deliberada del registro histórico y de la creación del sistema de símbolos mundial– *pudieran repensar el sistema patriarcal desde un nuevo punto de vista epistemológico y con esquema conceptual propio*⁴.

² CASTELLS, C., “Perspectivas feministas en teoría política”, Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, 1996, p. 10.

³ En este sentido, las maternalistas sostienen la existencia histórica de modelos alternativos de organización social humana previos al patriarcado. La primera gran teoría basada en los principios maternalistas fue elaborada por J. J. Bachofen en su influyente obra “Das Mutterrecht”. Dicho trabajo influyó en Engels y en Charlotte Perkins Gilman. Diversas investigaciones han creído encontrar en las sociedades horticulturas evidencias de la influencia femenina en la economía y organización de la comunidad. También ha abonado dicha hipótesis el descubrimiento de Çatal Hüyük, en Anatolia (hoy Turquía) y las posteriores excavaciones dirigidas por James Mellaart.

⁴ Los estudios realizados por Gerda Lerner en relación con el origen del sistema patriarcal han arrojado luz sobre un aspecto problemático vinculado a la existencia histórica de dicha forma de organización del poder. Dice la autora: “el patriarcado es una creación histórica elaborada por hombres y mujeres en un proceso que tardó

Siguiendo a Facio y Fries, el género “tiene su base material en un fenómeno natural, de nacimiento, que es el sexo, cuya desaparición no depende de la desaparición de las diferencias sexuales, así como la desaparición del racismo no depende de la eliminación de las distintas etnias”⁵. Así, afirman las autoras, la perspectiva de género (feminista) por su parte permite visibilizar la realidad que viven las mujeres, así como los procesos culturales de socialización que internalizan y refuerzan los mecanismos de subordinación de las mujeres.

I.3. Su origen algunos lo ubican en las investigaciones realizadas por el médico psiquiatra doctor Stoller sobre diversos casos de niños y niñas que a temprana edad habían sido asignados al sexo al que no pertenecían desde un punto de vista anatomofisiológico, por lo que no podía asemejarse sin más identidad sexual y sexo biológico. Su principal conclusión es que el género refiere a “grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológica”⁶.

Asentada tal premisa, ingresa al ámbito de las ciencias sociales con la publicación del tratado de Ann Oakley en 1972: “Sexo, género y sociedad”⁷. Desde entonces, la distinción entre sexo y género fue usada por cientos de feministas como un instrumento válido para ex-

casi 2.500 años en completarse. La primera forma del patriarcado apareció en el Estado arcaico. La unidad básica de su organización era la familia patriarcal, que expresaba y generaba constantemente sus normas y valores. Hemos visto de qué manera tan profunda influyeron las definiciones del género en la formación del Estado” (LERNER, G., “La creación del patriarcado”, trad. castellana de Mónica Tusell, Crítica, Barcelona, 1990). Asimismo, se ha vinculado la subordinación sexual de las mujeres y su reducción a mercancía como uno de los hitos fundantes de dicho sistema. En este sentido, el intercambio de mujeres, según Lévi-Strauss, marca el inicio de la subordinación de las mujeres (LÉVI-STRAUSS, C., “The Elementary Structures of Kinship”, Boston, 1969, p. 481). El pensamiento feminista, al estudiar la categoría de patriarcado, se ha nutrido de los esquemas teóricos propuestos por Friedrich Engels (“El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”) y Max Weber (“Economía y sociedad”, Fondo de Cultura Económica, México).

⁵ FACIO, A. y FRIES, L., “Feminismo, género y patriarcado”, en *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, núm. 6, Año 3, primavera de 2005, ps. 259/294 y 268.

⁶ STOLLER, R., “Sex and Gender”, Science House, New York, 1968, p. VII.

⁷ OAKLEY, A., “Sex, Gender and Society”, Temple Smith, Londres, 1972.

plicar la subordinación de las mujeres como algo construido socialmente y no justificada en la biología⁸.

La concepción del género como construcción social de sentido de las especificidades de los cuerpos de los varones y de mujeres ha sido posible gracias a los aportes de la antropóloga Gayle Rubin, quien partiendo de las teorías del parentesco, de Lévi-Strauss, ligadas a los aportes del psicoanálisis, no duda en afirmar que “el sistema de sexo/género es el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas”⁹.

Esa comprensión del género, ligada a la estructuración psíquica subjetiva (identidad individual o sexual) y que parte de un elemento que permanece inmutable (sexo biológico), ha sido cuestionada y –¿por qué no?– enriquecida por teorías que, partiendo de aportes tomados de la antropología, la sociología y la historia, posicionan la categoría género como ordenador social y determinante de la dinámica de las relaciones sociales y las redes de poder.

Con meridiana claridad, expresa Joan Scott: “el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos [...] es una forma primaria de relaciones significantes de poder”¹⁰.

En definitiva, “es así como una explicación biologicista (sexista) de las diferencias entre hombres y mujeres (en realidad justificaciones de los privilegios masculinos), pasando por teorías que tal vez pecaron

⁸ FACIO y FRIES, op. cit., p. 269.

⁹ RUBIN, G., “El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo”, en *Nueva Antropología*, núm. 30, 1986, p. 97.

¹⁰ SCOTT, J., “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, en AMEL, J. y NASH, M., *Historia y género. Las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*, Edicions Alfons el Magnànim, Institució Valenciana d’Estudis i Investigació, España, 1990, p. 44. Scott distingue cuatro elementos o dimensiones donde se expresa el género: 1) símbolos culturalmente disponibles que evocan representaciones múltiples, incluidos los mitos; 2) conceptos normativos que son las interpretaciones de los significados de los símbolos: doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas; 3) nociones políticas y referencias a las instituciones y organizaciones sociales, y 4) la identidad subjetiva. Pero agrega, además, la consideración del género como una forma primaria de relaciones significativas de poder: “...el género es el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder” (p. 47).

de simplistas o esencialistas (las teorías del sistema de sexo-género) se llegó a una (las teorías de las relaciones de género) que devela el esfuerzo de la ideología patriarcal por naturalizar procesos sociales...”¹¹ Asimismo, se destaca que las “perspectivas género-sensitivas son, pues, aquellas que visibilizan los distintos efectos de la construcción social de los géneros”¹².

I.4. Esa construcción de los géneros, que se ancla profundamente en las prácticas sociales y culturales, ha generado históricamente la atribución de roles y funciones que se dividen en el ámbito de lo público y lo privado y la división del trabajo.

El resultado es harto conocido. La consagración de los estereotipos ha generado una jerarquización de las diferencias y la naturalización de prácticas discriminatorias. Así, los hombres responderán al modelo de sujeto racional, productivo, con pleno dominio de lo público. La mujer, considerada durante siglos inferior desde un punto de vista intelectual o, bajo un prisma más piadoso, considerada un ser emocional que debe asumir los mandatos maternos que vienen impuestos por su propia biología, quedará relegada al ámbito de lo privado y el cuidado de los miembros de la familia.

II. La perspectiva de género en el mundo jurídico

II.1. El Derecho, como instrumento ordenador de la sociedad y del Estado, otrora aliado del sistema patriarcal, debe reformular su privilegiado posicionamiento para estar a la vanguardia de los procesos de evolución cultural que reivindican las legítimas aspiraciones de igualdad de quienes representan a más de la mitad de la población mundial: las mujeres.

Siguiendo a Facio y Fries, si entendemos que la función social del Derecho es regular la convivencia de hombres y mujeres en una sociedad determinada, con el fin de promover la realización personal y colectiva de quienes forman parte de una comunidad, en paz y armonía, el Derecho no ha cumplido con esa finalidad, “por ello repensar el Derecho y su función social es un desafío que va más allá de contar

¹¹ FACIO y FRIES, op. cit., p. 273.

¹² *Íd.*, p. 275.

con ‘buenas leyes’ o con ‘buenas resoluciones judiciales’ para las mujeres. Significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana, basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad”¹³.

II.2. La perspectiva de género importa, entonces, la posibilidad de visibilizar los distintos procesos de socialización de varones y mujeres, las diversas atribuciones otorgadas a cada género y los estereotipos que definen los roles que cada uno de ellos tendrá en la sociedad. Asimismo, permite exponer las *relaciones de poder asimétricas y las prácticas discriminatorias y violentas que se generan como la natural consecuencia de las jerarquizaciones*.

II.3. Nótese que uno de los hitos de la evolución de la cuestión de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se vincula con la *comprensión del fenómeno de la violencia contra las mujeres* como un problema arraigado en las *desigualdades estructurales* y que representa una forma de discriminación que constituye una *violación a los derechos humanos*.

Si bien no encontramos una definición semejante en la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw), fue una idea desarrollada en la Recomendación General N° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (11 Período de Sesiones, 1992). Allí se aclaró que la discriminación contra la mujer, tal como se define en el artículo 1° de la Convención, incluía la violencia por razón de género, que es la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada y que constituía una violación de sus derechos humanos.

Se reitera y amplía dicho estándar en la Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19.

II.4. En la actualidad, conforme lo ha establecido la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos –en adelante Corte IDH¹⁴–, el *cor-*

¹³ Íd., p. 260.

¹⁴ Corte IDH, 16-11-2009, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. Mé-

pus juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres se encuentra integrado por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁵, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –“Convención de Belém do Pará”¹⁷–.

La perspectiva de género ingresa desde ese *globalismo jurídico*¹⁸

xico”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 225; “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25-11-2006, Serie C, N° 160, párr. 276.

¹⁵ En adelante, Cedaw, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979 y suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Cabe destacar que en el año 2006 se sanciona la ley 26.171, que aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999, mediante el cual se reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“el Comité”) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, luego de verificarse el agotamiento de los recursos internos. Salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo. El Protocolo establece un procedimiento, con intervención del Estado Parte interesado, que incluye la realización de una investigación. El Comité transmitirá al Estado Parte interesado las observaciones y recomendaciones que estime oportunas y el Estado Parte dará la debida consideración a las mismas.

¹⁶ Firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada en nuestro país por ley 23.054, sancionada el 1° de marzo de 1984.

¹⁷ Suscripta en Belém do Pará –República Federativa del Brasil–, el 9 de junio de 1994, adoptada en nuestro país por ley 24.632, sancionada el 13 marzo de 1996.

¹⁸ Art. 5° de la Cedaw: “Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres...” En igual sentido, el art. 8° de la Convención de Belém do Pará establece que “Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para [...] b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios

como un principio informador que debe guiar e informar todas las medidas legislativas, administrativas y judiciales que deben adoptar los Estados en el marco de una política pública integral para combatir las iniquidades y el flagelo de la desigualdad, la discriminación y la violencia.

II.5. En nuestro país contamos con un vasto plexo normativo para el abordaje de casos vinculados a la problemática de la discriminación contra las mujeres y el acceso efectivo a la justicia¹⁹. Ello ha implicado el estricto cumplimiento a una de las principales obligaciones asumidas por los Estados²⁰: el deber de adoptar medidas legislativas a fin de adecuar su ordenamiento para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Sin perjuicio de que en el desarrollo del presente trabajo se hará mención a normativas y leyes específicas, resulta una referencia forzosa la *reforma constitucional* de 1994, que amplió el elenco de derechos establecidos en la Parte dogmática al establecer la jerarquía constitucional de once normas internacionales de derechos humanos, con la posibilidad de incrementarlos cuando fueran ratificados por las dos terceras partes del Congreso (art. 75, inc. 22)²¹, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer...”

¹⁹ Afirmar que cada hito legislativo emerge como una reacción a la tragedia no representa un mero recurso literario; antes bien, en nuestro país obedece a un dato objetivo. Así, por ejemplo, las reformas penales vinculadas al delito de trata reconocen como antecedente el emblemático caso de Marita Verón; la eliminación de la figura del avenimiento por ley fue acelerado por el trágico final de Carla Figueroa; la Ley 27.499 de Capacitación Obligatoria lleva el nombre de Micaela García, víctima de femicidio en el 2017.

²⁰ Cfr. art. 2º, incs. a, y f, de la Cedaw; art. 7º, inc. c, de la Convención de Belém do Pará.

²¹ Con posterioridad a 1994 el Congreso dispuso otorgar jerarquía constitucional a los siguientes tratados: 1) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (jerarquizada en 1997); 2) Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (jerarquizada en 2003) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (jerarquizada en 2014).

Se verá que al establecer dicha jerarquía “*en las condiciones de su vigencia*” permitirá incorporar las interpretaciones dadas por los tribunales internacionales específicos²². Pauta que, en materia de perspectiva de género, ha permitido desarrollar alcances que implican un cambio epistemológico fundamental en el abordaje de la judicialización de conflictos vinculados a la subordinación de las mujeres²³.

A continuación se analizará la posibilidad de compatibilizar un modelo de política criminal con perspectiva de género, que garantice el acceso a la justicia mediante un método de debate dialéctico respetuoso de los estándares internacionales que prevén derechos y garantías a favor de todos los participantes del mismo: imputados y víctimas de delitos.

III. La visión estratégica en la investigación de hechos de violencia de género

III.1. La *estrategia* viene impuesta por las *reglas propias de las relaciones intersubjetivas que emanan de la convivencia social*. Nos encontramos inmersos en un determinado medio socioambiental, en rigor *limitado* por éste, con la presencia de factores externos en cuya existencia o producción no se tiene injerencia alguna, lo que obliga al constante análisis de las fuerzas y debilidades propias y ajenas, de la evaluación primaria de intereses y objetivos y de la selección de los medios aptos e idóneos para la consecución de determinados fines. Dado a hombres y mujeres ese ámbito de autonomía que viabiliza el

²² Comprensión que fuera fijada de forma temprana por nuestro cimerio tribunal en los siguientes términos: “tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana” (CSJN, 7-4-95, “Giroldi, Horacio David y otro s/Recurso de casación”, causa 32/93, *Fallos*: 318:514, consid. 11).

²³ Asimismo, la reforma ratifica la obligación del Estado de tomar medidas de *acción positiva* para garantizar la aplicación real de los derechos constitucionales, en particular para niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75, inc. 23).

derecho a un plan o proyecto autónomo de vida, dado le fue también el enfrentamiento a la problemática de la toma de decisiones.

Se puede conceptualizar a la estrategia jurídica como “*la ordenación de los medios para lograr el objetivo general de derecho perseguido y a la ‘táctica jurídica’ como los medios específicos para el cumplimiento de esa estrategia*”²⁴. Asimismo, vale destacar que la táctica se ubica en el enfoque “microjurídico” y la estrategia posee sentido “macrojurídico”.

III.2. Ahora bien, ¿por qué hablar de estrategia en el marco de la proyección de un proceso penal como parte de un determinado modelo de política criminal?

La respuesta no es sencilla, pero no ha sido forzado el compromiso de asumir la responsabilidad ética de ambicionar responderla. Veamos.

Hemos visto que la incorporación de la perspectiva de género a los ordenamientos jurídicos viene impuesta por esa legalidad supranacional que emana de compromisos internacionales asumidos por los Estados en el marco del sistema internacional de protección de derechos humanos y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos²⁵. Entonces, partiendo del reconocimiento de que implica un *deber* del Estado diseñar y ejecutar políticas públicas tendientes a garantizar la igualdad real entre hombres y mujeres, y que parte integrante de ese compromiso se relaciona con garantizar el efectivo acceso a la justicia y la investigación y juzgamiento de los hechos de violencia contra la mujer, fácilmente podemos advertir que el progresivo avance de las reformas legislativas y la consolidación de un marco jurídico orientado a la protección de las mujeres y la lucha contra la discriminación se erige como una herramienta necesaria pero en modo alguno suficiente en miras a la satisfacción de la problemática. Aunque cercado y visible, el abismo sigue ante nosotros.

²⁴ CIURO CALDANI, M. Á., “Estrategia jurídica”, UNR Editora, Rosario, 2011, p. 96.

²⁵ Es sabido que “el principio de preeminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por sobre el Derecho interno de los países se instala con fuerza en la Comunidad Internacional a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La misma fue aprobada por la República Argentina en 1972” (TOCr.Fed. de La Plata, 19-9-2006, causa NE 2251/06, p. 94).

III.3. Una variopinta gama de desafíos presenta la puesta en marcha y la efectivización de los nuevos paradigmas en la vida práctica de los operadores y destinatarios del sistema de justicia. He decidido esquematizar los desafíos de la siguiente manera:

a) *Culturales*: si la violencia representa una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, y surge como consecuencia de procesos de socialización que generan roles y atribuciones que jerarquizan los lugares que cada persona ocupa en la comunidad, el desafío, quizás el más significativo e imposible de concretar en el corto plazo, se vincula con la posibilidad de producir un quiebre en dicha lógica de reproducción de patrones estereotipados de comportamientos, garantizando un sistema educativo y el acceso a información y capacitación que permita erradicar dichas prácticas sociales y culturales discriminatorias. Una observación se impone: los operadores y actores del sistema de justicia, en tanto ciudadanos, también se encuentran condicionados por el medio y por la hegemonía cultural basada en el androcentrismo, lo cual representa un verdadero obstáculo para el acceso y el afianzamiento de la justicia. Los interrogantes fluyen: ¿De qué manera se puede *repensar* el sistema de justicia para visibilizar primero y erradicar luego las prácticas discriminatorias? ¿Cómo se implementa la capacitación del personal en la administración de justicia?

b) *Vinculados a la presencia de factores de vulnerabilidad adicionales*: el relevamiento de datos ha expuesto una realidad ineludible: determinados grupos de mujeres se encuentran expuestas a sufrir en mayor medida e intensidad diferentes tipos de violencia en los distintos ámbitos de su vida por la presencia de múltiples factores de vulnerabilidad y de discriminación asociados, por ejemplo, por el impacto de la pobreza y desigualdad²⁶.

²⁶ En un informe reciente se ha dicho que “la CIDH destaca que la superposición de varias capas de discriminación –la interseccionalidad– lleva o expone a una o varias formas de discriminación agravada que se expresan en experiencias cuyos impactos son manifestados con diferencia entre mujeres. Lo anterior se ve reflejado en el artículo 9º de la Convención de Belém do Pará; dicho texto expresa la obligación de los Estados de tomar especial atención en la adopción de medidas para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, de «la situación de vulnerabilidad de la mujer

En los últimos años se ha profundizado la importancia de adoptar un enfoque interseccional o contextual de la discriminación que implica reconocer que las personas no experimentan la discriminación en un vacío, sino dentro de un contexto social, económico y cultural determinado, en donde se construyen y reproducen los privilegios y las desventajas²⁷. Entonces, ¿de qué forma se introduce dicha perspectiva en la investigación de casos de violencia contra la mujer? ¿Cómo se evita que se considere una intromisión y un escrutinio sobre la vida de la víctima con el riesgo –potencial– de incurrir en una revictimización? ¿Cómo se considera dicha perspectiva al momento de la reparación de las consecuencias dañosas del delito?

c) *Institucionales*: dichos obstáculos pueden referirse tanto a la ausencia de armonización y coordinación entre los diversos engranajes del sector público que tienen injerencia y competencia específica en la adopción de medidas para el abordaje integral y holístico de los casos de violencia contra la mujer, como a la ausencia de recursos institucionales y financieros suficientes para afrontar los casos complejos o con multiplicidad de víctimas atravesadas por múltiples factores de vulnerabilidad.

Gobierna, en ocasiones, una lectura del panorama propia de ámbitos rígidos de injerencias, a modo de compartimentos estancos, sin modelos de descentralización administrativa que permitan el abordaje en territorio, lo que obstaculiza la articulación de intervenciones que podrían asistir en el caso concreto con programas específicos y coordinados (centros de salud, ayudas financieras del orden municipal, participación en talleres de capacitación organizados por las organizaciones de la sociedad civil, etc.).

El modo de planificar esa construcción de trabajos en red, inter e intrainstitucional, es un campo injustamente infravalorado, en la medida en que representa un potencial significativo para dar soluciones a largo

en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada» (Informe sobre Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe, 2019, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 14 de noviembre de 2019, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 233, p. 11).

²⁷ Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, Protocolo para juzgar con perspectiva de Género, 2015.

plazo a los conflictos que suponen una violación a las normas penales pero respecto a los cuales la aplicación de una pena al infractor no resuelve las causas motivantes del conflicto ni la situación particular de la mujer víctima²⁸.

d) *Jurídicos*: la falta de respuesta adecuada a la problemática a los casos de violencia contra la mujer ha consolidado en la sociedad un patrón de impunidad sistemático, que repercute en una baja utilización del sistema por la desconfianza generada en las víctimas.

Sin ambages podemos afirmar que uno de los mayores desafíos que debe asumir la política criminal es el diseño de una estrategia de persecución, investigación y juzgamiento acorde a los estándares de debida diligencia reforzada, *que garantice a las víctimas el acceso a la justicia y el derecho a la verdad y que, simultáneamente, garantice el debido proceso a favor de toda persona inculpada de un delito*. Evitando, también, que la concreción de finalidades legítimas y plausibles –claramente vinculadas a las ideas de prevención general–, como, por ejemplo, evitar la impunidad de los delitos cometidos²⁹, sea percibida como una situación que convierte al sujeto sometido a proceso en un medio para lograr la concreción de fines que exceden el supuesto fáctico concreto por el que debe responder de conformidad al principio de culpabilidad (lo que, en esencia, constituye una de las principales críticas formuladas contra las teorías de la prevención general)³⁰.

²⁸ Lo cual se advierte con mayor claridad ante delitos que no tienen escalas penales elevadas.

²⁹ Dado que dicha situación “envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia” (Corte IDH, 16-11-2009, “Caso González y otras [Campo Algodonero] vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 400).

³⁰ Esa concepción de profundo contenido ético que implica la prevalencia de la dignidad humana forma parte de nuestra tradición filosófica. En su obra “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” (1785) Kant expone diversas formulaciones del imperativo categórico, entre ellas, la siguiente: “Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio” (KANT, I., “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, trad. de José Mardomingo, edición bilingüe, Ariel, Barcelona, 1999, AA IV: 429).

III.4. En este sentido, vale traer a colación aquellas corrientes que abiertamente proclaman una relación estrecha entre política criminal y sistemática jurídico-penal³¹. Por su claridad expositiva, me voy a permitir citar un párrafo de la obra del profesor Sergio Moccia, que condensa esas inquietudes teóricas: “en el plano de la tutela de los derechos del individuo ello significa real compromiso de asegurar, volviéndolas efectivas, las garantías de tipo formal y sustancial en combinaciones entre sí. Pero quiere decir también igual compromiso en la tutela de intereses supraindividuales, como instancia de tipo solidarista, que ha adquirido la misma dignidad que poseía la tutela de la libertad del individuo en una estructura sociocultural de pura derivación liberal, y que de alguna manera debe seguir caracterizando a una estructura ideológicamente más compleja. Lo que significa, en términos de política criminal, la adopción de estrategias de control de hechos (considerados) socialmente perjudiciales que, en el respeto de la libertad y la dignidad de la persona, se inspiren en criterios de racionalidad y eficiencia”³².

III.5. Otro de los retos que enfrenta es evitar incurrir en una práctica discursiva funcional a la legitimación de un sistema de control social mediante la intervención punitiva estatal, cuya eficacia para resolver la conflictividad social ha sido cuestionada.

De acuerdo con esta postura, Zaffaroni aclara que “legítimamente, el feminismo puede hacer uso del poder punitivo como un recurso táctico y con el alcance limitado y prudente que esto implica, es decir, en la medida en que no obstaculice su estrategia. Para ello no necesita brindarle al poder punitivo un elemento de legitimación general, como es la apelación al valor simbólico, apelación contraria a la ética, reaccionaria y contradictoria con respecto a las reivindicaciones feministas”³³. También se enrola en esta tesitura afín a oponer reparos al

³¹ Posturas que se vinculan con la elaboración programática desarrollada por Roxin en “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, de 1970.

³² MOCCIA, S., “El Derecho Penal, entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica”, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2003, p. 17.

³³ ZAFFARONI, E. R., “El discurso feminista y el poder punitivo”, en BINGIN, H. (comp.), *Las trampas del poder punitivo*, en *Colección Identidad, Mujer y Derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 36. Advierte el autor que la fragmentación de los discursos antidiscriminatorios –y advierte que el discurso feminista es el *discurso*

avance del abordaje penal Lucila Larrandart: “en general en los enfoques de género y en relación con los conflictos en los que la mujer aparece como víctima existe una tendencia a reconducir los conflictos al Derecho Penal, bajo el presupuesto de que la amenaza de la pena puede operar como prevención. La criminología moderna ha demostrado que el sistema penal no soluciona los conflictos, puesto que actúa luego de que ha sucedido el hecho, y que tampoco la amenaza de pena logra la abstención de la comisión del delito”³⁴.

III.6. Fácilmente puede advertirse la importancia del pensamiento estratégico³⁵: tenemos múltiples objetivos y fines que deben, inexorablemente, asumirse como metas irrenunciables en el marco de un Estado Constitucional de Derecho y que vienen impuestas por los derechos humanos y los compromisos internacionales asumidos por el Estado; asimismo, la ejecución viene condicionada por desafíos que abarcan desde cuestiones estructurales (para las cuales es imprescindible fijar políticas a largo plazo) hasta problemáticas vinculadas a la implementación de políticas institucionales y organización de recursos que pueden generar cambios significativos y de rápida incidencia práctica en la respuesta institucional ante los hechos de violencia.

Desde ya se realiza una advertencia: para lograr la plena eficacia de cualquier política pública o medida de acción positiva urge, en primer lugar, considerar los *datos de la realidad* en relación con la *situación de las mujeres en una región o país determinado*³⁶, los *contextos de discriminación sistemática* y el *funcionamiento real de las respuestas institucionales*.

antidiscriminatorio por excelencia— genera cosmovisiones unidimensionales y contradicciones entre los discriminados que impiden su coalición” (íd.).

³⁴ LARRANDART, L., “Control social, Derecho Penal y género”, en BINGIN (comp.), op. cit., p. 103.

³⁵ Por lo demás, la lectura estratégica en el ámbito del abordaje de la problemática de la violencia contra la mujer ha sido expresamente adoptada, por ejemplo, en la Plataforma de Acción de Beijing, resultado de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), que fuera adoptada por unanimidad por 189 gobiernos. Allí, en cada una de las esferas de especial preocupación se diagnostica el problema y se proponen objetivos estratégicos y las medidas concretas que han de tomar los distintos participantes a fin de alcanzar esos objetivos.

³⁶ En nuestro país, por ejemplo, contamos con el Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA) que depende de la Oficina de la Mujer de la Corte

IV. Los estándares

IV.1. El esquema de obligaciones estatales comprende tres grandes ámbitos de injerencia que involucran en su totalidad a cualquier poder u órgano público (federal, provincial o municipal). En primer lugar, una *obligación de respeto*, que implica, de conformidad a lo establecido por la Corte IDH en los albores de su función contenciosa, una derivación de lo estipulado en el artículo 1.1: “la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de ‘respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”³⁷. Se vincula entonces con un deber de abstención vinculado a la necesidad de imponer restricciones al ejercicio del poder³⁸.

En segundo lugar, recae sobre los Estados una *obligación de garantía*, que representa una complejidad mayor en la medida que vincula la función pública con el deber de garantizar el efectivo acceso y ejercicio de los derechos consagrados. En términos de la Corte IDH, “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento,

Suprema de Justicia de la Nación (OM-CSJN), que elabora un registro de datos estadísticos de las causas judiciales en las que se investigan muertes violentas de mujeres cis, mujeres trans y travestis por razones de género.

³⁷ Corte IDH, 29-7-88, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, fondo, párr. 165.

³⁸ Dice Habermas que para la concepción liberal “el status de ciudadano está determinado por la medida de los derechos subjetivos que tienen frente al Estado y frente a los demás ciudadanos. Como portadores de derechos subjetivos, disfrutan de la protección del Estado mientras persigan sus intereses privados dentro de los límites trazados por las leyes y esto incluye también la protección frente a las actuaciones estatales que vayan más allá de las reservas legales de intervención” (HABERMAS, J., “La inclusión del otro. Estudios de teoría política”, Paidós, Barcelona, 1999, ps. 232 y 233).

si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”³⁹.

Por último, la *obligación de no discriminar*: los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias⁴⁰.

IV.2. El incumplimiento de estas obligaciones puede originar la *responsabilidad internacional del Estado* de forma *directa* (por acción u omisión de los agentes públicos) o *indirecta* (por hechos ilícitos llevados a cabo por particulares, cuando no han actuado con la debida diligencia para prevenirlos o para tratarlos en los términos requeridos por la Convención Americana)⁴¹. El alcance que vincula la responsabilidad de Estado de forma indirecta tiene una notable vigencia en los hechos de violencia contra la mujer en la medida en que se vinculan con la omisión de prevenir e investigar adecuadamente, de conformidad a los alcances que se desarrollarán a continuación.

IV.3. La *obligación de debida diligencia reforzada* irrumpe como derivación y desarrollo de la *obligación de garantía*, lo cual responde a la verificación de patrones sistemáticos de violencia y discriminación que generan condiciones estructurales de goce desigual de derechos que demandan necesidades de protección específica (cfr. exigencias del *corpus juris* internacional). Ha dicho la Corte IDH: “en casos de

³⁹ Corte IDH, 29-7-88, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, fondo, párr. 166.

⁴⁰ La Corte ha desarrollado la prohibición de discriminación de forma directa e indirecta en numerosas intervenciones: Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/2003, del 17-9-2003, Serie A, N° 18; Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24-8-2010, Serie C, N° 214; “Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 28-11-2012, Serie C, N° 257.

⁴¹ Corte IDH, 29-7-88, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, fondo, párr. 172. También cabe destacar que la Recomendación General N° 19, entre sus observaciones generales, menciona que los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas. Cedaw, Recomendación General N° 19, “La Violencia contra la Mujer”, 11 Período de Sesiones, 1992, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994), párr. 9°.

violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una *obligación reforzada* a partir de la Convención de Belém do Pará⁴² (el destacado me pertenece).

Aparece expresamente consagrada en el artículo 7º de la Convención de Belém do Pará en los siguientes términos: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer...”

En el ámbito del sistema regional, la primera vez que se aplicaba dicha Convención fue en el “Caso Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil”, llevado adelante por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Comisión IDH–. Se declaró allí la responsabilidad internacional de las autoridades en el entendimiento de que “la falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria Da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su exmarido sufridas por la señora Maria Da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática”⁴³. La Comisión IDH vuelve a expedirse sobre esta problemática, haciendo especial hincapié en las “fallas sistémicas” en el abordaje de casos de violencia intrafamiliar por parte de autoridades policiales y judiciales, en el “Caso Jessica Lenahan vs. Estados Unidos”⁴⁴. Luego refuerza y profundiza el contenido de la mirada de

⁴² Corte IDH, 16-11-2009, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 258.

⁴³ Comisión IDH, “Caso Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil”, N° 12.051, Informe 54/2001, del 16-4-2001, párr. 55.

⁴⁴ Comisión IDH, “Caso Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos”, Informe 80/2011, del 21-7-2011. En el caso concreto, se responsabilizó de forma indirecta al Estado por no haber adoptado las medidas necesarias para localizar y prevenir la muerte de tres niñas secuestradas por su padre, en un contexto de violencia intrafamiliar y con medidas de restricción vigentes.

género –en clave de lectura renovada e interpretación progresiva de los diversos tratados que tratan la temática– en diversos informes⁴⁵.

Por su parte, la vinculación de la Corte IDH con la aplicación del plexo normativo específico de género se genera a partir del “Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”⁴⁶, en el marco de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres privadas de su libertad. Precedente en el cual, además, se fijó lo relativo a la competencia contenciosa de la Corte respecto a aplicar el artículo 7º de la Convención de Belém do Pará (y ello a tenor literal del art. 12 de la misma Convención).

IV.4. Ahora bien, conforme el citado artículo 7º de la Convención, el *deber de debida diligencia reforzada* se proyecta sobre todo el engranaje y sus diversas etapas: 1) *deber de diligencia en la prevención de la violencia contra las mujeres*; 2) *deber de diligencia en la investigación y en el proceso penal*; 3) *deber de diligencia en la sanción y reparación*.

Se tratarán en particular cada una de ellas.

IV.5. *Deber de diligencia en la prevención de la violencia contra las mujeres*. Este abordaje ha tenido un especial desarrollo en el ámbito de la comunidad internacional. Así, por ejemplo, la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer de la ONU ha recomendado diversas medidas, entre ellas, ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para au-

⁴⁵ Comisión IDH, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68, del 20-1-2007; “Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica”, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 63, del 9-10-2011; “Violencia contra personas LGBTI en América”, OAS/Ser.L/V/II.rev.2.Doc. 36, del 12-11-2015.

⁴⁶ Corte IDH, 25-11-2006, “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, fondo, reparaciones y costas.

mentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer⁴⁷.

En similar sentido se han expedido las observaciones realizadas en la Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015).

El establecimiento de políticas y medidas orientadas a un objetivo de prevención ha sido desarrollado en el ámbito regional, en el “Caso Campo Algodonero”. Allí la Corte IDH realiza una de sus intervenciones más notables en cuestiones de género. Vinculado a este nivel del deber de diligencia, instala la denominada *doctrina del riesgo*, que implica que el deber de adoptar medidas de prevención se encuentra condicionado al conocimiento de una *situación de riesgo real e inmediato* para un individuo o grupo de individuos –en el proceso se verificó un patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez–, en cuyo caso surge un *deber de debida diligencia estricta* frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda⁴⁸.

Por lo demás, resulta factible sistematizar las obligaciones diferenciando las que ostentan carácter general y otras específicas. Entre las primeras, encontramos lineamientos para políticas públicas, marcos normativos e institucionales y establecimientos de registros estadísticos. Las *obligaciones específicas*, por su parte, implican: evaluación adecuada y exhaustiva del riesgo por parte de personal especializado;

⁴⁷ Naciones Unidas, “La violencia contra la mujer en la familia”, informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/1999/68, del 10-3-99, párr. 25.

⁴⁸ “En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas”. Corte IDH, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, cit., párr. 283.

adopción de medidas de protección urgentes; puesta en marcha de sistemas de implementación, seguimiento y sanción de incumplimientos; articulación institucional y capacitación de operadores.

En relación con la capacitación en materia de perspectiva de género, en nuestro país se sancionó la Ley 27.499 (“Ley Micaela”) de Capacitación Obligatoria en la Temática de Género y Violencia contra las Mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Con anterioridad, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁴⁹, entre las “medidas de organización y gestión judicial” específicamente mencionan el establecimiento de “mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales” (39, *Coordinación*) y adopción de “medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad” (40, *Especialización*).

Va de suyo que la planificación y establecimiento de políticas de prevención, además de la proyección ética que ostentan por estar destinadas a evitar la comisión y perpetuación de prácticas violentas (y, en ese sentido, no son medidas de reacción frente al daño), se vinculan de modo necesario con los cambios culturales⁵⁰ que se requieren a largo plazo para neutralizar –y *transformar* luego– los efectos nocivos de lógicas de convivencia y comunicación que responden a factores estructurales de discriminación.

IV.6. *Deber de diligencia en la investigación y en el proceso penal.*
En este ámbito cabe realizar el mayor esfuerzo por develar los este-

⁴⁹ Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

⁵⁰ Para lograr la coherencia sistemática y axiológica del ordenamiento resulta imprescindible que se realicen con seriedad reformas de los planes educativos. Por ejemplo, en nuestro país, en el año 2006 se dictó la Ley 26.150 de “Programa Nacional de Educación Sexual Integral”; entre sus objetivos figura “procurar igualdad de trato y oportunidades para varones y mujeres”. En el plano de la dimensión sociológica, la difusión de los contenidos y objetivos del Programa y la implementación de dichas propuestas educativas han sido fundamentales en el proceso de develación de situaciones de abuso para muchas mujeres y niñas.

reotipos en el funcionamiento institucional. Máxime en la labor de las fuerzas de seguridad y de los operadores jurídicos, dado que la presencia de patrones estereotipados determina investigaciones deficientes que confluyen en la negación del acceso a la justicia a las víctimas.

Intentaré, en lo sucesivo, sistematizar las medidas a adoptar y los lineamientos de conformidad a las exigencias derivadas de los compromisos internacionales.

A) Entre las *obligaciones generales* se encuentra el deber de *iniciar “ex officio” y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o pueden estar involucrados agentes estatales*⁵¹.

Asimismo, garantizar el *efectivo acceso a la justicia de las víctimas*⁵² y la *imparcialidad e independencia de los actores del sistema de justicia* (jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia). De acuerdo con esta tesitura, la Recomendación General N° 33 sobre

⁵¹ Corte IDH, 16-11-2009, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 290. La Corte IDH tiene dicho en numerosos precedentes que el “deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”. Cfr. “Caso Anzualdo Castro vs. Perú”, supra nota 30, párr. 123, y “Caso Garibaldi vs. Brasil”, supra nota 252, párr. 113.

⁵² Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad constituyen una herramienta fundamental para orientar la vida práctica en los estrados judiciales. Dice Alicia Ruiz: “Asumir y superar la vulnerabilidad que niega a tantos el ingreso al rango de sujetos de derecho requiere la apertura a nuevos paradigmas epistemológicos para el discurso jurídico, juntamente con una radical profundización de las prácticas democráticas en los espacios públicos y privados (que debe abarcar a la justicia como órgano estatal) y una participación activa y permanente del Estado en su conjunto a través de la formulación y ejecución de las políticas públicas adecuadas. Paradójicamente necesita además de un Poder Judicial que no renuncie bajo ninguna circunstancia a su responsabilidad de controlar que las garantías no sean sólo palabras” (RUIZ, A., “Asumir la vulnerabilidad”, en Ministerio Público de la Defensa, *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Sección Doctrina, diseño y diagramación gráfica: Departamento de Comunicación Institucional, Defensoría General de la Nación, CABA, 2008, p. 15).

el acceso de las mujeres a la justicia establece que “los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa. Esto tiene consecuencias de gran alcance, por ejemplo, en el Derecho Penal, ya que dan por resultado que los perpetradores no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo de esta forma una cultura de impunidad. *En todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes*”⁵³—el destacado es de mi autoría—.

B) Entre las *obligaciones específicas* podemos mencionar:

b.1) *Investigación oficiosa, exhaustiva, con perspectiva de género y enfoque interseccional*. Producido el hecho con apariencia delictiva, se debe dar inicio de forma inmediata y sin dilaciones a las medidas tendientes al esclarecimiento de lo sucedido y de forma exhaustiva, es decir, agotando todos los medios legales disponibles.

Para cumplir con los estándares de *seriedad, objetividad y efectividad*, la Corte IDH, por ejemplo, ha especificado los principios rectores que es preciso observar en una investigación cuando se está frente a la muerte violenta de una mujer. Las autoridades estatales que conducen una investigación de este tipo deben intentar como mínimo, *inter alia*⁵⁴: (1) determinar la verdad sobre la base de elementos probatorios; (2)

⁵³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, del 3-8-2015, párr. 26.

⁵⁴ Corte IDH, “Caso Yarce y otras vs. Colombia”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 22-11-2016, N° 325, párrs. 279-282 y 294-296; 16-11-2009, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 300.

perseguir, arrestar, juzgar y sancionar a las personas responsables intelectual y materialmente del hecho punible. Con este fin, la investigación debe permitir: (i) identificar a la(s) víctima(s); (ii) determinar la causa, la forma, la ubicación y la hora de la muerte, así como toda modalidad o práctica que pueda haber provocado la muerte; (iii) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio, homicidio y feminicidio; (iv) recuperar y conservar los medios probatorios relacionados con la muerte y otras pruebas asociadas con la escena del crimen; (v) identificar a los posibles testigos; (vi) identificar y aprehender a la persona o a las personas que hubieran participado en el delito.

La aplicación del principio de exhaustividad de la investigación a la luz de la perspectiva de género del mismo modo incluye, por ejemplo, el deber de presumir el femicidio⁵⁵ en toda investigación por la muerte violenta de una mujer desde las primeras diligencias con el fin evitar omisiones irreparables⁵⁶. También resulta menester abordar debidamente los denominados “contextos femicidas” que implican “herramientas conceptuales que permiten a los/las operadores de justicia identificar los signos e indicios propios de cada escenario para guiar la investigación en todas sus fases (escena del crimen y del hallazgo del cuerpo, autopsia, circunstancias alrededor de los hechos, víctimas y victimarios)”⁵⁷.

⁵⁵ La ley 26.791 (2012) introduce los homicidios agravados por razones de género: femicidios y crímenes de odio. El Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (Mesecvi), que funciona en el ámbito de la OEA, adoptó la siguiente definición: “La muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión”. Mesecvi, “Declaración sobre el Femicidio”, OEA/Ser.L/II.7.10. MESECVI/CEDI/DEC.1/08, del 15-8-2008, pto. 2.

⁵⁶ “Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)”, elaborado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, fiscal a cargo: Mariela Labozzetta, edición: Dirección de Relaciones Institucionales, diseño: Dirección de Comunicación Institucional, Ciudad de Buenos Aires, septiembre de 2018, p. 27. Dicho Protocolo es una adaptación a la realidad y al contexto jurídico argentino del “Modelo de Protocolo Latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género –femicidio/feminicidio–” (Protocolo ONU), elaborado por la Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y ONU Mujeres.

⁵⁷ *Íd.*, p. 30.

El enfoque interseccional coadyuva para que los diversos factores de exclusión que se entrelazan sean debidamente valorados durante la investigación, tratando de dilucidar si operaron como factores determinantes de los hechos.

Nótese que la confluencia de dichos factores coadyuva a agravar la situación de vulnerabilidad, lo que suele ser interpretado como “escenarios de impunidad”.

b.2) *La correcta tipificación para visibilizar el componente de género inmerso en el caso concreto.* El terreno de la subsunción del marco fáctico en un tipo penal debe exponer la violencia de género que subyace en el caso, lo cual debe ser debidamente abordado con perspectiva de género en la construcción de la acusación y teoría del caso (que comprende el marco fáctico, jurídico y probatorio).

Así, por ejemplo, diversos protocolos sugieren la aplicación de la figura del femicidio (art. 80, inc. 11, CP), “aun cuando la conducta también pueda ser subsumida o concursar con otros incisos del artículo 80 sin alterar la escala penal, ya que su utilización tiene un fuerte impacto simbólico al visibilizar el elemento distintivo y característico del delito de femicidio, que es la violencia de género”⁵⁸.

De la misma manera, si la violencia desplegada no ha sido letal, pero se desplegó en un contexto de dominación y la agresión constituyó un riesgo de vida para la víctima⁵⁹, se recomienda que, desde las primeras diligencias, a fin de no perder pruebas decisivas, se considere la hipótesis de *tentativa de femicidio*.

La perspectiva de género también debe utilizarse en el análisis de los requisitos contenidos en el tipo. Por ejemplo, para definir los alcances del elemento objetivo del tipo “violencia de género” debe recurrirse a la Convención de Belém do Pará a nivel internacional, y a nivel nacional a la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres⁶⁰.

⁵⁸ Íd., p. 20.

⁵⁹ Considerando que “(1) las lesiones pueden no ser graves para constituir un peligro para la vida, y (2) una tentativa no necesariamente provoca daños físicos”. Íd., p. 25.

⁶⁰ La ley 26.485 normativiza, siguiendo los lineamientos axiológicos de la “Convención de Belém do Pará”, el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia (art. 2º, inc. d). En el art. 4º define la violencia de género en los siguientes términos: “Se

También, diversos protocolos de actuación sugieren que el requisito típico referido a la calidad de mujer de la víctima tiene su correlato conceptual en la Ley 26.743 de Identidad de Género, que define, en su artículo 2º, este concepto en función de la autopercepción de la persona acerca de su género.

b.3) *Libertad probatoria. Las especificidades en materia de género que complementan la concepción racionalista de la prueba.* El título adelanta una conclusión: en modo alguno se pretende instalar flexibilizaciones en materia de valoración probatoria o pautas de inversión de la carga de la prueba en perjuicio del imputado. Reconocer la importancia de introducir la perspectiva de género en materia probatoria no debería importar la claudicación de conquistas en materia de derechos y garantías que representan verdaderos avances civilizatorios. Lejos está el feminismo de invitar a una nueva *sombría fiesta punitiva*⁶¹.

Nuestro cimero tribunal en la conocida causa “Casal” precisa el contenido del método de la sana crítica racional (basada en los principios de la lógica formal –identidad, del tercero excluido, no contradicción y razón suficiente–, la experiencia y la psicología), en los siguientes términos: “no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado”⁶². Ahora bien, el principio de amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados consagrados en el artículo 16, inciso j, de la ley 26.485 implica que se deberán *tener en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos*.

entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

⁶¹ Michel Foucault utiliza esa expresión para referirse a la extinción de la fiesta punitiva que se verificó en los siglos XVIII y comienzos del XIX (FOUCAULT, M., “Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión”, 17ª ed., Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 1991, p. 16).

⁶² CSJN, 20-9-2005, “Casal, Matías Eugenio y otro s/Robo simple en grado de tentativa”, causa 1681, *Fallos*: 328:3399, consid. 29.

Asimismo, en el artículo 31 de dicha normativa se especifica que *se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.*

Precisamente, el análisis del contexto en que se realizan generalmente los hechos de violencia contra las mujeres (en el ámbito privado) indica que es frecuente que el único elemento de prueba directa con los que se cuenta sea el testimonio de la propia víctima. Por ello, la teoría del caso y la investigación debe estar orientada a la recopilación de otras pruebas indiciarias que brinden mayor solidez y credibilidad al testimonio de la víctima siempre que se efectúe con las debidas garantías, de manera tal que el involucrado pueda desvirtuar el relato de la denunciante si lo estima pertinente⁶³.

Por su parte, la Recomendación General N° 33 recomienda a los Estados que “Revisen las normas sobre pruebas y su aplicación específicamente en casos de violencia contra la mujer. Se deben adoptar medidas, teniendo debidamente en cuenta los derechos a un juicio justo de las víctimas y los defensores en los procedimientos penales, para asegurar que no se restrinjan excesivamente los requisitos probatorios, y que no sean excesivamente inflexibles o estén influenciados por estereotipos de género”⁶⁴.

La Corte IDH ha desarrollado el estándar de *valor reforzado del testimonio de la víctima* en los precedentes “Fernández Ortega” y “Rosendo Cantú”⁶⁵. En ambos supuestos se analizó la responsabilidad del

⁶³ En nuestro país existen numerosos precedentes que han incorporado la perspectiva de género en la valoración de la prueba frente al complejo fenómeno del testigo único. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en el caso “Newbery Grave”, ha establecido que el testimonio de la víctima es prueba suficiente para condenar si el mismo ha sido brindado de forma sólida, suficiente y verosímil, reconociendo en tal tesitura la importancia de la prueba indiciaria o de contexto que se incorporó al proceso y que respaldó el testimonio de la víctima (TSJ de la Ciudad de Buenos Aires, “Expte. N° 8796/12. Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en «Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos ‘Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/Inf. art. 149 bis, CP’»”, de fecha 13-9-2013).

⁶⁴ CEDAW/C/GC/33, 3-8-2015, párr. 51, inc. g.

⁶⁵ Corte IDH, 30-8-2010, “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas; 31-8-2010, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Estado por actos de violencia sexual cometidos por agentes militares. La violencia sexual es una forma paradigmática de violencia contra la mujer y representa “un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”⁶⁶. En ambos casos se hizo hincapié en el especial valor que tienen los testimonios, aun cuando contengan algunos aspectos que puedan ser considerados a priori imprecisiones o inconsistencias⁶⁷.

Luego, en el precedente “Espinoza Gonzáles”, a propósito de las distintas formas de violencia cometidas contra peticionarias privadas de su libertad en un contexto de violaciones sistemáticas de derechos humanos en el Perú, se estableció que “la falta de realización de un examen médico de una persona que se encontraba bajo la custodia del Estado, o la realización del mismo sin el cumplimiento de los estándares aplicables, no puede ser usado para cuestionar la veracidad de los alegatos de maltrato”⁶⁸, y que “en casos donde se alegue agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima”⁶⁹, en tanto son delitos que no siempre dejan lesiones verificables a través de dichos exámenes.

b.4) *Derechos de la víctima. Medidas de protección.* Los derechos de la mujer víctima⁷⁰ de un delito se deben respetar desde el inicio

⁶⁶ Corte IDH, 31-8-2010, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 89.

⁶⁷ Corte IDH, “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, cit., párrs. 104-108; “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, cit., párrs. 91-95.

⁶⁸ Corte IDH, “Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú”, sent. de 20-11-2014, Serie C, N° 289, párr. 152.

⁶⁹ Corte IDH, “Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú”, párr. 153.

⁷⁰ La ley 27.372 establece: “Artículo 2°. Se considera víctima: a) A la persona ofendida directamente por el delito; b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos”. Asimismo, se fija que la actuación de las autoridades responderá a los siguientes principios: rápida intervención, enfoque diferencial y no revictimización (art. 4°).

de las actuaciones, durante la investigación, la etapa de debate y, en su caso, en el período de la ejecución de la condena⁷¹. Esta protección reforzada que debe brindarse a las víctimas se encuentra expresamente contemplada en la Convención de Belém do Pará, en el artículo 4º, inciso g (“el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos”) y en el artículo 7º, inciso f (como deber a cargo de los Estados “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”).

Se seguirá en lo sucesivo las pautas fijadas en la ya citada Recomendación General N° 33 y las establecidas en la Ley 27.372 (2017) de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos.

Entre los derechos más relevantes cabe consignar: a) a que se le reciba de *inmediato la denuncia* del delito que la afecta; b) a recibir un *trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento*⁷²; c) a que se respete su *intimidad* en la medida que no obstruya la investigación; d) a requerir *medidas de protección*⁷³ para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes⁷⁴. La ley 27.372 establece en su artículo 5º que se presumirá la existencia de peligro si se tratare de víctimas de los siguientes delitos: delitos contra la vida, delitos contra la integridad sexual, delitos de terrorismo, delitos

⁷¹ Cfr. arts. 12 y 13 de la ley 27.372.

⁷² La Recomendación General N° 33 sugiere la *utilización de un criterio confidencial y con una perspectiva de género para evitar la estigmatización durante todas las actuaciones judiciales, incluida la victimización secundaria en casos de violencia, durante el interrogatorio, la reunión de pruebas y otros procedimientos relacionados con la investigación*. CEDAW/C/GC/33, del 3-8-2015, párr. 51, inc. h.

⁷³ Se destacan, entre otras, las previstas por los artículos 25 y 26 de la ley 26.485: prohibición de acercamiento del presunto agresor a las víctimas sobrevivientes y/o indirecta; prohibición al presunto agresor de la compra y tenencia de armas y el secuestro de las que estuvieren en su posesión, medidas de seguridad en el domicilio de la mujer o su familia.

⁷⁴ Cabe remarcar que la Recomendación citada supra extiende dicha protección a los defensores de los derechos humanos de las mujeres para que tengan acceso a la justicia y reciban protección contra hostigamientos, amenazas, represalias y violencia. CEDAW/C/GC/33, del 3-8-2015, párr. 15, inc. i.

cometidos por una asociación ilícita u organización criminal, delitos contra la mujer, cometidos con violencia de género; delitos de trata de personas; e) a ser *asistida en forma especializada* con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social, durante el tiempo que indiquen los profesionales intervinientes; f) a ser *informada* sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento; g) a que en las causas en que se investiguen delitos contra la propiedad las pericias y diligencias sobre las cosas sustraídas sean realizadas con la mayor celeridad posible; h) a intervenir como *querellante o actor civil* en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por la garantía constitucional del debido proceso y las leyes de procedimiento locales. Esto se complementa con el derecho a recibir el *patrocinio jurídico gratuito* necesario para ejercer sus derechos (art. 11 de la ley 27.372)⁷⁵; i) a *examinar documentos y actuaciones*, y a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado; j) a *aportar información y pruebas durante la investigación*; k) a ser *escuchada* antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente; l) a ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada; m) a *solicitar la revisión de la desestimación, el archivo o la aplicación de un criterio de oportunidad solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal*, cuando hubiera intervenido en el procedimiento como querellante; n) a que se adopten *prontamente las medidas de coerción o cautelares* que fueren procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores; ñ) a que le sean *reintegrados* los bienes sustraídos con la mayor urgencia; o) al *sufragio de los gastos que demande el ejercicio de sus derechos*, cuando por sus circunstancias personales se encontrare económicamente imposibilitada de solventarlos.

⁷⁵ En este sentido, se ha recomendado que los Estados Parte deben asegurar que los proveedores de asistencia jurídica y defensa pública sean competentes, sensibles a las cuestiones de género, respetuosos de la confidencialidad y que tengan el tiempo suficiente para defender a sus clientes. CEDAW/C/GC/33, del 3-8-2015, párr. 37, inc. b.

Existen, asimismo, medidas de protección específicas en orden a la situación de vulneración de derechos y las características del delito. En este sentido, las mujeres *víctimas de trata* tienen, además de los derechos mencionados supra, la posibilidad de solicitar su incorporación al Programa Nacional de Protección de Testigos (ley 25.764). Asimismo, se les debe informar la posibilidad de petitionar refugios o de retornar a su lugar de origen (ley 26.165).

Una lectura integral de los diversos derechos y garantías permite aseverar que se persigue *dignificar a la víctima y reforzar su posicionamiento subjetivo frente al conflicto*, en una lógica claramente inversa a los resultados que produjo la confiscación de las víctimas durante la Inquisición en aras del acrecentamiento del poder punitivo.

b.5) *Prohibición de derivar la resolución del conflicto a mediación y conciliación*. Si bien suele reconocerse a favor de dichos medios alternativos que pueden ofrecer mayor flexibilidad y reducir los costos y las demoras para las mujeres que solicitan justicia, pueden también dar lugar a nuevas violaciones de sus derechos y a la impunidad de los perpetradores debido a que éstos suelen actuar en base a valores patriarcales, produciendo un efecto negativo sobre el acceso de la mujer a los exámenes judiciales y los recursos; por ello se ha recomendado que se asegure que los casos de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, bajo ninguna circunstancia se remitan a cualquiera de los procedimientos alternativos de solución de controversias⁷⁶.

En nuestro país, muchas de las reformas realizadas en los Códigos Procesales Penales, que se sucedieron en las diversas jurisdicciones a los fines del establecimiento de modelos adversariales y acusatorios, propios de una política criminal racional, han incorporado, como solución alternativa, la *mediación penal*, proyectada como un procedimiento que tiene por objeto la reparación y/o compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a favor del lesionado, víctima u ofendido, generalmente pensada para causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial o hechos de escasa trascendencia o impacto social⁷⁷.

⁷⁶ CEDAW/C/GC/33, del 3-8-2015, párrs. 57 y 58, inc. b.

⁷⁷ Por ejemplo, el Reglamento de mediación penal –modificado por Acuerdo General

Ahora bien, de conformidad a los estándares internacionales, la ley 26.485⁷⁸, en su artículo 28, *in fine*, establece que quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación.

b.6) *Interpretación restrictiva del instituto de la suspensión del juicio a prueba*. Se advierte con facilidad que se propone una postura, que podríamos denominar *intermedia*, dado que la inviabilidad absoluta del instituto de la suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia de género puede, en determinados supuestos, implicar la vulneración de derechos del imputado y, en relación con la mujer víctima, podría representar la adopción de una postura paternalista que atente contra su dignidad, su ámbito de autonomía personal, frustrando la posibilidad de pacificar un conflicto aunque se verifique que se encuentran neutralizados los riesgos para la mujer.

Es sabido que nuestro máximo tribunal se ha expedido sobre el particular en el fallo “Góngora”, oportunidad en la cual determinó “que prescindir en el *sub lite* de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la ‘Convención de Belém do Pará’ para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados”⁷⁹.

Ahora bien, sin perjuicio del valor que debe reconocerse a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país como intérprete máximo de nuestra Constitución Nacional, el apartamiento de dicho plausible precedente podría encontrar fundamento en diferencias relativas a las circunstancias particulares del hecho cuando se demuestre que la concesión del beneficio en el caso concreto no vulnera los compromisos internacionales de la Convención de Belém do Pará.

Nº 33/2014, del 22-10-2014— de la Provincia de Entre Ríos prohíbe la realización ante la comisión de determinados delitos graves de violencia contra la mujer (art. 5º, inc. c).

⁷⁸ Dicha ley contiene disposiciones de orden público, excepto las de carácter procesal, contenidas en el Capítulo II del Título III; por ello establece que las jurisdicciones locales, en el ámbito de sus competencias, dictarán sus normas de procedimiento o adherirán al régimen procesal previsto en la presente ley. Por el contrario, los derechos y garantías mínimos de procedimientos judiciales y administrativos, establecidos en el Capítulo I del Título III, rigen en todo el país. Por ejemplo, la Provincia de Santa Fe adhiere por ley 11.348 y la Provincia de Entre Ríos mediante ley 10.058.

⁷⁹ CSJN, 23-4-2013, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/Causa Nº 14.092”, Fallos: 336:392, consid. 7º.

En esta tesitura, por ejemplo, se inscribe lo decidido por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en el caso “Robattino”, en la medida que decide la inaplicabilidad al caso del precedente “Góngora”: “cuando razones de política criminal valoradas racional e integralmente por el agente fiscal lo lleven a éste a considerar que se garantizan los derechos reconocidos a la víctima y el beneficio aparece como una medida proporcional para lograr la componenda del conflicto de base, su otorgamiento no contraría lo dispuesto por las convenciones internacionales”⁸⁰. Para la resolución del caso se consideró que se le brindó a la víctima la debida intervención y se le permitió expresar su opinión –a favor de la procedencia del instituto, con la aclaración de que se instrumenten medidas para evitar posibles molestias por parte del imputado–.

Entonces, si bien resulta atendible partir del consenso básico relativo a la interpretación restrictiva del acceso a la suspensión del juicio a prueba o a otros procedimientos alternativos al juicio penal en los casos de violencia de género, *tal eventualidad no debe considerarse absoluta o insuperable* si se verifican los siguientes recaudos: hechos en los cuales no se avizore la posibilidad cierta de reiteración de los abusos motivantes u otro tipo de conflictos; que se garantice la debida consideración de la opinión de la víctima, luego de brindarle información suficiente al respecto. Asimismo, puede evaluarse la posibilidad de brindar medidas de protección y asistencia interdisciplinaria.

b.7) *Articulación institucional. Adopción de protocolos.* En los casos de violencia contra la mujer el correcto abordaje debe garantizar el acceso a los centros de crisis, la asistencia financiera, los refugios, las líneas de emergencia y los servicios médicos, psicosociales y de orientación⁸¹.

Para ello resultará fundamental que se pueda articular con diversos actores y organismos del Estado nacional, provincial o municipal y de la sociedad civil, de conformidad a la estrategia de abordaje que resulte adecuada en función de las circunstancias concretas del caso.

En este sentido, la ley 26.485 establece como lineamiento de política

⁸⁰ STJ de Entre Ríos, “Robattino, Juan Omar. Amenazas reiteradas”, sent. del 30-10-2013, expte. 4407.

⁸¹ CEDAW/C/GC/33, del 3-8-2015, párr. 16, inc. b.

estatal el fortalecimiento técnico a las jurisdicciones (art. 10), para garantizar, entre otras, la atención coordinada: con el área de salud para que brinde asistencia médica y psicológica y con el área social para la implementación de los programas de asistencia destinados a promover el desarrollo humano, de asistencia económica para el autovalimiento de la mujer y de acompañantes comunitarios para el sostenimiento de la estrategia y el fortalecimiento integral de la mujer.

Asimismo, se establece como política pública (art. 11) que el Estado nacional deberá implementar el desarrollo de las siguientes acciones prioritarias, promoviendo su articulación y coordinación con los distintos Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo nacional, jurisdicciones provinciales y municipales, universidades y organizaciones de la sociedad civil con competencia en la materia.

IV.7. *Deber de diligencia en la sanción y reparación.* El artículo 7º de la Convención de Belém do Pará consagra el deber de los Estados Parte de garantizar por todos los mecanismos judiciales y administrativos necesarios el acceso efectivo al resarcimiento y la reparación del daño.

En el ámbito regional del sistema de protección de derechos la Corte IDH ha desarrollado los alcances de dicho deber de diligencia reforzado –que en este nivel se engloba bajo la figura de la *reparación integral*– en el “Caso Campo Algodonero”.

Entre las *obligaciones generales*, se destaca aquel deber de *no impunidad* que se relaciona fuertemente con el componente preventivo; el desarrollo de dicho estándar implica que “el Estado está obligado a combatir dicha situación de impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos [...] Dicho derecho a la verdad exige la determinación de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones”⁸².

Debe aquí, a modo de breve digresión, realizarse una advertencia fundamental: la Corte IDH interviene en casos graves vinculados a

⁸² Corte IDH, 16-11-2009, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 454.

situaciones estructurales de violaciones de derechos humanos capaces de involucrar la responsabilidad internacional de los Estados y que demandan la adopción de medidas de reparación idóneas a fin de evitar que se sigan provocando nuevas violaciones de derechos humanos. Por ello, por ejemplo, entre las obligaciones específicas, encontramos: por un lado, las *medidas de satisfacción*, que se dirigen a reparar, en cuanto fuera posible, el daño inmaterial que no tiene un alcance pecuniario y por lo tanto no se puede valorar. Además, pretenden tener repercusión social a través del reconocimiento público de la responsabilidad estatal y la difusión de lo sucedido⁸³ (v. gr., publicación de la sentencia, construcción de un lugar o monumento en memoria de las mismas); por otro, las *garantías de no repetición*⁸⁴, que persiguen evitar que se reiteren violaciones a los derechos humanos como las sucedidas en el caso particular y que también poseen una dimensión simbólica que busca impactar en la comunidad a la que pertenecen las víctimas (v. gr., diseño de una política integral, coordinada y de largo plazo para garantizar que los casos de violencia contra las mujeres sean prevenidos e investigados, los responsables procesados y sancionados, y las víctimas reparadas; estandarización de los protocolos, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, para combatir desapariciones y homicidios de mujeres y los distintos tipos de violencia contra las mujeres).

No obstante, en el juzgamiento de los autores individuales luego de la etapa del debate y en la evaluación de la reparación integral de la víctima, a título meramente enunciativo, pueden consignarse las siguientes obligaciones particulares:

- a) Utilización en la sentencia de calificaciones legales apropiadas y acordes a la gravedad del hecho, respetando los límites del principio de culpabilidad.
- b) Otorgamiento de una *indemnización* a la víctima. El acceso a la reparación puede concretarse tanto en el ámbito de la justicia civil como penal (arts. 29 y 30, CP y 1708, CCyC). La/el damnificada/o puede constituirse durante el proceso en actor

⁸³ Íd., párr. 465.

⁸⁴ Íd., párrs. 474 y ss.

civil (arts. 87 y ss., CPPN) y las acciones de indemnización por daños pueden entablarse contra el/los victimario/s, contra el Estado y/o contra terceros particulares que hubiesen tenido el deber de actuar en la prevención de estos hechos⁸⁵. En este contexto resulta interesante la estrategia propuesta por el Protocolo elaborado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres en los casos en que la víctima no se presente como “actora civil”; recomienda solicitar de oficio una acción destinada a demandar la reparación, denominada “acción civil *in forma pauperis*”, en el marco del artículo 29 del Código Penal (la legitimación del MPF para impulsar este tipo de medidas se basa en su condición de encargado de promover la defensa de los intereses de la sociedad, art. 1º de la LOMPF, ley 27.148). Para impulsar esta acción, corresponde que las/os fiscales aseguren que durante el proceso la/el legitimada/o exprese su voluntad de obtener una indemnización y se fije un monto para determinar la pretensión⁸⁶.

- c) *Medidas de rehabilitación para las víctimas*, lo cual comprende la atención médica y psicológica y otros servicios sociales⁸⁷.

V. Conclusión a tientas

La incorporación de la perspectiva de género como principio informador de todas las políticas públicas representa una instancia ética de consenso universal que, en el ámbito específico de la persecución penal, representa una particular enfoque de política criminal orientada a visibilizar las prácticas violentas que se originan en los patrones estructurales de discriminación, a lograr el empoderamiento de las mujeres víctimas, el respeto a su dignidad y el efectivo esclarecimiento

⁸⁵ La Recomendación General N° 33 sugiere a los Estados la creación de fondos específicos para las mujeres a fin de asegurar que reciban una reparación adecuada en situaciones en que los individuos o entidades responsables de violar sus derechos humanos no puedan o no quieran proporcionar esa reparación. CEDAW/C/GC/33, del 3-8-2015, párr. 19, inc. d.

⁸⁶ “Protocolo...” cit., p. 95.

⁸⁷ CEDAW/C/GC/33, del 3-8-2015, párr. 19, inc. b.

y eventual juzgamiento de los hechos de violencia de género. Para salvaguardar la racionalidad de dicho modelo y el profundo contenido axiológico de sus postulados se deberán compatibilizar sus finalidades y objetivos con los derechos y garantías que se reconocen a favor de toda persona inculpada de un delito. La eficacia, por su parte, demanda el esfuerzo por generar medidas integrales y con intervención y articulación de todos los niveles y organismos del Estado y de la sociedad civil. Frente a dicha complejidad, la lectura estratégica permite lograr la identificación de los desafíos, la ordenación de los recursos y la proyección racional y realista de objetivos y metas para dar cumplimiento a los compromisos internacionales.

Bibliografía

- BUOMPADRE, Jorge E., “Derecho Penal. Parte especial”, 2ª ed. act., Resistencia, ConTexto, 2019.
- CASTELLS, Carme, “Perspectivas feministas en teoría política”, Barcelona, Paidós, Estado y Sociedad, 1996.
- CIURO CALDANI, Miguel Á., “Estrategia jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011.
- ENGELS, Friedrich, “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”.
- FACIO, Alda y FRIES, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, en Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires (núm. 6), Año 3, primavera de 2005.
- FOUCAULT, Michel, “Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión”, 17ª ed., Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 1991.
- HABERMAS, Jürgen, “La inclusión del otro. Estudios de teoría política”, Barcelona, Paidós, 1999.
- KANT, Immanuel, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, trad. de José Mardomingo, edición bilingüe, Ariel, Barcelona, 1999.
- LARRANDART, Lucila, “Control social, Derecho Penal y género”, en BINGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo*, en Colección Identidad, Mujer y Derecho, Buenos Aires, Biblos, 2000.
- LERNER, Gerda, “La creación del patriarcado”, trad. castellana de Mónica Tusell, Barcelona, Crítica, 1990.
- LÉVI-STRAUSS, Claude, “The Elementary Structures of Kinship”, Boston, 1969.

- MOCCIA, Sergio, “El Derecho Penal, entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica”, Montevideo-Buenos Aires, BdF, 2003.
- OAKLEY, Ann, “Sex, Gender and Society”, Londres, Temple Smith, 1972.
- Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios), elaborado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, fiscal a cargo: Mariela Labozzetta, edición: Dirección de Relaciones Institucionales, diseño: Dirección de Comunicación Institucional, Ciudad de Buenos Aires, septiembre de 2018.
- RUBIN, Gayle, “El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo”, en Nueva Antropología (núm. 30), 1986.
- RUIZ, Alicia, “Asumir la vulnerabilidad”, en Ministerio Público de la Defensa, *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Sección Doctrina, CABA, diseño y diagramación gráfica: Departamento de Comunicación Institucional, Defensoría General de la Nación, 2008.
- SCOTT, Joan, “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, en AMEL, James y NASH, Mary, *Historia y género. Las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*, España, Edicions Alfons el Magnànim, Institució Valenciana d’Estudis i Investigació, 1990.
- STOLLER, Robert, “Sex and Gender”, New York, Science House, 1968.
- WEBER, Max, “Economía y sociedad”, Fondo de Cultura Económica, México.
- ZAFFARONI, Eugenio R., “El discurso feminista y el poder punitivo”, en BINGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo*, en Colección Identidad, Mujer y Derecho, Buenos Aires, Biblos, 2000.

2020

EL DERECHO A LA RENTA BÁSICA O INGRESO CIUDADANO UNIVERSAL¹

por MARTA FELPERIN²

Existe una divergencia en el tiempo que viene: podríamos salir de esta situación imaginando una posibilidad que hasta ayer parecía impensable: redistribución del ingreso, reducción del tiempo de trabajo. Igualdad, frugalidad, abandono del paradigma del crecimiento, inversión de energías sociales en investigación, en educación, en salud. No podemos saber cómo saldremos de la pandemia cuyas condiciones fueron creadas por el neoliberalismo, por los recortes a la salud pública, por la hiperexplotación nerviosa. Podríamos salir de ella definitivamente solos, agresivos, competitivos. Pero, por el contrario, podríamos salir de ella con un gran deseo de abrazar: solidaridad social, contacto, igualdad. El virus es la condición de un salto mental

¹ Frente a la pandemia que nos está asolando, este artículo que había quedado en gatera da cuenta de una posible vía ante tan dramática situación. Por ello, creemos que algún tipo de renta básica universal, alguna modalidad de la misma, sería oportuno y necesario (el gobierno nacional ha avanzado en la implementación de algunas medidas que toman algunas de sus características). Por decreto PEN 310/2020 del 24-3-2020 se establece: “Institúyese con alcance nacional el ‘Ingreso Familiar de Emergencia’ como una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional destinada a compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria declarada por el Decreto N° 260/20, y demás normas modificatorias y complementarias”. En principio iba a ser un pago único de \$ 10.000 en el mes de abril, pero luego se decretó un segundo pago para el mes de junio. Es compatible con la Asignación Universal por Hijo y por Embarazo. Durante los primeros días del mes de junio, el presidente Alberto Fernández se pronunció a favor de un salario universal.

² Abogada laboralista y docente de la Facultad de Derecho, UNR (martafelperin@gmail.com).

que ninguna prédica política habría podido producir. La igualdad ha vuelto al centro de la escena. Imaginémosla como el punto de partida para el tiempo que vendrá³.

El derecho a la renta básica o ingreso ciudadano universal, que asegura a toda persona, con independencia de su edad, sexo, orientación sexual, estado civil o condición laboral, el derecho a vivir en condiciones materiales de dignidad. A tal fin, se reconoce el derecho a un ingreso monetario e incondicional periódico sufragado con reformas fiscales y a cargo de los presupuestos del Estado, como derecho de ciudadanía, a cada miembro residente de la sociedad, independientemente de sus otras fuentes de renta, que sea adecuado para permitirle cubrir sus necesidades básicas⁴.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. De qué hablamos cuando hablamos de la RBU. 2.1. Las

³ BERARDI, F., “Crónica de la Psicodeflación #1”, crónica, en Caja Negra Editora, cajanegraeditora.com.ar/blog/cronica-de-la-psicodeflacion, 21-2-2020.

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes (DUDHE), art. 1º, tercer punto. Durante el Foro Universal de las Culturas de Barcelona en el mes de septiembre de 2004, el Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC) organizó unas jornadas de diálogo con el título “Derechos Humanos, necesidades emergentes y nuevos compromisos”. El resultado fue el Proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes, un documento que durante los tres años siguientes se debatió en diferentes espacios de discusión. Finalmente, en el marco del II Foro Universal de las Culturas, celebrado en Monterrey en 2007, se aprobó la DUDHE. La misma es un instrumento programático de la sociedad civil internacional dirigido a los actores estatales y a otros foros institucionalizados para la cristalización de los derechos humanos en el nuevo milenio. Surge de un proceso de discusión que tiene como origen un diálogo organizado por el IDHC en el marco del Foro Universal de las Culturas ya mencionado. El punto de partida de la Declaración es la idea de que la sociedad civil desempeña un papel fundamental a la hora de afrontar los retos sociales, políticos y tecnológicos que plantea la sociedad global contemporánea. Para ello se dota de la DUDHE, un instrumento adicional para facilitar el conocimiento y el debate en torno a los derechos humanos. La DUDHE no pretende sustituir ni cuestionar los instrumentos nacionales o internacionales de protección de los derechos humanos existentes en la actualidad. No pretende negar ni descalificar la vigencia general de la Declaración Universal de Derechos Humanos, más bien pretende actualizarla y complementarla desde una nueva perspectiva, la de la ciudadanía participativa.

características de la RBU. 3. Fundamentación filosófica de la RBU. 4. Fundamentación económica de la RBU. 4.1. Su viabilidad: el gran desafío de esta figura es si es viable técnica y económicamente. 5. El IBU en la actualidad. 5.1. Movimientos sociales, organizaciones, institutos que lo promueven. 5.2. Países que los incorporan en sus políticas públicas y proyectos de ley. 5.2.1. América. 5.2.2. Europa. 5.2.3. Asia. 5.2.4. África. 6. Interrogantes y premisas. Bibliografía.

Resumen

La idea de una renta básica universal o ingreso ciudadano es un concepto que, si bien desde el Renacimiento ocupó a algunos autores, tomó fuerza y vigencia en los últimos 30 años. La actual pandemia –que está haciendo cimbrar nuestras sociedades– y sus estructuras económicas y sociales nos han permitido pensar en distintas formas de organización, más solidarias y más igualitarias, retomando, entonces, la posibilidad –ya cierta– de su implementación. Por lo tanto, ahondaré en el concepto de renta básica universal, consignaré los actuales intentos de implementación en distintos países y focalizaré en su viabilidad, sin dejar de interpelarme desde un punto de vista filosófico y ético, concluyendo con una serie de afirmaciones y preguntas.

Abstract

The idea of a universal basic income or citizen income is a concept that, although it has occupied some authors since the Renaissance, has gained strength and validity in the last 30 years. The current pandemic –which is shaking our societies– and its economic and social structures has allowed us to think about different forms of organization, more supportive and more egalitarian, taking up, then, the possibility –and certainly– of its implementation. Therefore, i will delve into the concept of universal basic income, record current attempts at implementation in different countries and focus on its viability, while continuing to question myself from a philosophical and ethical point of view, concluding with a series of statements and questions.

Palabras clave

Renta básica universal. Solidaridad. Viabilidad.

Keywords

Universal basic income. Solidarity. Viability.

1. Introducción⁵

Si bien hace unas tres décadas se comenzó a hablar de renta básica universal (RBU), esta idea no había pasado al plano político y de las propuestas, circunscribiéndose al ámbito académico. Pero, desde hace una década y luego de las crisis mundiales de los últimos doce años, distintos países han comenzado a tratarla desde las propias instancias gubernamentales, y –también– ha sido incorporada a las plataformas de propuestas electorales de distintos partidos.

⁵ Esta idea no es nueva; ya Thomas Paine había afirmado en su escrito intitulado “Agrarian Justice” de 1795: “...it is a right, and not a charity, that I am pleading for [...] To create a National Fund, out of which there shall be paid to every person, when arrived at the age of twentyone years, the sum of fifteen pounds sterling, as a compensation in part, for the loss of his or her natural inheritance, by the introduction of the system of landed property” (“...es un derecho, y no caridad, por lo que estoy alegando [...] Crear un Fondo Nacional, del cual se pagará a cada persona, cuando llegue a la edad de veintiún años, la suma de quince libras esterlinas, como compensación en parte, por la pérdida de su herencia natural, por la introducción del sistema de propiedad de la tierra”). Ver PAINE, T., “Agrarian Justice”, edición digital, 1999, en www.grundskyld.dk y www.piketty.pse.ens.fr/files/Paine1795.pdf, 28-4-2020. Pero quien por primera vez habló de un ingreso mínimo para todos fue Tomás Moro en “Utopía” (MORO, T., “Del estado ideal de una república en la nueva isla de Utopía”, Lovaina, Bélgica, 1516), en conversación entre un viajero portugués y el Arzobispo de Canterbury acerca de que la mejor manera de luchar contra los ladrones no es el castigo sino asegurar un ingreso mínimo (“...Instead of inflicting these horrible punishments, it would be far more to the point to provide everyone with some means of livelihood, so that nobody’s under the frightful necessity of becoming, first a thief, and then a corpse”). No obstante, según los historiadores la tomó de su amigo valenciano Juan Luis Vives, quien huyó de la Inquisición y se estableció en el año 1512 en Brujas, y fue uno de los primeros pensadores sobre un Estado de Bienestar. También vale citar a Condorcet, quien fuera condenado a muerte en 1794, y en prisión escribió un libelo en el que hablaba acerca de la reducción de la desigualdad por medio de un seguro social. La idea fue retomada por los socialistas utópicos (1848-1849). En los primeros años del siglo XX Bertrand Russell escribió sobre un ingreso mínimo para cubrir las necesidades, independientemente de si se trabaje o no, acercándose totalmente al actual concepto. Pero en líneas generales, los objetivos que pretendían eran la erradicación de la pobreza, la reducción de la desigualdad, la injusticia social y la emancipación de la persona.

Sus propiciantes conciben a la misma como un complemento de la sociedad de bienestar que en modo alguno sustituiría a la salud, a la educación pública ni a otras funciones que son consideradas como propias del Estado, y reemplazaría a distintas clases de subsidios, por ejemplo, el de desempleo. Es decir, el Estado sustituye todos o casi todos los subsidios directos por un pago mensual –también directo– que cada persona puede gastar como desee. A priori, parecería ser una reestructuración enorme del gasto público.

No obstante, sostienen que la renta básica es una inversión; de esta manera lo considera uno de sus principales propulsores, el joven historiador holandés Rutger Bregman, quien en su libro “Utopía para realistas”⁶ sistematiza las experiencias realizadas en distintos lugares y épocas, y repasa los argumentos en favor (y también en contra) de la iniciativa. Este autor defiende a la renta básica argumentando que permitiría a la gente desestimar trabajos que realmente no quiere. Y si bien hay quienes han considerado a Bregman como antisistema, en tanto resalta la capacidad del capitalismo en generar trabajos inútiles, el propio autor se ha encargado de defender al capitalismo en su libro, al afirmar que es un “motor de prosperidad”, y agregar que es una plataforma sobre la que arrancar y que le concederá a todo el mundo una herramienta para arriesgarse y emprender.

Uno de los principales objetivos de la evidencia recopilada por Bregman es desmitificar la crítica de que entregar dinero a cambio de nada es estimular la vagancia. El autor expone las conclusiones de un proyecto piloto implementado por la organización Broadway Cares en Londres durante 2009, que consistió en entregar 3 mil libras a 13 indigentes. En todos los casos, de acuerdo al estudio, la ayuda “empoderó” a los beneficiarios⁷.

En España, Lluís Torrens juntamente con Jordi Arcarons y Daniel Raventós vienen bregando por la implementación de una RBU, foca-

⁶ BREGMAN, R., “Utopía para realistas”, Salamandra, Colección Narrativa, Barcelona, 2017.

⁷ MERCATANTE, E., “Renta básica universal. ¿Una solución capitalista a los males del capitalismo?”, en diario *La Izquierda*, semanario del 1-7-2018; disponible en www.laizquierdadiario.com/Renta-basica-universal-una-solucion-capitalista-a-los-males-del-capitalismo, 28-4-2020.

lizando su propuesta y estudio en el aspecto económico y de financiamiento. A tales efectos, el primer autor nombrado sostiene:

Los dos elementos cruciales que están afectando al capitalismo y su capacidad de trasladar la riqueza generada hacia toda la sociedad son la globalización y la revolución tecnológica. La globalización ha supuesto una desindustrialización de los países avanzados en favor de China y la cada vez más difícil substitución de los puestos de trabajo destruidos (que se hallaban entre los más protegidos y estables) por nuevos puestos de trabajo más precarios. Y esto ha servido para disciplinar a la masa de trabajadores industriales, que en el caso de las multinacionales no sólo deben competir con el mercado sino con las propias factorías de la empresa distribuidas a lo largo del mundo⁸.

El factor principal de esta capacidad disciplinaria es la existencia de una gran parte de población que debe trabajar para tener ingresos [...] que está precisamente sin empleo. Cuando la posibilidad de despido se convierte en algo cada vez más frecuente en una situación de crisis, la población trabajadora está más dispuesta a aceptar condiciones laborales peores. La RB representaría una herramienta muy poderosa para debilitar esta capacidad disciplinadora del capital⁹.

Por otra parte, hay quienes sostienen que el mal está en el propio capitalismo, que es endémico, y que más temprano o más tarde el propio sistema impedirá la existencia de sociedades más justas y distributivas, que ello no es posible sin cambios sistémicos. Afirman que las crisis económicas no son un mal pasajero ni una alteración excepcional que debe corregirse para volver al “orden natural” de las cosas. Y agregan que el capitalismo necesita de la explotación (en forma creciente) de la única fuente que sostiene las ganancias del capital, es decir, la fuerza de trabajo; por ende, jamás sostendrá una robotización generalizada¹⁰.

⁸ URIBARRI, I., “Entrevista: Lluís Torrens Mèlich”, en *Galde*, núm. 18, primavera de 2017; disponible en www.galde.eu/es/entrevista-lluis-torrens-melich, 6-4-2020.

⁹ RAVENTÓS, D.; ARCARONS, J. y TORRENS, L., “La renta básica incondicional y cómo se puede financiar. Comentarios a los amigos y enemigos de la propuesta”, en Red Renta Básica, www.redrentabasica.org/rb/la-renta-basica-incondicional-y-como-se-puede-financiar-comentarios-a-los-amigos-y-enemigos-de-la-propuesta, 26-7-2017.

¹⁰ KALECKI, M., “Political Aspects of full employment”, en MR Online, mronline.org/2010/05/22/political-aspects-of-full-employment, 26-3-2020, afirma que cuanto más se distancia la economía del pleno empleo, más duros son los efectos de este

No obstante, desde distintos grupos de izquierda se avala y se fomenta a la RBU, radicando la mayor diferenciación en los modos o formas de financiamiento y en las reformas de las estructuras fiscales propuestas, priorizando posturas realistas y empáticas focalizadas en la búsqueda de la superación de múltiples pobreza del hoy.

La posibilidad de la superación de múltiples pobreza y la referencia a este concepto superador de la carencia económica resultan importantes. Cuando los distintos grupos y movimientos se refieren a múltiples pobreza lo hacen dentro de la línea trabajada por María Teresa Sirvent, quien afirmaba que más allá de la pobreza económica, hay pobreza educativas, culturales y políticas, y que están basadas en la desigualdad, con una alta concentración de recursos en pocas manos, con grandes brechas entre ricos y pobres; el concepto de múltiples pobreza abarca el estudio de una compleja realidad de “pobreza” en relación con carencias en la satisfacción de necesidades fundamentales, pero no tan obvias, como la necesidad de pensamiento reflexivo o de entendimiento y la necesidad de participación social y política¹¹.

Dentro de estos grupos de propiciantes de la RBU hay quienes tienen gran preocupación por las libertades políticas y amplían su espectro de cobertura a las posibilidades de autonomías personales sin necesidad de tener que vender su fuerza de trabajo. Sobre todo, referencian a la “carencia en la satisfacción de otras necesidades humanas”, siendo una de las principales la “pobreza de protección”, que tiene que ver con “...la violencia que significa una cultura de la amenaza y el miedo a la pérdida del empleo, a la inestabilidad laboral, a la sanción por el disenso...”¹²

En la plataforma de la “Red Argentina de Ingreso Ciudadano” (RedAIC) puede leerse en su presentación que

- 1) debería existir una red de seguridad en el ingreso que garantice que ninguna persona caiga por debajo de ella, que sea de fácil acceso y que

factor disciplinario sobre la fuerza de trabajo. La razón de ello es que, al enfrentarse a mayores probabilidades de perder el empleo, los trabajadores se sentirán más vulnerables y aceptarán salarios más bajos e incluso peores condiciones de trabajo.

¹¹ SIRVENT, M.^a T., “Multipobrezas, violencia y educación”, en IZAGUIRRE, I. (coord. y comp.), *Violencia social y derechos humanos*, Eudeba, Buenos Aires, 1996, p. 198.

¹² *Íd.*, p. 199.

no estigmatice a los ciudadanos/as, y 2) esta red de seguridad debería ser un piso o una base desde donde las personas puedan desarrollar libremente su capacidad para generar ingresos propios y no un mecanismo que genere dependencia con respecto a la asistencia del Estado¹³.

Todos estos conceptos son desarrollados en los fundamentos de la RBU.

2. De qué hablamos cuando hablamos de la RBU

El concepto de renta básica que desarrollaré es el que establece una renta básica individual, incondicionada y universal, la que también suele llamarse renta de ciudadanía, subsidio universal garantizado, ingreso ciudadano, ingreso mínimo, renta garantizada, asignación monetaria incondicional, salario del ciudadano, dividendo social, subsidio universal, pero –reitero– su carácter distintivo con respecto a otras figuras o institutos es el carácter individual, incondicionado y para todos. Y si bien podemos encontrar leves matices entre las distintas propuestas y sus sostenedores, los mismos –en general– recaen sobre los modos y fuentes de financiamiento.

No es un subsidio, no requiere ningún requisito, salvo el de la ciudadanía o residencia, y eso dependerá de las legislaciones de cada país; tampoco es temporal (se lo concibe *sine die*) y no exige ningún tipo de contraprestación o condicionamiento, ni sería objeto de rendición de cuentas.

La renta básica se percibiría solamente por el hecho de existir como miembro de la ciudadanía –o por disponer de la residencia acreditada–. Esto es, independientemente del sexo o de la etnia de pertenencia, o del nivel de ingresos de que se disponga, o de la opción sexual, o de la confesión religiosa profesada, o de la convicción en la inexistencia de cualquier ser sobrenatural. Así que la renta básica es una propuesta con características formales de laicidad, incondicionalidad y universalidad exactamente idénticas a las del sufragio universal democrático¹⁴.

¹³ Red Argentina de Ingreso Ciudadano, “¿Qué es Ingreso Ciudadano?”, en Ingreso Ciudadano, ingresociudadano.com.ar/que-es-ingreso-ciudadano, 28-4-2020.

¹⁴ RAVENTÓS, D., “Los retos de la economía 2016: Renta básica contra la incertidumbre”, en *RBA coleccionables* (núm. 038), Barcelona, julio de 2017, p. 4.

Es incondicionado porque no requiere ningún tipo de contraprestación (no se requiere trabajar, como sí ocurre con el salario), ni tampoco requiere de ningún otro tipo de condición o requisitos (incapacidad –jubilación por invalidez–, desempleo –seguro o subsidio por desempleo–), poseer determinada cantidad de hijos y no contar con trabajo, o no poseer ingresos habituales, etcétera (programas asistenciales focalizados).

Desde los grupos propugnantes sostienen que su aplicación depende de decisiones políticas que no tomen sólo una parte de estas propuestas, desde que las mismas tienen una potencialidad de transformación en la distribución de los recursos que repercutirá en forma directa e inmediata en la calidad de vida de las sociedades.

2.1. *Las características de la RBU*

1. *Periódica*: Debe pagarse a intervalos regulares (por ejemplo, mensual), no en un solo pago.
2. *Pago en efectivo*: Es decir, debe utilizarse un adecuado medio de cambio, que le permita a quien lo recibe decidir la forma en que desea utilizarlo. Tampoco deben entregarse *vouchers* para ser utilizados en determinados comercios o lugares.
3. *Individual*: Es personal, no corresponde por familia ni por otro tipo de condición.
4. *Universal*: Para todos, sin necesidad de acreditación o condición alguna.
5. *Incondicional*: Sin necesidad de contraprestación alguna.

3. **Fundamentación filosófica de la RBU**

Quienes proponen este instituto lo hacen como forma de adelantarse a un futuro que vislumbran distópico, argumentando acerca de la justeza de la medida. A su vez, a fin de consolidar su postura y demostrar su viabilidad, en los últimos tiempos se han comenzado a elaborar cada vez más medulosos trabajos tomando como insumos economías reales de diferentes países.

En el título anterior me referí a aquellos autores que propugnan

esta figura como medida viable para superar las múltiples pobreza en la actualidad, siempre dentro del sistema existente.

La mayoría de los autores, así como los ya citados autores españoles Arcarons, Torrens y Raventós¹⁵, parten de la justificación de la RBU desde la perspectiva del republicanismo democrático. Dentro de esta línea podemos citar en Argentina al economista Ruben Lo Vuolo¹⁶.

Ahora bien, la noción de republicanismo está atravesada por la historia y las geografías, pudiendo remontarnos a la Antigua Roma. No obstante, a fin de dar cierto contorno de precisión cito a Roberto Gargarella, quien describe cuáles son rasgos constantes y cómo se articulan los engranajes fundamentales del republicanismo, quien al respecto dice:

Ante todo, en su rechazo de la dominación y la tiranía, el republicanismo reivindicó una idea robusta de libertad. Dicha libertad precisaba, para su sostenimiento, de la virtud de los ciudadanos; y dicha virtud, a su vez, requería de ciertas precondiciones políticas y económicas. Un buen gobierno, así, debía contribuir a mantener y desarrollar estas precondiciones, y apoyar la presencia de ciudadanos virtuosos, políticamente activos. Quedamos aquí de este modo enfrentados a lo que tal vez represente la principal enseñanza del viejo republicanismo para nuestros días: la idea de que el autogobierno exige que las instituciones básicas de la sociedad –y así, el modo en que se organiza el sistema de gobierno, y el modo en que se regula la economía– queden bajo pleno control de los ciudadanos, y se orienten a favorecer el ideal de ciudadanía asumido por ellos [...] En cuanto a las instituciones políticas de la sociedad, podría decirnos el republicanismo, ellas deberían orientarse, en primer lugar, a asegurar la independencia de las personas: a asegurar su no dominación¹⁷.

¹⁵ ARCARONS, J.; RAVENTÓS, D. y TORRENS, L., “La renta básica incondicional: una propuesta racional para el siglo XXI”, en *Nota d’Economia*, núm. 103, Generalitat de Catalunya, 2016, ps. 173 a 193.

¹⁶ LO VUOLO, R.; BARBEITO, A.; OVEJERO LUCAS, F.; GARGARELLA, R.; PAUTASSI, L.; OFFE, C. y VAN PARIJS, P., “Contra la exclusión. La propuesta del ingreso ciudadano”, 1ª ed., Miño y Dávila, Buenos Aires, 1995.

¹⁷ GARGARELLA, R., “El republicanismo y la filosofía política contemporánea”, en Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), *Teoría y filosofía política. La recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano*, Buenos Aires, 2001, p. 26; disponible en bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/se/20100613042507/3-gargare.pdf, 28-4-2020.

Y justamente un punto crucial en esta noción es la real necesidad de que las personas dispongan de una base material suficiente para garantizarse una existencia social autónoma, sin tener que depender de terceros, y de esta manera poder evitar el sometimiento a las mismas. Por el contrario, nos apuntan, no se puede lograr el autogobierno de quienes no disponen de base material para su subsistencia y, por ende, no puede considerárseles libres. Para los republicanos democráticos, todo el mundo debe ser libre, y todo el mundo debe tener derecho a una base material mínima que garantice su derecho a la existencia y, consecuentemente, a la libertad. La RBU, sostienen, es el instituto más idóneo para cumplir con esas premisas.

En lugar de inspirarse en los principios del *productivismo o crecentismo* de la “sociedad de trabajo”, remite a un republicanismo que no funda el sentido de la vida en el par productivismo-consumismo, sino en los principios del bien común, el apoyo mutuo y la equidad. La renta básica universal así entendida facilitará afrontar ordenadamente cambios que una ética de respeto a la vida humana en particular y de los seres vivos en general hace insoslayables, como la reducción o eliminación de trabajos alienantes o ecológicamente insostenibles, así como el reparto de los trabajos necesarios¹⁸.

4. Fundamentación económica de la RBU

Ante las actuales crisis económicas, los expertos han comenzado a plantearse un sinnúmero de interrogantes, asimismo, y desde los grupos defensores de la RBU –en general– señalan que hablar de crecimiento sostenible se convierte en un oxímoron en el actual estadio de nuestra historia. Cabe señalar que estos posicionamientos parten de los autores

¹⁸ Plataforma de Sevilla y Provincia por la Renta Básica Universal, “Pronunciamiento de la Plataforma sobre el carácter de la RBU-24-07-14”, en sites.google.com/site/ilprentabasicasevilla, 28-4-2020. Según esta Plataforma, para los *crecentistas* los recursos destinados a paliar la pobreza son tenidos por “gasto social”, mientras que lo que se destina a acrecentar directa o indirectamente el consumo despilfarrador e insostenible ecológicamente se considera “inversión productiva”. Por otro lado, hay quienes sostienen que la RBU va a evitar que se hagan inversiones con el fin de crear empleo que implique la destrucción del medio ambiente y entonces, como derecho económico, se convierte en el eje fundamental de la sostenibilidad.

europeos, quienes asisten a una caída estrepitosa de las políticas de pleno empleo, las que posibilitaron la mejora continua de las condiciones de vida, juntamente con el desarrollo del Estado del Bienestar que facilitó una educación para todos y progresiva incorporación de la mujer al trabajo remunerado, todo ello a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Lluís Torrens señala:

Por un lado, el crecimiento de la productividad, aunque ralentizado en los últimos años, libera horas de trabajo y fuerza laboral de las tareas que venía realizando. La economía, y en esto el capitalismo lo ha hecho bastante bien durante dos siglos, busca nuevas ocupaciones para emplear la fuerza de trabajo, sea produciendo nuevos bienes, sea en los servicios, cuya productividad crece más despacio. Pero la consecuencia es que para mantener la maquinaria macroeconómica empleando a todo el mundo todo el tiempo se necesita seguir creciendo y creciendo, aun a pesar de la reducción secular de la jornada laboral.

Algún crecimiento es bueno: educación, inversión en energías renovables sostenibles y eficiencia energética, servicios de proximidad, etcétera, pero mucho otro pasa por potenciar una espiral de más consumo de bienes y servicios intensivos en recursos materiales y energéticos. En un planeta finito que ya muestra evidentes signos de agotamiento en la extracción de nuevos recursos y el tratamiento de los residuos generados en la producción y consumo.

El crecimiento de la productividad nos ha de permitir afrontar el envejecimiento demográfico y el incremento de costes relativos de los servicios personales, pero como dijo W. Leontieff la tecnología nos puede dejar muriéndonos de hambre en las puertas del paraíso por no saber cambiar las normas de reparto de la producción o nos puede destruir el paraíso por querer seguir creciendo a toda costa por la misma razón¹⁹.

En Argentina, Rubén Lo Vuolo señala:

El derecho al empleo y la ética del trabajo fueron siempre los valores dominantes en la tradición de las políticas públicas de la Argentina. La

¹⁹ TORRENS, L., “¿Por qué sí a la renta básica universal? Por una salida urgente de la crisis basada en la RB y el reparto del tiempo de trabajo”, en Sinpermiso, república y socialismo también para el siglo XXI, sinpermiso.info/textos/por-qu-s-a-la-renta-bsica-universal-por-una-salida-urgente-de-la-crisis-basada-en-la-rb-y-el-reparto, 28-4-2020.

pobreza se veía como una situación transitoria, resultado, mayormente, de la falta temporal de empleo por parte del jefe de hogar, problema que por otro lado afectaba a una proporción baja de la población.

Y luego de reseñar el panorama económico de los últimos años (su escrito data de 2002) afirma:

En los últimos años, al ritmo de los procesos sociales reseñados en los puntos anteriores y como parte de la generalización de las críticas al tipo de organización económica y social impuesta en el país, la noción de renta básica se fue abriendo un espacio en el debate [...] Desde esta perspectiva, considerando el contexto de desarticulación del empleo, y el aumento de la exclusión social y la pobreza, procesos típicos de sociedades como la Argentina de los últimos años, se asumen como deseables los siguientes valores: i) que debería existir una red de seguridad en el ingreso que garantice que ninguna persona caiga por debajo de ciertos mínimos; ii) que esta red debería conformar una base desde la cual las personas puedan competir en mejores condiciones en el mercado laboral y asistir (y permanecer) en el sistema educativo; iii) que esta red de seguridad debería ser de fácil acceso, no estigmatizar ni discriminar a los perceptores y evitar prácticas clientelistas; iv) formar parte de un sistema de arreglos institucionales que favorezca el incremento de la demanda de fuerza de trabajo sin disminuir los estándares de vida de la gente; v) que el acceso a los beneficios de la red sea independiente de la actividad o condición ocupacional de las personas²⁰.

4.1. *Su viabilidad: el gran desafío de esta figura es si es viable técnica y económicamente*

En 2014 Arcarons, Domènech, Raventós y Torrens desarrollaron vastamente este tema para el Reino de España. Lo implementaron mediante una reforma del impuesto de la renta de las personas físicas (IRPF). Posteriormente, en el año 2016 lo actualizaron y se publicó en el N° 103 de *La revista de la Generalitat de Catalunya*, “Nota d’Economia”, en el que se trató de un monográfico dedicado a la

²⁰ VAN DER VEEN, R.; GROOT, L. y LO VUOLO, R., “La renta básica en la Argentina: objetivos y posibilidades del ingreso ciudadano”, Miño y Dávila, Buenos Aires, 1995, p. 23.

pobreza. Y partieron de cuatro criterios que debía cumplir su propuesta de financiación, a saber:

- 1) Que la implementación de la renta básica se autofinancie, es decir que no genere un déficit neto estructural.
- 2) Que su impacto distributivo sea muy progresivo.
- 3) Que más del 50 por ciento de la población con menos ingresos gane renta neta respecto a la situación actual.
- 4) Que los tipos impositivos reales o efectivos tras la reforma del modelo (es decir, una vez considerados no sólo los nuevos tipos nominales del IRPF, sino también el efecto de la renta básica) no sean excesivamente elevados²¹.

En Argentina, Lo Vuolo y Barbeito plantearon el debate en base a una doble estrategia: “por un lado, comenzar el proceso de implantación por vía de garantizar un ingreso ciudadano universal para la infancia y, por otro lado, atar esta propuesta a una simultánea reforma del impuesto a las rentas de las personas físicas, dado que el país registra una de las recaudaciones más bajas en la comparación internacional, debido a un generoso e inequitativo régimen de privilegios y exenciones”²².

Siguiendo la propuesta de Lo Vuolo, las personas que perciban ingresos mayores a los destinados a cubrir las necesidades básicas recibirían un crédito fiscal. Tampoco los adultos mayores recibirían la misma cantidad que los menores de edad. Implementar la RBU requerirá no sólo de compromiso político y de financiamiento, sino de tiempo de implementación. Se podría comenzar con una prueba piloto en determinados territorios del país, como lo están haciendo en diferentes países europeos. A su vez, la propuesta podría introducirse en etapas, primero los menos aventajados en la sociedad para luego extenderse al resto de la población.

²¹ ARCARONS, RAVENTÓS y TORRENS, op. cit., p. 176.

²² BARBEITO, A. y LO VUOLO, R., “El ‘ingreso ciudadano’ en la agenda de políticas públicas de la Argentina”, en Red Argentina de Ingreso Ciudadano, <https://ingresociudadano.com.ar/breve-historia>, 28-4-2020. A su vez, los autores recomiendan ver GAGGERO J. y GÓMEZ SABÍAN, J. C., “Argentina. Cuestiones macrofiscales y políticas tributarias”, en *Colección Diagnósticos y Propuestas*, núm. 1, CIEPP-Fundación OSDE, Buenos Aires, 2002. Lo Vuolo y Barbeito defienden el IC para la

5. El IBU en la actualidad

5.1. *Movimientos sociales, organizaciones, institutos que lo promueven*²³

En Argentina, los primeros planteos sobre el ingreso ciudadano se relacionan con los trabajos del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP). Entre los economistas principales encontramos a Rubén Lo Vuolo y Alberto Barbeito: “El abordaje expresado en los estudios del CIEPP apunta a colocar el tema del IC en directa vinculación con los temas centrales del debate económico y social del país y de América Latina: los crecientes problemas de exclusión social y la pobreza”²⁴. Podemos decir que han sido pioneros en la introducción del debate. Posteriormente, constituyeron la Red Argentina de Ingreso Ciudadano (RedAIC).

En 1986 se conformó la Red Global de Renta Básica (en inglés Basic Income Earth Network, BIEN), conformada por académicos, estudiantes y activistas. En 2004 tomó el nombre de Red Europea de Renta Básica (Basic Income European Network), y realizó su primera

infancia, atento a que si bien en Argentina existen numerosos programas asistenciales, afirman que éstos operan de manera fragmentada, con coberturas inadecuadas y que generan subordinación política y clientelismo. Y agregan que, bajo la lógica del seguro social, existe un programa de “asignaciones familiares”, que consiste en el pago de una suma mensual por hijo a los trabajadores asalariados registrados. La cobertura excluye del beneficio a los menores hijos de trabajadores autónomos o asalariados no registrados. Como consecuencia de esto, prácticamente la mitad de los niños y las niñas del país quedan fuera de la cobertura del Programa de Asignaciones Familiares; éstos son precisamente menores que habitan en los hogares de menores ingresos y con mayor número de hijos. Esta idea fue el antecedente de la Asignación Universal por Hijo (AUH), que fuera implementada el 30 de octubre de 2009, a través del decreto 1602/2009. A su vez, los autores escogieron un segundo grupo para aplicar el IC: los adultos mayores. Los defensores de la AUH rescatan la idoneidad de esta herramienta para recuperar el equilibrio social y eliminar políticas asistenciales clientelistas.

²³ En enero de 2017, cuando se celebró el Foro Económico Mundial en Davos, el fundador del Economic Security Project Scott Santens defendió que se trataba de “la nueva base sobre la que transformar un presente precario y construir un futuro más sólido”. Ver BARNÉS, H. G., “Lo único que pone de acuerdo a las élites y Podemos: la renta básica universal”, en *El Confidencial*, www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2017-01-23/renta-basica-davos-podemos_1319396/, 28-4-2020.

²⁴ BARBEITO y LO VUOLO, op. cit.

conferencia internacional en el mes de septiembre de 1986 en Louvain-la-Neuve. Sus secretarios han sido Walter Van Trier (1986-1994), Philippe Van Parijs (1994-2004) y David Casassas (2004).

En Barcelona el 5 de febrero de 2001 se constituyó la “Red Renta Básica” (RRB), Sección Oficial de BIEN. La RRB es una de las principales organizaciones de habla hispana que promueve esta figura, siendo su actual presidente el economista Daniel Raventós.

Durante los años 2013/2014 nació en Europa el grupo llamado “Unconditional Basic Income Europe” (UBIE), que aboga por la implementación de la RBU en Europa, así como por el reconocimiento de la RBU como derecho humano; está conformado por más de 300.000 ciudadanos provenientes de 25 países de Europa. Definen a la RBU como un ingreso incondicionado, universal y básico (Unconditional Basic Income [UBI]) y que es garantizado a todos los miembros de la comunidad, que es individual y sin necesidad de ningún tipo de requerimiento o contraprestación. A su vez, propugnan que deberá ser suficiente para asegurar la existencia y preservar la dignidad de las personas y permitirles una activa participación en la sociedad.

En el mes de mayo de 2017, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha publicado un informe en el que intenta discernir si tal herramienta sería viable, en qué condiciones y, sobre todo, cuáles serían sus efectos inmediatos, bajo el siguiente título: “Basic income as a policy option: Can it add up?”

5.2. *Países que los incorporan en sus políticas públicas y proyectos de ley*

5.2.1. *América*

Argentina: “El principal antecedente que reconoce la idea de aplicar un ingreso de ciudadanía integrado a una reforma tributaria fue un proyecto de ley presentado en 1997 por Elisa Carca y Elisa Carrió, por entonces diputadas nacionales de la Unión Cívica Radical. El proyecto disponía la creación de un ‘ingreso ciudadano para la infancia’ (INCINI), consistente en el pago directo y en dinero de un ingreso, en cabeza de la madre, a todos los menores desde el cuarto mes del embarazo y hasta los 18 años de edad”²⁵.

²⁵ Íd.

El INCINI extendía el beneficio del programa de asignaciones familiares a la totalidad de los niños del país, con independencia del estatus laboral y del ingreso de los padres. Para su financiamiento, el proyecto planteaba un Fondo del Ingreso Ciudadano para la Infancia (FINCINI), cuyos recursos provendrían de cuatro fuentes principales: i) el programa de asignaciones familiares, para lo cual se mantendría en vigencia la tasa contributiva que grava a los salarios; ii) la reforma del impuesto a las ganancias de las personas físicas, que contempla la eliminación de las exenciones fiscales de determinadas rentas (principalmente, la inclusión como sujeto impositivo de las rentas financieras y los dividendos distribuidos por las sociedades de capital); iii) la eliminación de las deducciones por cargas de familia del impuesto a las ganancias de las personas físicas; iv) el cofinanciamiento de las provincias atento a que, como resultado del INCINI, éstas verían disminuir las demandas asistenciales por parte de las familias. En los hechos, el aporte provincial consistiría en la aplicación parcial de transferencias fiscales que el gobierno nacional les destinaba para atender situaciones de emergencia social. El proyecto perdió estado parlamentario, y fue reingresado, pero ya de la mano de Elisa Carrió como diputada por el partido ARI, incluyendo el IC para infancias y adultos mayores en su plataforma partidaria²⁶.

En el año 2000, el Instituto de Estudios y Formación de la CTA retomó este proyecto con algunos matices en los mecanismos y fuentes de financiación. En el año 2001, la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA) convocó a un amplio espectro de organizaciones sociales para la formación de la Asamblea por la Consulta Popular. En julio del 2001, la Asamblea acordó la puesta en marcha del Frente Nacional contra la Pobreza (FreNaPo). Con la consigna “Ningún hogar pobre en la Argentina”, el FreNaPo continuó desarrollando un programa de acciones de movilización en torno a la propuesta del seguro de empleo y formación para jefes/as de hogar desocupados y de la asignación universal para niños y ancianos²⁷.

El reclamo de un ingreso mínimo para la niñez devino en el decreto PEN 1602/2009 –durante el gobierno de Cristina Fernández de

²⁶ Íd.

²⁷ Íd.

Kirchner–, que dio origen a la asignación universal por hijo para la protección social (AUH). En cuanto a la evaluación del impacto de la medida, el análisis efectuado desde el Ministerio de Economía de nuestro país permite concluir que la AUH genera una reducción significativa en los indicadores de indigencia y de desigualdad y, en menor medida, en los de pobreza²⁸.

Cabe aclarar que todos estos programas no revisten las características necesarias para constituir propiamente dicho una RBU, pero son comienzos. Sobre todo porque a nivel internacional se discutió fuertemente acerca de su implementación paulatina, difiriendo las posturas con relación a comenzar por los sectores en edad activa de la población, o por la niñez. Los defensores de comenzar con los niños pudieron demostrar que comenzar por la niñez genera impactos profundos sobre las tasas de indigencia y de pobreza.

Brasil: Está contemplada en la legislación y fue incorporada por el gobierno de Lula da Silva, que extiende la renta básica a nacionales y residentes de cinco o más años con un carácter progresivo de implantación, aunque no ha sido implementada. Fue el economista Antonio Maria da Silveira quien escribió en 1975 la primera propuesta de garantía de renta mínima para Brasil, en “Redistribuição da Renda”²⁹. Posteriormente, fue retomada por el senador Eduardo Suplicy, quien impulsó esta iniciativa en su país. En 1991, Suplicy presentó en el Senado de Brasil un proyecto de ley para instituir un programa de ingreso mínimo, y en 2004 se aprobó la ley 10.835, que estableció la renta básica de ciudadanía, que deberá ser aplicada gradualmente, empezando por los más necesitados³⁰.

²⁸ Según Nota Técnica N° 23, “Empleo e Ingresos-Asignación Universal por Hijo en Argentina”, perteneciente al Informe Económico N° 70 del cuarto trimestre de 2004, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la República Argentina.

²⁹ SUP LIC Y, E. M., “De la renta mínima a la renta básica en Brasil. La reciente evolución de un instrumento de combate a la pobreza y a la desigualdad”, en Nodo50, www.nodo50.org/redrentabasica/descargas/RBbrasil.Suplicy.pdf, 28-4-2020.

³⁰ En 2004 fue implementado el Plan Bolsa Familia y constituye el principal programa de asistencia social del Gobierno Federal de Brasil, definido como “el plan social más grande del mundo”. Alcanzó al 23% de los 190 millones de personas que habitaban en Brasil. El programa consistía básicamente en una transferencia de ingresos no condicionados a sectores de bajos ingresos, favoreciendo especialmente a

En Maricá, municipio costero a una hora de Río de Janeiro, durante el mandato del alcalde Washington Quaqua (PT) (2008-2016). El actual alcalde continúa con las mismas políticas. Quaqua lanzó hace tres años la mumbuca, la primera moneda social virtual de Brasil. A través de una tarjeta magnética, los beneficiarios de los programas sociales reciben un “complemento de renta” para pagar compras de primera necesidad en algunos comercios. Junto a esta iniciativa, Quaqua lanzó a fines de 2015 el proyecto de una “renta básica ciudadana” (RBC), diseñado para beneficiar a todos los habitantes de Maricá, incluidos los bebés. Comenzaron con las 14.000 familias más pobres de Maricá, que reciben una “RBC” modesta de 10 mumbucas. La alcaldía de Maricá quería dar un paso antes de que terminara 2017: llevar la RBC hasta los 100 reales, aunque no fijaba un plazo para su universalización³¹.

México: En el Distrito Federal de México se implantó en el año 2001 la pensión ciudadana, que no es una renta básica, pero se trata de una asignación universal a partir de los 68 años sin ninguna condición adicional que la de ciudadanía o tres años de residencia. Estas personas reciben una pensión ciudadana de 822 pesos mensuales que es el 50% exacto del salario mínimo interprofesional, tal como marca la ley.

Uruguay: El Plan de Equidad Uruguay, publicado en 2008, prevé también la transición de los programas sociales existentes a una renta universal.

Alaska: No es propiamente dicho una RBU, pero sus ciudadanos sí reciben un dividendo desde 1980 que proviene de los ingresos por el petróleo. Las primeras pruebas del estado 49 de los Estados Unidos se remontan a 1976 con la creación del “Alaska Permanent Fund”, un fondo soberano financiado a través de los ingresos del petróleo. En 2014, cada habitante de Alaska había recibido 1.884 dólares.

Canadá: Entre 1974 y 1979, el gobierno canadiense puso a prueba

los hogares con niños. El único requisito para acceder al ingreso era que los niños se encuentren en edad escolar y cumplan con los planes de vacunación pertinentes. El programa fue cofinanciado por el Banco Mundial, quien destacó su éxito en materia de combate contra la pobreza extrema y la garantía del cumplimiento de derechos sociales básicos, como ser salud y educación.

³¹ GENOT, L., “Maricá, el laboratorio brasileño de la «renta básica universal»”, en Yahoo Noticias, es-us.noticias.yahoo.com/marica-laboratorio-brasileño-renta-básica-universal-124130744.html, 28-4-2020.

la idea de una renta básica garantizada (RBG) a todos los habitantes de la ciudad de Dauphin. Durante cuatro años, hasta que el proyecto fue cancelado, y sus conclusiones fueron extraídas, se les entregó un cheque mensual a los residentes más pobres de la ciudad. Durante ese tiempo, los efectos de la pobreza comenzaron a desaparecer. Las visitas a médicos y a hospitales bajaron, la salud mental pareció mejorar, y más adolescentes completaron la escuela secundaria. Hubo una reducción en las horas de trabajo debido a que muchos de los trabajadores mejoraron su formación o tuvieron bajas maternales más largas.

En 2017, en Ontario 4.000 personas estaban recibiendo un salario mensual gracias a una iniciativa puesta en marcha por la exprimera ministra de Ontario Kathleen Wynne, perteneciente al Partido Liberal. De este modo, los ciudadanos que ganaban menos de 34.000 dólares canadienses al año (22.000 euros) podrían recibir hasta 17.000 más al año (11.000 euros), y las parejas que no llegasen a los 48.000 dólares de ingresos (31.000 euros) optaban a 24.000 más (15.000 euros). El programa comenzó en julio de 2017 y estaba previsto que estuviese en marcha al menos durante tres años. El coste estimado del mismo era de 50 millones de dólares. Las personas minusválidas recibieron una renta extra del 50%. Este proyecto fue denominado “Ontario Low Income Pilot”³².

Pero cuando el Partido Conservador Progresista de Doug Ford asumió el cargo el 29 de junio de 2018, las prioridades cambiaron y canceló el programa que venía dando excelentes resultados³³.

³² Los participantes del programa piloto (duración de 3 años), y un coste estimado de 150 millones de dólares canadienses, fueron elegidos al azar en las ciudades de Hamilton, Thunder Bay y Lindsay. Se les envió un correo masivo a las personas seleccionadas aleatoriamente para que se inscriban. También examinaron a los participantes para asegurarse de que tenían entre 18 y 64 años y de que vivían con poco dinero. El programa incluyó dos grupos de población: gente con trabajos poco remunerados o inestables y personas que sobreviven gracias al programa de asistencia social.

³³ “El *feedback* que estábamos recibiendo era el de gente que estaba comiendo más sano. Son capaces de participar de nuevo en la comunidad. Vuelven al colegio, se compran ropas de invierno que antes no podían permitirse para superar el frío [...] Éstas son verdaderas historias humanas que han sido echadas a perder por una decisión política insensible y enferma”, afirmó Tom Cooper, director de la Mesa Redonda Hamilton para la Reducción de la Pobreza. Ver MARINÑO, D., “Indignación en Canadá

5.2.2. Europa

España: En Cataluña dos partidos políticos parlamentarios, Esquerra Republicana de Catalunya e Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, han promovido la creación de una subcomisión de renta básica en el Parlamento español, la que se creó el 28 de abril de 2009.

En el año 2014 los sindicatos mayoritarios, junto con otras entidades de la sociedad civil, anunciaron una iniciativa legislativa popular andaluza para lograr la aprobación de lo que llaman también una “renta básica” para Andalucía.

A su vez, el nuevo Partido Podemos planteó en su plataforma electoral una renta básica ciudadana universal; no obstante, en sus últimas intervenciones la sustituyó por un Plan de Garantía de Rentas (PGR), que fue implementado en la Comunidad Autónoma Vasca con escasos resultados y que tampoco reúne los requisitos para ser una RBU. El Partido Socialista Obrero Español (PSOE) se ha inclinado por esta idea en los últimos meses, quienes han propuesto la RBU como una de las posibles soluciones a las consecuencias sociales y medioambientales de la llamada “Cuarta Revolución Industrial”, como la reducción del empleo y salarios o un mayor uso de los recursos del planeta³⁴.

Finlandia: Inició un programa piloto de renta básica universal por dos años en el mes de enero de 2017, en donde 2.000 de sus ciudadanos, de entre 25 y 58 años, recibieron por parte del Estado 560 euros al mes, una cifra pensada para cubrir gastos de una vivienda básica, alimentación y servicios de agua y electricidad. De esta manera fue el primer país de Europa en iniciar un experimento de este tipo a nivel nacional. Los participantes fueron elegidos al azar de entre quienes

después de que el gobierno local ponga fin a la renta básica”, en La Información, www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/indignacion-en-canada-ontario-despues-de-que-el-gobierno-local-ponga-fin-a-la-renta-basica/6359397, 28-4-2020.

³⁴ El gobierno español aprobó en el mes de mayo de 2020 (en el contexto de la emergencia por pandemia) el ingreso mínimo vital (IMV), que se trata de una prestación gestionada a través de la Seguridad Social. Y a diferencia de otras ayudas, se trata de una medida estructural e indefinida, como una red de seguridad permanente para los más vulnerables. Se estableció para situaciones de pobreza severa y se comenzó a cobrar en junio de 2020.

recibían beneficios de desempleo o subsidios sociales entre un grupo de 175.000 personas de todo el país.

No obstante, el actual gobierno de Finlandia de orientación conservadora decidió no renovarlo a finales de 2018, cumplidos los dos años de su implementación. La primera fase del programa piloto, cuyo costo se estimó en unos 20 millones de euros, se focaliza en analizar a lo largo de dos años si la concesión de una renta básica a personas desempleadas ayuda a incentivar la búsqueda de trabajo, aunque sea temporal, y a reducir la burocracia de las prestaciones sociales, para más adelante extender su alcance a otros grupos de población (proyecto truncado por razones políticas, no por sus resultados, que sólo podrían evaluarse luego de varios años).

“En estos grupos debería haber, entre otros, pequeños emprendedores y trabajadores autónomos, ya que el mundo se mueve en una dirección en la que cada vez más gente crea sus propios puestos de abajo”, afirmó al diario *Lapin Kansa* el experto de KELA Olli Kangas, uno de los principales responsables del proyecto³⁵, que lamentablemente ha sido truncado³⁶.

En la primera semana de mayo de 2020, KELA, organismo estatal que llevó adelante la experiencia, publicó los resultados de la misma y son sumamente alentadores. Las conclusiones van en línea con otros experimentos de renta básica y confirman que hay una mejora significativa en el bienestar de los participantes y una reducción del estrés. A su vez, estaban más satisfechos con sus propias vidas y aumentó su confianza en las otras personas y en las instituciones públicas.

5.2.3. *Asia*

India: El estado de Madhya Pradesh en la India, a partir de 2011, pagó a 6.000 habitantes de ocho pueblos durante dos años la suma de

³⁵ DOMÍNGUEZ CEBRIÁN, B., “Finlandia niega una extensión de la renta básica universal más allá de 2018”, en *El País*, elpais.com/internacional/2018/04/25/actualidad/1524668726_009696.html, 28-4-2020.

³⁶ En Finlandia, la Seguridad Social tiene amplia cobertura y garantiza que todo miembro de la sociedad tenga asegurado su sustento y su vivienda. La salud es cubierta por el Estado. La educación universitaria es gratuita. Los desocupados se encuentran protegidos con buenos subsidios y tienen acceso a excelentes programas de capacitación. Todo ello, quizás, ha coadyuvado a la depreciación de la RBU. En los hechos, ya la tienen.

350 rupias por mes, y la mitad a los niños y niñas hasta los 14 años. En otras 12 villas no se pagó. Se compararon los resultados, que fueron muy positivos para los que recibieron este ingreso. Se opta preferentemente por pueblos enteros. Se buscan las aldeas más pobres utilizando los datos del censo nacional. Una vez seleccionadas, cada uno de los adultos de las aldeas recibirá una transferencia, por eso en esta organización lo llaman “ingreso básico universal”.

5.2.4. África

Kenia: Es una iniciativa de cuatro estudiantes de Harvard y del Massachusetts Institute of Technology (MIT): Michael Faye, Paul Niehaus, Rohit Wanchoo y Jeremy Shapiro, con el apoyo de Alan Krueger, asesor económico de Barack Obama. Los que han recibido este salario inicialmente han sido familias de zonas rurales, de unos cuatro integrantes, unos 960 euros durante un año (reciben unos 20 euros por persona en pagas mensuales, por 12 años, un grupo de 6.000). En su libertad podían usarlo para satisfacer necesidades básicas. Pero también podrían gastarlo en lo superfluo. Y el experimento no puede ser más alentador. No es necesario que estén sin empleo, basta que sea una familia necesitada. El dinero ha sido proveído por la Organización GiveDirectly (el programa comenzó en octubre de 2016).

6. Interrogantes y premisas³⁷

Este trabajo ha intentado ser una aproximación a la noción de RBU

³⁷ Según el diario *El País* de Madrid del 6-4-2020: “Brasil acaba de anunciar un esquema de pagos –en este caso, mucho más lejos de la universalidad– de casi 115 euros mensuales (la mitad del salario mínimo) durante un trimestre para 60 millones de trabajadores informales”. Y España ultimó días después una renta mínima que, parecía, estaría en torno a los 440 euros al mes, en línea con la ayuda aprobada para los trabajadores temporales que se quedaran sin empleo por el parón económico desatado por el virus y con *lo que propuso la autoridad fiscal (la AIREF) el verano pasado*. El objetivo era, de nuevo, proteger a los colectivos más vulnerables. En otros países europeos, como el Reino Unido, ¿el “ingreso universal de emergencia” también ha irrumpido en la Cámara de los Lores y en la de los Comunes”? Ver FARIZA, I., “La renta básica deja de ser una utopía”, en *El País*, elpais.com/economia/2020-04-06/la-renta-basica-deja-de-ser-una-utopia.html, 28-4-2020.

y exponer algunas de las posturas alrededor de este tema, así como los innumerables interrogantes y cuestionamientos de todo orden: político, filosófico, ético, económico. Por lo tanto, no habrá conclusión en el presente trabajo, prefiero finalizarlo con un abanico de interrogantes y distintas afirmaciones que se nos plantean ante la RBU; presentaré a los mismos en forma azarosa y sin dar preeminencia a ninguna premisa o interrogante.

– Desde una perspectiva ética, ¿es reprochable la implementación de la RBU?

– ¿Podemos considerar a la RBU como un derecho social?, ¿o sólo considerarla como una garantía o modo de efectivizar otros derechos?

– ¿Es un binomio antitético: pleno empleo/renta básica universal? ¿Si proponemos la RBU nos resignamos a dejar de luchar por el pleno empleo?

– ¿Ésta es la única solución hoy visible ante la inminente y actual distribución regresiva de la renta, la flexibilización laboral, que apareja mano de obra más barata y trabajadores descartables?

– La financiación de la renta básica deberá recaer en los sectores más ricos de la sociedad, es decir que la RBU implicaría una pérdida (mínima) para los sectores ricos y una ganancia para los sectores más pobres.

– El monto mínimo debe estar por encima del umbral de pobreza, o bien equivaler a un salario mínimo (se aclara que es este elemento el que hace que se llame básica, ya que constituye un punto de partida. Preferentemente, de pago mensual y en dinero, no en especie).

– El trabajo (asalariado/empleo) dignifica versus la propia libertad de elegir emplearse.

– RBU es sinónimo de disminución de desigualdades y de pobreza.

– La RBU superaría la fragmentación entre beneficiarios de distintas prestaciones sociales, así como los déficits de cobertura; además, también, evitaría la estigmatización social.

– Simplificaría la burocracia y sus costos, y brindaría mejores garantías para su implementación que los tradicionales subsidios y subvenciones.

- Es posible establecer una RBU sin modificaciones fiscales y mayor presión tributaria sobre sectores de altos recursos.
- La nueva revolución tecnológica suprimirá definitivamente puestos de trabajo.
- La transmisión intergeneracional de la pobreza es una realidad.
- La movilidad social del siglo XX ya no es una realidad alcanzable bajo el repetido apotegma: “con esfuerzo, dedicación y responsabilidad” todo se puede.
- Con educación y formación profesional se revertiría la falta de movilidad (el ideario de principios del siglo XX: “mi hijo el doctor”).
- Es el empleo cada día más volátil.
- ¿Es prioritario y de progresismo defender a rajatabla el empleo o buscar otras formas de sustento material?
- La RBU es una medida revolucionaria que aspiraría a reducir de forma notoria las desigualdades dentro de los países, aun la desigualdad económica entre géneros.
- ¿Puede plantearse el debate acerca del pleno empleo sin plantearse el ítem de distribución de la renta?
- ¿Puede servir la RBU para dismantelar el Estado de Bienestar?
- Una renta básica equivalente al menos al umbral de la pobreza sería una forma de acabar con ésta y de luchar contra sus efectos de una manera muy directa.
- La RBU daría la posibilidad a los trabajadores de colocarse en mejores condiciones para negociar los contratos de trabajo.
- La RBU se percibe incondicionadamente, se tenga o no trabajo.
- Las personas se animarían más a ser emprendedores.
- La RBU facilitaría una redistribución de la renta de los más ricos al resto de la población y el mantenimiento, o incluso el fortalecimiento, del resto de prestaciones del Estado de Bienestar.
- Sin esta garantía de una existencia material garantizada como derecho inalienable no puede hablarse de una ciudadanía verdaderamente libre. Éste es el reto al que la renta básica pretende contribuir.
- Las personas no se sentirían estigmatizadas, ya que no se trataría de un subsidio condicionado que suele acarrear este tipo de sentimiento y percepción.

- Nos permitiría una vida más tranquila al encontrarnos garantidos ante ciertas contingencias.
- Nos resignamos dentro del sistema capitalista.
- ¿Cómo podría afectar la renta básica a la emigración pobre de los países pobres hacia los países ricos?
- ¿Es una solución contingente a las crisis económico-sociales por pandemias?
- ¿Es la RBU la mejor y más viable salida a esta crisis global?

Bibliografía

- AA. VV., “Renta básica ciudadana SP”, del 21-10-2012, en Sin permiso, www.sinpermiso.info/sites/default/files/rbusp.pdf, 28-4-2020.
- ARCARONS, Jordi; RAVENTÓS, Daniel y TORRENS, Lluís, “La renta básica incondicional: una propuesta racional para el siglo XXI”, en *Nota d’Economia* (núm. 103), Generalitat de Catalunya, 2016.
- BARBEITO, Alberto y LO VUOLO, Rubén, “El ‘ingreso ciudadano’ en la agenda de políticas públicas de la Argentina”, en Red Argentina de Ingreso Ciudadano, ingresociudadano.com.ar/breve-historia, 28-4-2020.
- BARNÉS, Héctor G., “Lo único que pone de acuerdo a las élites y Podemos: la renta básica universal”, en El Confidencial, www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2017-01-23/renta-basica-davos-podemos_1319396/, 28-4-2020.
- BERARDI, Franco, “Crónica de la Psicodeflación #1”, crónica, en Caja Negra Editora, cajanegraeditora.com.ar/blog/cronica-de-la-psicodeflacion, 21-2-2020.
- BREGMAN, Rutger, “Utopía para realistas”, Barcelona, Salamandra, Colección Narrativa, 2017.
- DOMÍNGUEZ CEBRIÁN, Belén, “Finlandia niega una extensión de la renta básica universal más allá de 2018”, en El País, elpais.com/internacional/2018/04/25/actualidad/1524668726_009696.html, 28-4-2020.
- FARIZA, Ignacio, “La renta básica deja de ser una utopía”, en El País, elpais.com/economia/2020-04-06/la-renta-basica-deja-de-ser-una-utopia.html, 28-4-2020.
- GAGGERO, Jorge y GÓMEZ SABÍAN, Juan Carlos, “Argentina. Cuestiones macrofiscales y políticas tributarias”, en Colección Diagnósticos y Propuestas (núm. 1), Buenos Aires, CIEPP-Fundación OSDE, 2002.

- GARCÍA PÉREZ, Carmen, “La conveniencia social y la viabilidad económica de la renta básica: el caso de un municipio de 40.000 habitantes (Alcantarilla, Murcia)”, Valencia, Cátedra Acal Ciudad Sostenible, Universitat Politècnica de Valencia, 2017.
- GARGARELLA, Roberto, “El republicanismo y la filosofía política contemporánea”, en Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), *Teoría y filosofía política. La recuperación de los clásicos en el debate latinoamericano*, Buenos Aires, 2001; disponible en bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/se/20100613042507/3gargare.pdf, 28-4-2020.
- GENOT, Louis, “Maricá, el laboratorio brasileño de la «renta básica universal»”, en Yahoo Noticias, es-us.noticias.yahoo.com/maricá-laboratorio-brasileño-renta-básica-universal-124130744.html, 28-4-2020.
- KALECKI, Michal, “Political Aspects of full employment”, en MR Online, mronline.org/2010/05/22/political-aspects-of-full-employment, 26-3-2020.
- LO VUOLO, Rubén; BARBEITO, Alberto; OVEJERO LUCAS, Félix; GARGARELLA, Roberto; PAUTASSI, Laura; OFFE, Claus y VAN PARIJS, Philippe, “Contra la exclusión. La propuesta del ingreso ciudadano”, 1ª ed., Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995.
- MARIÑO, Diego, “Indignación en Canadá después de que el gobierno local ponga fin a la renta básica”, en La Información, www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/indignacion-en-canada-ontario-despues-de-que-el-gobierno-local-ponga-fin-a-la-renta-basica/6359397, 28-4-2020.
- MERCATANTE, Esteban, “Renta básica universal. ¿Una solución capitalista a los males del capitalismo?”, en diario *La izquierda*, semanario del 1-7-2018; disponible en www.laizquierdadiario.com/Renta-basica-universal-una-solucion-capitalista-a-los-males-del-capitalismo, 28-4-2020.
- MORO, Tomás, “Del estado ideal de una república en la nueva isla de Utopía”, Lovaina, Bélgica, 1516.
- “Utopía”, Buenos Aires, Ediciones Orbis, Hyspamérica, 1984.
- PAINE, Thomas, “Agrarian Justice”, edición digital, 1999, en www.grundskyld.dk y www.piketty.pse.ens.fr/files/Paine1795.pdf, 28-4-2020.
- Plataforma de Sevilla y Provincia por la Renta Básica Universal, “Pronunciamiento de la Plataforma sobre el carácter de la RBU-24-07-14”, en sites.google.com/site/ilprentabasicasevilla, 28-4-2020.
- RAVENTÓS, Daniel, “Los retos de la economía 2016: Renta básica contra la incertidumbre”, en *RBA coleccionables* (núm. 038), Barcelona, julio de 2017.

- RAVENTÓS, Daniel; ARCARONS, Jordi y TORRENS, Lluís, “La renta básica incondicional y cómo se puede financiar. Comentarios a los amigos y enemigos de la propuesta”, en Red Renta Básica, www.redrentabasica.org/rb/la-renta-basica-incondicional-y-como-se-puede-financiar-comentarios-a-los-amigos-y-enemigos-de-la-propuesta, 26-7-2017.
- Red Argentina de Ingreso Ciudadano, “¿Qué es Ingreso Ciudadano?”, en Ingreso Ciudadano, ingresociudadano.com.ar/que-es-ingreso-ciudadano, 28-4-2020.
- SIRVENT, María Teresa, “Multipobrezas, violencia y educación”, en IZAGUIRRE, Inés (coord. y comp.), *Violencia social y derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba, 1996.
- SUPIOT, Alain, “Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, Heliasta, 2008.
- SUPLICY, Eduardo Matarazzo, “De la renta mínima a la renta básica en Brasil. La reciente evolución de un instrumento de combate a la pobreza y a la desigualdad”, en Nodo50, www.nodo50.org/redrentabasica/descargas/RBbrasil.Suplicy.pdf, 28-4-2020.
- TORRENS, Lluís, “¿Por qué sí a la renta básica universal? Por una salida urgente de la crisis basada en la RB y el reparto del tiempo de trabajo”, en Sinpermiso, república y socialismo también para el siglo XXI, sinpermiso.info/textos/por-qu-s-a-la-renta-bsica-universal-por-una-salida-urgente-de-la-crisis-basada-en-la-rb-y-el-reparto, 28-4-2020.
- URIBARRI, Iñaki, “Entrevista: Lluís Torrens Mèlich”, en *Galde* (núm. 18), primavera de 2017; disponible en www.galde.eu/es/entrevista-lluis-torrens-melich, 6-4-2020.
- VAN DER VEEN, Robert; GROOT, Loek y LO VUOLO, Rubén, “La renta básica en la Argentina: objetivos y posibilidades del ingreso ciudadano”, Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995.

EL DISCERNIMIENTO EN EL NUEVO PARADIGMA DE LA SALUD MENTAL

por **MARIANELA FERNÁNDEZ OLIVA**¹
y **ANA MARCELA WOLKOWICZ**²

SUMARIO: 1. Introito. a) Actos jurídicos. b) Acto involuntario. 2. Discernimiento. 3. Ley Nacional de Salud Mental. 4. Colofón. Bibliografía.

Resumen

El nuevo paradigma en materia de salud mental nos impone la necesidad de volver a pensar en categorías decimonónicas como la “falta de razón” como causa obstativa del discernimiento. La nueva lengua de los derechos humanos hace necesaria una deconstrucción del concepto mismo de discernimiento y su posterior construcción, ahora centrado en la realización del proyecto vital de personas con padecimientos subjetivos. La centralidad de la problemática para el desarrollo de la vida civil de las personas humanas nos lleva a considerar el tratamiento de los actos jurídicos en el Código Civil y Co-

¹ Profesora de Derecho de la Salud, Derecho Privado. Parte general y Filosofía del Derecho de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Investigadora de la CIC-CIUNR. Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de la Salud (FDerUNR). Coordinadora del Observatorio de Salud Mental y Adicciones del Centro de Estudios Interdisciplinarios de la UNR. Correo electrónico: mfernandez21@gmail.com.

² Profesora de Derecho Privado. Parte general de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Miembro del Centro de Investigaciones de Derecho de la Salud, Área Salud Mental (FDerUNR). Correo electrónico: wolcoviczana@gmail.com.

mercial de la Nación, vigente desde el año 2015, y la determinación de los actos involuntarios. En este caso, el análisis de la Ley de Salud Mental, sus lineamientos y las modificaciones operadas por este cuerpo legal en el núcleo de la legislación civil es un camino obligado para comprender el giro operado en la materia desde el año 2010, en el cual se puso en vigencia.

Abstract

The new paradigm in mental health imposes on us the need to rethink nineteenth-century categories such as “lack of reason” as an obstacle to discernment. The new language of Human Rights makes necessary a deconstruction of the very concept of discernment and its subsequent construction, now focused on the realization of the vital project of people with subjective illnesses. The centrality of the problem for the development of the civil life of human persons leads us to consider the treatment of legal acts in the Civil and Commercial Code of the Nation, in force since 2015, and the determination of involuntary acts. In this case, the analysis of the Mental Health Law, its guidelines and the modifications operated by this legal body in the core of civil legislation is an obligatory path to understand the turn that has taken place in the matter since 2010, in which it was put in force.

Palabras clave

Salud mental. Discernimiento. Actos jurídicos. Actos involuntarios. Derechos humanos.

Keywords

Mental health. Discernment. Legal acts. Involuntary acts. Human rights.

1. Introito

El objeto de estas reflexiones son las nuevas concepciones en materia de salud mental desde la perspectiva de un concepto de salud integral con un abordaje interdisciplinario y comunitario, en línea con

los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³ y la Ley Nacional de Salud Mental⁴, para aproximarnos a las conceptualizaciones de “falta de razón” como causa obstativa del discernimiento, determinante de la involuntariedad del acto jurídico (art. 261, Código Civil y Comercial de la Nación⁵). Entendemos que es necesario realizar ajustes al concepto jurídico de discernimiento, en línea con los nuevos paradigmas referenciados, para que los distintos operadores jurídicos en su aplicación favorezcan la autonomía de la voluntad vital y la inclusión de los sujetos con padecimientos subjetivos.

a) *Actos jurídicos*

El CCyC dispone en su artículo 259, con mejor técnica legislativa pero tal como lo hacía el Código Civil de Vélez Sársfield en su artículo 944, que el acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. El acto jurídico es un acto voluntario; de acuerdo a lo normado por el artículo 260 del CCyC, el acto voluntario es aquel que se ejecuta con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.

Nuestro objetivo no es concentrarnos en el desarrollo del acto voluntario y sus elementos, sino en los supuestos establecidos por el artículo 261 como determinación del acto involuntario. A este análisis nos abocamos.

b) *Acto involuntario*

El CCyC dispone en su artículo 261 (Libro Primero, Título IV, *Hechos y actos jurídicos*; Capítulo I, *Disposiciones generales*) que se tendrá por involuntario por falta de discernimiento:

- a) El acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón.

³ En adelante CDPD.

⁴ En adelante LNSM.

⁵ En adelante CCyC.

- b) El acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años.
- c) El acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

Particularmente nos interesa en esta oportunidad enfocarnos en el inciso a. Por esto es imprescindible preguntarse qué ha de entenderse por privación de razón como causa fundante de la falta de discernimiento de acuerdo a los nuevos paradigmas imperantes en salud mental. Para ello, conviene establecer el concepto jurídico de discernimiento.

2. Discernimiento

En la doctrina clásica se define al discernimiento como la facultad para apreciar las diferencias entre lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo, lo conveniente y lo inconveniente. La aptitud de la persona para apreciar las consecuencias de sus acciones⁶.

El concepto de la doctrina clásica identificaba, tal como lo establecía el artículo 921 del Código Civil (tomado del Esboço de Freitas), la falta de discernimiento por padecimiento mental con la demencia, tal y como lo establecían los criterios médicos, socioculturales de la época y la nosografía psiquiátrica hecha por Philippe Pinel y Esquirol. Por entonces, la expresión “demencia” era utilizada *como expresión genérica para todos los estados patológicos habituales del espíritu, que impidan la expresión válida de la voluntad*⁷.

⁶ Quien desee ampliar v. BREBBIA, R. H., “Hechos y actos jurídicos”, t. 1, “Comentario de los artículos 896 a 943”, en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Astrea, Buenos Aires, Primera Parte, Título I, VIII, *Actos involuntarios*, ps. 73 y ss.; LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, Perrot, Buenos Aires, 1995, t. II, Cap. XII, ps. 239 y ss.; RIVERA, J. C., “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, Cap. XXIV, ps. 449 y ss.

⁷ Quien desee ampliar v. MARTÍNEZ, M. B., “Derecho y salud mental. Historia del tratamiento jurídico de la locura en la República Argentina”, Juris, Rosario, 2016; FARAONE, S.; BIANCHI, E. y GIRALDEZ, S., “Determinantes de la salud mental en ciencias sociales. Actores, conceptualizaciones, políticas y prácticas en el marco de la ley 26.657”, UBA Sociales, Buenos Aires, 2015, p. 184.

El alienismo clasificó al “loco” como un enfermo, incluyéndolo por exclusión, diferenciándolo y, de la mano de la psiquiatría, suspendiéndolo de la vida civil. Los trabajos humanistas de Pinel se constituyeron en una voz que se extendió por toda Europa. En Inglaterra encontramos los aportes teóricos de William Tuke y en Alemania, principalmente, los de Johann Christian Reil y Gottfried Langermann. La doctrina y la tecnología del alienismo prometían: seguridad personal para el “demente” y su entorno; liberación de las influencias externas patologizantes; retraimiento de la resistencia personal del enfermo a curarse; sometimiento al régimen médico, y la imposición de los nuevos hábitos intelectuales y morales que eran parte de la sanación.

Actualmente la nueva regulación se aparta del criterio tradicional que correlacionaba la enfermedad mental con la ausencia de discernimiento como lo hacían los Códigos decimonónicos, basándose en criterios estrictamente biologicistas, de los que se derivaba que quien era enfermo mental –demente– era reputado por esa circunstancia “persona sin discernimiento”, carente de aptitud de querer y entender, generando la incapacidad absoluta de obrar; esa condición invalidaba jurídicamente toda su existencia. Esta nueva forma de comprender y tutelar a las personas con padecimientos en su salud mental ha de lidiar con los vestigios de un pasado demasiado reciente en el que la idea de la peligrosidad y la deficiencia, el concepto “médico-jurídico” de demente y la tentación maniquea de clasificar a las personas entre capaces e incapaces de forma excluyente⁸ sólo ha cesado hace pocos años. El andar del modelo intervencionista –médico/hegemónico y jurídico/incapacitante– es el manantial de donde emana la cristalización de los prejuicios modernos más básicos en relación con la locura.

El producto de esta historia de dominación de la “razón razonable” por sobre la “razón desviada” contribuyó al proceso de invisibilización de las personas con padecimientos mentales.

La regulación del CCyC elimina de la definición de acto sin discernimiento el supuesto de dementes y dispone que para establecer si el acto es realizado sin discernimiento se debe evaluar la privación de la razón al momento de su realización, lo que permite, de acuerdo

⁸ RIVERA, op. cit., t. I, p. 536.

a un abordaje de derechos humanos, la singularización contextualizada de cada sujeto para evaluar si comprendió o no el acto que realizó. Es de destacar que la evaluación se realiza al momento de la ejecución del acto porque el padecimiento subjetivo no es un estado inmodificable ni una condición ontológica del sujeto que tiña toda su existencia y lo torne peligroso.

El discernimiento deja de presumirse por un diagnóstico en abstracto, como se disponía en el artículo 921 del Código Civil de Vélez Sársfield. De lo expuesto se desprende la necesidad de analizar el concepto de discernimiento de acuerdo a los nuevos paradigmas en salud en línea con los tratados internacionales de derechos humanos, en especial la CDPD y en fuente interna la LNSM.

3. Ley Nacional de Salud Mental

La ley 26.657 (y su decreto reglamentario) es un hito de enorme significación para la dimensión lógica de la trama jurídica que comprende la salud mental en Argentina, ya que no sólo causó una verdadera conmoción en relación con la capacidad jurídica de las personas con padecimientos mentales o psicosociales (hasta entonces regulada exclusivamente por el Código Civil de Vélez Sársfield/Borda), sino que también vino a reconfigurar expresamente a nivel nacional el régimen de las internaciones voluntarias e involuntarias, el consentimiento informado, la información sanitaria y la historia clínica. Al fin, la ley 26.657 es una ley de derechos humanos.

La LNSM proyecta la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimientos mentales que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1º). Esto ha tenido copiosos análisis en la doctrina, y no es para menos, ya que trajo consigo –con mayor o menor éxito– las premisas de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), como eje del Sistema Internacional de los Derechos Humanos.

La norma se ha pronunciado expresamente en su artículo 2º, cuando manifiesta que se considera parte integrante de su plexo a los Principios de las Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores, para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990. Aunque es su fuente directa, la LNSM no menciona expresamente a la CDPD (A/RES/61/106), pero por supuesto es la clave con la que ha de leerse la norma para interpretarla en su sentido pleno.

La LNSM es un estándar más elevado en el campo de los derechos humanos. Ha sabido inyectar el modelo social de la discapacidad⁹ en el ordenamiento e incorporar, en consonancia con el principio *pro homine*¹⁰, una *mecánica de interpretación en donde siempre ha de primar aquella que suponga mejores y mayores derechos para las personas afectadas en su salud mental, incluso cuando ello suponga la prevalencia de la ley provincial sobre la nacional*¹¹.

⁹ PALACIOS, A., “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Cermi, Madrid, 2008.

¹⁰ V. por ej.: BIDART CAMPOS, G., “La interpretación de los derechos humanos”, Ediar, Buenos Aires, 1994; PRIETO SANCHÍS, L., “Estudio sobre derechos fundamentales”, Debate, Madrid, 1990; PÉREZ LUÑO, A., “Los derechos fundamentales”, Tecnos, Madrid, 1986; CARRILLO SALCEDO, J. I., “Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo”, Tecnos, Madrid, 1995; HENDERSON, H., “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno; la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, núm. 39, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004; FERRAJOLI, L., “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Trotta, Madrid, 1999, etc.

¹¹ BURJOVICH, J. y otros, “La salud mental en Córdoba: entre la sanción de las leyes y su efectiva concreción”, en *Informe: Mirar tras los Muros*, Observatorio en Salud Mental y Derechos Humanos, Mesa de Salud Mental y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2013, p. 8; disponible en <http://www.unc.edu.ar/extension/vinculacion/observatorio-ddhh/informe-mirar-tras-los-muros/capitulo-iii/la-salud-mental-en-cordoba>, 2-3-2022.

Los lineamientos centrales de la norma son los siguientes:

1. *Concepto complejo de salud mental*: la ley continúa el camino marcado por la OMS y la ley 26.529 (de los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud), en el sentido de la conceptualización de la salud mental desde una perspectiva que intenta desfraccionarla en sus elementos para brindarle una apertura que contemple la complejidad del proyecto vital de la persona humana. Como refiere entonces, la salud mental es un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. De esta forma se comprende que la concreción de los derechos humanos y sociales de la persona humana es parte de ese proceso que construye a la salud mental¹².

La ley 26.657 significó el apartamiento definitivo del paradigma biologicista de la salud en general y de la salud mental en particular, haciendo a un lado los dispositivos tradicionales de abordaje de los padecimientos mentales, profundizando el quiebre conceptual hacia la profundidad del paradigma de las “sociedades disciplinarias”. Lo que no es poca cosa, si consideramos que este posicionamiento no es una mera interpretación al hilo de la nueva comprensión de la salud en el marco del Sistema Internacional de los Derechos Humanos, sino una regulación expresa de la norma. *La ley 26.657 incorpora las recomen-*

¹² V. gr.: “...la locura es una categoría social, es la forma en que la sociedad moderna construye una representación y una serie de prácticas en las cuales encuadra a determinadas personas que va a considerar habiendo perdido la razón o estando locas, dentro de esas personas hay de todo [...] La locura es un espacio que se crea socialmente para colocar a determinadas personas [...] Otra cosa es hablar de proceso, salud, enfermedad, yo suelo negarme a hablar de salud mental o enfermedad mental porque me manejo con un concepto integral de salud, no hay enfermedades orgánicas y enfermedades mentales; siempre está en juego el cuerpo, siempre está en juego la subjetividad [...] El campo de la salud mental es un campo de prácticas sociales [...] Lo que está en debate hoy en día es cuáles son los derechos y las potencialidades de estas personas y cómo se dismantela la lógica asilar manicomial con la que se ha trabajado durante varios siglos y que ha producido una hiposuficiencia jurídica –término utilizado por Alfredo Kraut–, o sea, una ausencia de derechos...” (STOLKINER, A., “No hay enfermedades mentales, siempre está en juego el cuerpo”, en YouTube, <https://youtu.be/zSJHa3yqnSA>, 2-3-2022).

daciones de la CIDPD y los estándares internacionales más modernos en el campo de la salud mental. El consentimiento informado y la creación de comisiones de revisión del estado de los pacientes internados junto a la prohibición de la apertura de nuevos hospitales psiquiátricos y la obligatoriedad de la internación en hospitales generales son algunos de los ejemplos de los avances mencionados. La ley constituye un texto de avanzada en la región y sin duda permitirá a otros países promover transformaciones. Se abre ahora para la Argentina una nueva etapa histórica: el desafío de hacer efectiva la aplicación de la ley construyendo un sistema de salud mental más justo y accesible para todos¹³.

2. *La obligatoriedad en la modalidad interdisciplinaria de abordaje:* la recepción de esta “nueva” forma de trabajo de los equipos de salud no fue pacífica, toda vez que la comunidad médica (psiquiátrica) alzó sus banderas de blindaje a su hegemonía. El abordaje interdisciplinario equipara en calidad la participación del psiquiatra (regidor histórico de la temática) con otros actores sanitarios que ahora resultan igualmente imprescindibles: psicólogos, trabajadores sociales, enfermeros, terapeutas ocupacionales, abogados. Este abordaje implica fortalecer la integración de distintas disciplinas con el objetivo de lograr la desmanicomialización, el trabajo en territorio y la consecuente mayor autonomía. Por ejemplo, el acompañante terapéutico, actividad recientemente regulada por ley en Santa Fe, fortalece desde esa disciplina el tratamiento en paridad con el resto¹⁴.

¹³ Organización Panamericana de la Salud (OPS), sanción de la Ley 26.657 de Salud Mental en la Argentina, en *Boletín de Salud Mental*, del 20-12-2010; disponible en http://www.paho.org/bulletins/index.php?option=com_content&view=article&id=781:sancion-de-la-ley-26.657-de-salud-mental-en-la-argentina&Itemid=0&lang=es, 2-3-2022.

¹⁴ En el mismo sentido: RACCA, A. y FIOCCHI, A., “Perspectiva psicoanalítica para el acompañante terapéutico. Mucho más que simple compañía. Un equipo de la Facultad de Psicología de la UNR analiza la necesidad de jerarquizar la tarea del acompañante terapéutico”, en diario *Página 12*, del 17-11-2019: la figura del acompañante terapéutico aparece con la desmanicomialización como nueva perspectiva de la atención de la salud mental, pero mientras el acompañante no pueda correrse del lugar de control donde se lo ubica, lo único que se logra es sostener el modelo manicomial, sólo que puertas afuera. Asimismo, diferenciando el rol del psicoanalista, del acompañante, señala en la misma nota Ciro Tamous que lo que busca el dispositivo emplazado en la vida cotidiana es lo que lo hace distintivo; el trabajo en la vida cotidiana tiene consecuencias positivas en la labor que realizan los distintos especia-

3. *La reafirmación de la presunción de capacidad de todas las personas humanas con padecimientos mentales, pues se concibe a la capacidad jurídica como un derecho humano:* la capacidad jurídica es, en términos prácticos, la capacidad de una persona de ser titular de derechos, así como la capacidad o posibilidad concreta de ejercer o actuar esos derechos. Al reconocer capacidad jurídica en una persona, legalmente se la habilita para celebrar acuerdos vinculantes con otros, y de esa forma hacer efectivas sus decisiones acerca de diversos asuntos, por lo que será jurídicamente responsable.

No debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar; la aplicación del nuevo sistema debe guiarse por el principio de la “dignidad del riesgo”, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros, la posibilidad de equivocarse¹⁵. El derecho a la capacidad jurídica es entonces el derecho a la capacidad de actuar, es el derecho a tomar decisiones en un marco de respeto por la dignidad e independencia personal, por ello la capacidad es un derecho en sí mismo, una garantía transversal e instrumental que permite ejercer todos los demás derechos por voluntad propia¹⁶. Participamos así de un nuevo paradigma en la concepción de sujeto de derecho y su capacidad a partir del cual, a diferencia de los sistemas de protección sustitutivos, que atrapan a *las personas considerándolas un objeto a tutelar, el apoyo adecuado a la nueva normativa de derechos humanos se encamina a la liberación de las personas en sus propias vidas, a la ampliación de su esfera de actuación en la que decidan por sí mismas lo que quieran hacer y al reconocimiento del valor de su aporte a la sociedad que integran como ciudadanos y como parte de la diversidad de la condición humana*¹⁷.

listas, es solidario con las otras instancias terapéuticas, de allí lo trascendente del abordaje mirando la singularidad contextualizada a la que nos referimos anteriormente.

¹⁵ LAUFER CABRERA Y REDI, M., “Capacidad jurídica y acceso a la justicia. Cómo reducir la brecha entre la legislación argentina y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en <http://en.calameo.com/read/0040346-979bb7f8928e29>, 2-3-2022.

¹⁶ *Íd.*

¹⁷ VILLAVARDE, M.^a S., “Apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Notas a partir de un fallo marplatense que no discapacita”, en *Revista*, núm. 7, Sección *Actualidad en Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, julio de 2009, ps. 808 y ss.

Esta concepción, en línea con los estándares de derechos humanos, mira y respeta la singularidad de cada persona; y por tanto la diversidad, la normativa en materia de capacidad y su interpretación no deben perder de vista esta concepción para, desde un abordaje interdisciplinario, acompañar al sujeto en la construcción de su subjetividad y en el ejercicio autónomo de sus derechos.

El CCyC adscribe en su regulación en grandes líneas a este nuevo paradigma. La regulación de la restricción a la capacidad debe regirse por reglas generales –artículo 31–; dichas reglas constituyen un núcleo mínimo de garantía que debe ser observado, remitiéndose en lo particular a la regulación de la legislación especial, actualmente LNSM. Es decir, existe una ley especial que regula la temática estableciendo en el CCyC las reglas generales que han de observarse en toda decisión que limite la capacidad de ejercicio, fundamentalmente las reglas que refieren a los legitimados para iniciarla, las facultades y deberes judiciales, el régimen de prueba, la incorporación del abordaje interdisciplinario ya regulado en la LNSM y las nuevas figuras de las redes de apoyo, priorizando los aspectos personales, sociales y familiares de estas personas por sobre los patrimoniales, sistematizando por último las normas sobre validez y nulidad de los actos que se celebren.

El juez, a la hora de dictar sentencia en un proceso de capacidad y al momento de establecer limitaciones en el ejercicio de determinados derechos, ha de tener en cuenta el discernimiento del sujeto de acuerdo a las nuevas concepciones que hemos delineado más arriba, como así también aplicar esas nuevas concepciones en la determinación de la privación de la razón como causa obstativa del acto voluntario, de allí la profunda vinculación entre discernimiento, capacidad jurídica y acto involuntario.

4. *Sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica y su vinculación con el discernimiento para su determinación:* el CCyC dispone que el juez ha de designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. La regulación establece que ha de designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido por el artículo 32. Por su parte, el artículo 43 dispone que “Se entiende por apoyo a cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona

que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medias de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

La CDPD, en su artículo 12, apartado 3, dispone: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Esta normativa es tomada casi a la letra por el artículo 43 del CCyC, introduciéndose así, en línea con la Convención, una innovación normativa trascendental en nuestro ordenamiento positivo.

Pero ¿qué se entiende por apoyo? La Mesa Federal de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos, en su ponencia presentada el 13 de agosto del 2012 a la Comisión Bicameral, refirió: “El Apoyo se trata de una relación y formas de trabajar con otra y otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona, por ello es que el sistema de apoyo no debe determinarse en función de un padecimiento o limitación sino construirse en función de lo que la persona quiere para sí misma, su proyecto de vida, tendiendo al fomento de su autonomía y su participación e inclusión en la comunidad, en concordancia también con el art. 75 inc. 23 de la CN”¹⁸.

¹⁸ Mesa Federal de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos, entrada del 11-10-2015, aportes presentados a la Honorable Comisión Bicameral el 12-8-2012, disponible en http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacionCódigos/ponencias/buenosaires/pdfs/101_Mesa_Federal_de_Salud_Mental.pdf, 2-3-2022; v. gr.: JORGE, C. S., “Búsqueda de una realidad propia para el sistema de apoyos para la persona con discapacidad mental en la República Argentina”, en *Microjuris*, del 14-7-2017. Propuesta articulada de la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

El apoyo se constituye en la herramienta para tomar las propias decisiones; la finalidad es la autonomía, la promoción de los derechos, de allí que el apoyo pueda utilizarse en distintos ámbitos de la vida, patrimonial, social, educativo, salud (consentimiento informado) y finalmente también jurídico; el acento no está puesto, solamente, en la toma de decisiones para la formalización de actos jurídicos patrimoniales, orientación propiciada por el Código de Vélez Sársfield, sino en acompañar a la persona en todos los ámbitos de la vida, pues lo que se propicia, insistimos, es favorecer su autonomía. En este sentido, el horizonte en la determinación de los apoyos es flexible e ilimitado, puede ser individual o colectivo, puede consistir en una red de apoyos, constituida por familiares, allegados, amigos, una asociación, una institución oficial. En definitiva, tal como lo regula la CDPD, el apoyo es un mecanismo para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las personas en todos los aspectos de la vida, accesibilidad (art. 9º), respeto del hogar y de la familia (art. 23), educación (art. 24), derecho a participación en la vida política y pública (art. 29).

El juez ha de garantizar que la persona cuente con el apoyo que particular y subjetivamente necesite para actuar en la sociedad y relacionarse en forma inclusiva con los demás; de no fortalecerse esta dinámica se violaría lo dispuesto en la CDPD en un claro desajuste constitucional y de convencionalidad.

En esta temática vale detenernos un momento para establecer la vinculación entre la determinación del apoyo y el discernimiento, y el abordaje interdisciplinario. El juez ha de determinar con el dictamen interdisciplinario la comprensión que posee el sujeto de los actos

española para su adecuación al art. 12 de la CDPD, Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 13-6-2012: “el dispositivo puede ser definido como determinados elementos de ayuda, de colaboración, que se han de garantizar a cada persona para que se exprese, identifique y surta efectos, cada decisión, adoptada desde su igual capacidad jurídica, y destinada a generar consecuencias personales y jurídicas plenas como expresión de esa capacidad [...] Desde la dimensión funcional, es el acompañamiento personal, familiar y social que permite a quien padece enfermedad mental desenvolverse en la mayor cantidad de ámbitos posibles de su vida en relación, y excepcionalmente es el dispositivo que le permite a la persona asistida otorgar ciertos negocios jurídicos por carecer o tener viciada su voluntad (art. 261 del CCyC)”.

que realiza, como así también la comprensión de sus consecuencias. A partir de ese análisis podrá designar y delimitar el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica adecuados a cada singularidad. Sabemos de las dificultades sociales y familiares para abordar esta problemática, por esto mismo es necesario contar con políticas públicas que fortalezcan la creatividad en la instrumentación del sistema de apoyos (v. gr., fundaciones y/u otras personas jurídicas privadas o públicas que cumplan estas funciones).

El sistema de apoyos es crucial a la hora de fortalecer la autonomía de la voluntad vital, que quiebra la lógica manicomial. El artículo 19 de la CDPD claramente dispone que las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de modo independiente en la comunidad, eligiendo dónde y con quién vivir. Asimismo, la LNSM establece, como refiriéramos, un modelo comunitario de abordaje sustitutivo del modelo asilar, reconstruyendo redes sociales; ésta es la tarea actual¹⁹.

¹⁹ Recientemente, la Secretaría de Gobierno de Salud, Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, del Ministerio de Salud y Desarrollo de la Nación, dictó la resolución 715/2019, denominada “Recomendaciones para la adecuación hasta la sustitución definitiva de la instituciones con internación monovalente”. En línea con los plazos establecidos en la reglamentación de la LNSM, busca fortalecer el pasaje de las internaciones monovalentes hacia redes integradas de salud mental con base en la comunidad que brinden respuestas a los usuarios, incorporando el componente salud mental en el primer nivel de atención. Dispone la norma en este sentido que “Las camas, las instalaciones y el personal especializado deben estar disponibles en hospitales generales para el abordaje de la salud mental, incluyendo situaciones que requieran internación. El personal de los hospitales con internación monovalente existentes, así como del resto de los dispositivos de la red de salud mental con base en la comunidad, deben recibir capacitación apropiada para ocupar puestos en los diferentes entornos de la red. Además, son fundamentales las acciones de capacitación sobre el abordaje adecuado de salud mental destinadas a otros sectores (justicia, educación, seguridad, etc.). Los psicofármacos deben estar disponibles en el primer nivel de atención y en los hospitales generales. Los cuidados de salud mental comunitarios formales e informales han de ser introducidos con el fin de lograr la inclusión social de todas las personas”. La normativa expone de igual modo sobre la atención en hospitales generales, siendo necesario trabajar con las familias de usuarios que se darán de alta y sus referentes vinculares, con el fin de proporcionar acompañamiento y apoyo durante el proceso de externación, alta y vida en la comunidad. El análisis más extenso de esta normativa será objeto de otro trabajo; su sucinta referencia vincula el pretendido abordaje práctico y de políticas públicas con la problemática.

4. Colofón

Entendemos que urge reconstruir el concepto de discernimiento con causa en padecimientos subjetivos. A la hora de determinar la falta de discernimiento, la privación de la razón ha de establecerse y definirse de acuerdo a las nuevas concepciones en materia de salud integral y el abordaje interdisciplinario dispuesto por la CDPD, la LNSM y el CCyC.

La falta de discernimiento por privación de la razón ha de evaluarse interdisciplinariamente, con parámetros flexibles que variarán de acuerdo a la singularidad de cada sujeto, de allí lo acertado de la regulación en punto a que la evaluación ha de hacerse al momento de la realización del acto. De igual forma, entendemos que de esa evaluación han de partir el juez y los operadores jurídicos para delinear los actos que se limitan y el sistema de apoyos necesario, con la mirada puesta en el fortalecimiento de las políticas públicas orientadas a redes comunitarias, que favorezcan la autonomía e inclusión.

Bibliografía

- BIDART CAMPOS, Germán, “La interpretación de los derechos humanos”, Buenos Aires, Ediar, 1994.
- BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, t. 1, “Comentario de los artículos 896 a 943”, en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Astrea, Primera Parte, Título I, VIII, *Actos involuntarios*.
- BURIJOVICH, Jacinta y otros, “La salud mental en Córdoba: entre la sanción de las leyes y su efectiva concreción”, en *Informe: Mirar tras los Muros*, Córdoba, Observatorio en Salud Mental y Derechos Humanos, Mesa de Salud Mental y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Córdoba, 2013; disponible en <http://www.unc.edu.ar/extension/vinculacion/observatorio-ddhh/informe-mirar-tras-los-muros/capitulo-iii/la-salud-mental-en-cordoba,2-3-2022>.
- CARRILLO SALCEDO, Juan I., “Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo”, Madrid, Tecnos, 1995.
- FARAONE, Silvia; BIANCHI, Eugenia y GIRALDEZ, Soraya, “Determinantes de la salud mental en ciencias sociales. Actores, conceptualizaciones, políticas y prácticas en el marco de la ley 26.657”, Buenos Aires, UBA Sociales, 2015.

- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Madrid, Trotta, 1999.
- HENDERSON, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno; la importancia del principio *pro homine*”, en Revista IIDH (núm. 39), San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- JORGE, Carina S., “Búsqueda de una realidad propia para el sistema de apoyos para la persona con discapacidad mental en la República Argentina”, en Microjuris, del 14-7-2017.
- LAUFER CABRERA Y REDI, Mariano, “Capacidad jurídica y acceso a la justicia. Cómo reducir la brecha entre la legislación argentina y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en <http://en.caleameo.com/read/0040346979bb7f8928e29>, 2-3-2022.
- LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, Buenos Aires, Perrot, 1995, t. II, Cap. XII.
- MARTÍNEZ, Marcelo B., “Derecho y salud mental. Historia del tratamiento jurídico de la locura en la República Argentina”, Rosario, Juris, 2016.
- PALACIOS, Agustina, “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Madrid, Cermi, 2008.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, “Los derechos fundamentales”, Madrid, Tecnos, 1986.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Estudio sobre derechos fundamentales”, Madrid, Debate, 1990.
- RACCA, Arián y FIOCCHI, Antonella, “Perspectiva psicoanalítica para el acompañante terapéutico. Mucho más que simple compañía. Un equipo de la Facultad de Psicología de la UNR analiza la necesidad de jerarquizar la tarea del acompañante terapéutico”, en diario *Página 12*, del 17-11-2019.
- RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. II, Cap. XXIV.
- STOLKINER, Alicia, “No hay enfermedades mentales, siempre está en juego el cuerpo”, en YouTube, <https://youtu.be/zSJHa3yqnSA>, 2-3-2022.
- VILLAYERDE, María S., “Apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Notas a partir de un fallo marplatense que no discapacita”, en Revista (núm. 7), Sección *Actualidad en Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, julio de 2009.

APORTES DE ESTUDIANTES

PRESENTACIÓN

En el nuevo plan de estudio de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario se ha incorporado como obligatoria la asignatura “Derecho del Transporte y de la Navegación”.

Durante el año 2020, en un contexto virtual a causa de la pandemia, con la finalidad de motivar a los alumnos, les propuse la realización de trabajos de investigación sobre contenidos de la materia que les despertaran interés, generándoles la necesidad de profundizar sus conocimientos.

La cátedra recepcionó más de veinte trabajos con temáticas novedosas y apropiadas, debiendo efectuar una difícil selección, destacándose entre todos el elaborado por los alumnos Juan Bautista Cervio y Martín Scapini, en virtud del tema complejo abordado y su desarrollo extenso y riguroso, con consulta de bibliografía nacional e internacional.

Felicitemos a los alumnos por el esfuerzo y dedicación que han demostrado, convirtiéndolos en merecedores de este premio de publicación, y hacemos votos para que continúen recorriendo el maravilloso camino de la investigación.

Profesora titular Dra. VIVIANA FABRIZI

RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO MARÍTIMO POR DERRAME DE HIDROCARBUROS

por JUAN BAUTISTA CERVIO
y MARTÍN SCAPINI¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breves nociones sobre la responsabilidad en el Derecho Marítimo. 3. Introducción a la responsabilidad por derrame de hidrocarburos. 4. Regulación vigente a nivel nacional e internacional. 4.1. Convenio de Responsabilidad Civil de 1969 o CLC (*Civil Liability Convention*)/Protocolo 1992 (ley 25.137). 4.2. Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos de 1971/Protocolo 1992 (ley 25.137). 4.3. Otras convenciones de aplicación en materia de derrames de hidrocarburos en el mar en las que Argentina es parte. 5. Controversias y críticas al sistema de responsabilidad por derrame de hidrocarburos. 6. Nuevas tendencias: *HNS Convention* y *Bunker Convention*. 7. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Este artículo propone abordar los aspectos generales, particularidades y regulación de la responsabilidad en el Derecho Marítimo argentino con especial énfasis en un aspecto novedoso y de capital importancia a nivel internacional como es la responsabilidad por derrames de hidrocarburos. Para ese efecto, daremos un panorama ge-

¹ Estudiantes de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

neral de la regulación de esta temática, abordando brevemente su desarrollo histórico, principales puntos de interés, legislación internacional e interna, jurisprudencia y casos trascendentes –tanto nacionales como extranjeros– y las opiniones doctrinales más relevantes. El objetivo es mostrar la forma en que está regulada esta temática, sus puntos positivos y defectos, controversias o cuestiones sin resolver. Finalmente, comparar el sistema general de responsabilidad del Derecho Marítimo con la regulación de este mismo instituto en países extranjeros.

Abstract

This article proposes to address the general aspects, particularities and regulation of liability in Argentine Maritime Law with special emphasis on a novel aspect of capital importance at the international level such as liability for oil spills. For this purpose, we will give a general overview of the regulation of this issue, briefly addressing its historical development, main points of interest, international and local legislation, jurisprudence and relevant cases –national and foreign– and the most relevant doctrinal opinions. The objective is to show the way in which this issue is regulated, its pros and cons, controversies or unresolved issues. Finally, compare the general system of responsibility of Maritime Law with the regulation of this same institute in foreign countries.

Palabras clave

Derecho Marítimo. Responsabilidad. Derrame de hidrocarburos.

Keywords

Maritime Law. Liability. Oil Spills.

1. Introducción

En el presente trabajo final de investigación de la materia Derecho del Transporte y de la Navegación nos propusimos abordar los aspectos generales, particularidades y regulación de la responsabilidad en el

Derecho Marítimo argentino con especial énfasis en un aspecto de capital importancia a nivel internacional como es la responsabilidad por derrames de hidrocarburos.

Daremos un panorama general de la regulación de esta temática, abordando brevemente su desarrollo histórico, principales puntos de interés, legislación internacional e interna, jurisprudencia y casos trascendentes tanto nacionales como extranjeros y las opiniones doctrinales más relevantes.

Nuestro objetivo es mostrar la forma en que está regulada esta temática, sus puntos positivos y defectos, controversias o cuestiones sin resolver, para luego compararlo con el sistema general de responsabilidad del Derecho Marítimo y con la regulación de este mismo instituto en otros países.

Intentaremos dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿De qué modo difieren el sistema general de responsabilidad del Derecho Marítimo con el sistema de responsabilidad por derrame de hidrocarburos? ¿Es efectivo este sistema para prevenir los derrames o al menos reparar los daños? ¿Cuáles son sus ventajas y desventajas o falencias? ¿Existen otros sistemas o formas de dar solución a la problemática y en qué difieren del adoptado por nuestro país? ¿Es necesaria una revisión y actualización de la legislación o tal vez un cambio radical?

Aunque no se pretende agotar aquí un tema tan extenso, el trabajo de los estudiantes Cervio y Scapini puede ser entendido como un punto de partida para el abordaje de una temática interesante y actual.

2. Breves nociones sobre la responsabilidad en el Derecho Marítimo

La responsabilidad en el Derecho Marítimo adopta notas especiales y propias que la distinguen del Derecho común.

El centro de imputación de la responsabilidad en el Derecho Marítimo recae en el armador. El artículo 174 de nuestra Ley de Navegación (LN) 20.094 establece que “El armador es responsable de las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en todo lo relativo al buque y a la expedición, y por las indemnizaciones a favor de terceros a que haya dado lugar por hecho suyo o de los tripulantes”.

Por lo tanto, vemos que asume la responsabilidad contractual y la extracontractual por los hechos del capitán y tripulación.

¿Es esta responsabilidad subjetiva u objetiva?

Un fallo de la Corte Suprema, “Sulfacid c/Río Bravo”² (1988), sostuvo que las normas de la LN no consagran una responsabilidad objetiva.

Diego Chami³ señala que el Derecho Marítimo contempla un conjunto de responsabilidades legisladas, contractuales o extracontractuales, como también incluye responsabilidades no legisladas.

Así, por ejemplo, son responsabilidades contractuales legisladas el sistema de responsabilidad del transportador de mercaderías por agua, del transportador de pasajeros, transporte multimodal, entre otros. Todos sistemas de responsabilidad subjetivos.

Como responsabilidad extracontractual legislada, tenemos el sistema de responsabilidad del abordaje, de naturaleza subjetiva. Sin embargo, podemos mencionar el sistema de responsabilidad del explotador de buques de propulsión nuclear y el sistema de responsabilidad por derrame de hidrocarburos, que son sistemas objetivos.

El sistema de responsabilidad legislada incluye entonces tanto responsabilidades subjetivas como objetivas.

Además, entiende Chami⁴ que el artículo 174 no impide la aplicación de las normas del Derecho común que consagran la responsabilidad objetiva. Esto en base a los artículos 1º y 177 de la LN.

El artículo 1º prevé que en caso de laguna se recurra al Derecho común si no pudiera previamente aplicarse en forma análoga una solución del Derecho Marítimo.

El artículo 177, último párrafo, LN establece que podrá oponerse la limitación de responsabilidad aun cuando la responsabilidad provenga de la propia posesión, custodia o control del buque; esta responsabilidad no es otra que la responsabilidad objetiva que consagra el artículo 1723 del CCyC.

² CSJN, 16-6-88, “Sulfacid Saicif c/Cap., Arm. y/o Prop. del Buque ‘Río Bravo’ y otros s/Cobro de pesos”, N° interno: S000000438.

³ CHAMI, D. E., “Instituciones de Derecho de la Navegación. Parte II” (video-clase), en YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=eNt89xhe1u0>, 6-12-2021.

⁴ Íd.

Por lo expuesto, en la responsabilidad del Derecho Marítimo si bien la regla será la responsabilidad subjetiva, existirá la posibilidad de responsabilidad objetiva en aquellos supuestos especialmente legislados con dicha responsabilidad o en casos de vacíos legales en donde no puedan aplicarse análogamente normas del Derecho Marítimo.

Hecha esta breve reseña, nos enfocaremos en uno de los casos legislados como es la responsabilidad por derrame de hidrocarburos.

3. Introducción a la responsabilidad por derrame de hidrocarburos

Es sabida la importancia que tuvo y sigue teniendo el uso de los hidrocarburos, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo pasado; resultan recursos esenciales para la satisfacción de las necesidades humanas y además estratégicos para los Estados, utilizados en múltiples industrias y sectores económicos, siendo en muchos países fuente de abundante riqueza y prosperidad, aunque también de importantes conflictos.

Teniendo en cuenta esto, debemos decir que en la mayoría de los casos los lugares o yacimientos de donde se extrae el petróleo crudo que se utiliza como materia prima para la producción de combustibles más refinados o para otras aplicaciones industriales no son los mismos donde luego esa materia prima es industrializada, por lo cual se requiere su transporte. Asimismo, también es necesario el transporte de los combustibles ya refinados a otros centros donde luego serán distribuidos para el consumo o para su utilización en otros procesos productivos.

Los medios más utilizados para el transporte de estos recursos son los ductos y los buques petroleros, y a estos últimos nos referiremos esencialmente en este trabajo.

Si bien los hidrocarburos son recursos de suma importancia y que producen grandes beneficios, también tienen sus desventajas. Y la principal desventaja de la que hablaremos es la contaminación e impacto que tiene el derrame de los hidrocarburos en el medio marino.

Las repercusiones de estos hechos son de diversa índole, afectando sobre todo al medioambiente y a los ecosistemas marítimos, pero también a la economía de los países costeros (turismo, pesca, navegación, etc.) y la salud de su población.

La comunidad internacional tomó dimensión del riesgo y de las consecuencias que provoca el derrame de hidrocarburos luego de la gran catástrofe ocurrida el 18 de marzo de 1967. El buque petrolero de bandera liberiana Torrey Canyon encalló en el arrecife Seven Stones (Archipiélago de la Scilly), situado al suroeste de las Islas Cornwall, en Inglaterra, cuando se dirigía al puerto inglés de Milford Haven. Se derramaron 120.000 toneladas de crudo al medio marino, provocando una gran marea negra que llegó al litoral de Cornwall, la Isla de Guernsey y las costas de Francia. La mancha de hidrocarburo alcanzó unas dimensiones de 280 kilómetros cuadrados⁵.

La Organización Marítima Internacional (OMI), motivada por la búsqueda de alguna solución superadora, avanzó en la celebración de convenios internacionales con el fin de regular la responsabilidad civil y la reparación de los daños ambientales producidos por derrames de hidrocarburos. Si bien existían algunos convenios (como el Convenio Internacional para prevenir la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, celebrado en Londres en 1954 u Oilpol 54, luego sustituido por Marpol 73/78), la catástrofe de 1967 requirió nuevas soluciones⁶.

4. Regulación vigente a nivel nacional e internacional

A raíz de la tragedia de Torrey Canyon, mencionada en el apartado anterior, es que se sanciona a instancias de la OMI, en el año 1969, en Bruselas, el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debido a la Contaminación por Hidrocarburos, y luego en 1971, en la misma ciudad, se celebró el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos, siendo estas dos normas internacionales las más importantes en esta materia y siendo Argentina Estado parte en ambos tratados.

Posteriormente este sistema de responsabilidad fue enmendado en 1992 mediante dos Protocolos; los Convenios enmendados se conocen

⁵ ALBARENQUE, J. F., “Hidrocarburos. Responsabilidad civil por daños provocados por derrame de hidrocarburos en el mar”, en Abogados.com.ar, <https://abogados.com.ar/hidrocarburos-responsabilidad-civil-por-danos-provocados-por-derrame-de-hidrocarburos-en-el-mar/23741>, 6-12-2021.

⁶ Íd.

como el Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 y el Convenio del Fondo de 1992. Ambos fueron aprobados por Argentina mediante la ley 25.137 en septiembre de 1999.

Procederemos ahora a analizar el sistema de responsabilidad consagrado por estos dos Convenios, desarrollando brevemente sus puntos principales.

4.1. *Convenio de Responsabilidad Civil de 1969 o CLC* (“Civil Liability Convention”)/Protocolo 1992 (ley 25.137)

Ámbito de aplicación

El Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 se aplica a los daños debidos a contaminación por hidrocarburos resultantes de derrames de hidrocarburos persistentes a granel, por lo cual es condición necesaria que los hidrocarburos sean persistentes (crudo, fueloil, aceite diésel pesado, aceites lubricantes). Los daños ocasionados por hidrocarburos no persistentes, tales como gasolina, aceite diésel ligero, queroseno, etcétera, no están cubiertos por el Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 (art. 1.5).

La CLC abarca los derrames de hidrocarburos transportados como carga y/o en los depósitos de combustible procedentes de naves aptas para la navegación marítima cargadas, y en ciertos casos sin carga, construidas o adaptadas para el transporte de hidrocarburos a granel como carga (excluidos los buques de carga seca), por lo que el derrame además tiene que provenir de un buque tanque, por lo que excluye derrames provenientes de monoboyas, plataformas *offshore*, puertos, tuberías. Ese buque tanque además debe ser de navegación marítima, estando excluidos aquellos de navegación fluvial.

Quedan excluidos, a su vez, de forma expresa, los buques de guerra y los buques públicos al servicio destinados a funciones estatales y servicios no comerciales.

El Convenio de Responsabilidad Civil sólo abarca los daños debidos a contaminación sufridos en el territorio, mar territorial o zona económica exclusiva (ZEE), o zona equivalente, de un Estado Parte en el Convenio (art. 2º).

La expresión daños ocasionados por contaminación se define como

pérdidas o daños causados por la impurificación resultante de la descarga de hidrocarburos por un buque. Por lo que se refiere a daños al medio ambiente (aparte de la pérdida de beneficios resultante del deterioro del medio ambiente), la indemnización está limitada a los costes efectivamente cubiertos o que vayan a cubrirse de las medidas razonables de restauración del medio ambiente contaminado.

El concepto de daños ocasionados por contaminación incluye medidas, dondequiera que se tomen, para prevenir o reducir al mínimo los daños debidos a contaminación en el territorio, mar territorial o ZEE, o zona equivalente, de un Estado Parte en el Convenio (medidas preventivas). Los gastos cubiertos por las medidas preventivas son recuperables aun cuando no ocurra derrame de hidrocarburos, siempre y cuando haya una amenaza grave e inminente de daños ocasionados por contaminación.

Sistema de responsabilidad

Según Chami⁷, el sistema de responsabilidad puede encuadrarse y dividirse de la siguiente manera:

- 1) Es *canalizada*, porque es responsable el propietario⁸ del buque tanque de navegación marítima, lo cual lo hace fácil de identificar (art. 3.1); es *exclusiva* porque sólo opera en los términos del Convenio (art. 3.4), y es *excluyente* ya que sólo se aplica contra él e incluso el propio Convenio establece un conjunto de personas contra las cuales no puede accionarse: a) los empleados o agentes del propietario ni los tripulantes; b) el práctico o cualquier otra persona que, sin ser tripulante, preste servicios para el buque; c) ningún fletador, gestor naval o armador; d) ninguna persona que realice operaciones de salvamento con el consentimiento del propietario o siguiendo instrucciones de una autoridad pública competente; e) ninguna persona que tome me-

⁷ CHAMI, op. cit.

⁸ El artículo 1.3 define al propietario como “la persona o las personas inscritas como propietarias del buque o, si el buque no ha sido matriculado, la persona o las personas propietarias del mismo. No obstante, en el caso del buque que sea propiedad de un Estado y esté explotado por una compañía inscrita en este Estado como armador del buque, por propietario se entenderá dicha compañía”.

didadas preventivas; f) ningún empleado o agente de las personas mencionadas en los subpárrafos c, d, y e (art. 3.4), con la excepción de que podrá accionarse contra ellos en caso de dolo o actuación temeraria, y sin perjuicio de la acción de repetición del propietario contra terceros que hubieran sido responsables. Es de notar que se ha incurrido en ciertas omisiones en estas exclusiones que luego analizaremos.

- 2) Es *objetiva*, porque claramente el propietario del buque no puede alegar que no tuvo culpa o responsabilidad y aquí entran fuertemente las causas de exoneración, que son las siguientes: la guerra, la guerra civil, las insurrecciones, las hostilidades, los fenómenos naturales excepcionales, inevitables e irresistibles (caso fortuito o fuerza mayor), así como el “dolo total de un tercero”, con el cual no se debe poseer ningún tipo de relación contractual. Asimismo, es posible eximirse en la culpa de un ente encargado de mantener auxilios a la navegación y, finalmente, el dolo o la culpa de la propia víctima. Como vemos, la culpa de un tercero no está prevista como causal de exoneración, por lo cual el propietario responderá objetivamente y luego repetirá contra el tercero: el típico caso es el del abordaje.
- 3) Es *limitada*, toda vez que el propietario cuenta con el derecho a limitar la responsabilidad con un sistema que va escalando según la cantidad de carga que transporte, excepto dolo o hecho temerario, en cuyo caso no hay limitación.
- 4) Es *garantizada*, ya que para los buques de carga de hidrocarburo con transporte superior a las 2.000 toneladas es obligatorio contar con un seguro internacional y se deberá expedir un certificado de garantía financiera. Estos seguros son proveídos por los clubes de P & I (Mutuales de Protección e Indemnidad), cuyo límite de cobertura es US\$ 1 billón. Consagra también la acción directa contra el asegurador.

Ejercicio de las acciones

En cuanto a la competencia, sólo podrán promoverse las acciones ante los tribunales del o de los Estado/s contratante/s en cuyo territorio,

mar territorial o zona económica exclusiva se produjeron daños por contaminación o se hayan tomado medidas preventivas para evitar o reducir al mínimo los daños ocasionados por contaminación. En Argentina serán competentes los tribunales federales en virtud de los artículos 116, CN y 515, LN.

4.2. *Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos de 1971/Protocolo 1992 (ley 25.137)*⁹

Este Fondo de Indemnización que se constituye es una persona jurídica intergubernamental con sede en Londres. Su estructura interna está compuesta por una Asamblea, una Secretaría, un Comité Ejecutivo y un director. Además de ser una persona jurídica, es también un fondo de activos, conformado principalmente por aquellos que operan por mar más de 150 millones de toneladas de hidrocarburos por año, concentrado necesariamente en las empresas petroleras.

Siendo más específico en el segundo tramo, quien aporta el dinero es nada más y nada menos que la carga y, de este modo, surge la primera gran diferencia respecto del primer tramo CLC 69/92, ya que en aquél aporta el propietario del buque.

El Fondo interviene en tres supuestos: 1) cuando el propietario no es responsable en los términos de la CLC; 2) cuando el propietario es insolvente, y 3) cuando los daños son superiores al límite de la CLC (art. 4º).

Sin embargo, el Fondo no deberá indemnización alguna si:

- a) Prueba que los daños ocasionados por contaminación resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección, o se debieron a escapes o descargas de hidrocarburos procedentes de un buque de guerra o de otro buque cuya propiedad o utilización corresponda a un Estado y que esté destinado exclusivamente, en el momento de producirse el suceso, a servicios no comerciales del Gobierno (art. 4.2).
- b) Prueba que los daños ocasionados por contaminación se debieron

⁹ CHAMI, op. cit.

total o parcialmente a la acción o a la omisión de la persona que los sufrió, la cual actuó así con la intención de causarlos, o a la negligencia de esa persona; el Fondo podrá ser exonerado total o parcialmente de su obligación de indemnizar a dicha persona. En todo caso, el Fondo será exonerado en la medida en que el propietario del buque haya sido exonerado. No obstante, no habrá tal exoneración del Fondo respecto de las medidas preventivas (art. 4.3).

El Fondo tiene un límite monetario, pero en 2003 se sancionó un nuevo Protocolo del Fondo, que constituye un Fondo Complementario y del cual aclaramos que Argentina aún no es Estado Parte. Este Protocolo surge después del desastre del buque Prestige, frente a las costas de España, en 2002.

Los perjuicios resarcibles por el Fondo son: daños materiales, el costo de las medidas razonables de restauración, los costos de las medidas para prevenir daños, el lucro cesante, la recuperación de la fauna, las medidas de recomposición del medio ambiente y el salvamento para prevenir o minimizar el derrame.

Reglamentación de este sistema en Argentina

El decreto 151/2004 reglamenta la aplicación de este sistema de responsabilidad estableciendo una coordinación entre diversos órganos de la Administración, en la cual la Secretaría de Transporte emite los certificados de garantía financiera, la Prefectura controla la existencia y vigencia de esos certificados y la Secretaría de Energía elabora las listas de personas que en el territorio de la República reciban hidrocarburos en cantidades tales que deban pagar contribuciones al Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos, todo esto coordinado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

4.3. Otras convenciones de aplicación en materia de derrames de hidrocarburos en el mar en las que Argentina es parte

a) *Convenio Internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, Bruselas, 1969 (ley 23.456).*

Este Convenio regula la actuación de los Estados Partes ante accidentes marítimos que causen una contaminación por hidrocarburos, cuando éstos ocurren en el mar libre y representan un peligro grave e inminente contra el litoral o intereses conexos (actividad marítima y pesquera, turística y salud de la población) de estos Estados.

Se establece un procedimiento para tomar las medidas necesarias para eliminar, mitigar o prevenir esos daños o peligros, que deberán tener en cuenta la razonabilidad de las medidas en proporción al daño y los intereses de otros Estados, en particular los del pabellón de buques o artefactos involucrados en los accidentes u otros Estados también afectados por éstos.

b) *Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, Londres, 1990 (ley 24.292).*

En éste los Estados se comprometen a tomar medidas para prepararse y luchar contra sucesos de contaminación por hidrocarburos, sea que ocurran en buques, unidades mar adentro, puertos marítimos o unidades de manipulación de hidrocarburos. En razón de esto, las partes se obligan a que los buques que enarbolan su pabellón y las unidades mar adentro, puertos marítimos o unidades de manipulación sujetos a su jurisdicción lleven a bordo o cuenten con un plan de emergencia en caso de contaminación por hidrocarburos. Además, establece la obligación de notificar por parte de éstos cualquier suceso de esta naturaleza del que tengan conocimiento y las medidas que los Estados deben adoptar ante estas notificaciones.

c) *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 1982 (ley 24.543).*

Establece que por “contaminación del medio marino” se entiende la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino, incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento (art. 1º, ap. 4º).

Establece la obligación general de los Estados de proteger y pre-

servar el medio marino y de tomar las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina.

d) *Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, 1972 (ley 21.947).*

Conforme a las disposiciones de este Convenio, las partes contratantes prohíben el vertimiento de desechos y otras materias nocivas, entre las cuales nombra el petróleo crudo, fueloil, aceite pesado diésel, aceites lubricantes, fluidos hidráulicos y mezclas que contengan esos hidrocarburos, cargados con el fin de ser vertidos (art. 4º, ap. 1.a, y Anexo I, pto. 1).

Esto no se aplicará cuando sea necesario salvaguardar la seguridad de la vida humana o de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar, en casos de fuerza mayor debidos a las inclemencias del tiempo o en cualquier otro caso que constituya un peligro para la vida humana o una amenaza real para buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar, si el vertimiento parece ser el único medio para evitar la amenaza y si existe toda probabilidad de que los daños emanantes de dicho vertimiento sean menores que los que ocurrirían de otro modo. Dicho vertimiento se llevará a cabo de forma que se reduzca al mínimo la probabilidad de que se ocasionen daños a seres humanos o a la vida marina.

A los efectos del Convenio por “vertimiento” se entiende:

- i) Toda evacuación deliberada en el mar de desechos u otras materias efectuada desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar;
- ii) todo hundimiento deliberado en el mar de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar.

e) *Marpol 73/78 (ley 24.082).*

También llamado Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación de los Buques. Es un Convenio o conjunto de normativas internacionales que tiene el objetivo de prevenir la contaminación por los buques. Se aprobó inicialmente en 1973 pero entró en vigor el 2 de octubre de 1983. A la fecha, 119 países lo han ratificado. Su objetivo es preservar el ambiente marino mediante la completa eliminación de la polución por hidrocarburos y otras sustancias dañinas, así como la

minimización de las posibles descargas accidentales. En su Anexo trata una serie de reglas para prevenir la contaminación por hidrocarburos.

5. Controversias y críticas al sistema de responsabilidad por derrame de hidrocarburos

Si bien el sistema CLC-FUND constituye un sistema novedoso y efectivo para la solución de los hechos de derrame, es pasible de algunas críticas u observaciones.

En primer lugar, es un sistema pensado exclusivamente para la navegación marítima, excluyendo a la fluvial, lo cual en Argentina, que tiene algunas de las vías fluviales más grandes e importantes en cuanto a tráfico y caudal económico de la región y del mundo, es dejar un vacío legal sustancial. Prueba de esto es que el mayor derrame de petróleo en nuestro país fue en el Río de la Plata en Magdalena, Provincia de Buenos Aires, a raíz del abordaje de los buques Sea Paraná y Estrella Pampeana¹⁰.

En el mismo orden, sólo se aplica a los derrames provenientes de un buque tanque, no estando comprendidas las plataformas *offshore*, puertos, monoboyas, tuberías, etcétera, por lo cual aquí también se omite una parte importante del sector de los hidrocarburos y de derrames que se producen y que tienen consecuencias serias, como fue el caso de la plataforma Deep Water Horizon en el Golfo de México.

Como expone Chami¹¹, otro vacío legal que se da es que el sistema establece una responsabilidad canalizada en el propietario del buque y en el artículo 3.4 de la CLC excluye expresamente a una lista de sujetos, pero omite excluir a otros, como son el astillero, las sociedades de clasificación e incluso el dueño de la carga, por lo cual la situación respecto de estos sujetos es dudosa.

Pero tal vez la cuestión que ha resultado objeto de más objeciones y críticas son ciertos aspectos del sistema de responsabilidad, en particular su limitación. Trataremos de exponer algunos de los postulados más relevantes y elementales de estas discusiones, advirtiendo que es

¹⁰ Íd.

¹¹ Íd.

un tema sumamente vasto y complejo, y que por la naturaleza de este trabajo no puede ser abordado verdaderamente en profundidad.

Como sabemos, el principio general del Derecho de Daños es la *restitutio in integrum*, siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil; sin embargo, la CLC prevé la posibilidad del propietario de limitar su responsabilidad, instituto éste que no es exclusivo de la responsabilidad por derrames de hidrocarburos, sino que se lo puede advertir a lo largo de gran cantidad de normas de Derecho Marítimo (al punto tal que muchos autores consideran a la limitación de responsabilidad como la columna vertebral del Derecho Marítimo) y en otras ramas del Derecho del Transporte (Aeronáutico, Terrestre)¹².

Las razones históricas para la popularidad de este instituto en el Derecho Marítimo no son tan claras, pero se suele creer que obedeció a los grandes capitales involucrados y el riesgo intrínseco de la actividad y a la competencia entre las marinas mercantes nacionales de los países, que llevó a varios de éstos a adoptar estas cláusulas para impulsar su desarrollo. Hoy en día se suele justificar este mecanismo con los siguientes razonamientos. Primero, la responsabilidad ilimitada haría excesivamente onerosa la contratación de seguros, cuyas primas aumentarían de forma considerable, haciendo que los propietarios quiebren o deban cobrar un flete mayor al dueño de la carga, impactando así en la actividad naviera. Segundo, se alega la necesidad de una distribución equitativa del riesgo con aquellos que se benefician de la actividad. Y por último, se considera que la capacidad del mercado de seguros no es infinita y la responsabilidad ilimitada no es asegurable o es excesivamente onerosa. También otros autores han esbozado como fundamento la lejanía del capitán (dependiente) respecto del armador (principal), dificultando el control de este último sobre el primero.

Una crítica que se levantó sobre el sistema de limitación de la responsabilidad de la CLC es que en éste el monto de la limitación está directamente relacionado con el tonelaje del buque, no habiendo una verdadera relación entre el tamaño de los buques y el coste de los derrames de petróleo, pudiendo así resultar que en un derrame

¹² FAURE, M. y WANG, H., "Financial caps for oil pollution damage: A historical mistake?", en *Marine Policy*, vol. 32, Issue 4, julio de 2008, ps. 592-606; Science Direct, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0308597X07001297>.

significativo ocasionado por un buque pequeño el límite de la responsabilidad quede muy por debajo de los daños efectivamente causados. Por otra parte, es cierto que estos daños serían cubiertos por el Fondo o excepcionalmente por el Fondo Complementario de 2003 para los países que están adheridos¹³.

Teniendo en cuenta las justificaciones de este sistema esbozadas, veamos ahora qué dicen sus detractores.

Muchos abogados y economistas critican el sistema de limitación diciendo que constituye un subsidio a la industria marítima en desmedro de otros intereses (como el de los damnificados). Alegan que pudo haber estado justificado en tiempos donde la navegación era una actividad altamente riesgosa, pero esta justificación histórica ya no es válida teniendo en cuenta los avances tecnológicos y financieros, además de que existen otras actividades riesgosas o donde el dependiente se encuentra lejos del principal y sin embargo no cuentan con una limitación de responsabilidad. Una ventaja que sostienen de un sistema de responsabilidad ilimitada visto desde una perspectiva de análisis económico del Derecho (*Law and Economics*) es que produce incentivos para la prevención por parte de la industria naviera, a diferencia de lo que sucede con un sistema de limitación¹⁴.

Como vemos en este breve apartado, la limitación a la responsabilidad en el Derecho Marítimo, y en particular en la reparación de daños por derrames de hidrocarburos, es tal vez el tema más complejo en esta materia y que requiere un abordaje profundo e interdisciplinario desde el Derecho, la economía, las finanzas y el análisis de riesgos. Lo cierto es que hoy por hoy ningún país está dispuesto a eliminar este mecanismo, tal vez por el temor de exponer a sus industrias navieras a desventajas competitivas.

6. Nuevas tendencias: *HNS Convention* y *Bunker Convention*

a) “*HNS Convention*” o *Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas*.

¹³ Íd.

¹⁴ Íd.

Este novedoso Convenio no se encuentra aún en vigencia por no llegar al número necesario de ratificaciones (sólo ha sido ratificado por Canadá, Francia, Alemania, Grecia, Noruega, Holanda y Turquía).

Fue basado en CLC-FUND para cubrir la responsabilidad e indemnización de los daños producidos por la contaminación marítima a causa del transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas y no sólo los petróleos e hidrocarburos contemplados por éste.

b) *“Bunker Convention” o Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques*¹⁵.

La Convención Bunker fue aprobada en una Conferencia Diplomática llevada a cabo en la sede de la OMI en Londres, entre el 19 y 23 de marzo de 2001, pero entró en vigencia recién el 21 de noviembre de 2008. Su objeto es cubrir los daños por contaminación originados en un derrame de combustible de un buque.

Hasta el momento tiene 90 ratificaciones, y Argentina no forma parte.

Su objeto es cubrir los daños por contaminación originados en un derrame de combustible de un buque cubriendo un vacío legal que de todas formas es parcial de la CLC, ya que cubre los daños por contaminación causados por “todos los hidrocarburos persistentes de origen mineral, como crudos de petróleo, fueloil, aceite diésel pesado y aceite lubricante, ya se transporten éstos a bordo de un buque, como cargo o en los depósitos de combustible líquido de ese buque” (art. 1.5), por lo que vemos que cubre el vacío de los hidrocarburos no persistentes.

Sus rasgos principales son¹⁶:

- Establece la responsabilidad objetiva, limitada y obligatoriamente asegurable del propietario del buque que derrama combustible, lubricantes incluidos.
- Los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Apli-

¹⁵ RADOVICH, J. M., “Conveniencia de la ratificación de la Convención Bunker por la Argentina. Responsabilidad por derrames de hidrocarburos cuando no es aplicable el sistema CLC-FUND”, en Jornadas de la AADM sobre protección del ambiente marítimo, Buenos Aires, 6 y 7 de septiembre de 2016, en AADM, http://www.aadm.org.ar/old_site/Radovich.pdf.

¹⁶ Íd.

ca al propietario de cualquier buque, no sólo de buque tanque como en CLC-FUND.

- Cubre las medidas preventivas en cualquier sitio que se tomen.

Comparación con la CLC¹⁷

El concepto de buque es mucho más amplio que el de la CLC, puesto que incluye “toda nave apta para la navegación marítima y todo artefacto flotante en el mar del tipo que sea” (art. 1.1).

“Propietario del buque” también se define de forma más amplia puesto que al titular registral se agregan el locatario, el gestor naval y el armador (art. 1.3).

El ámbito de aplicación territorial es idéntico al de la CLC, como también la definición de daños por contaminación.

El propietario del buque en el momento de producirse un suceso será responsable de los daños debidos a contaminación ocasionados por cualesquiera de los hidrocarburos para combustible que el buque lleve a bordo, o que procedan de dicho buque (art. 3.1).

Si más de una persona fuera responsable, ambos lo serán en forma solidaria (art. 3.2).

Cuando se produzca un suceso en el que participen dos o más buques, los propietarios de todos los buques de que se trate, a menos que estén exonerados total o parcialmente, serán solidariamente responsables respecto de todos los daños que no quepa atribuir razonablemente a nadie por separado (art. 5°). Las causales de exoneración son las mismas que en CLC-FUND.

Una de las diferencias más importantes es que la Convención Bunker no establece ninguna limitación cuantitativa de responsabilidad del propietario del buque vinculada al tonelaje (sistema forfentario). En cambio establece: “Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará al derecho del propietario del buque y de la persona o personas que provean un seguro u otra garantía financiera de limitar su responsabilidad en virtud de cualquier régimen nacional o internacional aplicable, como el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976, enmendado” (art. 6°).

¹⁷ Íd.

A consecuencia de esto último, de acuerdo a la legislación argentina vigente (art. 175, LN), el límite para el armador o propietario podría ser de cero, mientras que el asegurador nunca responderá más de lo que corresponde por el Convenio LLMC, de Londres, 1976, con el Protocolo de 1996.

Es obligatoria la contratación de un seguro o garantía financiera, y los damnificados tienen acción directa contra el asegurador.

Esta Convención, a diferencia de la CLC, no contempla un Fondo a ser integrado mediante contribuciones de los recibidores de hidrocarburos y lubricantes utilizados para la propulsión de buques.

Comparación con la legislación OPA de los Estados Unidos

Estados Unidos posee su propio sistema de responsabilidad y seguro por derrame de hidrocarburos y no forma parte del sistema CLC-FUND. Este sistema está estructurado a partir de la *Oil Pollution Act* de 1990 (OPA 90). La razón de la adopción de un sistema propio y la no adhesión a CLC-FUND básicamente se basó en una defensa en dos frentes: por un lado de los derechos de los Estados, sobre todo los costeros, que temían que la adopción de los tratados tuviera preeminencia y coartara sus derechos de tomar sus propias medidas contra los buques contaminantes; y por el otro lado, una gran defensa del movimiento ambientalista que estaba opuesto a todo lo que no fuera una responsabilidad total e ilimitada¹⁸.

La crisis del derrame producido por el Exxon Valdez en las costas de Alaska fue lo que motivó el dictado de la OPA y demostró la inadecuación del sistema CLC que a 1984 con el Protocolo de ese ámbito preveía una indemnización máxima de US\$ 60 millones, cuando el monto de compensación del grupo Exxon por dicha catástrofe llegó a los varios billones de dólares¹⁹.

¹⁸ HANLING, W., "The new international regime of liability and compensation for oil pollution damage: status and trends", en *World Maritime University Dissertations*, N° 35, ps. 41-60; disponible en https://commons.wmu.se/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=all_dissertations.

¹⁹ Íd.

Haciendo un paralelismo con el sistema CLC-FUND, veremos su ámbito de aplicación, sistema de responsabilidad y ejercicio de las acciones.

En primer lugar, en cuanto a su ámbito de aplicación, es más abarcativo que la CLC ya que resulta aplicable por derrame o amenaza de derrame a:

- 1) Buques tanques que sean propiedad de los Estados Unidos, que operen en sus aguas navegables o que transporten petróleo o sustancias peligrosas de un lugar a otro en jurisdicción de los Estados Unidos;
- 2) plataformas petroleras dentro y fuera del mar territorial, puertos de aguas profundas y tuberías (estos supuestos no son abarcados por CLC-FUND).

Contempla excepciones, como son: las descargas autorizadas o las provenientes de buques públicos.

También a diferencia de la CLC no cubre solamente hidrocarburos persistentes, sino que comprende una definición más amplia de éstos. Su definición de buque también es más amplia.

En cuanto a la responsabilidad, podemos decir que es una responsabilidad canalizada, aunque con una diferencia: aquí la responsabilidad se canaliza en el dueño y/o explotador. También es exclusiva ya que esta ley persigue como centro de imputación de responsabilidad a quien efectivamente tiene el control, toma las decisiones o ejerce mando efectivo sobre la cosa, ya sea buque, plataforma petrolera, etcétera. Se busca siempre como centro de imputación al efectivo responsable.

En el caso del buque tanque: el centro de imputación es el dueño o el explotador. En las instalaciones costa afuera: es el propietario u operador, y en instalaciones marinas: arrendatario o titular del permiso. Puerto de aguas profundas: es el autorizado (licenciatario). Las tuberías: quien las utilice u opere. En el caso de abandono: el centro de imputación es quien era el propietario antes del abandono.

Esta responsabilidad también es objetiva. Las causas de exculpación son las que nos dan esta pauta y son las siguientes: lo que en el Derecho anglosajón se llama acto de dios, se equipara al caso fortuito o fuerza mayor. El acto de guerra, se equipara a las hostilidades, in-

surrección, guerra, etcétera. En el acto u omisión de un tercero debe diferenciarse si el tercero es contractual o extracontractual. Aquí hay una diferencia con la CLC, porque se divide en caso contractual: donde responde el dueño o explotador y luego repite contra el tercero, y caso extracontractual: donde el centro de imputación pasa a ser el tercero, por lo cual, por ejemplo, en caso de abordaje, respondería el buque culpable del hecho que al colisionar ocasiona el derrame.

Estas defensas no son válidas si el responsable ha omitido o rehusado: 1) reportar el incidente del que tuvo conocimiento o debió tener conocimiento; 2) proveer toda cooperación razonable requerida por las autoridades competentes en la operación de remoción del derrame; 3) sin razón válida, cumplir con el plan nacional de contingencia.

También es limitada. Cada posible centro de imputación tiene un límite de responsabilidad distinto, pero además prevé una indemnización mínima. Obviamente y al igual que en la CLC esta limitación no es aplicable en caso de dolo o temeridad.

Se debe cumplir con ciertos requisitos para poder limitar la responsabilidad: reportar el incidente, proporcionar cooperación, cumplir con la Subsección c, de la Sección 311 de la *Federal Water Pollution Control Act*, que se refiere a: tener personal entrenado en el plan nacional de contingencia, equipo adecuado para el control de hidrocarburos, tener un plan de prevención; y cumplir con la Subsección e, de la Sección 311 de la misma norma, que refiere a: contar con un centro de coordinación y dirección.

Por último, es una responsabilidad garantizada. Para cada caso que se aplica hay un régimen de garantía distinto. Los buques tanques deben contar con una garantía igual al límite de responsabilidad. La plataforma *offshore* dependerá si está fuera del mar territorial o hacia adentro del mismo. El puerto de aguas profundas necesita una garantía igual al límite de responsabilidad.

Este sistema también tiene un Fondo: es el *Oil Spill Liability Trust Fund*, que se financia básicamente con impuestos al petróleo crudo recibido por refinadores de los Estados Unidos o hidrocarburos importados, consumidos o depositados en Estados Unidos. La finalidad es compensar los gastos de remoción y los costos no compensados. La ley permite que sobre éstos se pueda reclamar al Fondo o se pueda

reclamar ante un tribunal, pero no a ambos. Los plazos para reclamar ante el Fondo son hasta 6 años posteriores a la finalización de las remociones y en caso de daños hasta 3 años desde que fueron fehacientemente detectados, o si pasados 90 días la parte demandada no pagó.

Este Fondo, a diferencia del internacional, no puede exonerarse por casi ninguna causal, solamente por dolo o grave negligencia de la víctima reclamante.

Los costos de remoción y daños pueden ser reclamados por el Estado federal, los Estados, las tribus y las personas.

Los costos de remoción son los causados por la limpieza de la contaminación sufrida.

Los daños que se pueden reclamar son los daños a los recursos naturales, tales como el daño, la destrucción, la pérdida y el estudio de los daños; los daños a la propiedad, ya sean lesiones o pérdida económica de la propiedad; el uso de subsistencia, que comprende la pérdida de subsistencia por el uso de los recursos naturales; los ingresos, que comprenden la pérdida neta, las rentas, los impuestos que el Estado deja de percibir; la pérdida de ganancias o deterioro de la capacidad de ganancia, que comprende la destrucción de la propiedad personal y la destrucción de los recursos naturales.

Como vemos, esto también es más amplio que el sistema internacional, que no contempla los daños puramente al ambiente o los impuestos dejados de percibir por los Estados.

Además, el OPA permite que los Estados, a través de su legislación local, puedan imponer responsabilidades más estrictas y regulaciones más severas (por ejemplo, exigir certificados de responsabilidad financiera) e incluso crear sus propios fondos que coexistan con el de la OPA. Al día de hoy, al menos 20 Estados costeros imponen la responsabilidad ilimitada.

Por último, en cuanto al ejercicio de las acciones, éstas pueden ejercerse ante los tribunales locales o los federales y en base a la OPA o a la legislación local que dicten los Estados.

7. Conclusiones

El régimen de responsabilidad por derrame de hidrocarburos fue creado a raíz de una serie de derrames de gran magnitud. Su objetivo ha sido responder a una de las mayores problemáticas en el mundo marítimo y en la esfera ambiental. Si bien este régimen tiene muchas ventajas, está lejos de ser perfecto. Su finalidad ha sido, por un lado, hacer efectiva las responsabilidades, y por el otro, equilibrar los diversos intereses involucrados. Sin embargo, no parece ser que este objetivo haya sido logrado ya que las víctimas de estos hechos no son plenamente compensadas por los daños sufridos.

En nuestra opinión, el sistema ha tenido algunas medidas sumamente eficaces y acertadas, como son el establecimiento de una responsabilidad objetiva (contando con una serie acotada de causales de exoneración aunque sumamente apropiadas), la obligación del propietario de contratar un seguro o garantía financiera, la posibilidad de accionar directamente contra el asegurador.

Sin embargo, creemos que el sistema es pasible de serias críticas. En primer lugar, la definición dada de los daños resarcibles por contaminación resulta arcaica, siendo lo previsto por los sistemas OPA, HNS y Bunker un conjunto de normas de mayor amplitud sobre la temática expuesta y más acorde a las efectivas consecuencias de los siniestros de estas magnitudes.

Es evidente que el sistema presenta claros vacíos legales. Un ejemplo de esto se presenta en los casos de derrame en vías fluviales, los cuales no cuentan con previsión legal en ningún sistema a nivel internacional. Otra sería falencia del sistema, a diferencia del OPA, es que no contempla los supuestos de derrames provenientes de oleoductos, monoboyas, plataformas *offshore*, los cuales representan una gran cantidad de los derrames a nivel mundial.

También consideramos insuficiente la definición de propietario brindada por la CLC, la cual no es lo suficientemente amplia a diferencia del sistema OPA y Bunker. En el mismo orden de ideas, el hecho de no cubrir los derrames de hidrocarburos no persistentes debería ser subsanado, ya sea mediante la incorporación al Convenio Bunker o la reforma normativa.

En cuanto al Convenio del Fondo, vemos que los montos han sido siempre insuficientes, siendo objeto de múltiples actualizaciones e incluso debiéndose crear un Fondo Complementario en 2003.

Al analizar en profundidad el intrincado conjunto de normas aplicables al tema hemos advertido que existe la posibilidad de adherirse a la CLC para gozar de la limitación de responsabilidad y no adherirse al FUND, para no estar obligado a realizar las contribuciones al Fondo, situación ésta que ha sido advertida y solucionada por la *HNS Convention*, a la cual se debería imitar. Por lo expuesto es que podemos argumentar y pensar que este sistema está lejos de ser perfecto.

Sin intenciones de desalentar al lector al exponer las fallas de nuestro sistema, el sistema OPA 90 es extremadamente audaz en su regulación, lo cual motiva con ímpetu su estudio. Debería tomarse como base el sistema OPA 90 y elaborarse convenios con la misma estructura de CLC-FUND, para aplicarlos a las plataformas petroleras de todo tipo, a los puertos de aguas profundas y a las tuberías. Trabajar en conjunto permitirá llegar a tener un sistema de responsabilidad en todo el mundo con límites más amplios y una cobertura de seguro acorde a lo riesgoso de la actividad. Sólo queda mejorarlo para adaptarlo a medida de las necesidades a nivel global.

Otra solución, aunque consideramos imperfecta, sería que Argentina adhiera a la *HNS Convention* y a la *Bunker Convention*, lo cual permitiría cubrir la responsabilidad de derrames por hidrocarburos no persistentes y la contaminación por otras sustancias nocivas y peligrosas.

Finalmente, no nos queda sino preguntarnos sobre algunos de los temas más controvertidos de los mencionados, como es la limitación de la responsabilidad en el Derecho Marítimo. Debemos cuestionarnos: ¿Existen fundamentos para seguir sosteniendo la vigencia de estos límites a la responsabilidad? ¿Son estos fundamentos económicos y jurídicos, o sólo obedecen a razones políticas?

Éstas son preguntas que deberíamos plantear y respondernos como estudiantes y futuros juristas. Pero nuestra intención no ha sido otra que la de dar una breve reseña al tratamiento de la responsabilidad por derrame de hidrocarburos, y por la índole del trabajo no nos es posible extendernos en el análisis de estos audaces interrogantes. Esperamos despertar la inquietud del lector, invitándolo a reflexionar.

Bibliografía

- ALBARENQUE, Juan Francisco, “Hidrocarburos. Responsabilidad civil por daños provocados por derrame de hidrocarburos en el mar”, en Abogados.com.ar, <https://abogados.com.ar/hidrocarburos-responsabilidad-civil-por-danos-provocados-por-derrame-de-hidrocarburos-en-el-mar/23741>, 6-12-2021.
- CHAMI, Diego E., “Instituciones de Derecho de la Navegación. Parte II” (video-clase), en YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=eNt89xhe1u0>, 6-12-2021.
- “Limitación de responsabilidad por créditos marítimos”, en Thomson Reuters, cita online: 0021/0002999.
- FAURE, Michael y WANG, Hui, “Financial caps for oil pollution damage: A historical mistake?”, en Marine Policy, vol. 32, Issue 4, julio de 2008; Science Direct, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0308597X07001297>.
- HANLING, Wang, “The new international regime of liability and compensation for oil pollution damage: status and trends”, en World Maritime University Dissertations (Nº 35); disponible en https://commons.wmu.se/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=all_dissertations.
- RADOVICH, Jorge M., “Conveniencia de la ratificación de la Convención Bunker por la Argentina. Responsabilidad por derrame de hidrocarburos cuando no es aplicable el sistema CLC-FUND”, en Jornadas de la AADM sobre protección del ambiente marino, Buenos Aires, 6 y 7 de septiembre de 2016, en AADM, http://www.aadm.org.ar/old_site/Radovich.pdf.

Legislación nacional

- Decreto 151/2004, en Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/92475/norma.htm>.
- Ley 21.353, en Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/300000-304999/303589/norma.htm>.
- Ley 21.947, en Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/73611/norma.htm>.
- Ley 23.456, en Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60070/norma.htm>.
- Ley 24.292, en Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/704/norma.htm>.

Ley 24.543, en Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28913/norma.htm>.

Secretaría de Energía, resolución 791/2005, en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-791-2005-107455/texto>.

Convenios internacionales e informes institucionales

HNS Convention o Convenio SNP, en <https://www.hnsconvention.org/es/>.

IOPC Funds, “Nota explicativa”, en IOPC Funds, https://www.iopcfunds.org/wp-content/uploads/2018/12/nota-explicativa_s.pdf.

Oil Pollution Act of 1990, en USCG, https://www.uscg.mil/Mariners/National-Pollution-Funds-Center/About_NPFC/opa/.

Prefectura Naval Argentina, “Los convenios internacionales de responsabilidad e indemnización de 1992”, en *Comex Online*, <https://comex-online.com.ar/noticias/val/55823/los-convenios-internacionales-de-responsabilidad--e-indemnizacion-de-1992.html>.

“Responsabilidad e indemnización”, en IMO, <https://www.imo.org/es/OurWork/Legal/Paginas/LiabilityAndCompensation.aspx>.

“Responsabilidad e indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos”, textos del Convenio de Responsabilidad Civil, 1992; del Convenio del Fondo, 1992, y del Protocolo Relativo al Fondo Complementario, en IOPC Funds, <https://iopcfunds.org/wp-content/uploads/2018/12/WEB-IOPC-Text-of-Conventions-SPANISH.pdf>.

ESTADO DE DERECHO Y DERECHO A LA VERDAD: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS APORTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

por JUAN IGNACIO MÉNDEZ¹

SUMARIO: 1. Comentario preliminar. 2. Estado de Derecho: noción originaria y lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. Derecho a la verdad y memoria: repercusiones en el Estado de Derecho. 3.1. Sobre el derecho a la verdad. 3.2. Relación entre la dimensión colectiva del derecho a la verdad y las políticas públicas de memoria. 3.3. Estado de Derecho y derecho a la verdad. 4. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

En el presente trabajo se abordará la evolución que ha tenido la noción del Estado de Derecho y las contribuciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tendientes a definirlo y precisar sus elementos esenciales. Asimismo, se desarrollarán el origen, contenido y alcances del derecho a la verdad, su relación con las políticas públicas de memoria y cómo su figura repercute en el Estado de Derecho. A tales fines, este trabajo se servirá primordialmente de los distintos aportes generados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Abstract

This paper will address the evolution that the notion of the Rule

¹ Estudiante de grado de Abogacía y del Profesorado en Derecho en la Facultad de Derecho de la UNR. Becario del programa de “Becas de estímulo a la investigación científica”. Ayudante alumno de “Derechos Humanos” y “Derecho Penal I”. Ganador de la XVI Competencia Interuniversitaria de Derechos Humanos.

of Law has had and the contributions made by the Inter-American Court of Human Rights aimed at defining it and specifying its essential elements. Likewise, will be developed the origin, content and scope of the right to the truth, its relationship with public memory policies and how its figure affects the Rule of Law. To this end, this work will use primarily the different contributions generated by the Inter-American Human Rights System.

Palabras clave

Estado de Derecho. Derecho a la verdad. Políticas públicas de memoria.

Keywords

Rule of Law. Right to the truth. Public memory policies.

1. Comentario preliminar

Las violaciones sistemáticas de derechos humanos padecidas en Latinoamérica durante la segunda mitad del siglo XX, y ordenadas, en gran medida, por regímenes autoritarios, han servido como una demostración local de hasta dónde puede llegar un Estado si carece de control y restricciones. Sin desconocer el cambio de paradigma provocado por la Segunda Guerra Mundial, estos crueles acontecimientos regionales han causado que conceptos tales como los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho adquiriesen un valor social superior al que tenían y que, por tanto, fueran clamados con mayor convicción y certeza por las sociedades latinoamericanas. Con el objeto de no arribar a semejantes extremos para acabar comprendiendo cuestiones tan elementales, como el respeto que merece la vida humana, recae sobre los Estados la tarea ineludible de promover la consolidación de estos conceptos.

2. Estado de Derecho: noción originaria y lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Al igual que múltiples figuras jurídico-políticas, la concepción de

Estado de Derecho, acuñado por el jurista alemán Robert von Mohl en 1832², fue objeto de cuestionamiento y reformas durante los últimos siglos. El concepto primigenio de Estado de Derecho respondía a la idea de que tanto la conducta de los particulares como la del propio Estado deben ajustarse a las normas jurídicas que surjan de él³. Por lo cual, de acuerdo a este criterio, mientras más se adecuara el obrar del simple ciudadano y del ente estatal con lo dispuesto por las normas jurídicas establecidas, más “de Derecho” era un Estado.

Si bien este enfoque es muy loable, resultó insuficiente puesto que priorizó la forma y descuidó el contenido de las normas. Si se entiende que la finalidad de este modelo de Estado es proteger a los derechos y libertades fundamentales y evitar las intervenciones abusivas del poder sobre ellos, no puede admitirse como un Estado de Derecho a aquel que se subordina a normas que autorizan la vulneración arbitraria de derechos humanos o que atentan contra la dignidad de la persona. Es decir que la adecuación rigurosa de un régimen a las normas existentes no lo convierte automáticamente en un Estado de Derecho; antes de otorgársele ese rótulo deben apreciarse las propiedades del orden jurídico al cual se somete y determinar si se opone al propósito de este modelo de Estado.

Asimismo, de conformidad con la finalidad mencionada, resulta imposible concebir en la práctica a un Estado de Derecho que carezca de democracia. De igual forma, tampoco puede pensarse en una democracia que germine y se desarrolle fuera de un Estado de Derecho. Por supuesto, lo antedicho se aplica siempre que hablemos de Estados de Derecho y democracias reales y no de virtualidades o viles simulaciones.

La democracia, tanto por sus funciones de control como de legitimación, es imprescindible para un Estado que pretenda ser de Derecho debido a que es la única capaz de asegurar la existencia, vigencia y continuidad de los derechos y libertades fundamentales. En los términos de la Carta Democrática Interamericana: “El ejercicio efectivo de la

² BENEYTO PÉREZ, J., “Historia de las doctrinas políticas”, Aguilar, Madrid, 1948, p. 418.

³ BADENI, G., “Tratado de Derecho Constitucional”, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 41.

democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos” (art. 2º). Por otro lado, tal como se ha dicho, cualquier Estado que no fuera de Derecho resultaría estéril para el pleno ejercicio democrático, dado que su desarrollo requiere tanto el cumplimiento irrestricto de sus propias reglas como de una serie de “condiciones preliminares”, entre ellas la libertad de opinión y expresión y el derecho de reunión y asociación⁴, hecho que sólo sería viable en el seno de un Estado de Derecho. Este panorama ha suscitado que autores como Díaz García afirmasen que el Estado de Derecho es la “institucionalización jurídica de la democracia”⁵.

Por otra parte, en el caso que un Estado decida subordinar su accionar al arbitrio del gobernante de turno sin someterse a ningún orden jurídico, se estará frente a un Estado de policía, el modelo antagónico del Estado de Derecho. La lucha por el predominio entre ambos modelos no se restringe al campo de los regímenes autocráticos o totalitarios, sino que también se libra en las democracias más sobresalientes. Debe señalarse que en el mundo no existen Estados de Derecho puros debido, principalmente, a la dificultad que representa materializar por completo los postulados de su modelo abstracto. Esto provoca que haya Estados de Derecho con rasgos sutiles o pronunciados de Estados de policía. Por esa razón, se afirma que los Estados de Derecho encierran inevitablemente en su interior a un Estado policial, el cual se dilata y contrae al compás de los cambios políticos y sociales, pudiendo, si el Estado de Derecho languidece, reemplazarlo en el poder⁶.

En cuanto a la noción de Estado de Derecho adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana”, “Corte” o “Corte IDH”), debe mencionarse que, pese a sus numerosos actos de promoción y protección de este modelo de Estado, la Corte no lo ha definido expresamente. Sin perjuicio de ello, en

⁴ BOBBIO, N., “El futuro de la democracia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 15.

⁵ DÍAZ GARCÍA, E., “Estado de Derecho y democracia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núms. 19-20, 2001, p. 201.

⁶ ZAFFARONI, E. R., “Derecho Penal. Parte general”, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 43.

distintos pronunciamientos estableció algunos de los componentes elementales que constituyen a la figura en cuestión. Por medio de la Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte IDH expresó: “...el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”⁷. Asimismo, a través de la misma Opinión Consultiva, la Corte afirmó: “En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”⁸. Por otra parte, en el “Caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador” la Corte IDH consideró al principio de separación de poderes como otro elemento constitutivo del Estado de Derecho⁹. A partir de lo dicho puede concluirse que, según los lineamientos de la Corte Interamericana, el principio de legalidad, la democracia, el principio de separación de poderes y el respeto hacia los derechos humanos son piezas esenciales del Estado de Derecho y, por lo cual, la ausencia de alguna de ellas impide la formación o conservación de este modelo de Estado. Así también, si estas piezas sufrieran algún deterioro o mermara su calidad, el Estado de Derecho correría la misma suerte y comenzaría a adquirir mayores rasgos de su antítesis, el Estado de policía.

3. Derecho a la verdad y memoria: repercusiones en el Estado de Derecho

3.1. *Sobre el derecho a la verdad*

El derecho a la verdad no se encuentra alojado, de forma expresa, en ningún artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH” o “Convención”); sin embargo, la Corte lo ha reconocido e incorporado al catálogo de derechos que los Estados deben respetar y garantizar. Si bien en “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” la Corte Interamericana comenzó a hablar de un “derecho de los familiares

⁷ Corte IDH, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías”, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30-1-87, Serie A, N° 8, párr. 24.

⁸ Íd., párr. 26.

⁹ Corte IDH, 28-8-2013, “Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador”, Serie C, N° 268, párr. 198.

de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”¹⁰, no fue hasta “Bámaca Velásquez vs. Guatemala” que manifestó expresamente la existencia de este derecho a través de una nueva lectura e interpretación de los artículos 8º y 25 de la Convención¹¹. En este último caso, consideró al derecho a la verdad subsumido o ínsito en el derecho de acceso a la justicia, del debido proceso y de la protección judicial. No obstante, debe señalarse que este mismo tribunal afirmó que la violación del derecho a la verdad, en virtud de su amplia naturaleza, puede afectar a otros derechos consagrados en la Convención¹², tal como el derecho de acceso a la información.

En cuanto a su contenido y alcance, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) ha señalado que este derecho posee una doble dimensión¹³. Por un lado, se trata del derecho que poseen las víctimas y sus familiares de conocer lo verdaderamente acontecido respecto a los hechos que configuraron violaciones de derechos humanos. Y, por otra parte, es el derecho que asiste a la sociedad en su conjunto de conocer la verdad de lo ocurrido sobre las severas violaciones de derechos humanos, “...así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”¹⁴. De esta manera, se está en presencia de un derecho individual y, a su vez, colectivo. Asimismo, la Corte IDH ha contemplado esta doble dimensión afirmando que “toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones”¹⁵.

¹⁰ Corte IDH, 29-7-88, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Serie C, Nº 4, párr. 181.

¹¹ Corte IDH, 25-11-2000, “Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, Serie C, Nº 70, párr. 201.

¹² Corte IDH, 22-6-2016, “Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú”, Serie C, Nº 314, párr. 244.

¹³ CIDH, Informe temático “Derecho a la verdad en América”, del 13-8-2014, OEA/Ser.L/V/II.152, párr. 70.

¹⁴ Íd., párr. 71.

¹⁵ Corte IDH, 25-11-2003, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Serie C, Nº 101, párr. 274.

Concretamente y de forma no taxativa, el derecho a la verdad se observa y efectiviza siempre que los Estados esclarezcan e investiguen las vulneraciones a los derechos fundamentales; juzguen y sancionen a quienes hayan tenido participación en ellas; divulguen y difundan públicamente los resultados de los procesos e investigaciones efectuadas, y aseguren el acceso a la información sobre estos hechos.

3.2. Relación entre la dimensión colectiva del derecho a la verdad y las políticas públicas de memoria

La dimensión colectiva de este derecho encuentra su razón de ser en que la verdad acerca de las graves violaciones de derechos humanos interesa no sólo a las víctimas y sus familiares, sino también a toda la sociedad a los fines de que ésta lleve el registro de su propia historia y, por otra parte, que estos hechos no vuelvan a reproducirse. Sin embargo, si se pretende que este propósito sea alcanzado con plenitud, no basta con que el Estado involucrado investigue diligentemente, divulgue la información obtenida y asegure luego el acceso a ella, sino que este comportamiento debe ser acompañado necesariamente con la adopción de políticas públicas de memoria. Si el Estado no promoviese el recuerdo y la reflexión de los hechos que constituyeron severas violaciones de derechos humanos, máxime si él hubiese sido su autor directo, se correría el riesgo de sembrar en la población indiferencia o apatía acerca de estos sucesos, resultando así más que costoso asegurar su no repetición. Por otra parte, cabe señalar que las políticas públicas de memoria también requieren de la efectivización del derecho a la verdad; esto se debe a que no pueden adoptarse sin que previamente se haya consumado una investigación seria y exhaustiva destinada a desentrañar la verdad respecto de los hechos violatorios de derechos humanos. En virtud de lo dicho, sería impreciso hablar de una simple conexión entre la dimensión colectiva del derecho a la verdad y las políticas públicas de memoria, resultando así más adecuado afirmar que entre ellas existe una notable interdependencia.

En cuanto a la definición de políticas públicas de memoria, la CIDH expresó: “Se entiende por políticas públicas de memoria a las distintas intervenciones, sustentadas en evidencia documental y testimonial, y forjadas con la participación de las víctimas y sociedad civil, que se

encuentran abocadas al reconocimiento estatal de los hechos y de su responsabilidad por las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas, la reivindicación y conservación de la memoria y dignidad de las víctimas, la difusión y preservación de la memoria histórica y a la promoción de una cultura de derechos humanos y democracia orientada a la no repetición de los hechos”¹⁶.

De esta definición puede advertirse que las políticas públicas de memoria, además de permitir que la sociedad conmemore y rememore las funestas violaciones cometidas, actúan como una medida reparatoria para las víctimas y sus familiares, contribuyendo así también con la dimensión individual del derecho a la verdad. Además, debe destacarse que la definición contempla a la significativa participación que realizan las víctimas y la sociedad civil en el diseño y construcción de estas políticas, siendo su iniciativa y voluntad, en más de una ocasión, determinantes para alcanzar su ansiada adopción por parte del Estado.

Por otro lado, dentro de los considerandos de la resolución mencionada, la CIDH ponderó al “derecho que asiste a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, así como a sus familias y a la sociedad en su conjunto, de conocer la verdad sobre tales violaciones de la manera más completa posible”¹⁷, es decir que los principios sobre las políticas públicas de memoria fueron redactados y erigidos con miras al derecho a la verdad.

Teniendo en cuenta la interdependencia ya explicada entre la dimensión colectiva del derecho a la verdad y las políticas públicas de memoria, puede afirmarse que la omisión estatal de adoptar estas políticas, o la supresión injustificada de las ya adoptadas, deriva en la vulneración del derecho a la verdad. Por lo cual si el Estado argentino, a título de ejemplo, decidiera demoler infundadamente los sitios de memoria (museos, memoriales, monumentos, etc.) destinados a recordar y repensar los hechos padecidos durante la última dictadura cívico-militar, incurriría en la violación del derecho a la verdad. Por más que no se obstaculice por completo el acceso a la información, el Estado estaría estrangulando vías muy valiosas y sensibles para acceder

¹⁶ CIDH, Resolución 3/2019, “Principios sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas”, del 9-11-2014, p. 3.

¹⁷ *Íd.*, p. 1.

a ella, sumado a la gran importancia histórica de estos espacios que, por lo general, fueron centros clandestinos de detención o lugares donde transcurrieron sucesos trascendentales vinculados al terrorismo de Estado. Asimismo, una conducta estatal de esta naturaleza provocaría una revictimización tanto de quienes sufrieron las violaciones como de sus familiares debido a que los espacios de memoria, como ya se ha mencionado, actúan como medidas reparadoras o formas de homenaje.

Una situación similar al ejemplo dado se vivió en 1998 cuando el presidente en funciones, Carlos Saúl Menem, firmó el decreto 8/98, mediante el cual dispuso la demolición de la Escuela Mecánica de la Armada (en adelante “ESMA”) y su traslado a la Base Naval de Puerto Belgrano. Ante este suceso, Laura Bonaparte y Graciela Lois, ambas familiares de personas desaparecidas durante la última dictadura, decidieron interponer una acción de amparo con la intención de evitar la concreción de la medida. Si bien sobre el predio de la ESMA no se había aplicado aún ninguna política pública de memoria y continuaba operando como una escuela militar, la justicia hizo lugar a la pretensión de las amparistas contemplando, entre otros argumentos, “su derecho y el de la comunidad toda a conocer la verdad histórica, derecho que podría verse severamente afectado en caso de concretarse la demolición del edificio en cuestión”¹⁸. De este modo, pese a que en ese entonces se encontraba en un estado incipiente, se tuvo en cuenta el derecho a la verdad a la hora de definir si se admitía o no la demolición de un establecimiento de crucial importancia para la memoria histórica de nuestro país.

3.3. Estado de Derecho y derecho a la verdad

Ahora bien, siguiendo la línea que propone este trabajo, cabe preguntarse: ¿cómo repercute en el Estado de Derecho la exigencia y efectivización del derecho a la verdad? Antes de avanzar con la respuesta, debe recordarse que la Corte IDH, si bien no definió a la figura del Estado de Derecho, estableció, a través de diversos pronuncia-

¹⁸ CSJN, 2001, “Graciela Palacio de Lois y otro c/Poder Ejecutivo nacional”, Fallos: 324:232, p. 243.

mientos, sus elementos esenciales, siendo éstos: el principio de legalidad, el principio de separación de poderes, el respeto por los derechos humanos y la democracia.

A primera vista, y partiendo de la postura de que el derecho a la verdad se encuentra implícito en varios de los derechos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica, podríamos afirmar que la repercusión es harto positiva y tiende al fortalecimiento del Estado de Derecho. Como se ha dicho, la dimensión colectiva del derecho a la verdad procura la no repetición de los actos violatorios de derechos humanos, es decir que persigue el debido respeto y observancia de los derechos que fueron objeto de vulneración, contribuyendo así con uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho. Por otra parte, generalmente, las graves violaciones de derechos humanos, ante las cuales se invoca el derecho a la verdad, se producen en el marco de gobiernos autoritarios o dictatoriales en donde la democracia, el principio de legalidad y el de separación de poderes sufren una prolongada ausencia. La efectivización del derecho a la verdad promueve, además de la no repetición de los actos violatorios de derechos humanos, el no retorno de regímenes de esta naturaleza dado que permite conocer en detalle su grado de responsabilidad respecto de las severas vulneraciones cometidas y los irreparables perjuicios que trajo consigo su estadía en el poder. De este modo, la efectivización coadyuva, de forma indirecta, con la permanencia democrática y el respeto por el principio de legalidad y separación de poderes. Desde ya, por las razones mencionadas anteriormente, nada de esto sería posible si el Estado omitiera adoptar políticas públicas de memoria, de lo contrario se estaría en presencia de un fortalecimiento efímero o ficticio del Estado de Derecho.

Por otro lado, si se parte de la postura contraria y se sostiene que el derecho a la verdad no se encuentra implícito o subsumido en otros derechos de la Convención, sino que se trata de un derecho autónomo o independiente¹⁹, su efectivización causaría notables tensiones con el Estado de Derecho que la propia Corte Interamericana intenta promover

¹⁹ BERNALES ROJAS, G., “El derecho a la verdad”, en *Estudios Constitucionales*, núm. 2, Año 14, 2016, p. 284.

incansablemente en la región. En primer lugar, adoptar esta postura supone aceptar que la Corte realizó un acto de creación normativa o de adición jurisprudencial, mediante el cual dio a luz al derecho a la verdad, y no un acto de reconocimiento de un derecho ya existente. Esto último no es una cuestión de poca monta ya que, en definitiva, se estaría exigiendo a los Estados el cumplimiento del derecho a la verdad cuando en ningún momento asumieron esa obligación al tratarse de un derecho ajeno a la Convención Americana y los demás instrumentos del Sistema Interamericano. En este orden de ideas, la Corte Interamericana estaría incorporando un nuevo derecho sin respetar el procedimiento de reforma, establecido por la Convención en sus artículos 76 y 77, atentando, de este modo, contra uno de los pilares sobre el cual se apoya el Estado de Derecho y de fundamental importancia para la misma Corte: el principio de legalidad²⁰.

En síntesis, la respuesta a la pregunta formulada variará de acuerdo a la postura a la cual se suscriba. Por nuestra parte, sostenemos que el contenido del derecho a la verdad se halla implícito en múltiples derechos consagrados en la Convención (acceso a la justicia, debido proceso, garantías judiciales, acceso a la información) y, por tanto, su existencia no es obra de una creación jurisprudencial de la Corte Interamericana, sino de una interpretación evolutiva de este tribunal. De esta manera, el principio de legalidad no se vería vulnerado y los Estados no podrían rehusarse a garantizar su cumplimiento y efectivización. Sin embargo, si se le otorgase expreso alojamiento normativo, invitándose previamente a los Estados para que colaboren en su diseño y construcción, el derecho a la verdad podría alcanzar un mayor grado de observancia en la región.

4. Conclusión

Si bien la figura del Estado de Derecho aún hoy continúa en construcción y bajo análisis, no puede negarse que se trata de una de las grandes conquistas de los últimos siglos en beneficio de los gobernados. Por esa razón, su resguardo y protección constituye una obligación

²⁰ CANDIA FALCÓN, G., “El Estado de Derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Dikaion*, vol. 24, núm. 2, Año 29, 2015, ps. 240 y 241.

colectiva, debiéndose instar y exigir la adopción de políticas públicas que tiendan a su fortalecimiento y procurar la conservación de las ya existentes. De ese modo, el Estado de policía, latente en su interior, no tendrá otro destino más que ser aplacado y reprimido.

El derecho a la verdad, tanto en su dimensión individual como colectiva, lejos de atentar contra el Estado de Derecho, lo refuerza y robustece, principalmente en aquellos países cuyo pasado se encuentra teñido de violaciones sistemáticas de derechos humanos cometidas bajo regímenes autoritarios, violaciones que merecen ser esclarecidas y explicadas, con el mayor detalle posible, tanto a las víctimas y sus familiares como a la sociedad en su conjunto.

El papel de las políticas públicas de memoria resulta indispensable para que la dimensión colectiva del derecho a la verdad alcance su fin principal: evitar la reproducción de los hechos violatorios ocurridos. La renovación permanente del pueblo permite que aquél sea víctima de su propio olvido. Esta frágil memoria colectiva puede abrirle las puertas del poder a ideologías, ya ahora con nombres y rostros distintos, que en el pasado admitieron y promovieron el cercenamiento de los derechos fundamentales. En virtud de ello, las políticas públicas de memoria son un instrumento esencial para combatir al olvido y lograr que la población sea capaz de desenmascarar a los detractores del Estado de Derecho, sin importar las formas que adopten o los disfraces democráticos que lleven puestos, contribuyendo, de este modo, al imperativo de la no repetición. Esto último no debe interpretarse como un triunfo exclusivo del derecho a la verdad, sino, primordialmente, de los derechos humanos en general, dado que el recuerdo y la reflexión posibilitan que la sociedad adquiera mayor conciencia del innegable valor que ostentan y el peligro que supone su recorte o desaparición.

Bibliografía

- BADENI, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2006, t. I.
- BENEYTO PÉREZ, Juan, "Historia de las doctrinas políticas", Madrid, Aguilar, 1948.

- BERNALES ROJAS, Gerardo, “El derecho a la verdad”, en Estudios Constitucionales (núm. 2), Año 14, 2016, ps. 263-304.
- BOBBIO, Norberto, “El futuro de la democracia”, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “El Estado de Derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Dikaion, vol. 24 (núm. 2), Año 29, 2015, ps. 225-252.
- CIDH, Informe temático “Derecho a la verdad en América”, del 13-8-2014, OEA/Ser.L/V/II.152.
- Resolución 3/2019, “Principios sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas”, del 9-11-2014.
- Corte IDH, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías”, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30-1-87, Serie A, N° 8.
- 29-7-88, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Serie C, N° 4.
- 25-11-2000, “Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, Serie C, N° 70.
- 25-11-2003, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Serie C, N° 101.
- 28-8-2013, “Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador”, Serie C, N° 268.
- 22-6-2016, “Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú”, Serie C, N° 314.
- CSJN, 2001, “Graciela Palacio de Lois y otro c/Poder Ejecutivo nacional”, Fallos: 324:232.
- DÍAZ GARCÍA, Elías, “Estado de Derecho y democracia”, en Anuario de la Facultad Derecho de la Universidad de Extremadura (núms. 19-20), 2001, ps. 201-217.
- ZAFFARONI, Eugenio R., “Derecho Penal. Parte general”, Buenos Aires, Ediar, 2002.

NORMAS EDITORIALES

RESOLUCIÓN CD 410/2016

Rosario, 13 de junio de 2016

Visto el Expediente N° 2413/16 presentado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho mediante el cual se elevan las normas editoriales para aplicar a la Revista de la Facultad de Derecho.

Considerando que resulta necesario establecer normas editoriales para adecuar la Revista a los estándares de calidad exigidos para las publicaciones científicas y académicas.

Que el Consejo Directivo se constituye en Comisión tratando el tema y aprobándolo en su sesión del día de la fecha.

Por ello,

El Consejo Directivo de la Facultad de Derecho Resuelve:

Artículo 1° – Aprobar las normas editoriales que como Anexo Único forma parte de la presente Resolución.

Art. 2° – Establecer como función de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad la organización de todo lo referente a la “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, la que aparecerá con periodicidad anual.

Art. 3° – El Consejo Asesor de Investigaciones conjuntamente con la Secretaría de Ciencia y Técnica actuará como Consejo Editorial.

Art. 4° – Inscribase, comuníquese y archívese.

Anexo Único

NORMAS EDITORIALES

La Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario publica artículos de los docentes, docentes investigadores y becarios de nuestra casa de estudios. Se prevé la participación de los estudiantes en convocatorias a tal efecto.

Los trabajos deberán originales, no haber sido publicados previamente y no estar simultáneamente propuestos para tal fin en otra publicación.

Temas: Trabajos inéditos del ámbito del Derecho en todas sus ramas y desde todas las perspectivas.

Estructura del texto (todos los artículos presentados deben incluir)

- Título en español.
- Abstract en castellano e inglés (200 a 250 palabras).
- Tres (3) palabras claves en castellano e inglés.
- Datos del autor(es).
- Texto (incluyendo tablas, figuras o gráficos).
- Citas.
- Bibliografía.

Los trabajos deberán ser presentados en formato electrónico, en archivo Microsoft Word. Deben enviarse dos copias digitales del artículo:

- Una copia con los datos completos del autor.
 - Una copia con carácter anónimo y solamente el título del trabajo.
- En ningún caso deberá aparecer en las páginas información que permita identificar a los autores.

Formato de los trabajos

- Idioma: Español.
- Hoja A4.
- Fuente: Times New Roman 12 (en texto) y Times New Roman 10 (en citas).
- Extensión máxima: 15 páginas en hojas A4.
- Interlineado: 1,5 líneas.

Citas

Las citas bibliográficas y notas al texto deberán hacerse a pie de cada página, en letra Times New Roman 10, de la manera y en el orden que a continuación se indica:

- Citas textuales entre comillas, sin cursiva e insertadas en el cuerpo del párrafo correspondiente (sin espaciado previo ni posterior).

Para citar un libro:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del libro entre comillas.
3. Editorial.
4. Lugar de la edición.
5. Año de publicación.
6. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para citar un artículo contenido en una revista:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del artículo, entre comillas.
3. Nombre de la revista –tras la preposición en–, en cursiva (agregando, si es necesario para su identificación, el nombre de la institución editora).
4. Volumen (vol.) y/o el número (núm.).
5. Año de publicación.
6. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para citar un trabajo contenido en una obra colectiva:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del trabajo, entre comillas.
3. Apellido y la inicial del nombre del (o de los) editor(es) o coordinador(es), indicando esa calidad entre paréntesis –tras la preposición en–.
4. Título del libro, en cursiva.

5. Editorial.
6. Lugar de la edición.
7. Año de publicación.
8. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para referenciar una página web:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del trabajo, entre comillas.
3. Título de la página.
4. Dirección de donde se extrajo el documento (URL).
5. Fecha de consulta de la página.

Reiteración de citas:

1. Si se trata de reiteración de un trabajo citado en la nota inmediata anterior, se colocará “*íd.*”, seguido del/de los números de página/s.
2. Si se trata de la reiteración de un trabajo citado en una nota que no sea la inmediata anterior, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), seguido de “*op. cit.*” y del/de los número/s de página/s.
3. Si se trata de la reiteración del trabajo de un autor del cual ya se han citado dos o más trabajos, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), luego la primera palabra del título (entre comillas y seguida de puntos suspensivos) seguida de “*cit.*” y del/de los número/s de página/s. Si la primera palabra del título coincide con la de otro trabajo citado, se agregarán las necesarias para diferenciarlos.

Bibliografía

La bibliografía incluye todas las fuentes y referencias citadas o utilizadas en el texto, que sirven para profundizar en el tema y se incluirá al final del trabajo, ordenándola alfabéticamente por autor/a. Los datos que deben incluirse son:

Libro: apellido del autor con mayúscula, seguido del nombre en minúsculas, título del libro, lugar de edición, editorial, año de la edición.

Revista: apellido del autor con mayúscula, seguido del nombre en minúsculas, título del trabajo, nombre de la revista subrayado, número del volumen, número de la revista entre paréntesis, año de publicación.

Referato

El Consejo Asesor de Investigaciones y la Secretaría de Ciencia y Técnica determinarán la admisibilidad de los trabajos de acuerdo con los criterios formales y de contenido, teniendo en cuenta que la recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de la revista para su publicación.

El Comité de Referato actuará como árbitro de los trabajos presentados (Resolución CD N° 535/2012). Se aclara que el Consejo Asesor de Investigaciones y la Secretaría de Ciencia y Técnica podrán proponer al Consejo Directivo el ampliado de los evaluadores integrantes del Comité de Referato en función de la temática a abordar en la Revista.

Criterios de evaluación

La evaluación deberá tener en cuenta los siguientes criterios: planteo del tema (interés y originalidad), objetivos, metodología, claridad expositiva, conclusiones y bibliografía. Cada criterio se evaluará en insuficiente, regular, bueno o muy bueno, debiendo indicar si se recomienda su publicación o no, o se sugieren modificaciones, en cuyo caso se deben explicitar cuáles serán las mismas.

Cada evaluador recibirá la planilla para la evaluación de los trabajos que integra la presente en Anexo 1.

**PLANILLA PARA LA EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS PARA
PUBLICAR EN LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO**

Título del trabajo:

	INSUFICIENTE	REGULAR	BUENO	MUY BUENO
Planteo del Tema (interés y originalidad)				
Objetivos				
Metodología				
Claridad expositiva				
Conclusiones				
Bibliografía consultada				

- a) ☐ Se recomienda su publicación.
- b) ☐ Se sugieren modificaciones.
- c) ☐ No se recomienda su publicación.

Si opta por la *opción b* debe explicitar, a continuación, las modificaciones que sugiere se efectúen:

Lugar y Fecha

Firma y Aclaración

AMADA GAITÁN
Secretaria Administrativa
Facultad de Derecho – UNR

Dr. MARCELO VEDROVNIK
Decano
Facultad de Derecho – UNR

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 30 DE NOVIEMBRE DE 2022 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

